Sygn. akt: KIO 717/23

WYROK

z dnia 29 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 27 marca 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 marca 2023 r. przez wykonawcę: IBC Advisory Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Wojewódzki Urząd Pracy z siedzibą w Gdańsku

przy udziale wykonawcy: Danae Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie ujawnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawcę Danae Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku: Oferta merytoryczna - Koncepcja realizacji badania ilościowego i jakościowego oraz art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru

najkorzystniejszej oferty w zakresie części pierwszej zamówienia, ujawnienie treści wskazanego wyżej dokumentu oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert dla tej części;

2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala;

3. kosztami postępowania obciąża odwołującego w części 1/3 oraz zamawiającego w części 2/3, i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez

odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę: 3 075 zł 00 gr (słownie: trzy

tysiące siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego;

3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7 050 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćdziesiąt złotych zero groszy), stanowiącą zwrot stosunkowej części kosztów postępowania odwoławczego.

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

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt: KIO 717/23

Uzasadnienie

Wojewódzki Urząd Pracy z siedzibą w Gdańsku (dalej „zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp" na przeprowadzenie usługi badawczej pn. „Sytuacja kobiet na rynku pracy województwa pomorskiego w kontekście aktywizacji zawodowej z uwzględnieniem uwarunkowań społeczno - ekonomicznych Regionalny Program Operacyjny Województwa Pomorskiego na lata 2014-2020" (dalej „postępowanie" lub „zamówienie"); znak sprawy zamawiającego: OZP.332.1.1.AS.23. Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza

progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp. Postępowanie zostało

podzielone na dwie części, z których: część 1 - badanie dotyczące sytuacji kobiet na rynku pracy woj. pomorskiego, część 2 - badanie ewaluacyjne w ramach projektu pilotażowego.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 27 stycznia 2023 r., pod numerem 2023/BZP 00063041.

Zamawiający w dniu 9 marca 2023 r. dokonał wyboru jako najkorzystniejszej w części 1 postępowania oferty wykonawcy Danae Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (dalej „Danae" lub „przystępujący").

W dniu 14 marca 2023 r. przez wykonawcę: IBC Advisory Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej „odwołujący") zostało wniesione odwołanie od czynności podjętych i zaniechanych przez zamawiającego w części 1 postępowania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że ten naruszył niżej wymienione przepisy ustawy Pzp:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Danae, jako niezgodnej z warunkami zamówienia, w związku z przedstawieniem w treści tejże oferty sposobu wykonania przedmiotowej usługi badawczej, który nie spełnia warunków określonych w specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ"), w tym nie pozwala na uzyskanie od respondentek obiektywnych odpowiedzi oraz nie gwarantuje respondentkom pełnej poufności pozyskanych od nich informacji w celu uzyskania jak najbardziej wiarygodnych danych;

jednocześnie, z ostrożności procesowej, w przypadku nieuwzględnienia podniesionego wyżej zarzutu podnosił także zarzuty naruszenia:

2. art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „UZNK") w zw. z art. 16 ustawy Pzp, poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że informacje zastrzeżone przez Danae jako tajemnica przedsiębiorstwa zostały skutecznie zastrzeżone i nie podlegają ujawnieniu, podczas gdy wykonawca ten nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów UZNK, w szczególności nie przedstawił dowodów na okoliczność podjęcia przez niego niezbędnych działań w celu zachowania poufności takich informacji;

3. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, wyrażającego się w nieprawidłowej ocenie oferty Danae, poprzez przyznanie jej 14 punktów w kryterium oceny „Koncepcja realizacji badania ilościowego (BI)" w zakresie części składowej tego kryterium oznaczonej lit. b, określonej w celu oceny sposobu dotarcia do respondentów wraz z metodami zachęcenia ich do udziału w badaniu, podczas gdy zgodnie z SWZ, przyznanie takiej liczby punktów nie uzasadniała treść oferty w zakresie sposobu wykonania zamówienia, z uwagi m.in. na istotne ograniczenia w uzyskaniu od respondentek obiektywnych odpowiedzi oraz ograniczenia pełnej poufności pozyskanych od nich informacji;

4. art. 16 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji w związku z oceną ofert, złożonych przez Danae i odwołującego, które mimo, że w różnym stopniu spełniały wymagania zamawiającego, określone w SWZ, otrzymały niemal taką samą liczbę punktów w kryterium oceny „Koncepcja realizacji badania ilościowego (BI)" w zakresie części składowej tego kryterium oznaczonej lit. b, określonej w celu oceny sposobu dotarcia do respondentów wraz z metodami zachęcenia ich do udziału w badaniu.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, oraz nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności uznania zastrzeżonych przez Danae informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa za skuteczne i ujawnienie pełnej treści jego oferty; unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Danae; dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz rozstrzygnięcie go zgodnie z postanowieniami SWZ i przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący, w pierwszej kolejności, uzasadniając zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp argumentował, iż zamawiający w SWZ określił wymagania w zakresie sposobu wykonania przedmiotowej usługi badawczej, wskazując m.in., że wykonawca jest zobowiązany do sprawnej i terminowej realizacji badania oraz ścisłej współpracy z zamawiającym, w tym do zapewnienia respondentom pełnej poufności pozyskanych od nich informacji w celu uzyskania jak najbardziej wiarygodnych danych (str. 49 i 52 SWZ).

Dalej wskazywał, że jak wynika z trzech kart oceny ofert, w ramach kryterium „Koncepcja realizacji badania ilościowego (BI)", w zakresie części składowej tego kryterium oznaczonej lit. b, określonej w celu oceny sposobu dotarcia do respondentów wraz z metodami zachęcenia ich do udziału w badaniu, członkowie Komisji przetargowej, powołanej na potrzeby przeprowadzenia postępowania, pomimo identyfikacji istotnych zastrzeżeń dotyczących treści oferty Danae, ostatecznie przyznali tejże ofercie 14 punktów (na 15 punktów możliwych do zdobycia). Taka ocena jest wewnętrznie sprzeczna w aspekcie przedmiotowego kryterium oceny, a w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy należy oceniać jako co najmniej niezgodny z kryterium oceny ofert określonym w Rozdziale XX ust. 1 pkt 2 lit. b SWZ. Wewnętrzna sprzeczność oceny polega na tym, że pomimo istotnych zastrzeżeń dotyczących treści oferty, oferta została uznana za ofertę, która - w ocenie zamawiającego - zapewnia wysoki poziom efektywności w kontekście osiągnięcia celu i założeń badawczych, co było równoznaczne z oceną oferty na najwyższym poziomie, a mianowicie w przedziale od 11 do 15 punktów.

Jak wynika z karty oceny, podpisanej przez członka Komisji „sposób dotarcia do respondentów na terenie powiatowych urzędów pracy i ośrodków pomocy społecznej może mieć wpływ na nastawienie do realizacji wywiadów, udzielenie odpowiedzi i poczucie anonimowości". Podobna ocena została odnotowana na karcie oceny innego członka Komisji przetargowej, który zaznaczył, że zaproponowany sposób realizacji badania będzie powodował po stronie respondentek brak poziomu poczucia anonimowości i ten brak wpływał będzie na obiektywność udzielanych odpowiedzi. Oferta Danae nie zapewnia zatem wysokiego poziomu efektywności osiągnięcia celu i założeń badania, skoro jej zastosowanie - w ocenie samych członków Komisji przetargowej - rodzi ryzyko ograniczenia w dotarciu do respondentek, a także obiektywnych odpowiedzi oraz poczucia anonimowości respondentek.

Odwołujący, cytując literaturę przedmiotu zwracał uwagę, że celem głównym przedmiotowej usługi badawczej jest zgromadzenie wiedzy w wyniku realizacji wywiadów z respondentami. Podstawową zasadą, związaną z zabezpieczeniem interesów i dobór dóbr osób badanych, jest ochrona ich tożsamości. Dotyczy to przede wszystkim badań

sondażowych (por. Badania społeczne w praktyce, Earl Babbie, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2004, s. 518). To właśnie dotarcie do respondenta i zapewnienie, że będzie czuł się anonimowo, a także, że otworzy się podczas wywiadu sprawi, że realizacja celu badania będzie możliwa na wysokim poziomie. Badania na osobach, które takiego poczucia anonimowości i poufności nie będą miały, będą mogły mieć jako obarczone błędem dostarczyć niewiarygodnych wyników, dlatego aspekt poufności i anonimowości jest tak istotny we wszystkich (socjologicznych i psychologicznych) procedurach badawczych, w których obiektem jest człowiek. Zgodnie z literaturą przedmiotu: „W postępowaniu z człowiekiem jako przedmiotem badań należy przestrzegać zasady dobrowolnej i wiadomej zgody na uczestnictwo w badaniach oraz zasady poufności i anonimowości" (tak w Metodologia badań psychologicznych, Jerzy Brzeziński, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2004, s.129).

Odwołujący wskazywał, że realizacja przedmiotu zamówienia polega na pozyskiwaniu danych w sposób umożliwiający ich rzetelną analizę, której warunkiem jest powtarzalna procedura pozyskiwania tych danych (np. przy zastosowaniu tych samych narzędzi badawczych, jednolitej dla całego etapu badania procedury doboru próby, zapewnienie pełnej poufności i anonimowości wszystkim badanym osobom). Przedstawiony przez Danae sposób wykonania przedmiotowej usługi badawczej na terenie powiatowych urzędów pracy jest wysoce niestosowny, a co najważniejsze będzie miał niewątpliwie istotny wpływ na obniżenie wiarygodności prowadzonych badań. Miejsce prowadzonych badań ma zasadnicze znaczenie w aspekcie wiarygodności takich badań. W przypadku zbierania wywiadów od respondentów na terenie państwowego urzędu, można przyjąć wniosek ,o zdecydowanie mniejszym stopniu zróżnicowania danej populacji i zbliżony profil w zakresie preferencji i motywacji. Niezależnie, podkreślił, że zgodnie z SWZ, każdy z wykonawców, biorących udział w postępowaniu, kalkulując cenę ofertową, zobowiązany był uwzględnić wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotowej usługi badawczej. Tymczasem wyłącznie Danae przedstawił propozycję wykonania tejże usługi na terenie urzędu państwowego, mimo że jak powszechnie wiadomo taki rodzaj miejsca w istotnym stopniu ogranicza poufność w procesie pozyskiwania informacji w celu uzyskania jak najbardziej wiarygodnych danych (stosowane w urzędach systemy kontroli, w tym monitoring przemysłowy, kamery). Oznacza to, że realizacja wywiadów mogłaby być rejestrowana poprzez system kontroli i dozoru technicznego, pozostający poza jakimkolwiek wpływem wykonawcy Danae. Zgodnie z SWZ (s. 45 akapit trzeci) „Wykonawca w ofercie zaproponuje zamawiającemu rozkład próby badawczej oraz sposób dotarcia do respondentek, który zagwarantuje zebranie rzetelnych (wskaźnikiem rzetelności wyników badania jest korelacja

pomiędzy wynikiem obserwowanym a wynikiem prawdziwym) i adekwatnych do celu i założeń badawczych informacji. Zamawiający wymagał zatem złożenia oferty, określającej sposób wykonania przedmiotowej usługi badawczej, zapewniający zebranie wiedzy obiektywnej, pozbawionej wszelkich zniekształceń. Tymczasem zaproponowany przez Danae sposób dotarcia do respondentek, obejmujący realizację wywiadów na terenie powiatowych urzędów pracy - nie gwarantuje zebrania rzetelnych informacji. Taki wniosek potwierdzają dodatkowo jednoznaczne komentarze członków Komisji przetargowej, przedstawione na otrzymanych przez odwołującego kartach oceny oferty.

Odwołujący podnosił również zarzuty naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK w zw. z art. 16 ustawy Pzp. W zakresie przedmiotowego zarzutu wskazywał, że pismem z 9 marca 2023 r. zwrócił się do zamawiającego z prośbą o udostępnienie dokumentów związanych z prowadzonym postępowaniem, w tym oferty Danae wraz z załącznikami i korespondencją oraz kartami ocen merytorycznych. W odpowiedzi, w dniu 10 marca 2023 r., zamawiający przekazał odwołującemu dokumenty, o które wystąpił, z wyłączeniem części oferty Danae w zakresie Oferty merytorycznej - metodologii wykonania przedmiotowej usługi badawczej uznając, że przystępujący skutecznie zastrzegł podane tam informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa, a tym samym zdecydował, że zastrzeżona część oferty nie podlega ujawnieniu. Tymczasem z treści uzasadnienia przedstawionego przez Danae do zastrzeżenia ww. informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie wynika, aby Danae skutecznie dokonał takiego zastrzeżenia, a w szczególności wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisu art. 11 ust. 2 UZNK. Zastrzeżenia są lakoniczne, Danae przyznaje, że nie ma jednej metody prowadzenia badań dla wszystkich zamawiających, ale jednocześnie wskazuje, że zastrzeżona przez nich metodologia stanowi jednak ich przewagę konkurencyjną, ponieważ warunkuje jakość i wiarygodność uzyskiwanych wyników także innych badań.

W ocenie odwołującego przystępujący nie wykazał, dlaczego i jaki jest związek pomiędzy istnieniem i budową przewagi konkurencyjnej, a treścią zastrzeżonej części oferty. Nie wynika z uzasadnienia, które elementy zastrzeżonej części oferty budują taką przewagę konkurencyjną także w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, wskutek czego nie jest możliwa weryfikacja zasadności takiego zastrzeżenia. Wykonawca Danae ograniczył się wyłącznie do ogólnych stwierdzeń, w tym m.in., że informacje zastrzeżone stanowią dla niego cenny kapitał, nie uzasadniając jednocześnie co takiego

przesądza o gospodarczej wartości tych informacji oraz możliwości zastosowania ich w praktyce przez podmioty konkurencyjne.

Odwołujący podkreślał, że „wykazanie", o którym mowa w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, oznacza „udowodnienie". Pod pojęciem „wykazania" należy rozumieć nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. W art. 18 ust. 3 ustawy Pzp ustawodawca wyraźnie uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca „wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa". Ustawodawca posłużył się w tym zakresie

sformułowaniem „wykazał”, co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia”. Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw „wykazać”, czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziściły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 UZNK. Jak wskazała KIO w uchwale z dnia 12 lutego 2020 r. (sygn. akt KIO.KU 5/20): „nie wystarczą same deklaracje, wykonawca winien nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa (podobnie wyrok KIO, sygn. akt: KIO 677/22)”. KIO w wyroku o sygn. akt KIO 248/21 uznała, że: „Przede wszystkim jednak, zastrzegane informacje w tym postępowaniu przedstawiane były w kryterium oceny ofert, podlegały ocenie zamawiającego i wpływały na przyznawaną punktację, a w konsekwencji na wynik postępowania. Tym bardziej, informacje w tym zakresie powinny być jawne, tak w kontekście zasady jawności postępowania, jak i art. 86 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi o jawności podstawowych informacji w postępowaniu (…)”.

Dodatkowo odwołujący wskazał, że Danae oświadczając, że podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, w szczególności wdrożenie polityki bezpieczeństwa lub stosowanie odpowiednich klauzul poufności w umowach z pracownikami oraz stosowanie zabezpieczeń w korespondencji e-mailowej, nie przedstawił jakichkolwiek dowodów na poparcie swoich twierdzeń.

Odwołujący wskazywał również na naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy Pzp. Przypomniał treść Rozdziału XX ust. 1 SWZ, w którym zamawiający ustalił następujące kryteria oceny ofert: 1) Kryterium ceny (KC) - w wymiarze 35%, 2) Kryterium Koncepcja realizacji badania ilościowego (BI) - w wymiarze 45%, 3) Kryterium Koncepcja realizacji badania jakościowego (BJ) - w wymiarze 20%. W ramach kryterium oceny ofert w zakresie BI oraz BJ zamawiający postanowił, że punkty zostaną przyznane indywidualnie przez

członków komisji przetargowej w wymiarze punktowym odpowiednio: od 0 do 45 oraz od 0 do 20. Z kolei w ramach kryterium oceny BI wyodrębnił trzy części składowe oceny, w ramach których możliwe było uzyskanie maksymalnie po 15 punktów. Jedną z części składowych tego kryterium była ocena sposobu dotarcia do respondentów wraz z metodami zachęcenia ich do udziału w badaniu. Zamawiający określił w SWZ, że punkty będą mogły zostać przyznane zgodnie z ustalonym poziomem jakości, określonego sposobu wykonania przedmiotowej usługi badawczej, przedstawionego w poszczególnych ofertach, a mianowicie: od 11 do 15 pkt za propozycję uwzględniającą zróżnicowane sposoby dotarcia do respondentów i zróżnicowane metody zachęcania ich do udziału w badaniu, które względem siebie są komplementarne i zapewniają wysoki poziom efektywności w kontekście osiągnięcia celu i założeń badawczych; od 6 do 10 pkt za propozycję uwzględniającą zróżnicowane sposoby dotarcia do respondentów i zróżnicowane metody zachęcania ich do udziału w badaniu, które względem siebie są komplementarne i zapewniają wystarczający poziom efektywności w kontekście osiągnięcia celów i założeń badawczych; od 0 do 5 pkt za propozycję nacechowaną nieznacznym zróżnicowaniem lub brakiem zróżnicowania sposobów dotarcia do respondentów i/ lub nieznacznym zróżnicowaniem lub brakiem zróżnicowania metod zachęcania ich do udziału w badaniu, które nie są względem siebie komplementarne i nie zapewniają efektywności w kontekście osiągnięcia celu i założeń badawczych. W wyniku oceny złożonych w postępowaniu ofert, oferta, która uzyskała najwyższą liczbę punktów była oferta Danae (93,06 pkt), przy czym w ramach kryterium BI otrzymała łącznie 44 pkt, w tym 14 pkt w ramach oceny sposobu dotarcia do respondentów wraz z metodami zachęcenia ich do udziału w badaniu, mimo że wobec zaproponowanego przez Danae sposobu wykonania przedmiotowej usługi badawczej zgłaszane były istotne zastrzeżenia na kartach oceny. Tymczasem oferta złożona przez odwołującego uzyskała łącznie 92,15 pkt, w tym jako jedyna spośród wszystkich ofert, złożonych w postępowaniu, osiągnęła maksymalną liczbę punktów (65 pkt) w ramach kryteriów pozacenowych, w tym 15 pkt w ramach oceny sposobu dotarcia do respondentów wraz z metodami zachęcenia ich do udziału w badaniu, przy czym wobec oferty odwołującego nie zostały zgłoszone jakiekolwiek zastrzeżenia na kartach oceny. W świetle przedstawionego wyżej stanu faktycznego zamawiający w sposób nieuzasadniony, a przez to nieuprawniony przyznał ofercie Danae tak wysoką liczbę punktów, która pozostaje w dysproporcji w stosunku do poziomu oferowanej przez niego poziomu jakości świadczenia przedmiotowej usługi badawczej, zwłaszcza w porównaniu z poziomem jakościowym usługi oferowanej przez odwołującego. Tym samym, zdaniem odwołującego, zamawiający naruszył

przepis art. 239 ust. 1 ustawy Pzp i zobowiązany jest do unieważnienia dokonanej oceny oferty Danae i ponownej oceny zgodnie z SWZ oraz przepisami ustawy Pzp.

Zamawiający naruszył też w ocenie odwołującego przepis art. 16 ustawy Pzp, gdyż w sposób niejasny dokonał oceny oferty Danae, przyznając jej nieproporcjonalnie wysoką liczbę punktów w porównaniu do liczby punktów przyznanych ofercie odwołującego w kryterium oceny „Koncepcja realizacji badania ilościowego (BI)” w zakresie części składowej tego kryterium oznaczonej lit. b, określonej w celu oceny sposobu dotarcia do respondentów wraz z metodami zachęcenia ich do udziału w badaniu. W ocenie odwołującego oferta Danae powinna zostać oceniona w ww. kryterium co najwyżej na poziomie drugiego progu oceny (od 6 do 10 pkt). Podkreślał, że zamawiający dokonując tej oceny wykazał się daleko idącą niekonsekwencją w określeniu profilu wymagań (przeważająca część to kryteria pozacenowe), a następnie bezkrytyczną oceną sposobu wykonania przedmiotowej usługi badawczej, stanowiącej ofertę Danae.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, przystąpił wykonawca: Danae Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku.

Zamawiający w dniu 7 lutego 2023 r., działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego odrzucenie, a w przypadku gdyby Izba nie podzieliła tego stanowiska, wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Swoje stanowisko w sprawie zaprezentował także przystępujący w piśmie z 22 marca 2023 r., wnosząc o jego oddalenie

w całości jako bezzasadnego.

Na posiedzeniu w dniu 27 marca 2023 r. odwołujący złożył pismo procesowe, w którym odniósł się do stanowiska zamawiającego, wnosząc o przeprowadzenie dowodów z dokumentów w postaci oświadczeń i stanowisk złożonych i wyrażonych przez wszystkie Powiatowe Urzędy Pracy, zlokalizowane na terenie województwa pomorskiego w korespondencji (w załączeniu), którą w dniach od 16 marca 2023 r. do 21 marca 2023 r. prowadził odwołujący z tymi Urzędami, na okoliczność braku możliwości zapewnienia poufności przeprowadzenia usługi badawczej na terenie ww. jednostek, zgodnie z wymaganiami SWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego do akt sprawy w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią zamawiającego na nie, stanowiskiem pisemnym złożonym przez przystępującego, jak też pismem procesowym odwołującego złożonym na posiedzeniu, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W szczególności Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, zaprezentowanego w treści pisma procesowego - odpowiedzi na odwołanie, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 6 ustawy Pzp, zgodnie z którym odrzuca się odwołanie w przypadku, gdy odwołujący nie przekazał zamawiającemu odwołania albo jego kopii w sposób określony w art. 514 ust. 2 ustawy Pzp tj. w taki sposób, aby zamawiający mógł się zapoznać z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia.

Zamawiający argumentował, że w dniu 9 marca 2023 r., działając zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, poinformował o wynikach postępowania wykonawców, którzy złożyli oferty w ramach części 1 przedmiotu zamówienia. W dniu 14 marca 2023 r. o godz. 23:29 (na co zamawiający przedstawił dowód) odwołujący przekazał zamawiającemu odwołanie poprzez wiadomość mailową na adres zamawiającego: . Zamawiający twierdził, że odwołanie wniesione w tym dniu można byłoby traktować jako wniesione w terminie, jednakże warunkiem skutecznego wniesienia odwołania jest przekazanie jego kopii zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do wniesienia odwołania. Mając z kolei na uwadze godziny pracy zamawiającego - urząd administracji samorządowej (od 7:00 do 16:00) oraz fakt, że odwołanie zostało przesłane do zamawiającego o godz. 23:29, czyli 31 minut przed upływem terminu a także zasady współżycia społecznego (praca w godzinach nocnych jest sytuacją wyjątkową) nie można domniemywać, że zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia. W konsekwencji, jego zdaniem, odwołanie niniejsze podlega odrzuceniu.

Izba nie podzieliła tego stanowiska z następujących powodów. Domniemywa się, że zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przekazanie odpowiednio odwołania albo jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (art. 514 ust. 3 ustawy Pzp). Regulujący kwestię sposobu przekazania kopii odwołania przepis art. 514 ust. 2 ustawy Pzp w sposób wyraźny przewiduje, że przekazanie to może się odbyć drogą elektroniczną (nie ogranicza sposobu w jakim odwołanie albo jego kopia mogą być przekazane zamawiającemu), co więcej zastosowanie drogi elektronicznej rodzi określone skutki prawne, tj. domniemanie, że zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia.

Nie ulega wątpliwości, że przekazanie kopii odwołania miało miejsce w dniu 14 marca 2023 r., a zatem przed upływem określonego przepisami ustawy Pzp 5 - dniowego terminu na jego wniesienie. Termin ten z kolei upływał w tym dniu o godz. 24.00, co wynika z art. 515 ust. 1 pkt 2 a, w zw. z art. 514 ust. 3, w zw. z art. 8 ustawy Pzp, w zw. z art. 111 § 1 kodeksu cywilnego). Okoliczność, iż nastąpiło to po godzinach urzędowania zamawiającego nie było wystarczające do obalenie domniemania, iż zamawiający mógł się zapoznać z jego treścią. Powyższy pogląd znajduje swoje potwierdzenie także w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (porównaj Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3026/21).

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i ubiega się o udzielenie zamówienia. Oferta odwołującego uplasowała się na drugim miejscu w rankingu ofert. Gdyby zarzuty odwołania potwierdziły się, oferta odwołującego miałaby szansę zostać uznana za najkorzystniejszą, a on sam mógłby zawrzeć umowę z zamawiającym na wykonanie zamówienia i osiągnąć zysk z tytułu jego realizacji.

Izba postanowiła oddalić wniosek przystępującego, złożony w oparciu o przepis art. 545 ust. 2 ustawy Pzp o wyłączenie jawności rozprawy. Przystępujący wskazywał, że przy rozpatrywaniu odwołania ujawniona może zostać informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego, chroniona na podstawie art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233) - dalej „UZNK"). Izba nie dopatrzyła się podstaw dla uznania, że przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy może dojść do ujawnienia takiej tajemnicy.

Przypomnieć należy, że wyłączenie jawności rozprawy w całości lub w części może mieć miejsce jedynie w takim przypadku, gdy istnieje prawdopodobieństwo, że w jej toku może zostać ujawniona informacja stanowiąca tajemnicę chronioną na podstawie odrębnych przepisów (np. w oparciu o przepisy UZNK), inna niż informacja niejawna. Pamiętać

jednak należy, że takie wyłączenie jawności, traktowane jedynie jako wyjątek od zasady, może mieć miejsce jedynie, gdy jest to rzeczywiście uzasadnione, po wnikliwej analizie okoliczności, które miałyby stanowić uzasadnienie takiego wyłączenia. W niniejszej sprawie takie okoliczności, w ocenie Izby, nie zaistniały.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, przekazaną przez zamawiającego w formie elektronicznej.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody wnioskowane przez odwołującego, przedłożone na rozprawie.

Izba oddaliła wniosek przystępującego o odroczenie terminu rozprawy i umożliwienie mu przedłożenia dowodów w postaci dokumentów potwierdzających prowadzenie przez niego badań na terenie urzędów pracy na okoliczność wykazania, że możliwe jest prowadzenie badań w tych miejscach z zachowaniem obowiązujących zasad, w tym z zachowaniem poufności. Powyższy wniosek Izba oddaliła uznając, że ten zostały powołany jedynie dla zwłoki. Przedłożenie takich dowodów wymagałoby odroczenia rozprawy i spowodowało przedłużenie się postępowania odwoławczego. Z kolei przystępujący, który znał wcześniej treść podniesionych zarzutów, powołując się już w piśmie procesowym na okoliczność prowadzenia badań w tych miejscach - miał możliwość pozyskania takich dowodów wcześniej w taki sposób, aby przedłożyć je w pierwszym możliwym terminie tj. w dacie, kiedy wyznaczono posiedzenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Na wstępie Izba ustaliła, że przedmiotem postępowania, zgodnie z opisem zawartym w Rozdziale IV SWZ jest przeprowadzenie usług badawczych. Zamawiający dokonał podziału zamówienia na dwie części: część 1 - usługa przeprowadzenia badania pn. Sytuacja kobiet na rynku pracy województwa pomorskiego w kontekście aktywizacji zawodowej z uwzględnieniem uwarunkowań społeczno-ekonomicznych. Źródłem finansowania przedmiotu zamówienia są środki Pomocy Technicznej Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Pomorskiego na lata 2022 - 2023 w ramach realizowanego projektu; część II -usługa przeprowadzenia badania ewaluacyjnego projektu

pilotażowego pn. Kobiety gotowe na zmiany - inkubator zwinnej kariery. Źródłem finansowania przedmiotu zamówienia są środki Funduszu Pracy, w ramach realizowanego projektu pilotażowego pn. Kobiety gotowe na zmiany - inkubator zwinnej kariery. Wykonawca może złożyć ofertę na dowolną część/ części zamówienia. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został określony w załączniku nr 1 do SWZ (dla części 1 przedmiotu zamówienia) - dalej „SOPZ", w załączniku nr 2 do SWZ (dla części 2 przedmiotu zamówienia) oraz w projekcie umowy, której wzór stanowi załącznik nr 3 do SWZ (dla części 1 przedmiotu zamówienia) oraz załącznik nr 4 (dla części 2 przedmiotu zamówienia).

W zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy w treści OPZ zamawiający zawarł następujące wymagania: w pkt 2 - Badanie ilościowe zaznaczył: Wykonawca w ofercie zaproponuje zamawiającemu rozkład próby badawczej oraz sposób dotarcia do respondentek, który zagwarantuje zebranie rzetelnych (wskaźnikiem rzetelności wyników badania jest korelacja pomiędzy wynikiem obserwowanym a wynikiem prawdziwym) i adekwatnych do celu i założeń badawczych informacji. W dokumencie zawarł też następujące oczekiwania wobec wykonawcy dotyczące badania: Wykonawca jest zobowiązany do sprawnej i terminowej realizacji badania oraz ścisłej współpracy z zamawiającym, w tym do: (1) Zapewnienia respondentom pełnej poufności pozyskanych od nich informacji w celu uzyskania jak najbardziej wiarygodnych danych.

Kryteria oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, opisane zostały w Rozdziale XX SWZ. Zamawiający przewidział, że przy wyborze najkorzystniejszej oferty w części 1 kierował się następującymi kryteriami i odpowiadającymi im znaczeniami oraz w następujący sposób będzie oceniał spełnienie kryteriów: (1) Cena (KC) - 35%; (2) Koncepcja realizacji badania ilościowego (BI) - 45%; (3) Koncepcja realizacji badania jakościowego (BJ) - 20%.

Zamawiający przewidział, że dokona oceny ofert, które nie zostały odrzucone. Oferty będą oceniane przez komisję przetargową metodą punktową w skali 100-punktowej, przy czym 1 % = 1 pkt. W spornym kryterium tj. w zakresie „Koncepcji realizacji badania ilościowego (BI)" punkty miały zostać przyznane indywidualnie przez członków komisji przetargowej w zakresie punktowym od 0 do 45. W ramach tego kryterium ocenie podlegać miała koncepcja realizacji badania ilościowego, na którą składać się miły trzy elementy, w tym opisany w literze b - sposób dotarcia do respondentów wraz z metodami zachęcenia ich do udziału w badaniu (waga punktowa: 0 - 15 pkt). Zgodnie z SWZ od 11 do 15 pkt otrzymać miał wykonawca, który przedstawi propozycję uwzględniającą zróżnicowane sposoby dotarcia do respondentów i zróżnicowane metody zachęcania ich do udziału w badaniu,

które względem siebie są komplementarne i zapewniają wysoki poziom efektywności w kontekście osiągnięcia celu i założeń badawczych. Z kolei od 6 do 10 pkt za propozycję uwzględniającą zróżnicowane sposoby dotarcia do respondentów i zróżnicowane metody zachęcania ich do udziału w badaniu, które względem siebie są komplementarne i zapewniają wystarczający poziom efektywności w kontekście osiągnięcia celów i założeń badawczych, a od 0 do 5 pkt za propozycję nacechowaną nieznacznym zróżnicowaniem lub brakiem zróżnicowania sposobów dotarcia do respondentów i/ lub nieznacznym zróżnicowaniem lub brakiem zróżnicowania metod zachęcania ich do udziału w badaniu, które nie są względem siebie komplementarne i nie zapewniają efektywności w kontekście osiągnięcia celu i założeń badawczych.

Zamawiający wskazał dalej, że w ramach oceny złożonej oferty punkty przyznane za wszystkie elementy koncepcji realizacji badania ilościowego (BI) podlegają zsumowaniu przez członka komisji przetargowej [a + b + c]. Podstawą obliczania ostatecznej liczby punktów przyznanych ocenianej ofercie w kryterium (BI) według wzoru (PBI) stanowi suma punktów przyznanych przez poszczególnych członków komisji przetargowej oceniających złożone oferty: PBI = suma punktów przyznanych ocenianej ofercie w (BI) przez członków komisji przetargowej/ najwyższa suma punktów

przyznanych przez członków komisji przetargowej spośród wszystkich ocenianych ofert w (BI) x 100 x 45%. Końcowy wynik powyższego działania zostanie zaokrąglony do dwóch miejsc po przecinku. Zamawiający przy zaokrąglaniu wyników działań do części setnych (do dwóch miejsc po przecinku) będzie posługiwał się poniższą zasadą: - jeśli następna cyfra po tej którą zaokrąglamy to 0, 1, 2, 3 lub 4 to należy ją pominąć, - jeśli następna cyfra po tej którą zaokrąglamy to 5, 6, 7, 8 lub 9 to wynik zaokrąglamy w górę.

Zamawiający zaznaczył także, że jeśli w ramach kryterium oceny (BI), na poziomie któregokolwiek z elementów koncepcji [a lub b lub c], suma punktów przyznanych przez członków komisji przetargowej podzielona przez liczbę członków komisji przetargowej wyniesie 5 lub mniej, oferta zostanie odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp - oferta nie gwarantuje w wystarczającym stopniu osiągnięcia założeń i celu przedmiotu zamówienia określonego w SOPZ.

O wyborze oferty najkorzystniejszej zdecydować miała całkowita liczba punktów uzyskanych w ramach wszystkich opisanych w SWZ kryteriów oceny ofert.

Z kolei zgodnie z Rozdziałem IX pkt 5 SWZ, wykonawca wraz z ofertą miał złożyć dla części 1 przedmiotu zamówienia - „Koncepcję realizacji badania ilościowego i jakościowego", niezbędną do dokonania oceny w zakresie kryteriów określonych

w Rozdziale XX ust. 1 pkt 2 i 3 SWZ. Przystępujący przedłożył wymagany dokument, zastrzegając jego treść jako tajemnicę swojego przedsiębiorstwa. Uzasadnienie dla podjęcia takiej decyzji wykonawca zawarł w dokumencie „Tajemnica przedsiębiorstwa", który zamawiający uznał za wystarczający dla zastrzeżenia informacji zawartych w Koncepcji.

Izba ustaliła ponadto, że członkowie komisji przetargowej, powołani przez zamawiającego do oceny złożonych ofert, w spornym kryterium pn. Koncepcja badania ilościowego (BI) w podkryterium „sposób dotarcia do respondentów wraz z metodami zachęcenia ich do udziału w badaniu" przyznali następującą liczbę punktów, uzasadniając swoją decyzję w niżej opisany sposób. Pani E. O. przyznając w tym kryterium 14 pkt na 15 możliwych zamieszcza uwagę: „Jedynie sposób dotarcia do respondentów na terenie powiatowych urzędów pracy i ośrodków pomocy społecznej może mieć wpływa na nastawienie do realizacji wywiadów, udzielane odpowiedzi i poczucie anonimowości". Z kolei Pan R. W. w odniesieniu do tego samego podkryterium także przyznaje 14 punktów na 15 możliwych z komentarzem: "Jedyna wątpliwość jakościowa to sposób dotarcia do respondentek na terenie lokalnych urzędów pracy i ośrodków pomocy społecznej może wpływać na nastawienie uczestniczek do realizacji wywiadów, wpływać na udzielane odpowiedzi (obiektywizacja) oraz poziom poczucia anonimowości w kontekście instytucjonalnym". Trzeci członek komisji Pani A. P. także przyznaje 14 na 15 możliwych punktów w tym podkryterium, również formułując wątpliwość zaproponowania „realizacji badania na terenie powiatowych urzędów pracy ze względu na poczucie braku przez respondentki anonimowości, co z kolei może wpłynąć na udzielane odpowiedzi. Jednakże propozycja zawarta w ofercie powinna zapewnić wysoki poziom efektywności w kontekście osiągnięcia celów i założeń badawczych".

W konsekwencji powyższych ocen, zamawiający jako najkorzystniejszą w części 1 zamówienia uznał ofertę przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w części tj. w zakresie w jakim odwołujący zarzucał zamawiającemu naruszenie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawcę Danae: Oferta merytoryczna - Koncepcja realizacji badania ilościowego i jakościowego oraz art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie, w jakim zamawiający

przyznał ofercie przystępującego w spornym kryterium określoną liczbę punktów, podczas gdy z treści uzasadnienia nie wynika z jakich powodów jego ocena w tym kryterium została obniżona tylko o 1 pkt pomimo, że z treści złożonych kart oceny ofert wynika, że zamawiający miał wątpliwości co do przyjętej metody badawczej.

Izba nie podzieliła natomiast stanowiska odwołującego, że zamawiający naruszył przepisy art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Danae, jako niezgodnej z warunkami zamówienia, uznając ten zarzut za niepotwierdzony. W ocenie Izby odwołujący nie wskazał bowiem w jakim zakresie treść oferty wykonawcy Danae jest sprzeczna z SWZ.

Zwrócić należy uwagę, że odwołujący powoływał się na te zapisy dokumentacji, które odnosiły się do wymagań w zakresie rzetelności, poufności prowadzonych badań, kwestionując przez pryzmat tych zapisów jeden ze sposób dotarcia do respondentów tj. prowadzenie wywiadów w urzędach. Co kluczowe, zamawiający w SWZ nie wskazał żadnych konkretnych metod czy sposobów dotarcia do respondentek, nie ustanowił też w tym zakresie żadnych zakazów, pozostawiając swobodę wykonawcom jako profesjonalistom, którzy sami mieli zdecydować w jaki sposób dobrać kanały dotarcia i sposoby rekrutacji, aby były one efektywne. Dodatkowo, odwołujący który przecież nie zapoznał się z Metodologią przystępującego, bowiem ta została zastrzeżona przez niego jako tajemnica jego przedsiębiorstwa, nie znając zatem sposobu, w jaki ten przewiduje prowadzenie badań, wysuwa tezę, że badania będą prowadzone w publicznych pomieszczeniach, z udziałem innych osób, bez możliwości zachowania poufności.

Izba podziela pogląd zaprezentowany przez przystępującego w piśmie procesowym, iż wiedzą wręcz powszechną jest, że mając na uwadze praktykę i sztukę prowadzenia badań społecznych, szereg znanych badań jest prowadzonych w

miejscach, z którymi związani są respondenci albo z którymi związane są zadawane im pytania. Nie dziwi więc dla tego badania dobór miejsca jakim są urzędy pracy ze względu na grupę, która ma być badana.

Co więcej przystępujący w swoim piśmie procesowym przywoływał szereg takich przykładów, gdzie badania były prowadzone w podobnych miejscach, z zachowaniem obowiązujących zasad, w tym z zachowaniem poufności (np. tzw. sondaże exit-poll, realizowane w lokalach wyborczych i polegające na wypełnieniu przez wyborcę krótkiej ankiety po 3 głosowaniu, dzięki którym wstępne wyniki wyborów parlamentarnych czy prezydenckich znane są przed przeliczeniem głosów przez komisje wyborcze; realizowane od 2013 r. badania dla PKP Intercity S.A. pn. „Tracking satysfakcji pasażerów" na pokładach pociągów czy też cykliczne badania na zlecenie Narodowego Funduszu Zdrowia pn.

„Badanie doświadczeń klientów NFZ", prowadzone metodą ankietową w siedzibach oddziałów wojewódzkich NFZ). Ponadto, co podkreślał, taki sposób ankietowania jaki przyjął Danae tj. polegający na prowadzeniu wywiadów z osobami bezrobotnymi na terenach powiatowych urzędów pracy jest metodą, która stosowana była już wcześniej, również przez przystępującego. Powyższe dowodzi, że możliwe jest prowadzenie badań w miejscach publicznych, bez szkody dla wyników i efektywności zrealizowanych badań.

Odwołujący opierał się na twierdzeniach, że przyjęcie tej metody badań spowoduje, że nie będzie możliwe zachowanie zasad poufności i rzetelności, co należy uznać za sprzeczne ze stosowaną praktyką. Z tych też powodów dowody przedłożone przez niego na rozprawie, które miały potwierdzać, że same urzędy nie widzą możliwości realizacji badań na ich terenie, gdyż nie sposób jest na ten cel wyodrębnić pomieszczeń w taki sposób, aby zachować poufność badań - należy uznać za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sprawy o tyle, że skoro sam przystępujący zadeklarował w swojej Metodologii, że takie wywiady będzie przeprowadzał w tych miejscach, z pewnością zapewnił sobie w uzgodnieniu z tymi urzędami odpowiednie warunki dla ich realizacji. Odwołujący z kolei nie wykazał, że urzędy do których się zwracał nie wyraziły takiej zgody wykonawcy Danae. To, że odwołujący uzyskał decyzję odmowną, nie przesądza jeszcze, że przystępującemu nie udało się pozyskać do współpracy któregoś z tych urzędów.

Izba zwróciła uwagę, że zastrzeżenia odwołującego i jego twierdzenia w zakresie zgodności treści oferty Danae z treścią SWZ nie tyle wynikają z Metodologii przedłożonej przez przystępującego, co z treści kart oceny ofert, przygotowanych przez członków komisji przetargowej, co sam odwołujący przyznaje. Z kolei, aby stwierdzić, że oferta danego wykonawcy nie jest zgodna z treścią SWZ - wykonawca podnoszący taką niezgodność jest zobowiązany wskazać który konkretnie fragment oferty wykonawcy jest z treścią SWZ niezgodny.

Zdaniem Izby, również z analizy wskazanych kart oceny, wbrew twierdzeniom odwołującego nie wynika, że fakt przeprowadzenia wywiadu na terenie urzędów pracy oznacza, że dojdzie do ujawnienia tożsamości respondenta i powiązania z nim treści udzielanych odpowiedzi, a zatem, że badanie będzie przeprowadzone niezgodnie z zasadami opisanymi w dokumentach zamówienia. Członkowie komisji stwierdzają jedynie, że owa metoda (która jest wymieniana jako jedna z wielu, z pewności nie kluczowa): „może mieć wpływ na nastawienie do realizacji wywiadów, udzielane odpowiedzi i poczucie anonimowości" czy też „ze względu na poczucie braku przez respondentki anonimowości (…) może wpłynąć na udzielane odpowiedzi". Nie sposób zatem w kartach oceny dopatrzeć

się jednoznacznych stwierdzeń czy kategorycznych ocen, które miałyby wskazywać, że zamawiający zakwestionował ową metodę jako niedopuszczalną czy niezgodną z wymaganiami opisanymi przez niego w SWZ.

Z powyższych powodów zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Danae z tego powodu, że jej treść miała być niezgodna z treścią SWZ należało uznać za chybiony.

Za trafne natomiast należy uznać zarzuty odwołującego w zakresie, w jakim podnosił, że zamawiający naruszył przepisy art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny oferty Danae i przyznanie jej 14 punktów w kryterium oceny „Koncepcja realizacji badania ilościowego (BI)" w zakresie części składowej tego kryterium opisanej w lit. b.

Wskazać należy, że zgodnie z tym przepisem zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Tym samym, aby doszło do jego naruszenia zamawiający musi ocenić ofertę niezgodnie z kryterium, które określił w SWZ lub też pominąć dane kryterium lub też dokonać oceny w sposób odmienny, niż wynika to z opisu sposobu dokonywania oceny w danym kryterium. Ta ostatnia okoliczność jest szczególnie istotna w kontekście opisu, który zawiera zamawiający w SWZ w odniesieniu do kryteriów niemierzalnych tj. takich, które nie są oceniane na podstawie jednoznacznego wzoru matematycznego, gdzie wystarczy wpisać podane w ofercie dane czy parametry i uzyskujemy wynik oceny, ale mających subiektywny charakter.

Odwołujący nie kwestionował prawa zamawiającego ani do ustanawiania tego typu kryteriów, ani do oceny ofert przez ich pryzmat, nie podważał również istoty tych kryteriów, która sprowadza się do weryfikacji ofert w kontekście parametrów niemierzalnych, a więc subiektywnych. Jednocześnie podkreślał jednak, że obranie przez zamawiającego kryteriów jakościowych nie oznacza całkowitej swobody w zakresie przyznawanej punktacji. Jak wynika z orzecznictwa Izby: Z natury swojej kryterium jakościowe, w tym przypadku dotyczące jakości realizowanej usługi, zawiera w sobie pewną dozę subiektywizmu. Opis kryterium przez zamawiającego powinien się jednak sprowadzać do zminimalizowania tego elementu subiektywności przy ocenie w taki sposób, aby pozwalało to z jednej strony na przygotowanie przez wykonawców korzystnych ofert, dających im szanse na uzyskanie zamówienia, z drugiej zaś strony, aby pozwalało zamawiającemu ocenić oferty złożone w postępowaniu przez odniesienie do mierników określonych w SIWZ, a nie np. przez

porównanie złożonych w postępowaniu ofert ze sobą (tak w wyroku KIO z dnia 6 stycznia 2010 r., sygn. KIO/UZP 1804/09).

Opis sposobu oceny subiektywnych kryteriów jakościowych powinien zostać skonstruowany w taki sposób, aby maksymalnie ograniczyć wpływ na ocenę ofert subiektywnych odczuć i preferencji oceniającego. Jednocześnie zasady dokonywania oceny ofert powinny być jednakowe i jasne dla wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty. Innymi słowy, prawo zamawiającego do subiektywizowania oceny dokonywanej w ramach jakościowych kryteriów - nie jest nieograniczone. Właściwie kończy się ono na uprawnieniu do ustanowienia takiego kryterium, natomiast już opis jego spełnienia oraz sama ocena tego kryterium, musi odbywać się w sposób maksymalnie przejrzysty i gwarantujący poszanowanie zasad równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji.

Oznacza to także, że wykonawca którego oferta została oceniona musi poznać motywy, którymi kierował się zamawiający przyznając danej ofercie taką, a nie inną liczbę punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert i, że zamawiający decydując się na przyznanie określonej liczby punktów musi swoją decyzję odpowiednio umotywować w taki sposób, aby wykonawca zapoznawszy się z tą ocenę wiedział z jakich powodów jego rozwiązanie zostało uznane za w pełni odpowiadające wymaganiom, ale też dlaczego rozwiązaniu opisanemu przez konkurencyjnego oferenta została przyznana taka, a nie inna liczba punktów.

Analiza dokumentacji postępowania, w tym kart oceny ofert przygotowanych przez członków komisji przetargowej, nie daje odpowiedzi na tak postawione pytania. Nie wiadomo jest zatem z jakich powodów pomimo, że oferta odwołującego i przystępującego w różnym stopniu spełniały wymagania zamawiającego, określone w SWZ, otrzymały niemal taką samą liczbę punktów w kryterium oceny „Koncepcja realizacji badania ilościowego (BI)" w zakresie części składowej tego kryterium oznaczonej lit. b, określonej w celu oceny sposobu dotarcia do respondentów wraz z metodami zachęcenia ich do udziału w badaniu. Zamawiający nie uzasadnił swojej decyzji w kartach oceny ofert, do czego był zobowiązany. Z kolei na rozprawie sam przyznał, że „można dyskutować" nad tym, czy Danae powinna być w tym kryterium przyznana taka, a nie inna liczba punktów, co wskazuje na to, że sam zamawiający ma wątpliwości czy dokonana ocena ofert była prawidłowa.

Powyższe powoduje, że trafnie zarzuca odwołujący naruszenie przepisu art. 239 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady przejrzystości, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji w związku z oceną oferty złożonej przez Danae. Z powyższych powodów Izba uwzględniła

powyższy zarzut, nakazując w sentencji powtórzenie czynności badania i oceny złożonych ofert. W ramach tych powtórzonych czynności zamawiający powinien przeanalizować zaproponowane przez wykonawców rozwiązania i w sposób wyczerpujący uzasadnić swoją decyzję, w szczególności wskazując z jakich powodów ocena ofert w ramach danego kryterium mieści się w danym przedziale punktowym. W zakresie spornego kryterium oznacza to, że zamawiający powinien wskazać i opisać w kartach oceny z jakich powodów ocenia, że dane rozwiązanie mieści się np. w przedziale od 11 do 15 pkt, uzasadnić z jakich powodów uznał, że propozycja wykonawcy w jego ocenie uwzględnia zróżnicowane sposoby dotarcia do respondentów, dlaczego te właśnie zapewniają wysoki poziom efektywności w kontekście osiągnięcia określonych przez zamawiającego celów, w końcu także z jakich przyczyn zamawiający uznał, że dane rozwiązanie powinno otrzymać określoną liczbę punktów i dlaczego np. 11 a nie 15. Bez podania takiego pełnego uzasadnienia, trudno jest bowiem wykonawcy stwierdzić czy ocena jego oferty, ale też oferty innego wykonawcy ubiegającego się o to zamówienie została dokonana poprawnie, a z kolei Izbie rozpoznającej odwołanie - ocenić czy zamawiający dokonał oceny ofert zgodnie z przyjętymi w SWZ kryteriami.

Izba uwzględniła ponadto zarzuty naruszenia art. 18 ust. 1 - 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK, poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że informacje zastrzeżone przez Danae jako tajemnica przedsiębiorstwa zostały skutecznie zastrzeżone i nie podlegają ujawnieniu. Izba podzieliła pogląd odwołującego, zaprezentowany w treści odwołania, że wykonawca ten nie wykazał w sposób dostateczny, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów UZNK, w szczególności nie przedstawił dowodów na okoliczność podjęcia przez niego niezbędnych działań w celu zachowania poufności takich informacji.

Wielokrotnie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreślano, że zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad, obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 18 ust. 2 tejże ustawy. Wyjątki od zasady jawności określa art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ponadto wskazać należy, że ustawodawca nałożył na wykonawcę obowiązek wykazania spełnienia przesłanek zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W związku z powyższym, w toku badania ofert, zamawiający jest zobowiązany do dokonania analizy, czy wykonawca prawidłowo zastosował tą instytucję. Mając na uwadze treść normy prawnej art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca, przekazując zamawiającemu określone informacje, powinien jednoznacznie wskazać, które informacje utajnia, powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednocześnie jest zobligowany do wykazania, że zostały spełnione wszystkie przesłanki określone w art. 11 ust. 2 UZNK. Co istotne, w kontekście omawiania niniejszej sprawy, nie jest przy tym wystarczające samo powołanie się na spełnienie tych przesłanek, ale konieczne jest wykazanie, że czynność ta znajduje uzasadnienie w danych okolicznościach i w odniesieniu do przekazywanych informacji.

Tym samym to na podstawie uzasadnienia zastrzeżenia danych informacji i dokumentów, zamawiający winien jest podjąć decyzję, czy zastrzeżenie uznać za dokonane zgodnie z przesłankami wynikającymi z art. 11 ust. 2 UZNK, czy też należy je ocenić jako bezskuteczne i odtajnić zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje oraz dokumenty, a następnie przekazać je innym wykonawcom w celu zapoznania się z nimi. Jak trafnie Izba zauważyła w

wyroku z dnia 27 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 2018/21, 2048/21: „Zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawca powinien mieć na uwadze wyrażoną w orzecznictwie KIO zasadę minimalizacji utajnianych danych. Przyjęcie rozumowania, że wykonawca zastrzegając dokumenty może zawsze powołać się na to, że stanowią one całość i zbiór danych, bez wykazania, że rzeczywiście wypełniają przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa, prowadziłoby do sytuacji, w której zastrzeżeniu mogłyby podlegać dowolne informacje bez względu na to, czy w rzeczywistości stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, czy też nie. Jest to nie do pogodzenia z tym, że utajnianie informacji stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego".

Ustawodawca nałożył zatem na wykonawcę obowiązek wykazania, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym samym, nie jest wystarczające stwierdzenie, że dana informacja ma wartość gospodarczą, wykonawca zobligowany jest do wykazania, że ta informacja przedstawia pewną wartość gospodarczą dla niego właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Przy czym jeśli mowa jest o wykazaniu, to nie chodzi tu o ogólne uzasadnienie, ale przedstawienie wyczerpującej i pełnej argumentacji, która pozwoli uznać, że określone dane z jakiejś przyczyny zasługują na zachowanie ich w poufności. Powyższe również wynika z ugruntowanego już

orzecznictwa KIO, tak np. w wyroku z dnia 17 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3762/21 Izba stwierdziła, że: „obowiązek wykazania nałożony na wykonawcę nie może być utożsamiany z ogólnym uzasadnieniem, sprowadzającym się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 ZNKU lub stwierdzenie, że określone informacje posiadają przymioty pozwalające uznać je za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby o tym czy mamy do czynienia z informacją zasługująca na ochronę decyduje charakter informacji, obiektywna wartość gospodarcza, nie zaś fakt zamieszczania informacji w wyjaśnieniach i stwierdzenia, że stanowi ona tajemnicę przedsiębiorstwa. (...) wykonawca nie wykazał w treści złożonego uzasadnienia, że takie zestawienie ma obiektywną wartość gospodarczą, z której mogliby w sposób nieuprawniony skorzystać inni wykonawcy, poza ramami przedmiotowego postępowania przetargowego. Wyjaśnienia (...) dotyczą konkretnego postępowania, konkretnych uwarunkowań w jakich inwestycja będzie realizowana, zaś wykonawca nie wykazał w jaki sposób zestawienie takich specyficznych informacji może być wykorzystanie przez inne podmiotu na rynku, w innych postępowaniach".

W świetle art. 11 ust. 2 UZNK jako tajemnicę przedsiębiorstwa uznaje 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 warunkiem koniecznym do uznania, czy dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa jest posiadanie przez taką informację wartości gospodarczej. Powyższe oznacza, że nie każda informacja o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa może być przedmiotem tajemnicy, ale wyłącznie taka, która ma pewną wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna.

W konsekwencji, uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być traktowane przez wykonawców jako narzędzie mające na celu uniemożliwienie pozostałym uczestnikom postępowania zapoznania się z treścią konkurencyjnych ofert i dokumentów, a jedynie winno być ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji. Wskazać w tym miejscu należy, że wykonawcy, którzy decydują się działać na rynku zamówień publicznych,

wkraczają w reżim oparty na zasadzie jawności, tym samym winni mieć świadomość konsekwencji, jakie związane są z poddaniem się procedurom określonym przepisami ustawy Pzp. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Mogą być to zatem informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą lub organizacyjną wolałby nie upubliczniać, jednak powyższe nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przenosząc powyższe rozważania na realia rozpoznawanej sprawy Izba doszła do przekonania, że analiza treści uzasadnienia sporządzonego przez wykonawcę Danae prowadzi do wniosku, że nie zawarto w jego treści wystarczających argumentów potwierdzających, że zastrzeżonemu dokumentowi, czy też zawartym w nim informacjom, należy przypisać walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Przystępujący w złożonym uzasadnieniu pn.: Tajemnica przedsiębiorstwa, ograniczył się do ogólnikowych twierdzeń, wskazując, że: „W złożonej przez nas ofercie zastrzeżona została metodologia przeprowadzenia badania. Jest to kompleks informacji o charakterze organizacyjnym posiadający dla nas istotną wartość gospodarczą. Metodologia to innymi słowy sposób (metoda) przeprowadzenia badania. Metodologia badań społecznych jest więc zbiorem metod badawczych, procedur postępowania badacza, wykazem narzędzi badawczych używanych podczas prowadzenia badania a także opisem sposobów użycia tych narzędzi. Co istotne nie ma jednej, uniwersalnej stosowanej przez wszystkich metodologii prowadzenia badań. Każdy z podmiotów działających na rynku, bazując na własnych doświadczeniach, wiedzy naukowej oraz doświadczeniu badaczy, tworzy własne autorskie metodologie prowadzenia badań. Jakość metodologii warunkuje jakość badań w oparciu o nią przeprowadzanych. Tym samym można wprost stwierdzić, że metodologia badania stanowiąca dorobek (know - how) firmy badawczej warunkuje jakość i wiarygodność uzyskiwanych przez nią rezultatów badań. Opracowana przez firmę badawczą metodologia prowadzenia badań społecznych stanowi zatem niesłychanie istotny kapitał dla prowadzenia przez nią działalności badawczej. W tym wyraża się jej bardzo wysoka wartość gospodarcza". Takie twierdzenia należy uznać za ogólnikowe, z pewnością na ich podstawie nie sposób dojść do przekonania, że zawarty w części „Oferta Merytoryczna - Koncepcja realizacji badania ilościowego i jakościowego" opis zawiera informacje, które mają określoną wartość gospodarczą dla wykonawcy.

W omawianym stanie faktycznym wykonawca Danae, oprócz opisywania jakie to doniosłe znaczenie ma dla niego stosowana metodologia badań i twierdzeń, że stanowi ona jego know-how, zaniechał szczegółowego omówienia wartości gospodarczej

w odniesieniu do dokumentu, który przekazał w toku postępowania zamawiającemu i którego to zastrzeżenie tajemnicy dotyczy. Nie wykazał także, w jaki sposób pozyskanie zastrzeżonych informacji i dokumentu pozwoliłoby innym wykonawcom na uzyskanie przewagi konkurencyjnej lub jaki realny skutek może to wywrzeć na jego sytuację rynkową, w szczególności utrudnić lub nawet uniemożliwić wykonawcy udział w kolejnych postępowaniach. Nie wykazał również, że takie ryzyko faktycznie występuje lub kiedykolwiek dotyczyło jego samego. Nie wskazał także, biorąc pod uwagę, że każde z prowadzonych badań jest odmienne, gdyż dotyczy określonych grup, ma prowadzić do określonych wyników, w jaki sposób przyjęta w takim konkretnym badaniu metodologia przekłada się na rozwiązania stosowane powszechnie. Innymi słowy z jakich powodów uznaje, że wiedza na temat tego jaka metodologia została zastosowana w tym konkretnym postępowaniu tj. zastosowane w tym wypadku rozwiązania, narzędzia badawcze i kompozycja tych narzędzi, mogą posłużyć wykonawcy w innych, odmiennych od powyższego pracach.

Ponadto, Izba stwierdziła, że w załączonym dokumencie, w którym zawarto uzasadnienie dla zastrzeżenia dokumentów jako tajemnica przedsiębiorstwa, Danae nie wykazał w sposób dostateczny jakie środki zostały przez niego podjęte w celu ochrony zastrzeżonych informacji. W uzasadnieniu wykonawca wprawdzie szeroko opisywał, że: „w toku codziennej działalności firmy wdrożone zostały procedury mające na celu utrzymanie w tajemnicy metodologii prowadzonych przez wykonawcę badań. Przede wszystkim obowiązek utrzymania tajemnicy nałożony został w umowach z pracownikami (oraz współpracownikami) mającymi do nich dostęp. Każdy z pracowników mających dostęp do wrażliwych informacji został zobowiązany do utrzymania poufności co powiązano z obowiązkiem odszkodowawczym. Podobny mechanizm stosowany jest w umowach zawieranych przez wykonawcę z kontrahentami. Każdorazowo tajność metodologii zabezpieczana jest stosownymi klauzulami umownymi zobowiązującymi kontrahenta do utrzymania w poufności informacji, które zostały mu przekazane w zakresie niezbędnym do realizacji umowy. Zastosowano także rozwiązania technologiczne pozwalające na utrzymanie poufności informacji. Pracownicy zobligowani są do używania w sprawach służbowych jedynie z firmowych laptopów i telefonów, które są w odpowiedni sposób zaszyfrowane i cieszą się wysokim poziomem bezpieczeństwa wynikającym z zastosowanych zabezpieczeń technicznych np.: wysokiej jakości zabezpieczenia antywirusowe, centralne zarządzanie siecią, monitoring przepływu wszelkich danych. Dodatkowo pracownicy oraz osoby długotrwale współpracujące mają utworzone skrzynki mailowe oraz dyski wirtualne, które również posiadają liczne zabezpieczenia. Wszystkim materiałom oraz informacjom wytworzonym w przedsiębiorstwie są tworzone kopie

zapasowe, które przechowywane są na bezpiecznych serwerach. Także wszystkie sieci informatyczne oraz wykorzystywane systemy, są odpowiednio zarządzane i nadzorowane, co służy ich ochronie przed zagrożeniami i utrzymywaniem bezpieczeństwa systemów i aplikacji sieciowych, w tym przesyłania informacji.” Powyższe uzasadnienie odnosi się jednak nie do środków i metod, które Danae podjął w celu zachowania w poufności informacji odnoszących się do zastrzeżonej metodologii, ale stanowi opis działań, które przystępujący podejmuje w swoim przedsiębiorstwie, aby chronić szeroko pojęte informacje. Z treści uzasadnienia nie wynika więc czy to właśnie te osoby, które mają dostęp do opisywanej metodologii zobowiązane zostały do zachowania w poufności posiadanych przez nich informacji, czy to tych danych dotyczą wskazane zabezpieczenia, czy sprzęt i dyski na których przechowywane są te konkretne informacje zostały w sposób określony zabezpieczone. Przy tak ogólnym opisie, jak to przygotował Danae, nie sposób jest przesądzić zatem czy wykonawca podjął w ogóle jakiekolwiek środki, celem zabezpieczenia przekazywanych informacji.

Trafnie też zauważył odwołujący, że brak jest jakichkolwiek dowodów na to, że powyższe zabezpieczenia czy środki ostrożności, są w ogóle stosowane w przedsiębiorstwie przystępującego. Wykazanie przez wykonawcę, że zastrzegane informacje posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, powinno z jednej strony polegać na złożeniu wyczerpującego uzasadnienia, z treści którego będzie wynikało dlaczego określone informacje mają przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa, ale też w przypadku gdy wykonawca powołuje się na dane okoliczności, takie jak np. że zawiera stosowne umowy z pracownikami i kontrahentami, które zobowiązują ich do zachowania w poufności przekazywanych informacji, powinien ten fakt wykazać. Może w takim przypadku przedłożyć wyciągi z tych dokumentów, zawierające postanowienia o zachowaniu określonych okoliczności w poufności, czy też podpisane przez pracowników oświadczenia o zachowaniu w poufności tych danych i informacji, które wykonawca w danym postępowaniu zastrzega. Jeśli, jak w tym przypadku, powyższego zabrakło, to wszelkie twierdzenia o tym jak Danae chroni informacje w swoim przedsiębiorstwie - należy uznać za gołosłowne, gdyż nie poparte żadnymi dowodami.

W konsekwencji zarzuty w tym zakresie należało uwzględnić. Izba zobowiązała zamawiającego do uznania za bezskuteczne zastrzeżenia Koncepcji przystępującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 oraz § 7 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) uznając, że potwierdziły się dwa, spośród trzech zarzutów podnoszonych przez odwołującego. Mając na uwadze treść przywołanych wyżej przepisów Izba zaliczyła w poczet kosztów wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego tj. kwotę 7 500,00 zł. oraz kwotę 3 075,00 zł., stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego. Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odpowiada on za wynik postępowania odwoławczego.

Przewodniczący: ……