Sygn. akt: KIO 1044/23

WYROK

z dnia 28 kwietnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant:

Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 kwietnia 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 kwietnia 2023 roku przez wykonawcy IBC Advisory Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Skarb Państwa - Ministerstwo Zdrowia z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy EU Consult Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - IBC Advisory Spółka Akcyjna

z siedzibą w Warszawie, w następujący sposób:

a) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedmiu

tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - IBC Advisory Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2022 r., poz. 1710 ze zmianami) 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 1044/23

UZASADNIENIE

Zamawiający: Skarb Państwa - Ministerstwo Zdrowia z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie badania ewaluacyjnego pn. „Ocena wpływu działań podejmowanych w ramach IX Osi Priorytetowej P liŚ 2014-2020 na poprawę stanu zdrowia społeczeństwa –etap II". Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2023/BZP 00136726/01.

Dnia 12 kwietnia 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1) i 2) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp" odwołanie złożył wykonawca IBC Advisory Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, dalej jako „Odwołujący".

Odwołanie złożono od zaniechań oraz czynności dokonanych przez Zamawiającego w związku z wyborem najkorzystniejszej oferty firmy: EU Consult Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku (dalej jako „EU Consult"), podnosząc zarzuty naruszenia:

1) art. 18 ust. 3 ustawy 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, poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że informacje zastrzeżone przez EU Consult jako tajemnica przedsiębiorstwa zostały skutecznie zastrzeżone i nie podlegają ujawnieniu, podczas gdy Wykonawca nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów UZNK, w szczególności nie przedstawił dowodów na okoliczność podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności takich informacji;

2) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, wyrażającego się w nieprawidłowej ocenie oferty wybranej, poprzez przyznanie jej 20 punktów w kryterium „Sposoby minimalizacji ryzyk w realizacji badania–S", podczas gdy zgodnie z SWZ, przyznania takiej liczby punktów nie uzasadniała jej treść, z uwagi m.in. na to, że zaproponowane obszary ryzyka zakładają wadliwe i nieterminowe realizowanie zamówienia, niewystarczające rozlokowanie zasobów oraz niewłaściwe zaplanowanie obciążeń kadrowych jeszcze przed zawarciem umowy;

3) art. 16 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji w związku z oceną ofert, które mimo, że w różnym stopniu spełniały wymagania Zamawiającego określone w SWZ, otrzymały taką samą liczbę punktów w kryterium oceny „Sposoby minimalizacji ryzyk w realizacji badania–S".

Odwołujący wskazał, że posiada czynną legitymację do złożenia odwołania, albowiem oferta Odwołującego zajęła drugie miejsce w rankingu ofert. Odwołujący ma

interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, może zostać pozbawiony szans uzyskania zamówienia publicznego. Odwołującego i wybranego Wykonawcę dzieli dystans łącznie 10 punktów. Wystarczającym będzie zatem uznanie, że dwa z czterech środków minimalizacji nie zostało trafnie dopasowanych, ponieważ nie pozwalają one w sposób najbardziej skuteczny zminimalizować prezentowanych przez niego ryzyk i oferta Odwołującego stanie się w rankingu złożonych najkorzystniejsza. Odwołujący kwestionuje sposób oceny wszystkich środków i ryzyk przedstawionych przez EU Consult, a z ostrożności procesowej w przypadku nieuwzględnienia zarzutu, wnosi o nakazanie obniżenia punktacji dla wybranych tylko środków i ryzyk, do odpowiedniego poziomu, z uwzględnieniem treści SWZ oraz oferty EU Consult.

Termin na wniesienie odwołania został zachowany. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu, a Odwołujący uiścił wpis od odwołania na rachunek UZP.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności uznania zastrzeżonych przez EU Consult informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa za skuteczne i ujawnienie pełnej treści oferty;

b) unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty;

c) dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz rozstrzygnięcie postępowania zgodnie z postanowieniami SWZ i przepisami ustawy Pzp.

<u>Zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy 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</u>

7 kwietnia 2023 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego poprzez platformę, na której prowadzone jest postępowanie z prośbą o udostępnienie dokumentów związanych z prowadzonym przetargiem, w tym oferty EU Consult wraz z załącznikami i korespondencją oraz kartami ocen wszystkich ofert złożonych w przetargu. Zamawiający, udostępnił Odwołującemu dokumenty, z wyłączeniem Wykazu osób oraz Koncepcji badania. Udostępniony Odwołującemu Formularz Oferty Eu Consult (załącznik nr 4 do SWZ) został w dużej części zanonimizowany poprzez usunięcie całej zawartości tabeli pn. „Trafność dopasowania dodatkowej metody/techniki gromadzenia/analizy danych", oraz częściowe usunięcie fragmentów treści z tabeli „Sposoby minimalizacji ryzyk w realizacji badania". Zamawiający uznał, że Wykonawca skutecznie zastrzegł podane tam informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa, a tym samym zdecydował, że zastrzeżona część oferty w postaci Koncepcji badania oraz Wykazu osób i części formularza oferty nie podlega ujawnieniu w postępowaniu.

Tymczasem z treści uzasadnienia przedstawionego przez EU Consult do

zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie wynika, aby Wykonawca

skutecznie dokonał takiego zastrzeżenia, a w szczególności, aby wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („UZNK"). Uzasadnienie zastrzeżenia, mimo pozornej objętości, są bardzo ogólne i lakoniczne, składają się w głównej mierze z cytatów pochodzących z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej. Wykonawca w swoim uzasadnieniu zawarł wiele twierdzeń, jednak nie przedstawił na żadne z nich uzasadnienia czy też dowodu. Wskazał, że zastrzeżona metodologia (Koncepcja badania) stanowi dla niego wartość gospodarczą i buduje jego przewagę konkurencyjną, jednak nie dowiódł i nie objaśnił tej wartości ani też 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 lub postępowaniach na rynku komercyjnym, wskutek czego nie jest możliwa weryfikacja zasadności takiego zastrzeżenia. Wykonawca ograniczył się wyłącznie do ogólnych stwierdzeń, w tym m.in., że informacje zastrzeżone stanowią know- how (str. 9-10 uzasadnienia), nie uzasadniając jednocześnie co takiego w nich przesądza o gospodarczej wartości tych informacji oraz możliwości zastosowania ich w praktyce przez podmioty konkurencyjne. Według Wykonawcy inne podmioty na podstawie poznania informacji niejawnych mogą zaplanować przejęcie jego zasobów osobowych. Jednak w przytoczonej argumentacji nie wyjaśniono dokładnie jakich działań nieuczciwej konkurencji doznał i nie przedstawia jaki miało to wpływ na jego gospodarkę. W wyroku KIO z dnia 24 maja 2019r. (KIO 860/19) Izba podkreśliła, że skorzystanie z przesłanki zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, wiąże się z koniecznością szczegółowego wykazania „czy w ogóle zetknął się z taką praktyką, jakiej liczby osób w jego firmie to

dotyczyło, a także czy wskazany w dokumentach składanych wraz z ofertą i na wezwanie Zamawiającego personel oraz jego doświadczenie miało charakter unikalny, wyjątkowo specjalistyczny, usprawiedliwiający przypuszczenie, że na rynku jest ograniczona liczba osób z doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego". W innym wyroku Izba orzekła, że informacja o tym, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa zapobiega podkupywaniu personelu pomiędzy konkurencyjnymi spółkami, nie stanowi wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz jest jedynie informacją o danej sytuacji faktycznej (KIO 1779/18 z dnia 19 września 2018r.).

Odwołujący podkreślił, 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. Ustawodawca w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp 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. Nie wystarczą same deklaracje, Wykonawca winien nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę. EU Consult, oświadczając, że podjął niezbędne działanie 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.

Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp

Zgodnie z Rozdz. XIII ust. 1 SWZ, Zamawiający ustalił następujące kryteria oceny ofert:

1) Cena (C) – w wymiarze 60 %;

2) Trafność sposobu dopasowania dodatkowej metody / techniki / gromadzenia / analizy danych (D) – w wymiarze 20%;

3) Sposoby minimalizacji ryzyk w realizacji badania (S) – w wymiarze 20%.

W ramach kryterium S należało przedstawić w ofercie 4 ryzyka w realizacji badania ewaluacyjnego oraz dopasować do każdego z nich jeden środek ich minimalizacji (wraz z uzasadnieniem).

Sposób oceny Zamawiający ustalił następująco:

1) brak wskazania ryzyk w realizacji badania i / lub sposobów ich minimalizacji (wraz z uzasadnieniem) - 0 pkt

2) wskazanie sposobu minimalizacji ryzyka trafnie dopasowanego do 1 ryzyka w realizacji badania ewaluacyjnego (wraz z uzasadnieniem) - 5 pkt

3) wskazanie sposobów minimalizacji ryzyka trafnie dopasowanych do 2 ryzyk

w realizacji badania ewaluacyjnego (wraz z uzasadnieniem) - 10 pkt

4) wskazanie sposobów minimalizacji ryzyka trafnie dopasowanych do 3 ryzyk

w realizacji badania ewaluacyjnego (wraz z uzasadnieniem) - 15 pkt

5) wskazanie sposobów minimalizacji ryzyka trafnie dopasowanych do 4 ryzyk

w realizacji badania ewaluacyjnego (wraz z uzasadnieniem) - 20 pkt.

Najwyższą liczbę punktów otrzymała oferta wybrana (100 pkt), przy czym w ramach kryterium S otrzymała ona łącznie 20 pkt. Tymczasem zaproponowane przez Wykonawcę obszary ryzyka zakładają wadliwe i nieterminowe realizowanie zamówienia,

niewystarczające rozlokowanie zasobów oraz niewłaściwe zaplanowanie obciążeń jeszcze przed zawarciem umowy. W ocenie Odwołującego tak przedstawione ryzyka nie są zgodne z profesjonalnym charakterem działalności, gdyż dopuszczają możliwość nieosiągnięcie celów realizowanej umowy, niesprostanie wszystkim obowiązkom kontraktowym, czy też popełnienia przez niego daleko idących błędów jeszcze na etapie zawierania umowy i przygotowywania się do jej podpisania. Ryzyka nie powinny odnosić się do błędów lub zaniechań w zakresie przygotowania procesu realizacji umowy w tym zasobów, lecz do potencjalnych zagrożeń podczas jej wykonywania, wpływających na jej jakość pomimo zapewnienia Zamawiającemu profesjonalnego i zawodowego sposobu jej wykonywania. Ryzyka przedstawione w ofercie powinny wynikać z czynników, nad którymi Wykonawca nie będzie mógł posiąść kontroli przy założeniu świadczenia umowy w sposób profesjonalny i zawodowy, a więc ze szczególną starannością profesjonalisty. Wyłoniony Wykonawca będzie spełniał swoje obowiązki kontraktowe z „należytą starannością", a należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności (art. 355 § 2 kc.). Przekłada się to na wyższy poziom sumienności, dokładności, a także prawo oczekiwania,

że wykonawca ma fachową wiedzę na temat branży, w której działa. W swoim wyroku z dnia 6 października 2016 r. (sygn. akt I ACa 246/16) Sąd Apelacyjny w Łodzi orzekł, że „staranność wymagana w stosunkach danego rodzaju będzie musiała być uwzględniana w odniesieniu do wiedzy, doświadczenia i umiejętności praktycznych, jakie wymagane są od przedsiębiorcy podejmującego się określonej działalności. Wysoki stopień staranności wynika bezpośrednio z faktu, że oczekiwania osoby zawierającej z nim umowę zazwyczaj są wyższe niż w stosunku do osoby, która nie prowadzi danej działalności zawodowo. Ustawodawca zakłada więc, że osoba ta nie tylko ma większą wiedzę i doświadczenie niż osoba nieprowadząca takiej działalności, ale jest od niej rzetelniejsza i ma większą zdolność przewidywania".

Wykazanie błędnych założeń w zakresie przyjętych przez EU Consult ryzyk

1. Ryzyko przedstawione w ofercie Powstanie opóźnienia w realizacji zamówienia ze względu na to, że członkowie Zespołu Badawczego nie zdążą przeprowadzić wszystkich niezbędnych analiz w czasie założonym w harmonogramie.

Wykonawca jako profesjonalista zobowiązany był do racjonalnego zaplanowania wszystkich prac uwzględniając harmonogram i zakres badania. Składając ofertę Wykonawca zaakceptował bez zastrzeżeń opis przedmiotu zamówienia, w tym wszystkie wymagania zawarte w SWZ oraz projekcie umowy i zobowiązał się, że przedmiot umowy zostanie wykonany z najwyższą starannością, w sposób efektywny oraz zgodnie z najlepszą praktyką i wiedzą zawodową, a także zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa polskiego i wspólnotowego.

Ramowy Harmonogram prac, a w szczególności terminy zakończenia kluczowych etapów zamówienia były znane na etapie składania oferty („Rozdział 5. Termin wykonania zamówienia" SWZ). Dostosowanie zasobów do realizacji tych prac i etapów możliwe było na etapie składania oferty. EU Consult oświadczył, że gwarantuje wykonanie całości zamówienia zgodnie z treścią SWZ, wyjaśnieniami do SWZ oraz jej modyfikacją oraz, że akceptuje bez zastrzeżeń opis przedmiotu zamówienia, wymagania zawarte w SWZ oraz projekt umowy załączony do SWZ. Wykonawca oświadczył, że dysponuje zasobami, przez co zdoła wykonać zamówienie w sposób zgodny z kształtem zobowiązania. Twierdzenia określające ryzyko przeczą złożonym oświadczeniom i czynią takie ryzyko niewiarygodnym. Ryzyko w realizacji umowy powinno mieć charakter niezależny od profesjonalnego, starannego i zawodowego działania wykonawcy. Ocena zakresu wymaganych od wykonawcy prac, zaplanowanie ich realizacji w czasie i delegacja oraz egzekucja zadań od zasobu kadrowego jest immanentną częścią zadań wykonawcy, która wynika z profesjonalnego charakteru prowadzonej działalności, nie zaś ryzykiem kontraktowym związanym z realizacją zamawianego w postępowaniu badania.

Wykonawcy wskazać mieli 4 ryzyka w realizacji badania ewaluacyjnego, a nie ryzyka organizacyjne w jego należytym przygotowaniu i zaplanowaniu. W szczególności za ryzyko w realizacji umowy, nie powinna być uznana okoliczność związana z organizacją prac, jak też zbyt szczupły zasób kadrowy lub obciążenie pracowników i ekspertów innymi zobowiązaniami.

Analogicznie ryzykiem w realizacji zamówienia nie mógłby być też brak wystarczających kompetencji merytorycznych członków zespołu badawczego, bowiem przedmiotem zamówienia jest wprost zapewnienie niezbędnych specjalistów do wykonania umowy, których zasób i organizacja pracy umożliwi osiągnięcie wszystkich jej rezultatów.

Ponadto z oferty wynika, że ryzyko zostało zidentyfikowane i podjęto wobec niego działania już przed zawarciem umowy, co za tym idzie nie stanowi ono ryzyka, które będzie mogło wystąpić w ramach realizacji zamówienia (ryzyko występuje już przed podpisaniem umowy). Zastosowane środki je minimalizujące, zostały już podjęte przed zawarciem umowy, nie zostaną one wdrożone w momencie realizacji zamówienia, lecz zostały przewidziane do wdrożenia wraz z jej podpisaniem. Dlatego przedstawione zagrożenie nie stanowi ryzyka, które może potencjalnie wystąpić w realizacji umowy lecz dotyczy przygotowania i starannej alokacji zasobów wykonawcy przed zawarciem umowy w celu jej należytego wykonania. Przedstawione ryzyko istnieje już w chwili, w której umowa nie została jeszcze podpisana. Opis nie stanowi prezentacji ryzyka, lecz co najwyżej negatywną i krytyczną ocenę zasobów wskazującą na brak możliwości realizacji zamówienia z wykorzystaniem zasobów wymaganych w SWZ i konieczność zwiększenia ich już z chwilą zawierania umowy z Zamawiającym.

Ryzyko to dotyczy realizowania umowy, zaproponowany środek jego minimalizacji nie został trafnie dopasowany, ponieważ nie pozwala on w sposób najbardziej skuteczny zminimalizować dane ryzyko. A zatem nie został spełniony warunek dla przyznania ofercie w tej części 5 pkt.

EU Consult wskazał, że „…im mniejsze obciążenie poszczególnych członków Zespołu, tym mniejsze zagrożenie, iż nie uda się zakończyć realizacji zadań w terminie". Związek przyczynowo-skutkowy nie został w żaden sposób objaśniony, gdyż z oferty nie wynika w jaki sposób dokonane zostanie „zmniejszenie obciążenia" a także wobec których dokładnie członków zespołu i w jaki dokładnie sposób zostanie ono (zmniejszenie obciążenia) przeprowadzone. Nie wynika też z opisu zawartego w ofercie (a powinno) w jaki sposób to zmniejszenie obciążenia doprowadzi do zmniejszenia zagrożenia niewykonania których dokładnie zadań w terminie. Profesjonalna, efektywna i terminowa realizacja przedmiotu umowy z zachowaniem zawodowego charakteru wykonywanej działalności jest wypadkową wielu przewidywalnych całkowicie elementów, a w tym kwalifikacji, doświadczenia, posiadania niezbędnej wiedzy, umiejętności współpracy z podmiotami i osobami trzecimi, efektywności i wydolności poszczególnych pracowników i delegowania na nich obowiązków.

Opisany sposób przeciwdziałania omawianemu zagrożeniu lub minimalizacji jego skutku ma charakter cząstkowy i nie przekłada się na całkowitą eliminację możliwości wystąpienia takiego ryzyka, ani też na zmniejszenie w sposób istotny prawdopodobieństwa jego wystąpienia. Skuteczne przeciwdziałanie zagrożeniu opierać się powinno na zastosowaniu powiązanych ze sobą działań merytorycznych, które nie zostały opisane. W ofercie Wykonawca przedstawił jedynie

założenie, że niewyjaśniona przezeń redukcja obciążenia zagwarantuje terminowe realizowanie zadań. Jest to założenie o charakterze a priori całkowicie nieudowodnione treścią oferty. Z opisu nie wynika, dlaczego zaproponowany środek minimalizacji został trafnie dopasowany, oraz że pozwala on w sposób najbardziej skuteczny zminimalizować prezentowane zagrożenie. Przedstawiony opis nie zawiera w ogóle informacji, w jaki sposób będzie prowadzona redukcja obciążenia, w stosunku do których dokładnie zasobów osobowych, przez co brak możliwości, aby ocenić jej ewentualną skuteczność i tym samym zasadność. Ocena tak przedstawionego środka, który nie został szczegółowo objaśniony, jako trafnie dopasowanego i pozwalającego w sposób najbardziej skuteczny zminimalizować dane ryzyko jest błędna w świetle warunków SWZ. Błędnie zatem przyznana została ofercie liczba 5 pkt. w ramach tego opisu.

2. Odesłanie przez respondenta […], który został „przeklikany" – tzn. respondent nie odpowiadał na poszczególne pytania po zastanowieniu się, lecz zaznaczał losowe odpowiedz, aby dość do końca ankiety. Zdarza się, iż respondent „przeklikuje" ankietę, aby zobaczyć, jaka jest jej długość, ale później nie wraca do niej, aby udzielić przemyślanych

odpowiedzi na poszczególne pytania. Analiza „przeklikanych" kwestionariuszy może doprowadzić do wyciągnięcia błędnych wniosków i sporządzenia nieprawidłowych rekomendacji.

Zaplanowanie i zabezpieczenie procesu zbierania ankiet i weryfikacji bazy danych jest stałym i nieodzownym elementem świadczenia usług tego rodzaju w obrocie profesjonalnym. Nie są to działania dodatkowe i niepewne, które wykraczają poza zakres zadań wykonawcy. Usuwanie wątpliwych rekordów z bazy jest procesem, który towarzyszy realizacji każdego badania ilościowego. Baza danych to zbiór informacji zebranych w ramach realizacji ankiet, który może zawierać błędy lub nieprawidłowości wynikające z różnych czynników, takich jak błędy pomiarowe lub braki danych. Czyszczenie bazy danych polega na eliminacji błędów i nieprawidłowości w danych, poprzez zastosowanie różnych technik, takich jak wykrywanie i usuwanie brakujących danych, identyfikacja i eliminacja wartości odstających oraz weryfikacja poprawności wprowadzonych danych. Te wszystkie czynności są jednak objęte przedmiotem zamówienia, bowiem baza, na podstawie której prowadzone będą analizy w ramach zamówienia będzie musiała być oczyszczona.

Nawet jakby uznać, że ryzyko to dotyczy realizowania umowy, zaproponowany środek jego minimalizacji nie został w ocenie Odwołującego trafnie dopasowany, ponieważ nie pozwala on w sposób najbardziej skuteczny zminimalizować dane ryzyko. A zatem nie został spełniony warunek dla przyznania ofercie w tej części 5 pkt.

Identyfikacja ankiet nierzetelnych na podstawie analizy czasu wypełnień jest działaniem niewystarczającym, które nie pozwala w sposób najbardziej skuteczny zniwelować prezentowane ryzyko. Sam czas nie przesądza bowiem o tym, czy ankieta została wykonana prawidłowo. Prawidłowa identyfikacja wadliwych kwestionariuszy opierać się powinna na analizie logicznej udzielanych odpowiedzi i identyfikacji tych ankiet, w których odpowiedzi na pytania nie będą logiczne (np. sprzeczne). Analizie logicznej powinno towarzyszyć równoległe filtrowanie wadliwych kwestionariuszy poprzez zawarcie w nich pytań kontrolnych o charakterze oczywistym, np. o aktualną datę lub stanowisko respondenta (jeśli takie jest znane) lub miejsce pracy respondenta. Dopiero taka procedura pozwoli na to, aby zweryfikować rzetelność kwestionariuszy. Informacja o samym czasie ich wypełnienia lub też skierowanie do respondentów zapytania e-mail nie zagwarantuje wystarczającej i pełnej wiedzy o wartości i wiarygodności zgromadzonych wyników. Opieranie się na czasie i deklaracji respondentów nie zapewni uniknięcia zgromadzenia w badaniu „przeklikanych" kwestionariuszy. Błędnie zatem przyznana została ofercie liczba 5 pkt. w ramach tego ryzyka.

3. Nieudzielenie wyczerpujących odpowiedzi w ramach poszczególnych zestawów pytań ewaluacyjnych. W sytuacji, gdy niewłaściwe dobrane zostają osoby wchodzące w skład Zespołu Badawczego, istnieje wysokie ryzyko, iż Wykonawcy nie uda się

zrealizować rzetelnie celów ewaluacji. W przypadku niniejszego zamówienia ryzyko to jest spotęgowane przez fakt, iż ewaluacja ma zostać przeprowadzona zgodnie z założeniami zaprezentowanymi w […] – badacze mogą błędnie zastosować przedstawiona w tym dokumencie metodologię, co uniemożliwi udzielenie wyczerpujących odpowiedzi w ramach poszczególnych zestawów pytań ewaluacyjnych i zrealizowanie celów ewaluacji.

EU Consult jako podmiot profesjonalny był zobowiązany do racjonalnego zaplanowania prac i zabezpieczenia zasobów kadrowych zdolnych do profesjonalnej realizacji oferowanej w postępowaniu usługi. Ryzykiem nie powinien być zatem brak posiadania odpowiednich zasobów kadrowych, gdyż zgodnie z OPZ: „Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że dysponuje lub będzie dysponował wykwalifikowanym personelem do realizacji zamówienia". Składając ofertę Wykonawca zaakceptował bez zastrzeżeń opis przedmiotu zamówienia, wymagania zawarte w SWZ oraz projekt umowy i zobowiązał się do podpisania umowy na warunkach i zasadach obowiązujących w postępowaniu.

Wykonawca opisując środek zapobiegania zadeklarował jedynie, że zaangażuje do pracy osoby posiadające niezbędna wiedzę i kwalifikacje. Nie jest to metoda reedukacji ryzyka, lecz wskazanie faktu realizacji profesjonalnego minimum – tj. delegowania do projektu osób zdolnych kompetencyjnie do jego wykonania. Ponadto z opisu wynika, że zagrożenie zostało zidentyfikowane i podjęto wobec niego działania już przed zawarciem umowy, co za tym idzie nie stanowi ono ryzyka, które będzie mogło wystąpić w ramach realizacji zamówienia. To ryzyko nie dotyczy realizacji umowy, lecz przygotowania i odpowiedniej alokacji zasobów przed zawarciem umowy, a zatem ono istnieje już w chwili, w której umowa nie została jeszcze podpisana. Opis ten nie stanowi prezentacji ryzyka, lecz negatywną ocenę zasobów wskazującą na brak możliwości realizacji zamówienia z wykorzystaniem zasobów wymaganych w SWZ i konieczność zwiększenia ich już przed zawarciem umowy z Zamawiający. Wykonawcy wskazać mieli 4 ryzyka w realizacji badania ewaluacyjnego, a nie w jego przygotowaniu lub zaplanowaniu.

Nawet jakby uznać, że ryzyko to dotyczy realizowania umowy, zaproponowany środek jego minimalizacji nie został

trafnie według Odwołującego dopasowany, ponieważ nie pozwala on w sposób najbardziej skuteczny zminimalizować dane ryzyko. A zatem nie został spełniony warunek dla przyznania ofercie w tej części 5 pkt.

Związek przyczynowo-skutkowy nie został w żaden sposób objaśniony i uprawdopodobniony. Z oferty nie wynika, w jaki sposób „dobranie osób wchodzących w skład zespołu badawczego" doprowadzi do zrealizowania których dokładnie celów badania i do uzyskania odpowiedzi, na które dokładnie pytania.

Nie zostało objaśnione na czym polega „niewłaściwe dobranie osób" i o których dokładnie pytaniach ewaluacyjnych, jest mowa. Z opisu tego ryzyka nie wynika, że dotyczy

ono wszystkich zestawów pytań, lecz zestawów poszczególnych, zatem niedookreślonych pytań badawczych. Nie wynika zatem z opisu, jaki zostanie zastosowany dokładnie dobór zasobów i na które pytania taki właśnie dobór pozwoli odpowiedzieć. Powyższe uniemożliwia rewizję zasadności prezentowanego ryzyka oraz adekwatności proponowanego środka.

Profesjonalna, efektywna i terminowa realizacja przedmiotu umowy jest wypadkową wielu przewidywalnych całkowicie elementów, a w tym: kwalifikacji, doświadczenia, posiadania niezbędnej wiedzy, umiejętności współpracy z podmiotami i osobami trzecimi, efektywności i wydolności poszczególnych pracowników. Hipoteza, że niewyjaśniony treścią oferty sposób dobrania zasobów osobowych zagwarantuje udzielenie odpowiedzi na poszczególne niewymienione enumeratywnie pytania badawcze jest założeniem a priori całkowicie ogólnym i nieudowodnionym treścią oferty. Z opisu nie wynika, że zaproponowany środek minimalizacji został trafnie dopasowany, oraz że pozwala on w sposób najbardziej skuteczny zminimalizować ewentualne ryzyko. Jest to, skutkiem tego, że opis nie zawiera w ogóle informacji w jaki sposób będzie prowadzona procedura doboru zasobów, w stosunku do których dokładnie zasobów osobowych zostanie ona wdrożona, jakie będą stosowane w jej ramach procedury, przez co brak możliwości, aby ocenić ich ewentualną skuteczność i tym samym zasadność, bowiem brak jest związku tych procedur z konkretnymi pytaniami badawczymi (zestawami pytań). Ocena zatem tego środka, który nie został objaśniony jako trafnie dopasowanego i pozwalającego w sposób najbardziej skuteczny zminimalizować dane ryzyko jest nieuprawniona w świetle treści oferty. Błędnie zatem przyznana została ofercie liczba 5 pkt. w ramach oceny tego ryzyka.

4. Wycofanie się eksperta […] Z doświadczenia Wykonawcy wynika, iż eksperci często

zmieniają plany, np. ze względu na to, iż dowiedzieli się o tym, iż organizowania jest konferencja dotycząca tematyki, która ich interesuje – w takiej sytuacji zdarza się, iż wycofują się ze wcześniejszych deklaracji dotyczących uczestnictwa w badaniu.

EU Consult jako podmiot profesjonalny jest zobowiązany do racjonalnego zaplanowania prac i zabezpieczenia zasobów kadrowych zdolnych do ich wykonania. Wykonawcy przedstawić w ofercie mieli 4 ryzyka w realizacji badania ewaluacyjnego, a nie ryzyka w jego przygotowaniu lub zaplanowaniu. Ryzykiem nie może być brak posiadania lub utrata odpowiednich zasobów kadrowych, gdyż zgodnie z OPZ: „Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że dysponuje lub będzie dysponował wykwalifikowanym personelem do realizacji zamówienia". Brak trwałego zabezpieczenia zasobów kadrowych (np. poprzez podpisanie stosownych umów o wyłączność i udział w badaniu) nie jest ryzykiem projektowym, lecz brakiem profesjonalizmu i staranności w obrocie. Możliwe są sytuacje losowe, gdy członkowie zespołu, a w tym eksperci, nie będą mogli kontynuować współpracy (np. z powodu choroby, wypadku, innych zdarzeń losowych dotykających ich osobiście), jednak takie sytuacje wypełniają definicję oddziaływania siły wyższej. Siłą wyższą nie jest

świadoma i dobrowolna rezygnacja eksperta z powodu chęci udziału w innej konferencji lub aktywności.

Zgodnie z rozdziałem VII pkt. 2 ppkt g. OPZ Wykonawca będzie zobowiązany do zagwarantowania dyspozycyjności i dostępności w pracach badawczych podejmowanych w ramach ewaluacji wszystkich ekspertów, którzy wejdą w skład Zespołu Badawczego, a zatem wszystkich ekspertów, którzy będą realizować analizy w ramach badania.

Nawet jakby uznać, że ryzyko to dotyczy realizowania umowy, zaproponowany środek jego minimalizacji nie został trafnie dopasowany, ponieważ nie pozwala on w sposób najbardziej skuteczny zminimalizować dane ryzyko. A zatem nie został spełniony warunek dla przyznania ofercie w tej części 5 pkt.

Jak wynika z treści oferty „Na dwa tygodnie przed realizacją badania Wykonawca (czyt. Konkurent) skontaktuje się z osobami zaproszonymi do […] w celu potwierdzenia ich uczestnictwa w badaniu". Wykonawca wskazał dalej, że „eksperci często zmieniają plany, np. ze względu na to, iż dowiedzieli się o tym, iż organizowania jest konferencja" – a zatem wywodzi skutki ze zdarzeń, które są zależne od świadomej woli ekspertów, którzy będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, pokazując je jako okoliczności nieuniknione i niedające się przewidzieć. Z jednej strony umowa nakłada obowiązek trwałego zapewnienia udziału w badaniu odpowiednich ekspertów, z drugiej Wykonawca zrzuca z siebie ciężar tej odpowiedzialności dopuszczając sytuację, że uzgodnieni eksperci odwołają swój udział w sposób świadomy z uwagi na inne aktywności, co skutkować będzie prowadzeniem kolejnej rekrutacji. Takie działanie narusza równą konkurencję, ponieważ Wykonawca złożył ofertę zdecydowanie tańszą, a należało założyć dla ekspertów takie wynagrodzenie, które zapewni trwałe i niezachwiane ich uczestnictwo w badaniu.

Ponadto kontakt z 2-u tygodniowym wyprzedzeniem w celu potwierdzenia chęci współpracy jest działaniem całkowicie nieskutecznym. Opisane ryzyko w swojej istocie odnosi się bowiem do „zmiany planów ekspertów", ergo sprzeniewierzenia się wcześniejszej deklaracji uczestnictwa w badaniu. Mogą wystąpić zatem sytuacje, że pomimo potwierdzenia uczestnictwa na 14 dni przed badaniem, taka zmiana planów zostanie zgłoszona przez eksperta w terminie późniejszym np. 5 dni przed terminem badania. Zatem proponowany środek minimalizowania tych trudności nie pozwala na zapobieżenie „zmianom planów ekspertów", którzy pomimo potwierdzenia obecności 14 dni przed badaniem,

nie wezmą udziału w badaniu z powodu nagłych konferencji lub innych obowiązków i aktywności. Z opisu tego środka nie wynika, że poza monitem na 14 dni przed badaniem, prowadzone będą przez Wykonawcę jakieś dalsze działania diagnostyczne i kontrolne w tym zakresie. Sam Wykonawca wskazuje, że 2 tygodnie to czas wystarczający na zrekrutowanie dodatkowego eksperta, a zatem absencja zasygnalizowana w terminie późniejszym niż 14 dni przed badaniem lub w ogóle nie zasygnalizowana, uniemożliwiłaby taką rekrutację

i w badaniu wzięłoby finalnie wówczas udział mniej osób niż wymaga umowa. Z całą pewnością środkiem minimalizującym prawidłowym, byłoby utworzenie list rezerwowych lub zapewnienie uczestnictwa większej liczby ekspertów. Środek w postaci jednokrotnego kontaktu 14 dni przed badaniem, zaproponowany w ofercie nie został trafnie dopasowany, ponieważ jego zastosowanie nie zminimalizuje danego ryzyka w sposób najbardziej skuteczny. Błędnie zatem przyznana została ofercie liczba 5 pkt. w ramach tego ryzyka.

W ocenie Odwołującego w świetle przedstawionego stanu faktycznego Zamawiający w sposób nieuzasadniony, a przez to niezgodny z SWZ przyznał ofercie wybranej tak wysoką liczbę 20 pkt, która pozostaje w dysproporcji w stosunku do oferowanego przez niego poziomu jakości świadczenia przedmiotowej usługi badawczej, zwłaszcza w porównaniu z poziomem jakościowym usługi oferowanej przez Odwołującego. Tym samym Zamawiający naruszył przepis art. 239 ust. 1 ustawy i zobowiązany jest do unieważnienia dokonanej oceny oferty EU Consult i ponownej oceny zgodnie z SWZ oraz przepisami Ustawy.

Zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp

Odwołujący uważa, że Zamawiający w niejasny i nierówny sposób dokonał oceny oferty EU Consult, przyznając jej nieproporcjonalnie wysoką liczbę punktów w porównaniu do liczby punktów przyznanych ofercie Odwołującego w kryterium oceny „Sposoby minimalizacji ryzyk w realizacji badania”– (S). W ocenie Odwołującego oferta wybrana powinna otrzymać w ramach tego kryterium 0 pkt. Odwołujący podkreślił, że miała miejsce bezkrytyczna ocena zidentyfikowanych ryzyk i środków ich minimalizacji, stanowiących ofertę Konkurenta. Zamawiający w sposób nierówny uznał, że obszary ryzyka tak dalece zakładające wadliwe i nieterminowe realizowanie zamówienia, niewystarczające rozlokowanie zasobów oraz niewłaściwe zaplanowanie obciążeń jeszcze przed zawarciem umowy za zasługujące na przyznanie im maksymalnej liczby punktów, czym uniemożliwił Odwołującemu równą konkurencję w postępowaniu.

W świetle przedstawionej argumentacji Odwołujący wnosi jak na wstępie.

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

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę w postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Wybór jako najkorzystniejszej oferty innego Wykonawcy i możliwość zaniechania czynności przez Zamawiającego, do których był w ocenie Odwołującego zobowiązany, godzi w interesy ekonomiczne Odwołującego i naraża go na szkodę w postaci uzyskania zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłoszenie przystąpienia złożył wykonawca EU Consult Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia i dopuściła wykonawcę jako Przystępującego. Wykonawca wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji przesłanej przez Zamawiającego na nośniku elektronicznym, Izba ustaliła, że:

Z opisu przedmiotu zamówienia wynika, że celem głównym ewaluacji jest dostarczenie istotnych informacji uzupełniających w stosunku do prowadzonego monitoringu rzeczowo-finansowego, umożliwiając przede wszystkim wyjaśnienie mechanizmów oddziaływania zaprogramowanej interwencji na realizację założonego celu szczegółowego OP IX PO IiŚ pn. Wzmocnienie strategicznej infrastruktury ochrony zdrowia, którym jest: zapewnienie dostępu ludności do infrastruktury ochrony zdrowia oraz poprawa efektywności systemu opieki zdrowotnej. Termin wykonania zamówienia: 84 dni od dnia zwarcia umowy przez Strony.

Zamawiający żądał od Wykonawców przedstawienia następujących dokumentów:

1) koncepcji realizacji badania, która musi zawierać opis wszystkich przewidzianych do zastosowania w badaniu obligatoryjnych metod / technik gromadzenia i analizy danych oraz stanowić opis powiązanych ze sobą działań, jakie wykonawca zamierza podjąć w określonej kolejności, aby zrealizować cele szczegółowe i cel główny badania (krótki opis kolejnych etapów w realizacji badania, w tym sekwencji stosowanych metod / technik gromadzenia i analizy danych) i zostać odpowiednio uzasadniona, a także omówienie sposobu planowanej realizacji badań z ich zastosowaniem.

W Rozdziale 13. Kryterium oraz badania i ocena ofert SWZ Zamawiający wyznaczył

następujące kryteria oceny ofert:

1. Cena – C 60% 60 pkt

2. Trafność sposobu dopasowania dodatkowej metody / techniki gromadzenia / analizy danych – D 20 % 20 pkt

3. Sposoby minimalizacji ryzyk w realizacji badania – S 20 % 20 pkt.

Zasady oceny za kryterium „Sposoby minimalizacji ryzyk w realizacji badania" – (S) Zamawiający opisał w następujący sposób - w ramach kryterium należy wskazać 4 ryzyka w realizacji badania ewaluacyjnego oraz dopasować do każdego z nich jeden środek ich minimalizacji (wraz z uzasadnieniem):

- brak wskazania ryzyk w realizacji badania i / lub sposobów ich minimalizacji (wraz z uzasadnieniem) 0 pkt

- wskazanie sposobu minimalizacji ryzyka trafnie dopasowanego do 1 ryzyka w realizacji badania ewaluacyjnego (wraz z uzasadnieniem) 5 pkt

- wskazanie sposobów minimalizacji ryzyka trafnie dopasowanych do 2 ryzyk w realizacji badania ewaluacyjnego (wraz z uzasadnieniem) 10 pkt

- wskazanie sposobów minimalizacji ryzyka trafnie dopasowanych do 3 ryzyk w realizacji badania ewaluacyjnego (wraz z uzasadnieniem) 15 pkt

- wskazanie sposobów minimalizacji ryzyka trafnie dopasowanych do 4 ryzyk w realizacji badania ewaluacyjnego (wraz z uzasadnieniem) 20 pkt

Za trafnie dopasowany do ryzyka środek minimalizacji będzie uznany ten, który pozwoli w sposób możliwie najbardziej skuteczny zminimalizować dane ryzyko. Wskazanie ryzyka bez środka jego minimalizacji otrzyma 0 punktów.

Za brak wypełnionych tabel (dotyczących kryterium nr 2 oraz kryterium nr 3) Wykonawca otrzyma 0 pkt.

W postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców: Odwołujący i Przystępujący.

Przystępujący w ofercie zastrzegł Wykaz osób oraz Koncepcję badawczą, przedstawiając następujące uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa:

„Zgodnie z treścią art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „UZNK") pod pojęciem „tajemnicy 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.

Wykonawca oświadcza, że zastrzega jako swoją tajemnicę informację zawarte w załączniku w postaci „wykazu osób". Informacje tam się znajdujące, w tym cały sam dokument stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spełniającą wymogi z art. 11 ust. 2 UZNK. Szczególnie dotyczy to danych identyfikacyjnych osób w kontekście posiadanych przez nich uprawnień i doświadczenia.

Powyższe wskazuje na fakt, że informacja będzie stanowiła tajemnicę

przedsiębiorstwa, przy spełnieniu kumulatywnie trzech, następujących przesłanek:

a) Informacja będzie miała charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub będzie posiadała wartość gospodarczą;

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

c) uprawniony do korzystania z takiej informacji lub do rozporządzenia nią, podjął przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich poufności.

Wobec tego opracowany przez Wykonawcę dokument w postaci „wykazu osób" nie może być udostępniany.

Wykonawca wskazuje również na istotny dla polskich sprawy wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE (dalej jako „TSUE") w sprawie C-54/21, który został wydany na skutek pytania prejudycjalnego KIO. TSUE potwierdził, że jako informacje poufne można zastrzegać nie tylko informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, lecz również inne, które m.in. „mogłoby zaszkodzić uzasadnionym interesom handlowym wykonawcy". Podniósł, że wielokrotnie powoływał się na „wartość handlową" informacji, a według jego ustaleń polskie przepisy są nadmiernie restrykcyjne. Zdaniem TSUE jako poufne mogą być zastrzeżone dowolne informacje, mające „wartość handlową" dla wykonawcy, a tym samym mają one szerszy zakres niż dotychczas dopuszczany w krajowym orzecznictwie.

Jak wskazał TSUE, niezbędne jest przy tym uwzględnienie ochrony prawa do zachowania w poufności informacji mających „wartość handlową" dla danego wykonawcy.

TSUE podniósł również, że odnośnie do informacji dotyczących osób fizycznych i prawnych, w tym podwykonawców, w odniesieniu do których oferent wskazuje, że może na nich polegać przy realizacji zamówienia, należy dokonać – zdaniem

TSUE – rozróżnienia między danymi umożliwiającymi identyfikację tych osób a danymi, które dotyczą kwalifikacji lub zdolności zawodowych owych osób, ale nie umożliwiają takiej identyfikacji. Instytucja zamawiająca musi ustalić, czy ujawnienie tożsamości ekspertów lub podwykonawców, którzy zobowiązali się względem oferenta do udzielenia wsparcia przy realizacji tego zamówienia w razie jego udzielenia, może narazić tego oferenta, jak również owych ekspertów lub podwykonawców, na naruszenie ochrony poufności.

W tym celu instytucja zamawiająca musi uwzględnić wszystkie istotne okoliczności, w tym przedmiot danego zamówienia publicznego, a także zainteresowanie wspomnianego oferenta oraz owych ekspertów lub podwykonawców udziałem, przy zachowaniu tych samych zobowiązań wynegocjowanych w sposób poufny, w późniejszych postępowaniach o udzielenie zamówienia.

Uzupełniająco Wykonawca wskazuje na orzeczenie KIO 1032/14, gdzie wskazano „Wykaz osób może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ zawiera informację o sposobie organizacji kadrowego zaplecza wykonawcy. Wskazuje on osoby z imienia i nazwiska, z podaniem informacji nie tylko co do kwalifikacji, ale także sposobu dysponowania osobą i jej roli w realizacji inwestycji. Ochronie może podlegać w tym przypadku zbiór tych wszystkich informacji, gdy wykonawca funkcjonuje na rynku usług, a jakość, renomę przedsiębiorstwa w sektorze usługowym buduje prawidłowy sposób doboru osób tę usługę realizujących. To dobór osób wchodzących w skład przedsiębiorstwa lub osób, którymi wykonawca dysponuje ma kluczowe znaczenie dla realizacji usługi. (…) Fakt, że w przyszłości na etapie realizacji zamówienia publicznego skład osobowy zespołu realizującego usługę może stać się jawny nie powoduje automatycznie, że odpada możliwość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie można odmówić wykonawcy prawa do decydowania, w jakim momencie będzie on gotowy do ujawnienia sposobu doboru osób do realizacji zamówienia. (…) Nie można z góry odmówić wykonawcy prawa do korzystania z przysługujących mu środków prawnych zmierzających do ochrony poszczególnych informacji, które w jego ocenie mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa niedostępną innym przedsiębiorcom działającym na rynku. Działanie takie znajduje swoje uzasadnienie w mechanizmie wolnej konkurencji.”

Do tego dochodzi orzeczenia SN (IV CKN 211/01) „tajemnica nie traci swojego charakteru tylko dlatego, że wie o niej pewne grono osób zobowiązanych do jej zachowania np. pracowników przedsiębiorstwa. Istota tajemnicy tkwi w tym, że przedsiębiorca podejmuje kroki eliminujące możliwość dotarcia do tajemnicy przez osoby trzecie w normalnym toku zdarzeń, bez szczególnych starań. Informacja taka stanowi przy tym niematerialny składnik przedsiębiorstwa, o którym stanowi art. 551 ustawy z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.), który służy przedsiębiorcy do realizacji pewnych celów gospodarczych. Zakresem tajemnicy nie mogą być też objęte informacje powszechnie znane lub takie, o których treści każdy zainteresowany może się legalnie dowiedzieć (wyrok SN z 5.09.2001 r., I CKN 1159/00)”

Reasumując, wykaz osób może być zastrzeżony jako informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa. Dane osób, którymi zamierza posłużyć się wykonawca w trakcie realizacji zamówienia nie zostały już podane do publicznej informacji bądź nie zostaną podane do publicznej informacji w związku z realizacją umowy. Przy realizacji tego typu

zleceń bowiem największą wartością jest potencjał doświadczenia posiadanego przez osoby skierowane do realizacji projektu. Specjalistyczna wiedza może być decydującym elementem przewagi konkurencyjnej nad innymi uczestnikami procedury. Jeżeli w tego typu postępowaniach wykorzystanie potencjału kadrowego na etapie wykonywania zamówienia nie wiąże się z koniecznością upubliczniania danych osobowych, a wykonawca realizujący umowę podejmie działania zapewniające zachowanie poufności danych osób przedstawianych na potwierdzenie spełniania warunku, to zastrzeżenie tego typu może być uzasadnione.

Dla podmiotów świadczących usługi na rynku o sile wykonawcy przesądzają przede wszystkim ludzie. Na rynku poszukiwani i cenieni są wysokiej klasy specjaliści, co powoduje konieczność zabezpieczania się przed dostępem do danych o jej zasobach kadrowych. Na tej podstawie informacje na temat kluczowych specjalistów, mogą podlegać ochronie przed ich ujawnieniem dla konkurentów, którzy na przykład mogliby próbować pozyskać ich dla własnych potrzeb i prowadzonej działalności.

Możliwości zastrzeżenia, jako tajemnica przedsiębiorstwa, wykazu osób, mających wykonywać zamówienie wraz z ich kwalifikacjami, potwierdził również Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 2007r., sygn. V Ca 421/07. Na tej podstawie uznano, iż dane co do potencjału osobowego - wykaz osób wraz z kwalifikacjami i zdobytym doświadczeniem zasługują na ochronę, jako tajemnica przedsiębiorstwa i nie podlegają w związku z tym odtajnieniu i ujawnieniu.

W wyroku KIO 667/10 uznano, że „(…) podanie takich informacji jak: imiona i nazwiska osób, które będą realizować zamówienie, ich kwalifikacji (wykształcenie, uprawnienia) i doświadczenia oraz statusu względem przedsiębiorcy (pracownik lub osoba, która przedsiębiorca dysponuje na innej podstawie) ułatwia dotarcie do tych osób, a w konsekwencji procedurę „podkupywania”. Nie budzi zaś wątpliwości, że tego rodzaju zjawisko często może niweczyć udział danego przedsiębiorcy w określonym przedsięwzięciu gospodarczym i ostatecznie spowodować zmianę pozycji na rynku. Nadto, Wykaz ten daje wiedzę, co struktury personelu, jakim posługuje się inny przedsiębiorca. Na jego podstawie można bowiem ustalić, czy dany wykonawca korzysta z własnych zasobów kadrowych, czy też z obcych, jeśli zaś są to pracownicy przedsiębiorcy, jakiego rodzaju kwalifikacjami się legitymują (poziom, przedmiot).”. Podobne stanowisko zostało wyrażone w wyroku KIO/ 1498/10.

Wskazanie przez wykonawcę ryzyko „podkupywania” osób wskazywanych w wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do

dysponowania tymi osobami, oraz skutków „podkupywania" zwłaszcza, gdy może to mieć znaczenie dla pozycji wykonawcy na rynku konkurencyjnym, jest wystarczające do stwierdzenia, że informacje w tym zakresie zasługują na ochronę. W wyroku KIO 908/13 również uznano, że „(…) informacje o osobach, które będą wykonywać zamówienie wraz z informacją o ich kwalifikacjach i doświadczeniu zawodowym mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, która w przypadku zastrzeżenia jej poufności przy składaniu oferty nie może zostać ujawniona przez zamawiającego. Rynek informatyczny jest bowiem specyficznym rynkiem usług charakteryzującym się szybkim tempem rozwoju, a co za tym idzie koniecznością dysponowania wykwalifikowaną kadrą specjalistów. Tak więc informacje o konkretnych osobach, ich kwalifikacjach i doświadczeniu zawodowym, a tym samym potencjale kadrowym danego wykonawcy mają znaczenie gospodarcze. Dla podmiotów świadczących usługi na rynku informatycznym o sile firmy przesądzają bowiem ludzie, gdyż na rynku tego rodzaju usług poszukiwani są przede wszystkim wysokiej klasy specjaliści. Powoduje to konieczność zabezpieczania się firm przed dostępem do danych o jej zasobach kadrowych. Dlatego też Izba podzieliła w tym względzie stanowisko zamawiającego i przystępującego, uznając iż informacje na temat kluczowych specjalistów, mogą podlegać ochronie przed ich ujawnieniem dla konkurentów, którzy przykładowo mogliby próbować pozyskać ich dla własnych potrzeb i prowadzonej działalności.".

W wyroku KIO 1032/14 Krajowa Izba Odwoławcza uznała natomiast, że dokument może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli zawiera informację o sposobie organizacji kadrowego zaplecza. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej „Wskazuje on osoby z imienia i nazwiska, z podaniem informacji nie tylko, co do kwalifikacji, ale także sposobu dysponowania osobą i jej roli w realizacji inwestycji. W ocenie Izby ochronie może podlegać w tym przypadku zbiór tych wszystkich informacji, gdyż Przystępujący funkcjonuje na rynku usług, a jakość, renomę przedsiębiorstwa w sektorze usługowym buduje prawidłowy sposób doboru osób tę usługę realizujących. To dobór osób wchodzących w skład przedsiębiorstwa Przystępującego lub osób, którymi Przystępujący dysponuje ma kluczowe znaczenie dla realizacji usługi. W ocenie Izby fakt, że w przyszłości na etapie realizacji zamówienia publicznego skład osobowy zespołu realizującego usługę może stać się jawny nie powoduje automatycznie, że odpada możliwość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie można odmówić wykonawcy prawa do decydowania w jakim momencie będzie on gotowy do ujawnienia sposobu doboru osób do realizacji zamówienia. Utrzymanie w tym zakresie poufności do czasu, co najmniej zawarcia umowy, może mieć wymiar gospodarczy - możliwe jest zaproponowanie tego samego zestawu osobowego w innym podobnym postępowaniu w przypadku nie uzyskania zamówienia. Nie bez znaczenia jest także podniesiona przez Przystępującego okoliczność obawy przed podkupywaniem pracowników. W ocenie Izby, utrzymanie danych osobowych wskazanych osób może chronić tak przedsiębiorcę jak

i wskazane osoby przed próbą ich pozyskania przez konkurencję. W odniesieniu do przedsiębiorcy zachowanie poufności może oszczędzić mu kosztów w przypadku konieczności ponownego kompletowania zespołu w sytuacji podkupienia pracowników. W ocenie Izby ma to znaczenie w przypadku przedmiotowego postępowania, gdzie Zamawiający wymagał, aby w przypadku, gdy wykonawca składa ofertę na więcej niż jedną część zamówienia, osoby wskazane w wykazie osób do realizacji zamówienia nie mogą się powtarzać w poszczególnych częściach.".

Jeżeli zatem wykonawca zastrzega wykaz osób mających brać udział w realizacji zamówienia, może on w wyjaśnieniach powoływać się na klauzule poufności zawarte w kontraktach z tymi osobami, wskazywać na okoliczność, że to wyspecjalizowana kadra jest czynnikiem determinującym funkcjonowanie wykonawcy na rynku, a w przypadku odtajnienia ich danych istnieje realna obawa „podkupienia" tych osób przez konkurencję, w tym za pośrednictwem firm headhunterskich.

Wykonawca wskazuje, że opracował odpowiednią wewnętrzną procedurę dotyczącą polityki poufności, zgodnie z którą konkretne informacje dotyczące doświadczenia osób (na które składają się m. in. nazwy wykonanych projektów, nazwy odbiorców usług, zakres bądź charakter usług, obszar odpowiedzialności ww. osób) nie są podawane do wiadomości publicznej. Informacje te są chronione z uwagi na znaczną wartość handlową.

Wskazać ponadto należy, że w wykazie osób zawarte zostały kwestie dotyczące zakresu doświadczenia pracowników oraz współpracowników, które stanowią tajemnicę handlową posiadającą znaczną wartość gospodarczą dla wykonawcy. Wiedza i praktyka wymienionych w nim osób, w tym osób zarządzających przedsiębiorstwami, jest kluczowa dla Wykonawcy. Wykonawca działa na rynku usług konsultingowych i badawczym, a zatrudniony przez niego personel, dysponujący szczególnymi kwalifikacjami i bogatym doświadczeniem zawodowym oraz posiadający know-how stanowi wymierną wartość gospodarczą.

Zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje należy traktować jako jedną całość i nie mogą być traktowane wybiórczo, z uwagi na możliwość doprowadzenia do ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wykonawca wskazuje zatem, że w przedmiotowym przypadku zastosowanie znajduje art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „PZP").

Wobec tego również wszelkie dane osób pojawiające się w treści tego dokumenty podlegają ochronie z uwagi na know-how i konieczność uniknięcia ewentualnym prób „podkupienia" ich przez konkurencyjne względem Wykonawcy podmioty, jak też z uwagi na obowiązujące przepisy o danych osobowych w tym z rozporządzenia Parlamentu

Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 12 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (dale jako „RODO").

Zastrzegany tajemnicą dokument stanowi wartość gospodarczą i organizacyjną, chronioną w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK, która gdyby została ujawniona, wyrządziłaby szkody Wykonawcy w postaci utraty przez niego przewagi

konkurencyjnej.

Na rynku poszukiwani i cenieni są wysokiej klasy specjaliści, co powoduje konieczność zabezpieczenia się przed dostępem do danych o zasobach kadrowych. Informacje na temat kluczowych specjalistów podlegają ochronie przed ich ujawnieniem dla konkurentów, którzy na przykład mogliby próbować pozyskać ich dla własnych potrzeb i prowadzonej działalności (patrz wyrok KIO z dnia 5 września 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 874/08).

Wykonawca oświadcza, że podjął również wszelkie działania w celu utrzymania danych informacji w poufności, jak też wskazuje, że te informacje nie zostały ujawnione, ani też nie są powszechnie dostępne lub łatwe do pozyskania na danym rynku. Wykonawca w celu „wykazania" z art. 18 ust. 3 PZP wskazuje na wyrok w sprawie KIO 22/22 – „Obowiązek „wykazania", że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa polega przede wszystkim na przedstawieniu przez wykonawcę konkretnych okoliczności potwierdzających spełnienie wszystkich przesłanek wymaganych do uznania danych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazywane przez wykonawcę okoliczności muszą być rzeczowe, wiarygodne, spójne i konkretne na tyle, aby umożliwiały dokonanie oceny zastrzeganych informacji w kontekście art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Obowiązek „wykazania" obejmuje przedstawienie, stwierdzenie, pokazanie, dowiedzenie okoliczności, na potwierdzenie zaistnienia (spełniania) przesłanek, określonych w art. 11 ust. 2 ww. ustawy. Powyższe nie jest tożsame jednak z obowiązkiem „udokumentowania" każdego stwierdzenia lub oświadczenia wykonawcy zawartego w takim uzasadnieniu." Do tego za wyrokami KIO 1006/22 oraz KIO 991/22 „Trudno bowiem oczekiwać od wykonawcy by w każdym przypadku wykazywania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji przedstawił dowody w formie fizycznej – czasami uzyskanie pewnych korzyści lub zaoszczędzenie kosztów z powodu utajnienia określonych informacji może mieć charakter potencjalny i przyszły, co jednak nie przesądza o braku wartości gospodarczej takich informacji" oraz „Zamawiający nie był uprawniony do oceny czy dane informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a jedynie do tego, czy wykonawca który tak twierdzi powyższe wykazał"

Wymóg z art. 11 ust. 2 UZNK – należytej staranności, czyli podjęcia rozsądnych (uzasadnionych) działań w celu zachowania poufności należy interpretować, uwzględniając

w szczególności takie okoliczności, jak charakter poufnej informacji, wielkość przedsiębiorstwa (załogi), potencjalny dostęp osób nieuprawnionych do informacji, krąg i charakter osób, które mają do niej dostęp, itp. O spełnieniu przesłanki podjęcia rozsądnych działań możemy mówić wówczas, gdy przedsiębiorca faktycznie kontroluje dostęp do danej informacji [por. A. Michalak, w: Zdyb, Sieradzka, Komentarz ZNKU, 2016, s. 398]. Ograniczenie dostępu do tych informacji i zagwarantowanie, wśród osób które ją znają poufności, spełnia właśnie te wymogi z UZNK. Co więcej, Wykonawca nie wskazuje, jakie osoby związane są klauzulą poufności, aby nie ujawniać zakresu osób ją znających i uniknięcia ewentualnych działań innych wykonawców, które mogą naruszać dobre obyczaje, czy zasady współżycia społecznego, poprzez uzyskanie w sposób nieuprawnionych tajemnicy. Wobec tego wdrożone odpowiednie procedury w zakresie poufności.

Do tego Wykonawca pozyskał od wszystkich osób uczestniczących w projekcie i w procedurze ofertowania, oświadczenie o zachowaniu informacji pozyskanych przy opracowywaniu tego dokumentu w poufności. Uzupełniająco Wykonawca podnosi, że z wszystkimi pracownikami itp. zawiera umowy NDA, a zatem procedura ochrony informacji ma charakter kompleksowy, całościowy ciągły i spójny.

Wykonawca w ramach niniejszego zamówienia opracował i wdrożył politykę ochrony informacji, zgodnie z którą dostęp do określonych informacji – uznawanych za know-how Wykonawcy jest limitowany. Do tego z tego dokumentu wynika zakaz ujawniania jakichkolwiek informacji stanowiących know-how, w tym rozmów czy też udostępniania dokumentów.

Wykonawca wskazuje też, że środki techniczne na których został dany dokument utrwalony posiada stosowne zabezpieczenia techniczne i ograniczony dostęp jedynie dla osób zarządzających w organizacji Wykonawcy.

Korespondencja w postaci wiadomości elektronicznych (maile) jest szyfrowana tj. m.in. szyfrowane są załączniki, jak też informacje stanowiące know-how są przesyłany wiadomościami w załącznikach odpowiednio zabezpieczonych.

Ponadto, Wykonawca oświadcza, że zastrzega jako swoją tajemnicę informację zawarte w załączniku do oferty w postaci koncepcji badawczej, metodologii, organizacji badania zwanej dalej „Koncepcją realizacji badania". Informacje tam się znajdujące, w tym cały sam dokument stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spełniającą wymogi z art. 11 ust. 2 UZNK.

Powyższe wskazuje na fakt, że informacja będzie stanowiła tajemnicę przedsiębiorstwa, przy spełnieniu kumulatywnie trzech, następujących przesłanek:

d) Informacja będzie miała charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub będzie posiadała wartość gospodarczą;

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

f) uprawniony do korzystania z takiej informacji lub do rozporządzenia nią, podjął przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich poufności.

Wobec tego opracowany przez Wykonawcę dokument w postaci „Koncepcji realizacji badania" nie może być udostępniany.

Wykonawca wskazuje również, że w przedmiotowym przypadku zastosowanie znajduje art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „PZP").

Mimo opracowania przez Zamawiający odnośnie do wykonania „Koncepcji realizacji badania", to jednak ten dokument stanowi utwór w rozumieniu ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (dalej jako „UPA") i podlega wszelkiej ochronie przewidzianej w tym akcie prawnym. Do tego opracowanie w postaci „Koncepcji realizacji badania" stanowi rezultat wiedzy i doświadczenia Wykonawcy, a zatem stanowi efekt jego know-how. Wykonawca posiadane know-how wykorzystuje do wykonywania swojej działalności, a zatem ujawnienie jej efektów podmiotom nieuprawnionym stanowiłoby naruszenie praw Wykonawcy, jak też podmioty w sposób nielegalny i nieuprawniony posiadłyby wiedzę i informację, którą Wykonawca pozyskiwał przez długi okres czasu i na potrzeby których wykonał określoną pracę i zainwestował ogromne środki pieniężne.

Wskazana koncepcja jest to też efekt prac konkretnych osób, w tym posiadających określone tytuły naukowe, którym należało zapłacić określone środki.

Wobec tego również wszelkie dane osób pojawiające się w treści tego dokumenty podlegają ochronie z uwagi na know-how i konieczność uniknięcia ewentualnym prób „podkupienia" ich przez konkurencyjne względem Wykonawcy podmioty, jak też z uwagi na obowiązujące przepisy o danych osobowych w tym z rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 12 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (dale jako „RODO").

Zastrzegany tajemnicą dokument stanowi wartość gospodarczą i organizacyjną, chronioną w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK, która gdyby została ujawniona, wyrządziłaby szkody Wykonawcy w postaci utraty przez niego przewagi konkurencyjnej.

Na rynku poszukiwani i cenieni są wysokiej klasy specjaliści, co powoduje konieczność zabezpieczenia się przed dostępem do danych o zasobach kadrowych – wskazanych osób w danej koncepcji. Informacje na temat kluczowych specjalistów podlegają ochronie przed ich ujawnieniem dla konkurentów, którzy na przykład mogliby próbować

pozyskać ich dla własnych potrzeb i prowadzonej działalności (patrz wyrok KIO z dnia 5 września 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 874/08).

Wykonawca wskazuje też, że dana koncepcja chroniona jest w oparciu o UPA. Zgodnie z art. 16 pkt. 4) UPA twórcy służy ekskluzywne prawo do decydowania o pierwszym udostępnieniu utworu publiczności. Ujawnienie zawartej w ofercie koncepcji stanowi rażące naruszenie tego prawa wyłącznego.

Wykonawca wskazuje też, że koncepcja stanowi podstawę dla Zamawiającego do przyznawania ocen w ramach kryterium nie cenowego. Stanowi nadto zbiór informacji dotyczących koncepcji, która zrealizowana zostanie w przyszłości przez Wykonawcę. Wskazany sposób realizacji przedmiotu zamówienia itp. zagwarantuje prestiż przygotowywanych działań. Koncepcja została przygotowana na podstawie doświadczenia Wykonawcy, jest nowatorska i zawiera dane, które można zaliczyć do informacji stanowiących cenne źródło informacji dla konkurencji. Koncepcja posiada walor unikalności.

Mając zaś na uwadze Rozdział XVI pkt 3.2. SWZ to realizacja określonych tam wymagań przez koncepcję wymaga dużego nakładu sił i środków, w tym know-how oraz autorskich pomysłów i koncepcji. Sposób realizacji w celu uzyskania stosownej punktacji jest możliwy jedynie przy skorzystaniu ze specjalistycznej wiedzy i to wiedzy chronionej. Taka bowiem wiedza, która jest potrzebna do realizacji koncepcji jest skutkiem wielu lat doświadczenia i wypracowanych modeli, sposobu myślenia i analizy.

Kontekst naukowo-badawczy – stanowi wynik chronionego know-how, jak też informacji organizacyjnych, albowiem jest skutkiem posiadanego doświadczenie.

Koncepcja badawcza – stanowi wytwór prawno autorski, jak też jest wynikiem nabytego doświadczenia.

Organizacja badania – stanowi know-how.

Opis kluczowych trudności badania i sposoby zapobiegania im – stanowi wynik doświadczenia wykonawcy.

Dodatkowe pytania badawcze lub modyfikacja/uszczegółowienie pytań badawczych – stanowi wynik inwencji, pomysłowości i unikalności doświadczeń wykonawcy.

Wykonawca oświadcza, że podjął również wszelkie działania w celu utrzymania danych informacji w poufności, jak też wskazuje, że te informacje nie zostały ujawnione, ani też nie są powszechnie dostępne lub łatwe do pozyskania na danym rynku. Wykonawca w celu „wykazania" z art. 18 ust. 3 PZP wskazuje na wyrok w sprawie KIO 22/22 – „Obowiązek „wykazania", że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa polega przede wszystkim na przedstawieniu przez wykonawcę konkretnych okoliczności potwierdzających spełnienie wszystkich przesłanek wymaganych do uznania danych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazywane przez wykonawcę okoliczności muszą być rzeczowe, wiarygodne, spójne

i konkretne na tyle, aby umożliwiały dokonanie oceny zastrzeganych informacji w kontekście art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Obowiązek „wykazania" obejmuje przedstawienie, stwierdzenie, pokazanie, dowiedzenie okoliczności, na potwierdzenie zaistnienia (spełniania) przesłanek, określonych w art. 11 ust. 2 ww. ustawy. Powyższe nie jest tożsame jednak z

obowiązkiem „udokumentowania" każdego stwierdzenia lub oświadczenia wykonawcy zawartego w takim uzasadnieniu." Do tego za wyrokami KIO 1006/22 oraz KIO 991/22 „Trudno bowiem oczekiwać od wykonawcy by w każdym przypadku wykazywania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji przedstawił dowody w formie fizycznej – czasami uzyskanie pewnych korzyści lub zaoszczędzenie kosztów z powodu utajnienia określonych informacji może mieć charakter potencjalny i przyszły, co jednak nie przesądza o braku wartości gospodarczej takich informacji" oraz „Zamawiający nie był uprawniony do oceny czy dane informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a jedynie do tego, czy wykonawca który tak twierdzi powyższe wykazał"

Wymóg z art. 11 ust. 2 UZNK – należytej staranności, czyli podjęcia rozsądnych (uzasadnionych) działań w celu zachowania poufności należy interpretować, uwzględniając w szczególności takie okoliczności, jak charakter poufnej informacji, wielkość przedsiębiorstwa (załogi), potencjalny dostęp osób nieuprawnionych do informacji, krąg i charakter osób, które mają do niej dostęp, itp. O spełnieniu przesłanki podjęcia rozsądnych działań możemy mówić wówczas, gdy przedsiębiorca faktycznie kontroluje dostęp do danej informacji [por. A. Michalak, w: Zdyb, Sieradzka, Komentarz ZNKU, 2016, s. 398]. Ograniczenie dostępu do tych informacji i zagwarantowanie, wśród osób które ją znają poufności, spełnia właśnie te wymogi z UZNK. Co więcej, Wykonawca nie wskazuje, jakie osoby związane są klauzulą poufności, aby nie ujawniać zakresu osób ją znających i uniknięcia ewentualnych działań innych wykonawców, które mogą naruszać dobre obyczaje, czy zasady współżycia społecznego, poprzez uzyskanie w sposób nieuprawnionych tajemnicy. Wobec tego wdrożone odpowiednie procedury w zakresie poufności.

W celu zachowania poufności odnośnie do informacji zawartych w zastrzeganym dokumencie, Wykonawca w ramach konsorcjum zawarli porozumienie o zachowaniu treści, danych itp. z zastrzeganego dokumentu w poufności, jak też w celu ograniczenia dostępu do tego dokumentu do osób jedynie realizujących ten dokument.

Do tego Wykonawca pozyskał od wszystkich osób uczestniczących w projekcie i w procedurze ofertowania, oświadczenie o zachowaniu informacji pozyskanych przy opracowywaniu tego dokumentu w poufności. Uzupełniająco Wykonawca podnosi, że z wszystkimi pracownikami itp. zawiera umowy NDA, a zatem procedura ochrony informacji ma charakter kompleksowy, całościowy ciągły i spójny.

Wykonawca w ramach niniejszego zamówienia opracował i wdrożył politykę ochrony informacji, zgodnie z którą dostęp do określonych informacji – uznawanych za know-how Wykonawcy jest limitowany. Do tego z tego dokumentu wynika zakaz ujawniania jakichkolwiek informacji stanowiących know-how, w tym rozmów czy też udostępniania dokumentów.

Wykonawca wskazuje też, że środki techniczne na których został dany dokument utrwalony posiada stosowne zabezpieczenia techniczne i ograniczony dostęp jedynie dla osób zarządzających w organizacji Wykonawcy.

Korespondencja w postaci wiadomości elektronicznych (maile) jest szyfrowana tj. m.in. szyfrowane są załączniki, jak też informacje stanowiące know-how są przesyłany wiadomościami w załącznikach odpowiednio zabezpieczonych.

Odnosząc się natomiast do wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wskazać należy, iż informacje te również stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 u.z.k. W związku z powyższym brak jest podstaw do ujawnienia powyższych informacji podmiotom nieupoważnionym, w tym innym wykonawcom, biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W tym miejscu wskazać należy, iż firma wypracowała odpowiednią wewnętrzną procedurę dotyczącą polityki poufności, zgodnie z którą konkretne informacje dotyczące doświadczenia osób (na które składają się m. in. nazwy wykonanych projektów, nazwy odbiorców usług, zakres bądź charakter usług, obszar odpowiedzialności ww. osób) nie są podawane do wiadomości publicznej. Informacje te są chronione z uwagi na znaczną wartość handlową.

Wskazać ponadto należy, że w wykazie osób zawarte zostały kwestie dotyczące zakresu doświadczenia pracowników oraz współpracowników, które stanowią tajemnicę handlową posiadającą znaczną wartość gospodarczą dla wykonawcy. Wiedza i praktyka wymienionych w nim osób, w tym osób zarządzających przedsiębiorstwami, jest kluczowa dla Wykonawcy. Wykonawca działa na rynku usług konsultingowych i badawczym, a zatrudniony przez niego personel, dysponujący szczególnymi kwalifikacjami i bogatym doświadczeniem zawodowym oraz posiadający know-how stanowi wymierną wartość gospodarczą.

Podkreślenia przy tym wymaga fakt, iż zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem w orzecznictwie tajemnicą handlową jest także posiadanie określonego potencjału ludzkiego, który umożliwia konkurowanie pod względem doświadczenia pracowników i współpracowników. W szczególności, gdy przetarg dotyczy branży, w której fachowa wiedza osób wykonujących zamówienie stanowi kluczową wartość gospodarczą, wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie lub uczestniczyć w realizacji zamówienia może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów p.z.p. (patrz wyrok Sądu okręgowego w Warszawie, z dnia 29 marca 2007 roku sygn. akt V Ca 421/07). Nie można

również przejść obojętnie wobec faktu, iż poziom usług doradczych świadczonych przez wykonawcę w głównej mierze zależy od wiedzy i doświadczenia osób, którymi aktualnie dysponuje. Informacja o osobach, które będą wykonywać zamówienie wraz z informacją o ich kwalifikacjach, stanowić może tajemnicę przedsiębiorstwa, która w przypadku zastrzeżenia jej poufności przy składaniu oferty nie może zostać ujawniona przez zamawiającego.

Na rynku poszukiwani i cenieni są wysokiej klasy specjaliści, co powoduje konieczność zabezpieczenia się firm przed dostępem do danych o zasobach kadrowych. Informacje na temat kluczowych specjalistów mogą podlegać ochronie przed ich ujawnieniem dla konkurentów, którzy na przykład mogliby próbować pozyskać ich dla własnych potrzeb i prowadzonej działalności (patrz wyrok KIO z dnia 5 września 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 874/08).

Zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje należy traktować jako jedną całość i nie mogą być traktowane

wybiórczo, z uwagi na możliwość doprowadzenia do ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Opisane powyżej informacje należy rozumieć jako spójną całość tajemnicy przedsiębiorstwa, która nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji. Jednocześnie oświadczam, że Spółka oraz podjęła przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich poufności. W szczególności wskazać należy na fakt, iż wszystkie osoby uczestniczące w przygotowaniu oferty (mając na uwadze cały proces jej tworzenia) zostały zobowiązane do zachowania nieograniczonej w czasie poufności. Spółka w sposób konsekwentny i stanowczy kontroluje liczbę oraz charakter osób mających dostęp do informacji dotyczących realizacji przedmiotu zamówienia publicznego. Na potwierdzenie powyższej informacji, wskazać należy, że Spółka w umowach zawieranych z pracownikami, współpracownikami, kontrahentami – stosuje odpowiednie klauzule poufności.

Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie dokumentacji z postępowania, w tym kart oceny ofert, w tym oferty najkorzystniejszej, dokumentów złożonych na wezwanie i wszelkiej korespondencji prowadzonej z Przystępującym.

W odpowiedzi wniosek Zamawiający udostępnił następujące dokumenty: dokumentację oraz korespondencję prowadzoną z Wykonawcą EU-CONSULT w toku postępowania tj.:

a) ofertę Wykonawcy wraz z załącznikami, zawierającą informacje, które nie podlegały utajnieniu;

b) formularz oceny ofert sporządzony przez Zamawiającego;

c) wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych wraz z dokumentami, które nie podlegały utajnieniu;

d) korespondencję z Wykonawcą EU-CONSULT Sp. z o.o., związaną z dokumentem „Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty".

W zakresie załącznika nr 4 do SWZ, w którym opisano dane odnoszące się do kryterium nr 3 - Sposoby minimalizacji ryzyk w realizacji badania – Odwołujący otrzymał treść, którą zawarł w odwołaniu. Część załącznika została zanonimizowana.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości.

Biorąc pod uwagę poczynione ustalenia, Izba doszła do przekonania, że odwołanie w całości podlegało oddaleniu.

Zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy 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

Przechodząc do rozpoznania istoty zarzutu odwołania, czy przedstawione przez Przystępującego uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz informacje znajdujące się w Wykazie Osób oraz Koncepcji, dotychczas nie ujawnione Odwołującemu, mogą stanowić taką tajemnicę danego przedsiębiorstwa, w ramach uwag natury ogólnej, zauważyć należy, że definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta została w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), zgodnie z którym przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Z legalnej definicji pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa" wynika, iż za taką tajemnicę może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

i) ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny

przedsiębiorstwa,

ii) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,

iii) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Odnośnie do warunku pierwszego powszechnie przyjmuje się, że przepis ten wyłącza możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa.

Odnośnie do warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, że informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną.

W przypadku warunku trzeciego (tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) - należy zaznaczyć, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

Dalej dostrzeżenia wymaga, że zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w ustawie Pzp, zgodnie z którą postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania powinna być interpretowana w sposób ścisły, a Zamawiający powinien z należytą starannością zweryfikować zasadność utajnienia oferty. Podkreślić należy, że ciężar dowodu, że dana zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz winien żądać od wykonawcy wykazania i co najmniej uprawdopodobnienia, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło w sposób uprawniony, zaś brak wyjaśnień lub udzielenie zbyt ogólnikowych wyjaśnień winno wskazywać na niezasadność dokonanego zastrzeżenia. Przy czym podkreślić należy, iż obowiązek „wykazania" oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa oraz powoływanie się na bogate orzecznictwo Izby sądów powszechnych dotyczące tej materii. Ocenie Zamawiającego podlegać powinna również okoliczność, czy Wykonawca zastrzegający dane informacje przestawił dowody na potwierdzenie tez zawartych w uzasadnieniu zastrzeżenia. Chodzi tu między innymi o przykładowe klauzule o zachowaniu informacji w poufności, wyciągi z polityki bezpieczeństwa, wyciągi z umów o pracę,

stosowane systemu czy programy zabezpieczające dostęp do informacji osobom nieuprawnionym.

Przenosząc powyższe rozważania na zaistniały w sprawie stan faktyczny, skład orzekający Izby wyraża przekonanie, że Przystępujący przedstawiając uzasadnienie dla zastrzeżenia poszczególnych części Koncepcji oraz Wykazu Osób jako tajemnica, wykazał przesłanki warunkujące uznanie tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa i dokumenty składające się na tę część oferty i podmiotowe środki dowodowe dotychczas nieudostępnione Odwołującemu spełniają przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Dostrzeżenia wymaga przede wszystkim, że Odwołujący zastrzegł tożsame informacje, w zakresie Koncepcji, w tym część opracowania, które podlegało ocenie według ustalonych kryteriów oceny ofert. Co więcej, Odwołujący nie uczynił w tym zakresie żadnych wyjątków, zastrzegając dokument w całości, podczas gdy Przystępujący zrobił to w ten sposób, że możliwe było udostępnienie Odwołującemu części elementów Koncepcji, tak by można było bez uszczerbku dla Wykonawcy zapoznać się z treścią dokumentu i dokonać oceny poprawności treści oferty w stosunku do wymagań SWZ. Zauważyć należy, iż taki sposób zaprezentowania oferty przez Przystępującego zgodny jest z najnowszym orzecznictwem TSUE, które przywołano w odwołaniu.

Następnie, Izba podkreśla, że zastrzeżenia informacji ograniczono do elementów kluczowych dla złożonych przez Przystępującego dokumentów. Przystępujący w zastrzeżonych dokumentach odwołuje się do elementów kluczowych dla funkcjonowania własnej organizacji, prezentuje autorską pracę koncepcyjną, stanowiącą dzieło. Przedstawia zespół ekspertów/ zespół badawczy, który będzie kluczowy dla należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Niewątpliwie, z uwagi na charakter zamówienia to właśnie element ludzi stanowi podstawową bazę dla działalności Wykonawcy Nie można więc Zamawiającemu zarzucić, że po pierwsze nie dokonał wnikliwej oceny i weryfikacji zastrzeżonych informacji. Po drugie nie wydaje się, by brak dostępu do części informacji nieudostępnionych Odwołującemu uniemożliwił mu weryfikację złożonych wyjaśnień, czy też pozbawił go możliwości korzystania ze środków oceny prawnej. Odwołujący w złożonym odwołaniu szeroko uzasadniał zarzuty odnoszące się do znanej mu części Koncepcji, argumentował dlaczego wskazane przez Przystępującego ryzyka i sposoby ich minimalizacji nie są prawidłowe i nie zasługują na pozytywną ocenę oraz przyznanie maksymalnej liczby punktów. Uzasadnienia zastrzeżenia nie można w ocenie Izby uznać za lakoniczne, ogólnikowe, powtarzalne, pasujące do każdego zamówienia.

W przypadku Wykazu osób klarownie wskazano posiadane doświadczenie, wykształcenie i zrealizowane projekty przez poszczególnych członków zespołu. Unikalność

i wyjątkowość posiadanych kwalifikacji w pełni w ocenie Izby uzasadnia ochronę zasobów kadrowych, którymi Przystępujący dysponuje.

Dalej w ocenie Izby Wykonawca wykazał, że dane mają charakter informacji poufnych. Wskazał, jakie środki podjęto by dostęp do informacji nie miał charakteru powszechnego. Nawet jeżeli Przystępujący nie złożył wyciągów z dokumentów, które wskazał w uzasadnieniu zastrzeżenia, to opisał same procedury i zasady ochrony informacji w organizacji, że było to wystarczające do oceny, że informacje są chronione. Z tego powodu dokument złożony przez Przystępującego na rozprawie przed Izbą nie miał decydującego znaczenia dla oceny zasadności zarzutu. Nawet bez znajomości szczegółowych procedur określonych w tym dokumencie, możliwa jest ocena, czy i w jaki sposób Przystępujący chroni informacje.

Izba uważa, że przedstawiona argumentacja dowodzi wartości gospodarczej złożonych wyjaśnień wraz załącznikami. Wartość ta została przez Przystępującego określona w odniesieniu do ochrony wypracowanych i stworzonych przez zespół ekspercki metod badawczych, sposobu prowadzenia badań, doboru najwłaściwszej metody badawczej do przedmiotu badania, kolejności wykonywania czynności. Odwołującemu nie udało się skutecznie zakwestionować tej wartości.

Dla Izby oczywistym jest, że wartością gospodarczą zastrzeżonych informacji jest możliwość korzystania z wypracowanych doświadczeniem zasobów podmiotu, które przekładają się na osiągany zysk. Zauważyć należy, że

poznanie strategii budowania ceny i zespołu osób przez firmy funkcjonujące w tym samym sektorze może spowodować utratę korzyści w postaci przyszłych kontraktów, co przełoży się na całokształt działalności biznesowej. Podkreślenia w ocenie Izby wymaga, że Ustawodawca nie wskazuje wprost co faktycznie oznacza sformułowanie „wartość gospodarcza", nie określa również w żaden sposób jak należy ową wartość gospodarczą ustalić. Uznać należy, że taką informacją będzie taka, która w jakiś sposób wpływa na wartość danego przedsiębiorstwa na rynku. Może być to informacja pomagająca generować zyski lub zaoszczędzić pieniądze. Tajemnica przedsiębiorstwa nie jest wartością będącą celem samym w sobie, lecz ma chronić przedsiębiorcę przed negatywnymi skutkami, jakie mogłoby dla prowadzonej przez niego działalności wywołać udzielenie określonych informacji. Jak wspomniano w niniejszym uzasadnieniu, to siła zespołu ekspertów, ich wiedza i doświadczenie decyduje o przewadze konkurencyjnej Wykonawcy w branży.

Zastrzeżone informacje odnoszą się do informacji o charakterze organizacyjnym, handlowym, sposobie organizowania pracy zespołu dedykowanego do realizacji zamówienia, metodach pracy zespołu, systemie analizy wyników badań. Dane te zawierają więc informacje o charakterze wrażliwym. Wskazują także z jakich rozwiązań technicznych korzysta Przystępujący, co mogło wpłynąć na obniżenie ceny oferty. Zdaniem Izby nie ulega

wątpliwości, że te elementy przełożyły się na całokształt treści ofertowej i pozwoliły uznać ofertę Przystępującego za najkorzystniejszą.

Przystępujący przedstawił argumentację charakterystyczną dla jego organizacji. Informacja handlowa może obejmować całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, ale nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym (tak wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000r., I CKN 304/00, OSNC 2001, Nr 4, poz. 59).

Z tych względów zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie. Za Zamawiającym w odpowiedzi na odwołanie, dostrzeżenia wymaga, że kryterium oceny ofert odnosiło się do oceny wskazanych sposobów minimalizacji ryzyk, a nie oceny samych ryzyk określonych przez Przystępującego. W ocenie Izby Zamawiający zasadnie podnosił, że w sytuacji kiedy ryzyko zostało określone, poza oceną Zamawiającego zostawała okoliczność, czy jest ono prawidłowo zidentyfikowane. Według ustalonego i niekwestionowanego przez Wykonawców kryterium ocenie podlegał dobór środków minimalizujących możliwość wystąpienia ryzyka lub w przypadku jego wystąpienia dobór najbardziej skutecznego środka do rozwiązania sytuacji. Wobec powyższego Izba pominęła w całości argumentację odwołania skierowaną na ocenę, że dane ryzyko jest niewłaściwie zidentyfikowane.

Izba nie podziela stanowiska odwołania, że ryzyko powinno być związane tylko i wyłącznie z etapem realizacji przedmiotu zamówienia, a nie etapem przed podpisaniem umowy. Poza tym Odwołujący mylnie utożsamia moment przed rozpoczęciem badań z czasem, kiedy umowa nie jest podpisana. Prawidłowe przygotowanie metod, czasu, sposobu oraz osób do przeprowadzenia badania, może być kluczowe dla sukcesu wykonania umowy.

Dostrzeżenia także wymaga, iż w przypadku pozacenowych kryteriów oceny ofert w większości przypadków będziemy mieć do czynienia z elementem w pewien sposób subiektywnej oceny zespołu wyznaczonego do oceny ofert. Ocena, czy mamy do czynienia z trafnie dopasowanym do ryzyka środkiem minimalizacji, który pozwoli w sposób możliwie najbardziej skuteczny zminimalizować dane ryzyko zawiera w sobie element indywidualnego podejścia osoby dokonującej badania oferty. Każdy może bowiem inny środek uznać za najbardziej skuteczny, oceniać go jako efektywniejszy, prowadzący do osiągnięcia celu. Nie oznacza to jednocześnie, że każdy innych sposób, niż ten który podał Odwołujący w odwołaniu lub na rozprawie dyskredytuje metody wskazane przez Przystępującego. W ocenie Izby Zamawiający powinien był ocenić, czy wskazane metody minimalizacji ryzyka

dotyczą samego ryzyka, są z nim związane, pozwalają na skuteczne rozwiązanie problemu, niwelują możliwość wystąpienia samego ryzyka, wskazują ścieżkę działania, którą zamierza podjąć Przystępujący. Zadaniem Wykonawców nie było bowiem wskazanie ryzyk, które są najbardziej prawdopodobne do wystąpienia i są rozwiązaniem problemu. Chodziło raczej o wykorzystanie dotychczasowych doświadczeń Wykonawcy, więc każdy z podmiotów uczestniczących w postępowaniu mógł położyć akcent na inny etap realizacji umowy, gdzie indziej identyfikować problemy odnoszące się do wykonania przedmiotu zamówienia. W takim ujęciu oceny ofert w stosunku do ustalonego kryteriów działań Zamawiającego nie można uznać za naruszające zasady ustawy Pzp.

W przypadku pierwszego z ryzyk, wbrew twierdzeniom odwołania, Przystępujący nie odnosił się do etapu przed realizacją zamówienia. Przystępujący wskazał w jaki sposób można zbudować zespół, by jego działanie było efektywniejsze, wydajniejsze, nie doszło do obciążenia pracą dla poszczególnych członków zespołu. Elementy te odnoszą się do realizacji przedmiotu umowy. Okoliczność, że doświadczenie członków zespołu było dodatkowo oceniane jest irrelewantna dla oceny sposobu minimalizacji wskazanego ryzyka. Istotne w ocenie Izby jest, czy przez działania opisane przez Przystępującego możliwe jest należyte wykonanie przedmiotu zamówienia i uniknięcie opóźnień w realizacji zamówienia. Jak słusznie zauważył Odwołujący „zaplanowanie ich realizacji w czasie i delegacja oraz egzekucja zadań od zasobu kadrowego jest immanentną częścią zadań wykonawcy, która wynika z profesjonalnego charakteru prowadzonej działalności". Przystępujący właśnie takie elementy rozwiązania przedstawił. Wbrew jednak twierdzeniom odwołania, Przystępujący objaśnił i opisał w jaki sposób nastąpi podział pracy dla członków zespołu.

Dla drugiego obszaru ryzyka Przystępujący wskazał, że rozwiązaniem będzie analiza czasu wypełnienia ankiet. Odwołujący uważa to za działania niewystarczające dla uniknięcia wystąpienia ryzyka. Po pierwsze zauważyć należy, iż

środek został w ocenie Izby stosownie dobrany do ryzyka. Ponadto Przystępujący opisał cały proces analizy ankiet w sposób wysoce zbliżony, jak zrobił to Odwołujący w odwołaniu. Odwołujący natomiast wnioskuje tylko z części udostępnionych mu informacji, nie biorąc pod uwagę, że opis minimalizacji ryzyka może być dużo bardziej rozbudowany, niż zakłada Odwołujący. Z taką sytuacją mamy do czynienia w tym punkcie. Odwołujący podał dodatkowe metody, które mogą być wykorzystane przy rozwiązaniu problemu. Przystępujący na rozprawie wyjaśnił, że korzystał z tych metod w przeszłości i okazały się one niewystarczające lub nieefektywne. Dlatego też w ocenie Izby Przystępujący był uprawniony do wskazania środka, który na podstawie jego doświadczenia zawodowego uważa za najbardziej skuteczny. Jak zauważył w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, wskazana metoda jest powszechnie wykorzystywana.

Co do trzeciego sposobu, to Przystępujący celnie podał w ofercie dodatkowe cechy ekspertów, kluczowe dla realizacji zamówienia, które zwiększają szanse Wykonawcy na

uzyskanie zamówienia i udzielenie wyczerpujących odpowiedzi na pytania ewaluacyjne. Odwołujący ponownie zdaje się nie zauważać, że nie jest mu znana pełna treść oferty Przystępującego. Izba uważa, że wszystkie elementy, na które zwrócono uwagę w odwołaniu zawarte są w ofercie Przystępującego.

Dla ryzyka nr 4 Odwołujący błędnie utożsamia zespół badawczy z zespołem ekspertów. Ten ostatni jest elementem dodatkowym oferty Przystępującego, związanym z momentem po przeprowadzeniu badań ewaluacyjnych. Wykonawca nie jest związany z członkami tego zespołu umowami w chwili podpisania umowy z Zamawiającym. W ocenie Izby założenie kontaktu z ekspertem z wyprzedzeniem dwóch tygodni przed planowanym wydarzeniem i monitorowanie sytuacji osobisto-zawodowej eksperta jest środkiem wystarczającym, zapewniającym osiągnięcie efektu udziału eksperta w panelu dyskusyjnym. Jak celnie podkreślił na rozprawie Przystępujący nałożenie kar umownych na eksperta ze względu na ich wysokość i jednorazowość umowy nie musi być efektywniejsze. Zaś prowadzenie „listy dublerów" z pewnością zwiększa cenę oferty wykonawcy, poza tym z uwagi na wyjątkowość uprawnień poszczególnych ekspertów stworzenie takiej listy może nie być możliwe.

Końcowo, podkreślić należy, Izba przy ocenie zasadności zarzutów nie kierowała się treścią materiałów złożonych przez Przystępującego. W przypadku wyciągów z innych postępowań, nie było sporne, że powszechnie stosowane są pozacenowe kryteria oceny ofert jak określił to Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu. Poza oceną Izby pozostają natomiast okoliczności w jaki sposób oceny trafności rozwiązań dokonywały inne podmioty prowadzące postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba nie wzięła również pod uwagę złożonej przez Przystępującego opinii prywatnej z uwagi na lakoniczność jej twierdzeń i brak wskazania, na podstawie jakich materiałów została ona sporządzona.

Na uwagę zasługuje również okoliczność, że w żądaniach odwołania nie określono czego Odwołujący oczekuje w przypadku zarzutów skierowanych do oceny treści koncepcji. W przypadku pozacenowych kryteriów oceny sformułowanie żądań wydaje się kluczowe. Choć Izba nie jest związana żądaniami odwołania, to w takich przypadkach Odwołujący winien jasno określić jakie ma oczekiwania wobec oceny oferty dokonanej przez Zamawiającego. Izba nie jest władna dokonywać tej oceny za Zamawiającego, z powodów które wskazano we wstępnej części niniejszego uzasadnienia.

Reasumując Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a w działaniach Zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia zasad wynikających z ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący: