

WYROK

z dnia 30 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Beata Konik

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie 26 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 9 października 2023 roku przez odwołującego **Ć. i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Dyrektora Urzędu Morskiego w Szczecinie**, przy udziale wykonawcy „**JZP Kancelaria Adwokacka**” **J.-Z., Z.-P., Z. i Partnerzy spółki partnerskiej z siedzibą w Katowicach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 i art. 16 ustawy Pzp i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie na bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy „**JZP Kancelaria Adwokacka**” **J.-Z., Z.-P., Z. i Partnerzy spółki partnerskiej z siedzibą w Katowicach** zawartych w piśmie z 8 września 2023 r.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i Zamawiającego każdego z nich po połowie i:
 - 3.1. 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 oraz **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą.

- 3.2. Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę **5 700 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy siedemset złotych zero groszy) stanowiącą po dokonaniu potrącenia kwoty należnej Zamawiającemu, koszt poniesiony przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:

UZASADNIENIE

Dyrektor Urzędu Morskiego w Szczecinie, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn.: „Przeprowadzenie prac dla umożliwienia transportu wodnego do Portu Zewnętrznego w Świnoujściu.”, nr postępowania: PO-II.2600.3.23.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.).

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 4 lipca 2023 r., nr 2023/S 126-401321.

W postępowaniu tym wykonawca Ć. i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) 9 października 2023 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec wyboru oferty najkorzystniejszej i oceny tej oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, wyrażające się w przyznaniu Wykonawcy JZP KANCELARIA ADWOKACKA J. Z. Z. P. Z. I PARTNERZY SPÓŁKA PARTNERSKA zwanego dalej „Wykonawcą JZP”, 40 punktów w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert pn. doświadczenie Prawnika Wiodącego (DPW) oraz Doświadczenie Zastępcy Prawnika Wiodącego nr 1 (ZPW1) i Doświadczenie Zastępcy Prawnika Wiodącego nr 2 (ZPW2), mimo, że nie wszystkie osoby skierowane do realizacji zamówienia przez Wykonawcę JZP wykonały ponad dwie usługi opisane w treści tych kryteriów, a tym samym dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy, którego oferta nie została wybrana zgodnie z przepisami ustawy Pzp i która nie jest ofertą rzeczywiście najkorzystniejszą;
- 2) art. 128 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp wyrażające się w zaniechaniu wezwania Wykonawcy JZP do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w postaci Wykazu osób, w sytuacji w której opisane tam doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdz. 10 ust. 3 pkt 4 lit. b SWZ z uwagi na fakt, że nie wszystkie

osoby wskazane w treści tego Wykazu, posiadają doświadczenie tam opisane, a tym samym, dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy, którego oferta nie została wybrana zgodnie z przepisami ustawy Pzp;

- 3) art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), zwanej dalej „ustawą ZNK” w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 i art. 16 ustawy Pzp polegające na:
 - a) uznaniu, że wyjaśnienia ceny oferty wraz z załącznikami złożone przez Wykonawcę JZP, odpowiednio w dniu 8 września 2023 r. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy JZP w sytuacji w której Wykonawca JZP w rzeczywistości nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w szczególności nie wykazał, że informacje te nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo, że nie są łatwo dostępne dla takich osób i nie wykazał, aby podjął działania w celu utrzymania ich w poufności, co stanowiło nieprawidłową ocenę przez Zamawiającego skuteczności oświadczenia Wykonawcy JZP o zastrzeżeniu jego wyjaśnień ceny oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa, skutkującą w konsekwencji zaniechaniem udostępnienia Odwołującemu tych wyjaśnień wraz z załącznikami;
 - b) wyborze jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy JZP z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wobec uniemożliwienia Odwołującemu – na skutek uchybień, o których mowa w lit. a – weryfikacji prawidłowości przeprowadzenia przez Zamawiającego badania, czy oferta Wykonawcy JZP nie zawiera ceny rażąco niskiej.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- b) powtórzenie badania i oceny ofert w tym: uznanie, że doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia nie pozwala na przyznanie 40 pkt w ramach kryteriów oceny ofert pn. Doświadczenie Prawnika Wiodącego (DPW) oraz Doświadczenie Zastępcy Prawnika Wiodącego nr 1 (ZPW1) i Doświadczenie Zastępcy Prawnika Wiodącego nr 2 (ZPW2), uznanie za bezskuteczne w całości zastrzeżenia przez Wykonawcę JZP jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień ceny oferty wraz z załącznikami (tj. informacji zawartych odpowiednio w piśmie z dnia 8 września 2023 r. wraz z załącznikami),
- c) udostępnienie w całości wyjaśnień Wykonawcy JZP z dnia 8 września 2023 r. Odwołującemu wraz z załącznikami;

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę. Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, bowiem złożył w Postępowaniu ofertę, która nie została odrzucona i może potencjalnie zostać wybraną jako najkorzystniejszą (obecnie plasuje się na drugim miejscu w rankingu ofert). Następnie Odwołujący wskazał, że pierwsza grupa naruszeń zarzucanych Zamawiającemu związana jest z oceną oferty Wykonawcy JZP, w szczególności w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz na gruncie pozacenowych kryteriów oceny ofert. Prawidłowa ocena ofert w tym zakresie powodowałaby, że za ofertę najkorzystniejszą należałoby uznać ofertę Odwołującego, co odzwierciedla jego interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody. Ponadto Odwołujący wskazał, że kwestionowane zaniechanie Zamawiającego z zakresu oceny zastrzeżenia wyjaśnień ceny oferty Wykonawcy JZP jako tajemnicy przedsiębiorstwa, pozbawiło Odwołującego możliwości zbadania poprawności czynności Zamawiającego związanych z badaniem i oceną oferty Wykonawcy JZP pod kątem jej rażącego zaniżenia.

Ad doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia

Odwołujący wskazał, że zgodnie z opisem warunku udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdz. 10 ust. 3 pkt 4 lit. b SWZ, Zamawiający zastrzegł, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy skierują do wykonania zamówienia:

- 1) Prawnika Wiodącego, posiadającego m.in. doświadczenie w obsłudze prawnej co najmniej 2 (dwóch) kontraktów inwestycji budowlanej w tym jeden kontrakt współfinansowany ze środków z funduszy Unii Europejskiej oraz drugi kontrakt świadczony na rzecz zamawiającego w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych o wartości minimum 200.000.000 zł (słownie: dwieście milionów złotych 00/100), brutto (równowartość tej kwoty) każdy, świadczony w sposób ciągły przez okres co najmniej 12 miesięcy;
- 2) Dwóch prawników sprawujących funkcję Zastępców Prawnika Wiodącego posiadających: m.in. doświadczenie w obsłudze prawnej co najmniej 2 (dwóch) kontraktów inwestycji budowlanej w tym jeden kontrakt współfinansowany ze środków funduszy Unii Europejskiej oraz drugi kontrakt świadczony na rzecz zamawiającego w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych o wartości minimum 150.000.000 zł (słownie: sto pięćdziesiąt milionów złotych 00/100), brutto (równowartość tej kwoty) każdy, świadczony w sposób ciągły przez okres co najmniej 12 miesięcy każdy.

Następnie Odwołujący wyjaśnił, że w Kryteriach oceny ofert Doświadczenie Prawnika Wiodącego (DPW) oraz Doświadczenie Zastępcy Prawnika Wiodącego nr 1 (ZPW1) i

Doświadczenie Zastępcy Prawnika Wiodącego nr 2 (ZPW2), Zamawiający postanowił premiować multiplikację doświadczenia wymaganego w celu wykazania spełnienia ww. warunku.

Odwołujący wskazał, że do realizacji zamówienia Wykonawca JZP skierował 3 osoby, w tym:

- 1) P. R. Z. – Prawnika Wiodącego;
- 2) P. J. J. – Z. – zastępcę Prawnika Wiodącego;
- 3) P. A. Z. – P. – zastępcę Prawnika Wiodącego.

Odwołujący wyjaśnił, że wraz z ofertą, Wykonawca JZP złożył formularz stanowiący załącznik nr 1b do SWZ – Pozacenowe Kryteria Oceny Ofert, w którym jako doświadczenie ww. osób skierowanych do realizacji zamówienia wskazał doświadczenie nabyte w związku ze świadczeniem pomocy prawnej na rzecz GDDKiA Oddział we Wrocławiu (pkt 1-5).

Odwołujący wyjaśnił, że uznając, że poza opisanym wyżej doświadczeniem, osoby skierowane do realizacji zamówienia w roli Prawnika Wiodącego oraz Zastępcy Prawnika Wiodącego posiadają doświadczenie przy świadczeniu pomocy prawnej w ramach realizacji dwóch innych inwestycji, Zamawiający przyznał Wykonawcy JZP łącznie 40 pkt w ramach omawianego kryterium.

Odwołujący wskazał, że na ww. doświadczenie, Wykonawca JZP powołał się również w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. 10 ust. 3 pkt 4 lit. b SWZ, składając na wezwanie Zamawiającego odpowiedni Wykaz osób. Zamawiający, na podstawie przedmiotowego Wykazu uznał, że Wykonawca JZP wykazał spełnienie wspomnianego warunku.

Odwołujący podniósł następnie, że z informacji jakie posiada Odwołujący wynika jednak, że nie wszystkie osoby skierowane do realizacji zamówienia posiadały opisane wyżej doświadczenie nabyte w związku ze świadczeniem pomocy prawnej na rzecz GDDKiA we Wrocławiu. Oznacza to po pierwsze, że Wykonawca JZP niesłusznie otrzymał w związku z powołaniem się m.in. na to doświadczeniem 40 pkt w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert Doświadczenie Prawnika Wiodącego (DPW) oraz Doświadczenie Zastępcy Prawnika Wiodącego nr 1 (ZPW1) i Doświadczenie Zastępcy Prawnika Wiodącego nr 2 (ZPW2) oraz, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy ocenił Wykaz osób złożony przez tego wykonawcę celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. 10 ust. 3 pkt 4 lit. b SWZ.

W ocenie Odwołującego, powyższe skutkowało nieprawidłowym rozstrzygnięciem Postępowania, gdyż ofertą rzeczywiście najkorzystniejszą jest oferta Odwołującego.

Ad zaniechania odtajnienia wyjaśnień ceny oferty

Odwołujący wskazał, że 8 września 2023 r. Wykonawca JZP złożył na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia ceny oferty utajniając je w całości z uwagi na oświadczenie, iż stanowią one tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z przepisem art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy ZNK jeżeli wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji:

- 1) zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz
- 2) wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazał też na treść art. 11 ust. 2 ustawy ZNK. Odwołujący powołał się na stanowisko Izby wyrażone w wyroku z 27 marca 2023 r. KIO 674/23 oraz z 19 lutego 2021 r. KIO 125/21.

W ocenie Odwołującego, w złożonym oświadczeniu o zastrzeżeniu treści wyjaśnień ceny oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa 8 września 2023 r. Wykonawca JZP nie wykazał, aby zastrzegane przez niego informacje wpisywały się w definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, o której mowa w art. 11 ust. 2 ustawy ZNK.

Odwołujący wskazał, że po pierwsze, treść przedmiotowych wyjaśnień stanowi w przeważającej mierze parafrazę przepisów art. 18 ust. 3 ustawy Pzp i art. 11 ust. 2 ustawy ZNK oraz sprowadzona jest do takiego poziomu ogólności, że w zasadzie mogłaby być przedłożona przy zastrzeżeniu każdego rodzaju informacji i w każdym postępowaniu, nawet niezwiązanym ze świadczeniem pomocy prawnej. Odwołujący wskazał też, że odwołując się do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa uregulowanej w art. 11 ust. 2 ustawy ZNK, Wykonawca JZP nie wykazał w szczególności ziszczenia się drugiej i trzeciej przesłanki zawartej w tym przepisie, tj.:

- 1) faktu, że zastrzegane informacje nie są powszechnie znane wśród osób zajmujących się tego rodzaju informacjami lub, że nie są łatwo dostępne dla takich osób;
- 2) faktycznego podjęcia działań w celu utrzymania ich w poufności.

Odwołujący zauważył, że jeśli mowa o braku powszechnej znajomości tych informacji lub braku łatwego dla nich dostępu, Wykonawca JZP w zasadzie złożył w tym zakresie jedynie deklarację własną i to w treści samych wyjaśnień. W szczególności nie wykazał, że w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia, również zastrzega informacje – o tej samej przecież – strukturze czy polityce płacowej lub sposobie kształtowania ceny w ramach zamówień polegających na świadczeniu pracy przez skierowany personel, albo aby zobowiązał kogokolwiek ze swojej organizacji do zachowania przedmiotowych informacji w tajemnicy. Tymczasem, co odwołujący wykaże podczas rozprawy, wyjaśnienia Wykonawcy JZP składane w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia są jawnymi i każdy może

zapoznać się z obecnie utajnianą metodologią konstruowania ceny oferty przez tego Wykonawcę.

Zdaniem Odwołującego, ponad powyższe, Wykonawca JZP nie wykazał powzięcia działań mających na celu utrzymanie zastrzeganych informacji w poufności, co stanowi równorzędną z innymi i kumulatywną przesłankę z art. 11 ust. 2 ustawy ZNK. Mimo powołania się na rzekomo stosowane w tym zakresie środki, zdaniem Odwołującego, mają one co najwyżej charakter pozorny, co Odwołujący wykaże podczas rozprawy. Wykonawca pomimo deklaracji w tym zakresie, nie przedstawił też jakiegokolwiek dowodu potwierdzającego realne stosowanie tych działań i środków.

W ocenie Odwołującego, utajnienie przez Wykonawcę JZP informacji zawartych w wyjaśnieniach ceny jego oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter iluzoryczny i służy wyłącznie do utrudnienia weryfikacji przez konkurencyjnych wykonawców prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego oceny tych wyjaśnień. Powyższą ocenę potwierdza fakt – również nieprawidłowego – utajnienia przez Wykonawcę JZP całości wyjaśnień ceny oferty, a nie ewentualnie poszczególnych informacji tam zawartych. Trudno przyjąć za racjonalne stanowisko, aby cała treść przedmiotowych wyjaśnień tj. absolutnie wszystkie podane tam informacje, posiadały wartość gospodarczą.

Ponadto, zdaniem Odwołującego, Wykonawca JZP w żaden sposób nie wyjaśnił na czym polegać ma gospodarczy charakter utajnianych informacji, w szczególności z jakich względów, jego zawarta w przedmiotowych wyjaśnieniach kalkulacja ma charakter unikalnej czy wyjątkowej, zwłaszcza w kontekście wymagania Zamawiającego opiewającego na skierowanie do realizacji zamówienia określonej w ofercie grupy osób. Sam bowiem fakt, że utajniane informacje zawarte są w wyjaśnieniach ceny oferty, nie przesądza sam przez się, że mają one wartość gospodarczą. Odwołujący nie skomentował też w żaden sposób, w jaki sposób, ryzyko zapoznania się przez konkurencję z konstrukcją jego ceny oferty, przełożyć mogłaby się na jego interes gospodarczy.

W złożonej pismem z 24 października 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał m.in. osoby wskazane na stanowisko Prawnika Wiodącego, dwóch prawników sprawujących funkcje Zastępców Prawnika Wiodącego oraz co najmniej jednego Sekretarza Biura Kancelarii w Szczecinie muszą spełniać warunki określone w rozdz. 10 ust. 3 punkt 4 lit. b SWZ. Dodatkowo, Zamawiający wskazał, że w rozdziale 14 SWZ („Opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert”) Zamawiający wskazał nazwy i odpowiednie wagi przypisane każdemu z kryteriów, a nadto poinformował w treści zaznaczonej odrębnie uwagi o tym, że „punkty będą przyznawane z uwzględnieniem doświadczenia wykazanego w celu spełnienia warunków

udziału w postępowaniu”, tj. że nie jest konieczne wykazywanie przez członków Zespołu jedynie doświadczenia przekraczającego warunki określone dla udziału w tym postępowaniu, ale zalicza się do tego doświadczenia przedmiotowe warunki. Ponadto, Zamawiający zwrócił uwagę, że w treści formularza Załącznika nr 1B do SWZ (Pozacenowe kryteria oceny ofert) Zamawiający, pod tabelą dotyczącą doświadczenia każdego z członków Zespołu, ponownie wyjaśnił w treści zamieszczonej tam uwagi, że „należy uwzględnić również doświadczenie na wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określone w rozdz. 10 ust. 3 pkt 4 lit. b) (...)”.

Zamawiający wyjaśnił, że dokonując analizy wykazu osób (załącznik nr 9 do SWZ) Zamawiający kierował się konsekwentnie wprowadzoną przez siebie zasadą, określoną w cytowanych wyżej uwagach. Zamawiający wskazał, że oferta złożona przez Kancelarię Adwokacką J.-Z. Z. P.-Z. i Partnerzy Spółkę Partnerską uzyskała najwyższą ocenę zgodnie z wymogami określonymi przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia. W szczególności każdy członków Zespołu spełniał wymogi wynikające z SWZ (dowód: wypełnione formularze dotyczące Pozacenowych kryteriów oceny ofert oraz Wykazu osób), a zatem w ocenie Zamawiającego, argumenty Odwołującego w zakresie naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z 17 ust. 2 ustawy Pzp nie zasługują na uwzględnienie. Wobec powyższego nie było także konieczności (jak zarzuca Odwołujący), wezwania Wykonawcy do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w postaci Wykazu osób.

Zamawiający podniósł ponadto, że Odwołujący nie sprecyzował zarzutu określonego przez siebie w ten sposób, że: „nie wszystkie osoby skierowane do realizacji zamówienia posiadały opisane wyżej doświadczenie nabyte w związku ze świadczeniem pomocy prawnej na rzecz GDDKiA we Wrocławiu”. Zamawiający podniósł, że Odwołujący nie wskazał jakich osób i jakiego doświadczenia konkretnie dotyczy jego zarzut, co uczyniło niemożliwym rzeczywiste ustosunkowanie się Zamawiającego do przedmiotowego zarzutu. Niemniej jednak Zamawiający zauważył, że przy wypełnianiu przez potencjalnego Wykonawcę załącznika 1B (pozacenowe kryteria oceny ofert), miał on uwzględnić to doświadczenie, które było wykazane jako warunek udziału w postępowaniu określony w rozdz. 10 ust. 3 pkt 4 lit. b), jednak punkty przyznawane były dopiero przy wykazaniu doświadczenia przekraczającego to stanowiące ów warunek. Zamawiający nadmienił też, że jeżeli treść specyfikacji i załączników była dla Odwołującego niezrozumiała, miał on prawo zadawania pytań na wcześniejszym etapie postępowania lub złożenia odwołania w zakresie treści SWZ, obecnie bowiem jest to zarzut spóźniony i podlegający odrzuceniu, o ile nie zostanie uznany za chybiony i z tej przyczyny oddalony.

Odnosząc się do zarzutów związanych z ochroną tajemnicy przedsiębiorstwa, Zamawiający podniósł, że Przystępujący złożył w toku postępowania szczegółowe wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny, dotyczące objęcia części informacji ochroną

wynikającą z zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa, a odnosiły się one zarówno do gospodarczego charakteru informacji, jak i do działań podjętych przez Wykonawcę w celu ich ochrony, zgodnie z treścią art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tajemnicą przedsiębiorstwa objęte zostały informacje stanowiące wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny, nie zostały zaś tą klauzulą objęte załączniki do przedmiotowych wyjaśnień, przy czym Przystępujący zastrzegł informacje dotyczące rozwiązań organizacyjnych, świadczonych usług i personelu, określające w sposób szczegółowy metody organizacji i funkcjonowania Przystępującego, mające wymierną wartość, umożliwiającą uzyskanie i realizację wielu zamówień publicznych, i jako takie posiadające wartość gospodarczą. Zamawiający wskazał na stanowisko Izby wyrażone w orzecznictwie i stwierdził, że w jego ocenie Przystępujący przy zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa wypełnił zarówno wymóg materialny, obejmując nią informacje znane jedynie określonej grupie osób i związane z prowadzoną przez siebie działalnością (istotne z punktu widzenia funkcjonowania na wolnym rynku w kontekście konkurencyjności względem innych podmiotów prowadzących działalność w tym samym lub podobnym zakresie lub zainteresowanych uzyskaniem określonych danych w celu ich wykorzystania w opozycji do danego podmiotu w ramach działalności rynkowej), jak i wymóg podjęcia wobec przedmiotowych informacji wystarczających środków ochrony w celu zachowania ich poufności.

W ocenie Zamawiającego nie było również obowiązkiem Przystępującego (jak błędnie wskazuje Odwołujący) wykazywanie, że w poprzednich postępowaniach te same informacje były objęte poufnością, jako że przedsiębiorca może zastrzec poufność na zasadzie tajemnicy przedsiębiorstwa w dowolnym momencie, w którym spełnione zostaną przesłanki zastrzeżenia takiej tajemnicy, w innym bowiem przypadku należałoby uznać, że jeżeli nie uczynił tego w terminach pierwszego postępowania o udzielenie zamówienia, w którym bierze udział, nigdy już nie będzie to możliwe, co stanowiłoby argument nieracjonalny. Zdaniem Zamawiającego należy uznać, że wynagrodzenia pracowników objęte są co do zasady ochroną, pozostałe zaś kwestie objęte poufnością przez Wykonawcę także nie są powszechnie znane ani łatwo dostępne, te zaś, które nie spełniały przedmiotowych przesłanek, nie zostały przez Przystępującego uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa (dowód: wyjaśnienia Wykonawcy w zakresie zaoferowanej ceny). Zamawiający podniósł, że nie jest prawdziwe twierdzenie Odwołującego, że Przystępujący zastrzegł poufność wszystkich elementów cenotwórczych. Powoływanie się przez Odwołującego na znajomość informacji o Przystępującym z poprzednich postępowań jako na uzasadniającą ich powszechną dostępność nie znajduje uzasadnienia, albowiem obecnie informacje te mogą odbiegać od poprzednio ujawnionych, już nieaktualnych.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Zamawiającego, w ustawowym terminie, skutecznie zgłosił wykonawca „JZP Kancelaria Adwokacka” J.-Z., Z.-P., Z. i Partnerzy spółka partnerska z siedzibą w Katowicach.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępującego zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołania jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Na podstawie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SWZ) Izba ustaliła, że Zamawiający przewidział zastosowanie tzw. procedury odwróconej, o której mowa w art. 139 ust.1 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że najpierw dokona badania i oceny ofert, ca następnie dokona kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Następnie, na podstawie SWZ oraz z zmiany ogłoszenia z 4 sierpnia 2023 r., nr 2023/S 149-471869, Izba ustaliła, że Zamawiający opisał warunek w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w następujący sposób:

Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że:

- a) posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie. W szczególności Wykonawca musi spełniać warunek w postaci wykonania z należytą starannością w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej 2 (dwie) usługi polegające na obsłudze prawnej (świadczonej w sposób ciągły przez okres co najmniej 12 miesięcy każda) dla inwestycji infrastrukturalnych w zakresie wykonywania robót budowlanych: hydrotechnicznych, drogowych lub innych liniowych o wartości robót co najmniej 1.000.000.000 zł (słownie: jeden miliard złotych 00/100), brutto każda (równowartość tej kwoty).

Uwagi: W przypadku składania oferty wspólnej przynajmniej jeden z wykonawców musi spełniać warunek w całości.

- b) dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W szczególności Wykonawca musi spełniać warunek w postaci dysponowania zespołem osób zdolnych do wykonania zamówienia, składającym się z co najmniej:

(i) Prawnika Wiodącego, posiadającego:

- specjalistyczną wiedzę w zakresie zamówień publicznych i realizacji dużych inwestycji infrastrukturalnych,
- odpowiednie wykształcenie,
- uprawnienia,
- co najmniej 6 – letnie doświadczenie zawodowe,
- doświadczenie w obsłudze prawnej co najmniej 2 (dwóch) kontraktów inwestycji budowlanej w tym jeden kontrakt współfinansowany ze środków z funduszy Unii Europejskiej oraz drugi kontrakt świadczony na rzecz zamawiającego w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych o wartości minimum 200.000.000 zł (słownie: dwieście milionów złotych 00/100), brutto (równowartość tej kwoty) każdy, świadczony w sposób ciągły przez okres co najmniej 12 miesięcy.

(ii) Dwóch prawników sprawujących funkcję Zastępców Prawnika Wiodącego posiadających:

- specjalistyczną wiedzę w zakresie zamówień publicznych i realizacji dużych inwestycji infrastrukturalnych,

- odpowiednie wykształcenie,
- uprawnienia,
- co najmniej 6 – letnie doświadczenie zawodowe,
- doświadczenie w obsłudze prawnej co najmniej 2 (dwóch) kontraktów inwestycji budowlanej w tym jeden kontrakt współfinansowany ze środków funduszy Unii Europejskiej oraz drugi kontrakt świadczony na rzecz zamawiającego w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych o wartości minimum 150.000.000 zł (słownie: sto pięćdziesiąt milionów złotych 00/100), brutto (równowartość tej kwoty) każdy, świadczony w sposób ciągły przez okres co najmniej 12 miesięcy każdy.

(iii) Co najmniej jednego Sekretarza biura Kancelarii w Szczecinie, posiadającego wyższe wykształcenie prawnicze.

Uwagi:

- Zamawiający nie dopuszcza łączenia przez jedną osobę funkcji Prawnika Wiodącego z funkcją Zastępcy Prawnika Wiodącego lub funkcją Sekretarza biura Kancelarii,
- Wymagane przez Zamawiającego doświadczenie zawodowe wykazanych osób, będzie liczone jedynie za okres od daty uzyskania uprawnień wskazanych wprost przez Zamawiającego lub odpowiadających im uprawnień do daty upływu terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu.
- Prawnik Wiodący oraz Zastępcy Prawnika Wiodącego muszą posiadać wykształcenie prawnicze wyższe jak również uprawnienia do wykonywania zawodu radcy prawnego zgodnie z ustawą z dnia 6 lipca 1982 roku o radcach prawnych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz.1166) lub zawodu adwokata zgodnie z ustawą z dnia 26 maja 1982 roku Prawo o adwokaturze (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1184) lub które są prawnikami zagranicznymi wykonującymi stałą praktykę na podstawie ustawy z dnia 05.07.2002 roku o świadczeniu pomocy prawnej przez prawników zagranicznych w Rzeczypospolitej Polskiej (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 823),

W celu wykazania spełnienia ww. warunku wykonawca miał przedstawić Zamawiającemu m.in.

- 1) wykaz usług – według wzoru stanowiącego Załącznik nr 8 do SWZ, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały

wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane;

- 2) wykaz osób – według wzoru stanowiącego Załącznik nr 9 do SWZ skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, wraz z informacjami na temat ich wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Jak wynika z Rozdziału 14 SWZ, Zamawiający przy wyborze oferty najkorzystniejszej kierował się następującymi kryteriami oceny ofert:

1. cena – waga: 60%
2. doświadczenie Prawnika Wiodącego (DPW) – waga: 20%
3. doświadczenie Z-cy nr 1 Prawnika Wiodącego (ZPW1) – waga: 10%
4. doświadczenie Z-cy nr 2 Prawnika Wiodącego (ZPW2) – waga: 10%

Zamawiający przyjął zasadę, zgodnie z którą: 1 % = 1 pkt.

Zasady przyznawania punktacji w poszczególnych kryteriach zostały szczegółowo opisane w treści Rozdziału 14 SWZ. Podstawą przyznawania punktów w ramach kryterium 2, 3 i 4 był wypełniony załącznik nr 1B do SWZ. Zgodnie z adnotacją zawartą w treści Załącznika nr 1B do SWZ: *„[Należy uwzględnić również doświadczenie na wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w Rozdziale 10 ustępie 3 punkcie 4) lit. b) podpunkt (ii) SWZ. W przypadku wpisania tylko dwóch usług, które Wykonawca wskazał w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale 10 ustępie 2 punkcie 4 lit. b) podpunkt (ii) SWZ, lub nie wpisania żadnej usługi, Wykonawca otrzyma 0 punktów w kryterium oceny ofert: „Doświadczenie Zastępcy Prawnika Wiodącego nr 2)”.*”

Izba ustaliła również że otwarcie ofert miało miejsce 17 sierpnia 2023 r. Do tego czasu oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) SWS KANCELARIA PRAWNA S. W. sp. k. z siedzibą w Poznaniu, cena 4 886 021,25 zł,
- 2) „JZP Kancelaria Adwokacka” J.-Z., Z.-P., Z. i Partnerzy spółka partnerska z siedzibą w Katowicach, cena 2 941 483,50 zł,
- 3) KANCELARIA RADCÓW PRAWNYCH Ć. I PARTNERZY SPÓŁKA PARTNERSKA z siedzibą w Warszawie, cena 3 206 019,60 zł.

Zamawiający skierował do Odwołującego i Przystępującego wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty. Przystępujący informacje zawarte w treści złożonych wyjaśnień z 8 września 2023 r. zastrzegł tajemnicą przedsiębiorstwa przedstawiając jednocześnie stosowne uzasadnienie w tym zakresie. Załączniki do tego pisma nie zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Zamawiający w piśmie z 27 września 2023 r. wskazał, że przedstawione mu uzasadnienie w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa uznał za skuteczne.

Wobec przyznania ofercie Przystępującego największej liczny punktów w wyniku czego oferta ta zajęła pierwszą pozycję w rankingu ofert, Przystępujący został wezwany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu osób.

Izba zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje na treść przepisów ustawy Pzp, będących podstawą zarzutów w przedmiotowej sprawie.

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.

art. 17 ustawy Pzp

1. Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:

- 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz
- 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

2. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

3. Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.

art. 18 ust. 3 ustawy Pzp

3. 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.

art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp

1. Protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek.
2. 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.

art. 128 ust. 1 ustawy Pzp

1. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:
 - 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
 - 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

art. 239 ust. 1 ustawy Pzp

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

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

2. 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 ocenie Izby odwołanie częściowo zasługiwało na uwzględnienie, z powodów wskazanych poniżej.

Ad zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp i zarzutu naruszenia art. 128 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

Zarzut podlegał oddaleniu z następujących powodów. W pierwszej kolejności Izba przypomina, że stosownie do treści art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Na zarzut składają się, obok podstawy prawnej, również wszystkie okoliczności faktyczne, z których Odwołujący wywodzi skutki prawne. Zaniechanie wskazania tych okoliczności powołuje następujące skutki, po pierwsze, istnieje ryzyko że zarzut zostanie oceniony jako podniesiony w oparciu tylko o wybiórcze okoliczności faktyczne, po drugie, powołanie się na nowe okoliczności faktyczne na późniejszym etapie postępowania odwoławczego, tj. po terminie na wniesienie odwołania, nie może być przez Izbę brane pod uwagę przy rozpatrywaniu zarzutów odwołania. Podobnie jak nie mogą być brane pod uwagę wszelkie inne okoliczności faktyczne zmierzające do uszczegółowienia zbyt ogólnego zarzutu odwołania. Jeżeli więc Odwołujący na późniejszym etapie postępowania odwoławczego podnosi okoliczności, które nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to nie mogą być one brane przez Izbę pod uwagę jako spóźnione i to również w sytuacji, gdy Odwołujący próbowałby powiązać nowe okoliczności z ogólnie opisanymi w uzasadnieniu odwołania okolicznościami faktycznymi. Z tego też względu argumentacja Odwołującego przedstawiona na rozprawie, a wykraczająca poza ramy odwołania, nie mogła zostać wzięta przez Izbę pod uwagę.

Przechodząc do rozpoznania zarzutu, Izba wskazuje co następuje. Z treści zarzutu wynika, że Odwołujący zakwestionował doświadczenie wszystkich trzech osób wskazanych zarówno w wykazie stanowiącym załącznik nr 1B do SWZ, jak i załącznik nr 9 do SWZ, natomiast na rozprawie ograniczył swoją argumentację jedynie wobec osoby wskazanej na stanowisko Prawnika Wiodącego. Następnie z treści uzasadnienia zarzutu wynika, że Odwołujący zakwestionował doświadczenie wszystkich trzech osób, tj. wskazanych na stanowiska: Prawnika Wiodącego, Zastępcy Prawnika Wiodącego nr 1 oraz Zastępcy Prawnika Wiodącego nr 2, natomiast podczas rozprawy ograniczył swoją argumentację tylko do zadania nr 1 i 2 wskazanego w ramach doświadczenia osoby skierowanej na stanowisko

Prawnika Wiodącego. Jednak nie sposób pominąć, że w treści zarzutu Odwołujący poza gołosłownym twierdzeniem: „Z informacji jakie posiada Odwołujący wynika jednak, że nie wszystkie osoby skierowane do realizacji zamówienia posiadały opisane wyżej doświadczenie nabyte w związku ze świadczeniem pomocy prawnej na rzecz GDDiKA we Wrocławiu”, nie przedstawił żadnych argumentów, w tym żadnych dowodów potwierdzających powyższe. Odwołujący nie wskazał w treści zarzutu żadnych okoliczności faktycznych, z których wywodzi brak doświadczenia osób wskazanych w ofercie Przystępującego. Odnosząc się do twierdzenia Odwołującego jakoby w dniu sporządzenia odwołania nie dysponował on stosownymi dowodami, Izba wskazuje że dowód nr 3 złożony przez Odwołującego, tj. korespondencja między pracownikami GDDiKA datowana jest na 22 i 23 sierpnia 2023 r. (otwarcie ofert w tym postępowaniu miało miejsce 17 sierpnia 2023 r.). Oczywiście nie sposób ustalić kiedy ten dowód znalazł się w posiadaniu Odwołującego, niemniej jednak zbieżność czasowa tych dwóch sytuacji (otwarcie ofert w tym postępowaniu oraz prowadzenie korespondencji między pracownikami GDDiKA) nie wydaje się przypadkowe, w szczególności uwzględniając okoliczność, że jak wynika z akt sprawy Odwołujący jeszcze 17 sierpnia 2023 r., zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o udostępnienie ofert złożonych w postępowaniu, a Zamawiający udostępnił Odwołującemu te oferty 18 sierpnia 2023 r. w godzinach porannych. W ocenie Izby, Odwołujący miał wobec tego wystarczająco dużo czasu aby pozyskać odpowiednie dowody i dysponować nimi na moment wniesienia odwołania. Nie ma więc większego znaczenia, że dowód nr 2 tj. korespondencja email między przedstawicielami Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii z siedzibą w Warszawie a pracownikami GDDiKA i przedstawicielem Odwołującego datowana jest odpowiednio na 12, 23 i 24 października 2023 r., ponieważ nie przeczy to samej obiektywnej możliwości pozyskania takich dowodów wcześniej, a jedynie potwierdza, że Odwołujący postanowił te dowodowy pozyskać przed rozprawą. Ponadto nie sposób pominąć, że już na etapie odwołania Odwołujący ogólnikowo wskazał, że posiada informacje, z których wynika że osoby wskazane w załączniku 1B i 9 do SWZ nie posiadają doświadczenia pozwalającego na przyznanie im maksymalnej liczby punktów w ramach kryterium oraz na uznanie, że spełniają warunek udziału w postępowaniu ale okoliczności tych w ogóle nie opisał w treści uzasadnienia zarzutu. Izba w tym miejscu wskazuje, że choć zgodnie z treścią art. 535 ust. 1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą składać dowody do czasu zamknięcia rozprawy, to należy pamiętać, że przepis mówi o dowodach „na poparcie swoich twierdzeń”, a te w przypadku odwołującego muszą być kompleksowo podniesione na etapie uzasadnienia zarzutu w treści odwołania.

Co do twierdzenia podniesionego na rozprawie, że istotą zarzutu jest to, iż osoba wskazana na stanowisko Prawnika Wiodącego nie prowadziła w kwestionowanych zadaniach w GDDiKA Oddział we Wrocławiu obsługi tych zadań w sposób ciągły przez okres

12 miesięcy, Izba stwierdza że nie wynika to z treści uzasadnienia zarzutu odwołania, gdzie Odwołujący podnosił jedynie ogólnie, że „nie wszystkie osoby skierowane do realizacji zamówienia posiadały opisane wyżej doświadczenie nabyte w związku ze świadczeniem pomocy prawnej na rzecz GDDiKA we Wrocławiu”.

W treści zarzutu odwołania nie ma również stanowiska co do sposobu interpretacji warunku udziału w postępowaniu oraz pozacenowego (kwestionowanego) kryterium oceny ofert, zatem stanowisko zaprezentowane podczas rozprawy również w ocenie Izby w tym zakresie wykracza poza ramy odwołania. Nie sposób przy tym pominąć, że w treści odwołania Odwołujący wskazał: „Zamawiający postanowił premiować multiplikację doświadczenia wymaganego w celu wykazania spełnienia ww. warunku”, czym w ocenie Izby Odwołujący pośrednio przyznał, że nie kwestionuje iż to samo doświadczenie należało wykazać celem spełnienia warunku i uzyskania punktacji w ramach kryterium. Jedynie na marginesie Izba zwraca uwagę, że jak wynika z treści Załącznika 1B okres realizacji obu spornych usług jaki został wskazany dla Prawnika Wiodącego to grudzień 2015 do maj 2020, zatem ponad 4 lata. Jednocześnie jak podniósł Przystępujący, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, w treści SWZ Zamawiający nie zdefiniował wymogu świadczenia obsługi prawnej kontaktu „(...) świadczonej w sposób ciągły przez okres co najmniej 12 miesięcy każda.” Natomiast Odwołujący za pomocną złożonych dowodów nie wykazał aby osoba wskazana na stanowisko Prawnika Wiodącego w czasie trwania kwestionowanych zdań nie świadczyła takich usług w sposób ciągły przez okres co najmniej 12 miesięcy. Dowód 1 złożony przez Odwołującego to wzór umowy a nie sama umowa na wykonanie spornych zadań, niemniej jednak z jego treści wynika, że usługa miała być realizowana przez osobę wskazaną w ofercie, a do tych osób niewątpliwie należała osoba wskazana w tym postępowaniu na stanowisko Prawnika Wiodącego (co wynika wprost z dowodu 1a złożonego przez Przystępującego, a także z dowodu w postaci korespondencji mailowej z 23 października, przedstawionego przez Odwołującego). Odnosząc się do dowodów w postaci korespondencji email Izba wskazuje, że pytania zadane w jej treści nie odnoszą się wprost do brzmienia zarówno warunku udziału w tym postępowaniu jak i spornych kryteriów. Zapytania nie dotyczą też całego okresu świadczenia usługi tj. czasu od 21 grudnia 2015 do 31 maja 2020 r. Pytanie dotyczyło osób stale świadczących usługę, co osoba udzielająca odpowiedzi mogła różnie zrozumieć. Przypomnieć bowiem należy, że jak wynika ze wzoru umowy i co jest między stronami bezsporne, strony umowy miały wyznaczyć koordynatorów. Żadna ze stron nie wykazała kto w spornych zadaniach pełnił tą funkcję, jednak nie można wykluczyć, że była to pani J. J. – Z. i z tego powodu została ona następnie wskazana w treści korespondencji jako osoba stale świadcząca usługę. Tymczasem z poświadczenia załączonego do oferty wynika, że pan R. Z. brał udział w realizacji usług. Natomiast odnotować należy, że z żadnego dowodu złożonego przez Odwołującego nie wynika w

sposób niewątpliwy, że pan R. Z. nie świadczył usług w sposób niewpisujący się w treść warunku udziału w postępowaniu czy kryterium oceny ofert.

Reasumując zarzut podlegał oddaleniu jako niewykazany ale także z uwagi na jego ogólną treść, a jego następcze doprecyzowanie na etapie po wniesieniu odwołania musiało zostać przez Izbę pominięte z uwagi na treść art. 555 ustawy Pzp.

Ad zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny z 8 września 2023 r.

Zarzut potwierdził się, co było powodem uwzględnienia odwołania w tym zakresie. W treści zarzutu Odwołujący kwestionował prawidłowość czynności Zamawiającego w zakresie oceny uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w szczególności co do wykazania wartości gospodarczych zastrzeżonych informacji, ich jawnego charakteru oraz zaniechania podjęcia przez Przystępującego środków zmierzających do zachowania tych informacji w poufności.

W ocenie Izby zarzut jest zasadny. Izba przypomina, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania. Oznacza to, że ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, o czym przesądza treść art. 18 ust. 2 ustawy Pzp. Skoro jawność postępowania jest zasadą, a *contrario* ograniczenie dostępu do informacji jest wyjątkiem od tej zasady i jako taki powinien być on interpretowany ściśle. Jak stanowi 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 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.*

Wykonawca ma zatem obowiązek wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Natomiast rolą zamawiającego w toku postępowania o zamówienie jest ocena, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał. Z kolei rolą Izby w toku postępowania odwoławczego jest weryfikacja, czy zamawiający na podstawie złożonych mu przez wykonawcę informacji prawidłowo ustalił, że zostało mu wykazane, że zastrzeżone informacje rzeczywiście stawią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W celu wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, Przystępujący zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. wykazać, że:

1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,

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

3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

W ocenie Izby przedstawione Zamawiającemu uzasadnienie z 8 września 2023 r. nie spełnia powyższych wymagań. W zakresie wykazania wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, Przystępujący nie udźwignął w ocenie Izby ciężaru wykazania tej przesłanki. Przystępujący ograniczył się w tym zakresie jedynie do ogólnikowych twierdzeń. Na uwagę zasługuje też okoliczność, że Przystępujący w ogólnie nie powiązał zaprezentowanej argumentacji z poszczególnymi zastrzeżonymi informacjami. W tym zakresie przypomnieć należy, że tajemnicą przedsiębiorstwa, co sam Przystępujący kilkakrotnie podkreślił w piśmie procesowym, zostały objęte tylko wyjaśnienia złożone pismem z 8 września 2023 r. bez załączników. Oznacza to, że wszystkie załączniki do tego pisma, w tym ceny powołane w treści wyjaśnień, są jawne. Analiza wyjaśnień prowadzi natomiast do wniosku, że ich treść ogranicza się w znacznej mierze do omówienia jawnych kwot. W ocenie Izby Przystępujący ponadto w żaden sposób nie podjął w treści uzasadnienia z 8 września 2023 r. nawet próby wykazania, że zaprezentowany przez niego sposób kalkulacji ceny ma jakiś unikalny charakter, czy że nie jest dostępny innym wykonawcom. Analiza uzasadnienia nie pozwala też na ustalenie, na czym miałyby polegać know-how Przystępującego przy kalkulowaniu ceny w tym postępowaniu. Choć każde uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawiane jest w warunkach danego postępowania, danemu zamawiającemu i oceniane winno być z uwzględnieniem okoliczności danej sprawy, nie sposób w tej sprawie pominąć, że oceniane uzasadnienie w tej części jest mocno zbieżne z tym, ocenianym przez Izbę w sprawie o sygn. akt KIO 1694/23. W tamtej sprawie Izba również przedstawione uzasadnienie oceniła negatywnie.

Następnie wskazać należy, że nie została również wypełniona przesłanka zachowania w poufności zastrzeżonych informacji. Jak bowiem zostało już wcześniej wskazane, wyjaśnienia dotyczą w znacznej mierze omówienia poszczególnych kosztów, które wynikają z jawnych załączników. Natomiast oprócz poszczególnych kosztów stałych, również sama metoda kalkulacji kosztów została ujawniona już wcześniej za sprawą wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 1694/23, a Przystępujący podczas rozprawy nie wykazywał aby w tamtym, postępowaniu metoda ta była istotnie odmienna od tej przyjętej w tym postępowaniu. Izba nie przeczy, że każde postępowanie rządzi się swoimi zasadami jednak to też oznacza, że po pierwsze, odmienności wynikające z danego postępowania są znane wszystkim jego uczestnikom, po drugie, wobec wydania wyroku w sprawie KIO 1694/23, ujawnienie we wcześniejszym postępowaniu składanych wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie

wpłynęło negatywnie na możliwości oferowania przez Przystępującego najniższej ceny, czego przykładem jest chociażby to postępowanie.

Choć przedstawione w tej sprawie uzasadnienie różniło się w zakresie wykazania działań podjętych w celu ochrony informacji chociażby w postaci uchwały wspólników, okoliczność ta nie mogła przesądzić o utrzymaniu informacji z 8 września 2023 r. w poufności, z uwagi na okoliczność, że jak wskazano wcześniej, przesłanki wskazane w treści art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji muszą być spełnione łącznie.

Z tych względów zarzut został uwzględniony, a Izba nakazała unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowienie badania i oceny ofert, w tym uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy „JZP Kancelaria Adwokacka” J.-Z., Z.-P., Z. i Partnerzy spółki partnerskiej z siedzibą w Katowicach zawartych w piśmie z 8 września 2023 r.

Odnosząc się natomiast do złożonych przez Odwołującego na rozprawie dowodów w postaci dokumentacji z postępowania w Opolu (dowód 5) czy w Katowicach (dowód 4 i 6), którymi Odwołujący zmierzał do wykazania, że w innych postępowaniach wyjaśnienia ceny składane przez Przystępującego były odtajniane albo nie zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa, Izba wskazuje, że dowody te zostały oddalone jako wykraczające poza podstawę faktyczną zarzutu. Odwołujący w uzasadnieniu odwołania jedynie ogólnikowo wskazał, że w innych postępowaniach kalkulacje ceny oferty Przystępującego były odtajniane, jednak nie wskazał konkretnych postępowań ani nie wskazał analogii między składanymi uzasadnieniami i wyjaśnieniami. Ten zakres zarzutu jest bardzo ogólny, a jego konkretyzacja nastąpiła dopiero na rozprawie, dlatego złożone dowody nie przesądziły o uwzględnieniu zarzutu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz § 7 ust. 2 pkt 1 związku z § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba uznała, że Odwołujący wygrał spór w połowie, wobec czego obciążyła Zamawiającego i Odwołującego kosztami postępowania po połowie. Koszty Odwołującego to wpis od odwołania w kwocie 15 000 zł 00 gr, połowa tej kwoty należna Odwołującemu to 7 500 zł 00 gr. Koszty poniesione przez Zamawiającego to koszt zastępstwa przed Izbą w kwocie 3 600 zł 00 gr, połowa tej kwoty należna Zamawiającemu to 1 800 zł 00 gr. Po dokonaniu potrącenia należnych stronom

kwot, Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 5 700 zł 00 gr, czemu dała wyraz w treści pkt 3.2 sentencji wyroku.

Przewodnicząca: