

Sygn. akt: KIO 544/23

WYROK

z dnia 14 marca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 marca 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2023 r. przez wykonawcę **PBS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Sopocie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Gminę Miejską Kraków – Urząd Miasta Krakowa w Krakowie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **IBC Advisory Spółka akcyjna w Warszawie, Centrum Badań Marketingowych INDICATOR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, MWG Studio Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia:

- art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 roku, poz. 1710 ze zm.) poprzez zaniechanie ujawnienia dokumentów złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **IBC Advisory**

Spółka akcyjna w Warszawie, Centrum Badań Marketingowych INDICATOR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, MWG Studio Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie: „wykaz dodatkowego doświadczenia kierownika badań ankietowych”, „wykaz wykonanych usług, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.1. SWZ”, „wykaz osób, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.2. SWZ” i nakazuje zamawiającemu – **Gminie Miejskiej Kraków – Urzędowi Miasta Krakowa w Krakowie** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, ujawnienie treści wskazanych wyżej dokumentów złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **IBC Advisory Spółka akcyjna w Warszawie, Centrum Badań Marketingowych INDICATOR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, MWG Studio Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** oraz powtórzenie czynności oceny ofert;

2. w pozostałym zakresie odwołanie oddala,

3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **PBS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Sopocie** (w 2/3) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **IBC Advisory Spółka akcyjna w Warszawie, Centrum Badań Marketingowych INDICATOR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, MWG Studio Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** (w 1/3) i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **PBS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Sopocie** tytułem wpisu od odwołania, kwoty: **6 678 zł 00 gr** (słownie: sześć tysięcy sześćset siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy), **338 zł 00 gr** (słownie: trzysta trzydzieści osiem złotych zero groszy), **17 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście złotych zero groszy), stanowiące koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu – odpowiednio – wynagrodzeń pełnomocników stron, dojazdu pełnomocnika odwołującego na posiedzenie Izby i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa pełnomocnika odwołującego i:

3.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **IBC Advisory Spółka akcyjna w Warszawie, Centrum Badań Marketingowych INDICATOR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, MWG Studio Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** – na rzecz wykonawcy **PBS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Sopocie** kwotę **4 266 zł 00 gr** (słownie: cztery tysięcy dwieście sześćdziesiąt sześć złotych zero groszy), stanowiącą zwrot stosunkowej części kosztów postępowania odwoławczego.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miejska Kraków – Urząd Miasta Krakowa w Krakowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są badania ankietowe podróży w ramach Kompleksowych Badań Ruchu w Krakowskim Obszarze Metropolitalnym 2023 – powtórzenie.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 roku, poz. 1710 ze zm.), zwana dalej ustawą P.z.p.

W dniu 27 lutego 2023 r. wykonawca PBS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Sopocie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

1. zaniechania ujawnienia dokumentów złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IBC Advisory Spółka akcyjna w Warszawie, Centrum Badań Marketingowych INDICATOR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, MWG Studio Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: przystępujący), obejmujących podmiotowe i przedmiotowe środki dowodowe oraz wyjaśnienia odnoszące się do rażąco niskiej ceny, mimo że nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa, co narusza art. 18 ust. 3 ustawy P.z.p.,
2. dokonania wyboru oferty przystępującego, mimo że nie jest ona ofertą najkorzystniejszą, co narusza art. 239 ustawy P.z.p., ewentualnie,
3. zaniechania wezwania przystępującego do wyjaśnienia treści złożonych dokumentów mimo że budzą one uzasadnione wątpliwości, co narusza art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p.

Wskazując powyższe uchybienia, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu ujawnienia treści złożonych przez przystępującego dokumentów („wykaz dodatkowego doświadczenia kierownika badań ankietowych”, „wyjaśnienia w zakresie ceny oraz dowody, dotyczące wyliczenia ceny i istotnych części składowych”, „wykaz wykonanych usług, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.1. SWZ”, „wykaz osób, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.2. SWZ”), a także o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący wniósł także o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, w tym uzasadnionymi kosztami odwołującego w wysokości określonej spisem kosztów, który zostanie złożony do akt sprawy.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do złożenia odwołania, w rozumieniu art. 505 ustawy P.z.p. Interes w odniesieniu do zarzutu 2 jest oczywisty, gdyby bowiem zamawiający dokonał prawidłowej oceny oferty przystępującego, to oferta odwołującego zostałaaby uznana za najkorzystniejszą. Naruszenia objęte zarzutami 1 i 3 powodują natomiast, że odwołujący nie ma pełnej wiedzy o przebiegu postępowania i treści oferty konkurencyjnej, co ogranicza jego zdolność do korzystania ze środków ochrony prawnej.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 marca 2023 r. zamawiający oświadczył, że uznaje w całości odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: IBC Advisory Spółka akcyjna w Warszawie, Centrum Badań Marketingowych INDICATOR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, MWG Studio Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie. Przystępujący na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 marca 2023 roku wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

Na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej odwołujący cofnął zarzut dotyczący zaniechania ujawnienia dokumentu zawierającego wyjaśnienia w zakresie ceny oraz dowody, dotyczące wyliczenia ceny i istotnych części składowych.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest przeprowadzenie badań ankietowych podróży w ramach Kompleksowych Badań Ruchu w Krakowskim Obszarze Metropolitalnym 2023z.

Wartość zamówienia wynosi 2 719 919,45 zł, co stanowi 610 723,79 euro.

W ust. 20 SWZ:

20. Kryteria oceny ofert, ich znaczenie oraz sposób oceny ofert:

20.1. Oferty będą oceniane według kryterium:

cena (P1) – waga kryterium: 58%,

dotatkowe doświadczenie kierownika badań ankietowych (P2) – waga kryterium: 42%, przy czym 1 pkt odpowiada 1%.

20.3. Liczba punktów uzyskanych w kryterium „dotatkowe doświadczenie kierownika badań ankietowych” (P2), będzie obliczana zgodnie z poniższym opisem:

Liczba punktów uzyskanych w ww. kryterium, będzie przyznawana za wykazanie dodatkowego (ponad wymagane w warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.2. SWZ) doświadczenia kierownika badań ankietowych, który w ciągu ostatnich 10 lat liczonych wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert w postępowaniu kierował badaniami ankietowymi/ badaniami ankietowymi w ramach kompleksowych badań ruchu, przeprowadzanymi metodą CAPI lub PAPI na próbie co najmniej 5 tysięcy gospodarstw domowych lub 10 tysięcy respondentów, wskazanego w załączniku nr 1A do SWZ.

Wykonawca otrzyma następującą liczbę punktów

Jedno dodatkowe	badanie ankietowe – 7 pkt	badanie ankietowe przeprowadzone w ramach kompleksowych badań ruchu – 14 pkt
Dwa dodatkowe	badania ankietowe – 14 pkt	badania ankietowe przeprowadzone w ramach kompleksowych badań ruchu – 28 pkt
Trzy dodatkowe	badania ankietowe – 21 pkt	badania ankietowe przeprowadzone w ramach kompleksowych badań ruchu – 42 pkt

Pod pojęciem kompleksowego badania ruchu rozumie się wieloaspektowe badanie zachowań komunikacyjnych mieszkańców w wyodrębnionej jednostce terytorialnej, na które składają się analiza przemieszczeń oraz preferencji transportowych, w szczególności poprzez wywiad przeprowadzony z wykorzystaniem tzw. dzienniczka podróży, tj. kwestionariusza zawierającego pytania dotyczące źródeł i celów wykonanych podróży, wykorzystanych środków komunikacji, motywacji podróży, czasu zrealizowanych podróży.

Pod określeniem gospodarstwo domowe rozumie się grupę osób zamieszkujących razem i wspólnie utrzymujących się. Osoby utrzymujące się samodzielnie tworzą jednoosobowe gospodarstwa domowe. Pojęcie to obejmuje również osoby przebywające w danym gospodarstwie domowym okresowo (pracujący, studiujący w innym mieście lub za granicą). Pojęcie nie obejmuje osób odwiedzających gospodarstwo domowe w ciągu jednego dnia lub w weekend.

W postępowaniu wpłynęły 4 oferty:

- 1) odwołującego z ceną 1 996 290,00 zł brutto,
- 2) przystępującego z ceną 1 405 000,00 zł brutto,
- 3) International Management Services Sp. z o.o. w Krakowie – oferta odrzucona,
- 4) A. S. Market Research World w Gliwicach z ceną 1 561 000 zł brutto.

Ocena ofert nieodrzuconych przedstawia się w sposób następujący:

- oferta odwołującego – cena: 42,82 pkt, dodatkowe doświadczenie kierownika badań ankietowych: 42 pkt,

- oferta przystępującego – cena: 58 pkt, dodatkowe doświadczenie kierownika badań ankietowych: 42 pkt,

- oferta złożona przez: A. S. Market Research World w Gliwicach – cena: 52,20 pkt, dodatkowe doświadczenie kierownika badań ankietowych: 21 pkt.

Zamawiający uzasadnił przyznanie przystępującemu punktów w ramach kryterium „dodatkowe doświadczenie kierownika badań ankietowych” w sposób następujący: „wskazano 3 badania ankietowe przeprowadzone w ramach kompleksowych badań ruchu w tym uznano 3”.

Do oferty przystępujący załączył pismo następującej treści:

W złożonej ofercie Wykonawca zastrzega WYKAZ DODATKOWEGO DOŚWIADCZENIA w celu uzyskania dodatkowych punktów w kryterium oceny ofert, o którym mowa w pkt 20.3. SWZ wraz z dowodami, że usługi wykazane w ramach dodatkowego doświadczenia zostały wykonane należycie, które zostały złożone wraz z ofertą w odrębnych zastrzeżonych plikach.

W każdej swojej części i elemencie, a także jako zestawiony jedna całość, dokumenty te stanowią w terminie składania ofert tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. 2020 poz. 1913) i jako taki nie może być ujawniany publicznie osobom i podmiotom, w tym innym wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Przepis art. 11 ust. 2 ustawy z 16.04.1993 r. u.z.n.k definiuje tajemnicę przedsiębiorstwa jako „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”. Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Wykonawca wskazuje niniejszym, na łączne wystąpienie wszystkich wymaganych tym przepisem przesłanek objęcia powyżej wskazanych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zgodnie z wdrożoną w spółce IBC Advisory SA wewnętrzną polityką zachowania poufności informacji niejawnych, dalej określaną jako „PZPIN”, wszystkie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym dotyczące dokładnego doświadczenia konkretnych zatrudnionych i współpracujących z IBC Advisory SA osób (informacje przedstawiające dane dotyczące projektów badawczych oraz dane usługodawców przypisane i powiązane z konkretnymi zatrudnionymi/współpracującymi ze spółką osobami) nie są podawane do wiadomości publicznej. Również spółce Centrum Badań Marketingowych CBM Indicator Sp. z o.o. i MWG Studio Sp. z o.o. takie informacje także objęte są polityką bezpieczeństwa informacji niejawnych, i jako, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, nie są ujawniane do wiadomości publicznej. Powyższe informacje w podmiotach tworzących konsorcjum, nie stanowią więc informacji publicznej, podlegają one ochronie prawnej. Jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów, informacje te nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji i nie są łatwo dostępne dla takich osób. Podmioty tworzące konsorcjum posiadają wdrożone polityki bezpieczeństwa, które formułują zasady bezpieczeństwa fizycznego, informatycznego i kadrowego informacji niejawnych. Wdrożona polityka bezpieczeństwa określa zasady, z którymi ma obowiązek zapoznać się każdy pracownik i współpracownik przed tych działań jest zapobieganie przypadkom naruszenia bezpieczeństwa rozumianego jako ujawnienie informacji niejawnych. Dostęp do informacji niejawnych i zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w tworzących konsorcjum podmiotach bazuje na pisemnych upoważnieniach udzielanych okresowo przez zarząd lub osoby umocowane do zarządzania kadrami w spółkach. Dostęp do informacji jest nadawany tylko tym osobom, którym jest on niezbędny do pracy, tj. wykonywania powierzonych obowiązków (dla osób realizujących sprzedaż, zarządzających kadrami, relacjami z klientami czy prowadzących postępowania w procedurze pzp). Wdrożone zasady określają sposoby zabezpieczenia telefonów, sprzętu komputerowego, infrastruktury biurowej i dokumentacji, przestrzeni w biurach spółek, których celem jest zapobieżenie ewentualnej utracie, uszkodzeniu lub innym naruszeniom bezpieczeństwa urządzeń i danych komputerowych, w tym bezpieczeństwo poczty e-mail oraz systemów łączności bezprzewodowej i sieciowej. Każda informacja objęta tajemnicą przedsiębiorstwa jest zatem w spółkach tworzących Konsorcjum należycie chroniona - zarówno przed nieuprawnionym dostępem wewnętrznym, jak i niebezpieczeństwami dostępu do niej z zewnątrz. Dzięki temu, zastrzeżone informacje w podmiotach tworzących

konsorcjum, nie są powszechnie znane ani łatwo dostępne. Takie informacje mieszczą się w pojęciu "tajemnicy przedsiębiorstwa", ponieważ Wykonawca ma wyraźną wolę, by pozostały one tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, w tym konkurentów i wola ta dla innych osób jest rozpoznawalna. Żaden przedsiębiorca (konkurent) nie może dowiedzieć się o ich treści zwykłą drogą. Wiedzą na temat tych informacji dysponuje jedynie pewien ograniczony krąg osób, zobowiązanych do zachowania ich poufności, jak pracownicy lub inne osoby którym nadano do nich dostęp, które zostały zobowiązane do zachowania poufności. W ten sposób zapewniamy brak dostępu dla osób i podmiotów nieuprawnionych do informacji które stanowią tajemnicę przedsiębiorstw spółek tworzących Konsorcjum.

Informacje, które zastrzeżliśmy jako niejawnie są chronione ze względu na swoją wartość handlową. Wartość handlowa tych informacji polega na tym, że dane dotyczące personelu Wykonawcy złożone w ofercie i dokładnie obrazujące personel w powiązaniu z jego wiedzą, doświadczeniem i klientami, na rzecz których świadczył on usługi mają istotną wartość rynkową. W odniesieniu do zastrzeżonego Wykazu Dodatkowego Doświadczenia we wszystkich jego częściach, Wykonawca wskazuje, że czynnikiem o największym znaczeniu pod względem budowania konkurencyjności i tym samym posiadania przewag konkurencyjnych oraz wartości gospodarczej jego biznesu, jest posiadanie kompetentnych badaczy, umiających kierować projektami badawczymi oraz wykorzystywać zasoby sprzętowe i oprogramowanie badawcze. W sektorze badań opinii i rynku, aktualnie zdecydowanie łatwiej jest pozyskać zaplecze biurowe, oprogramowanie do prowadzenia analiz badawczych, sprzęt komputerowy, niż odpowiednio doświadczonych specjalistów w zakresie socjologii i badań społecznych oraz rynkowych czy specjalistów umiających odpowiednio wykorzystać zaplecze techniczne i uzyskanych tą drogą danych przeprowadzić odpowiednie wnioski. Sukces projektów definiują na rynku, na którym działa Konsorcjum, ludzie, a więc zasoby kadrowe Wykonawcy, które zostały zastrzeżone. Mając na uwadze specyfikę rynku usług badawczych, który rozwija się w dynamicznym tempie i zmienia się w wyniku łączenia/przejmowania spółek, fundamentem biznesu jest dysponowanie kierownikami projektów badawczych oraz badaczami, posiadającymi umiejętność inicjowania, koordynowania projektów, gromadzenia danych, kontroli tych danych oraz wiedzę o aktualnych technologiach analitycznych dot. pracy na bazach danych. W tym znaczeniu dane dotyczące osób wchodzących w skład zespołu Konsorcjum mają znaczną wartość gospodarczą, gdyż ewentualna utrata tych osób, uniemożliwiłaby prowadzenie dużych projektów badawczych jak przedmiot zamówienia i konkurencja w tym sektorze rynku, obejmującym największe pomiary społeczne i marketingowe w sektorze publicznym. Ewentualna utrata takich zasobów, stanowiłaby stratę wynikającą nie tylko z braku możliwości czasowego świadczenia tak zaawansowanych usług, ale też z kosztów

rekrutacji specjalistów i ich wdrażania w procedury i środowisko pracy obu podmiotów tworzących Konsorcjum. Obecnie proces rekrutacji i wdrożenia specjalisty o doświadczeniu porównywalnych do doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego dla Kierownika projektu to koszt rzędu 15.000,00 zł na potrzeby samej rekrutacji oraz koszt blisko 50.000,00 zł na wdrożenie (uwzględniając konieczność wypłaty wynagrodzenia w okresie wdrożenia). Działania rekrutacyjne nie tylko są elementem kosztochłonnym, ale też wymagają poświęcenie dodatkowych zasobów czasosobowych, by takie działania przeprowadzić. To z kolei wiąże się ze zmniejszeniem dostępności czasowej pracowników Wykonawcy na ubieganie się o udzielenie zamówień oraz realizację pozyskanych zamówień. Zmniejsza zatem znacznie efektywność działania przedsiębiorstwa i prowadzi do utraty potencjalnych zysków. Dla Wykonawcy będącego podmiotem świadczącym usługi na rynku badawczym, o jego sile, dynamice wzrostu i zasięgu działania, przesądzają przede wszystkim ludzie stanowiący jego główny zasób. Na rynku poszukiwani i cenieni są wysokiej klasy specjaliści, co powoduje konieczność zabezpieczania się Wykonawcy przed dostępem do danych o jego zasobach kadrowych. Dynamika rozwoju rynku badawczego powoduje, że zdobycie przez Wykonawcę pracowników, jest procesem wyjątkowo trudnym, czasochłonnym i kosztownym, często wymagającym korzystania ze wsparcia usług zewnętrznych firm rekrutacyjnych. Ponadto, już same informacje o tym, że dana osoba posiada konkretne doświadczenie, odpowiednie do wymagań stawianych w tym konkretnym zamawianym projekcie, ma bardzo dużą wartość gospodarczą, bowiem w przypadku jej pozyskania, może nasilić to chęć przejęcia konkretnej osoby, przez podmioty konkurencyjne, które w oparciu o wejście w posiadanie zastrzeżonych informacji, mogą podejmować próby „przekupienia” tej osoby i zaproponowania jej komplementarnego rozwoju przy podobnych dużych projektach, o które ubiega się Wykonawca na rynku publicznym i konkuruje o nie z innymi podmiotami. To z kolei może doprowadzić do uszczuplenia zasobów oraz tym samym osłabienia konkurencyjności Wykonawcy. Wartość gospodarcza tych informacji polega także na tym, że inne podmioty na podstawie poznania informacji niejawnych i zastrzeżonych, mogą nie tylko zaplanować przejęcie zasobów, ale też skierować te zasoby do pracy, ukierunkowanej na odebranie Wykonawcy realizowanych zamówień na skutek podjęcia bezpośredniej konkurencji z Wykonawcą i składania ofert odbiorcom jego usług. Taka praktyka na rynku występuje, bowiem już Wykonawca doznawał takich działań i nieuczciwej konkurencji ze strony innych uczestników rynku.

Biorąc pod uwagę specyfikę badania, do których Konsorcjum kieruje pracowników o dużej wiedzy i doświadczeniu z zakresu zarządzania badaniami, koordynacji, kontroli jakości oraz analityce danych - każde uszczuplenie zasobów kadrowych Konsorcjum może potencjalnie wygenerować problem z jakością i terminowością wykonywanych zadań.

Wszystkie przedstawione powyżej fakty pokazują, że rynek usług badawczych jest aktualnie polem bezwzględnej konkurencji o zasoby kadrowe. Przejawem tego jest opisane powyżej w szczególności zjawisko „przejmowania” pracowników, przed którym zabezpiecza Konsorcjum dokonane zastrzeżenie elementów w niniejszej ofercie jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Jednym z elementów przygotowania oferty, w sposób najbardziej efektywny dla realizacji zamówienia również pod względem finansowym, jest właściwe zestawienie zespołu osób zarówno pod kątem współpracy, efektywności działania, doświadczenia wzajemnie się uzupełniającego, jak również kosztu finansowego utrzymania personelu. Tego rodzaju dobór ekspertów nie jest elementem niezmiennym i zależy nie tylko od aktualnego stanu zatrudnienia czy współpracujących osób. Ma na to wpływ także rodzaj usługi w różnych jej aspektach i czynnikach, które mają wpływ na realizację zamówienia. art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odnosi się do całości informacji lub szczególnego zestawienia i zbioru ich elementów, które nie są powszechnie znane osobom zajmującym się tym rodzajem informacji. Dla ochrony tych informacji nie ma znaczenia, że osoby postronne mogą znać aktualnie, czy nawet po rozstrzygnięciu przetargu personalia osób zatrudnionych, czy współpracujących z przedsiębiorcą. Tajemnicy podlega bowiem zestawienie ekspertów do danego zamówienia do wygrania przetargu. (co potwierdza KIO w wyroku z dn. 23 czerwca 2020 r. (sygn. akt KIO/KU 30/20).

Warunkiem prawidłowej realizacji projektów o wysokim stopniu złożoności i skomplikowania jest zespół osób z odpowiednim doświadczeniem, wiedzą i cechami gwarantującymi powodzenie w realizacji przedsięwzięcia takimi jak np. analityczny umysł czy kreatywność.

Dobór osób do realizacji tego zamówienia stanowi szczególne zestawienie, które ma istotną wartość gospodarczą dla wykonawcy. Informacje o specjalistycznym doświadczeniu konkretnych osób nie są łatwo dostępne, nawet jeśli o samym fakcie zatrudnienia osoby przez wykonawcę wie szersza grupa osób.

Jak wskazano wcześniej, w WYKAZIE DODATKOWEGO DOŚWIADCZENIA załączonym do oferty zawarte są informacje o szczegółowym doświadczeniu pracowników i współpracowników Wykonawcy. Wykaz ekspertów wskazanych i opisanych w niniejszej ofercie stanowi tajemnicę handlową i posiadającą wartość gospodarczą. Wartość gospodarcza tych informacji przejawia się w taki sposób, że ewentualna utrata zasobów przez Wykonawcę na skutek przejęcia jego zasobów przez inne podmioty, doprowadziłaby go do strat, z uwagi na brak możliwości świadczenia na rynku podobnych usług. Posiadane zasoby kadrowe i ich odpowiednia alokacja w ramach realizowanych usług pozwala wykonawcy generować zyski w postaci wynagrodzenia za realizowane usługi, a utrata

poszczególnych członków zespołu naraża Wykonawcę na stratę, w postaci braku możliwości udziału w niektórych postępowaniach przetargowych. Straty te mogą sięgać równowartości przedmiotowego postępowania, a więc ponad 1,5 mln zł. Usługi mogą być świadczone wyłącznie przez wykwalifikowany personel, a badania tego zakresu jak przedmiotowe zamówienie, wymaga dla sukcesu swojej realizacji oddelegowania do jego wykonania komplementarnych i wysokiej jakości zasobów kadrowych. Dla podmiotów konkurujących na rynku badawczym, niezwykle ważnym źródłem wiedzy o zasobach kadrowych są właśnie wykazy osób. Brak objęcia takich wykazów tajemnicą przedsiębiorstwa lub ich bezpodstawne odtajnianie przez zamawiających prowadzić by mogło do tego, że konkurenci uzyskiwaliby za pośrednictwem tych dokumentów dostęp do przekrojowej i szczegółowej wiedzy na temat kompetencji, kwalifikacji i doświadczenia personelu oraz podejmować mogli w oparciu o to aktywne działania mające na celu "odebranie" firmom potrzebnych im specjalistów. Według przeprowadzonego anonimowego badania ankietowego Pax Inside Survey w IBC Advisory SA, tylko w roku 2021 wśród 73 współpracujących na stałe specjalistów, aż 23 otrzymało konkurencyjne oferty pracy. Tak niska liczebność zasobów narażonych na zewnętrzny kontakt i przejęcia, jest skutkiem tego, że Wykonawca zastrzega szczegółowe informacje na temat doświadczenia osób, ich wiedzy oraz praktyki w powiązaniu z realizacją przez nich konkretnych projektów badawczych, a także wynika z tego, że nie publikuje on informacji o wszystkich swoich zasobach w sferze publicznej. Wykonawca ma świadomość, że jego pracownicy są obiektem opisanych powyżej praktyk i dokonane w niniejszej ofercie zastrzeżenie jest właśnie istotnym elementem ochrony przedsiębiorstw tworzących Konsorcjum przed agresywnymi praktykami konkurencji.

Niezależnie od wykazanej powyżej wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, Wykonawca podnosi również, że zastrzeżone informacje spełniają też pozostałe przesłanki ustawowej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, tj. nie są powszechnie znane lub łatwo dostępne jako całość lub w szczególnym zestawieniu, a ponadto Konsorcjanci nieustannie podejmują w stosunku do tych informacji intensywne działania mające na celu utrzymanie ich w poufności. Wymaga również podkreślenia, że wszyscy pracownicy i współpracownicy Konsorcjantów, na podstawie stosownych klauzul umownych, zobowiązani są do przestrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym do nieudostępniania informacji związanych z realizowanymi projektami. Wartością chronioną przez wykonawcę jest informacja o podmiotach, z którymi współpracuje, w tym o pracownikach, których zatrudnia. Oczywistym jest zatem, że takie dane jak imię, nazwisko, wykształcenie, doświadczenie danej osoby czy jej kwalifikacje, powiązane z konkretnymi projektami i zamawiającymi, są danymi dotyczącymi tej konkretnej osoby. Ochronie nie podlega jednak informacja, że dana osoba nazywa się w określony sposób, czy też - że ma ona takie bądź inne doświadczenie,

lecz informacja, że wykonawca dysponuje taką właśnie, doświadczoną bądź wykwalifikowaną osobą o konkretnym imieniu i nazwisku zdolną do realizacji konkretnych zobowiązań. Nie ulega zatem wątpliwości, że wykonawca ma prawo chronić dostęp do wartościowych zasobów. Ponieważ w tym przypadku zasobem takim są poszczególni pracownicy/współpracownicy, do których dostęp można uzyskać posiadając wiedzę o ich imieniu i nazwisku, dane te winny być z pewnością objęte ochroną jako informacja posiadająca dla wykonawcy wartość gospodarczą. Ochroną winny być objęte również wszelkie inne informacje, które w jakikolwiek sposób umożliwiają identyfikację takiej osoby (w szczególności konkretne dane dotyczące projektów, w których ta osoba brała udział).

Zastrzeżone w niniejszej ofercie informacje mają więc istotną opisaną powyżej wartość gospodarczą. Dane w nich zamieszczone stanowią krytyczną i niezwykle ważną wartość dla Konsorcjum, w związku z czym nie mogą być ujawniane oraz nie mogą być udostępniane innym wykonawcom oraz wszelkim innym podmiotom (z wyjątkiem publicznych organów kontrolnych lub organów upoważnionych do rozpoznawania środków ochrony prawnej). W tej konkretnej sytuacji, potrzeba ochrony indywidualnego interesu Wykonawcy doznaje więc prymatu nad umożliwieniem wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu realizacji zasady jawności w postaci prawa do zapoznania się z zawartością zastrzeżonej części jego oferty. Tajemnicą handlową jest tu posiadanie określonego potencjału ludzkiego, który umożliwia konkurowanie pod względem doświadczenia pracowników i współpracowników z innymi podmiotami. Znaczenie gospodarcze dla innych uczestników rynku wykazu osób Konsorcjum, w szczególności dla tych, którzy biorą udział w postępowaniu przetargowym jest bardzo istotne.

Zastrzeżone w niniejszej ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje należy traktować jako jedną całość i nie mogą być one wybiórczo wyciągane z kontekstu oraz wtórnie ujawniane w sposób nawet wrywkowy lub częściowy. Takie postępowanie może bowiem doprowadzić do ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca, co omówiono powyżej podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich poufności. Działania w szczególności polegały także na tym, że Wykonawca zobowiązał wszystkie osoby uczestniczące w przygotowaniu oferty do zachowania poufności w zakresie nieujawniania tych informacji. Należy dodać, że Wykonawca ściśle kontroluje liczbę i charakter osób mających dostęp do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa zawartych w złożonej ofercie. Żadne informacje w niniejszej ofercie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa nie są udostępniane osobom nieupoważnionym tj. pracownikom Wykonawcy którzy prawa dostępu do nich nie posiadają. Ujawnienie zastrzeżonych informacji doprowadziłoby do zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów

Wykonawcy i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia zastrzeżonych informacji.

Ponadto wskazujemy, że informacje zastrzeżone w ofercie nie są powszechnie znane. Informacje te stanowią bowiem wyłączną wiedzę Wykonawcy, który sporządził wykaz. Zastrzeżenie informacji o osobach w części, która dotyczy usług dla jednostek sektora finansów publicznych, wynika z faktu, że jakiegokolwiek dane dotyczące realizacji tych usług (wyniki/raporty/prezentacje) w ścisłym powiązaniu ich z Wykonawcą i jego przedstawicielem prowadzącym usługę, nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej. Możliwy jest zatem do ustalenia jedynie fakt dotyczący realizacji konkretnych zamówień przez konkretny podmiot, natomiast nie jest możliwe w oparciu o wiedzę powszechnie dostępną połączenie konkretnego wykazywanego projektu z konkretną osobą, która dany projekt (przedstawione w wykazie osób świadczenie) zrealizowała.

Ujawnienie informacji zastrzeżonych na mocny niniejszego uzasadnienia jako tajemnica przedsiębiorstwa, może doprowadzić Wykonawcę do doznania przezeń szkody, w wyniku związku przyczynowoskutkowego między ujawnieniem informacji, a zmniejszeniem konkurencyjności Wykonawcy oraz ograniczeniem możliwości udziału w postępowaniach przetargowych, które wymagają od wykonawców posiadania określonych zasobów kadrowych. Skalą realną tej szkody byłyby utracone przychody (sięgające nawet 3 mln zł w skali kwartału, gdyż jest to minimalny czas konieczny do pozyskania wysokiej klasy specjalisty drogą rekrutacji), koszty rekrutacyjne (min. 15.000,00 zł), koszty wdrażania nowych pracowników które szacowane są jako równowartość rocznego wynagrodzenia dla każdego utraconego pracownika przejętego przez podmiot konkurencyjny. Realna skala takiej szkody jest więc istotna.

Wykonawca, zastrzegając tajemnicę w ofercie, również odpowiednio przygotował i oznaczył ofertę i składane z nią oświadczenia. Komunikacja z zamawiającym zawierająca takie informacje jest chroniona a dostęp do niej posiada ograniczone grono osób.

Pismem z dnia 17 lutego 2023 roku zamawiający wskazał, co następuje:

W imieniu Zamawiającego, Gminy Miejskiej Kraków - Urzędu Miasta Krakowa informuję, że w postępowaniu pn.: „Badania ankietowe podróży w ramach Kompleksowych Badań Ruchu w Krakowskim Obszarze Metropolitalnym 2023 - powtórzenie”, Konsorcjum: Lider: IBC Advisory Spółka Akcyjna, ul. Mokotowska 1, 00-640 Warszawa, Członek konsorcjum: Centrum Badań Marketingowych INDICATOR Sp. z o.o., ul. Świętojerska 5/7, 00-236 Warszawa, Członek konsorcjum: MWG Studio sp. z o. o., ul. Szafirowa 11, 04-954 Warszawa:

1) skutecznie objęło tajemnicą przedsiębiorstwa:

- wykaz dodatkowego doświadczenia kierownika badań ankietowych (2 strony),
- wyjaśnienia w zakresie ceny oraz dowody, dotyczące wyliczenia ceny i istotnych części składowych złożonej oferty (17 stron),
- wykaz wykonanych usług, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.1. SWZ (1 strona),
- wykaz osób, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.2. SWZ (1 strona).

Konsorcjum wykazało istnienie tajemnicy przedsiębiorstwa zgodnie z wymogami przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przywołanymi w art. 8 ust. 3 ustawy oraz powtórzonymi także w pkt 10.13. oraz 10.14. SWZ.

2) nieskutecznie objęło tajemnicą przedsiębiorstwa referencje potwierdzające należyte wykonanie usług, wskazane w wykazie dodatkowego doświadczenia kierownika badań ankietowych (informacja o bezskuteczności zastrzeżenia została przekazana Konsorcjum 6 lutego br.).

W dniu 20 lutego 2023 roku odwołujący w korespondencji mailowej skierowanej do zamawiającego stwierdził, co następuje:

Po analizie udostępnionych nam w dniu 17.02.2023 referencji na potwierdzenie dodatkowego doświadczenia kierownika badań ankietowych, złożonych przez Konsorcjum: Lider: IBC Advisory Spółka Akcyjna, ul. Mokotowska 1, 00-640 Warszawa, Członek konsorcjum: Centrum Badań Marketingowych INDICATOR Sp. z o.o., ul. Świętojerska 5/7, 00-236 Warszawa, Członek konsorcjum: MWG Studio sp. z o. o., ul. Szafirowa 11, 04-954 Warszawa zwracamy uwagę, że:

1. W referencjach mowa jest o badaniu kierowców, a nie mieszkańców.
2. W dokumencie występuje sprzeczność: we wstępie napisano o badaniu kierowców, natomiast w wyszczególnieniu projektów o badaniu gospodarstw domowych.
3. Wskazane w wyszczególnieniu próby nie spełniają zapisanych w SIWZ kryteriów uzyskania dodatkowych punktów (5 000 gospodarstwa lub 10 000 osób) – w referencje wskazują na próby nieco powyżej 5 000 osób (kierowców – zatem tylko wybranych członków gospodarstwa domowego).
4. Tematyka badań, na które powołuje się Oferent jest opisana na jego stronie internetowej: <https://indicator.pl/co-oferujemy/specjalizacje> w sekcji „RYNEK

MOTORYZACYJNY". Analiza tej treści wskazuje, że badania realizowane przez CBM INDICATOR na zlecenie GiPA nie odpowiadają definicji kompleksowych badań ruchu.

5. *Badania opisane w referencjach są realizowane raz do roku, na próbach 2-3 tys. kierowców. Przeczytać o tym można na stronach GiPA:*

a. *ogólnie o badaniach: <https://www.gipa.eu/pl/our-solutions/#1452242731488-9d87ac8f-6ac8>*

b. *harmonogram badań w 2023 roku: <https://www.gipa.eu/pl/plenary/>.*

W dniu 20 lutego 2023 roku zamawiający wystosował do przystępującego pismo następującej treści:

W imieniu Zamawiającego, Gminy Miejskiej Kraków - Urzędu Miasta Krakowa, działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej ustawą, wzywam do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych przedmiotowych środków dowodowych.

Wykonawca wraz z ofertą złożył m.in. referencje na potwierdzenie należytego wykonania usług, wskazanych w wykazie dodatkowego doświadczenia kierownika badań ankietowych, zrealizowanych dla GiPA S.A.

W związku z powyższym wzywam do złożenia wyjaśnień złożonych referencji poprzez doprecyzowanie, kto podlegał badaniu ankietowemu - w ramach gospodarstw domowych przywołanych w treści wystawionych referencji - oraz o wskazanie głównych elementów ankiet (pytań) - potwierdzających, że ankiety te zawierały pytania charakterystycznych dla kompleksowych badań ruchu (o ile potwierdzenie odpowiada faktom). Charakterystyczne pytania dla kompleksowych badań ruchu winny zawierać pytania dotyczące źródeł i celów wykonanych podróży, wykorzystanych środków komunikacji, motywacji podróży oraz czasu zrealizowanych podróży.

Dodatkowo, w składanych wyjaśnieniach, proszę o ustosunkowanie się do zastrzeżeń, podniesionych przez jednego z konkurencyjnych Wykonawców, kwestionującego charakter przedstawionych Zamawiającemu badań, poprzez zwrócenie uwagi na następujące okoliczności cyt.:

1. *W referencjach mowa jest o badaniu kierowców, a nie mieszkańców.*

2. *W dokumencie występuje sprzeczność: we wstępie napisano o badaniu kierowców, natomiast w wyszczególnieniu projektów o badaniu gospodarstw domowych.*

3. Wskazane w wyszczególnieniu próby nie spełniają zapisanych w SIWZ kryteriów uzyskania dodatkowych punktów (5 000 gospodarstwa lub 10 000 osób) - referencje wskazują na próby nieco powyżej 5 000 osób (kierowców - zatem tylko wybranych członków gospodarstwa domowego).

4. Tematyka badań, na które powołuje się Oferent jest opisana na jego stronie internetowej: <https://indicator.pl/co-oferujemy/specjalizacje> w sekcji „RYNEK MOTORYZACYJNY”. Analiza tej treści wskazuje, że badania realizowane przez CBM INDICATOR na zlecenie GiPA nie odpowiadają definicji kompleksowych badań ruchu.

5. Badania opisane w referencjach są realizowane raz do roku, na próbach 2-3 tys. kierowców. Przeczytać o tym można na stronach GiPA:

a. ogólnie o badaniach: <https://www.gipa.eu.pl/our-solutionis/#145224273M88-9d87ac8f-6ac8>

b. harmonogram badań w 2023 roku: <https://www.gipa.eu/pl/plenary/>.

Zamawiający podkreśla, iż treść niniejszego wezwania odnosi się do referencji, które nie zostały skutecznie objęte przez Konsorcjum tajemnicą przedsiębiorstwa (stanowią część oferty).

Pismem z dnia 22 lutego 2023 roku przystępujący udzielił następującej odpowiedzi:

Na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) wyjaśniam, że badaniu ankietowym (w ramach gospodarstw domowych przywołanych w treści wystawionych przez GiPA referencji) – dalej jako „Badania” podlegały osoby zamieszkujące te gospodarstwa, podejmujące decyzje w zakresie korzystania z komunikacji samochodowej oraz środków transportu publicznego. Badania analizowały i mierzyły bowiem zachowania komunikacyjne związane z korzystaniem z transportu samochodowego oraz innych środków mobilności (komunikacja publiczna, rowery na minuty, hulajnogi elektryczne, car sharing, car pooling). Analizie podlegały źródła i cele podróży (realizowane w dni robocze, wolne od pracy i święta), pokonywane odległości, motywacje, wykorzystywane środki komunikacji i transportu oraz czas podróży.

Badania polegały na realizacji wywiadów z członkami gospodarstw domowych, co wynika z zastosowanej w celu ich wykonania metody doboru próby „random route”. Metoda ta losowała punkty startowe w badanych gospodarstwach domowych. Wyjaśniam także, że określenie „Badania kierowców” to nazwa własna, odnosząca się do badań realizowanych na zlecenie GiPA, określająca ich społeczny charakter.

Na stronie internetowej CBM Indicator Sp. z o.o. oraz GiPA przedstawione są tylko wybrane informacje o charakterze ogólnym dotyczące świadczonych usług i prowadzonej działalności. W żadnym wypadku nie znajdują się tam konkretne i wyczerpujące dane merytoryczne, dotyczące konkretnych projektów badawczych, takie jak całkowita i ostateczna wielkość próby, ostateczna i całkowita grupa docelowa, pełna struktura próby czy kompletne narzędzia badawcze. Celem informacji zamieszczanych na stronach spółki CBM Indicator Sp. z o.o. oraz GiPA jest dostarczanie użytkownikom jedynie ogólnej wiedzy na temat szerokiej działalności tych podmiotów. Spółka CBM Indicator Sp. z o.o. dokłada wszelkich starań, aby przedstawiane informacje na jej stronie internetowej były aktualne, jednakże nie przekazuje tą drogą pełnych i wyczerpujących danych na temat świadczonych usług, w związku z czym nie może wykluczyć ryzyka wystąpienia na tej stronie błędów lub braków. Spółka CBM Indicator Sp. z o.o. nie udziela użytkownikom strony gwarancji kompletności, rzetelności lub terminowości informacji w niej zawartych oraz żadnych gwarancji lub innych warunków umownych jakiegokolwiek rodzaju, wyrażonych wprost lub nawet dorozumianych. Informacje zawarte na stronie internetowej CBM Indicator nie powinny być interpretowane jako pełny ogląd realizowanych przez tę spółkę zobowiązań. Każdy użytkownik strony powinien zwrócić się do CBM Indicator Sp. z o.o. w celu uzyskania wiążących informacji przed dokonaniem interpretacji i wnioskowania z ogólnych informacji zawartych na tej stronie. Wniosek o udzielenie takiej informacji nie został od żadnego uczestnika przedmiotowego postępowania do CBM Indicator Sp. z o.o. doręczony.

Wskazane wyżej wyjaśnienia przystępujący zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 23 lutego 2023 roku zamawiający poinformował przystępującego, że dokonane przez niego zastrzeżenie uznaje za bezskuteczne. W tym samym dniu zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej.

Stan faktyczny Izba ustaliła na podstawie dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym: specyfikacji warunków zamówienia, oferty przystępującego, protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pisma zamawiającego z 17 lutego 2023 roku, korespondencji mailowej odwołującego z 20 lutego 2023 roku, pisma zamawiającego z 20 lutego 2023 roku, pisma przystępującego z 22 lutego 2023 roku, pism zamawiającego z 23 lutego 2023 roku.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 18 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie ujawnienia dokumentów złożonych przez przystępującego: „wykaz dodatkowego doświadczenia kierownika badań ankietowych”, „wykaz wykonanych usług, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.1. SWZ”, „wykaz osób, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.2. SWZ”.

W pozostałym zakresie odwołanie jest bezzasadne i podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Odnosząc się do uwzględnionego zarzutu, Izba wskazuje, co następuje:

Izba wskazuje, że jedną z zasad udzielania zamówień publicznych, zawartą w art. 18 ust. 1 ustawy P.z.p., jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia. Zasada ta gwarantuje transparentność prowadzonego postępowania i pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odstępstwo od tej zasady, zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy P.z.p., może zostać ograniczone tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Stosownie do art. 18 ust. 3 ustawy P.z.p., 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.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1010 ze zm.), przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Tym samym, określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełniają łącznie trzy warunki:

- mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadają wartość gospodarczą,
- informacje te jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób
- podjęto w stosunku do nich działania w celu zachowania poufności.

Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00).

Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje.

Przedsiębiorca ma obowiązek podjęcia działań, które zgodnie z wiedzą i doświadczeniem zapewnią ochronę informacji przed upowszechnieniem, czy - ściślej mówiąc - ujawnieniem. Ocena ma być dokonana *ex ante*, a nie *ex post*. Działanie przedsiębiorcy musi doprowadzić do powstania warunków stwarzających duże prawdopodobieństwo, że informacja pozostanie nieujawniona. Tak więc, dopóki sam przedsiębiorca, nie podejmie działań bezpośrednio zmierzających do zachowania danych informacji w poufności, nie można mówić o tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba stoi na stanowisku, iż użyte przez ustawodawcę w art. 18 ust. 3 ustawy P.z.p. sformułowanie zobowiązujące wykonawcę do „wykazania”, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć jako obowiązek „dowiedzenia”, że informacje te mają właśnie taki charakter. Podkreślić należy, że jawność postępowania jest zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie ogólnych i gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia.

Stanowisko Izby wyrażone w wyroku stanowi kontynuację ugruntowanej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej. I tak, zgodnie z wyrokiem z dnia 13 marca 2018 r., sygn. akt: KIO 315/18, zasadność dokonania zastrzeżenia powinna być dokonywana na podstawie podanych przez danego wykonawcę argumentów, a nie samego charakteru zastrzeżonych informacji. Taka argumentacja winna być poparta dowodami, gdyż wykazanie z tym się niewątpliwie wiąże. Z kolei w wyroku z 10 marca 2016 r., sygn. akt: KIO 223/16,

KIO 224/16, KIO 225/16, KIO 228/16 Izba wskazała, że dla prawidłowego wykazania, o którym mowa przepisie art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p., nie wystarczą jedynie gołosłowne i ogólnikowe twierdzenia, bez odniesienia się do konkretnych faktów, działań itd.

Odnosząc powyższe do przedmiotowego postępowania, Izba wskazuje, że przystępujący w treści pisma, w którym zastrzegł informacje znajdujące się w określonych dokumentach, poinformował o wdrożeniu w spółkach będących członkami konsorcjum przystępującego wewnątrznych polityk bezpieczeństwa. Przystępujący wskazał założenia wdrożonych polityk bezpieczeństwa, m.in. niepodawanie do publicznej wiadomości danych dotyczących osób zatrudnionych i współpracujących, umożliwianie dostępu do informacji niejawnych i zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wyłącznie na podstawie pisemnych upoważnień udzielanych okresowo przez zarząd lub osoby umocowane do zarządzania kadrami w spółkach, zasadach określających sposoby zabezpieczenia telefonów, sprzętu komputerowego, infrastruktury biurowej i dokumentacji, przestrzeni w biurach spółek, bezpieczeństwo poczty e-mail oraz systemów łączności bezprzewodowej i sieciowej. Podkreślił też, że wiedzą na temat zastrzeżonych informacji dysponuje jedynie pewien ograniczony krąg osób, zobowiązanych do zachowania ich poufności, jak pracownicy lub inne osoby którym nadano do nich dostęp, które zostały zobowiązane do zachowania poufności.

Powyższe informacje nie zostały jednak w żaden sposób udowodnione. Przystępujący nie przedłożył ani polityk bezpieczeństwa, które – zgodnie z treścią jego pisma – zostały wdrożone u wszystkich członków konsorcjum, ani przykładowych upoważnień zarządu lub umocowanych osób, uprawniających do dostępu do informacji zastrzeżonych, ani też zobowiązań do zachowania określonych informacji w poufności. Podkreślenia wymaga, że – skoro dokumenty te funkcjonują u wszystkich członków konsorcjum przystępującego – nic nie stało na przeszkodzie, by złożyć je jako dowody uzasadniające zastrzeżenie określonych dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Brak takich dowodów nie pozwala uznać dokonanego zastrzeżenia za skuteczne.

Jednocześnie Izba wskazuje, że informacje o osobach, które będą wykonywać zamówienie wraz z informacją o ich kwalifikacjach, stanowić mogą tajemnicę przedsiębiorstwa. Taki wniosek wypływa m.in. z wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie, sygn. V Ca 421/07 oraz z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 maja 2013 r., sygn.. akt: KIO 908/13.

Izba uznała za nieuzasadnione zarzuty dokonania wyboru oferty przystępującego, mimo że nie jest ona ofertą najkorzystniejszą, co narusza art. 239 ustawy P.z.p., ewentualnie, zaniechania wezwania przystępującego do wyjaśnienia treści złożonych

dokumentów mimo że budzą one uzasadnione wątpliwości, co narusza art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odwołujący podniósł, że ze złożonego listu referencyjnego wynika, że badania były prowadzone na próbach nieznacznie przekraczających 5 tysięcy kierowców. Co prawda, referencje zostały w ewidentny sposób zmodyfikowane, tak aby użyć słowa „gospodarstw domowych” zamiast „respondentów”, jednakże logika i zasady doświadczenia życiowego wskazują, że badania kierowców są prowadzone na pojedynczych osobach, nie zaś na całych ich gospodarstwach domowych, oczywistym jest bowiem, że w jedynie bardzo niewielkiej części gospodarstw domowych, wszyscy ich członkowie są kierowcami. Ponadto podniósł, że na stronie internetowej jednego z członków Konsorcjum (<https://indicator.pl/co-oferujemy/specjalizacje>), wskazano, że badania te nie były prowadzone na próbach ponad 5 tysięcy respondentów (a tym bardziej gospodarstw domowych), a na próbach o połowę mniejszych (2-3 tysiące osób). Z treści listu referencyjnego wynika ponadto, że wykonane badania kierowców były badaniami ogólnopolskimi, nie zaś badaniami prowadzonymi dla wyodrębnionej jednostki terytorialnej. Definicję legalną jednostki terytorialnej zawiera rozporządzenie (WE) nr 1059/2003 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 maja 2003 roku w sprawie ustalenia wspólnej klasyfikacji Jednostek Terytorialnych do Celów Statystycznych (NUTS) (Dz. Urz. UE L 154 z 21.06.2003), zgodnie z którym na obszarze Polski istnieje 7 jednostek terytorialnych NUTS 1 (makroregiony grupujące województwa), 17 NUTS 2 (regiony – województwa lub ich części) i 73 NUTS 3 (podregiony grupujące powiaty). Polska jako całość nie jest natomiast jednostką terytorialną, a państwem, czyli formą organizacji społeczeństwa, uznawaną za podmiot prawa międzynarodowego. List referencyjny i informacje ze strony internetowej, wskazują ponadto, że badania powołane w wykazie były ograniczone do kierowców i nie obejmowały zachowań komunikacyjnych innych mieszkańców. Zdaniem odwołującego, badania referencyjne powinny być maksymalnie zbliżone do badań przewidzianych postępowaniem. Na gruncie niniejszej sprawy trudno uznać, by doświadczenie kierownika w prowadzeniu badań, np. satysfakcji kierowców ze stosowanego oleju silnikowego, mogło mieć jakikolwiek wpływ na jakość prowadzonych badań zachowań komunikacyjnych, obejmujących nie tylko kierowców, ale również osoby przemieszczające się pieszo, rowerem, hulajnogą czy też różnymi środkami komunikacji zbiorowej, wymienionym w załączniku 12 do SWZ (tabela A4a).

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że powyższe zarzuty były w większości przedmiotem wyjaśnień, o które zamawiający zwrócił się do przystępującego w dniu 20 lutego 2023 roku. Przystępujący w wyjaśnieniach z dnia 22 lutego 2023 roku wyjaśnił, iż badaniom ankietowym w ramach gospodarstw domowych podlegały osoby zamieszkujące te gospodarstwa, podejmujące decyzje w zakresie korzystania z komunikacji samochodowej

oraz środków transportu publicznego. Badania analizowały i mierzyły bowiem zachowania komunikacyjne związane z korzystaniem z transportu samochodowego oraz innych środków mobilności (komunikacja publiczna, rowery na minuty, hulajnogi elektryczne, car sharing, car pooling). Analizie podlegały źródła i cele podróży (realizowane w dni robocze, wolne od pracy i święta), pokonywane odległości, motywacje, wykorzystywane środki komunikacji i transportu oraz czas podróży. Badania polegały na realizacji wywiadów z członkami gospodarstw domowych, co wynika z zastosowanej w celu ich wykonania metody doboru próby „random route”. Metoda ta losowała punkty startowe w badanych gospodarstwach domowych. Określenie „Badania kierowców” to nazwa własna, odnosząca się do badań realizowanych na zlecenie GiPA, określająca ich społeczny charakter. Przystępujący wskazał, że na stronie internetowej CBM Indicator Sp. z o.o. oraz GiPA przedstawione są tylko wybrane informacje o charakterze ogólnym dotyczące świadczonych usług i prowadzonej działalności. W żadnym wypadku nie znajdują się tam konkretne i wyczerpujące dane merytoryczne, dotyczące konkretnych projektów badawczych, takie jak całkowita i ostateczna wielkość próby, ostateczna i całkowita grupa docelowa, pełna struktura próby czy kompletne narzędzia badawcze. Celem informacji zamieszczanych na stronach spółki CBM Indicator Sp. z o.o. oraz GiPA jest dostarczanie użytkownikom jedynie ogólnej wiedzy na temat szerokiej działalności tych podmiotów.

Izba wskazuje, że z treści odwołania wynika, że odwołujący, konstruując odwołanie, oparł się wyłącznie na treści oferty przystępującego, konfrontując ją z postanowieniami SWZ. Odwołujący nie wziął pod uwagę i w żaden sposób nie odniósł się do wyjaśnień przystępującego z dnia 22 lutego 2023 roku.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p., w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Podkreślenia wymaga, że wyjaśnienia treści oferty, o których mowa w art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p., służyć mają rozwianiu wątpliwości, które wynikają zarówno z niejasnych lub sprzecznych ze sobą dokumentów załączanych do oferty, jak i z samej treści oferty. Uruchomienie procedury z art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. oznacza, że zamawiający miał wątpliwości co do jednoznacznego stwierdzenia o zgodności lub niezgodności oferty z warunkami zamówienia, których rozwianie może nastąpić wyłącznie przy udziale wykonawcy. W rozpoznawanym przypadku wątpliwości te wynikały w dużej mierze z

okoliczności, na które odwołujący zwrócił uwagę zamawiającego w korespondencji mailowej z dnia 20 lutego 2023 roku. Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach odniósł się do każdego z aspektów, o które był pytany. Odwołujący w odwołaniu winien zatem uwzględnić nie tylko treść złożonej przez przystępującego oferty, ale także treść złożonych do niej wyjaśnień. Brak ustosunkowania się do treści wyjaśnień oznacza, że odwołujący, przy sporządzaniu i uzasadnianiu zarzutów odwołania, nie uwzględnił wszystkich okoliczności mających wpływ na wynik postępowania. Czynności zamawiającego polegające na ocenie oferty przystępującego w kontekście złożonych przez niego wyjaśnień, jako nieobjęte zarzutami odwołania, nie były zatem przedmiotem badania Izby. Zarzut podniesiony w tym zakresie nie mógł zatem zostać uwzględniony, jako że odwołujący nie zakwestionował treści złożonych wyjaśnień ani ich oceny dokonanej przez zamawiającego.

Izba oddaliła wnioski odwołującego o przeprowadzenie dowodów z treści strony internetowej podmiotu INDICATOR (jednego z członków konsorcjum przystępującego) na okoliczność zawartych tam informacji oraz ze strony internetowej GUS na okoliczność wykazania przeciętnej liczby osób w jednym gospodarstwie domowym. Izba wskazuje, że wobec oddalenia zarzutu z uwagi na brak odniesienia się odwołującego do wszystkich okoliczności faktycznych mających wpływ na ocenę zarzutu, fakty mające być przedmiotem dowodu nie mają dla rozstrzygnięcia sprawy istotnego znaczenia (argumentacja *a contrario* z art. 531 ustawy P.z.p.).

Jedyną kwestią, która nie była przedmiotem wyjaśnień, a została wskazana jako jeden z argumentów uzasadniających podniesiony zarzut, jest okoliczność, iż – jak to zostało podniesione w odwołaniu - badania kierowców były badaniami ogólnopolskimi, nie zaś badaniami prowadzonymi dla wyodrębnionej jednostki terytorialnej. Odwołujący powołał się na definicję legalną jednostki terytorialnej, zawartą w rozporządzeniu (WE) nr 1059/2003 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 maja 2003 roku w sprawie ustalenia wspólnej klasyfikacji Jednostek Terytorialnych do Celów Statystycznych (NUTS) (Dz. Urz. UE L 154 z 21.06.2003), zgodnie z którym na obszarze Polski istnieje 7 jednostek terytorialnych NUTS 1 (makroregiony grupujące województwa), 17 NUTS 2 (regiony – województwa lub ich części) i 73 NUTS 3 (podregiony grupujące powiaty). Polska jako całość nie jest natomiast jednostką terytorialną, a państwem, czyli formą organizacji społeczeństwa, uznawaną za podmiot prawa międzynarodowego.

W ocenie Izby stanowisko odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Jak wynika z treści preambuły wskazanego wyżej rozporządzenia (motyw 3), ma ono zastosowanie do danych statystycznych Państw Członkowskich przekazywanych do Komisji, które to dane powinny w miarę możliwości uwzględniać klasyfikację NUTS. Przepisy rozporządzenia nie

mają zatem bezwzględnie do badań innych niż wskazane w rozporządzeniu. Podkreślić należy, że brak jest możliwości skutecznego podniesienia zarzutu, że wykonawca nie spełnia wymogów wynikających z definicji jednostki terytorialnej, w sytuacji, w której nie istnieje legalna definicja jednostki terytorialnej mająca zastosowanie w danym postępowaniu, a zamawiający nie sformułował takiej definicji w dokumentach postępowania.

Odnosząc się natomiast do ostatniego zarzutu, Izba wskazuje, że mimo że został on podniesiony ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu pierwszego, jest on oczywiście bezzasadny. Zamawiający wezwał bowiem przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, co wynika z ustaleń dokonanych w sprawie. Zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień nie znajduje zatem podstaw.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 9 ust. 3 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

