Sygn. akt: KIO 2948/22

WYROK

z dnia 22 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący

Ewa Sikorska

Członkowie:

Magdalena Rams

Maksym Smorczewski

Protokolant:

Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 listopada 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 listopada 2022 r. przez wykonawcę Geo-Kat Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie

(odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Centralny Port Komunikacyjny Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we

Wrocławiu, IDOM Consulting, Engineering, Architecture S.A.U. w Bilbao (Hiszpania), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 3 w zw. z art. 18 z ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2022 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 roku, poz. 1710 ze zm. [ustawa P.z.p.]) w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 roku, poz. 1233 [uznk]) w zw. z art. 16

pkt 1-3 ustawy P.z.p. poprzez prowadzenie przez zamawiającego postępowania i podejmowanie przez zamawiającego decyzji w postępowaniu z naruszeniem zasady

równego traktowania wykonawców, a także niezgodnie z zasadą przejrzystości i jawności, polegające na przyjęciu, że informacje zastrzeżone przez odwołującego w ofercie, tj. Metodyka realizacji zamówienia oraz Organizacja zespołu wskazanego do realizacji zamówienia podlegają odtajnieniu, gdyż nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa i nie zostały skutecznie zastrzeżone przez odwołującego, a odwołujący nie wykazał przesłanek koniecznych do zastrzeżenia tych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, przy jednoczesnym zaniechaniu odtajnienia przez zamawiającego treści Metodyki realizacji zamówienia oraz Organizacji zespołu wskazanego do realizacji zamówienia załączonych do oferty przystępującego;

2. umarza odwołanie w zakresie zarzutów naruszenia:

- art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, IDOM Consulting, Engineering, Architecture S.A.U. w Bilbao (przystępujący) w sytuacji, gdy wykonawca, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, w zakresie doświadczenia osób wskazanych przez przystępującego do pełnienia funkcji Kluczowego Personelu, a mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu,

- art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania w sytuacji, gdy wykonawca przedstawił w swojej ofercie informacje wprowadzające w błąd zamawiającego w zakresie doświadczenia osób wskazanych przez przystępującego do pełnienia funkcji Kluczowego Personelu, a mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu;

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego z uwagi na fakt, że przystępujący podlega wykluczeniu z postępowania na postawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy P.z.p.;

3. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów naruszenia:

- art. 18 ust. 3 ustawy w zw. z art. 18 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 uznk poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że informacje zastrzeżone przez przystępującego w odniesieniu do Metodyki realizacji zamówienia oraz Organizacji zespołu wskazanego do realizacji zamówienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego, a w konsekwencji także uzasadnienia faktycznego i prawnego oceny oferty przystępującego, w sytuacji, gdy przystępujący nie wykazał przesłanek koniecznych do zastrzeżenia tych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa i w konsekwencji nieudostępnienie tych dokumentów odwołującemu,

- art. 18 ust. 3 ustawy w zw. z art. 18 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 uznk w zw. z art. 239 ustawy P.z.p. poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że uzasadnienie faktyczne i prawne przyznanej przystępującemu punktacji w ramach kryteriów oceny ofert, w sytuacji, gdy przystępujący nie wykazał przesłanek koniecznych do zastrzeżenia tych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa i w konsekwencji nieudostępnienie tych dokumentów odwołującemu,

- art. 253 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez niepodanie uzasadnienia faktycznego i prawnego dla punktów przyznanych przystępującemu,

- art. 74 ust. 1, 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez nieprzekazanie odwołującemu nagrań z rozmów kwalifikacyjnych przystępującego,

- art. 74 ust. 1, 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez nieprzekazanie odwołującemu nagrań z rozmów kwalifikacyjnych odwołującego

i nakazuje zamawiającemu - Centralnemu Portowi Komunikacyjnemu Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie - unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, ujawnienie Metodyki realizacji zamówienia, Organizacji zespołu wskazanego do realizacji zamówienia złożonych przez przystępującego oraz uzasadnienia faktycznego i prawnego oceny oferty przystępującego, przekazanie nagrań z rozmów kwalifikacyjnych Personelu Kluczowego wskazanego przez odwołującego i przystępującego;

4. w pozostałym zakresie odwołanie oddala;

5. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Geo-Kat Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (w 3/8) oraz zamawiającego - Centralny Port Komunikacyjny Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (w 5/8) i:

5.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Geo-Kat Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące złotych zero groszy) uiszczoną przez zamawiającego -

Centralny Port Komunikacyjny Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie

- tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

5.2. zasądza od zamawiającego - Centralny Port Komunikacyjny Spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością w Warszawie na rzecz wykonawcy Geo-Kat Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie kwotę 8 025 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy dwadzieścia pięć złotych zero groszy), stanowiącą stosunkową część kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Sygn. akt: KIO 2948/22

Uzasadnienie

Zamawiający - Centralny Port Komunikacyjny Sp. z o.o. w Warszawie - prowadzi

postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wybór projektanta Integracji Systemów Lotniskowych.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 roku, poz. 1710 ze zm.), zwana dalej ustawą P.z.p.

W dniu 7 listopada 2022 r. przez wykonawca Geo-Kat Spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością w Warszawie wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego, zarzucając naruszenie:

1) art. 18 ust. 3 ustawy w zw. z art. 18 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233)

(dalej jako „uznk") poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że informacje zastrzeżone przez Konsorcjum 1) IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz 2) IDOM Consulting, Engineering, Architecture, S.A.U. z siedzibą w Bilbao (Hiszpania) (dalej jako „Konsorcjum" lub „przystępujący") w odniesieniu do Metodyki realizacji zamówienia oraz Organizacji zespołu wskazanego do realizacji zamówienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Konsorcjum a w konsekwencji także uzasadnienia faktycznego i prawnego oceny oferty Konsorcjum, w sytuacji, gdy Konsorcjum nie wykazało przesłanek

koniecznych do zastrzeżenia tych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa i w konsekwencji nieudostępnienie tych dokumentów odwołującemu,

2) art. 18 ust. 3 w zw. z art. 18 z ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 uznk w zw. z

art. 16 pkt 1-3 ustawy P.z.p. poprzez prowadzenie przez zamawiającego postępowania i podejmowanie przez zamawiającego decyzji w postępowaniu z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, a także niezgodnie z zasadą przejrzystości i jawności, polegające na przyjęciu, że informacje zastrzeżone przez odwołującego w ofercie, tj. Metodyka realizacji zamówienia oraz Organizacja zespołu wskazanego do realizacji zamówienia podlegają odtajnieniu, gdyż nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa i nie zostały skutecznie zastrzeżone przez odwołującego, a odwołujący nie wykazał przesłanek koniecznych do zastrzeżenia tych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, przy jednoczesnym zaniechaniu odtajnienia przez Zamawiającego treści Metodyki realizacji zamówienia oraz Organizacji zespołu wskazanego do realizacji zamówienia załączonych do oferty Konsorcjum, mimo iż informacje zastrzeżone w ww. dokumencie przez Konsorcjum mają tożsamy charakter co informacje zastrzeżone przez odwołującego, które odtajnić zamierza Zamawiający, zaś Konsorcjum powołał się w złożonym w Postępowaniu uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa na analogiczne okoliczności i dowody co odwołujący. W konsekwencji, wykonawca Konsorcjum znajduje się w przedmiotowym zakresie w podobnej sytuacji do odwołującego, a mimo to zamawiający, naruszając powołane wyżej przepisy i zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podjął w odniesieniu do obydwu wykonawców odmienne decyzje co do informacji zastrzeżonych przez nich jako tajemnica przedsiębiorstwa;

3) art. 18 ust. 3 w zw. z art. 18 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 uznk w zw. z art.

239 ustawy P.z.p. poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że uzasadnienie faktyczne i prawne przyznanej Konsorcjum punktacji w ramach kryteriów oceny ofert, w sytuacji, gdy Konsorcjum nie wykazało przesłanek koniecznych do zastrzeżenia tych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa i w konsekwencji nieudostępnienie tych dokumentów odwołującemu,

4) art. 253 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez nieprzekazanie wraz z

informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej uzasadnienia faktycznego i prawnego przyznanej punktacji w ramach kryterium Metodyka oraz Zespół i ograniczenie informacji wyłącznie do wskazania łącznej liczby punktów przyznanych w ramach tych kryteriów, w tym niepodanie uzasadnienia faktycznego i prawnego dla obniżenia liczby przyznanych odwołującemu punktów jak i niepodanie uzasadnienia faktycznego i prawnego dla punktów przyznanych Konsorcjum,

5) art. 74 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez nieprzekazanie

odwołującemu nagrań z rozmów kwalifikacyjnych Konsorcjum w sytuacji, gdy nagrania z tych rozmów stanowią część oferty Konsorcjum a nawet jeśli uznać, że jej nie stanowią to stanowią załączniki do protokołu postępowania a zatem powinny być udostępnione odwołującemu na wniosek niezwłocznie po złożeniu przez odwołującego wniosku o przekazanie oferty a w przypadku uznania, że stanowią załącznik do protokołu po wyborze oferty najkorzystniejszej,

6) art. 74 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez nieprzekazanie

odwołującemu nagrań z rozmów kwalifikacyjnych odwołującego, w sytuacji, gdy nagrania z tych rozmów powinny być udostępnione odwołującemu wraz z protokołem z postępowania;

7) art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez nieprawidłowe badanie i ocenę oferty złożonej przez odwołującego skutkującym przyznaniem mu w ramach kryterium Metodyka jedynie 7 z 35 możliwych do uzyskania punktów oraz w ramach kryterium Zespół jedynie 6 z 30 możliwych do uzyskania punktów;

8) art. 74 ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy P.z.p. poprzez prowadzenie przez zamawiającego postępowania i podejmowanie przez zamawiającego decyzji w postępowaniu z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, a także niezgodnie z zasadą przejrzystości, polegające na nierównym traktowaniu wykonawców i udostępnieniu odwołującemu oferty Konsorcjum 23 dni po złożeniu wniosku o wgląd do oferty w sytuacji gdy ofertę odwołującego przekazano Konsorcjum w 7 dni po otrzymaniu stosownego wniosku;

9) art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z postępowania w sytuacji, gdy wykonawca, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia osób wskazanych przez Konsorcjum do pełnienia funkcji Kluczowego Personelu, a mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu;

względnie (na wypadek niemożności przypisania wykonawcy działania w sposób zamierzony lub w wyniku rażącego niedbalstwa)

10) art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z postępowania w sytuacji, gdy wykonawca przedstawił w swojej ofercie informacje wprowadzające w błąd zamawiającego w zakresie doświadczenia osób wskazanych przez Konsorcjum do pełnienia funkcji Kluczowego Personelu, a mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu;

11) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum z uwagi na fakt, że Konsorcjum podlega wykluczeniu z postępowania na postawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy P.z.p.

Wskazując na powyższe zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum;

2) nakazanie zamawiającemu wykluczenia konsorcjum z postępowania i w konsekwencji odrzucenia oferty Konsorcjum;

ewentualnie

3) nakazanie zamawiającemu powtórzenia badania i oceny ofert oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego;

4) nakazanie zamawiającemu odtajnienia Metodyki realizacji zamówienia, Organizacji zespołu wskazanego do realizacji zamówienia złożonych przez Konsorcjum oraz

uzasadnienia faktycznego i prawnego oceny oferty Konsorcjum;

5) nakazanie zamawiającemu przekazania nagrań z rozmów kwalifikacyjnych Personelu Kluczowego wskazanego przez odwołującego i Konsorcjum;

6) nakazanie zamawiającemu w przypadku dokonania ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej zawiadomienia wykonawców o tej czynności zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 1 wraz z przekazaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego przyznanej punktacji;

ewentualnie

7) unieważnienia postępowania w sytuacji uznania przez Izbę, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;

a ponadto

8) przeprowadzenie w toku postępowania odwoławczego dowodów z dokumentów wskazanych w treści odwołania;

9) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 listopada 2022 roku odwołujący cofnął zarzuty oznaczone punktami 9-11 odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 17 listopada 2022 roku wniósł o:

1) odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu nr 2 na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy P.z.p.;

2) oddalenie odwołania w pozostałym zakresie jako bezzasadnego;

3) zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie;

4) ograniczenie podmiotom innym niż uczestnicy postępowania odwoławczego prawa wglądu do materiału dowodowego złożonego na rozprawie do akt sprawy oraz pełnej treści odpowiedzi na odwołanie, których udostępnienie groziłoby ujawnieniem informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa zamawiającego w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, IDOM Consulting, Engineering, Architecture S.A.U. w Bilbao (Hiszpania). Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 17 listopada 2022 roku wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła, co następuje:

Postępowanie prowadzone jest jako zamówienie sektorowe w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej powyżej progów unijnych, określonych w art. 3 ust. 1 pkt 2 w zw. z ust. 2 pkt 1 lit. b i pkt 2 ustawy P.z.p.

Zgodnie z rozdz. XIX SWZ „Opis kryteriów wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert":

1. Przy wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający będzie kierował się następującymi kryteriami oceny ofert:

1) Cena - waga 35%,

2) Metodyka - waga 35%,

3) Zespół - 30 %

2. Za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta Wykonawcy, który spełnia wszystkie postawione w SWZ warunki oraz uzyska łącznie największą liczbę punktów stanowiących liczbę punktów przyznanych w ramach wszystkich kryteriów oceny ofert.

W dalszej części tego rozdziału w punktach B i C zamawiający wskazał zasady, na jakich będzie oceniał oferty i przyznawał punkty we wskazanych kryteriach. W ramach kryterium „Metodyka" zamawiający przewidział pięciostopniową skalę oceny, natomiast w kryterium „Zespół" - 4 i 5. stopniową skalę w ramach przyjętych podkryteriów. Ilość przyznanych punktów zamawiający uzależnił od subiektywnej oceny, na ile zaoferowane rozwiązanie spełnia jego oczekiwania.

Dowód: SWZ

W postępowaniu wpłynęły dwie oferty (odwołującego oraz przystępującego). Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu pod względem ustalonych w postępowaniu kryteriów oceny ofert.

Dowody: informacja z otwarcia ofert z dnia 11.08.2022 r.; sprostowanie informacji z otwarcia ofert z dnia 17.08.2022 r

Zamawiający w dniu 28.10.2022 r. dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego.

Dowód: informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 28.10.2022 r.

Odwołujący pismem z dnia 10 sierpnia 2022 roku zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa następujące dokumenty:

Metodyka realizacji zamówienia

- Organizacja zespołu wskazanego do realizacji zamówienia
- Wykaz Personelu Kluczowego - Załącznik nr 12
- Wykaz Usług - Załącznik nr 11

Dowód: pismo odwołującego z dnia 10 sierpnia 2022 roku

Pismem z dnia 22 września 2022 r. odwołujący został zawiadomiony przez zamawiającego o odtajnieniu w jego ofercie następujących informacji: 1) Załącznik nr 11 - Wykaz usług; 2) Załącznik nr 12 - Wykaz Personelu Kluczowego; 3) Metodyka realizacji zamówienia; 4) Organizacja Zespołu wskazanego do realizacji zamówienia; 5) Oświadczenie o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa.

Dowód: pismo zamawiającego z dnia 22 września 2022 roku

Pismem z dnia 10 sierpnia 2022 roku przystępujący zastrzegł w złożonej ofercie treść następujących dokumentów:

1. Metodyka realizacji Zamówienia.
2. Organizacja zespołu wskazanego do realizacji Zamówienia.

Przystępujący uzasadnił dokonane zastrzeżenie w sposób następujący:

W myśl art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „u.z.n.k") przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Tym samym określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli:

1) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub stanowi inną informację posiadającą wartość gospodarczą,

2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób;

3) podjęto w stosunku do niej, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

Podobnie również tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 2 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed

ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem (Dz. U. UE. L. z 2016 r. Nr 157, str. 1)., zgodnie z którym "tajemnica przedsiębiorstwa" oznacza informacje, które spełniają wszystkie następujące wymogi:

a) są poufne w tym sensie, że jako całość lub w szczególnym zestawie i zbiorze ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które zwykle zajmują się tym rodzajem informacji;

b) mają wartość handlową dlatego, że są objęte tajemnicą;

c) poddane zostały przez osobę, która zgodnie z prawem sprawuje nad nimi kontrolę, rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla utrzymania ich w tajemnicy.

Mając na uwadze powyższe Konsorcjum podnosi, iż wobec informacji zawartych w wyjaśnieniach powyżej spełnione są przesłanki warunkujące zastrzeżenie informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy, albowiem:

1. informacje te są informacjami o charakterze techniczno-organizacyjnym Wykonawcy oraz posiadają dla niego wartość gospodarczą

Część merytoryczna oferty, na którą składają się: „Metodyka realizacji Zamówienia" oraz „Organizacja zespołu wskazanego do realizacji Zamówienia" została stworzona specjalnie na potrzeby prowadzonego Postępowania oraz stanowi zasób chroniony i nie podlega rozpowszechnianiu bez ograniczeń, spełnia więc kryteria tajemnicy przedsiębiorstwa, o

której mowa w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 u.z.n.k - a zastrzeżenie jej

jest uprawnione.

W przypadku przedmiotowego zamówienia, w oparciu o wiedzę i doświadczenie Konsorcjum oraz wymagania Zamawiającego, został opracowany sposób realizacji oferowanej usługi w celu spełnienia wymagań stawianych przez Zamawiającego i skutecznej realizacji Zamówienia. Opracowanie to nie było zatem nigdy wcześniej ujawniane i oferowane, a jego elementy, choć oparte na metodologii Konsorcjum i jego członków, zostały skonstruowane specjalnie na potrzeby Postępowania.

Opracowania zawarte w części merytorycznej oferty mogą być przedmiotem zainteresowania podmiotów konkurencyjnych, zmierzającej do pozyskania zawartych w nich danych dla własnych celów biznesowych, co w oczywisty sposób jest sprzeczne z celami biznesowymi Konsorcjum i jego członków.

Pozyskanie przez innych wykonawców wiedzy o proponowanych przez Konsorcjum rozwiązaniach organizacyjno-technicznych miałoby wpływ na pozycję rynkową Konsorcjum i jego członków oraz znacznie utrudniłoby złożenie konkurencyjnej oferty w innych

postępowaniach. Stąd ochrona tych informacji, w ocenie Konsorcjum, jest uzasadniona i ma

charakter normatywny.

Ponadto część merytoryczna oferty Konsorcjum może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ jest dziełem oryginalnym, ma charakter techniczno-organizacyjny i posiada wartość gospodarczą, której wyjawienie byłoby bezpośrednio związana z pogorszeniem pozycji konkurencyjnej Konsorcjum i jego członków w przypadku jej ujawnienia.

Część merytoryczna oferty nie została podana do publicznej wiadomości i podjęto niezbędne działania w celu zachowania jej poufności. W celu zachowania poufności zastrzeżonych dokumentów Konsorcjum podjęło następujące działania - w Formularzu Ofertowym wskazano, które informacje i na których stronach Oferty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o tajemnicy przedsiębiorstwa.

Nie istnieją również inne źródła, z których można uzyskać informacje o planowanym (oferowanym) sposobie realizacji przedmiotowego zamówienia, a już na pewno nie są one znane w takim zestawie i w taki sposób, w jaki zostały złożone w ofercie.

Dokumenty zastrzeżone uwzględniają ryzyko i zagrożenia oraz indywidualne sposoby

zapobiegania i minimalizowania ich wpływu na realizację zamówienia. Nie ulega zatem wątpliwości, że merytoryczna część oferty złożonej przez Konsorcjum obejmuje jego know-

how (chroniona wiedza techniczna i organizacyjna wykorzystywana w organizacji).

Uzyskanie wiedzy o metodologii stosowanej przez Konsorcjum może wpłynąć zarówno na konkurencyjne wykorzystanie tego sposobu wykonywania usług objętych niniejszym zamówieniem, jak i pozwoli konkurentom na zdobycie wiedzy, która umożliwi im oszacowanie choćby niezbędnego nakładu pracy. Pozyskanie tych informacji przez konkurentów może spowodować, że będą oni w stanie określić poziom cen oferowanych przez uczestników Konsorcjum na tego typu zamówienie, a tym samym ostatecznie uniemożliwić Konsorcjum lub co najmniej utrudnić mu złożenie konkurencyjnych ofert. Ujawnienie powyższych dokumentów oraz informacji może doprowadzić de facto do pozbawienia Konsorcjum dostępu do podobnych zamówień w przyszłości.

Pozyskanie przez podmioty konkurencyjne ww. dokumentów zastrzeżonych przez Nas służyłoby w naszej opinii wyłącznie realizacji ich prywatnych celów związanych z prowadzoną gospodarczą a nie tylko udziałem w Postępowaniu. Wartość gospodarcza ww. dokumentów jest zatem duża. Ujawnienie dokumentów może bowiem osłabić potencjał Konsorcjum oraz ograniczyć możliwość ubiegania się o kolejne zamówienia. Może też narazić dobre stosunki Konsorcjum z partnerami biznesowymi.

2. informacje 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. Należy podkreślić, że informacje zawarte w ww. dokumentach zastrzeżonych odnoszą się do zasad funkcjonowania struktury wewnętrznej Konsorcjum, organizacji pracy, szczegółowo opisują poszczególne sposoby i metody działania oraz personel techniczny dedykowany do realizacji niniejszego zamówienia, informacje na temat podmiotów współpracujących z Konsorcjum, a także specyficzne podejście wykonawców Konsorcjum do jego realizacji. Informacje te nie są informacjami ujawnianymi publiczne.

Powyższe nie są podawane do powszechnej wiadomości (brak ujawnienia na zewnątrz). Nie są to informacje, które może pozyskać osoba zainteresowana, która nie posiada szczególnych uprawnień do dysponowania tymi informacjami. Zgodnie z polityką wewnętrzną członków Konsorcjum, informacje te, jak również ogólnie metodologia świadczenia usług, nie były i nie są udostępniane publicznie.

Uczestnicy Konsorcjum ograniczają i kontrolują dostęp do ww. informacji w ramach swojej organizacji, zapewniając, że tylko wybrana grupa pracowników lub współpracowników może je przeglądać.

3. Działania Konsorcjum przy zachowaniu należytej staranności, w celu utrzymania informacji w poufności W odniesieniu do wyżej wskazanych Informacji Konsorcjum podjęło, przy dołożeniu należytej staranności, wszelkie niezbędne działania organizacyjne i porządkowe w celu utrzymania tych informacji w tajemnicy.

Należy pamiętać że obowiązek zachowania poufności zastrzeżonych informacji jest jednym z podstawowych obowiązków pracowniczych wynikającym z art. 100 § 2 pkt 4 Kodeksu pracy. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 2 marca 2011, HPK 204/10 „powinności określone w art. 100 § 2 pkt 4 k.p. są ustanowieniem szczególnej zasady lojalności pracownika względem pracodawcy z której wynika przede wszystkim obowiązek powstrzymania się pracownika od działań zmierzających do wyrządzenia pracodawcy szkody, czy nawet ocenianych jako działania na niekorzyść pracodawcy. W takich sytuacjach zachowanie pracownika powinno być oceniane w ten sposób, że nacisk należy położyć nie tyle na zawiniony (niezawiniony) bądź tez legalny (bezprawny) charakter jego zachowania się, ile na zachowanie przez niego lojalności względem pracodawcy".

Kwestie art. 100 § 2 pkt 4 k.p porusza także wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. ICKN 304/00 OSNC 2001nr 4 poz. 59; „tak informacja jest tajemnicą, gdy przedsiębiorca ma wole, choćby dorozumianą aby pozostała ona tajemnicą i wola ta musi być dla innych osób rozpoznawalna.

Informacja nie traci charakteru tajemnicy, gdy wie o niej ograniczone grono osób zobowiązanych do dyskrecji. Obowiązek przestrzegania tajemnicy nie zależy od sposobu uzyskania należycie utajnionej informacji. Decyzja o utajnieniu informacji powinna opierać się na uzasadnionym przypuszczeniu, że dana wiadomość nie jest publicznie znana, jej

ujawnienie zagraża istotnym interesom przedsiębiorcy oraz że może ona być uważana za poufną w świetle zwyczajów i praktyk danej branży lub zawodu. Z powyższego wynika że obowiązek pracownika dotyczący ochrony tajemnicy pracodawcy jest szeroki i ma charakter bezwzględny niezależnie od dodatkowo wprowadzonych przez członków Konsorcjum procedur.

Jak jednak wskazano wyżej, członkowie Konsorcjum nie opierają ochrony wyłącznie o przepisy prawa, zobowiązujące pracowników do poufności, ale także stosują w tym zakresie zaawansowane procedury wewnętrzne.

Działania techniczne

Konsorcjum i jego członkowie, dbając o zachowanie tajemnicy przedsiębiorstwa, na etapie przygotowania oferty podjęli stosowne działania w celu zachowania poufności następujących dokumentów:

1. Metodyka realizacji Zamówienia

2. Organizacja zespołu wskazanego do realizacji Zamówienia

Dokumenty posiadają oznaczenia wskazujące na ich poufny charakter i są przechowywane w systemach informatycznych na własnych serwerach każdego z Konsorcjantów, gdzie podzielono dostęp do konkretnych działów i folderów dla konkretnych pracowników. Systemy te zapewniają ochronę przed nieuprawnionym dostępem do treści tych dokumentów oraz identyfikację osób mających dostęp do dokumentów oraz daty i godziny dostępu.

Osoby mające dostęp do informacji zastrzeżonych, które są bezpośrednio zaangażowane w Postępowanie, są zobowiązane do zachowania tajemnicy.

Kontakt z ekspertami pozyskanymi przez Konsorcjum w celu realizacji zamówienia odbywa się wyłącznie z osobami do tego powołanymi, informacje te nie są dostępne dla innych pracowników Konsorcjum. Ponadto w ustaleniach ze stronami współpracującymi mamy zobowiązania do zachowania poufności. Dlatego potwierdzamy, że nie ma dostępu na zwykłej drodze do danych, które zostały zastrzeżone.

W zakresie zapewnienia poufności członkowie Konsorcjum we wzajemnych relacjach związani są Umową Konsorcjum, która zobowiązuje ich do ochrony wszelkich informacji związanych z realizacją niniejszego zamówienia z wyłączeniem tych, które muszą być

ujawnione na podstawie ustawy Pzp.

Wszystkie podmioty biorące udział w Postępowaniu podpisały oświadczenia o zachowaniu poufności.

Dowody: Wyciąg z umowy o pracę, Wyciąg z regulaminu pracy.

Ponadto należy zauważyć, że członkowie Konsorcjum stosują dodatkowe środki bezpieczeństwa w celu ochrony informacji, w tym:

- firewall zainstalowany na routerze

- programy antywirusowe i antyspyware zainstalowane w środowisku informatycznym Członków Konsorcjum

Jednocześnie zwracamy uwagę, że zgodnie z art. 11 ust. 4 u.z.n.k: "Wykorzystanie lub ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności gdy następuje bez zgody osoby uprawnionej do korzystania lub rozporządzania informacją i narusza obowiązek ograniczenia jej wykorzystania lub ujawnienia wynikający z ustawy, czynności prawnej lub innego aktu, albo gdy zostało dokonane przez osobę, która uzyskała informację, dopuszczając się czynu nieuczciwej konkurencji".

Jednocześnie wskazać należy, że Konsorcjum i IDOM podejmuje wiele wewnętrznych

działań i środków dla ochrony informacji na każdym poziomie funkcjonowania przedsiębiorstwa, m. in. poprzez:

- Szkolenia: a) dotyczące zachowania poufności; b) szkolenia z obowiązujących pracowników wewnętrznych procedur, które zobowiązują do bezwzględnego zachowania poufności informacji dotyczących IDOM oraz wykonywanych usług,

- Poświadczenia zachowania poufności. Wszyscy pracownicy oraz współpracownicy zobowiązani są zachować i chronić poufność informacji dotyczących firmy oraz ujawniać te informacje wyłącznie w uprawnionych celach i zgodnie z obowiązującymi przepisami,

- Ograniczony dostęp do informacji. Organizacja wewnętrzna działania biur w IDOM zapewnia dostęp do informacji przetargowych, dokumentów opracowywanych na potrzeby składania ofert, jak również przebiegu realizacji umów tylko uprawnionym osobom. Dodatkowo Wykonawca przechowuje dokumentację przetargową na zewnętrznych serwerach, które są chronione w sposób kompletny przez systemy i programy IT. Pracownicy są szkoleni przez swoich przełożonych w zakresie bezpiecznego przekazywania danych oraz użytkowania np. internetu. Ponadto Wykonawca stosuje wielopoziomowe zabezpieczenia w dostępie do kluczowych informacji zapisanych w systemach informatycznych.

- Kontrole wykonywania obowiązku poufności i bezpieczeństwa informacji poprzez okresowe kontrole wprowadzanych systemów przekazywania i przesyłania dokumentów zawierających informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze powyższe, Wykonawca prawidłowo skorzystał z uprawnienia wynikającego z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, jak również zastrzeżone informacje spełniają wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k, tym samym wnosimy o nieudostępnianie tych informacji osobom nieuprawnionym. W opinii Wykonawcy powyższe informacje związane z działalnością Konsorcjum niewątpliwie stanowią kategorie danych, mających z jego perspektywy charakter poufny, których ujawnienie mogłoby pociągać za osobą negatywne konsekwencje dla jego pozycji rynkowej.

Warto również zwrócić uwagę na art. 21 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE. L. z 2014 r. Nr 94, str. 65 z późn. zm.)., zgodnie z którym; „ O ile nie przewidziano inaczej [..] dana instytucja zamawiająca, w szczególności w przepisach dotyczących dostępu do informacji, a także bez uszczerbku dla obowiązków związanych z podawaniem do wiadomości publicznej informacji o udzielonych zamówieniach oraz z udostępnianiem kandydatom i oferentom informacji określonych w art. 50 i 55, instytucja zamawiająca nie ujawnia informacji przekazanych jej przez wykonawców i oznaczonych przez nich jako poufne, w tym między innymi tajemnic technicznych lub handlowych oraz poufnych aspektów ofert.”

Mając na uwadze, że nawet jednorazowe ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa może mieć istotne znaczenie, zastrzegamy sobie prawo do złożenia Zamawiającemu dodatkowych wyjaśnień, jeżeli udzielone wyjaśnienia w jakimkolwiek zakresie będą budzić wątpliwości Zamawiającego lub będą wymagały doprecyzowania.

W związku z powyższym, przed podjęciem decyzji o odtajnieniu którejkolwiek z informacji objętych zastrzeżeniem zgodnie z naszym oświadczeniem, uprzejmie prosimy o wcześniejsze poinformowanie nas o zakresie, w jakim budzi to Państwa wątpliwości i umożliwienie nam ustosunkowania się do podjętej decyzji lub skorzystania ze środków

ochrony prawnej w tym zakresie.

Do wskazanego wyżej pisma przystępujący dołączył dowody w postaci fragmentu umowy o pracę oraz regulaminu pracy obowiązującego u jednego z członków konsorcjum: IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo sp. z .o.o. Załączony fragment umowy o pracę dotyczy klauzuli o zachowaniu poufności w brzmieniu:

VI. Zachowanie poufności

1. Pracownik zobowiązany jest do zachowania w tajemnicy - zarówno w trakcie stosunku pracy, jak i po jego zakończeniu, wszelkich informacji i danych, które Pracownik uzyskał w związku ze świadczeniem pracy (dalej: „Informacje Poufne”). Zakazem ujawniania i

wykorzystywania objęte są informacje dotyczące Pracodawcy, klientów i współpracowników Pracodawcy oraz podmiotów powiązanych z Pracodawcą, a także know-how Pracodawcy. Przez „Informacje Poufne" objęte zakazem ujawniania i wykorzystywania rozumie się w szczególności informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią wszelkie informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą lub zestawienie tych informacji, które nie są ogólnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób ani nie mogą być łatwo ujawniane w trakcie zapoznawania się z gotowymi produktami lub usługami Pracodawcy oraz które Pracodawca lub podmioty powiązane wyraźnie lub w sposób dorozumiany chronią przed nieograniczonym użyciem przez osoby lub podmioty niepowiązane z Pracodawcą.

2. Informacjami Poufnymi są informacje, o których mowa w ust. 1 powyżej niezależnie od nośnika tych informacji (forma papierowa, elektroniczna, przekaz ustny). Dla uznania informacji za Informację Poufną nie jest konieczne wyraźne zastrzeżenie poufności w treści przekazywanej informacji.

3. Pracownik zobowiązuje się wykorzystywać Informacje Poufne jedynie dla celów świadczenia pracy, zgodnie z poleceniami Pracodawcy.

4. Pracownik zobowiązuje się przestrzegać postanowień Regulaminu Pracy dotyczących ochrony informacji i tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym zobowiązuje się dołożyć należytej staranności w celu przeciwdziałania nieuprawnionemu ujawnieniu lub wykorzystaniu informacji. O każdym wiadomym Pracownikowi przypadku naruszenia zasad ochrony informacji i tajemnicy przedsiębiorstwa Pracownik ma obowiązek niezwłocznie na piśmie poinformować Pracodawcę.

5. Naruszenie zachowania poufności będzie traktowane jako ciężkie naruszenie przez Pracownika podstawowych obowiązków Pracowniczych i będzie stanowiło podstawę do rozwiązania umowy o pracę bez wypowiedzenia na mocy art. 52 Kodeksu Pracy.

Załączony fragment regulaminu pracy zawiera postanowienia dotyczące obowiązków pracownika:

§ 3 OBOWIĄZKI PRACOWNIKA

1) Pracownik jest obowiązany wykonywać pracę sumiennie i starannie oraz stosować się do poleceń przełożonych, które dotyczą pracy, jeżeli nie są one sprzeczne z przepisami prawa pracy lub umową o pracę, a także wykorzystywać czas pracy w pełni na pracę zawodową.

2) Do podstawowych obowiązków pracownika należy w szczególności:

a) rzetelne i efektywne wykonywanie pracy,

b) przestrzeganie obowiązującego w zakładzie pracy regulaminu pracy i ustalonego porządku oraz czasu pracy,

c) dokładne i sumienne wykonywanie poleceń przełożonych,

d) przestrzeganie przepisów oraz zasad bezpieczeństwa i higieny pracy, a także przepisów przeciwpożarowych,

e) przejawianie koleżeńskiego i grzecznego stosunku do współpracowników, okazywanie pomocy podwładnym, otaczanie opieką i pomocą nowo przyjętych pracowników,

f) dbanie o dobro pracodawcy, chronienie jego mienia oraz zachowanie w tajemnicy informacji, których ujawnienie mogłoby narazić pracodawcę na szkodę,

g) zachowanie poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa pracodawcy w

rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji (dalej „Tajemnica przedsiębiorstwa"). Przez Tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się wszelkie informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą lub zestawienie tych informacji, które nie są ogólnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób ani nie mogą być łatwo ujawniane w trakcie zapoznawania się z gotowymi produktami lub usługami pracodawcy oraz które pracodawca lub podmioty powiązane wyraźnie lub w sposób dorozumiany chronią przed nieograniczonym użyciem przez osoby lub podmioty niepowiązane z pracodawcą. Jako Tajemnicę przedsiębiorstwa należy traktować w szczególności wszelkie:

(i) informacje finansowe - obrazujące zarówno pasywa, jak i aktywa, dochód i zyski, koszty działalności, straty, zobowiązania finansowe, dane obrazujące sprzedaż usług, a także źródła zaopatrzenia i zbytu, informacje dotyczące wynagrodzeń, zasad premiowania oraz innych świadczeń o zbliżonym charakterze wypłacanych pracownikom oraz podmiotom współpracujących, w tym o rodzaju i formach przyznawanych i udzielanych zniżek lub upustów, (ii) informacje istotne z punktu widzenia organizacji przedsiębiorstwa pracodawcy jako takiego - dotyczące struktury przedsiębiorstwa, regulaminów i procedur wewnętrznych, prezentacji i tym podobnych opracowań, dokumentów, sposobu kalkulacji cen ofertowych, strategii i zabezpieczania danych itp., (iii) informacje o planach i zamierzonych przedsięwzięciach gospodarczych, o podmiotach współpracujących, warunkach wynagradzania i wszelkich innych warunkach handlowych umów zawieranych w związku z działalnością przedsiębiorstwa pracodawcy, (iv) dane osobowe pracowników, klientów i współpracowników, (v) informacje, które znajdują się systemie informatycznym przedsiębiorstwa pracodawcy, do którego dostęp jest chroniony hasłami, (vi) informacje o klientach i dostawcach, dane osobowe, dokumenty wytwarzane w toku pracy, korespondencję tradycyjną i elektroniczną, dane zawarte w pamięci komputerów i elektronicznych nośników informacji, należących do przedsiębiorstwa pracodawcy, (vii) informacje zawarte w projektach realizowanych przez pracodawcę, produktach i usługach pracodawcy, technikach, danych, know-how, procesach, badaniach i rozwoju, systemach zarządzania, planach marketingowych, strategiach lub propozycjach. Pracownik w szczególności zobowiązany jest: (i) nie podejmować żadnych działań ani nie wydawać oświadczeń, które mogłyby zaszkodzić reputacji pracodawcy lub spółek powiązanych bądź ich produktom lub usługom; oraz (ii) nie ujawniać żadnym osobom ani podmiotom, ani nie wykorzystywać do użytku osobistego żadnej Tajemnicy przedsiębiorstwa ani żadnych informacji poufnych dotyczących lub odnoszących się do pracodawcy lub spółek powiązanych, bądź ich produktów i usług, ujawnionych pracownikowi lub otrzymanych przez pracownika w trakcie okresu zatrudnienia u pracodawcy; (iii) nie ujawniać ani w inny sposób nie przekazywać Tajemnicy przedsiębiorstwa jakiejkolwiek osobie, bezpośrednio bądź pośrednio, bez znaczenia czy za wynagrodzeniem czy nie (iv) z należytą starannością zabezpieczyć każdą informację stanowiącą Tajemnicę przedsiębiorstwa przed nieautoryzowanym dostępem (v) nie pozyskiwać i nie wykorzystywać informacji stanowiących Tajemnicę przedsiębiorstwa.

h) utrzymanie w tajemnicy i nieujawnianie osobom trzecim wszelkich dokumentów, materiałów i informacji uzyskanymi w związku z realizacją umów, których pracodawca jest stroną, a których ujawnienie mogłoby narazić pracodawcę lub drugą stronę umowy na szkodę majątkową lub niemajątkową, w szczególności narazić na ujawnienie Tajemnicy przedsiębiorstwa pracodawcy lub drugiej strony umowy. Zachowanie poufności obowiązuje pracownika w takim zakresie w jakim jest ono zakreślone umową, której pracodawca jest stroną, a przy której realizacji pracuje pracownik.

Dowody: pismo przystępującego z dnia 10 sierpnia 2022 r. z załącznikami

Pismem z dnia 28 września 2022 roku odwołujący wniósł do zamawiającego o udostępnienie:

- oferty wraz z załącznikami,

- całej korespondencji z zamawiającym w ramach postępowania (np. wezwania zamawiającego, informacji o poprawieniu omyłek, odpowiedzi wykonawcy i innych składanych pism) powstałych do dnia udostępnienia dokumentów.

Dowód: wniosek z dnia 28 września 2022 roku

Zamawiający udostępnił odwołującemu oferty 23 dni po złożeniu wniosku o wgląd do

ofert.

Zamawiający nie przekazał odwołującemu nagrań z rozmów kwalifikacyjnych odwołującego i przystępującego.

Odwołujący otrzymał 35 punktów w kryterium ceny, natomiast przystępujący w tym samym kryterium otrzymał 31 punktów.

Odwołujący uzyskał w kryterium Metodyka 7 punktów, zaś w kryterium Zespół - 8 punktów (Zasady organizacji - 2 punkty, Rozmowa kwalifikacyjna - 4 punkty). Przystępujący w tych kryteriach otrzymał odpowiednio 18 i 16 punktów, przy czym w kryterium Zespół otrzymał 6 punktów za Zasady organizacji i 10 punktów za Rozmowę kwalifikacyjną.

Łącznie odwołujący otrzymał 48 punktów w przyjętych kryteriach oceny ofert, natomiast przystępujący otrzymał tych punktów 65.

Dowód: szczegółowy raport z oceny ofert

Zamawiający wraz z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 28 października 2022 roku nie przekazał wykonawcom uzasadnienia faktycznego i prawnego przyznanej punktacji w ramach kryterium Metodyka oraz Zespół, ograniczając się wyłącznie do wskazania łącznej liczby punktów przyznanych w ramach tych kryteriów. Zamawiający nie podał uzasadnienia faktycznego i prawnego oceny ofert odwołującego, jak i nie podał uzasadnienia faktycznego i prawnego dla punktów przyznanych Konsorcjum.

W dniu 3 listopada 2022 roku odwołujący uzyskał informacje dotyczące oceny jego oferty w ramach udostępnienia załączników do protokołu postępowania.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega umorzeniu w zakresie zarzutów oznaczonych numerami 9-11 na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy P.z.p. w związku z ich cofnięciem przez odwołującego.

Odwołanie podlega odrzuceniu w zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 3 w zw. z art. 18 z ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 uznk w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy P.z.p. poprzez prowadzenie przez zamawiającego postępowania i podejmowanie przez zamawiającego decyzji w postępowaniu z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, a także niezgodnie z zasadą przejrzystości i jawności, polegające na przyjęciu, że informacje zastrzeżone przez odwołującego w ofercie, tj. Metodyka realizacji zamówienia oraz Organizacja zespołu wskazanego do realizacji zamówienia podlegają odtajnieniu, gdyż nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa i nie zostały skutecznie zastrzeżone przez odwołującego, a odwołujący nie wykazał przesłanek koniecznych do zastrzeżenia tych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, przy jednoczesnym zaniechaniu odtajnienia przez zamawiającego treści Metodyki realizacji zamówienia oraz Organizacji zespołu wskazanego do realizacji zamówienia załączonych do oferty przystępującego.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p., odwołanie wnosi się, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Odwołujący został poinformowany o ujawnieniu w jego ofercie utajnionych informacji

pismem z dnia 22 września 2022 r. Termin na wniesienie odwołania na czynność ujawnienia wskazanych informacji rozpoczął zatem swój bieg w dniu 22 września 2022 roku i upłynął bezskutecznie w dniu 3 października 2022 roku. Podniesienie zarzutu wobec tej czynności w dniu 7 listopada 2022 roku należało zatem uznać za spóźnione, a zarzut - za podlegający odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy P.z.p.

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutów naruszenia:

- art. 18 ust. 3 ustawy w zw. z art. 18 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 uznk

poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że informacje zastrzeżone przez przystępującego w odniesieniu do Metodyki realizacji zamówienia oraz Organizacji zespołu wskazanego do realizacji zamówienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego, a w konsekwencji także uzasadnienia faktycznego i prawnego oceny oferty przystępującego, w sytuacji, gdy przystępujący nie wykazał przesłanek koniecznych do zastrzeżenia tych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa i w konsekwencji nieudostępnienie tych dokumentów odwołującemu,

- art. 18 ust. 3 ustawy w zw. z art. 18 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 uznk w zw.

z art. 239 ustawy P.z.p. poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że uzasadnienie faktyczne i prawne przyznanej przystępującemu punktacji w ramach kryteriów oceny ofert, w sytuacji, gdy przystępujący nie wykazał przesłanek koniecznych do zastrzeżenia tych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa i w konsekwencji nieudostępnienie tych dokumentów odwołującemu,

- art. 253 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez niepodanie uzasadnienia

faktycznego i prawnego dla punktów przyznanych przystępującemu,

- art. 74 ust. 1, 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez nieprzekazanie

odwołującemu nagrań z rozmów kwalifikacyjnych przystępującego,

- art. 74 ust. 1, 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez nieprzekazanie

odwołującemu nagrań z rozmów kwalifikacyjnych odwołującego.

W pozostałym zakresie odwołanie jest bezzasadne i podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Odnosząc się do zarzutów określonych numerami 1-3, Izba wskazuje, że jedną z zasad udzielania zamówień publicznych, zawartą w art. 18 ust. 1 ustawy P.z.p., jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia. Zasada ta gwarantuje transparentność prowadzonego postępowania i pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odstępstwo od tej zasady, zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy P.z.p., może zostać ograniczone tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Stosownie do art. 18 ust. 3 ustawy P.z.p., 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. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

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

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

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

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

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

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

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

Przedsiębiorca ma obowiązek podjęcia działań, które zgodnie z wiedzą i doświadczeniem zapewnią ochronę informacji przed upowszechnieniem, czy - ściślej mówiąc - ujawnieniem. Ocena ma być dokonana ex ante, a nie ex post. Działanie przedsiębiorcy musi doprowadzić do powstania warunków stwarzających duże prawdopodobieństwo, że informacja pozostanie nieujawniona. Tak więc, dopóki sam przedsiębiorca, nie podejmie działań bezpośrednio zmierzających do zachowania danych informacji w poufności, nie można mówić o tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzucił, że przystępujący nie wykazał, iż zastrzeżone przez niego informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadają wartość gospodarczą oraz że podjęto w stosunku do nich działania w celu zachowania poufności.

Izba nie podziela stanowiska, jakoby przystępujący nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadają wartość gospodarczą.

Analiza treści art. 11 ust. 2 uznk pozwala na wniosek, że dla wykazania, że dane informacje mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, wystarczy wykazanie jednej z cech wymienionych w tym przepisie. A zatem za tajemnicę może być uznana informacja mająca charakter bądź techniczny, bądź technologiczny, bądź organizacyjny przedsiębiorstwa albo też posiadająca wartość gospodarczą.

Aktualne brzmienie art. 11 ust. 2 uznk jest skutkiem implementacji art. 2 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem, w świetle którego tajemnica przedsiębiorstwa oznacza informacje, które spełniają wszystkie następujące wymogi:

a) są poufne w tym sensie, że jako całość lub w szczególnym zestawie i zbiorze ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które zwykle zajmują się tym rodzajem informacji;

b) mają wartość handlową dlatego, że są objęte tajemnicą;

c) poddane zostały przez osobę, która zgodnie z prawem sprawuje nad nimi kontrolę, rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla utrzymania ich w tajemnicy;”

W motywach dyrektywy wskazano na konieczność przyjęcia jednolitej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa: „Należy przyjąć jednolitą definicję tajemnicy przedsiębiorstwa bez ograniczania zakresu ochrony przed przywłaszczeniem. Taka definicja powinna zatem być sformułowana w sposób uwzględniający know-how, informacje handlowe i informacje techniczne w przypadkach, w których istnieje zarówno uzasadniony interes w utrzymaniu poufności, jak i uzasadnione oczekiwanie, że taka poufność zostanie zachowana. Ponadto taki know-how lub informacje powinny mieć rzeczywistą lub potencjalną wartość handlową. Takie informacje lub know-how powinny być uważane za informacje o wartości handlowej wów-

czas, gdy przykładowo ich bezprawne pozyskiwanie, wykorzystywanie lub ujawnianie może spowodować szkody dla interesów osoby, która zgodnie z prawem sprawuje nad nimi kontrolę, szkodząc jej naukowemu lub technicznemu potencjałowi, interesom gospodarczym lub finansowym, pozycji strategicznej lub zdolności do konkurowania."

Ustawodawca europejski w motywach ww. dyrektywy wprost określił, jak ważne i wartościowe dla przedsiębiorcy są informacje i know-how, które stanowią o jego rynkowej przewadze konkurencyjnej. Zgodnie z motywem 1 preambuły dyrektywy: „Przedsiębiorstwa i instytuty badawcze o charakterze niekomercyjnym inwestują w pozyskiwanie, opracowywanie i wykorzystywanie know-how i informacji, które są walutą gospodarki opartej na wiedzy oraz zapewniają przewagę konkurencyjną. Inwestycja w tworzenie i wykorzystywanie kapitału intelektualnego jest czynnikiem decydującym dla konkurencyjności i osiągnięć wynikających z innowacyjności na rynku. "

Z kolei w motywie 2 dyrektywy podkreślono, jak ogromną wartość ma tajemnica przedsiębiorstwa, skutkiem czego podlegać powinna ona szczególnej ochronie: „Przedsiębiorstwa, niezależnie od ich wielkości, uznają tajemnice przedsiębiorstwa za równie wartościowe jak patenty i inne rodzaje praw własności intelektualnej. Wykorzystują one poufność jako narzędzie zarządzania konkurencyjnością przedsiębiorstw i innowacjami w działalności badawczej, a także do szerokie] gamy informacji, wykraczających poza wiedzę techniczną I dane handlowe, takich jak informacje dotyczące klientów i dostawców, biznesplany oraz badania i strategie rynkowe. (...) Poprzez ochronę tak szerokiego zakresu know-how i informacji na temat przedsiębiorstwa, bez względu na to, czy równocześnie z prawami własności intelektualnej, czy zamiast tych praw, tajemnice przedsiębiorstwa pozwalają twórcom i innowatorom na czerpanie korzyści z ich twórczości i innowacji, a co za tym idzie są szczególnie ważne zarówno dla konkurencyjności przedsiębiorstw, jak i dla badań i rozwoju oraz osiągnięć wynikających z innowacyjności. "

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8 października 2010 r. (sygn. akt: KIO 2079/10), uznała, że: „informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym."

Wskazując na powyższe Izba stwierdziła, że przystępujący wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje mają wartość gospodarczą. Mimo że uzasadnienie zastrzeżenia jest w tym zakresie dość krótkie i lakoniczne, już sam rodzaj zastrzeżonych informacji (rozwiązania organizacyjno-techniczne, know-how) uzasadnia stwierdzenie, że tego rodzaju informacje mogą mieć wartość gospodarczą dla przystępującego.

Izba podzieliła natomiast stanowisko odwołującego, iż przystępujący nie udowodnił, że podjął w stosunku do zastrzeżonych informacji, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Izba stoi na stanowisku, iż użyte przez ustawodawcę w art. 18 ust. 3 ustawy P.z.p. sformułowanie zobowiązujące wykonawcę do „wykazania", że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć jako obowiązek „dowiedzenia", że informacje te mają właśnie taki charakter. Podkreślić należy, że jawność postępowania jest zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie ogólnych i gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia.

Stanowisko Izby wyrażone w wyroku stanowi kontynuację ugruntowanej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej. I tak, zgodnie z wyrokiem z dnia 13 marca 2018 r., sygn. akt: KIO 315/18, zasadność dokonania zastrzeżenia powinna być dokonywana na podstawie podanych przez danego wykonawcę argumentów, a nie samego charakteru zastrzeżonych informacji. Taka argumentacja winna być poparta dowodami, gdyż wykazanie z tym się niewątpliwie wiąże. Z kolei w wyroku z 10 marca 2016 r., sygn. akt: KIO 223/16, KIO 224/16, KIO 225/16, KIO 228/16 Izba wskazała, że dla prawidłowego wykazania, o którym mowa przepisie art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p., nie wystarczą jedynie gołosłowne i ogólnikowe twierdzenia, bez odniesienia się do konkretnych faktów, działań itd.

W tym miejscu należy zaznaczyć, że przystępujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu w ramach konsorcjum dwóch podmiotów. Zgodnie z art. 58 ust. 1 ustawy P.z.p., wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Jednocześnie, zgodnie z ust. 5, przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W świetle powyższego uprawnione jest stwierdzenie, że dla skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa istotne jest, by przesłanki zastrzeżenia zostały wykazane przez wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Tymczasem, w rozpoznawanym przypadku, o ile przystępujący wskazywał na działania podejmowane przez obydwu członków konsorcjum, o tyle złożone dowody dotyczą wyłącznie jednego z nich, a i te należy uznać za niewystarczające.

Izba podziela stanowisko przystępującego, że wymóg zachowania w poufności informacji przez pracowników jednego z członków konsorcjum jest istotne dla wykazania skuteczności zastrzeżenia. Przystępujący złożył jako dowody fragment umowy o pracę o regulaminu pracy, mających zastosowanie u wykonawcy IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu. Izba uznała, że w przypadku pracowników zatrudnionych u tego wykonawcy na podstawie umowy o pracę, wykonawca ten wykazał, że podjął kroki w celu zachowania w poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dalszej części wyjaśnień przystępujący wskazuje na szereg działań podjętych przez obu członków konsorcjum, w tym przechowywanie dokumentach na serwerach każdego z konsorcjantów, które zapewniają ochronę przez nieuprawnionym dostępem, postanowienia umowy konsorcjalnej, stosowanie firewall, programów antywirusowych i antyspyware, podejmowanie wewnętrznych działań, takich jak: szkolenia, poświadczenia zachowania poufności, ograniczony dostęp do informacji, kontrole wykonywania obowiązku poufności i bezpieczeństwa informacji. Przystępujący nie złożył żadnego dowodu w celu wykazania, że takie działania są w istocie podejmowane. Nie wykazał również, w jaki sposób chroni informacje w sytuacji współpracy z podmiotami zewnętrznymi i osobami fizycznymi nie będącymi pracownikami zatrudnionymi na podstawie umowy o pracę. Izba wskazuje, że dla wykazania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wystarczy złożenie jakichkolwiek dowodów, ale muszą to być dowody na wykazanie wszystkich podniesionych okoliczności.

Tym samym Izba uznała za nieprawidłową czynność zamawiającego, polegającą na zaniechaniu ujawnienia zastrzeżonych przez przystępującego dokumentów i uznała odwołanie na tę czynność za zasadne.

Uwzględnienie odwołania w powyższym zakresie oznacza jednocześnie uznanie za zasadne zarzutów dotyczących utajnienia przez zamawiającego uzasadnienia faktycznego i prawnego przyznanej przystępującemu punktacji w ramach kryteriów oceny ofert, zatem Izba nakazała zamawiającemu ujawnienie tych informacji.

Izba uznała za uzasadnione zarzuty naruszenia:

- art. 74 ust. 1, 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez nieprzekazanie odwołującemu nagrań z rozmów kwalifikacyjnych przystępującego,
- art. 74 ust. 1, 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez nieprzekazanie odwołującemu nagrań z rozmów kwalifikacyjnych odwołującego.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy P.z.p., postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne. W myśl ust. 2, zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Stosownie do art. 74 ust. 1, protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek. W myśl ust. 2 pkt 1, załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie, przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.

Izba podziela stanowisko odwołującego, że nagrania z rozmów kwalifikacyjnych z członkami Personelu Kluczowego odwołującego i przystępującego stanowią część ofert, a ponadto powinny stanowić załączniki do protokołu postępowania. Wniosek taki wynika z faktu, że rozmowa kwalifikacyjna, zgodnie z zapisami SWZ, miała być oceniana na podstawie wskazanych kryteriów oceny ofert. Musiała zatem być częścią oferty.

Zgodnie z przepisami wskazanymi wyżej, wykonawcy biorący udział w postępowaniu, są uprawnieni do żądania i otrzymania od zamawiającego dokumentów i informacji wskazanych w art. 74 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. Uprawnienie to jest warunkiem realizacji wskazanej w art. 18 ust. 1 ustawy P.z.p. jawności postępowania oraz innych zasad udzielania zamówień publicznych, w tym wskazanej w art. 16 pkt 2 zasady prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty. Zapewnia także realizację wynikającego z art. 1 ust. 1 i

3 Dyrektywy Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (89/665), nakazującego państwom członkowskim UE zapewnienie wykonawcom możliwości skutecznego odwołania od decyzji podjętych przez instytucje zamawiające oraz dostępności procedur odwoławczych dla uprawnionych podmiotów.

Zgodnie z art. 18 ust. 2 ustawy P.z.p. zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. W rozpoznawanym przypadku ograniczenie dostępu nastąpiło wyłącznie na podstawie postanowienia SWZ, zgodnie z którym nagrania z rozmów stanowić będą tajemnicę przedsiębiorstwa zamawiającego.

Wskazać należy, że ustawa P.z.p. nie przewiduje możliwości zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego. Dlatego też do takiego zastrzeżenia, poczynionego przez zamawiającego w SWZ, nie mogą mieć zastosowania przepisy dotyczące zastrzeżenia informacji przez wykonawcę. Zamawiający, poza lakonicznym stwierdzeniem w SWZ, że nagrania będą stanowić tajemnicę jego przedsiębiorstwa, w żaden sposób nie wskazał, w jaki sposób takie zastrzeżenie należy rozumieć. W szczególności z jego treści nie wynikało, że nagrania z rozmów kwalifikacyjnych nie zostaną udostępnione nawet wykonawcom biorącym udział w postępowaniu. W ocenie Izby, tego rodzaju zastrzeżenie nie może naruszać ustawowego uprawnienia wykonawcy do dostępu do informacji i dokumentów wytwarzanych i gromadzonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia i nie spełnia wskazanej w art. 18 ust. 2 ustawy P.z.p. przesłanki do ograniczenia dostępu do informacji jedynie w przypadkach określonych ustawą.

W ocenie Izby, zawarte w SWZ stwierdzenie, iż nagrania z rozmów kwalifikacyjnych stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa, nie może być podstawą do odmowy odwołującemu dostępu do tych nagrań, dlatego też Izba, uwzględniając podniesione w tym zakresie zarzuty, nakazała ich udostępnienie odwołującemu.

Izba uznała, że zarzuty naruszenia:

- art. 253 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez nieprzekazanie wraz z

informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej uzasadnienia faktycznego i prawnego przyznanej punktacji w ramach kryterium Metodyka oraz Zespół i ograniczenie informacji wyłącznie do wskazania łącznej liczby punktów przyznanych w ramach tych kryteriów, w tym niepodanie uzasadnienia faktycznego i prawnego dla obniżenia liczby przyznanych odwołującemu punktów,

- art. 74 ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy P.z.p. poprzez prowadzenie przez

zamawiającego postępowania i podejmowanie przez zamawiającego decyzji w postępowaniu z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, a także niezgodnie z zasadą przejrzystości, polegające na nierównym traktowaniu wykonawców i udostępnieniu odwołującemu oferty Konsorcjum 23 dni po złożeniu wniosku o wgląd do oferty w sytuacji gdy ofertę odwołującego przekazano Konsorcjum w 7 dni po otrzymaniu stosownego wniosku,

są co do zasady słuszne, niemniej jednak, z uwagi na udostępnienie żądanych informacji w terminie późniejszym niż przewidziany ustawą, stwierdzone naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania, w związku z czym podniesione zarzuty podlegają oddaleniu na

zasadzie art. 554 ust. 1 pkt 1 (a contrario) ustawy P.z.p.

Wskazane przez odwołującego okoliczności faktyczne stanowiące podstawę zarzutów nie zostały przez zamawiającego zakwestionowane i nie były pomiędzy stronami sporne.

Odwołujący na rozprawie w dniu 18 listopada 2022 roku podnosił, że opóźnienie w przekazaniu informacji miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania w taki sposób, że odwołujący dysponował krótszym terminem do wniesienia odwołania na ocenę jego oferty.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego. Podkreślenia wymaga, że odwołujący w

treści odwołania nie podniósł, że nie był w stanie w odpowiedni sposób przygotować i uzasadnić odwołania. Zarzuty opierały się wyłącznie na wykazywaniu opóźnienia w

przekazaniu żądanych informacji i - w konsekwencji - na naruszeniu wskazanych przepisów ustawy P.z.p. Odwołujący w treści odwołania nie podniósł też, w jaki sposób przekazane z opóźnieniem informacje naruszyły jego interes w uzyskaniu zamówienia. Jest to o tyle istotne, że odwołujący przygotował odwołanie, w którym zarzuty, zwłaszcza w zakresie oceny jego oferty, zostały podniesione w sposób bardzo szczegółowy. Odwołujący nie wykazał zatem, w jaki sposób stwierdzone naruszenia miały lub mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania, tym bardziej, że z podniesionymi w tym zakresie zarzutami nie były skorelowane żadne żądania, zgodnie z którymi Izba miałaby nakazać zamawiającemu dokonanie jakichkolwiek czynności.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez nieprawidłowe badanie i ocenę oferty złożonej przez odwołującego skutkującym przyznaniem mu w ramach kryterium Metodyka jedynie 7 z 35 możliwych do uzyskania punktów oraz w ramach kryterium Zespół jedynie 6 z 30 możliwych do uzyskania punktów.

Podniesiony w tym zakresie zarzut sprowadza się w istocie do polemiki odwołującego z zamawiającym w zakresie oceny poszczególnych, zaoferowanych przez odwołującego rozwiązań. Ponadto odwołujący ani w treści odwołania, ani na rozprawie nie określił, ile punktów powinien był otrzymać w ramach kryteriów „Metodyka" i „Zespół". Zarzut sprowadza się zatem wyłącznie do stwierdzenia, że odwołujący nie zgadza się z dokonaną oceną, niemniej jednak nie podnosi, jaka ocena - w jego przekonaniu - byłaby prawidłowa.

Izba wskazuje, że treść SWZ w zakresie sposobu oceny poszczególnych kryteriów i podkryteriów oceny ofert była lakoniczna i sprowadzała się do subiektywnej opinii zamawiającego, na ile zaoferowane rozwiązanie spełnia oczekiwania zamawiającego, począwszy od uznania, że rozwiązanie nie spełnia minimalnych wymagań, a skończywszy na ocenie, że rozwiązanie spełnia wymagania w sposób przewyższający oczekiwania. Treść

SWZ nie zawiera szczegółowych warunków, na jakich zamawiający będzie dokonywał oceny poszczególnych rozwiązań.

Podkreślenia wymaga, że żaden z wykonawców nie zadał pytań do tej treści SWZ, która odnosiła się do sposobu oceny ofert w ramach przyjętych kryteriów i podkryteriów, w tym, co konkretnie będzie powodowało, że zamawiający uzna dane rozwiązanie za - przykładowo - poprawne, kompleksowe, jasne i pełne. Żaden z wykonawców nie wniósł również odwołania na treść SWZ w tym zakresie. Należy zatem założyć, że wykonawcy zgodzili się na taką ocenę ofert, jaka została zaproponowana w SWZ.

W sytuacji, w której w SWZ brak jest konkretnych, mierzalnych i precyzyjnych zasad, na podstawie których przyznawane będą punkty w poszczególnych kryteriach, a przedmiot zamówienia jest specyficzny, rozstrzygnięcie, czy zamawiający dokonał prawidłowej oceny ofert odwołującego, jest uzależniona od wiadomości specjalnych. Odwołujący nie złożył żadnego wniosku dowodowego w celu wykazania słuszności podniesionego zarzutu, zatem Izba uznała zarzut za nieuzasadniony i podlegający oddaleniu.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.