

**WYROK**  
**z dnia 27 kwietnia 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Daniel Konicz**

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 i 23 kwietnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 kwietnia 2015 r. przez Odwołującego – Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Skarb Państwa – Główny Inspektorat Transportu Drogowego w Warszawie, przy udziale:

1. wykonawcy Matic sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
2. wykonawcy ITexpert sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego – Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:.....**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Skarb Państwa – Główny Inspektorat Transportu Drogowego w Warszawie prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.759 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Wytworzenie, rozwój i utrzymanie rozwiązania informatycznego OpenBTM dla potrzeb Biura ds. Transportu Międzynarodowego w ramach Głównego Inspektoratu Transportu Drogowego” (znak sprawy: BDG.ZPB.230.29.2014), zwane dalej „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 grudnia 2014 r., pod nr 2014/S 246-434421.

W dniu 1 kwietnia 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta wykonawcy IT.expert sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 10 kwietnia 2015 r. do Prezesa Izby wpłynęło odwołanie wykonawcy Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie (dalej: „Odwołujący”), w którym zakwestionowano:

1. przyznanie przez Zamawiającego ofercie Odwołującego zbyt małej ilości punktów w kryterium „Ocena funkcjonalno-techniczna zaproponowanego rozwiązania” oraz niewłaściwego miejsca w rankingu ofert,
2. ocenę oferty Odwołującego w kryterium „Ocena funkcjonalno-techniczna zaproponowanego rozwiązania” niezgodnie z określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) kryteriami ocen,
3. ocenę oferty Odwołującego w kryterium „Ocena funkcjonalno-techniczna zaproponowanego rozwiązania” niezgodnie z określonymi w SIWZ zasadami oceny ofert w kryterium „Ocena funkcjonalno-techniczna zaproponowanego rozwiązania”,
4. zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawców: IT.expert sp. z o.o. (dalej: „Wykonawca ITe”), Transition Technology S.A. (dalej: „Wykonawca TT”), Matic sp. z o.o. (dalej: „Wykonawca M”), Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. (dalej: „Wykonawca P”), Isolution sp. z o.o. sp. k. (dalej: „Wykonawca I”), jako niejawnych części ofert (zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa) wskazanych w odwołaniu oraz wszystkich wyjaśnień i uzupełnień

ofert ww. wykonawców, a także całości korespondencji pomiędzy Zamawiającym a ww. wykonawcami, pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 Pzp przez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy ITe,
2. art. 2 pkt 5 w zw. z art. 7 Pzp przez wybranie jako oferty najkorzystniejszej oferty Wykonawcy ITe,
3. art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 Pzp przez:
  - 3.1. przyznanie ofercie Odwołującego nieprawidłowej ilości punktów w kryterium „Ocena funkcjonalno-techniczna zaproponowanego rozwiązania” z naruszeniem kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, tj. przyznanie zbyt małej ilości punktów,
  - 3.2. ocenę oferty Odwołującego w kryterium „Ocena funkcjonalno-techniczna zaproponowanego rozwiązania” z naruszeniem zasad oceny ofert określonych w SIWZ dla tego kryterium, tj. brak uzasadnienia dla oceny oferty oraz przyznanej ilości punktów,
4. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 96 ust. 3 zd. drugie Pzp przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez ww. wykonawców, jako niejawnych części ich ofert (zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa) wskazanych w odwołaniu oraz wszystkich wyjaśnień i uzupełnień ofert ww. wykonawców, a także całości korespondencji pomiędzy Zamawiającym a ww. wykonawcami, pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie:

1. unieważnienia czynności oceny ofert,
2. odtajnienia (ujawnienia) zastrzeżonych przez ww. wykonawców jako niejawnych części ich ofert w(zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa) wskazanych w odwołaniu oraz wszystkich wyjaśnień i uzupełnień ofert ww. wykonawców, a także całości korespondencji pomiędzy Zamawiającym a ww. wykonawcami,

3. przyznania ofercie Odwołującego większej ilości punktów w kryterium „Ocena funkcjonalno-techniczna zaproponowanego rozwiązania” zgodnie z uzasadnieniem odwołania,
4. dokonania ponownej oceny ofert uwzględniającej kryteria oceny ofert oraz zasady oceny ofert zgodne z SIWZ,
5. wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust 1 Pzp oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów Pzp. Odwołujący jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 Pzp i ubiega się o udzielenie zamówienia. W wyniku zaskarżonych czynności i zaniechań Zamawiającego Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

**I. Dokonanie oceny oferty Odwołującego w kryterium „Ocena funkcjonalno-techniczna zaproponowanego rozwiązania” niezgodnie z postanowieniami SIWZ. Przyznanie ofercie Odwołującego zbyt małej ilości w ww. kryterium**

Odwołujący wskazał, że zasady oceny ofert w przedmiotowym kryterium określono w Części II SIWZ – „Warunki szczególne WSZ” (dalej: „WSZ”), Rozdziale B – „Kryteria oceny ofert”, pkt 3.2. – „Ocena funkcjonalno-techniczna zaproponowanego rozwiązania”. Stwierdzono w nim, że „[...]Szczegółowe informacje dot. Oceny funkcjonalno-techniczna zaproponowanego rozwiązania zawiera Załącznik Nr 1 do SIWZ[...].

W Części III SIWZ – „Opis Przedmiotu Zamówienia” (dalej: „OPZ”), w pkt 4 na str. 46 Zamawiający w następujący sposób określił cele biznesowe projektu:

„[...]”

4. Cele dla nowego rozwiązania informatycznego

Nowe rozwiązanie informatyczne zrealizuje kilka kluczowych kierunków zmian wsparcia IT w odniesieniu do stanu obecnego:

4.1. rozwiązanie informatyczne przyjazne klientom BTM:

4.1.1. udostępnienie wielu funkcjonalności systemu w ramach platformy internetowej:

- 1) pełna i częściowa realizacja wniosków;
- 2) podgląd i aktualizacja własnych danych;
- 3) przyjazny i intuicyjny interfejs użytkownika;
- 4) czynności w aplikacji realizowane sekwencyjnie „krok po kroku” ze wsparciem mechanizmów walidacyjnych i systemu pomocy.

- 4.1.2. automatyczne powiadamianie o statusach realizowanych spraw.
- 4.1.3. skrócenie czasu załatwiania spraw na miejscu w BTM.
- 4.2. rozwiązanie informatyczne usprawniające pracę BTM:
  - 4.2.1. interfejs systemu zapewniający jego intuicyjną obsługę i przejrzysty dostęp do jego funkcjonalności;
  - 4.2.2. funkcjonalności systemu wspierające sekwencyjność działań operatorów i poprawną walidację wprowadzanych danych (wraz z systemem pomocy);
  - 4.2.3. funkcjonalności Oprogramowania aktualizowane na bieżąco względem zmian w otoczeniu BTM, np. zmiany prawne;
  - 4.2.4. wsparcie systemu dla obsługi czasów realizacji spraw i tym samym dla automatycznego kolejkowania realizacji zadań BTM oraz automatycznego wysyłania powiadomień do Klientów i Operatorów zbudowanie w systemie „widoku 360<sup>o</sup>” danych przewoźnika – pełen kontekst danych o przewoźniku i realizowanych na jego rzecz sprawach w BTM dostępny pod ręką dla uprawnionych operatorów (możliwość szybkiego udzielenia informacji) i – za pośrednictwem platformy internetowej – uprawnionych przedstawicieli stron trzecich (np. jednostek WITD).
  - 4.2.5 usprawnienia w zakresie przetwarzania dokumentów:
    - 1) opisanie przetwarzanych i wydawanych w BTM dokumentów papierowych za pomocą kodów paskowych i kodów QR, zapewniające:
      - a) szybką identyfikację danych papierowych w systemie
      - b) silniejsze śledzenie dokumentów w obiegu (np. teczek)
      - c) szybsze wykonanie na rzecz tych dokumentów określonych czynności
      - d) możliwość skutecznego działania w zakresie weryfikacji uprawnień
    - 2) redukcja użycia papierowych dokumentów:
      - a) przyjmowanie i przetwarzanie wniosków w postaci elektronicznej, bez pełnej papierowej reprezentacji
      - b) integracja z zewnętrznymi systemami dziedzinowymi umożliwiającą rezygnację z przetwarzania części dokumentów załączanych do wniosków
      - c) umożliwienie użycia elektronicznego podpisu zarówno w kontekście klienta, jak i uprawnionego pracownika BTM
    - 3) wszystko sprowadza się do redukcji kosztów poprzez skrócenie czasów realizacji spraw w BTM (przeniesienie części czynności na stronę klienta)

z obopólną korzyścią, mniejsza liczba popełnianych błędów, szybszy dostęp do danych, usprawnienia w zakresie obsługi dokumentów).

#### 4.3. uporządkowane procesy rozwoju i utrzymania rozwiązania IT:

- 1) sformalizowany proces wytwarzania oprogramowania
- 2) sformalizowany proces testowy
- 3) zarządzanie dokumentacją rozwiązania
- 4) zarządzanie wersjami oprogramowania
- 5) stosowanie narzędzi śledzenia błędów/zmian
- 6) dopasowane do potrzeb warunki SLA
- 7) zapewnienie bezpieczeństwa rozwiązania i przetwarzanych danych
- 8) użycie w rozwiązaniu otwartych standardów technologicznych
- 9) zgodność rozwiązania z Krajowym i Ramami Interoperacyjności

[...].

W załączniku nr 1 do SIWZ – „Ocena funkcjonalno-techniczna”, na str. 3 Zamawiający określił kryteria oceny wymaganych przez Zamawiającego do opisanie i oceny szesnastu (16) zagadnień w następujący sposób:

„[...]”

W ramach oceny techniczno-funkcjonalnej Zamawiający będzie przyznawał albo 0 albo 5 albo 10 punktów wg poniższej zasady:

- 0 (zero) punktów otrzyma rozwiązanie, które nie spełnia warunków określonych w kolumnie „Opis zagadnienia” lub nie daje szans skutecznej realizacji Elementu w terminie (realność zaimplementowania wskazanego przez Wykonawcę rozwiązania);
- 5 (pięć) punktów otrzyma rozwiązanie, które w sposób wystarczający spełnia warunki określone w kolumnie „Opis zagadnienia”, daje prawdopodobieństwo skutecznej realizacji Elementu w terminie (realność zaimplementowania wskazanego przez Wykonawcę rozwiązania), ale opis rozwiązania jest niewystarczający i pomija istotne zagadnienia i założenia realizacyjne;
- 10 (dziesięć) punktów otrzyma rozwiązanie, które w pełni spełnia warunki określone w kolumnie „Opis zagadnienia”, daje gwarancję skutecznej realizacji Elementu w terminie (realność zaimplementowania wskazanego przez Wykonawcę rozwiązania), opis rozwiązania jest zaś kompletny, spójny merytorycznie, przejrzysty, jednoznaczny i wyczerpujący (Wykonawca w sposób spójny i wyczerpujący przedstawił opracowanie dla każdego z wyżej wymienionych elementów Opisu rozwiązania).

[...].

Odwołujący stwierdził, że wszystkie opisane przez niego w ofercie zagadnienia w pełni spełniają kryteria oceny uzasadniające przyznanie 10 punktów za każde z nich. Zdaniem Odwołującego przedstawiony w ofercie opis wskazanych przez Zamawiającego zagadnień w pełni spełnia warunki określone w kolumnie „Opis zagadnienia”, daje gwarancję skutecznej realizacji Elementu w terminie (realność zaimplementowania wskazanego przez Wykonawcę rozwiązania). Opis zagadnienia zawarty w ofercie jest kompletny, spójny merytorycznie, przejrzysty, jednoznaczny i wyczerpujący, a to wobec faktu, że Odwołujący w sposób spójny i wyczerpujący przedstawił opracowanie dla każdego z wyżej wymienionych elementów Opisu rozwiązania. Ponadto Odwołujący uwzględnił wszystkie możliwe do zidentyfikowania na etapie tworzenia oferty istotne zagadnienia i założenia realizacyjne.

Odwołujący podał, że Zamawiający nie wskazał mu przyczyn przyznania 5 punktów za zagadnienia nr 1, 2, 3, 5, 7, 8, 10, 11, 13 i 14. W szczególności Zamawiający nie wskazał ani w piśmie zawierającym informacje o ocenie ofert, ani w żadnym innym dokumencie, dlaczego uznał, że opis rozwiązania w ofercie Odwołującego „jest niewystarczający i pomija istotne zagadnienia i założenia realizacyjne”. Tylko w przypadku wykazania powyższego Zamawiający byłby uprawniony do przyznania Odwołującemu w przedmiotowych zagadnieniach ilości punktów mniejszej niż 10 za każde zagadnienie.

Odwołujący oświadczył, że w pozostałym zakresie uzasadnienie zarzutu zostało zawarte w Załączniku Nr 1 do odwołania – ze względu na fakt, że część oferty „Ocena funkcjonalno-techniczna zaproponowanego rozwiązania” została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa.

## **II. Bezzasadne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, bezprawne zaniechanie udostępnienia części ofert, korespondencji z wykonawcami oraz wyjaśnień i uzupełnień**

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 96 ust. 3 zd. drugie Pzp załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty. Z kolei w przepisie art. 8 ust. 1 Pzp ustanowiona została zasada, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zamawiający może ograniczyć dostęp do związanych z nim informacji tylko w przypadkach określonych w Pzp (art. 8 ust. 2 Pzp). Zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący podał, że na obecnym etapie Postępowania oferty oraz związane z nimi uzupełnienia i wyjaśnienia oraz korespondencja Zamawiającego dotycząca ofert są już jawne. Tymczasem Zamawiający z naruszeniem regulacji dotyczących jawności Postępowania oraz możliwości skutecznego jego ograniczenia – zaniechał czynności, do której był zobowiązany, tj. zaniechał udostępnienia jawnej części dokumentacji Postępowania.

Zgodnie z definicją tajemnicy przedsiębiorstwa zamieszczoną w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Znk”, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Odwołujący stwierdził, w powołaniu na orzecznictwo SN, że za tajemnicę przedsiębiorstwa może być uznana określona informacja, jeżeli spełnia łącznie trzy przytoczone powyżej warunki oraz że na podstawie art. 11 ust. 4 Znk nie można objąć tajemnicą informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej i dozwolonej drodze.

W oparciu o powyższe Odwołujący stwierdził, że w art. 11 ust. 4 Znk zawarta została definicja legalna pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa”. Z jej literalnej wykładni wynika, że za tajemnicę przedsiębiorstwa może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: (1) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub też inna informacja o ile posiada wartość gospodarczą, (2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej, (3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

W ocenie Odwołującego dokonane przez wskazanych w *petitum* odwołania wykonawców zastrzeżenie wymienionych w nim dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa było i jest bezpodstawne. Zawarte w nich informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż nie spełniają łącznie wszystkich niezbędnych przesłanek. W związku z powyższym Zamawiający powinien udostępnić bezprawnie zastrzeżone dokumenty, gdyż zastrzeżenie informacji było nieskuteczne, czego jednak nie uczynił. Zamawiający naruszył więc przepisy Pzp, w szczególności zasadę jawności postępowania, jak i wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji.

Ponadto, zdaniem Odwołującego, ww. wykonawcy nie dokonali skutecznego zastrzeżenia, gdyż nie wykazali w ofertach, że zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy. Zgodnie z obecnie obowiązującym brzmieniem art. 8 ust. 3 Pzp warunkiem skutecznego zastrzeżenia jawności informacji zawartych w ofertach jest zastrzeżenie takiej informacji wraz



z jednoczesnym wykazaniem zasadności tego zastrzeżenia, przez co ustawodawca rozumie wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Samo zawarcie jakichkolwiek wyjaśnień nie jest wystarczające do spełnienia przesłanek art. 8 ust. 3 Pzp. Odwołujący zasygnalizował, że wskazani wykonawcy nie wypełnili wymogów przepisu art. 8 ust. 3 Pzp i nie wykazali w ofertach zasadności zastrzeżenia części ofert jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Podkreślić należy, że brak ten nie może być następnie sanowany przez wykonawców, zaś Zamawiający w ogóle nie powinien wykonawców wzywać o złożenie wyjaśnień w tym zakresie. Tymczasem Zamawiający, z naruszeniem zasad art. 8 ust. 3 Pzp, wezwał wykonawców do złożenia dodatkowych wyjaśnień w tym zakresie.

Pismem z dnia 23 marca 2015 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę ITe oraz Wykonawcę I do złożenia wyjaśnień w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa. Należy z tego wnioskować, że znajdujące się w tych ofertach uzasadnienie w tym zakresie Zamawiający uznał za niewystarczające, w przeciwnym razie nie wzywałby do wyjaśnień. Nie jest możliwe po dokonanej zmianie przepisu art. 8 ust. 3 Pzp wzywanie o takie wyjaśnienia, więc wyjaśnienia należy uznać za niezłożone.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, podczas gdy w tym trybie można wzywać tylko o wyjaśnienia w zakresie dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp.

Niezależnie od powyższego Odwołujący zasygnalizował, że wszyscy ww. wykonawcy nie wykazali skuteczności i zasadności objęcia części ofert tajemnicą przedsiębiorstwa. Z całą pewnością wyjaśnienia w tym zakresie zawarte w ofertach są ogólnikowe, ograniczają się do obszernego cytowania judykatury i doktryny, ale nie wykazują spełniania przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, np. nie wykazują w ogóle wartości gospodarczej informacji zastrzeganych, pomijając w ogóle ten niezbędny element. Odwołujący wyjaśnił, że za informacje posiadające wartość gospodarczą dla danego wykonawcy można uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, nie zaś zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i tylko w związku z nim.

Co więcej, z samej treści uzasadnienia wynika, że uzasadnienia są ogólne, nie dostosowane do Postępowania, przygotowane raz i następnie bezkrytycznie wklejane do ofert. Wskazują na to choćby sformułowania, jakie znajdują się na str. 31 i nast. oferty Wykonawcy ITe. Wskazał on bowiem, że dotyczą one „[...]Wykonawcy (lub przedsiębiorców wspólnie ubiegających się o udzielenie Zamówienia – w przypadku ubiegania się o udzielenie zamówienia w konsorcjum)”, czyli z treści wyjaśnień w ogóle nie wiadomo, kogo dotyczą ani też jakiego postępowania dotyczą. Oczywistym jest zatem, że Wykonawca ITe w ogóle nie

zastanowił się nad rzeczywistymi podstawami objęcia części oferty tajemnicą przedsiębiorstwa, a jedynie zamieścił w ofercie jakieś szampowe sformułowania, przygotowane wcześniej i w oderwaniu od realiów niniejszego postępowania. Skutkiem powyższego jest, że Wykonawca ITe w ogóle nie wykazał podjęcia jakiegokolwiek działań w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji. Skoro bowiem z treści wyjaśnień nie wynika nawet, czy dotyczą one oferty złożonej w Postępowaniu, czy w jakimś innym, w którym Wykonawca ITe był członkiem konsorcjum.

Odwołujący stwierdził, że żaden z ww. wykonawców nie wskazał rzeczywistych podstaw objęcia tajemnicą wymienionych w odwołaniu dokumentów, ani też nie wskazał żadnych dowodów, które mogłyby uzasadnić odstępstwo od zasady jawności postępowania. Podkreślił przy tym, że samo objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa danej części oferty, czy wyjaśnień/uzupełnień nie jest wystarczające dla wykazania spełnienia tej przesłanki. Odwołujący podał, że – jego zdaniem – faktycznym powodem zastrzeżenia przez konkurencję przeważającej części ofert oraz części korespondencji z Zamawiającym jest dążenie do uniemożliwienia zapoznania się z ofertami przez pozostałych uczestników Postępowania.

Odwołujący wskazał następnie na zagadnienie rozkładu ciężaru dowodu w zakresie zasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, który – w jego ocenie – ciąży na wykonawcy dokonującym zastrzeżenia. Pogląd ten Odwołujący oparł zarówno na zasadzie zdrowego rozsądku (tylko ten, kto zastrzega tajemnicę przedsiębiorstwa wie, jakie są podstawy tego zastrzeżenia), jak i na dotychczasowym orzecznictwie Izby, które obszernie przytoczył. Dodał, że w przedmiotowej sprawie nie może przedstawić dowodów, że jakaś część oferty, czy wyjaśnienia zostały bezzasadnie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż – nie znając ich treści – nie może wskazać żadnych argumentów czy też dowodów. Może powoływać się wyłącznie na ogólne zasady, jak to uczynił w odwołaniu.

Odwołujący zwrócił również uwagę na moment wskazania dowodów na okoliczność objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Wobec zasad rozkładu ciężaru dowodu i faktu, że to Zamawiający dopuszcza się *de facto* zaniechania stosowania zasady jawności Postępowania, powinien on już w chwili podjęcia decyzji o odstąpieniu od stosowania zasady jawności być w posiadaniu dowodów uzasadniających takie zapatrywanie.

Odwołujący, odnosząc się do nieuzasadnionego w jego ocenie zastrzeżenia wykazów osób, podkreślił, że informacje zawarte w tym dokumencie są informacjami, które nie dotyczą żadnego z wykonawców, ale są informacjami dotyczącymi poszczególnych wskazanych w tabeli osób fizycznych. Wykaz osób zawiera bowiem wyłącznie informacje o wykształceniu i doświadczeniu poszczególnych specjalistów. Informacje te w żadnym przypadku nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa danego wykonawcy, gdyż w ogóle nie dotyczą jego

przedsiębiorstwa. Tym samym nie mogą zostać skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Mając na uwadze powyższe Odwołujący stwierdził, że wykazy osób powinny zostać udostępnione zgodnie z żądaniem odwołania, gdyż w ogóle nie są to informacje, którym może przysługiwać przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa. Wobec faktu, że w ogóle nie są to informacje dotyczące danego wykonawcy, to nie mogą one stanowić jego wartości gospodarczej.

W zakresie wykazów wykonanych zamówień wraz dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie Odwołujący podał, że zawarte w takich wykazach usług informacje nie mają wartości uzasadniającej ich utajnienie, ponieważ nie są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne, a w szczególności nie posiadają wartości gospodarczej. Zawierają one bowiem wyłącznie dane o wartości, dacie wykonania czy też podmiocie zamawiającym. Dodał, że skoro informacje zawarte w wykazach usług mają potwierdzać spełnianie warunków określonych w SIWZ, to zawierają one *de facto* powtórzenie treści SIWZ. Zasygnalizował, że zastrzeżone informacje dostępne są na stronach internetowych wykonawców, gdzie zamieszczają oni informacje o wykonanych projektach. Odwołujący stwierdził, że nie ma możliwości wykazania tej okoliczności, ale to Zamawiający, czy też Izba, mający pełną wiedzę o zakresie informacji zawartych w wykazach, powinni dokonać odpowiedniego sprawdzenia, czy sami wykonawcy uprzednio nie publikowali informacji, które obecnie próbują utajnić przed pozostałymi uczestnikami Postępowania.

Odnosząc się do utajnienia wyjaśnień i uzupełnień dokonywanych w toku Postępowania oraz korespondencji z wykonawcami Odwołujący stwierdził, że tajemnicą przedsiębiorstwa mogą zostać objęte informacje, a nie dokumenty. Zatem tylko poszczególne informacje zamieszczone czy to w dokumencie wyjaśnienia/uzupełnienia, czy to w korespondencji z wykonawcami mogą zostać skutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Z całą pewnością zaś całe te dokumenty za taką tajemnicę nie mogą zostać uznane, bowiem znajdują się w nich na pewno treści, które nie są informacjami łącznie spełniającymi przesłanki definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający powinien dokumenty te udostępnić Odwołującemu, a co najwyżej wyłączyć z tego udostępnienia poszczególne informacje w nich zawarte. Odwołujący stwierdził przy tym, że domaga się udostępnienia wszystkich załączników do protokołu, skoro bowiem wyjaśnienia czy uzupełnienia miały dotyczyć tych części ofert, które zgodnie z powyżej wskazaną argumentacją nie mogły zostać skutecznie zastrzeżone jako tajemnica, to i odpowiedzi nie mogły zostać skutecznie objęte tajemnicą.

Odwołujący – podsumowując argumentację dotyczącą zarzutu związanego z tajemnicą przedsiębiorstwa – zwrócił uwagę, iż przy rozpatrywaniu możliwości objęcia poszczególnych elementów ofert, czy też składanych wyjaśnień/uzupełnień tajemnicą przedsiębiorstwa należy

wziąć pod uwagę fakt, że zasadą jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zaś zastrzeganie części ofert jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest wyjątkiem od tej zasady. Na potwierdzenie przytoczył szereg poglądów wyrażonych w orzeczeniach Izby i podkreślił zakaz dokonywania wykładni rozszerzającej w odniesieniu do wyjątków sankcjonowanych przepisami prawa.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w oparciu o argumentację przytoczoną poniżej.

Na wstępie stwierdził, że Odwołujący w istocie domaga się przyznania maksymalnej liczby punktów swojej ofercie, a pozostałe zarzuty stanowią niejako konsekwencje wniesienia środka odwoławczego i nie świadczą w żadnym razie o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów.

Następnie, z daleko posuniętej ostrożności, podkreślił, iż warunkiem uwzględnienia odwołania, obok potwierdzenia zasadności stawianych w nim zarzutów jest stwierdzenie, że naruszenie ma lub miało istotny wpływ na wynik Postępowania. Okoliczność taka zachodzi w sytuacji, w której uwzględnienie zarzutów wyartykułowanych w odwołaniu prowadzi do wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego. Tym samym zarzuty dotyczące rzekomego zaniechania odtajnienia informacji, które tajemnicy przedsiębiorstwa stanowić nie mogą nie ma wpływu na sytuację Odwołującego w Postępowaniu. Działaniem tym Zamawiający nie wyrządził Odwołującemu szkody, ani też nie zmniejszył jego szans na pozyskanie zamówienia.

W odpowiedzi na zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 96 ust. 3 zd. drugie Pzp Zamawiający zasygnalizował, że Odwołujący – kwestionując zasadność zaniechania odtajnienia części ofert pozostałych wykonawców – nie dostrzega jednocześnie, że sam we własnej ofercie zastrzega kwestionowane przez siebie informacje jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, co powoduje, w ocenie Zamawiającego, wewnętrzną sprzeczność w obrębie Postępowania. Zamawiający oświadczył, że nie jest w stanie zaakceptować tak prezentowanej argumentacji, gdyż jest ona czyniona wyłącznie na potrzeby zastosowania środka ochrony prawnej. Niekwestionowanym jest, że przedstawiony przez wykonawców zbiór informacji, tak w zakresie potencjały osobowego (kadra specjalistów), doświadczenia (zakres wykonanych zamówień oraz nazwy klientów dla których zrealizowano zamówienie), jak i nr rachunku bankowego, danych osobowych określonych osób stanowić może tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający oświadczył, że nie podjął działań skutkujących nieuzasadnionym ograniczeniem zasady jawności. Po pierwsze zasada zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi wyłom od ogólnej zasady jawności postępowania (z czego zdaje się

korzystać Odwołujący w swojej ofercie) i jest uzasadniona interesem wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zatem zasada jawności nie ma prymatu bezwzględnego. Po drugie Zamawiający podał, że podjął należyte działania zmierzające do ustalenia czy dokonane przez wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstw są skuteczne. Zakwestionował przy tym koncepcję, że po nowelizacji art. 8 Pzp nie ma już do niego zastosowania art. 26 ust. 4 Pzp. Teza taka nie znajduje podstaw w obowiązującym stanie faktycznym, ponieważ przepis ten ma zastosowanie do weryfikowania oświadczeń składanych przez wykonawcę w toku prowadzonego postępowania. Praktyka taka była i nadal jest (według wiedzy Zamawiającego) niekwestionowana tak przez orzecznictwo KIO, jak i Sądów Okręgowych. Z ostrożności procesowej podniósł, że nawet gdyby uznać, że zastosowana podstawa prawna była niezasadna, to w grę chodziła również możliwość dokonania weryfikacji zastrzeżenia tajemnicy na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp.

Zamawiający zakwestionował również zastrzeżenie części treści odwołania podając orzeczenia Izby, które miałyby ten pogląd uzasadniać.

W zakresie naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp oraz art. 2 pkt 5 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp Zamawiający stwierdził, że zarzut został wadliwie sformułowany, bowiem Odwołujący wskazał wprawdzie jednostki redakcyjne, ale analiza uzasadnienia nie pozwala stwierdzić jaki to stan faktyczny ma świadczyć o naruszeniu przez Zamawiającego definicji legalnych. Odwołujący nie wywiódł, iż Zamawiający wybrał ofertę na podstawie innych kryteriów niż te określone w SIWZ – zarzuty opierają się na twierdzeniu, iż część merytoryczna oferty Odwołującego powinna zostać oceniona najlepiej.

Odnosząc się do zarzutu związanego z nieprawidłową oceną merytoryczną oferty Odwołującego Zamawiający powołał się na zasady wynikające z przepisu art. 7 ust. 1 Pzp i stwierdził, że zasada zapewnienia uczciwej konkurencji wiąże Zamawiającego zarówno na etapie przygotowania jak i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zasada ta – w uproszczeniu – jest to zarówno nakaz obligujący zamawiającego do czuwania nad postępowaniem uczestników postępowania w zakresie popełnienia czynów nieuczciwej konkurencji, jak i nakaz nieograniczenia konkurencji przez zawężenie kręgu wykonawców ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywać wykonawca wiarygodny i zdolny do jego realizacji. Podkreślił, że próżno szukać w uzasadnieniu odwołania okoliczności faktycznych mogących świadczyć o naruszeniu przez niego art. 7 ust. 1 Pzp.

Następnie Zamawiający podał, że zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich

wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców. W jego ocenie Odwołujący nie wykazał, ani też nie odniósł się do czynności lub zaniechań Zamawiającego, z których wynikać by mogło, iż określenni wykonawcy byli w trakcie Postępowania, a konkretnie przez taki właśnie opis kryteriów oceny ofert i sposób oceny ofert, preferowani lub dyskryminowani. Jego zdaniem Odwołujący pominął okoliczność, iż te same kryteria w równym stopniu obowiązywały wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Zamawiający podkreślił, że ani przepis Pzp, ani też zasady prawa zamówień publicznych nie obligowały go do przekazywania każdemu z wykonawców szczegółowej informacji o niespójności, błędach i brakach w przedstawionych przez nich koncepcjach. Zamawiający pełniłby bowiem rolę QA – *quality assurances*, tj. dokonywałby korekty koncepcji oferentów. Podał, że wiedza w tym zakresie jest specjalistyczna, poszukiwana na rynku i odpowiednio wyceniana. Należy zatem odróżnić dochowanie zasad przejrzystości i pisemności postępowania od nanoszenia poprawek na pracę oferentów. Przedstawione koncepcje mają co najmniej kilkadziesiąt stron – sporządzenie dokumentu zawierającego np. wymienienie wszystkich niespójności nie ma znaczenia dla oceny ofert, nie jest czynnością do której Zamawiającego obligowałyby przepisy ustawy Pzp, wewnętrzne regulaminy, czy choćby przytoczone przez Odwołującego zasady. Mając na uwadze ekonomikę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający – oceniając kryterium jakościowe – nie powinien sporządzać drugiej, poprawionej wersji koncepcji, a uwzględnienie zarzutów odwołania do tego się wprost sprowadza.

Do postępowania odwoławczego przystąpienia, po stronie Zamawiającego, zgłosili Wykonawca M oraz Wykonawca ITe wnosząc o oddalenie odwołania.

Ponadto, Wykonawca ITe przedstawił na piśmie argumentację uzasadniającą powyższy wniosek.

W pierwszej kolejności zwrócił uwagę na treść odpowiedzi Zamawiającego na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ oznaczony numerem 29, w której Zamawiający stwierdził, że kryterium oceny techniczno-jakościowej jest ze swej istoty kryterium niemierzalnym, z którym związana jest pewna doza subiektywizmu. Dodał, że przedstawił w załączniku nr 1 do SIWZ podkryteria, min. kompletność, spójność, jednoznaczność, gwarancja skutecznej realizacji, wskazujące wykonawcom pewnego rodzaju preferencje, jakie będą przez Zamawiającego brane pod uwagę przy ocenie elementów opisu rozwiązania.

Powyższe, zdaniem Wykonawcy ITe, oznacza, że Zamawiający ma prawo subiektywnie ocenić kryteria niemierzalne jakie przedstawił w ww. załączniku i zdecydować, że wykonawca miał dostać 5 a nie 10 pkt, uznając np. że opis rozwiązania jest dla

Zamawiającego (w ocenie członków KP) niewystarczający i pomija istotne zagadnienia i założenia realizacyjne z punktu widzenia potrzeb Zamawiającego.

Wykonawca ITe podkreślił, że Zamawiający przyznając 5 zamiast 10 pkt miał do dyspozycji osoby posiadające odpowiednie kompetencje, zadbał zatem o to, by ocena funkcjonalno-techniczna została dokonana przez osoby posiadające wiedzę specjalistyczną oraz odpowiednią funkcję. Wykonawca ITe zauważył, że osoby wyrażające oceny częściowe o tym, czy przyznać 5 czy 10 pkt wyraziły swoje subiektywne zdania, o tym jak system ma realizować, z ich punktu widzenia określone rzeczy. Członkowie KP mają prawo do wyrażenia subiektywnych opinii co do pomysłów wykonawców przedstawionych w swoich koncepcjach i przyznać pkt wg ich uznania. Podkreślił również, że różnice pomiędzy oceną oferty Odwołującego, a pozostałych ofert nie były duże i wahały się w przedziale 90-120 pkt. Nie wynika z tego, aby Zamawiający gorzej traktował Odwołującego w stosunku do innych wykonawców.

Następnie Wykonawca ITe przytoczył brzmienie postanowień SIWZ dotyczących oceny funkcjonalno-technicznej zaproponowanego rozwiązania i stwierdził na ich podstawie, że: (1) ocena w tym kryterium była sumą ocen częściowych, uzyskanych po wpisaniu ich do tabeli, (2) oceniane nie były oceny częściowe, więc nie trzeba było ich wpisywać do wzoru, do żadnych miejsc, a wyłącznie ich sumę, (3) Zamawiający nie musiał dokumentować pisemnie ocen częściowych, (4) Zamawiający nie musiał też w formie pisemnej podawać uzasadnienia dotyczącego przyznania 5 pkt zamiast 10 pkt w kryterium jakościowym. Podkreślił, że z art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp wynika, że zamawiający ma wyłącznie podać punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert oraz łączną punktację — i te informacje podał w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Wykonawca ITe ocenił jako bezzasadne zarzuty Odwołującego dotyczące braku indywidualnych kart oceny. Podał, że częścią protokołu z oceny ofert, jest dokument sporządzony przez zamawiającego zawierający wyniki oceny ofert w kryterium jakościowym. Ponadto, SIWZ nie wymagał wpisania ocen częściowych podczas procedury dokonywania oceny koncepcji funkcjonalno-technicznej, a wyłącznie wynik stanowiący sumę ocen częściowych. Podkreślił, że Zamawiający opisał w SIWZ wzór wg jakiego będzie przyznawał punkty i go zastosował bezbłędnie oraz że w 2008 r. ustawodawca uchylił obowiązek załączania do protokołu indywidualnych karty oceny ofert, przez uchylenie obowiązku załączania wzoru druku ZP-20. Skoro Pzp nie nakłada na Zamawiającego obowiązku prowadzenia karty ocen indywidualnych członków KP, SIWZ też nie nałożył takiego obowiązku, to nie można uwzględnić w tym zakresie zarzutu Odwołującego.

Odnosząc się do zarzutu związanego z tajemnicą przedsiębiorstwa Wykonawca ITe stwierdził, że na stronach 31-35 oferty wyczerpująco wskazał przesłanki zastrzeżenia jako poufne określonych informacji, a wystosowane przez Zamawiającego wezwanie miało za zadanie wyjaśnienie wątpliwości dotyczących zasadności zastrzeżenia samego dokumentu „Uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa” złożonego wraz z ofertą i zastrzeżenia części „Wykazu wykonanych zamówień” w zakresie zamówienia realizowanego na rzecz podmiotu publicznego.

Wykonawca ITe stwierdził ponadto, że złożone wyjaśnienia zastrzeżenia poufności utajnionych dokumentów nie były ogólnikowe i dowodziły wartości gospodarczej informacji zastrzeganych. W wyczerpujący sposób opisano w nich dlaczego dany dokument został utajniony. Przykładowo, w odniesieniu do dokumentów dotyczących proponowanej koncepcji rozwiązania, Wykonawca ITe podał, że stanowią one w istocie zbiorem informacji na temat rozwiązań, którymi ma zamiar posłużyć się przy realizacji zamówienia. Informacje te pokazują, w jaki sposób zamierza on podejść do realizacji zamówienia. Ujawnienie informacji zawartych w dokumentach pozwoliłoby podmiotom trzecim na poznanie unikalnej koncepcji, która ma być zastosowana w trakcie realizacji zamówienia, co w oczywisty sposób zaszkodziłoby mu. Udostępnienie rozwiązań zastosowanych przez Wykonawcę ITe zmniejszyłoby unikalność jego rozwiązań, a tym samym ich atrakcyjność. Poza tym podkreślił, że dokumenty te stanowią jego autorskie dzieła objęte prawami autorskimi. Dotyczy to zarówno stworzonego od podstaw opisu rozwiązania, jak i uzupełnionego o wszelkie niezbędne dane formularza ofertowego (sam wzór formularza jest tabelą, która nabiera cechy dokumentu dopiero po wprowadzeniu do niej zestawu informacji opisujących unikalne podejście wykonawcy do realizacji zamówienia). Oznacza to, że może on tymi utworami rozporządzać i korzystać z nich w dowolny sposób, w tym ma również prawo utajnić je, tak by chronić je przed dostępem osób trzecich. Oba dokumenty zostały stworzone nakładem pracy Wykonawcy ITe, prezentują jego wiedzę, zdolność przekładania wiedzy na konkretne rozwiązania praktyczne (tzw. *know-how*), prezentują sposób jego pracy, zdolności organizacyjne. W rezultacie, zarówno formularz ofertowy, jak i opis rozwiązania zawierają informacje techniczne (m.in. opis możliwości wybranego rozwiązania) i technologiczne (m. in.: propozycje graficzne, wykresy) przedsiębiorstwa Wykonawcy ITe oraz posiadają dla niego wartość gospodarczą.

W dalszej kolejności Wykonawca ITe podał, że odniósł się do przesłanek uznania określonych informacji za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, określonych treścią przepisu art. 11 ust. 4 Znk. Zaakcentował, że żaden przepis prawa nie nakłada na niego obowiązku udowodnienia, że określona informacja ma charakter tajemnicy jego przedsiębiorstwa. Wymóg taki byłby, w jego ocenie, absurdalny, ponieważ chcąc udowodnić np. konieczność utajnienia referencji uzyskanych od podmiotów prywatnych, musiałby



przedłożyć ogólną umowę o współpracy z podmiotem prywatnym, która to umowa ma charakter tajny.

Podobnie jest w przypadku udowodnienia tajności wykazu osób, w przypadku którego dokumentem właściwym do udowodnienia konieczności zachowania poufności danych w nim zawartych byłaby umowa z osobą zatrudnioną przez niego. Umowy te zawierają klauzule poufności i przedłożenie takiej umowy (w celu udowodnienia poufności danych dotyczących osób zatrudnionych przez Wykonawcę ITe) stanowiłoby naruszenie obowiązków umownych.

Wykonawca ITe podsumował wywód stwierdzeniem, że także Odwołujący nie przedstawił dowodów (a wyłącznie swoje twierdzenia) na potwierdzenie zasadności zastrzeżenia przez siebie informacji. Odwołujący przedłożył wraz z ofertą dokument bardzo podobny do omówionego powyżej uzasadnienia sporządzonego przez Wykonawcę ITe. Zasygnalizował, że w odniesieniu do argumentów Odwołującego dotyczących rzekomej niezasadności zastrzeżenia poufności informacji zawartych w wykazie osób i wykazie wykonanych zamówień na pierwszy plan wysuwa się daleko idąca niekonsekwencja w postrzeganiu tych informacji przez Odwołującego, który to również utajnił te dokumenty w ofercie.

**Po przeprowadzeniu rozprawy, której jawność została w części wyłączona, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Wykonawcy ITe, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba, wobec spełnienia przez Wykonawcę M oraz Wykonawcę ITe (dalej również odpowiednio: „Przystępujący M” i „Przystępujący ITe”) przesłanek określonych przepisem art. 185 ust. 2 Pzp, dopuściła ww. do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępujących po stronie Zamawiającego.

#### **I. Przesłanki materialnoprawne (art. 179 ust. 1 Pzp)**

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Powyższa konstatacja odnosi się jednak wyłącznie do zarzutów dotyczących ogólnie pojętej niewłaściwej oceny oferty Odwołującego w przewidzianym postanowieniami SIWZ kryterium jakościowym oraz do zarzutów związanych z nieuzasadnionym nieudostępnieniem części treści ofert wykonawców sklasyfikowanych wyżej od oferty Odwołującego, tj. oferty Przystępującego ITe oraz Wykonawcy TT.

W przypadku pierwszej ze wskazanych powyżej grup zarzutów spełnianie przez Odwołującego przesłanek materialnoprawnych z art. 179 ust. 1 Pzp wydaje się oczywiste i nie

wymaga szerszego komentarza. W sytuacji, w której jego oferta zostałaby oceniona w sposób postulowany w odwołaniu byłaby ofertą najkorzystniejszą w świetle przewidzianych postanowieniami SIWZ kryteriów oceny ofert i w tym właśnie należy upatrywać interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Natomiast przesłanka związana z poniesieniem (możliwością poniesienia szkody) realizuje się *ad casum* w ten sposób, że Odwołującemu uniemożliwiono osiągnięcie zysku z realizacji zamówienia, ponieważ jego oferta nie została przez Zamawiającego uznana za najkorzystniejszą.

Izba uznała, że także na gruncie drugiej z wyróżnionych grup zarzutów Odwołującemu przysługiwała legitymacja do wniesienia odwołania. Został on bowiem pozbawiony możliwości wglądu w pełną treść ofert wykonawców sklasyfikowanych wyżej od niego, czym pozbawiono go – biorąc pod uwagę charakter nieujawnionych dokumentów i ich rolę w Postępowaniu (wykazy osób i wykonanych/wykonywanych zamówień wraz z poświadczeniami ich należytego wykonania składane są na potwierdzenie spełniania warunków podmiotowych) – możliwości formułowania zarzutów związanych z dokonaniem ich nieprawidłowej kwalifikacji podmiotowej. Uwzględnienie takich zarzutów doprowadzić mogłyby do ewentualnego wykluczenia z Postępowania konkurentów Odwołującego, a tym samym – do udzielenia mu zamówienia publicznego. Wobec powyższego stwierdzić należało, że z opisaną powyżej sytuacją wiązała się możliwość poniesienia przez Odwołującego szkody.

Odmienne oceniono natomiast możliwość podnoszenia zarzutów związanych z nieuzasadnionym – zdaniem Odwołującego – nieudostępnieniem wymienionych w odwołaniu dokumentów dotyczących wykonawców, których oferty zostały sklasyfikowane niżej niż oferta Odwołującego. W ich zakresie Izba uznała, że nie zachodziła żadna z przesłanek określonych przepisem art. 179 ust. 1 Pzp.

Należy mieć na uwadze, że odwołanie jest środkiem ochrony prawnej, którego celu upatrywać trzeba w uzyskaniu zamówienia publicznego przez podmiot z niego korzystający. Nie jest zatem wystarczająca ogólnie pojęta poprawa sytuacji wnoszącego odwołanie wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ale wprost – uzyskanie przez niego zamówienia. Przyjęcie odmiennego zapatrywania stanowiłoby wykładnię *contra legem* przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, który posługuje się pojęciem „interesu w uzyskaniu zamówienia”, a nadto stanowiłoby oderwanie uprawnienia do wniesienia odwołania od przesłanki poniesienia lub możliwości poniesienia szkody, której należy upatrywać w pozbawieniu możliwości (także potencjalnie) uzyskania zamówienia i jego realizacji i związanego z tym zysku. W związku z powyższym chybione jest formułowanie zarzutów względem ofert sklasyfikowanych niżej od oferty odwołującego się wykonawcy (bądź względem samych wykonawców, którzy takie oferty złożyli), zwłaszcza w sytuacji, gdy jego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest niezagrożony,

ponieważ żaden z konkurentów nie sformułował zarzutów względem odwołującego się wykonawcy lub złożonej przezeń oferty. Ergo z perspektywy odwołującego się wykonawcy oferty niżej sklasyfikowane, jak i uczestnictwo wykonawców, którzy je złożyli powinny być traktowane przez niego obojętnie, jako że nie wpływają na możliwość uzyskania zamówienia, czy poniesienia szkody. Trzeba mieć na uwadze, że zarówno odwołanie, jak i wywołane jego wniesieniem postępowanie odwoławcze nie ma na celu ochrony interesu publicznego (interes ten realizowany jest bowiem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego), ale interesu odwołującego się wykonawcy, który korzystając ze środka ochrony prawnej upatruje w nim własnej korzyści wyrażającej się wyborem jego oferty i związanymi z tym zyskami z realizacji zamówienia publicznego.

Izba miała również na względzie, że Odwołujący – uzasadniając interes we wniesieniu odwołania – wskazał jedynie ogólnie, że jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 Pzp i ubiega się o udzielenie zamówienia, a zaskarżone czynności (zaniechania) pozbawiają go możliwości uzyskania zamówienia oraz że złożona przez niego oferta jest najkorzystniejsza spośród niepodlegających odrzuceniu. Nie sposób zatem uznać, że wykazał on ziszczenie się przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp w opisanych powyżej okolicznościach.

W konsekwencji poczynionych uwag zarzuty skierowane wobec ofert sklasyfikowanych niżej niż oferta Odwołującego, a dotyczące zaniechania ujawnienia (odtajnienia) i udostępnienia mu oznaczonych w odwołaniu dokumentów (zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 96 ust. 3 zd. drugie Pzp) nie podlegały ocenie.

## **II. Rozstrzygnięcie o zarzutach odwołania**

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, pomimo że część zarzutów w nim sformułowanych potwierdziła się.

Tytułem wstępu do dalszych rozważań Izba wskazuje, że podstawą uwzględnienia odwołania, zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 Pzp, może być wyłącznie stwierdzenie naruszenia przepisów Pzp, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie w każdej zatem sytuacji, w której postępowanie odwoławcze potwierdzi zasadność określonego zarzutu (zarzutów) możliwe jest uwzględnienie odwołania. Warunkiem uwzględnienia odwołania, obok potwierdzenia zasadności stawianych w nim zarzutów kierowanych wobec czynności i zaniechań zamawiającego, jest więc stwierdzenie, że potwierdzone naruszenie ma lub miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z istotnym wpływem na wynik postępowania, o którym mowa w przywołanym przepisie, mamy do czynienia w sytuacji, w której uwzględnienie zarzutów wyartykułowanych w odwołaniu prowadzi do wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

## **II.1. Zarzut zaniechania ujawnienia (odtajnienia) i udostępnienia Odwołującemu oznaczonych w odwołaniu dokumentów załączonych do ofert Przystępującego ITe i Wykonawcy TT oraz prowadzonej z tymi wykonawcami korespondencji (naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 96 ust. 3 zd. drugie Pzp)**

Zgodnie z pkt 4.10 SIWZ obowiązkiem wykonawców było jednoznaczne zastrzeżenie które spośród informacji zawartych w ofercie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający przewidział, że badanie prawidłowości dokonanego zastrzeżenia odbywać będzie się zgodnie z następującymi zasadami:

Zamawiający uwzględni zastrzeżenie, jeżeli wykonawca: (a) wskaże w sposób jednoznaczny informacje podlegające tajemnicy przedsiębiorstwa, (b) załączy do oferty nieobjęte zastrzeżeniem uzasadnienie zawierające wskazanie podstaw faktycznych i prawnych dokonanego zastrzeżenia, (c) załączy streszczenie lub opis zastrzeżonych informacji (patrz pkt 4.10.1 SIWZ).

Z pkt 4.10.2 wynika z kolei, że jeżeli nie zostaną spełnione przesłanki z pkt 4.10.1 lit. a lub b SIWZ Zamawiający może nie uznać prawidłowości dokonanego przez wykonawców zastrzeżenia bez obowiązku wzywania o wyjaśnienia w tym zakresie. W pozostałych przypadkach, jeżeli Zamawiający nie uzna prawidłowości zastrzeżenia, poinformuje o tym wykonawcę w terminie 14 dni od dnia otwarcia ofert, jednak nie później niż na co najmniej 10 dni przed datą ujawnienia zastrzeżonych informacji. Jeżeli w tym czasie wykonawca skorzysta ze środka ochrony prawnej Zamawiający wstrzyma się z dokonaniem tej czynności do czasu wydania przez Izbę rozstrzygnięcia lub – uwzględniając odwołanie – odstąpi od dokonania tej czynności.

W pkt 4.10.3 SIWZ przewidziano, że przed podjęciem decyzji o nieuznaniu prawidłowości dokonanego zastrzeżenia Zamawiający może zażądać od wykonawców dodatkowych wyjaśnień. W takim przypadku wspomniany 14-dniowy termin ulega przedłużeniu o czas przewidziany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień.

Wykonawca TT objął tajemnicą przedsiębiorstwa dowody potwierdzające należyte wykonanie zamówień, część wykazu osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia oraz opis techniczny sposobu wykonania zamówienia, załączając do oferty wykaz zastrzeżonych informacji wraz z uzasadnieniem (*vide* pismo Wykonawcy TT z dnia 6 marca 2015 r.).

Przystępujący ITe zastrzegł w złożonej ofercie informacje zawarte w następujących dokumentach: wykaz wykonanych/wykonywanych usług, wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, zobowiązania podmiotów trzecich do oddania mu do

dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, informację z banku, polisy ubezpieczeniowe wraz z dowodami uiszczenia składek oraz koncepcję implementacji oferowanego rozwiązania wraz z jego opisem. Przystępujący ITe załączył do oferty wykaz dokumentów oraz uzasadnienie, którego treść również zastrzegł, jako stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa (str. 31-35 oferty ww. wykonawcy).

Pismem z dnia 23 marca 2015 r. Przystępujący ITe wezwany został przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa, a dotyczących zasadności zastrzeżenia uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa i wykazu wykonanych zamówień w zakresie zamówień zrealizowanych na rzecz podmiotów publicznych.

W odpowiedzi, Przystępujący ITe – pismem z dnia 24 marca 2015 r. stwierdził, że zastrzeżenie wspomnianego uzasadnienia zostało dokonane omyłkowo i nie wnosi sprzeciwu co do odtajnienia ww. dokumentu oraz przedstawił dodatkową argumentację w zakresie zasadności zastrzeżenia informacji zawartych w wykazie usług.

W przedstawionym stanie faktycznym Izba stwierdziła, co następuje.

Zarzut dotyczący informacji zastrzeżonych przez Przystępującego ITe był częściowo uzasadniony.

Zdaniem składu orzekającego w aktualnym stanie prawnym brak jest podstaw do prowadzenia przez zamawiającego procedury wyjaśniania zasadności objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Należy mieć bowiem na względzie, że przepis art. 8 ust. 3 Pzp, w brzmieniu obowiązującym od dnia 19 października 2014 r., nakłada na wykonawcę chcącego skorzystać z ochrony informacji stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa obowiązek wykazania spełniania przez objęte nią dane przesłanek wynikających z przepisu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Znk”. Przepis art. 8 ust. 3 Pzp nie pozostawia, w ocenie składu orzekającego, wątpliwości, że inicjatywa w powyższym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy, który w odpowiednim momencie postępowania winien bez wezwania udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 Pzp ochrony, co aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Rolą zamawiającego nie jest już aktualnie prowadzenie jakiegokolwiek postępowania wyjaśniającego w zakresie zasadności skorzystania z objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, co było charakterystyczne dla postępowań o udzielanie zamówień publicznych w poprzednio obowiązującym stanie prawnym. Przyjęcie przeciwnego

zapatrywania i dopuszczenie możliwości złożenia przez wykonawcę wyjaśnień na wezwanie zamawiającego stanowiłoby, zdaniem Izby, naruszenie komentowanego przepisu.

W świetle powyższego Zamawiający nie powinien był wzywać Przystępującego ITe do złożenia wyjaśnień w zakresie zasadności zastrzeżenia części informacji wynikających z załączonego do oferty wykazu usług. Brak należytego uzasadnienia przyczyn zastrzeżenia informacji o zamówieniach zrealizowanych na rzecz podmiotów sektora publicznego skutkować winien ich upublicznieniem. Analiza treści złożonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień wskazuje, że w odniesieniu do wspomnianych usług Przystępujący ITe w istocie uzupełnił swoje stanowisko w przedmiocie zasadności dokonanego zastrzeżenia o argumentację, która stanowić powinna część złożonej oferty.

Bez znaczenia był przy tym toczony między stronami spór o podstawę prawną wezwania do złożenia wyjaśnień w omawianym zakresie, z uwagi na fakt, że przepisy Pzp nie przewidują takiej procedury, zaś prowadzenie rozważań na temat możliwości i zasadności dokonania powyższej czynności zasadne było przed nowelizacją przepisu art. 8 ust. 3 Pzp. Podkreślić ponadto należy, że podstawy wezwania nie należało poszukiwać również w omówionych wcześniej postanowieniach SIWZ, te bowiem nie mogą przewidywać uregulowań odmiennych od powszechnie obowiązujących przepisów prawa, a do takiego wniosku prowadzi zestawienie treści przepisu art. 8 ust. 3 Pzp z pkt 4.10.3 SIWZ.

Reasumując, zarzut w omówionym zakresie potwierdził się, tym niemniej nie mógł stanowić podstawy uwzględnienia Odwołania z uwagi na brak wpływu stwierdzonego naruszenia na wynik Postępowania.

W pozostałym zakresie zarzut związany z nieudostępnionymi Odwołującemu dokumentami Przystępującego ITe nie zasługiwał na uwzględnienie.

Argumentacja Odwołującego dotycząca braku wykazania przez Przystępującego ITe przesłanek uznania zastrzeżonych informacji za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 Znk sprowadzała się w istocie do kwestionowania jakości załączonego do oferty uzasadnienia. Izba zwróciła wprawdzie uwagę, że określone fragmenty uzasadnienia mogły świadczyć o ich uniwersalnym charakterze, tym niemniej nie mogło stanowić to podstawy do wyprowadzenia wniosku, że nie wiadomo kogo dotyczą i w jakim postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostały złożone. Przeciwnie – pewne ujednoczenie treści składanych wyjaśnień świadczyć może o utrwalonym w praktyce podmiotu posługującego się nimi sposobie uzasadniania przesłanek określonych we wzmiankowanym przepisie. Trudno jest oczekiwać, aby na potrzeby danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca – zastrzegając określone,

identyczne rodzajowo informacje – każdorazowo przygotowywał nowe, dedykowane temu postępowaniu uzasadnienie.

Izba stwierdziła ponadto, że Odwołujący – poza wspomnianą okolicznością faktyczną – skupił się na obszernym cytowaniu orzeczeń Izby, czego nie sposób uznać za prawidłowe skonstruowanie zarzutu. Jest nim bowiem przytoczenie okoliczności faktycznych, które podważają prawidłowość określonego sposobu postępowania zamawiającego, a zarazem rzutują na sytuację wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Treścią zarzutu nie jest natomiast odwoływanie się do poglądów Izby wyrażonych na gruncie innych stanów faktycznych, choćby ich okoliczności wykazywały pewien stopień podobieństwa ze stanem faktycznym ustalonym w niniejszej sprawie

Co zaś dotyczy zarzutu dotyczącego zaniechania udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień i uzupełnień składanych w toku Postępowania przez Przystępującego ITe skład orzekający uznał, że Odwołujący nie udowodnił, jakoby Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów Pzp. Na wniosek taki nie pozwala analiza dokumentacji Postępowania. Wynika z niej bowiem, że w dniu 1 kwietnia 2015 r. zwrócił się do Zamawiającego o umożliwienie wglądu w treść ofert, korespondencji z wykonawcami i protokołu Postępowania z załącznikami i że objęte tym wnioskiem dokumenty zostały mu udostępnione (*vide* korespondencja poczty elektronicznej pomiędzy Zamawiającym, a Odwołującym z dnia 1 i 2 kwietnia 2015 r.). Następnie, dnia 3 kwietnia 2015 r., Odwołujący zwrócił się o udostępnienie szczegółów uzasadnienia przyznanych jego ofercie punktów w kryterium jakościowym, co zostało zrealizowane przez udostępnienie mu tabeli zawierającej punktację przyznaną poszczególnym ofertom (korespondencja poczty elektronicznej z dnia 3 kwietnia 2015 r.). Z kolei w korespondencji z dnia 7 kwietnia 2015 r. Odwołujący – powołując się na przepis art. 96 ust. 2 Pzp stwierdził, że „[...]oferty, inne dokumenty i informacje, opinie biegłych, oświadczenia i tym podobne dokumenty stanowią załącznik do protokołu[...]”, zwracając jednocześnie uwagę, że udostępniony mu protokół Postępowania nie zawiera pkt 20, stanowiącego wyliczenie załączników. W związku z powyższym wniósł o „[...]wypełnienie pkt 20 protokołu oraz przesłanie poprawnego dokumentu[...]”, co miało miejsce w dniu 8 kwietnia 2015 r. (patrz: korespondencja poczty elektronicznej pomiędzy Zamawiającym, a Odwołującym z dnia 7 i 8 kwietnia 2015 r.).

Wobec powyższego – abstrahując od okoliczności, że odwołanie nie zawiera wskazania której konkretnie korespondencji dotyczy omawiany zarzut, ani nawet czy jakakolwiek korespondencja była pomiędzy Zamawiającym, a Przystępującym ITe prowadzona – Izba doszła do wniosku, że nie zostało udowodnione, jakoby Odwołujący zwracał się o dokumenty, których ujawnienia oczekuje oraz że Zamawiający popełnił uchybienie przy rozpoznawaniu któregośkolwiek ze złożonych przez Odwołującego wniosków.

W odniesieniu do zarzutu nieudostępnienia dokumentów i korespondencji dotyczących Wykonawcy TT Izba w całości podziela wyrażone uprzednio stanowisko odnośnie braku wskazania okoliczności faktycznych stanowiących substrat zarzutu. Poza ogólnikowymi twierdzeniami o braku wykazania przez ww. podmiot przesłanek z art. 11 ust. 4 Znk, obszernych wywodów dotyczących rozkładu ciężaru dowodowego, znaczenia zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i prawidłowej metody wykładni przepisu art. 8 ust. 3 Pzp Odwołujący w żadnym miejscu uzasadnienia odwołania nie odniósł się w konkretny sposób do uzasadnienia sporządzonego przez Wykonawcę TT.

W zakresie nieudostępnienia korespondencji prowadzonej z Wykonawcą TT Izba odsyła natomiast do argumentacji zawartej we wcześniejszym akapicie uzasadnienia.

## **II.2. Zarzut oceny oferty Odwołującego w kryterium „Ocena funkcjonalno-techniczna proponowanego rozwiązania” z naruszeniem zasad oceny ofert określonych w SIWZ dla tego kryterium, tj. brak uzasadnienia dla oceny oferty i przyznanej liczby punktów (naruszenie art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp)**

Izba stwierdziła, że stan faktyczny przedstawiony w Odwołaniu w zakresie postanowień SIWZ odnoszących się do kryterium „Ocena funkcjonalno-techniczna proponowanego rozwiązania” nie był sporny. Jak wspomniano w części II.1 niniejszego uzasadnienia Odwołujący – w korespondencji poczty elektronicznej z Zamawiającym datowanej na 3 kwietnia 2015 r. – wystąpił o udostępnienie mu szczegółów uzasadnienia punktów przyznanych jego ofercie w kryterium jakościowym. W miejsce oczekiwanego dokumentu otrzymał tabelę zawierającą punktację przyznaną niepodlegającym odrzuceniu ofertom złożonym w Postępowaniu, która zawierała wyłącznie średnią liczbę punktów przyznanych każdej z ofert przez członków KP w podlegających ocenie 16 zagadnieniach.

Izba oceniła, że zarzut potwierdził się, tym niemniej nie mógł stanowić podstawy uwzględnienia odwołania z uwagi na omówiony wcześniej przepis art. 192 ust. 2 Pzp. Trzeba mieć bowiem na względzie, że wbrew twierdzeniom Odwołującego zarzuty odwołania związane z oceną jego oferty nie zostały sformułowane alternatywnie. Zarzucał on Zamawiającemu zarówno niezgodną z przepisami Pzp i postanowieniami SIWZ ocenę oferty w kryterium jakościowym, jak i przyznanie w nim zbyt małej liczby punktów. Mając na uwadze taką konfigurację zarzutów Izba stwierdziła, że tylko uwzględnienie drugiego z nich (jako podlegającego rozpoznaniu i dalej idącego, konsumującego niejako roztrząsany zarzut) mogło spowodować uwzględnienie odwołania, gdyż wywarłoby wpływ na wynik Postępowania, tj. skutkowałoby udzieleniem zamówienia Odwołującemu.



Izba nie podziela zapatrywania Zamawiającego, jakoby nie był on zobowiązany do sporządzania szczegółowego uzasadnienia punktacji przyznanej ofertom złożonym w Postępowaniu. Wynika to zarówno z zasady pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która wymusza na podmiocie je prowadzącym dokumentowania w formie pisemnej wszystkich czynności podejmowanych w jego toku, jak również z obowiązku prowadzenia go z należytą starannością. Rozważenia wymagała zatem nie tyle kwestia obowiązku utrwalenia na piśmie wyników takiej czynności, bądź jego braku (tu wszakże Zamawiający sporządził tabelę z oceną punktową, choć mógłby twierdzić, że wystarczające byłoby poinformowanie wykonawców tylko o ogólnej liczbie punktów), ile stopnia szczegółowości opisu takiej czynności. Zamawiający nie powinien być zastawiać się przy tym brakiem w przepisach aktualnie obowiązującego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U.2010.223.1458) załącznika w postaci karty indywidualnej oceny oferty (dawny druk ZP-20), ponieważ nie zmienia to faktu, że zgodnie z przepisem art. 96 ust. 2 Pzp, załączniki do protokołu stanowią również m.in. inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego. Oznacza to, że każda czynność w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinna być dokumentowana na piśmie. Rezygnacja przez ustawodawcę ze wzoru dokumentu, w którym znajdować powinno się uzasadnienie dla przyznania określonej liczby punktów nie stanowi jeszcze przyzwolenia na rezygnację z dokumentowania tej czynności w ogóle.

Skład orzekający nie zgadza się z poglądem Zamawiającego, że wystarczające było sporządzenie wyłącznie ogólnego zestawienia punktów przyznanych poszczególnym ofertom w kryterium jakościowym. Takie działanie dopuszczalne byłoby w sytuacji, w której Zamawiający nie opisałby w ogóle jakimi względami kierować będzie się przyznając określoną liczbę punktów. W rozpoznawanej sprawie opis taki został przez Zamawiającego przygotowany, o czym świadczy treść pouczenia znajdującego się pod tabelą zawierającą sprecyzowanie zagadnień podlegających ocenie. Wymieniono w nim cechy stanowiące klucz przyznawania określonej liczby punktów (np. niewystarczający, kompletny, itp.).

Nieuzasadnione było twierdzenie Zamawiającego, że ze względu na ocenny, niedookreślony charakter wspomnianych określeń, bądź z uwagi na przysługujące Zamawiającemu uprawnienie do obarczania oceny „pewną dozą subiektywizmu” nie było konieczne poinformowanie wykonawców o podstawach przyznania określonej punktacji złożonym ofertom. Jakkolwiek wyrażona na piśmie ocena byłaby w pewnej mierze subiektywna (tego bowiem, w przypadku kryterium, w którym oceniane są walory użytkowe proponowanego rozwiązania, nie da się zupełnie wyeliminować), to jednak usuwałaby niepewność co do tego, czy nie jest oceną dowolną.

Zakwestionowane przez Izbę stanowisko Zamawiającego jest wreszcie błędne z tej przyczyny, że brak możliwości poznania przyczyn leżących u podstaw przyznania określonej liczby punktów utrudnia, jeżeli nie uniemożliwia wykonawcy skorzystanie ze środka ochrony prawnej, który – *ad casum*, mając na uwadze wartość zamówienia – przysługiwał od każdej czynności (zaniechania) w Postępowaniu, w tym również dotyczącej oceny oferty Odwołującego. Co więcej, uznanie stanowiska Zamawiającego za prawidłowe spowodowałoby, że dokonana przez niego ocena merytoryczna oferty wymykałaby się także kontroli Izby, czyniąc uprawnienie do korzystania ze środków ochrony prawnej iluzorycznym.

Powyższe uchybienia – wobec postawionego w odwołaniu zarzutu przyznania zbyt małej liczby punktów ofercie Odwołującego, który to podlegał rozpoznaniu – nie miały, jak wspomniano, wpływu na wynik Postępowania. Choć dokument zawierający przyczyny obniżenia liczby przyznanych ofercie Odwołującego punktów został przez Zamawiającego ujawniony dopiero w postępowaniu odwoławczym (*nota bene* samo sporządzenie takiego dokumentu dyskredytuje wcześniejsze stanowisko Zamawiającego o braku konieczności utrwalenia treści szczegółowej oceny ofert na piśmie), to wobec podtrzymania zarzutu dalej idącego stwierdzone nieprawidłowości nie mogły doprowadzić do uwzględnienia odwołania.

### **II.3. Zarzut przyznania ofercie Odwołującego nieprawidłowej ilości punktów w kryterium „Ocena funkcjonalno-techniczna proponowanego rozwiązania” z naruszeniem kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, tj. przyznanie zbyt małej liczby punktów (naruszenie art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp)**

W zakresie przedmiotowego Izba ustaliła, że spośród maksymalnie 160 punktów przyznawanych w związku z 16 zagadnieniami podlegającymi ocenie oferta Odwołującego uzyskała 110 punktów, co było trzecim wynikiem w kryterium jakościowym. W zagadnieniach 1-3, 5, 7-8, 9-10, 12-13 ofercie przyznano 5 spośród maksymalnej liczby 10 punktów za zagadnienie.

Przewidziana przez Zamawiającego skala punktowa w kryterium jakościowym miała charakter trójstopniowy, a do każdego ze stopni przypisana została stała wartość punktów (0, 5 i 10). Wobec powyższego Izba uznała, że ilekroć zaproponowany przez wykonawcę opis rozwiązania uznany został przez Zamawiającego za, przykładowo, niekompletny, niespójny merytorycznie, niejednoznaczny, itp., czyli nie uzasadniał przyznania ofercie 10 pkt w ocenianym kryterium, oznaczało to, że oferta powinna była otrzymać 5 pkt, jako zawierająca w ocenianym kryterium opis rozwiązania, który jest niewystarczający i pomija istotne zagadnienia realizacyjne. Zdaniem składu orzekającego przedstawione rozumienie skali ocen zapewniało jej spójność, co stanowi gwarancję wymierności przyznawanych ocen.

Nie wydaje się również, aby w ramach oceny ofert w kryterium jakościowym możliwe było w szerokim zakresie stosowanie instytucji poprawiania omyłek w treści oferty w celu przyznania jej wyższej liczby punktów, co sugerował Odwołujący na rozprawie. Przepis art. 87 ust. 2 Pzp umożliwia wyeliminowanie braków, niejasności, czy sprzeczności występujących w treści oferty, doprowadzając ją tym samym do zgodności z wymaganiami Zamawiającego. Należy mieć jednak na względzie, że *ad casum* miałyby to służyć innemu celowi – przyznaniu Odwołującemu większej liczby punktów (10 w miejsce przyznanych 5 w ww. zagadnieniach). Oznacza to nie tyle, że oferta Odwołującego była niezgodna z treścią SIWZ, o czym świadczy okoliczność, że nie została odrzucona w trybie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, ile że została przez Zamawiającego oceniona jako odpowiadająca w mniejszym stopniu jego oczekiwaniom. Należy mieć również na względzie, że poprawianie omyłek w ofercie w celu wyeliminowania ujawnionych w jej treści sprzeczności, czy niedokładności, bądź w celu usunięcia braków, stanowiłoby nieuprawnioną ingerencję w treść oferty, umożliwiającą wezwanemu wykonawcy usunięcie pewnych niedociągnięć. Mając na względzie okoliczność, że zaproponowany opis rozwiązania oceniany był pod kątem m.in. spójności, kompletności, czy jednoznaczności stosowanie instytucji przewidzianej przepisem art. 87 ust. 2 Pzp stanowiłoby o nierównym traktowaniu wykonawców przez deprecjonowanie tych spośród nich, których oferty nie zawierały żadnych niedociągnięć w zagadnieniach podlegających ocenie.

Izba stwierdziła ponadto, że oferta Odwołującego musiałaby otrzymać maksymalną ocenę punktową w przynajmniej pięciu spośród dziesięciu ww. zagadnień, aby doszło do jej wyboru. Po zapoznaniu się z argumentacją stron zaprezentowaną podczas niejawnego części rozprawy, skład orzekający doszedł do przekonania, że powyższy warunek nie został spełniony, a zatem odwołanie nie mogło zostać uwzględnione. Zasygnalizować przy tym należy, że przedstawione poniżej zagadnienia omówione zostały z poszanowaniem niejawnego charakteru informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego.

Izba uznała, że ocena dokonana przez Zamawiającego była prawidłowa w następujących zagadnieniach.

Zagadnienie nr 1 [„Wstępny model dziedziny implementowany w celu pokrycia funkcjonalności realizowanej przez system”] – w omawianym zakresie Zamawiający stwierdził, że pomiędzy graficzną (str. 142 oferty Odwołującego), a opisową częścią wstępnego modelu dziedziny (str. 145 i 156 oferty Odwołującego) zachodzą sprzeczności, z których jedna została przyznana przez samego Odwołującego na rozprawie. W konsekwencji nie zachodził warunek merytorycznej spójności zaproponowanego rozwiązania, umożliwiającą przyznanie ofercie 10 punktów w przedmiotowym zagadnieniu.

Zagadnienie nr 3 [„Sposób przetwarzania wniosków (FN8 do FN19)”] – spośród zastrzeżeń sformułowanych przez Zamawiającego Izba uznała, że trafne były te, które odnosiły się do wprowadzonego ograniczenia w zakresie przyjmowanych wniosków, bowiem nie wynika ono z postanowień SIWZ (patrz: str. 184 oferty, wypunktowanie trzecie w kontekście sposobów określenia kryteriów walidacyjnych w FN8). Ponadto wprowadzenie dodatkowego, nieprzewidzianego postanowieniami SIWZ, pojęcia odnoszącego się do wniosku (str. 187 oferty Odwołującego) mogło zostać przez Zamawiającego ocenione jako rzutujące na mniejszą przejrzystość i jednoznaczność koncepcji

Zagadnienie nr 5 [„Obsługa szablonów, wydruków i zarządzania magazynem druków ścisłego zarachowania (FN20 do FN35, FN 43 do FN53, FN 60, FN63, FN78)”] – Odwołujący przyznał na rozprawie, że w odniesieniu do niektórych wymagań powielił w istocie opis zamieszczony w SIWZ, wobec czego nie sposób mówić w takiej sytuacji o zaproponowaniu rozwiązania mającego twórczy charakter i uzasadniający przyznanie maksymalnej liczby punktów.

Zagadnienie nr 7 [„Obsługa podglądu wniosków (FN6)”] i nr 8 [„Narzędzie symulacji dystrybucji zezwoleń (FN80)”] – Odwołujący przyznał w istocie na rozprawie rację Zamawiającemu stwierdzając „niefortunne” użycie określeń na str. 240 i 242 oferty. Powyższe uprawniało Zamawiającego do obniżenia liczby przyznanych ofercie Odwołującego punktów chociażby z uwagi na brak przejrzystości opisu zaproponowanego rozwiązania w omawianym zakresie.

Zagadnienie nr 10 [„Zarządzanie przewoźnikami (FN55 do 58, FN81, FN83 do FN87)”] – Odwołujący przyznał, że opis zaproponowanego rozwiązania ograniczył wyłącznie do jednego z typów klientów obsługiwanych w projektowanym systemie (str. 247 oferty Odwołującego), uznając tym samym rację Zamawiającego. Izba nie uwzględniła argumentacji Odwołującego, że przedstawione rozwiązanie miało poglądowy charakter z uwagi na fakt, że ocenie poddawana była m.in. kompletność opisu rozwiązania.

Zagadnienie nr 13 [„Koncepcja bezpieczeństwa systemu”] – na str. 274 oferty Odwołującego znalazło się stwierdzenie, że w projektowanym systemie nie będzie przetwarzany określony rodzaj danych, podczas gdy Zamawiający wykazał, że dane takie będą w systemie przetwarzane. Powyższe rzutuje negatywnie na kompletność opisu rozwiązania.

Izba nie uznała natomiast argumentacji Zamawiającego przedstawionej na uzasadnienie oceny oferty Odwołującego w zakresie zagadnienia nr 2 [„Generyczny mechanizm obsługi wniosków (FN1, FN2, FN3, FN61)”], nr 11 [„Zarządzanie taryfikatorami opłat oraz danymi słownikowymi (FN62, FN90, FN91)”] oraz nr

14 [„Koncepcja procesu wytwórczego”]. W pierwszym z nich Zamawiający nie podał konkretnej przyczyny, dla której nie uznał opisu rozwiązania za kompletny, spójny merytorycznie, itp., posługując się jedynie ogólnikowym stwierdzeniem o nieopisaniu rozwiązania dla FN61. W drugim przypadku Odwołujący wykazał, że oferowana funkcjonalność kalendarza umożliwia – wbrew twierdzeniom Zamawiającego – możliwość edycji danych w nim zawartych w sposób oczekiwany przez Zamawiającego (argument ze str. 265 oferty Odwołującego). Z kolei w trzecim z zagadnień przyznanie Odwołującemu mniejszej liczby punktów wynikało wyłącznie z błędnego przeświadczenia Zamawiającego o konieczności bezwarunkowego przyjęcia stworzonej przez Odwołującego koncepcji, co nie potwierdziło się w toku postępowania odwoławczego.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w sentencji.

### **III. Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego**

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2010.41.238).

**Przewodniczący:.....**