**Sygn. akt: KIO 1732/24**

**WYROK**

Warszawa, dnia 10 czerwca 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodnicząca:Izabela Niedziałek-Bujak**
**Protokolant: Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 czerwca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 maja 2024 r. przez Odwołującego – Wykonawcę **Polski Instytut Rozwoju Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Ministerstwo Klimatu i Środowiska**, ul. Wawelska 52/54, 00-922 Warszawa

przy udziale Przystępującego po stronie Zamawiającego – Wykonawcy **Izba Gospodarcza Energetyki i Ochrony Środowiska**, ul. Chałubińskiego 8, 00-613 Warszawa

**orzeka:**

1Oddala odwołanie.

2Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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:……**

**Sygn. akt: KIO 1732/24**

**U z a s a d n i e n i e**

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Ministerstwo Klimatu i Środowiska, w trybie podstawowym na *realizację szkoleń dla polskiego przemysłu pod kątem wykonywania prac dla energetyki jądrowej* (nr postępowania: BDGwzp-260/1/2024/DL), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15.02.2024 r., OJ S 33/2024 0096370, wobec czynności odrzucenia oferty własnej i zaniechania odrzucenia oferty Izby Gospodarczej Energetyki i Ochrony Środowiska (IGEiOŚ), wniesione zostało w dniu 17.05.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie Wykonawcy Polski Instytut Rozwoju Sp. z o.o. z/s w Warszawie (sygn. akt KIO 1732/24).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 226 ust. 1 pkt 7) w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji

2)art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia,

3)art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) i c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez IGEiOŚ w związku z niewykazaniem braku podstaw do wykluczenia

4)art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez IGEiOŚ ze względu na brak wykazania spełnienia przez ww. wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia,

5)z ostrożności art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione wezwanie IGEiOŚ do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci dowodu potwierdzającego należyte wykonanie usług wskazanych w II części wykazu usług (Załącznik nr 7 do SWZ), w pozycji nr 1, 3, 4, 5 i 6 wykonanych z inicjatywy i na rzecz IGEiOŚ oraz zaniechanie wezwania IGEiOŚ do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówień oraz zaświadczeń z KRK, na potwierdzenie odpowiednio spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej oraz braku podstaw do wykluczenia,

6)ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutów nr 1 i 2 – zaniechanie unieważnienia postępowania ze względu na brak ofert niepodlegających odrzuceniu.

W związku z powyższym wnoszę o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenia czynności badania i oceny

ofert z udziałem oferty Odwołującego, odrzucenia oferty wykonawcy IGEiOŚ, ewentualnie – w razie nieuwzględnienia zarzutów nr 1 i 2 – unieważnienia postępowania.

W uzasadnieniu do zarzutów nr 1 i 2 związanych z odrzuceniem oferty własnej Odwołujący odniósł się do uzasadnienia tej decyzji, w której Zamawiający wskazał, iż *przedstawiona przez PIR „wstępna koncepcja szkoleń", w znacznej części, jest tożsamej treści co koncepcja szkoleń, złożona przez innego Wykonawcę, w postępowaniu, o tym samym przedmiocie, prowadzonym w roku 2023*. Powyższe, zdaniem Zamawiającego, stanowiło podstawę odrzucenia oferty Odwołującego jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji oraz niezgodnej z warunkami zamówienia.

Złożenie przez Odwołującego wraz z ofertą wstępnej koncepcji szkoleń, nie stanowiło naruszenia autorskich praw majątkowych wykonawcy IGEiOŚ. Po pierwsze, zgodnie z art. 1 ust. 21 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych (dalej jako „PrAut"), nie są objęte ochroną odkrycia, idee, procedury, metody i zasady działania oraz koncepcje matematyczne. Oznacza to, że z zasady nie jest objęta ochroną prawnoautorską koncepcja organizacji szkoleń, stanowiąca w istocie opis procedury i metody organizacji szkoleń. Zresztą również sam sposób wyrażenia tychże metod i procedur wynikał z SWZ, na treści którego koncepcja szkoleń w zasadniczej części bazowała. Koncepcja Odwołującego, jakkolwiek inspirowana koncepcją realizowaną w ramach poprzedniego zamówienia, nie jest z nią tożsama. Na poparcie swojego stanowiska przywołał szereg orzeczeń dotyczących utworu w rozumieniu ustawy Prawo autorskie.

Gdyby nawet uznać, że ww. koncepcja szkoleń stanowi utwór w rozumieniu ustawy PrAut, nie sposób mówić o naruszeniu autorskich praw majątkowych wykonawcy IGEiOŚ, skoro zgodnie z umową o udzielenie zamówienia publicznego wszelkie autorskie prawa majątkowe do utworów wytworzonych przez tego wykonawcę w ramach wcześniejszej umowy z Zamawiającym, w tym koncepcji szkoleń, przeszły na Zamawiającego na podstawie §12 umowy. Oczywistym jest, że szczegółowa koncepcja szkoleń stanowi rozwinięcie wstępnej koncepcji (taki zresztą był sens złożenia wstępnej koncepcji, określającej sposób realizacji zamówienia). Skoro zatem wykonawca IGEiOŚ przeniósł na Zamawiającego wszelkie autorskie prawa majątkowe do szczegółowej koncepcji szkoleń (jak również materiałów szkoleniowych), wszelkie treści zawarte w tychże dokumentach stały się własnością Zamawiającego. Nie sposób zatem mówić o naruszeniu autorskich praw majątkowych IGEiOŚ do koncepcji szkoleń, skoro prawa te ww. wykonawcy nie przysługują.

W związku z nabyciem przez Zamawiającego autorskich praw majątkowych do koncepcji szkoleń, stanowią one obecnie „materiały urzędowe" w rozumieniu art. 4 pkt 2) ustawy PrAut, a tym samym nie podlegają ochronie prawnoautorskiej.

W świetle powyższego nie można uznać, że złożenie oferty przez Odwołującego stanowiło działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, gdyż stanowiło w istocie wykorzystanie informacji stanowiącej informację publiczną, mającej z definicji charakter otwarty, której dysponentem jest nie IGEiOŚ, lecz Zamawiający. Innymi słowy wzorowanie w określonym zakresie własnej koncepcji szkoleń na ww. informacjach nie może być w żadnym razie uznane za sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, gdyż na tym opiera się istota otwartego charakteru informacji publicznych będących w posiadaniu jednostek sektora publicznego.

Jednocześnie nie została wypełniona druga z przesłanek czynu nieuczciwej konkurencji, tj. zagrożenie lub naruszenie interesu innego przedsiębiorcy lub klienta.

Złożenie przez Odwołującego koncepcji szkoleń opartej na sprawdzonej wcześniej formule, miało na celu zaoferowanie Zamawiającemu oferty możliwie najlepszej pod względem ekonomicznym oraz pod względem sposobu realizacji. Zważywszy, że przedmiotowe zamówienie stanowi w istocie ponowienie poprzednich zamówień, co do realizacji których Zamawiający nie miał zastrzeżeń, niedorzeczne byłoby ograniczanie innym wykonawcom prawa do realizacji szkoleń w oparciu o podobne schematy czy metody. W żadnym miejscu SWZ nie zakazuje przy tym wykonawcom realizacji zamówienia w sposób analogiczny do poprzednich zamówień, zaś – jak wspomniano – IGEiOŚ nie może rościć sobie prawa do wykorzystanych wcześniej dokumentów oraz organizacji szkoleń. Działania Odwołującego, mające na celu uzyskanie zamówienia poprzez złożenie oferty korzystniejszej, obejmując uznany przez Zamawiającego we wcześniejszych postępowaniach sposób realizacji zamówienia, nie może być bynajmniej poczytywany jako działanie mające na celu wyeliminowanie innego przedsiębiorcy.

Za bezpodstawne należy również uznać odrzucenie oferty Odwołującego z powodu jej rzekomej niezgodności z SWZ. Ustawa Pzp nie zna bowiem instytucji odmowy oceny dokumentu dołączonego do oferty z powodu naruszenia autorskich praw majątkowych. Jak wskazuje Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty: *Pomimo, że PIR złożył wraz z ofertą wymagany dokument, to nie pozwala on na dokonanie oceny, gdyż prawa autorskie do części ocenianej, w ramach kryteriów, przysługują innemu Wykonawcy*. Zamawiający nie wskazał przy tym podstaw prawnych takiego działania.

Nie ulega wątpliwości, że ustawa Pzp nie przewiduje fikcji w postaci uznania danego dokumentu za niezłożony ze względu na domniemane naruszenia aktorskich praw majątkowych. Odrzucenie oferty z tej przyczyny nie może się zatem ostać jako rażąco sprzeczne z przepisami ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu nr 3 Odwołujący wskazał, iż Wykonawca IGEiOŚ nie złożył informacji z KRK dotyczących członków Komisji Rewizyjnej oraz Biura Izby. Nie ulega wątpliwości, że Komisja Rewizyjna stanowi organ nadzorczy, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, a zatem wykonawca zobowiązany był do złożenia informacji z KRK dotyczących członków tego organu.

Jednocześnie, zgodnie z § 23 ust. 1 Statutu IGEiOŚ, do bieżącego kierowania pracą Izby, Zarząd powołuje jako organ wykonawczy Biuro Izby, którym kieruje Dyrektor Generalny. Wobec braku legalnej definicji organu zarządzającego w rozumieniu art. 108 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, pojęcie to należy interpretować przez pryzmat art. 57 Dyrektywy klasycznej, zgodnie z którym obowiązek wykluczenia wykonawcy ma zastosowanie również w przypadku, gdy osoba skazana prawomocnym wyrokiem jest członkiem organów administracyjnych, zarządzających lub nadzorczych tego wykonawcy lub posiada w tych organach uprawnienia do reprezentowania, uprawnienia decyzyjne lub kontrolne.

Zgodnie z art. 38 kc osoby prawne działają przez swoje organy w sposób przewidziany w ustawie i w opartym na niej statucie. Organami zarządzającymi będą zatem organy wyposażone w kompetencje pozwalające na kierowanie działalnością danej osoby prawnej, a także prowadzeniem jej bieżących spraw.

Ponadto Odwołujący zakwestionował doświadczenie wskazane w wykazie usług wynikające z prac realizowanych na własną rzecz, jako nie mogących potwierdzać spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Usługi wymienione w załączniku nr 7 do SWZ w części I pozycja nr 10, oraz usługi wymienione w części II pt. w pozycjach nr 1, 3, 4, 5 i 6 zostały zorganizowane z inicjatywy i na rzecz Izby Gospodarczej Energetyki i Ochrony Środowiska (IGEOS) czyli IGEOS była jednocześnie Zamawiającym i Wykonawcą wskazanych usług, i tym samym podmiotem, który bezpośrednio usługi zlecił i odebrał. Ustawa Pzp definiuje usługi jako świadczenia, którego immanentnym elementem jest istnienie drugiej strony stosunku zobowiązaniowego. Również pojęcie „zamówienia" odnosi się do odpłatnej umowy.

Z ostrożności, w przypadku uznania ww. zarzutu za przedwczesny, Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione wezwanie do złożenia dowodu potwierdzającego należyte wykonanie ww. „usług" własnych. Jednocześnie na wypadek, gdyby zarzuty nr 3 i 4 okazały się przedwczesne, Odwołujący zarzuca Zamawiającemu zaniechanie wezwania IGEiOŚ do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie informacji z KRK oraz wykazu zamówień wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonani, w szczególności w zakresie min. 5 seminariów lub warsztatów lub szkoleń, z których każde obejmowało zagadnienia techniczne dotyczące polskiego przemysłu z obszaru energetyki konwencjonalnej (energetyki węglowej lub energetyki gazowej) lub w sektorze chemicznym lub w sektorze petrochemicznym lub w sektorze prac budowlanych lub w sektorze usług projektowych i w każdym brało udział co najmniej 50 osób z przedsiębiorstw produkcyjnych lub projektowych lub budowlano-Montażowych.

Na wypadek nieuwzględnienia zarzutów nr 1 i 2, dotyczących odrzucenia oferty Odwołującego sformułował zarzut zaniechania unieważnienia postępowania wobec braku ofert niepodlegających odrzuceniu.

Zamawiający poinformował wykonawców o czynnościach stanowiących podstawę zarzutów w dniu 07.05.2024 r.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca – IGEiOŚ. Przystępujący odniósł się w piśmie do podstawy zarzutów wskazując na ich bezzasadność.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości (pismo z 04.06.2024 r.).

**Stanowisko Izby**

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.).

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym swz, a także stanowiska stron i Przystępującego po stronie Zamawiającego prezentowane w pismach oraz ustnie na rozprawie.

**Izba ustaliła i zważyła.**

Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest zaplanowanie, przygotowanie i realizacja szkoleń oraz innych działań stymulujących dla polskiego przemysłu pod kątem wykonywania prac dla cywilnej energetyki jądrowej, których głównym celem jest podniesienie kompetencji polskiego przemysłu w obszarze wymagań jakościowych,

biznesowych oraz technicznych, specyficznych w cywilnej energetyce jądrowej dla możliwie pełnego włączenia w realizację PPEJ oraz w światowe łańcuchy dostaw. Szczegółowe warunki, jak i opis przedmiotu zamówienia Zamawiający ujął we wzorze umowy wraz z załącznikami. Realizacja szkoleń odbywać się będzie w siedmiu częściach. W ramach pierwszej części wykonawca opracuje szczegółową koncepcję szkoleń, która będzie musiała uzyskać akceptację Zamawiającego. Zamawiający wskazał w OPZ na obszary tematyczne szkoleń.

Zamówienie to stanowi kontynuację cyklu szkoleń, jakie miała miejsce w 2023 r. po rozstrzygnięciu przetargu, w którym udział brali obecni wykonawcy.

Zamawiający w pkt 5.2.4 swz wprowadził warunki dotyczące zdolności technicznej, wymagając od wykonawców wykazania, że

*5.2.4.1) w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie)* ***zorganizował* min. 5 seminariów lub warsztatów lub szkoleń****, z których każde obejmowało swą tematyką zagadnienia techniczne dotyczące* ***polskiego przemysłu z obszaru energetyki jądrowej w sektorze budowlanym lub w sektorze elektrycznym lub sektorze mechanicznym i w każdym z nich brało udział co najmniej 40 osób z przedsiębiorstw produkcyjnych lub projektowych lub budowlanomontażowych***

*oraz*

*w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie)* ***zorganizował* min. 5 seminariów lub warsztatów lub szkoleń****, z których każde obejmowało zagadnienia techniczne dotyczące* ***polskiego przemysłu z obszaru energetyki konwencjonalnej (energetyki węglowej lub energetyki gazowej) lub w sektorze chemicznym lub w sektorze petrochemicznym lub w sektorze prac budowlanych lub w sektorze usług projektowych i w każdym brało udział co najmniej 50 osób z przedsiębiorstw produkcyjnych lub projektowych lub budowlanomontażowych***

*wraz z podaniem ich przedmiotu (w tym liczby uczestników), dat wykonania i podmiotów, na rzecz których zamówienia te zostały wykonane oraz załączy dowody, że wskazane zamówienia zostały wykonane należycie.*

**poprzez organizację seminarium lub warsztatu lub szkolenia Zamawiający rozumie działania polegające na przygotowaniu pod względem merytorycznym spotkania, tj. w szczególności przygotowanie materiałów, dobór ekspertów lub prelegentów prowadzących spotkanie, z wyłączeniem działań obejmujących obsługę techniczno – logistyczną organizowanych spotkań.*

Wraz z ofertą wykonawcy składali aktualne na dzień składania ofert oświadczenie w formie JEDZ, a na wezwanie Zamawiającego dokumenty wskazane w pkt 6.2 swz, w tym m.in.:

*6.2.1* ***Informacji z Krajowego Rejestru Karnego****– sporządzonej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem - w zakresie określonym:*

*a) w art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy,*

*b) art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy, dotyczącej orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego;*

*6.2.2 odpisu lub informacji z* ***Krajowego Rejestru Sądowego****lub z* ***Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej****, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy, sporządzonych nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji;*

*6.2.7* ***Wykazu zamówień*** *wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu (w tym liczby uczestników), dat wykonania i podmiotów, na rzecz których zamówienia te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, określających czy te zamówienia zostały wykonane należycie, sporządzonego zgodnie z* ***załącznikiem nr 7*** *do SWZ;*

*Dowodami potwierdzającymi czy zamówienia zostały wykonane należycie są: referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego zamówienia były wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane. Jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy.*

Zgodnie z rozdziałem 8 wraz z ofertą należało złożyć dokumenty na potrzeby przyznania punktów w kryteriach, o których mowa w rozdziale 13 swz, tj. wstępną koncepcję szkoleń, wstępną koncepcję pakietów e-lerningowych, wstępną koncepcję warsztatów technicznych, zawierające wszystkie elementy pozwalające na dokonanie oceny zgodnie z kryteriami z pkt 13.3, 13.4 i 13.5 swz (pkt 8.14.6).

Zgodnie z uwagą:

*Wstępna koncepcja szkoleń, wstępna koncepcja pakietów e-learningowych oraz wstępna koncepcja warsztatów technicznych, o których mowa w pkt 8.14.6) powinny być spójne z wytycznymi zawartymi w Załączniku nr 1 - wzór umowy*

*wraz ze Szczegółowym Opisem Przedmiotu Zamówienia.**Ponadto ww. dokumenty powinny zawierać elementy wyszczególnione Załączniku nr 1 do wzoru umowy (SOPZ) w punkcie nr VI.1, VI.2. oraz VI.3 i umożliwić dokonanie oceny w każdym z podkryteriów.***

***UWAGA!***

***1) Jeżeli oferta nie będzie zawierała dokumentów, o których mowa w pkt 8.14.6) lub wymaganych w nich elementów pozwalających na dokonanie oceny, to taka oferta zostanie odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy jako niezgodna z warunkami zamówienia (dokumenty nie będą podlegały uzupełnieniu).***

W rozdziale 13 swz Zamawiający określił sześć kryteriów oceny ofert, tj. cena (38 pkt), wstępna koncepcja szkoleń (8 pkt), wstępna koncepcja pakietów e-lerningowych (11 pkt), wstępna koncepcja warsztatów technicznych (13 pkt), dodatkowe doświadczenie ekspertów wskazanych w warunkach udziału w postępowaniu w pkt 5.2.5.1, 5.2.5.3, 5.2.5.4 (8 pkt), dodatkowe doświadczenie ekspertów wskazanych w warunkach udziału w postępowaniu w pkt 5.2.5.5 (22 pkt).

W odniesieniu do „Wstępnej koncepcji Szkoleń" Zamawiający ustalił wytyczne oceny, w której możliwe było otrzymanie 8 pkt:

***a) Spójność koncepcji Szkoleń – czyli stopień spójności****koncepcji, powiązania pomiędzy poszczególnymi zagadnieniami. Maksymalna liczba punktów jaką może uzyskać oferta: ocena 1 – 5* x waga 0,4 =* ***maksymalnie 2 punkty***

***b) Szczegółowość Wstępnych Programów Szkoleń,****czyli do jakiego poziomu szczegółowości będą prezentowane wszystkie zagadnienia techniczne, biznesowe oraz dotyczące aspektów kultury i jakości przemysłu jądrowego. Maksymalna liczba punktów jaką może uzyskać oferta: ocena 1 – 5* x waga 0,4 =* ***maksymalnie 2 punkty.***

***c) Adekwatność Szkoleń dla polskiego przemysłu****– czyli w jakim stopniu proponowane szkolenia będą przydatne dla polskiego przedsiębiorstwa – jego właściwości technicznych, organizacyjnych i ekonomicznych przy uwzględnieniu aktualnego prawodawstwa UE i polskiego prawodawstwa. Maksymalna liczba punktów jaką może uzyskać oferta: ocena 1 – 5* x waga 0,4 =* ***maksymalnie 2 punkty.***

*d)* ***Dodatkowe elementy merytoryczne*** *(w zakresie wymagań technicznych lub organizacyjnych lub biznesowych w sektorze jądrowym, które nie zostały przedstawione w pkt. VI.1 SOPZ****uwzględnione przez Wykonawcę we wstępnym programie szkoleń*** *Za każdy zaproponowany element, o którym mowa powyżej można otrzymać 0,4 pkt, łącznie* ***nie więcej niż 2 punkty*** *w tym podkryterium.*

W dniu 22.03.2024 r. Zamawiający dokonał otwarcia dwóch złożonych w postępowaniu ofert.

Pismem z dnia 27.03.2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty wskazując, że złożona w ofercie „wstępna koncepcja szkoleń" jest dokumentem o tożsamej treści ze złożoną koncepcja przez Izbę Gospodarczą Energetyki i Ochrony Środowiska (IGEiOŚ) w postępowaniu prowadzonym w roku 2023. Zamawiający stwierdził zgodność dokumentów w zakresie tekstu (kolejność, układ graficzny), jak i w zakresie zawartości merytorycznej koncepcji szkoleń, tj. zaproponowanych elementów dodatkowych szkoleń oraz wykazu przepisów, norm i standardów w energetyce jądrowej, które to elementy stanową kluczowy element oceny oferty w ramach kryteriów. Dodatkowo w dokumencie złożonym przez Odwołującego znalazły się skopiowane elementy z oferty IGEiOŚ z 2023 r., które szczególnie budzą wątpliwość Zamawiającego w zakresie posiadanych praw autorskich. Zamawiający oczekiwał informacji od Odwołującego, czy nabył od Wykonawcy IGEiOŚ autorskie prawa majątkowe do ww. koncepcji szkoleń. Jeśli tak, to w jakim terminie i na jakich polach eksploatacji?. Zamawiający wskazał, iż w przypadku braku złożenia wyjaśnień lub złożenia wyjaśnień potwierdzających, że Wykonawca nie posiada autorskich praw majątkowych do złożenia wstępnej koncepcji szkoleń, oferta zostanie odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Ustawy, jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający zwrócił się również do Wykonawcy IGEiOŚ o wyjaśnienie, czy przekazane zostały prawa majątkowe do koncepcji szkoleń złożonej w ofercie w 2023 r., a jeżeli tak, to o wskazanie nazwy podmiotu, któremu zostały przekazane, w jakim terminie i na jakich polach eksploatacji.

Odwołujący złożył wyjaśnienia w piśmie z 29.03.2024 r. zaprzeczając stwierdzeniu, jakoby złożona w ofercie koncepcja była tożsama z koncepcją IGEiOŚ złożoną w postępowaniu prowadzonym w 2023 r. Wykonawca wskazał na przykładowe różnice do wybranego fragmentu z koncepcji IGEiOŚ:

*„Szkolenie zostanie przeprowadzone w ramach dwóch takich samych sesji:*
*pierwsza – w listopadzie 2023 r.*
*druga – w grudniu 2023 r.*
*Szkolenie będzie trwało 42 h w ramach jednej sesji szkoleniowej w tym 8 h w postaci pakietów e-learningowych.*
*Szkolenie e-learningowe zostanie przeprowadzone w tygodniu poprzedzającym szkolenie stacjonarne i będzie dostępne*

*do momentu, w którym uczestnik przejdzie przez wszystkie moduły i pytania testowe zatrzymując je w dowolnym czasie. Z kolei szkolenie stacjonarne będzie trwało 5 dni (od poniedziałku do piątku) po 6-7 h wykładowych dziennie od godz. 8.00 do 16:00 – 17:00 wliczając w to przerwy kawowe i obiadowe."*

Z kolei oferta PIR (Odwołującego):

*„Każda z sesji szkoleniowej będzie trwała 42 h w tym 8 h w postaci pakietów e-learningowych.*

*Dla każdej z powyższych grup docelowych (przedsiębiorstwa budowlane, przedsiębiorstwa elektryczne, przedsiębiorstwa mechaniczne) uwzględnione zostaną po 2 identyczne czterdziestodwugodzinne sesje szkoleniowe. Każda z tych sesji, w poszczególnym obszarze tematycznym zawierać będzie formułę interaktywną, tj. umożliwiać zadawanie pytań. Całość pakietów e-learningowych oraz min. 6 godzin z pozostałych szkoleń (w formule stacjonarnej) prowadzone będą w całości przeprowadzone w języku polskim.*

*Szkolenie zostanie przeprowadzone w ramach dwóch takich samych sesji:*

*pierwsza – w październiku 2024 r.*

*druga – w listopadzie 2024 r.*

*Jako pierwsze przeprowadzone zostaną szkolenia e-learningowe w tygodniu poprzedzającym szkolenie stacjonarne (łącznie w wymiarze 8 godzin). Następnie przeprowadzone zostaną szkolenia merytoryczne stacjonarne (łącznie w wymiarze 32 godzin) oraz egzamin kończący (łącznie w wymiarze 2 godzin). Sesje szkoleniowe realizowane będą w wymiarze 5 dni (od poniedziałku do piątku) w przedziałach czasowych uzależnionych od danego bloku szkoleniowego."*

Co do skopiowanej treści dotyczącej udziału konsorcjanta Łukasiewicz – Instytut Spawalnictwa przyznał, iż wskazanie na „konsorcjantów" mogło zostać użyte niewłaściwie, mając na myśli „wykonawcę".

Odnośnie pytania o nabyte prawa majątkowe, Wykonawca wskazał, iż wykracza ono poza prowadzone postępowanie, a działania Zamawiającego kwestionował, jako mogące prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

IGEiOŚ w piśmie z 2.04.2024 r. odpowiedział Zamawiającemu, iż nie przekazywał żadnej osobie trzeciej autorskich prawa majątkowych do koncepcji szkoleń złożonej wraz z ofertą w postępowaniu prowadzonym w 2023 r., a jedynym podmiotem, który uzyskał od Izby autorskie prawa majątkowe do koncepcji szkoleń jest Zamawiający.

Zamawiający wezwał pismem z 24.04.2024 r. IGEiOŚ do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Wykonawca złożył dokumenty, w tym zaświadczenia z KRK oraz załącznik nr 7 – wykaz usług zrealizowanych z podziałem na część I – dot. energetyki jądrowej i część II – dot. energetyki konwencjonalnej, petrochemii, budowlanej. W wykazie opisane zostały szkolenia, w tym w cz.I realizowane m.in. na rzecz Zamawiającego (pięć szkoleń), a w cz. II – szkolenia, których odbiorcami byli członkowie IGEiOŚ (sześć szkoleń) i jedno realizowane na rzecz Akademii Górniczo-Hutniczej im. Stanisława Staszica w Krakowie. Wraz z wykazem złożone zostały referencje od podmiotów, na rzecz których szkolenia zostały wykonane (cz. I, pkt 2, 4, 5, 11 oraz cz. II – pkt 7).

Zamawiający pismem z 07.05.2024 r. poinformował o wyniku postępowania, w którym najkorzystniejszą wskazana została oferta IGEiOŚ. Jednocześnie Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy. W uzasadnieniu Zamawiający odniósł się do treści „wstępnej koncepcji szkoleń" złożonej przez Odwołującego, która w znacznej części jest tożsamej treści co koncepcja złożona przez IGEiOŚ w przetargu prowadzonym w 2023 r, którą Wykonawca pozyskał w postępowaniu przetargowym przy udostępnieniu oferty.

*Zdaniem Zamawiającego posiadanie dokumentu, udostępnionego na podstawie art. 74 ust. 1 ustawy Pzp, nie uprawnia PIR do złożenia go, jako własnej koncepcji, w celu uzyskania punktów w prowadzonym postępowaniu.*

*Działanie należy uznać za szczególnie nieuprawnione, gdyż autor koncepcji potwierdził, że autorskie prawa majątkowe do tego utworu nie zostały przekazane żadnemu podmiotowi czy też osobie.*

*Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.*

*Działanie PIR, polegające na złożeniu wraz z ofertą dokumentu, do którego autorskie prawa majątkowe przysługują innemu Wykonawcy, wpisuje się w powyższą definicję.*

*Zamawiający, przygotowując dokumentację postępowania, opisał kryteria oceny ofert w sposób rzetelny, w dobrej wierze, z założeniem uczciwych praktyk rynkowych, mając na względzie, że Wykonawcy wskażą autorskie projekty oparte na własnych pomysłach.*

*W SWZ wskazano jednoznacznie, że „jeżeli oferta nie będzie zawierała dokumentów, o których mowa w pkt 8.14.6)* ***lub wymaganych w nich elementów pozwalających na dokonanie oceny, to taka oferta zostanie odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy, jako niezgodna z warunkami zamówienia (dokumenty nie będą podlegały uzupełnieniu).***

*Pomimo, że PIR złożył wraz z ofertą wymagany dokument, to nie pozwala on na dokonanie oceny, gdyż prawa autorskie do części ocenianej, w ramach kryteriów, przysługują innemu Wykonawcy.*

**Izba zważyła**

**Odwołanie podlega oddaleniu w całości.**

Zarzuty podniesione w odwołaniu podzielić można na dwie grupy, dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego oraz badania i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W zakresie podstaw odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający w informacji o odrzuceniu wskazał na przepisy art. 226 ust. 1 pkt 7 i 5 Ustawy, dla których wspólną okolicznością było stwierdzenie, iż Wykonawca załączył do oferty „wstępną koncepcję szkoleń", której treść w znacznej części jest tożsama z koncepcją złożoną przez IGEiOŚ w przetargu prowadzonym w 2023 r, którą Wykonawca pozyskał w postępowaniu przetargowym w drodze udostępnienia treści oferty. *Zdaniem Zamawiającego posiadanie dokumentu, udostępnionego na podstawie art. 74 ust. 1 ustawy Pzp, nie uprawnia PIR do złożenia go, jako własnej koncepcji, w celu uzyskania punktów w prowadzonym postępowaniu (...) Pomimo, że PIR złożył wraz z ofertą wymagany dokument, to nie pozwala on na dokonanie oceny, gdyż prawa autorskie do części ocenianej, w ramach kryteriów, przysługują innemu Wykonawcy.*
*Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.*
*Działanie PIR, polegające na złożeniu wraz z ofertą dokumentu, do którego autorskie prawa majątkowe przysługują innemu Wykonawcy, wpisuje się w powyższą definicję.*

W odwołaniu Wykonawca kwestionując zasadność decyzji o odrzuceniu oferty podkreślał, iż nie można uznać, że złożenie oferty przez Odwołującego stanowiło działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, gdyż stanowiło w istocie wykorzystanie informacji stanowiącej informację publiczną, mającej z definicji charakter otwarty, której dysponentem jest nie IGEiOŚ, lecz Zamawiający (na którego przeniesione zostały autorskie prawa majątkowe do koncepcji szkoleń). Innymi słowy wzorowanie w określonym zakresie własnej koncepcji szkoleń na ww. informacjach nie może być w żadnym razie uznane za sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, gdyż na tym opiera się istota otwartego charakteru informacji publicznych będących w posiadaniu jednostek sektora publicznego.
Jednocześnie nie została wypełniona druga z przesłanek czynu nieuczciwej konkurencji, tj. zagrożenie lub naruszenie interesu innego przedsiębiorcy lub klienta.

Izba oddaliła w tym zakresie odwołanie uznając, iż zachodziła podstawa do odrzucenia oferty Odwołującego z art. 226 ust. 1 pkt 7 Ustawy, jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wprawdzie Izba nie przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, iż działanie polegające na skopiowaniu i złożeniu jako własnej „wstępnej koncepcji szkoleń" pozyskanej z oferty IGEiOŚ z przetargu prowadzonym w roku 2023, naruszało autorskie prawa majątkowe, to stanowiło to jednak zachowanie sprzeczne z dobrymi obyczajami zagrażające, lub naruszające interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

W sprawie nie budziło sporu, iż Odwołujący dokonując niewielkich zmian w całości skorzystał z dokumentu opracowanego na potrzeby oferty IGEiOŚ, a „wstępna koncepcja szkoleń" miała istotne znaczenie dla oceny oferty. Nie tylko bowiem dokument ten oceniany był w kryterium, co pozwalało uzyskać punkty, ale co wydaje się mieć szczególne znaczenie, ewentualne błędy merytoryczne mogły prowadzić do odrzucenia oferty. Zgodnie bowiem z uwagą w rozdziale 8 swz, w sytuacji, gdy oferta takiego dokumentu nie zawiera lub „wstępna koncepcja szkoleń" nie zawiera elementów pozwalających na dokonanie oceny, to taka oferta podlegać miała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy, jako niezgodna z warunkami zamówienia (dokument ten nie podlegał uzupełnieniu).

Mając na uwadze uzasadnienie zarzutów 1 i 2, należy podkreślić, iż Odwołujący nie kwestionował tego, iż „wstępna koncepcja szkolenia" została przez niego sporządzona na podstawie dokumentu złożonego w 2023 r. w przetargu, do którego dostęp uzyskał w trybie dostępu do oferty IGEiOŚ. Odwołujący nie przedstawił również żadnych okoliczności, które zaprzeczałyby twierdzeniu, iż dokument, jaki przedłożył w swojej ofercie jest kopią z drobnymi zmianami wynikającymi, m.in. z opisu przedmiotu zamówienia. Jednocześnie nie budziło również kontrowersji, iż w treści znajdują się takie same błędy stylistyczne i treść nieadekwatna do oferty Odwołującego, którą złożył samodzielnie, a nie w konsorcjum. Zasadniczo argumentacja w odwołaniu sprowadzała się do wywodów prawnych na temat tego, co może być utworem i podlegać ochronie na podstawie przepisów ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, jak również znaczenia, jakie dla oceny oferty miało mieć przeniesienie autorskich praw majątkowych do „koncepcji szkolenia" opracowanej w ramach realizowanej umowy przez IGEiOŚ.

Odnosząc się zatem do tak postawionych zarzutów naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 i 5 Ustawy Izba uznała, iż potwierdzenie znajduje w okolicznościach niniejszej sprawy uznanie przez Zamawiającego, iż oferta złożona została w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, rozumianego na gruncie przepisów art. 3 uznk, jako zachowanie sprzeczne z dobrymi obyczajami zagrażające, lub naruszające interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Tym samym skuteczne podważenie podstawy odrzucenia oferty dotyczące naruszenia praw autorskich, nie miało znaczenia dla oceny oferty Odwołującego i stwierdzenia, że jej złożenie wypełniało znamiona czyn nieuczciwej konkurencji.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do stanowiska Zamawiającego, iż Wykonawca naruszyć miał prawa autorskie do „koncepcji szkolenia" należy wskazać, iż dokument ten nie stanowił treści ofert IGEiOŚ, udostępnionej Odwołującemu w przetargu, gdyż został sporządzony dopiero na etapie wykonania umowy, jako część zamówienia, co do której prawa autorskie zostały przeniesione na Zamawiającego. Nie jest on również znany Odwołującemu, chociaż podejmował kroki w celu jego poznania w trybie dostępu do informacji publicznej, na co wskazywał w trakcie swojej wypowiedzi na rozprawie i w piśmie skierowanym do akt sprawy odwoławczej, już po zamknięciu rozprawy. Nie można zatem twierdzić, iż mógł naruszyć autorskie prawa majątkowe do utworu, wskazując wyłącznie na dokument, który był załączony do oferty i był ogólną koncepcją wymagającą doprecyzowania i uszczegółowienia w ramach zamówienia publicznego.

W ocenie składu orzekającego, również samo skopiowanie „wstępnej koncepcji szkolenia" nie stanowiło o naruszeniu praw autorskich, gdyż zgodnie z ustawą o prawie autorskim i prawach pokrewnych ochroną prawną może być objęty wyłącznie sposób wyrażenia, a nie są objęte ochroną odkrycia, idee, procedury, metody i zasady działania oraz koncepcje matematyczne (art. 1 ust. $2^1$). Sam Przystępujący IGEiOŚ wskazując na cechy utworu, jakim miała być „wstępna koncepcja szkoleń" z 2023 r. odnosił się do szczegółowych rozwiązań dotyczących sposobu zorganizowania szkoleń i egzaminów, ale także w „tchnieniu ducha" w te elementy dzieła, które materializowały się podczas odbywania spotkań i seminariów. Opis ten, w ocenie składu orzekającego, uzasadnia przyjęcie, iż „wstępna koncepcja szkoleń", stanowiła faktycznie zarys – projekt organizacji cyklu szkoleń, uwzględniający wytyczne samego Zamawiającego opisane w dokumentacji postępowania, które wymagały następnie rozwinięcia w szczegółowej koncepcji stanowiącej już element zamówienia publicznego. W ocenie składu orzekającego nie stanowiło to utworu w rozumieniu przepisów ustawy PrAut, w szczególności nie zawierało opracowanego materiału szkoleniowego. Z wypowiedzi stron i uczestnika na rozprawie wynika, iż wstępna koncepcja służyć miała Zamawiającemu do sprawdzenia, czy wykonawca wie jak zamierza zorganizować i przeprowadzić cykl szkoleń, co zasadniczo wpisuje się w koncepcję organizacji szkolenia. Stanowiła zarysowany sposób realizacji zamówienia, którego cechy i szczegóły znalazły wyraz dopiero w koncepcji szczegółowej.

W tym zakresie z dorobku orzecznictwa sądowego wynika podstawowy wniosek, iż cechą utworu podlegającego z mocy prawa ochronie jest zindywidualizowany i twórczy charakter. Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 20 grudnia 2006 r., sygn. akt I ACa 672/06 oceniał koncepcję organizacji imprezy (targów), jako utworu w rozumieniu prawa autorskiego. Dokonując oceny Sąd odnosił się do oryginalności koncepcji organizacji imprezy, która w branży reklamowej powszechnie ma miejsce w wielu krajach. Jej przeniesienie na grunt krajowy, nie stanowiło w ocenie Sądu jakiejś oryginalnej koncepcji. „Pomysł organizacji takiej imprezy jest koncepcją na tyle ogólną, że nie może być uważany za twórczy, indywidulany i oryginalny oraz by praktyczne wykorzystanie tej idei przez inny podmiot stanowić mogło czyn nieuczciwej konkurencji czy przejaw naruszenia praw autorskich (...) Jest bowiem oczywiste, że przedmiot niematerialny, określony jako koncepcja organizacji jakiejś imprezy (nie stanowiąca przy tym przedmiotu uregulowania z art. 1 ust. 1 pkt 1 i 2 Prawa własności przemysłowej) aby mogła w ogóle – w razie jej naruszenia, wykorzystania przez inny podmiot – podlegać ochronie na podstawie przepisów prawa, w tym i ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – nie może mieć charakteru ogólnego pomysłu i być jedynie powieleniem powszechnie funkcjonujących w rzeczywistości idei i projektów lecz powinna mieć charakter nowatorski i oryginalny". Cytując za wyrokiem Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 10 maja 2013 r. (sygn. akt IC 1879/12): „Początkiem ochrony dzieła jest uzewnętrznienie (ekspresja) będące warunkiem powstania dzieła. Dotyczy to również idei (koncepcji), która zaczyna istnieć z chwilą jej konkretyzacji, tj. nadania jej odpowiedniej formy".

Przenosząc powyższe na grunt wstępnej koncepcji szkolenia, skład orzekający uznał, iż miała ona ogólny charakter, podyktowany również wymaganiami opisanymi przez Zamawiającego co do zakresu czasowego i merytorycznego szkoleń i nie prezentowała formy szkoleń w postaci materiałów szkoleniowych opisujących sam pomysł na przedstawienie tematu szkoleń. Koncepcja szkolenia nie przyjęła zatem żadnej wyrażonej na zewnątrz formy. W świetle powyższego zachowanie Odwołującego nie kwalifikowało się zatem do uznania, iż prowadziło do naruszenia prawa autorskiego.

Jednocześnie wymagało rozważenia, czy samo zachowanie Wykonawcy, który faktycznie skopiował część oferty IGEiOŚ opracowanej w poprzednim postępowaniu w elemencie, który stanowił przedmiot oceny w tym i poprzednim

postępowaniu przetargowym, może być ocenione jako naruszające dobre obyczaje. Zamawiający wskazał na ten aspekt w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego w zdaniu: *Zamawiający, przygotowując dokumentację postępowania, opisał kryteria oceny ofert w sposób rzetelny, w dobrej wierze, z założeniem uczciwych praktyk rynkowych, mając na względzie, że Wykonawcy wskażą autorskie projekty oparte na własnych pomysłach.* Odwołujący natomiast tłumaczył wykorzystanie opracowania IGEiOŚ w swojej ofercie charakterem publicznym tego opracowania, do którego prawa majątkowe miały przejść na Zamawiającego.

W ocenie składu orzekającego uzasadnionym jest stwierdzenie, iż zachowanie Odwołującego było sprzeczne z dobrymi obyczajami.

Z jednej strony skopiowanie pomysłu organizacji szkolenia samo w sobie budzi naturalny sprzeciw podmiotu, który jako pierwszy przedstawił w formie opisu pewien zarys organizacji szkolenia obrazujący jego indywidualne przygotowanie i umiejętność odpowiedzi na oczekiwania Zamawiającego. Jednak tym co skłania do uznania czynności naśladownictwa za naruszającej dobre obyczaje, jest w badanej sprawie kontekst tego zachowania. W szczególności należy wskazać, iż na gruncie prowadzonej procedury przetargowej, mającej na celu wyłonienie oferty najkorzystniejszej, stosowanie takich praktyk oznacza naruszenie uczciwości w relacjach gospodarczych, które wymagają składania ofert w oparciu o własne założenia i koncepcje, a nie koncepcje konkurujących o to samo zamówienie podmiotów. Ideą przetargu publicznego jest bowiem uzyskanie ofert od podmiotów działających na rynku sporządzonych samodzielnie i wyrażających indywidulane warunki realizacji. Przepisy Ustawy nakazują ochronę ofert przed ich ujawnieniem do czasu publicznego otwarcia, co ma na celu zachowanie uczciwych warunków przetargu. Zachowanie Odwołującego polegające na złożeniu jako własnej wstępnej koncepcji szkolenia opracowanej przez konkurenta w poprzedniej procedurze przetargowej, w ocenie składu orzekającego, nie może być traktowane jako sporządzenie oferty własnej, stanowiącej wyraz indywidualnych zdolności ocenianych w procedurze przetargowej w celu wyłonienia oferty najkorzystniejszej. Odwołujący nie wykazał, aby złożona w ofercie wstępna koncepcja rozwijała w jakimkolwiek merytorycznym elemencie opracowanie z 2023 r., co stanowiło w zasadzie potwierdzenie stanowiska Zamawiającego, iż opracowanie to zostało skopiowane z opracowania z 2023 r. IGEiOŚ. Dokonanie zmian wyłącznie w zakresie proponowanych dat szkoleń oraz tych wynikających z różnic zakresu godzinowego pomiędzy poszczególnymi blokami tematycznymi, nie stanowi o tym że Odwołujący przygotował własną koncepcję organizacji szkoleń. Wskazuje na to również wypowiedź Odwołującego, w której przekonywał, iż nie było możliwości rozszerzenia koncepcji na inne obszary z uwagi na tożsamy zakres zamówienia z procedowanym w 2023 r., co pozostawało w sprzeczności z treścią pozostałych ofert złożonych w obecnym postępowaniu, w tym ofertą IGEiOŚ, zawierającą szerszy zakres materiałów.

Dokonując oceny zachowania Wykonawcy należało uwzględnić znaczenie tego dokumentu przy ocenie składanych ofert. Zgodnie z swz, oceniana miała być:

*a) Spójność koncepcji Szkoleń – czyli stopień spójności koncepcji, powiązania pomiędzy poszczególnymi zagadnieniami.*
*b) Szczegółowość Wstępnych Programów Szkoleń, czyli do jakiego poziomu szczegółowości będą prezentowane wszystkie zagadnienia techniczne, biznesowe oraz dotyczące aspektów kultury i jakości przemysłu jądrowego.*
*c) Adekwatność Szkoleń dla polskiego przemysłu – czyli w jakim stopniu proponowane szkolenia będą przydatne dla polskiego przedsiębiorstwa – jego właściwości technicznych, organizacyjnych i ekonomicznych przy uwzględnieniu aktualnego prawodawstwa UE i polskiego prawodawstwa.*
*d) Dodatkowe elementy merytoryczne (w zakresie wymagań technicznych lub organizacyjnych lub biznesowych w sektorze jądrowym, które nie zostały przedstawione w pkt. VI.1 SOPZuwzględnione przez Wykonawcę we wstępnym programie szkoleń.*
Wskazane powyżej elementy merytoryczne koncepcji miały zatem wyróżniać oferty i pozwalać ocenić Zamawiającemu przygotowanie wykonawcy do realizacji szkolenia. Samo skopiowanie materiału innego podmiotu, z którym Odwołujący nie składa oferty, prowadzić musiało do uznania, iż Wykonawca nie włożył żadnego wkładu pracy w opracowanie koncepcji, podpisując się pod koncepcją innego podmiotu.

Izba podziela w tym zakresie stanowisko wskazane w odpowiedzi na odwołanie Sądu Okręgowego w Warszawie (sygn. XXII GW 258/22), iż badając czy doszło do naruszenia dobrych obyczajów, oceniając zachowanie wykonawcy należy uwzględnić cel, użyte środki i konsekwencje przedsiębranych działań.

Nie było spornym, iż w poprzednim, jak i obecnym postępowaniu wstępna koncepcja stanowiła element oceny ofert, wymagający wkładu merytorycznego wykonawcy. Nie było również kwestionowane, iż wstępna koncepcja opracowana przez IGEiOŚ w 2023 r. uzyskała wyższą ocenę, od tej jaką uzyskała koncepcja Odwołującego. Sam Odwołujący przyznał, iż składając obecnie w ofercie wstępną koncepcję uwzględniał to jak została ona oceniona przez

Zamawiającego w przetargu z 2023 r., chociaż nie akcentował kwestii uzyskanych punktów, ale pozytywny wydźwięk oceny koncepcji opracowanej przez konkurenta. Okoliczności te skłaniają zatem do wniosku, iż celem skorzystania z gotowego opracowania złożonego w roku 2023 r. było uzyskanie pozytywnej oceny, bez wysiłku i pracy, jakiej wymagałoby od Odwołującego przygotowanie własnej koncepcji wstępnej. Takie działanie nie wymagało od Odwołującego w zasadzie żadnych nakładów pracy (poza zmianą danych wynikających z obecnego swz), a pozwalałoby uzyskać pozytywną ocenę, na co liczył Odwołujący. Powyższe uzasadnia ocenę działania Wykonawcy, jako naruszającego dobry obyczaj, rozumiany w tej sprawie, jako samodzielne przygotowanie treści dokumentu ocenianego w kryteriach oceny ofert, czego efektem może być uzyskanie zamówienia publicznego. Wykorzystanie pracy wykonanej przez konkurującego o to samo zamówienie podmiotu, w sposób jaskrawy pokazuje, iż dążenie do złożenia oferty korzystniejszej nie było efektem rzeczywistego wkładu intelektualnego Wykonawcy i jego przygotowania merytorycznego. Odwołujący nie pokusił się nawet o poprawienie błędów stylistycznych występujących w pierwotnej koncepcji z 2023 r., co również wskazuje na niski poziom zaangażowania w opracowanie tego materiału. Powyższe dodatkowo wskazuje, iż ocenie podlegać miałaby praca IGEiOŚ, a profity przypaść miałyby Odwołującemu w ramach oceny jego oferty. Ponieważ oba podmioty ubiegają się o to samo zamówienie, przyjęcie praktyki Odwołującego jako dopuszczalnej uzasadniałoby dokonanie oceny naruszającej interesy drugiego wykonawcy, jak i samego Zamawiającego, który ustalając kryteria oceny ofert oczekiwał wyłonienia oferty najkorzystniejszej. Niezależnie bowiem od tego jaką ilość punktów mogłaby uzyskać przedstawiona w 2024 r. wstępna koncepcja IGEiOŚ, wykonawca ma prawo oczekiwać, iż ocenie poddane zostaną oferty w elemencie wyróżniającym same podmioty i pozwalającym ocenić ich rzeczywiste zdolności organizacyjne i przygotowanie do wykonania zamówienia. Również w interesie Zamawiającego było poddanie ocenie opracowania własnego każdego z wykonawców, prezentujących sposób realizacji jaki został przeanalizowany w zestawieniu z obecnym zakresem zamówienia, a nie odwzorowany. Ponieważ dokument ten nie podlegał uzupełnieniu, a jego brak lub niedostateczna treść mogła prowadzić do odrzucenia oferty, skopiowanie dokumentu opracowanego przez inny podmiot i złożenie w ofercie jako własnego opracowania podlegającego ocenie w kryterium oceny ofert, stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 Uznk. Było bowiem działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami, zagrażającym lub naruszającym interes IGEiOŚ lub klienta (Zamawiającego).

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, iż oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu również na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy, jako niezgodna z warunkami zamówienia. Wprawdzie Zamawiający w swz przewidział, iż brak dokumentu ocenianego w kryterium, lub złożenie dokumentu bez elementów pozwalających na dokonanie oceny, prowadzić miał do odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia, to w okolicznościach opisanych w decyzji o odrzuceniu oferty, taka podstawa nie zaistniała. Wykonawca złożył dokument, a zatem nie można przyjąć pewnej fikcji o jego braku, co zresztą podważałoby zasadność odrzucenia oferty, jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. To złożenie jako własnej wstępnej koncepcji szkoleń stanowiącej odwzorowanie opracowania IGEiOŚ oceniane było, jako naruszające dobre obyczaje, a zatem dokument złożony w ofercie był podstawą odrzucenia oferty Odwołującego. Skoro Zamawiający nie stwierdził również, aby nie zawierał on elementów pozwalających na dokonanie oceny w kryterium, to nie ziściła się również ta podstawa do uznania oferty za niezgodną z warunkami zamówienia. Powyższe nie prowadziło jednak do uwzględnienia odwołania, gdyż oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Ustawy, a zatem naruszenie Zamawiającego zasad oceny i uznania oferty Odwołującego za niezgodną z warunkami zamówienia, nie miało wpływu na wynik postępowania. Na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 Ustawy Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

**Izba oddaliła również zarzuty dotyczące oceny i badania oferty wybranej (zarzuty nr 3, 4 i 5).**

W zakresie zarzutu nr 3 Odwołujący wskazał, iż Wykonawca IGEiOŚ nie złożył informacji z KRK dotyczących członków Komisji Rewizyjnej oraz Biura Izby, do czego był zobowiązany na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 2 Ustawy. Ponadto Odwołujący zakwestionował doświadczenie wskazane w wykazie usług IGEiOŚ wynikające z prac realizowanych na własną rzecz, jako nie mogących potwierdzać spełnienia warunku udziału w postępowaniu (część I, poz. 10 oraz część II poz. 1-6). Z ostrożności, w przypadku uznania ww. zarzutów za przedwczesne, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 128 ust. 1 Ustawy poprzez nieuprawnione wezwanie do złożenia dowodu potwierdzającego należyte wykonanie ww. „usług" własnych oraz zaniechanie wezwania IGEiOŚ do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie informacji z KRK oraz wykazu zamówień wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonani, w szczególności w zakresie min. 5 seminariów lub warsztatów lub szkoleń, z których każde obejmowało zagadnienia techniczne dotyczące polskiego przemysłu z obszaru energetyki konwencjonalnej (energetyki węglowej lub energetyki gazowej) lub w sektorze chemicznym lub w sektorze petrochemicznym lub w sektorze prac budowlanych lub w sektorze usług projektowych i w każdym brało udział co najmniej 50 osób z przedsiębiorstw produkcyjnych lub projektowych lub budowlano-montażowych.

Izba oddaliła zarzuty w całości uznając złożone przez IGEiOŚ podmiotowe środki dowodowe za prawidłowe i potwierdzające brak podstaw do wykluczenia z postępowania oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W zakresie zaświadczeń KRK Odwołujący wskazał na przepis art. 108 ust. 1 pkt 2 Ustawy określający podstawy wykluczenia z postępowania dla sytuacji, w których *urzędującego członka organu zarządzającego lub nadzorczego (...) prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 1.* Odwołujący identyfikował jako organ zarządzający izby gospodarczej biuro Izby, a jako organ nadzorczy komisję rewizyjną, co miało uzasadniać żądanie złożenia informacji z KRK dla osób zasiadających w tych organach. W ocenie składu orzekającego Odwołujący w sposób nieuprawniony przypisał wskazanym organom funkcje zarządcze/nadzorcze. Zgodnie z KRS nr 0000091912, zarząd w Izbie sprawują osoby wskazane, dla których złożone zostały informacje z KRK. Zgodnie z § 24 statutu komisja rewizyjna jest organem kontrolującym wykonywanie uchwał Zgromadzenia oraz prawidłowego prowadzenia gospodarki finansowej i zarządzanie majątkiem spółki. Ponieważ uprawnienia komisji rewizyjnej nie mają charakteru władczego w stosunku do Zarządu, w tym komisja nie ma prawa powoływania i odwoływania członków Zarządu, prawa zawieszania w czynnościach z ważnych powodów, a Zarząd nie jest obowiązany uzyskać zgody komisji przed dokonaniem oznaczonych czynności, uprawnienia komisji mają charakter kontrolny, a nie nadzorczy. Opis strukturalny organizacji izb gospodarczych opisany został w materiale opracowanym przez Marcina Jurewicza: „Izby gospodarcze, będąc formą decentralizacji administracji publicznej w sferze gospodarczej, reprezentują środowisko przedsiębiorców wobec organów władzy publicznej. Decentralizacja określa system organizacyjny administracji publicznej, w którym poszczególne podmioty administrujące posiadają wyraźnie oznaczone kompetencje, ustalone bądź przekazywane przez wyższe organy w drodze ustawowej, spełniane samodzielnie i podlegające w tym zakresie wyłącznie nadzorowi organów kompetentnych, którego kryterium stanowi zgodność z prawem działań podmiotów zdecentralizowanych[1]. Izby gospodarcze funkcjonują na podstawie przepisów ustawy z dnia 30 maja 1989 r. o izbach gospodarczych2 (dalej – uig) oraz stosowanej uzupełniająco do izb gospodarczych ustawy z dnia 7 kwietnia 1989 r. – Prawo o stowarzyszeniach3 (dalej – ups) (...).Izby gospodarcze charakteryzują się strukturą organizacyjną liniowo-sztabową[6], w której działają zespolone hierarchicznymi więziami służbowymi komórki liniowe (walne zgromadzenie – prezes – prezydium zarządu – zarząd – dyrektor biura – biuro) i uzupełniające ich aktywność organy funkcjonalne – sztaby (sekcje, stałe bądź doraźne komisje). Podział pracy w izbach gospodarczych jest dokonywany według funkcji: uchwałodawczej (walne zgromadzenie), wykonawczej (zarząd), kontrolnej (komisja rewizyjna) i jurysdykcyjnej (sąd koleżeński). Izby gospodarcze, funkcjonując na podstawie wyrażonej w art. 5 ust. 1 uig i w art. 2 ust. 2 ups cechy samorządności, są organizacjami cechującymi się niskim stopniem sformalizowania w uig i usp ustroju – organizacyjną elastycznością funkcjonowania (...) Administracyjne organy nadzorujące – minister właściwy ze względu na przedmiot działania izby lub wojewoda właściwy dla siedziby izby – mogą posługiwać się uprawnieniami kontrolnymi, z wyłączeniem ewentualności władczego wywierania wpływu na aktywność izb gospodarczych. Jedynie sądy jako organy charakteryzujące się niezależnością od pozostałych władz i niezawisłością sędziów, rozstrzygające zgodnie z zasadami: dwuinstancyjności, udziału ławników w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości i jawności, posiadają kompetencje władcze wobec izb gospodarczych." („Ustrój prawny izb gospodarczych – propozycje jego usprawnienia", Studia Prawno-Ekonomiczne, t. LXXIX, 2009 PL ISSN 0081-6841 s 125–138).

Powyższy opis wskazuje, iż nie ma podstaw do traktowania komisji rewizyjnej jako organu sprawującego nadzór nad działalnością izby gospodarczej, a biura izby jako organu zarządzającego, w rozumieniu przepisów prawa.

Odnosząc się dalej do doświadczenia w realizacji usług spełniających warunki udziału w postępowaniu Odwołujący kwestionował możliwość przyjęcia doświadczenia w realizacji szkoleń na rzecz zrzeszonych w izbie członków.

Zamawiający wymagał potwierdzenia doświadczenia obejmującego organizację *w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie):*

*- min. 5 seminariów lub warsztatów lub szkoleń, z których każde obejmowało swą tematyką zagadnienia techniczne dotyczące polskiego przemysłu z obszaru energetyki jądrowej w sektorze budowlanym lub w sektorze elektrycznym lub sektorze mechanicznym i w każdym z nich brało udział co najmniej 40 osób z przedsiębiorstw produkcyjnych lub projektowych lub budowlanomontażowych* (pkt 5.2.4.1 – cz.I);

*- min. 5 seminariów lub warsztatów lub szkoleń, z których każde obejmowało zagadnienia techniczne dotyczące polskiego przemysłu z obszaru energetyki konwencjonalnej (energetyki węglowej lub energetyki gazowej) lub w sektorze chemicznym lub w sektorze petrochemicznym lub w sektorze prac budowlanych lub w sektorze usług projektowych i w każdym brało udział co najmniej 50 osób z przedsiębiorstw produkcyjnych lub projektowych lub budowlanomontażowych* (pkt 5.2.4.1 – cz. II).
*wraz z podaniem ich przedmiotu (w tym liczby uczestników), dat wykonania i podmiotów, na rzecz których zamówienia te*

*zostały wykonane oraz załączy dowody, że wskazane zamówienia zostały wykonane należycie.*

W pierwszej kolejności należy podnieść, iż opis warunków dla cz. I i cz. II nie ograniczał możliwości powołania się na to samo szkolenie, seminarium lub warsztat, jeżeli jego tematyka obejmowała oba tematy wskazane w opisie warunku, dla wykazania spełnienia obu warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający określając warunki w zakresie wiedzy determinował ich zakres tematyką i ilością uczestników. Nie było zatem podstaw do formułowania dalej idących kryteriów, np. co do ilości godzin poświęconych danej tematyce w ramach jednego szkolenia. Tym samym wnioski prezentowane przez Odwołującego o potrzebie identyfikacji zakresu szkolenia przez sam tytuł, bez analizy tematyki, nie były uzasadnione.

Zamawiający w ramach badania oferty IGEiOŚ wezwał pismem z 29.04.2024 r. do wyjaśnienia i uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego – dowodu potwierdzającego należyte wykonanie usług wskazanych w cz. II wykazu wykonanych z inicjatywy i na rzecz Izby Gospodarczej Energetyki i Ochrony Środowiska. W złożonym oświadczeniu brak było jednoznacznego potwierdzenia, że wskazane szkolenia, w poz. 1,3,4,5,6 zostały wykonane należycie.

Wykonawca IGEiOŚ odpowiedział w piśmie z 29.04.2024 r. i załączył uzupełnione oświadczenie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przesłał dowody obejmujące szkolenia, realizowane przez IGEiOŚ na jego rzecz i wskazane w cz. I wykazu, poz. 1, 3, 6, 9, 12 (agendy webinariów i szkoleń).

W ocenie składu orzekającego złożone podmiotowe środki dowodowe potwierdzały spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie opisanym w swz, pkt 5.2.4.1, cz. I i cz. II. Izba przyjęła argumenty Zamawiającego o możliwości weryfikacji tego doświadczenia z uwagi na merytoryczny zakres szkoleń, a nie sam opis tematyki wskazany w tabeli z podziałem na szkolenia o tematyce z obszaru energetyki jądrowej oraz konwencjonalnej. W swz nie ma zastrzeżenia o braku możliwości powoływania się na szkolenia obejmujące oba zakresy tematyczne dla wykazania warunków dotyczących cz. I i cz. II. Zamawiający oceniając spełnienie warunku mógł uwzględnić zakres tematyczny szkoleń wskazanych w cz. I, co do którego Odwołujący skutecznie nie podważył dowodów złożonych na rozprawie, a znanych Zamawiającemu, jako odbiorcy tych szkoleń. Ponieważ obejmowały one zagadnienia techniczne dotyczące polskiego przemysłu z obszaru energetyki konwencjonalnej, przedstawione w ramach omówienia innych zagadnień z obszaru energetyki jądrowej, szkolenia opisane w cz. I mogły być uwzględnione również na potrzeby wykazania spełnienia warunku dla cz. II.

Ponadto, nie można wyłącznie w oparciu o stwierdzenie, iż Wykonawca był organizatorem szkoleń na rzecz zrzeszonych członków Izby, iż takie szkolenie nie odbyło się, nie zostało zrealizowane, a podmiot nie posiada na tej podstawie doświadczenia. Kwestia potwierdzenia należytej realizacji ma znaczenie wtórne dla ustalenia tych okoliczności. W sytuacji, gdy odbiorca usługi jest jednocześnie organizatorem wystawianie sobie referencji w zasadzie prowadzi do tego samego co oświadczenie, którym wykonawca potwierdza samodzielnie należyte wykonanie usługi. Takie oświadczenie zostało uzupełnione na wezwanie Zamawiającego, a jego prawdziwość nie została przez Odwołującego podważona.

W świetle powyższego oddaleniu podlegał również zarzut nr 6 – zaniechania unieważnienia postępowania z uwagi na brak ofert niepodlegających odrzuceniu.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.
O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 w zw. z § 8 ust. 2 poz. 2437).
Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis w wysokości 15.000 zł i obciążyła nimi w całości Odwołującego.

**Przewodnicząca:……..…..**