

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Irmina Pawlik

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 października 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 października 2024 r. przez wykonawcę Group AV Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Muzeum Pierwszych Piastów na Lednicy z siedzibą w Dziekanowicach

przy udziale uczestników:

A. po stronie odwołującego - wykonawcy TDC Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu;

B. po stronie zamawiającego - wykonawcy TRIAS AVI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie;

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 3 w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (zarzut nr 5) i nakazuje zamawiającemu Muzeum Pierwszych Piastów na Lednicy z siedzibą w Dziekanowicach unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia przez wykonawcę TRIAS AVI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie jako tajemnicy przedsiębiorstwa podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu dostaw i wykazu osób;
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
3. kosztami postępowania obciąża odwołującego Group AV Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w części 4/5 i zamawiającego Muzeum Pierwszych Piastów na Lednicy z siedzibą w Dziekanowicach w części 1/5 i:
 - 3.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 1200 zł 00 gr (słownie: tysiąc dwieście złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem dojazdu na rozprawę oraz kwotę 68 zł 00 gr (słownie: sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem opłat skarbowych od pełnomocnictw;
 - 3.2. zasądza od odwołującego Group AV Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Muzeum Pierwszych Piastów na Lednicy z siedzibą w Dziekanowicach kwotę 175 zł 00 gr (słownie: sto siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy).

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie

Zamawiający Muzeum Pierwszych Piastów na Lednicy (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na usługi pn. „Zaprojektowanie, wykonanie i uruchomienie wystawy stałej „Tajemnice początków Polski – Ostrów Lednicki” w siedzibie Muzeum Pierwszych Piastów na Lednicy Dziekanowice 32” (nr postępowania: MPP-02-2024). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S 80/2024 nr 238868-2024 z dnia 23 kwietnia 2024 r. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 14 października 2024 r. wykonawca Group AV System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą

w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na ocenie złożonych w postępowaniu ofert i wyborze oferty wykonawcy TRIAS AVI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „TRIAS AVI”) jako oferty najkorzystniejszej, w sytuacji gdyby Zamawiający dokonał prawidłowej oceny ofert, za najkorzystniejszą ofertę powinien uznać ofertę Odwołującego. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1)art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny oferty Odwołującego w kryterium: „Jakość – realizm ruchów” błędnie tj. przypisanie w tym kryterium 0 pkt, w sytuacji gdy przedstawiona próbka przedstawia ruch w sposób realistyczny, w konsekwencji powinna otrzymać 7 pkt, a także błędną ocenę oferty i uznanie za najkorzystniejszą oferty wykonawcy TRIAS AVI w tym kryterium poprzez przyznanie jej 7 pkt podczas gdy oferta ta jako niezgodna z SWZ powinna być odrzucona i przyznanie jej jakichkolwiek punktów jest niedopuszczalne;
- 2)art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 240 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny oferty Odwołującego w kryterium: „Jakość - realizm ruchów” z przekroczeniem zakresu oceny objętym ustanowionymi w postępowaniu kryteriami oceny ofert;
- 3)art. 253 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak uzasadnienia faktycznego w zakresie przyznanych wykonawcy TRIAS AVI punktów w Kryterium: „Jakość” co uniemożliwia dokonanie weryfikacji poprawności oceny dokonanej przez Zamawiającego, w konsekwencji narusza to zasadę przejrzystości i jawności postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4)art. 239 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy TRIAS AVI jako oferty najkorzystniejszej, w sytuacji gdy dokonana prawidłowo ocena ofert powinna prowadzić do wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego oraz odrzucenia oferty wykonawcy TRIAS AVI;
- 5)art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez uznanie za skutecznie objęty tajemnicą przedsiębiorstwa wykaz dostaw oraz wykaz osób złożone przez wykonawcę TRIAS AVI i nie udostępnienie go Odwołującemu, w sytuacji gdy informacje objęte wykazem dostaw oraz wykazem osób nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, a Wykonawca nie wykazał, że taką tajemnicę stanowią.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i czynności oceny ofert; nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny i badania ofert w tym odrzucenia oferty wykonawcy TRIAS AVI, nakazanie Zamawiającemu udostępnienie Odwołującemu wykazu dostaw oraz wykazu osób złożonego przez wykonawcę TRIAS AVI w postępowaniu; zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego zgodnie z normami prawem przepisany.

Zamawiający w dniu 25 października 2024 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

25 października 2024 r. pismo w sprawie złożył wykonawca TRIAS AVI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Odwołujący w dniu 29 października 2024 r. złożył pismo procesowe zawierające replikę na odpowiedź na odwołanie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpień zgłoszonych do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przez wykonawcę TDC Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu oraz po stronie Zamawiającego przez wykonawcę TRIAS AVI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, wobec czego ww. wykonawcy uzyskali status Uczestników postępowania.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, że Odwołujący, jako wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu i którego oferta zajęła drugie miejsce w rankingu ofert, zaś w drodze wniesionego środka ochrony prawnej dąży do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, do ponowienia oceny ofert w kryterium „Jakość” oraz do odrzucenia oferty wykonawcy TRIAS AVI, wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozstrzygając sprawę uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez

Zamawiającego, w szczególności treść SWZ wraz z załącznikami i wyjaśnienia SWZ, oferty wykonawców, załączone do ofert próbki animacji, protokoły z posiedzeń komisji przetargowej z 19 sierpnia 2024 r. i 27 sierpnia 2024 r., informację o wyborze oferty najkorzystniejszej z 2 października 2024 r. Izba ponadto dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego (opinia dr Krzysztofa Przybyszewskiego z dnia 10 października 2024 r., opinia dr Grzegorza Rogali z 9 października 2024 r.), złożonych przez Zamawiającego (opinia p. Wojciecha Michalskiego z 22 października 2024 r., opinia dr hab. Miłosza Margańskiego z 20 października 2024 r., wyjaśnienia pisemne dr Damiana Banasza, opinia Krzysztofa Rozworowskiego z 28 października 2024 r.) oraz złożonych przez wykonawcę TRIAS AVI (opinia dr hab. Jakuba wróblewskiego z 24 października 2024 r., opinią. Hanny Drewek z 24 października 2024 r.) na okoliczności wynikające z treści tych dokumentów, wskazane odpowiednio przez Strony i Uczestnika.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest kompleksowa realizacja zamówienia: zaprojektowanie, wykonanie i uruchomienie wystawy stałej „Tajemnice początków Polski – Ostrów Lednicki” w siedzibie Muzeum Pierwszych Piastów na Lednicy, Dziekanowice 32.

Zgodnie z pkt 8.1.1 SWZ Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą m.in. przedmiotowego środka dowodowego w postaci próbki animacji o metrażu 10-15 sekund, prezentującej proponowaną estetykę projekcji na stanowisku: „57. Służebnicy panującego - projekcja środków transportu wodnego”. W pkt 8.2 SWZ Zamawiający wskazał, że przedmiotowe środki dowodowe należy przygotować zgodnie z opisem cech i sposobu przygotowania próbki, stanowiącymi załącznik do SWZ II - Opis przedmiotu zamówienia - Opis próbek.

Pkt 19.2 SWZ wskazano, że przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający będzie się kierował kryterium oceny ofert: Cena (C) - 50%, Jakość (J) – 40 %, Okres gwarancji (G) - 10% Zasady punktacji w kryterium „Jakość” (J) określono następująco: kryterium będzie rozpatrywane na podstawie przedmiotowych środków dowodowych złożonych razem z ofertą: 1) Próbki animacji o metrażu 10-15 sekund, prezentującą proponowaną estetykę projekcji na stanowisku: „57. Służebnicy panującego – projekcja środków transportu wodnego”. 2) Próbki popiersia księcia Mieszka I zgodną z przedstawieniem księcia na rysunku Jana Matejki zamieszczonym w cyklu „Poczet królów i książąt polskich”. Zamawiający wskazał, że złożone próbki muszą spełniać wszystkie wymagania zawarte w SWZ. Próbki nie podlegają uzupełnieniu. Dalej wskazano, że komisja Zamawiającego będzie oceniała próbki zgodnie z kryteriami określonymi poniżej, z uwzględnieniem wysokiego stopienia realizmu oraz poddawała je testom, poddając je oddziaływaniom, jakie mogą wystąpić w użytkowaniu zgodnie z przeznaczeniem uwzględniającym przedmiot zamówienia. Ponadto wskazano, że punkty w kryterium „Jakość” przyznawane będą w podkryteriach, wśród których wymieniono:

Próbka animacji o metrażu 10-15 sekund, prezentującą proponowaną estetykę projekcji na stanowisku: „57. Służebnicy panującego – projekcja środków transportu wodnego”.

L.p.	Podkryterium	Punktacja
1.	Realistyczne odwzorowanie wody (odtworzenie ruchu tafli wody, koloru, głębi, dyferencji fal)- max. 7 pkt	0 pkt – próbka nie przedstawia realistyczne odwzorowanej wody, 7 pkt – próbka przedstawia realistyczne odwzorowaną wodę.
2.	Realizm ruchu – max. 7 pkt	0 pkt – próbka nie przedstawia realizmu ruchu, 7 pkt – próbka przedstawia realizm ruchu.
3.	Realizm okresu historycznego (realizm łodzi jednopiennej – dłubanki, realizm strojów, realizm rekwizytów – replik narzędzi i przedmiotów wczesnośredniowiecznych) – max. 6 pkt	0 pkt – próbka nie przedstawia realizmu okresu historycznego, 6 pkt – próbka przedstawia realizm okresu historycznego.

Załącznikiem nr 1 do Opisu Przedmiotu Zamówienia był Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia z załącznikami, w ramach których znalazł się Opis merytoryczny do poszczególnych stref tematycznych i stanowisk ekspozycyjnych wraz z wytypowanymi zabytkami. W ww. Opisie merytorycznym wskazano:

Sala Ekspozycyjna

Strefa 3 – Ostrów Lednicki

Dział: 10 – Służebnicy panującego

Stanowisko nr 57. Projekcja środków transportu wodnego

Animacja stanowi tło dla prezentowanej na podeście jednopiennej łodzi. To widok na jezioro Lednica gdzie w oddali widać Ostrów Lednicki z zarysem drewniano-ziemnych wałów obronnych. Widać, że na wyspę prowadzą dwa drewniane mosty, po których poruszają się ludzie. Nad grodem w kilku miejscach widzimy unoszący się dym. Widzimy też wyspę Ledniczkę i wyspę Ptasią. W centrum sceny znajduje się około 6-metrowa dłubanka z dwoma rybakami, którzy przypłynęli na połów ryb. Zarzucają sieć i wyciągają ryby: szczupaki, liny, karasie, okonie. Sieć wyposażona jest w

wykonane z kory pływaki. Rybacy, jeden w wieku około 20 lat, drugi w wieku około 40 lat ubrani są w proste, niebarwione, jasnoszare koszule z lnu z podwiniętymi rękawami i lniane spodnie, podwinięte do kolan. Nogi bosc. Koszule przewiązane w pasie trójsplotowym sznurem z łyka. W dłubance znajduje się również kosz wykonany z wikliny na ryby oraz wiersza – pułapka na ryby. (można wyjść od przedstawiania sceny połowu ryb przez rybaków z łodzi z Tacuinum Sanitatis). Po zarzuceniu sieci i jej przeciągnięciu na pewnym odcinku rybacy wyciągają sieć, ryby z sieci wrzucają do kosza, a następnie do wiklinowej pułapki wrzucają przynętę oraz kamienie do jej obciążenia i wrzucają ją do jeziora. Wiersza na linie zakończona jest dużym pływakiem, który oznacza miejsce połowu i końca liny. Następnie kiedy widać zachodzące za Ostrowem Lednickim słońce, rybacy odpływają w kierunku Ostrowa Lednickiego. Przestrzeń animacji wypełniają pływające po jeziorze kaczkę, perkozy dwuczube i łyski. Nad jeziorem i rybakami latają kormorany i rybitwy rzeczne. Słychać plusk wody, kołyszące się na wietrze trzciny i śpiew trzciniaka zwyczajnego. W oddali w strefie brzegowej widać czaple.

Załącznikiem nr 3 do Opisu Przedmiotu Zamówienia był dokument Opis cech i sposobu przygotowania próbek, w którym wskazano m.in. następujące wymagania dla próbki animacji:

4.1. Próbkę animacji o metrażu 10-15 sekund, prezentującą proponowaną estetykę projekcji na stanowisku: „57. Służebnicy panującego – projekcja środków transportu wodnego”.

a) W próbce należy ująć jeden środek transportu wodnego, zgodnie z założeniami stanowiska podanymi w projekcie koncepcyjnym i opisie merytorycznym do poszczególnych stref tematycznych i stanowisk ekspozycyjnych.

b) W animacji powinna zostać zastosowana zaawansowana symulacja płynów celem realistycznego odwzorowania wody.

c) Próbkę powinna uwzględniać ruchome postaci z zachowaniem realizmu ruchu i realiów okresu historycznego – zgodnie z opisem sceny zawartym w opisie merytorycznym do poszczególnych stref tematycznych i stanowisk ekspozycyjnych.

d) Zamawiający nie wymaga udźwiękowienia animacji. Ocenie będzie podlegała wyłącznie warstwa wizualna próbki.

e) Wymogi techniczne pliku: zapisany w rozdzielczości 2915x1200px (+/- 5%), w formacie MP4 (za pomocą kodeka .h264, 24 lub 25 klatek na sekundę zapisanych progresywnie, o przepływności nie mniejszej niż 30Mb/s).

W piśmie z 16 maja 2024 r. Zamawiający odpowiadając na pytanie wykonawcy: „(...) Czy zatem projektując próbkę wykonawca ma wykonać w pełni realistyczne postaci z realnym odwzorowaniem strojów, skóry, włosów wraz z realistycznym i naturalnym ruchem postaci. Czy jednak ma je wykonać zgodnie z opisem w koncepcji jako stylizowane artystycznie i wywodzące się z rycin 2d oraz posiadające artystycznie zmodyfikowane tekstury?” wskazał, że „w myśl zapisu w SWZ II OPZ za 3 opis próbek „Próbka powinna uwzględniać ruchome postaci z zachowaniem realizmu ruchu i realiów okresu historycznego - zgodnie z opisem sceny zawartym w opisie merytorycznym do poszczególnych stref tematycznych i stanowisk ekspozycyjnych” W próbce musi być zawarta realistyczna animacja uwzględniająca realizm okresu historycznego, zgodnie z opisem sceny zawartym w za12_opisy_merytoryczne „Opis merytoryczny do poszczególnych stref tematycznych i stanowisk ekspozycyjnych wraz z wytypowanymi zabytkami (strony 100-102) w SWZ II OPZ za 11 SzczOPZ. Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.”

W piśmie z 25 czerwca 2024 r. Zamawiający odpowiadając na pytanie wykonawcy nr 24 do SWZ o treści: „Zamawiający w każdym z trzech podkryteriów przyjął ocenę 0 lub 7 (6) pkt. Wnosimy o zmianę zapisów tak, aby punkty przyznawane były w zakresie od 0 do 7 (6) pkt. Zamawiający w podkryteriach (w szczególności 1 i 3) opisał rzeczy oceniane jako zestaw elementów (odtworzenie ruchu tafli wody, kolor głębi, dyferencja fal itd.). Niejasnym jest jaką ocenę otrzyma dana próbka w przypadku gdy np. realizm historyczny będzie zgodny w 60 czy 95%” wskazał: „Zamawiający podtrzymuje zapis. W przypadku kiedy realizm historyczny będzie spełniony tylko częściowo próbka w tej kategorii otrzyma 0 pkt. Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.”

W postępowaniu złożono sześć ofert.

Wykonawca TRIAS AVI wraz z ofertą przekazał dokument „Wyjaśnienia w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa”, w którym wskazał m.in.

„Zgodnie z dyspozycją art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2019r., poz. 1919, z późn. zm.], dalej jako „pzp”, przedstawimy poniżej argumentację wykazującą zasadność zastrzeżenia części oferty Trias AVI Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, dalej „Wykonawca”, zawierającej informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 18 ust. 3 pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r, o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [Dz. U. z 2018, poz. 419, z późn. zm.], dalej jako „uznk”, tj. wyłączenia jawności: przedmiotowe środki dowodowe: próbka animacji, próbka popiersia; tabela elementów scalonych oraz w przypadku najkorzystniej ocenionej oferty dokumenty składane na wezwanie: wykaz dostaw wraz z dowodami potwierdzającymi

należyte wykonanie; wykaz osób wraz z informacją na temat kwalifikacji i doświadczenia.

Nie ulega wątpliwości, że przepis art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych jest odpowiednikiem przepisu art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji zachowuje on całą argumentację poprzedniego stanu prawnego.

Zgodnie z powyższym art. 18 ust. 3 nowego prawa zamówień publicznych: Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 i 1649), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Poniższe wyjaśnienia dotyczą każdego z dokumentów i informacji, co do których Wykonawca – realizując swe ustawowe uprawnienie wyrażone m.in. w art. 18 ust. 3 pzp - zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. W niniejszym piśmie (o ile nie wskazano inaczej) pojęcia „informacja” i „dokument” używane są zamiennie. Zawarte poniżej wyjaśnienia dotyczą zatem każdego z dokumentów i każdej informacji zawartych w zastrzeżonej części oferty Wykonawcy.

Nie ulega wątpliwości, że informacje zastrzeżone w ofercie Wykonawcy, jako tajemnica przedsiębiorstwa wyczerpują definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i jako takie podlegają ochronie.

I. Definicje tajemnicy przedsiębiorstwa

Ustawodawca, kreując w Prawie zamówień publicznych zasadę jawności (art. 18 ust. 1 Pzp), przewidział od niej wyjątek. Zgodnie z art. 18 ust. 3 pzp, Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 i 1649), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Pojęcie „tajemnica przedsiębiorstwa” jest definiowane nie tylko w uznk, ale także w umowie międzynarodowej, która weszła w życie 1 stycznia 1995r. i stanowi Porozumienie w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej tzw. Porozumieniu TRIPS. Z art. 39 tego aktu wynika, że Zamawiający musi zatem honorować regulacje wynikające z całego systemu prawnego Rzeczypospolitej i nie podejmować działań opartych na wyrywkowej interpretacji przepisów. Porozumienie stanowi, iż: „1. Dla zapewnienia skutecznej ochrony przed nieuczciwą konkurencją, jak postanowiono w Artykule IObis Konwencji paryskiej (1967), Członkowie będą chronić informacje nieujawnione zgodnie z ust. 2, a także dane przedstawione rządowi lub agencjom rządowym zgodnie z ust. 3. 2. (vide: Obwieszczenie Ministra Spraw Zagranicznych z dnia 12 lutego 1996 r. w sprawie publikacji załączników do Porozumienia ustanawiającego Światową Organizację Handlu (WTO) (Dz. U. z dnia 19 marca 1996r.). Osoby fizyczne i prawne będą miały możliwość zapobiegania temu, aby informacje pozostające w sposób zgodny z prawem pod ich kontrolą nie zostały ujawnione, nabyte lub użyte bez ich zgody przez innych, w sposób sprzeczny z uczciwymi praktykami handlowymi, tak długo, jak takie informacje: są poufne w tym sensie, że jako całość lub w szczególnym zestawie i zespole ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które normalnie zajmują się tym rodzajem informacji; mają wartość handlową dlatego, że są poufne; poddane zostały przez osobę, pod której legalną kontrolą informacje te pozostają rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla utrzymania ich poufności.”

W myśl art. 11 ust. 2 uznk przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, nie została ujawniona do wiadomości publicznej, podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Zgodnie z opinią UZP: „określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: - ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, - nie została ujawniona do wiadomości publicznej, - podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00). Powszechnie przyjmuje się zdaniem SN, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja (wiadomość) "nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej

posiadaniem. Taka informacja staje się "tajemnicą przedsiębiorstwa", kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznana, ale nie będzie tajemnicą. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy inny przedsiębiorca (konkurent) dowiedzieć się o niej może drogą zwykłą i dozwoloną, a więc np. gdy pewna wiadomość jest przedstawiana w pismach fachowych lub gdy z towaru wystawionego na widok publiczny każdy fachowiec poznać może, jaką metodę produkcji zastosowano. Jednocześnie "tajemnica" nie traci zaś swego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak pracownicy przedsiębiorstwa lub inne osoby, którym przedsiębiorca powierza informację. Podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji powinno 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. Biorąc pod uwagę orzecznictwo sądów, treść przepisów szczególnych, a w szczególności definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa, za tajemnicę taką należy uznać np. dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu (postanowienie Sądu Antymonopolowego z dnia 15 maja 1996 r. - XVII Amz 1/96, Wokanda 1997/10/55)."

Warto wskazać, że tajemnica przedsiębiorstwa podlega ochronie nie tylko w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale również na etapie realizacji umowy.

W szczególności wskazać należy art. 5 ust 2 ustawy o dostępie do informacji publicznej z dnia 6 września 2001 r. (Dz.U. Nr 112, poz. 1198), który stanowi, iż: „Prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu ze względu na prywatność osoby fizycznej lub tajemnicę przedsiębiorcy. Ograniczenie to nie dotyczy informacji o osobach pełniących funkcje publiczne, mających związek z pełnieniem tych funkcji, w tym o warunkach powierzenia i wykonywania funkcji, oraz przypadku, gdy osoba fizyczna lub przedsiębiorca rezygnują z przysługującego im prawa.”

Jak również, art. 35 ustawy o finansach publicznych z dnia 27 sierpnia 2009 r. (Dz.U. Nr 157, poz. 1240): „Klauzule umowne dotyczące wyłączenia jawności ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa w umowach zawieranych przez jednostki sektora finansów publicznych lub inne podmioty, o ile wynikające z umowy zobowiązanie jest realizowane lub przeznaczone do realizacji ze środków publicznych, uważa się za niezastrzeżone, z wyłączeniem informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych posiadających wartość gospodarczą, w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich w tajemnicy, lub w przypadku gdy jednostka sektora finansów publicznych wykaże, że informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa z uwagi na to, że wymaga tego istotny interes publiczny lub ważny interes państwa.” Przedstawione w zastrzeżonej części oferty informacje i dokumenty zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy w związku z czym, podlegają ochronie. Każdy z dokumentów i informacji zawartych w zastrzeżonej części oferty ma dla Wykonawcy istotną wartość gospodarczą.

II. Informacje zastrzeżone przez Wykonawcę stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa

a) Zasadność zastrzeżenia koncepcji sposobu realizacji zamówienia – próbek: próbka animacji oraz próbka popiersia] oraz załącznika nr 2 – 25.06.2024 r.- Tabela elementów scalonych (...)

b) Zasadność zastrzeżenia wykazu dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie

Zastrzeżenie wykazu dostaw oraz dowodów potwierdzających należyte wykonanie jako tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie doświadczenia określonego podmiotu, a także fakt współpracy z danymi partnerami może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa (wyrok KIO z 9 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2024/16). W przedmiotowym wyroku KIO wskazało, że po przeprowadzeniu analizy opisanych powyżej dokumentów Izba doszła do przekonania, że jedynie wybrane informacje, znajdujące się ww. dokumentach, spełniają przesłanki, pozwalające na zakwalifikowanie ich do zbioru informacji, zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów u.z.n.k. W ocenie Izby za takie należy uznać przede wszystkim informacje zawarte przez Przystępującego w wykazie usług oraz załączone do nich dokumenty referencji, a także informacje, dotyczące określonego potencjału Przystępującego. Izba zwraca uwagę, że informacje w zakresie doświadczenia określonego podmiotu, a także fakt współpracy z danymi partnerami bez wątpienia posiada dla wykonawcy określoną, wymierną wartość gospodarczą. Natomiast w wyjaśnieniach z dnia [...] Przystępujący wyjaśnił, że ww. informacje nie są publicznie dostępne. W aktach rozpoznawanego postępowania znajduje się oświadczenie, zobowiązujące Przystępującego do zachowania w poufności informacji, związanych z udostępnionym potencjałem. W związku z powyższym Izba uznała, że w odniesieniu do informacji znajdujących się w wykazie usług oraz dokumentów referencji, a także w odniesieniu do informacji dotyczących określonego potencjału podmiotu trzeciego, zostały prawidłowo wypełnione wszystkie przesłanki wymienione w przepisie art. 11 ust. 4 u.z.n.k. Tym samym ww. informacje nie powinny być ujawnione przez Zamawiającego.

Wykonawca pragnie wskazać, że wykaz osób oraz posiadane referencje nie były publicznie udostępniane podmiotom trzecim a fakt współpracy z określonymi partnerami posiada wymierną wartość gospodarczą. Jednocześnie Wykonawca wskazuje, że w stosunku do obu wykazów podjął starania dla zachowania ich poufności.

Obowiązek zachowania poufności znajduje również swoje źródło w zobowiązaniach do zachowania poufności, jakie zostały zawarte w umowach z kontrahentami. W załączeniu zatem wraz z wykazem dostaw przedkładam wyciąg z tych umów, które również zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

c)Zasadność zastrzeżenia wykazu osób wraz z informacją na temat kwalifikacji i doświadczenia;

Jak podkreśla się w doktrynie prawa zamówień publicznych [w ślad za Józefem Nowickim – niekwestionowanym ekspertem prawa zamówień publicznych i autorem licznych komentarzy] dane pracowników wykonawcy mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. W wyroku z dnia 8 września 2008 r., KIO/UZP 874/08, KIO wskazało, że w ocenie składu orzekającego, informacje 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. Mając na uwadze specyfikę rynku usług informatycznych

charakteryzującą się szybkim tempem rozwoju, a co za tym idzie koniecznością dysponowania wykwalifikowaną kadrą specjalistów, informacje o kwalifikacjach, jak również potencjale kadrowym wykonawców, mają znaczenie gospodarcze. Dla podmiotów świadczących usługi na rynku informatycznym o sile firmy przesądzają przede wszystkim ludzie. Na rynku poszukiwani i cenieni są wysokiej klasy specjaliści, co powoduje konieczność zabezpieczania się firm przed dostępem do danych o jej zasobach kadrowych. Na tej podstawie, Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, iż 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, czego na własnym przykładzie doświadczył Przystępujący.

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, Izba uznała, 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. Takie samo stanowisko zajął Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 29 marca 2007r. sygn.. akt V Ca 421/07 Wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie, wraz z informacjami o ich kwalifikacjach stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykaz osób będzie stanowić informacje o niewątpliwiej wartości dla firmy Wykonawcy, biorąc pod uwagę sytuację na rynku pracy w branży instalacji multimedialnych i związane z tym ryzyko „podbierania” personelu. Informacje te należy brać pod uwagę jako całość, co oznacza, że jawność dokumentów potwierdzających wymagane uprawnienia niweczyłaby zastrzeżenie poufności wykazu osób.

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.

Dokładnie wyżej opisana zachodzi w przypadku Wykonawcy albowiem zastrzeżenie wykazu osób ma przeciwdziałać możliwości poznania przez podmioty konkurencyjne zasobów ludzkich jakimi dysponuje Wykonawca. Oczywiście przy tym pozostaje, że pozostali oferenci jacy mogą złożyć oferty w postępowaniu stanowią bezpośrednią konkurencję Wykonawcy

Wykazanie przez wykonawcę możliwość „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 podobnie jak rynek usług serwisowych sprzętu multimedialnego 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.”.

Podkreślenia wymaga fakt, iż nawet jeśli poszczególne informacje są same w sobie informacjami ogólnodostępnymi, w powyżej wskazanych okolicznościach nie mogą zostać ujawnione. Ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa podlega bowiem sam fakt stosowania przez Wykonawcę określonych rozwiązań technicznych i technologicznych oraz model, producent i pochodzenie oferowanych urządzeń. Każdy z zastrzeżonych w ofercie dokumentów towarzyszących w jakimś zakresie ujawnia ww. informacje, co najmniej w sposób umożliwiający identyfikację producenta oferowanego rozwiązania. Informacje te jako całość mają z kolei dla Wykonawcy wartość gospodarczą, nie są informacjami powszechnie dostępnymi, a Wykonawca podjął kroki zmierzające do zachowania ich poufności. Tym samym wyczerpują wszystkie przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ujawnione w ofercie informacje nigdy nie były i nie są jako całość udostępniane do wiadomości publicznej i jako całość nie są znane ogółowi; są one tajemnicą dla podmiotów trzecich i wola ta dla innych osób jest rozpoznawalna. Ujawnienie nawet fragmentu zastrzeżonych informacji może stanowić podstawę dla skutecznej dedukcji na temat całości informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Jednocześnie podkreślamy, iż Wykonawca podjął w stosunku do w/w informacji niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Wykonawca stosuje rygorystyczną politykę bezpieczeństwa informacji poprzez m.in. zawieranie odpowiednich postanowień w Regulaminie, umowach o pracę, w umowach o zakazie konkurencji zawieranych z pracownikami oraz umowach o zachowaniu poufności zawieranych z podmiotami współpracującymi, podwykonawcami. W związku z tym, pracownicy oraz podmioty współpracujące z Wykonawcą także są zobowiązani do zachowania w poufności uzyskanych informacji. Zgodnie z polityką bezpieczeństwa Wykonawcy, nie są ujawniane m.in. informacje dotyczące podmiotów udostępniających zasoby. Wyjątki od tej zasady wynikają z jednostkowych decyzji Wykonawcy albo z działań osób trzecich (np. kontrahentów).

Niezależnie od powyższego wskazać należy, że doświadczenie osób wymaganych zgodnie z dokumentacją przetargową w tym SWZ ma charakter zdecydowanie unikalny, zarówno z uwagi na zakres tego doświadczenia jak i czas jego trwania. Unikalność takiego doświadczenia ma stanowić wykazanie potencjału Wykonawcy, który dysponuje osobą posiadającą odpowiednie doświadczenie. W przedmiotowym postępowaniu nie mogły złożyć oferty wszyscy przedsiębiorcy lecz jedynie tacy, którzy posiadają w swoich zasobach osoby posiadające odpowiednie doświadczenie. Pozyskanie a co

więcej utrzymanie w swoim zespole takich osób jest bardzo trudne, tym bardziej jeśli wziąć pod uwagę obecną sytuację na rynku pracy, w której podkupywanie pracowników z odpowiednim doświadczeniem jest nader częste. Nie ulega wątpliwości, że obecny rynek instalacji multimedialnych obfituje w możliwość pozyskania kontraktów, o ile dany Wykonawca dysponuje odpowiednio wykwalifikowanym i doświadczonym zespołem. Dostęp do technologii każdy z przedsiębiorców posiada taki sam a różnice i przewagi są budowane w oparciu o zespół ludzki.

Końcowo należy podkreślić, że w ślad za wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Bydgoszczy z dnia 13 marca 2018 r. II SA/Bd 1168/17 „[...] prawo do tajemnicy przedsiębiorcy należy do praw podmiotowych przysługujących przedsiębiorcy, który tę tajemnicę w istocie ustanawia i to jego interes chroniony jest przede wszystkim na podstawie przepisów o ochronie tajemnicy. Należy więc uznać, że (...) była wręcz zobligowana na podstawie przepisów art. 3 i art. 11 ustawy z dnia (...) kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji do zachowania danych i informacji związanych z realizacją kampanii reklamowej w tajemnicy, jak również jest zobligowana do strzeżenia (ochrony) tajemnicy przedsiębiorstwa kontrahenta przed ujawnieniem jej osobom trzecim, w przeciwnym razie naraża się na poważne sankcje, przewidziane w ww. przepisach prawa, łącznie z karnymi, za popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji, jakim jest złamanie tajemnicy przedsiębiorstwa.” W konsekwencji ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji i narażać Wykonawcę na daleko idące sankcje.

Obowiązek zachowania poufności znajduje również swoje źródło w zobowiązaniach do zachowania poufności, jakie zostały zawarte w umowach z kontrahentami. W załączeniu zatem wraz z wykazem osób przedkładam wyciąg z tych umów, które również zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

III. Podsumowanie.

Mając powyższe na uwadze, nie ulega wątpliwości, że wszystkie elementy oferty wymienione powyżej zarówno koncepcja sposobu realizacji zamówienia tj. próbka animacji i próbka popiersia, tabela elementów scalonych oraz dokumenty składane na wezwanie Zamawiającego stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa podlegającą ochronie prawnej albowiem spełnione są wszystkie 3 przesłanki wynikające z art. 11 ust. 2 uznk, a mianowicie: ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa i posiada wartość gospodarczą, nie została ujawniona do wiadomości publicznej, Wykonawca podjął w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Powyższe wyjaśnienia należy traktować jako wystarczające wykazanie okoliczności uzasadniających zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, które nie wymaga dalszego dowodzenia, przy użyciu dalej idących środków dowodowych. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 30 marca 2018r. KIO 496/18 wyjaśniła, że nie sposób uznać, że wykonawca ma obowiązek przedłożenia dowodów, na co wskazuje literalne brzmienie art. 8 ust. 3 p.z.p., który nie stanowi o udowodnieniu, a jedynie wykazaniu i nie można nakładać na wykonawcę dalej idących obowiązków niż to wynika z treści przepisu. W podobnym tonie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w cytowanym już wyroku KIO 289/16 z dnia 16 marca 2016 r., że artykuł 8 ust. 3 p.z.p. wymaga wyłącznie wykazania, nie udowodnienia określonymi dokumentami, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.”

Do wyjaśnień załączono wzór umowy o zachowaniu poufności oraz wzór umowy na świadczenie usług.

Wykonawca TRIAS AVI na wezwanie Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych złożył m.in. wykaz dostaw wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz wykaz osób. W piśmie przewodnim wykonawca wskazał m.in., że: „zgodnie z treścią złożonej oferty dokumenty składane na wezwanie Zamawiającego w zakresie wykazu dostaw wraz z dowodami potwierdzającymi należyte ich wykonanie oraz w zakresie wykazu osób wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji, uprawnień i doświadczenia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia tajemnicy przedsiębiorstwa zostały złożone na etapie składania oferty. W celu podkreślenia jak ważną rolę odgrywają wyżej wymienione dokumenty, poniżej przedstawiam uszczegółowione wyjaśnienia w tym zakresie.

Wymagana i ściśle doprecyzowana zdolność techniczna jaką Zamawiający wskazał w SWZ, nie jest ogólnie dostępnym doświadczeniem. Na polskim rynku jesteśmy jedną z nielicznych firm, która posiada takie doświadczenie spełniające wszystkie wymagania Zamawiającego. Posiadanie tak unikatowego doświadczenia stanowi wartość gospodarczą dla Wykonawcy Trias AVI Sp. z o. o. Należy podkreślić, że to nie tylko doświadczenie odgrywa kluczową rolę ale również zakres objęty umową w ramach tego doświadczenia, w tym warunki zakupu czy też wyspecyfikowany sprzęt. Zakres objęty umową stanowi klauzulę poufności, z której wynika ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa i zabezpieczenie wrażliwych informacji.

Taka sama sytuacja ma miejsce w zakresie wymaganej zdolności zawodowej, szczególnie dotyczącej kierownika projektu w zakresie aranżacji jak i projektanta wystawy o wymaganych kwalifikacjach w bardzo specyficznym zakresie, oraz z konkretnie doprecyzowanym wykształceniem i doświadczeniem w ściśle określonym czasie mocno ogranicza krąg osób spełniających takie wymagania jakie wskazał w tym zakresie Zamawiający. Posiadanie osób spełniających wyżej wymienione wymagania jest wartością gospodarczą dla Wykonawcy Trias AVI Sp. z o. o. która wymaga dogłębnej znajomości rynku oraz doświadczenia. Mając powyższe na uwadze w zakresie wymagań co do konkretnych osób i ich specjalizacji, obawą Wykonawcy jest nieuprawnione przejęcia lub podkupienia przez konkurencyjnych wykonawców osób wskazanych w wykazie osób. Ponad to zgodnie z rozporządzeniem parlamentu europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 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. (Dz. Urz. UE L 119 z 04.05.2016), szczegółowe dane osobowe pracowników podlegają ochronie osób fizycznych i nie powinny być udostępniane osobą postronną.

Wartością gospodarczą mogą być informacje o osobach skierowanych do realizacji zamówienia, posiadających unikatowe kwalifikacje, o ile ujawnienie tych informacji może spowodować „podbieranie” takich osób przez konkurencję i jednocześnie utratę przez wykonawcę pozycji na rynku świadczonych dostaw, usług lub robót budowlanych.

W wyroku z dnia 8 lutego 2019 r. KIO 92/19, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „Zastrzeżenie informacji dotyczących pracowników Przystępujący uzasadniał obawą przed „podbieraniem” pracowników przez konkurencję (*ang. employee poaching*), z pozyskaniem których poniósł wysokie koszty, a osłabienie tego zespołu pogorszyłoby jego pozycję na rynku”.

Niewątpliwie, mając na uwadze sytuację na rynku muzealnym czy centro-naukowym, gdzie, rynek jest mały, trudno zdobyć osoby z odpowiednim doświadczeniem i kwalifikacjami. Jednakże, jeżeli nie zostaną ujawnione informacje w zakresie doświadczenia, kwalifikacji i wykształcenia, ryzyko takie zostanie wyeliminowane. Jednocześnie pozwoli to na zachowanie równowagi pomiędzy zasadą jawności postępowania a interesem Przystępującego, którego pracowników dane w dalszym ciągu będą chronione.

Zastrzeżenie określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego następuje na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Pzp) w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Uznk). Zgodnie z treścią art. 18 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy Uznk, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.”

Ponadto Izba ustaliła, że w protokole z posiedzenia komisji przetargowej z 19 sierpnia 2024 r. wskazano m.in., że złożone przez wszystkich wykonawców próbki animacji spełniają wymagania określone w SWZ II – Opis przedmiotu zamówienia – Opis próbek. W dalszej części protokołu przedstawiono ocenę ofert w kryterium „Jakość”.

W odniesieniu do oferty TRIAS AVI w zakresie próbki animacji wskazano:

Realistyczne odwzorowanie wody (odtworzenie ruchu tafli wody, koloru, głębi, dyferencji fal): 7 pkt- próbka przedstawia realistycznie odwzorowaną wodę.

Realizm ruchu: 7 pkt – próbka przedstawia realizm ruchu

Realizm okresu historycznego (realizm łodzi jednopiennej – dłubanki, realizm strojów, realizm rekwizytów – replik narzędzi i przedmiotów wczesnośredniowiecznych): 6 pkt – próbka przedstawia realizm okresu historycznego.

W odniesieniu do oferty Odwołującego w zakresie próbki animacji wskazano:

Realistyczne odwzorowanie wody (odtworzenie ruchu tafli wody, koloru, głębi, dyferencji fal): 7 pkt- próbka przedstawia realistycznie odwzorowaną wodę.

Realizm ruchu: 0 pkt – próbka nie przedstawia realizm ruchu

Realizm okresu historycznego (realizm łodzi jednopiennej – dłubanki, realizm strojów, realizm rekwizytów – replik narzędzi i przedmiotów wczesnośredniowiecznych): 6 pkt – próbka przedstawia realizm okresu historycznego.

W kolumnie „Uwagi” wskazano: „W zaproponowanym ujęciu przestrzeni brak wyraźnie zaznaczonych wysp na dalszym planie. Animacja nie przedstawia połowu ryb, brak naturalnej dynamiki ruchu łodzi, rybaków i śladu torowego płynącej łodzi. Brak pływających po jeziorze ptaków. Około 30% czasu trwania animacji zajmuje wyłącznie sama tafla jeziora.”

W protokole z posiedzenia komisji przetargowej z 27 sierpnia 2024 r. przedstawiono m.in. ocenę ofert w kryterium „Jakość”. W odniesieniu do oferty TRIAS AVI w zakresie próbki animacji wskazano jak w protokole z 19 sierpnia 2024 r.

W odniesieniu do oferty Odwołującego w zakresie próbki animacji wskazano:

Realistyczne odwzorowanie wody (odtworzenie ruchu tafli wody, koloru, głębi, dyferencji fal): 7 pkt- próbka przedstawia realistycznie odwzorowaną wodę.

Realizm ruchu: 0 pkt – próbka nie przedstawia realizm ruchu.

Realizm okresu historycznego (realizm łodzi jednopiennej – dłubanki, realizm strojów, realizm rekwizytów – replik narzędzi i przedmiotów wczesnośredniowiecznych): 6 pkt – próbka przedstawia realizm okresu historycznego.

W kolumnie „Uwagi” wskazano: „Nie uzyskano właściwego efektu naturalnej dynamiki ruchu łodzi, rybaków i śladu torowego płynącej łodzi – ruch postaci mechaniczny. Zbyt duże tempo zmiany poszczególnych kadrów animacji i różnych punktów widzenia przeszkadza w przekazie historycznym i zaburza percepcję filmu – w efekcie przedstawiona historia nie jest realistyczna i angażująca. Natężenie oświetlenia (globalne i punktowe) scen animacji ciemną barwą jest zbyt intensywne, cienie obiektów zbyt ciemne, a szczegóły postaci mało widoczne. Ponad 20% czasu trwania animacji zajmuje wyłącznie sama tafla wody w jeziorze. Animacja nie przedstawia połowu ryb, brak pływających ptaków wodnych.”

Zamawiający 2 października 2024 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty wykonawcy TRIAS AVI jako najkorzystniejszej. Oferta ta uzyskała łącznie 93,76 pkt. Oferta Odwołującego była ofertą drugą w rankingu i otrzymała 93

pkt. W informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, w zakresie kryterium „Jakość” Zamawiający wskazał m.in.: w odniesieniu do oferty TRIAS AVI w zakresie próbki animacji: 7 pkt- próbka przedstawia realistycznie odwzorowaną wodę; 7 pkt – próbka przedstawia realizm ruchu, 6 pkt – próbka przedstawia realizm okresu historycznego; w odniesieniu do oferty Odwołującego w zakresie próbki animacji: 7 pkt- próbka przedstawia realistycznie odwzorowaną wodę, 0 pkt – próbka nie przedstawia realizm ruchu, 6 pkt – próbka przedstawia realizm okresu historycznego. Ocena w kryterium „Jakość” zaprezentowana w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej odzwierciedlała punktację ustaloną w protokołach posiedzeń komisji przetargowej.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Odwołanie podlegało uwzględnieniu w zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez uznanie za skutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa wykazu dostaw oraz wykazu osób złożonych przez wykonawcę TRIAS AVI i nie udostępnienie ich Odwołującemu, w sytuacji gdy wykonawca nie wykazał, że informacje zawarte w tych wykazach taką tajemnicę stanowią (zarzut nr 5 odwołania).

Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5. Zgodnie zaś z art. 74 ust. 1 ustawy Pzp protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek. Art. 74 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że: 1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie, 2) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków - przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.

W orzecznictwie podkreśla się, że zasadą systemu zamówień publicznych jest jawność postępowania, która stanowi gwarancję zachowania w postępowaniu zarówno uczciwej konkurencji, jak i jego przejrzystości. Art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wprost wskazuje, że jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest wykazanie przez wykonawcę, że informacje te w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią. Oznacza to, że informacje złożone przez wykonawcę mogą pozostać niejawne tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania ich niejawnego charakteru. Aby wykazać zasadność zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest wykazać wystąpienie wszystkich przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Zgodnie z tym przepisem przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. W konsekwencji wykonawca zastrzegając określone informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa zobowiązany jest wykazać, że po pierwsze dane informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, po drugie że informacje te jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, a po trzecie, że podjęto w stosunku do tych informacji działania w celu utrzymania ich w poufności. Wszystkie wyżej wskazane przesłanki muszą wystąpić łącznie. Zaniedbanie wykonawcy przejawiające się w braku łącznego wykazania przesłanek, o których mowa powyżej, wraz z przekazaniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa obciąża wykonawcę zastrzegającego tajemnicę przedsiębiorstwa i zwalnia tym samym zamawiającego z obowiązku zachowania określonych informacji w poufności.

Izba zgodziła się z Odwołującym, że wykonawca TRIAS AVI nie wykazał wartości gospodarczej informacji zawartych w wykazie dostaw i w wykazie osób złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczące wykazu dostaw - zarówno złożone wraz z ofertą, jak i w chwili przedstawiania podmiotowych środków dowodowych - miało charakter bardzo ogólny. Argumentacja zawarta w piśmie złożonym wraz z ofertą została ograniczona do przywołania wyroku KIO i subiektywnego stwierdzenia, że „*fakt współpracy z określonymi partnerami posiada wymierną wartość gospodarczą.*” Wykonawca w żadne sposób nie

odniósł się do konkretnych informacji zawartych w wykazie dostaw. Z kolei w piśmie złożonym wraz z podmiotowymi środkami dowodowymi wykonawca jedynie wskazał, że „wymagana i ściśle doprecyzowana zdolność techniczna jaką Zamawiający wskazał w SWZ, nie jest ogólnie dostępnym doświadczeniem. Na polskim rynku jesteśmy jedną z nielicznych firm, która posiada takie doświadczenie spełniające wszystkie wymagania Zamawiającego. Posiadanie tak unikatowego doświadczenia stanowi wartość gospodarczą dla Wykonawcy Trias AVI Sp. z o. o.”

Powyższe w ocenie Izby nie wykazuje wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, a jedynie stanowi wyraz subiektywnego przekonania wykonawcy, które nie zostało niczym poparte. Jak podkreśla się szeroko w orzecznictwie samo subiektywne przekonanie wykonawcy o wartości posiadanych przez niego informacji nie stanowi dostatecznego uzasadnienia dla zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Skład orzekający podziela pogląd wyrażony m.in. w wyroku KIO z dnia 20 marca 2023 r., sygn. akt KIO 623/23, że *przesłanki uznania określonej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa mają charakter obiektywne. Stwierdzenie ich istnienia nie może się opierać wyłącznie na przekonaniu samego przedsiębiorcy, wymaga odwołania się obiektywnych kryteriów i poddania ich analizie w okoliczności faktycznych konkretnej sprawy. Okoliczności te winny być wykazane przez wykonawcę w treści uzasadnienia składanego zamawiającemu uzasadniającego zastrzeżone określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. O tym czy coś może stanowić prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa przesądza nie tylko wola przedsiębiorcy utajnienia danej informacji (element subiektywny), lecz także występowanie obiektywnie akceptowanych wartości, których ochrona uzasadnia objęcie danych informacji tajemnicą. (...) Gdyby przyjąć odmienne założenie, to tajemnicą przedsiębiorstwa byłoby wszystko, co arbitralnie dany przedsiębiorca za nią uzna. Przyjęcie takiego stanowiska czyniłoby fikcyjnym wynikającą z ustawy Pzp jawność postępowania przetargowego.”*

Stanowisko TRIAS AVI, że zdolność techniczna jakiej wymagał Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie jest ogólnie dostępnym doświadczeniem, a wykonawca jest jedną z nielicznych firm, która je posiada, po pierwsze nie zostało wykazane, a po drugie trudno uznać je za wiarygodne skoro w postępowaniu złożono aż sześć ofert i wszyscy wykonawcy oświadczyli, że spełniają ustalone warunki udziału w postępowaniu. Przedmiot zamówienia – wykonanie wystawy stałej w muzeum – nie jest unikatowy w skali kraju i trudno za takie uznać doświadczenie wymagane od wykonawców. Sam fakt, że krąg podmiotów mogących zrealizować zamówienie nie jest aż tak szeroki jak w przypadku częściej spotykanych zamówień nie powoduje, że doświadczenie wykonawcy jest na tyle wyjątkowe, że informacje jego dotyczące mogłyby zostać uznane za posiadające wartość gospodarczą. Ponadto okolicznością kluczową, a całkowicie pominiętą przez wykonawcę TRIAS AVI podczas zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa, jest to, że wykaz dostaw złożony w postępowaniu prezentuje wyłącznie informacje o doświadczeniu wykonawcy w wykonaniu projektów realizowanych na rzecz instytucji publicznych, a zatem projektów o jawnym charakterze, co do których informacje można uzyskać w drodze dostępu do informacji publicznej. Co więcej, wykaz ten zawiera wyłącznie ograniczone dane – tylko w takim zakresie, jaki był wymagany przez Zamawiającego – tj. opis inwestycji (skorelowany z treścią warunku udziału w postępowaniu), wartość, datę wykonania, miejsce wykonania i określenie podmiotu, na rzecz którego wykonano usługi. Informacje o projektach realizowanych na rzecz podmiotów publicznych nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, czego wykonawca TRIAS AVI miał świadomość, ponieważ zwrócono mu na to uwagę m.in. w wyroku z dnia 12 maja 2023 r., sygn. akt KIO 1199/23, w którym Izba nakazała odtajnienie wykazu osób i usług złożonych przez TRIAS AVI. Działaniu wykonawcy TRIAS AVI, trudno przypisać w takiej sytuacji inny zamiar niż chęć utrudnienia pozostałym uczestnikom postępowania zapoznania się z treścią podmiotowych środków dowodowych.

Również uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczące wykazu osób było relatywnie ogólne i sprowadzało się głównie do cytowania orzecznictwa. Tymczasem samo powołanie się na określone poglądy wyrażane w orzecznictwie nie jest wystarczające, aby wykazać wartość gospodarczą określonych informacji, zwłaszcza w sytuacji gdy można przywołać szereg poglądów przeciwnych do prezentowanego przez TRIAS AVI. To obowiązkiem wykonawcy, który zastrzega poufność danych informacji, jest wykazanie, że te konkretne, wskazane w wykazie osób dane, posiadają wartość gospodarczą. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa powinno być zindywidualizowane w odniesieniu do konkretnych informacji zawartych w wykazie osób, jak i w odniesieniu do konkretnych informacji powinna zostać wykazana wartość gospodarcza. Natomiast Przystępujący TRIAS AVI w piśmie złożonym wraz z ofertą jedynie wskazał, że zastrzeżenie wykazu osób ma przeciwdziałać możliwości poznania przez podmioty konkurencyjne zasobów ludzkich, jakimi dysponuje Wykonawca. Takie stwierdzenie w żaden sposób nie świadczy o wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, a jedynie wskazuje, że wykonawca chce objąć określone dane poufnością. Z kolei stwierdzenie, że „wykaz osób będzie stanowić informacje o niewątpliwiej wartości dla firmy Wykonawcy, biorąc pod uwagę sytuację na rynku pracy w branży instalacji multimedialnych i związane z tym ryzyko „podbierania” personelu” to nic innego jak niczym nie poparta, subiektywna ocena wykonawcy. Zgodnie z zasadą jawności wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z tym, iż ich oferty co do zasady będą jawne, tak jak i podmiotowe środki dowodowe podlegające ocenie w kontekście spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wartość gospodarcza – jak wskazano

powyżej - powinna mieć wymiar obiektywny, co oznacza że samo przekonanie o wartości posiadanych przez danego wykonawcę informacji jest niewystarczające.

Podnoszona przez Przystępującego TRIAS AVI teza o istnieniu praktyki przejmowania personelu przez konkurencję i związanym z tym ryzyku nie została w żaden sposób udowodniona. Słusznie zauważył Odwołujący, że ww. wykonawca ani nie wykazał, w czym przejawia się unikatowość doświadczenia personelu wskazanego w wykazie osób, ani że miał do czynienia z jakimikolwiek próbami przejmowania pracowników przez podmioty konkurujące z nim, ani że informacje o miejscu pracy czy doświadczeniu personelu nie są udostępniane przez samych pracowników, np. w mediach społecznościowych. Sama obawa Wykonawcy przed „podkupieniem” jego personelu przez konkurencyjne podmioty nie stanowi wykazania wartości gospodarczej zastrzeżonych danych. Skutecznymi środkami ochrony dla wykonawców przed utratą personelu mogą być przykładowo umowy o zakazie konkurencji czy zapewnienie pracownikom wynagrodzenia na odpowiednim poziomie, nie zaś zastrzeganie określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa na potrzeby uzyskania danego zamówienia publicznego. Fluktuacja kadr jest naturalnym zjawiskiem. Jeżeli Przystępujący faktycznie spotkał się ze zjawiskiem „podkupowania” personelu, to powinien był swoje twierdzenia w jakikolwiek sposób uwiarygodnić, a nie poprzestawać na hasłowym wyrażeniu obaw. W tym zakresie Izba wskazuje jako przykład na wyrok KIO z dnia 16 sierpnia 2022 r., sygn. akt KIO 1936/22, KIO 1962/22 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 15 lutego 2023 r., sygn. akt XXII Zs 129/22 oddalający skargę na ww. rozstrzygnięcie Izby, w których to orzeczeniach szeroko odniesiono się do kwestii wartości gospodarczej informacji zawartych w wykazie osób i wykazywania tej wartości z uwagi na ryzyko przejęcia pracowników przez konkurencyjne podmioty.

Izba ponadto stwierdziła, że część osób wymienionych przez TRIAS AVI w wykazie osób to projektanci określonych branż (sanitarnej, elektrycznej) czy kierownicy robót, trudno zatem uznać, aby doświadczenie tych osób miało charakter unikalny, wyjątkowo specjalistyczny, usprawiedliwiający przypuszczenie, że na rynku może istnieć praktyka pozyskiwania takich osób, czy że istotnie ograniczona na rynku jest liczba osób z doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego. Analiza wymogów SWZ w zakresie doświadczenia i kwalifikacji potencjału kadrowego wymaganego w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 7.9.4) SWZ nie wskazuje na wyjątkowo rzadkie kompetencje. Jeżeli Przystępujący TRIAS AVI uważał odmiennie, to powinien okoliczność taką wykazać. Tymczasem jego argumentacja ograniczyła się do stwierdzenia, że informacja o osobach spełniających wymienione w SWZ wymagania i o doświadczeniu tych osób stanowi dla wykonawcy wartością gospodarczą (szczególnie w odniesieniu do doświadczenia kierownika projektu w zakresie aranżacji jak i projektanta wystawy – co doprecyzowano w piśmie przewodnim złożonym wraz z podmiotowymi środkami dowodowymi). Wykonawca poza gołostownymi zapewnieniami nie przedstawił rzeczowej argumentacji ani dowodów wykazujących jego twierdzenia. Analogicznie nie zostało w żaden sposób wykazane, że na rynku trudno zdobyć osoby z odpowiednim doświadczeniem i kwalifikacjami.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła zarzut nr 5 odwołania i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia przez wykonawcę TRIAS AVI jako tajemnicy przedsiębiorstwa podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu dostaw i wykazu osób, co znalazło odzwierciedlenie w pkt 1 sentencji wyroku.

Izba raz jeszcze podkreśla, że uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być traktowane przez wykonawców jako narzędzie mające na celu uniemożliwienie pozostałym uczestnikom postępowania zapoznania się z treścią konkurencyjnych ofert i dokumentów, a jedynie winno być ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji.

W pozostałym zakresie odwołanie podlegało oddaleniu, co znalazło odzwierciedlenie w pkt 2 sentencji wyroku.

Izba za niezasadne uznała zarzuty naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne przypisanie ofercie Odwołującego w kryterium: „Jakość – realizm ruchów” 0 pkt (zarzut nr 1) oraz naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 240 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny oferty Odwołującego w kryterium: „Jakość - realizm ruchów” z przekroczeniem zakresu oceny objętym ustanowionymi w postępowaniu kryteriami oceny ofert (zarzut nr 2).

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. W myśl ust. 2 najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem. Art. 240 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, zaś ust. 2 wskazuje, że kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.

Izba stwierdziła, że dokonana przez Zamawiającego ocena oferty Odwołującego w kryterium „Jakość” – podkryterium „realizm ruchu” była prawidłowa i nie została dokonana z przekroczeniem ustalonych zasad oceny.

Argumentacja zawarta w odwołaniu została oparta na tezie, że ocena ofert w zakresie podkryterium „realizm ruchu” powinna ograniczać się wyłącznie do realizmu ruchu postaci zaprezentowanych w animacji. W ocenie Izby powyższe założenie Odwołującego było błędne i nie znajdowało uzasadnienia w treści dokumentów zamówienia. Po pierwsze sporne podkryterium zostało w pkt 19.2 SWZ określone jako „realizm ruchu”, a nie jako „realizm ruchu postaci” i odnosiło się do próbki animacji w ogólności, a nie do jej określonych elementów. Zamawiający w pkt 19.2 SWZ w opisie kryterium „Jakość” jasno wskazał, że komisja „będzie oceniała próbki zgodnie z kryteriami określonymi poniżej, z uwzględnieniem wysokiego stopienia realizmu.” Realizm próbki – zarówno w zakresie ruchu, jak i pod kątem historycznym – był dla Zamawiającego kluczowy. Znajduje to potwierdzenie m.in. w wyjaśnieniach treści SWZ z dnia 16 maja 2024 r., gdzie Zamawiający podkreślił, że „w próbce musi być zawarta realistyczna animacja uwzględniająca realizm okresu historycznego, zgodnie z opisem sceny (...)”. Wywodzenie przez Odwołującego wyłącznie ze sformułowania zawartego w pkt 4.1 lit. c) załącznika nr 3 do OPZ „Opis cech i sposobu przygotowania próbek” o treści „Próbka powinna uwzględniać ruchome postaci z zachowaniem realizmu ruchu i realiów okresu historycznego – zgodnie z opisem sceny zawartym w opisie merytorycznym do poszczególnych stref tematycznych i stanowisk ekspozycyjnych” wniosku, że realizm ruchu odnosił się jedynie do ruchu postaci, stanowi w ocenie Izby nieuzasadnioną, zawężającą interpretację podkryterium „realizm ruchu”. Zdaniem składu orzekającego nie wynika ona z literalnego brzmienia pkt 4.1 lit. c) załącznika nr 3 do OPZ, który wskazuje na konieczność zachowania realizmu ruchu i realiów okresu historycznego w próbce uwzględniającej ruchome postaci, a nie wyłącznie na konieczność zachowania realizmu ruchu postaci. W ocenie Izby interpretacja wymagań forsowana przez Odwołującego nie znajduje logicznego uzasadnienia, próbka powinna bowiem prezentować ruch w sposób realistyczny jako całość, a nie jedynie w pewnym wycinku (co do postaci). Uznanie, że tylko ruch postaci (rybaków) ma być realistyczny, a już np. ruch samej łódki nie, prowadziłoby do wypaczenia celu spornego podkryterium, jak i celu całego kryterium „Jakość”.

W konsekwencji w ocenie Izby Zamawiający wskazując, że „nie uzyskano właściwego efektu naturalnej dynamiki ruchu łodzi, rybaków i śladu torowego płynącej łodzi – ruch postaci mechaniczny” nie wykroczył poza zakres zasad oceny podkryterium „realizm ruchu”. Co prawda uzasadnienie przedstawione przez Zamawiającego było rozbudowane jeszcze o inne elementy, dotyczące prędkiej kwestii spełnienia przez próbkę wymagań wynikających z opisu sceny zawartego w opisie merytorycznym, niż samego realizmu ruchu, niemniej nie zmienia to faktu, że Zamawiający odniósł się w przedstawionym uzasadnieniu także do realizmu ruchu.

Natomiast Odwołujący w postępowaniu odwoławczym nie podważył wniosków Zamawiającego co do braku naturalnej dynamiki ruchu łodzi, rybaków i śladu torowego płynącej łodzi, w tym co do mechanicznego ruchu samych postaci. W ocenie Izby w odwołaniu nie zawarto twierdzeń, które faktycznie wykazywałyby, że próbkę animacji Odwołującego cechuje realizm ruchu. Odwołujący skupił się na forsowaniu tezy, że realizm ruchu należy ograniczyć wyłącznie do postaci rybaków oraz do wskazania, że stanowisko Zamawiającego odnosi się w znacznej części do okoliczności, które nie powinny stanowić podstawy do oceny próbki w podkryterium „realizm ruchu” i nie przedstawił rzeczowej kontrargumentacji w stosunku do twierdzeń Zamawiającego o braku naturalnej dynamiki ruchu łodzi, rybaków i śladu torowego płynącej łodzi. W kontekście dynamiki ruchu łodzi w odwołaniu w ogóle nie przedstawiono jakichkolwiek twierdzeń. Już tylko powyższe powoduje, że ocena Zamawiającego nie została w odwołaniu skutecznie podważona, podkreślić bowiem należy, że stwierdzenie braku realizmu ruchu danego elementu animacji, w świetle zerojedynkowego sposobu oceny ofert w spornym podkryterium, było równoznaczne z nieprzyznaniem jakichkolwiek punktów w tym podkryterium. Jedynie na marginesie zatem Izba wskazuje, że analiza próbki animacji pozwala zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że fizyka ruchu płynącej łubanki jest nienaturalna, łódź porusza się w rwanym tempie (ruch jest skokowy, wyraźne przyspieszenia i hamowania), ponadto brak jest naturalnej interakcji pomiędzy łodzią a wodą, nie widać wspomnianego śladu torowego.

Dalej należy wskazać, że niezależnie od sposobu interpretacji podkryterium „realizm ruchu”, nawet gdyby uznać za prawidłową interpretację Odwołującego (z czym Izba się na zgodza z przyczyn opisanych we wcześniejszej części uzasadnienia) i odnosić realizm ruchu wyłącznie do postaci rybaków, to Zamawiający dokonując oceny oferty Odwołującego wprost wskazał również na brak naturalnej dynamiki ruchu postaci rybaków - mechaniczny ruch postaci (zob. protokół z posiedzenia komisji przetargowej z 27 sierpnia 2024 r.). W treści odwołania nie odniesiono się do szczegółów animacji, nie podważono wniosków Zamawiającego od strony merytorycznej, a jedynie powołano się na to, że Zamawiający – w oparciu o próbki złożone przez innych oferentów, które zdaniem Odwołującego nie były animacją – wyrobił sobie własny pogląd jak powinien wyglądać „realizm ruchu”. Odwołujący kwestionował także kompetencje osób oceniających próbki, zamiast odnieść się *stricto* do złożonej próbki animacji i wyjaśnić, dlaczego zdaniem Odwołującego ruch rybaków w animacji należało uznać za naturalny, płynny. Odwołujący ani nie omówił w sposób rzeczowy

i kompleksowy przyjętej techniki animacji, ani nie wskazał dlaczego niemożliwe miałyby być dokładniejsze odwzorowanie naturalnej dynamiki ruchu rybaków. Odwołujący jedynie załączył dwie opinie prywatne, z których jedna (opinia dr Grzegorza Rogali) w ogóle nie wyjaśnia motywów wyrażonej w opinii oceny, a zawiera jedynie stwierdzenie, że „realistyczny jest ruch postaci rybaków na łódce”. Druga opinia (dr Krzysztofa Przybyszewskiego), choć bardziej rozbudowana, odnosi się z kolei do okoliczności, na które w odwołaniu się nie powołano (jak np. technika wykonania animacji i szczegółowe elementy animacji). Izba wskazuje, że dowody przedstawia się w celu stwierdzenia faktów, z których strona lub uczestnik postępowania wywodzi skutki prawne. W konsekwencji w pierwszej kolejności należy przedstawić okoliczności faktyczne poparte stosowną argumentacją i dopiero następnie przedstawić dowody te okoliczności potwierdzające. Tymczasem Odwołujący – poza prostym zakwestionowaniem oceny Zamawiającego – nie przedstawił w odwołaniu żadnego merytorycznego uzasadnienia, dlaczego jego oferta powinna otrzymać maksymalną liczbę punktów w podkryterium „realizm ruchu”, dlaczego ruch rybaków w jego animacji należy uznać za realistyczny. Zamiast tego skupił się na kwestiach pobocznych, odnosząc się do kompetencji komisji przetargowej czy ofert innych wykonawców. Izba wskazuje, że złożone jako dowód opinie prywatne nie mogą zastępować podstaw faktycznych zarzutów. Ponadto tego rodzaju opinie, jako sporządzone na zlecenie strony, stanowią co najwyżej dowód tego, że osoby, które je podpisały wyraziły zawartą w opinii ocenę, a moc dowodową tych dokumentów Izba oceniła na znikomą.

Izba stwierdziła, że Odwołujący również podczas rozprawy nie przedstawił argumentacji, która podważyłaby ocenę Zamawiającego w zakresie podkryterium „realizm ruchu”. Odwołujący nie odniósł się do żadnych szczegółów swojej animacji. Tymczasem Zamawiający wyjaśnił na rozprawie na czym oparł swoje twierdzenia o mechanicznym ruchu postaci, wskazując m.in. na mały dynamizm ruchu postaci, brak ruchu jednego z rybaków w pierwszej fazie animacji, brak naturalnego kołysania postaci na łodzi, nienaturalny ruch nadgarstka osoby wiosłującej, etc. (szczegóły wypowiedzi na nagraniu protokołu rozprawy od 45:00 min. do 50:00 min.). Twierdzeń tych Odwołujący nie odparł. Izba zgodziła się z Zamawiającym, że w próbie Odwołującego w niektórych elementach zabrakło realizmu ruchu. Słusznie przy tym stwierdził Zamawiający, że natężenie oświetlenia w próbie animacji spowodowało, że szczegóły postaci były mało widoczne. I jakkolwiek zdaniem składu orzekającego samo natężenie światła czy kontrast nie podlegały ocenie w podkryterium „realizm ruchu”, to jednak utrudniały w pewien sposób dokonanie oceny realizmu ruchu samych postaci, co też wpłynęło negatywnie na odbiór animacji.

Wszystko powyższe doprowadziło Izbę do przekonania, że nie sposób odmówić decyzji Zamawiającego o nieprzyznaniu ofercie Odwołującego punktów w podkryterium „realizm ruchu” słuszności. Przy czym Izba podkreśla, że (podobnie jak Zamawiający) nie neguje faktu, że animacja została wykonana przez profesjonalistów i tworzy spójny, przyciągający obraz. Niemniej w kontekście samego realizmu ruchu zawiera ona pewne niedoskonałości, tymczasem to ta okoliczność podlegała ocenie w kryterium „Jakość”, w podkryterium „realizm ruchu”. Co bardzo istotne w przedmiotowej sprawie, ocena w ww. podkryterium następowała w sposób zerojedynkowy, co oznaczało, że dostrzeżenie mankamentów podważających realizm ruchu w próbie musiało skutkować nieprzyznaniem wykonawcy punktów. Powyższe potwierdza udzielona przez Zamawiającego w piśmie z 25 czerwca 2024 r. odpowiedź na pytanie nr 24 do SWZ, z której wynika, że częściowe spełnienie podkryterium będzie skutkowało przyznaniem 0 pkt. Zamawiający nie wprowadził skali kilkupunktowej, która być może pozwoliłaby w sposób bardziej miarodajny ocenić próbki w tym subiektywnym kryterium, niemniej kwestia ta nie była przedmiotem zaskarżenia na etapie kształtowania treści dokumentów zamówienia. Zamawiający zobowiązany był zatem trzymać się ustalonych w postępowaniu reguł oceny ofert.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 253 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak uzasadnienia faktycznego w zakresie przyznanych wykonawcy TRIAS AVI punktów w Kryterium: „Jakość” co uniemożliwia dokonanie weryfikacji poprawności oceny dokonanej przez Zamawiającego, w konsekwencji narusza zasadę przejrzystości i jawności postępowania o udzielenie zamówienia (zarzut nr 3).

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. W myśl art. 253 ust. 1 ustawy Pzp niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o: 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację, 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że stanowisko Odwołującego w odniesieniu do powyższego zarzutu było

niepójne. Odwołujący w *petitum* zarzutu wskazał jedynie na naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp w kontekście nieprzedstawienia uzasadnienia faktycznego dotyczącego oceny oferty wybranego wykonawcy (Przystępującego TRIAS AVI), z kolei w uzasadnieniu zarzutu wskazywał m.in. na brak zawarcia w zawiadomieniu o wyborze oferty uzasadnienia dla przyznania bądź nieprzyznania punktów poszczególnym wykonawcom w danym podkryterium. Jednocześnie Odwołujący nie postawił żadnego żądania, które odnosiłoby się do zarzutu naruszenia art. 253 ust. 1 ustawy Pzp, w szczególności nie domagał się nakazania Zamawiającemu przedstawienia uzasadnienia faktycznego dla dokonanej oceny ofert.

Dalej należy wskazać, że wbrew stanowisku Odwołującego Zamawiający w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej przedstawił uzasadnienie faktycznego w zakresie oceny ofert w ustalonych kryteriach, w tym podał ile punktów każda z ofert uzyskała w danym podkryterium. Z uwagi na zerojedynkowy mechanizm oceny oczywistym było, że przyznanie punktów było równoznaczne z uznaniem przez Zamawiającego, że próbka animacji spełnia wymagania podkryterium, a brak przyznania punktów, że próbka animacji nie spełnia wymagań, co zresztą zostało przez Zamawiającego wskazane w zawiadomieniu z dnia 2 października 2024 r. Przedstawiona w tym piśmie ocena korelowała z informacjami zawartymi w protokołach posiedzeń komisji przetargowej z 19 i 28 sierpnia 2024 r., do których wykonawcy również mieli dostęp, a w których przedstawiono szczegółowe powody nieprzyznania punktów w danych podkryteriach. Dokumenty te należało czytać kompleksowo. W ocenie Izby informacje przedstawione przez Zamawiającego w sposób wystarczający pozwalały poznać motyw jego decyzji. Pośrednio potwierdza to okoliczność, że Odwołujący w postępowaniu odwoławczym był w stanie wdać się w szeroko zakrojoną polemikę z oceną jego oferty dokonaną przez Zamawiającego.

Odnosząc się do kwestii przedstawienia uzasadnienia punktacji przyznanej ofercie wybranego wykonawcy, Izba stwierdziła, że Zamawiający w piśmie z 2 października 2024 r. przedstawił punktację przyznaną TRIAS AVI w każdym kryterium oceny ofert, z podziałem na poszczególne podkryteria, jak i łączną punktację. Wskazał także, że uznał, iż próbka animacji TRIAS AVI przedstawia realistycznie odwzorowaną wodę, przedstawia realizm ruchu, jak i przedstawia realizm okresu historycznego. Przy zerojedynkowym sposobie oceny próbek powyższe oznaczało, że próbka spełnia wymagania każdego z podkryteriów ustalonych w kryterium „Jakość”. Nie można zatem zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że Zamawiający nie przedstawił uzasadnienia w tym zakresie, Zamawiający przedstawił dostateczne podsumowanie dokonanej oceny (co do każdej z ofert). Natomiast okoliczność, że możliwość weryfikacji dokonanej przez Zamawiającego oceny oferty TRIAS AVI przez innych wykonawców była utrudniona, nie tyle wynikała z nieprzedstawienia przez Zamawiającego dostatecznego uzasadnienia, co z faktu, że próbka animacji została przez TRIAS AVI objęta tajemnicą przedsiębiorstwa. Kwestia skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa była przedmiotem sporu w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 3072/24 zainicjowanym przez innego wykonawcę (TDC Polska), który nie sprostął ciężarowi wykazania zasadności zarzutów dotyczących utajnienia próbki animacji TRIAS AVI, wobec czego Izba w wyroku z dnia 19 września 2024 r. przesądziła o skuteczności poczynionego przez TRIAS AVI zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

W konsekwencji zarzut nr 3 nie zasługiwał na uwzględnienie.

Za bezzasadne Izba uznała ponadto twierdzenia Odwołującego dotyczące zaniechania odrzucenia oferty TRIAS AVI jako niezgodnej z warunkami zamówienia (zarzut nr 4 i częściowo zarzut nr 1).

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi co do zasady wtedy, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w dokumentach zamówienia wymaganiom.

Stanowisko Odwołującego jest chybione z kilku powodów. Po pierwsze Odwołujący powołując się na niezgodność oferty TRIAS AVI z warunkami zamówienia nie wskazał żadnego postanowienia SWZ, z którym oferta ww. wykonawcy miałaby stać w sprzeczności. Po drugie Odwołujący pominął fakt, że próbka animacji w tym postępowaniu stanowiła przedmiotowy środek dowodowy służący potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert, tj. w kryterium „Jakość”. W konsekwencji ewentualne wadliwości dotyczące samej próbki powinny co do zasady skutkować nieprzyznaniem punktów w kryterium oceny ofert, a nie odrzuceniem oferty. Wreszcie po trzecie, przedstawione w odwołaniu uzasadnienie faktyczne zarzutu nr 4 w ogóle nie zawiera argumentów dotyczących niezgodności oferty TRIAS AVI z warunkami zamówienia.

Szczątkową argumentację dotyczącą niezgodności oferty TRIAS AVI z warunkami zamówienia można odnaleźć jedynie w części uzasadnienia zarzutu nr 1, gdzie Odwołujący odnosi się do rozumienia pojęcia animacji i wskazuje, że wykonawca na potrzeby stworzenia animacji nie mógł wykorzystać nagrania żywych osób na green screenie. Powyższe założenie przyjęte przez Odwołującego nie jest prawidłowe. Po pierwsze Odwołujący nie wskazał żadnego

postanowienia SWZ, z którego wynikałoby jak należy rozumieć pojęcie „animacji” i z którego można byłoby wywieść, że Zamawiający ograniczył w jakikolwiek sposób techniki sporządzenia filmu animowanego. Opis cech i sposobu przygotowania próbek wynikał z załącznika nr 3 do OPZ i jedynym wymogiem technicznym tam wskazanym było to, że plik ma być zapisany w rozdzielczości 2915x1200px (+/- 5%), w formacie MP4 (za pomocą kodeka .h264, 24 lub 25 klatek na sekundę zapisanych progresywnie, o przepływności nie mniejszej niż 30Mb/s). Zamawiający nie zdefiniował pojęcia „animacji” i brak było jakichkolwiek podstaw do zawężania jego zakresu w sposób, w jaki czynił to Odwołujący. Odwołujący nie wykazał, że wbudowanie w animację ruchów postaci nagranych na green screenie, powoduje, że cała próbka przestaje mieć cechy animacji, w szczególności zaś nie oparł swoich wniosków na treści dokumentów zamówienia. Odwołujący nie odparł też twierdzeń Przystępującego TRIAS AVI, że forma tworzenia animacji z wykorzystaniem nagrania aktorów na green screenie jest metodą powszechną wśród podmiotów profesjonalnie zajmujących się tworzeniem animacji. Zawarte w odwołaniu stwierdzenie, że „*nie stanowi animacji wbudowanie w animację realnych postaci*” jest wyłącznie wyrazem subiektywnego przekonania Odwołującego. Odwołujący co prawda powołał się na definicję pojęcia „animacja”, niemniej odmienne definicje przywołali jego przeciwnicy procesowi, co jedynie potwierdza, że pojęcie to może być różnie rozumiane, zależnie od kontekstu. W świetle braku zawarcia stosownej definicji w SWZ, jak i braku ograniczenia przez Zamawiającego możliwych technik tworzenia animacji, należało dopuścić szerokie rozumienie tego pojęcia. Wybór metod stosowanych w procesie tworzenia próbki animacji Zamawiający pozostawił w gestii wykonawców. Ewentualne wątpliwości w tym zakresie mogli oni rozwiązać składając wnioski o wyjaśnienie treści SWZ.

Niezależnie od powyższego należy wskazać, że Odwołujący swój wniosek o niezgodności oferty TRIAS AVI z warunkami zamówienia opierał wyłącznie na tym, że skoro tylko TRIAS AVI i wykonawca SLX otrzymali 7 pkt w podkryterium „realizm ruchu”, a wykonawca SLX wykorzystał w próbce nagrania żywych osób na green screenie, to oznacza, że również Przystępujący TRIAS AVI zastosował taką technikę. Tymczasem Izba wskazuje, że technika przyjęta przez jednego z wykonawców wcale nie oznacza, że inny wykonawca, który dostał maksymalną liczbę punktów w podkryterium również taką przyjął. Przystępujący w postępowaniu odwoławczym temu faktowi zaprzeczył, wskazując, że jego próbka nie została wykonana metodą nagrania aktorów na green screenie. Przy czym jak wskazano powyżej Zamawiający ani nie zdefiniował w SWZ pojęcia animacji, ani nie narzucał wykonawcom konkretnych technik przy ich tworzeniu, zatem brak jest podstaw do uznania, że taki czy inny sposób produkcji animacji byłby niezgodny z SWZ. Tym samym argumentacja zawarta w odwołaniu jest bezzasadna, a niezgodność oferty TRIAS AVI z warunkami zamówienia nie została wykazana.

Odnosząc się do wniosku Odwołującego o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu produkcji filmów i animacji na fakt:

- 1) określenia, czy próbki przedstawione przez wykonawców, w szczególności wykonawcę TRIAS AVI, w postępowaniu są animacjami w zakresie ruchów postaci;
- 2) realizmu ruchu przedstawionego w ramach próbki animacji przez Odwołującego w postępowaniu oraz porównania w tym zakresie próbek animacji przedłożonych przez wykonawców: TRIAS AVI, SLX;
- 3) określenie różnic w animacji ruchu pomiędzy tymi próbkami, ze wskazaniem czy jeżeli wystąpiły różnice, to czy były na tyle duże, że uzasadniały nieprzyznanie punktów w podkryterium „realizm ruchu” ofercie Odwołującego;

Izba wskazuje, że oddaliła ten wniosek na podstawie art. 541 ustawy Pzp, stwierdzając że dopuszczenie ww. dowodu prowadziłoby do nieuzasadnionej zwłoki w postępowaniu, a zgromadzony w sprawie materiał dowodowy był wystarczający dla rozstrzygnięcia.

Izba wskazuje, że pierwsza teza dowodowa, zgodnie z którą biegły miałby ocenić czy próbki przedstawione przez wykonawców są animacjami w zakresie ruchów postaci nie znajduje uzasadnienia, ponieważ została oparta na założeniu, że wbudowanie w animację realnych postaci (nagrania osób na green screenie) skutkuje brakiem możliwości uznania filmu za animację. Jak wskazano powyżej, założenie Odwołującego było błędne i nie znajdowało oparcia w treści SWZ, gdyż Zamawiający ani nie zdefiniował pojęcia animacji ani nie ograniczył technik, jakie wykonawcy mogli zastosować do stworzenia próbki animacji. Do oceny tej kwestii nie były wymagane wiadomości specjalne. W odniesieniu do drugiej tezy dowodowej Izba stwierdziła, że ocena realizmu ruchu przedstawionego w ramach próbki animacji złożonej przez Odwołującego, w okolicznościach stanu faktycznego tej sprawy, również nie wymagała wiadomości specjalnych. Jak wskazano we wcześniejszej części uzasadnienia wyroku, podkryterium „realizm ruchu” oceniane było w sposób zerojedynkowy, wobec czego nieprawidłowość wskazująca na brak realizmu ruchu określonego elementu skutkować musiała nieprzyznaniem punktów. Dostrzeżenie mankamentów podważających realizm ruchu w próbce animacji złożonej przez Odwołującego było możliwe bez zasięgnięcia wiedzy specjalnej, tym bardziej, że Odwołujący – nieprawidłowo zawężając zakres oceny w podkryterium „realizm ruchu” wyłącznie do postaci rybaków – nie zakwestionował stwierdzonego przez komisję przetargową braku naturalnej dynamiki ruchu łodzi i śladu torowego

łodzi. Odwołujący nie podjął też próby wyjaśnienia dlaczego stworzona przez niego próbka animacji powinna dostać maksymalną liczbę punktów w podkryterium „realizm ruchu”, nie odniósł się w ogóle do szczegółów animacji, nawet nie omówił sposobu przedstawienia w animacji postaci rybaków. Ponadto należy zauważyć, że wskazywanie przez Odwołującego na konieczność porównania przez biegłego próbek animacji przedłożonych przez wykonawców: TRIAS AVI, SLX z próbką Odwołującego nie znajduje uzasadnienia w świetle faktu, że – jak podnosił sam Odwołujący – przyznanie punktów ofertom za jakość animacji powinno być warunkowane wyłącznie spełnieniem ustalonych w SWZ wymagań, niezależnie od jakości próbek złożonych przez innych wykonawców. Podstawą przyznania punktów ofertom na gruncie postanowień SWZ nie powinno być porównanie próbek animacji różnych wykonawców, a spełnienie określonych w opisie kryteriów wymagań. Z analogicznego względu nie było uzasadnione wskazywanie przez Odwołującego na konieczność określenia przez biegłego różnic w animacji ruchu pomiędzy próbkami, ze wskazaniem czy jeżeli wystąpiły różnice, to czy były na tyle duże, że uzasadniały nieprzyznanie punktów w podkryterium „realizm ruchu” ofercie Odwołującego. W ocenie Izby zgromadzony w sprawie materiał dowodowy był wystarczający do rozstrzygnięcia sprawy i brak było podstaw do stwierdzenia, że niezbędne w tym zakresie są wiadomości specjalne. Tym samym przeprowadzenie wnioskowanego dowodu prowadziłoby do nieuzasadnionej przewlekłości postępowania.

Za nieuzasadniony Izba uznała ponadto wniosek Odwołującego o zobowiązanie Przystępującego TRIAS AVI do wskazania, jakimi technikami wykonał animację. Jak Izba stwierdziła powyżej, Zamawiający co do zasady nie ograniczał wykonawcom technik wykonania animacji składanych jako próbki, okoliczność ta nie miała zatem przełożenia na rozstrzygnięcie. Ponadto uwzględnienie ww. wniosku i przekazanie tych informacji Odwołującemu, prowadziłoby do naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa TRIAS AVI, której skuteczność zastrzeżenia została potwierdzona wyrokiem KIO z dnia 19 września 2024 r., sygn. akt KIO 3072/24.

Izba na podstawie art. 541 ustawy Pzp oddaliła również wniosek Zamawiającego o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka – p. Joanny Witulskiej, członka komisji przetargowej, uznając, że fakty będące przedmiotem tego dowodu zostały już stwierdzone innymi dowodami, a jego przeprowadzenie prowadziłoby do nieuzasadnionej przewlekłości postępowania. Ocena komisji przetargowej została wyrażona w dokumentach postępowania o udzielenie zamówienia, w tym odzwierciedlona w protokołach z posiedzenia komisji przetargowej, zatem przeprowadzenie wnioskowanego dowodu było zbędne. Zgromadzony w sprawie materiał dowodowy był wystarczający do stwierdzenia przez Izbę prawidłowości oceny próbki animacji Odwołującego przez Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu w części i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 1, § 7 ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a, b i d Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „Rozporządzenie”).

Zgodnie z art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Jak stanowi § 7 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części. Zgodnie z § 7 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia w takim przypadku Izba rozdziela wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła. Z kolei zgodnie z pkt 2 tego przepisu Izba rozdziela koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw.

Izba rozdzieliła koszty postępowania stosunkowo, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła. Odwołanie okazało się zasadne w zakresie jednego z pięciu zarzutów, czyli w 1/5 (zarzut nr 5) i bezzasadne w zakresie czterech z pięciu zarzutów, czyli w 4/5 (zarzuty nr 1-4), w konsekwencji czego kosztami postępowania obciążono Odwołującego i Zamawiającego w ww. proporcji.

Izba do kosztów postępowania zaliczyła kwotę 15 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 3 600 zł poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 1200 zł poniesioną przez zamawiającego

tytułem kosztów dojazdu oraz kwotę 68 zł poniesioną przez zamawiającego tytułem opłat skarbowych od pełnomocnictw. Łącznie wysokość kosztów postępowania odwoławczego wyniosła 23 468 zł. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18 600 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, podczas gdy odpowiadał za nie do wysokości 18 744,40 zł (4/5 z 23 468 zł). Zamawiający poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 4 868 zł, podczas gdy odpowiadał za nie do wysokości 4 693,60 zł (1/5 z 23 468 zł).

W konsekwencji Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 175 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Zamawiającego, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku, po zaokrągleniu w górę do pełnych złotych, zgodnie z § 7 ust. 6 Rozporządzenia.

Powyższe znalazło odzwierciedlenie w pkt 3 sentencji wyroku.

Przewodnicząca:.....