

Sygn. akt: KIO 634/20

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 22 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo**

po rozpoznaniu odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ANTEA POLSKA spółka akcyjna z siedzibą w Katowicach, „Pectore-Eco” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach oraz Instytut Ochrony Środowiska – Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie** na „opracowanie projektów II aktualizacji planów gospodarowania wodami na obszarach dorzeczy (II aPGW) wraz z metodykami”, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 245-603343

przy udziale wykonawcy **ARUP Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **CDM Smith Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Multiconsult Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ARCADIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, HYDROCONSULT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Biuro Studiów i Badań Hydrogeologicznych i Geofizycznych z siedzibą w Warszawie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

**na podstawie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana) skierować do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej następujące pytania prejudycjalne dotyczące wykładni przepisów prawa unijnego:**

**Pytanie 1.:** Czy wyrażona w art. 18 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (zwanej dalej „dyrektywą 2014/24/UE”) zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zasada przejrzystości zezwala na taką interpretację art. 21 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE i art. 2 pkt 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego *know-how* i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem (zwanej dalej „dyrektywą 2016/943”), w szczególności zawartych w nich określeń „jako całość lub w szczególnym zestawie i zbiorze ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne” i „mają wartość handlową dlatego, że są objęte tajemnicą” oraz wskazania, że „instytucja zamawiająca nie ujawnia informacji oznaczonych przez wykonawców jako poufne”, w konsekwencji której wykonawca może zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa dowolną informację, z tego powodu, że nie chce jej ujawniać konkurującemu z nim wykonawcom?

**Pytanie 2.:** Czy wyrażona w art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zasada przejrzystości zezwala na taką interpretację art. 21 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE i art. 2 pkt 1 dyrektywy 2016/943, w konsekwencji której wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne mogą zastrzec dokumenty wskazane w art. 59 i art. 60 dyrektywy 2014/24/UE oraz w załączniku XII do dyrektywy 2014/24/UE, w całości lub w części, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, w szczególności w odniesieniu do wykazu posiadanego doświadczenia, referencji, wykazu osób proponowanych do wykonania zamówienia i ich kwalifikacji zawodowych, nazw i potencjału podmiotów, na których potencjał się powołują lub podwykonawców, jeśli dokumenty te są wymagane w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub dla oceny według kryteriów oceny ofert lub stwierdzenia zgodności oferty z innymi wymaganiami instytucji zamawiającej zawartymi w dokumentacji postępowania (ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia)?

**Pytanie 3.:** Czy wyrażona w art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zasada przejrzystości w związku z art. 58 ust. 1, art. 63 ust. 1 i art. 67 ust. 2 lit. b dyrektywy 2014/24/UE zezwala na równoczesne przyjęcie przez instytucję zamawiającą deklaracji wykonawcy, iż dysponuje wymaganymi przez instytucję zamawiającą lub deklarowanymi samodzielnie zasobami osobowymi, podmiotami, na których zasobach

chce polegać lub podwykonawcami, co, zgodnie z przepisami musi udowodnić instytucji zamawiającej, oraz deklaracji, że już samo ujawnienie konkurującym z nim wykonawcom danych dotyczących tych osób lub podmiotów (nazwisk, nazw, doświadczenia, kwalifikacji) może spowodować ich „podkupienie” przez tych wykonawców, przez co niezbędne jest objęcie tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa? W związku z powyższym, czy tak nietrwałą więź pomiędzy wykonawcą a tymi osobami i podmiotami można uznać za udowodnienie dysponowania tym zasobem, a w szczególności przyznać wykonawcy dodatkowe punkty w ramach kryteriów oceny ofert?

Pytanie 4.: Czy wyrażona w art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zasada przejrzystości zezwala na taką interpretację art. 21 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE i art. 2 pkt 1 dyrektywy 2016/943, w konsekwencji której wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne mogą zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa dokumenty wymagane w celu badania zgodności oferty z wymaganiami zamawiającego zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w tym w opisie przedmiotu zamówienia) albo w celu oceny oferty w ramach kryteriów oceny ofert, w szczególności jeśli dokumenty te odnoszą się do spełnienia wymagań instytucji zamawiającej zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w przepisach prawa lub w innych dokumentach powszechnie dostępnych lub dostępnych zainteresowanym, w szczególności, jeśli ocena ta nie przebiega według obiektywnie porównywalnych schematów oraz mierzalnych i porównywalnych matematycznie lub fizycznie wskaźników, lecz według indywidualnej oceny instytucji zamawiającej? W konsekwencji, czy art. 21 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE i art. 2 pkt 1 dyrektywy 2016/943 można interpretować tak, że za tajemnicę przedsiębiorstwa danego wykonawcy można uznać złożoną przez niego w ramach oferty deklarację wykonania danego przedmiotu zamówienia według wskazań instytucji zamawiającej zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, kontrolowanych i ocenianych przez instytucję zamawiającą pod względem zgodności z tymi wymaganiami, nawet jeśli to do wykonawcy należy wybór metod zmierzających do osiągnięcia wymaganego przez instytucję zamawiającą efektu (przedmiotu zamówienia)?

Pytanie 5.: Czy wyrażona w art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zasada przejrzystości w związku z art. 67 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE wskazującym, że kryteria udzielenia zamówienia nie mogą skutkować przyznaniem instytucji zamawiającej nieograniczonej

swobody wyboru, muszą zapewniać możliwość efektywnej konkurencji i umożliwić skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów, tak aby ocenić, na ile oferty spełniają kryteria udzielenia zamówienia, zezwala instytucji zamawiającej na ustanowienie danego kryterium oceny ofert, w szczególności kryterium ocenianego według indywidualnej oceny instytucji zamawiającej, chociaż już w momencie ustanawiania tego kryterium wiadome jest, że wykonawcy część oferty odnoszącą się do tego kryterium obejmą tajemnicą przedsiębiorstwa, czemu instytucja zamawiająca się nie sprzeciwia, przez co konkurujący wykonawcy, nie mogąc zweryfikować ofert konkurentów i porównać ich z własnymi ofertami, mogą odnieść wrażenie zupełnej dowolności badania i oceny ofert przez instytucję zamawiającą?

Pytanie 6.: Czy wyrażoną w art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE zasadę równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zasadę przejrzystości w związku z art. 67 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE wskazującym, że kryteria udzielenia zamówienia nie mogą skutkować przyznaniem instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru, muszą zapewniać możliwość efektywnej konkurencji i umożliwić skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów, tak aby ocenić, na ile oferty spełniają kryteria udzielenia zamówienia, można interpretować tak, że zezwala ona instytucji zamawiającej na ustanowienie takiego kryterium oceny ofert, jak w niniejszym postępowaniu kryteria „koncepcja opracowania” i „opis sposobu realizacji zamówienia”?

Pytanie 7.: Czy art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, zwanej dalej „dyrektywą odwoławczą”, nakazujący państwom członkowskim zapewnić wykonawcom możliwość skutecznego odwołania od decyzji podjętych przez instytucje zamawiające oraz dostępności procedur odwoławczych dla podmiotu, który ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia, należy tak tłumaczyć, że stwierdzenie przez organ orzekający, że zastrzeżone przez wykonawców w danym postępowaniu dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, co skutkuje nakazaniem ich ujawnienia przez instytucję zamawiającą i udostępnienia konkurującym wykonawcom – jeżeli taki skutek nie wynika wprost z przepisów prawa – powoduje dla organu orzekającego obowiązek wydania rozstrzygnięcia o treści umożliwiającej temu wykonawcy ponowne wniesienie odwołania – w zakresie wynikającym z treści tych dokumentów, której wcześniej nie

znał i z którego to powodu nie mógł skutecznie skorzystać ze środka ochrony prawnej – wobec czynności, co do której odwołanie by nie przysługiwało ze względu na upływ terminu do jego wniesienia, na przykład poprzez unieważnienie czynności badania i oceny ofert, których dotyczą przedmiotowe dokumenty zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa?

## UZASADNIENIE

### I Ramy prawne

#### Regulacje wspólnotowe

1) Artykuł 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE:

Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny. Zamówień nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania niniejszej dyrektywy lub sztuczne zawężanie konkurencji. Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców.

2) Artykuł 21 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE:

O ile nie przewidziano inaczej w niniejszej dyrektywie lub w przepisach krajowych, którym podlega dana instytucja zamawiająca, w szczególności w przepisach dotyczących dostępu do informacji, a także bez uszczerbku dla obowiązków związanych z podawaniem do wiadomości publicznej informacji o udzielonych zamówieniach oraz z udostępnianiem kandydatom i oferentom informacji określonych w art. 50 i 55, instytucja zamawiająca nie ujawnia informacji przekazanych jej przez wykonawców i oznaczonych przez nich jako poufne, w tym między innymi tajemnic technicznych lub handlowych oraz poufnych aspektów ofert.

3) Artykuł 55 ust. 2 i 3 dyrektywy 2014/24/UE:

2. Na wniosek zainteresowanego kandydata lub oferenta, instytucja zamawiająca tak szybko, jak to możliwe, a w każdym razie w terminie 15 dni od otrzymania pisemnego wniosku informuje:

- a) każdego niewybranego kandydata o powodach odrzucenia jego wniosku o dopuszczenie do udziału;
- b) każdego niewybranego oferenta o powodach odrzucenia jego oferty, w tym – w przypadkach określonych w art. 42 ust. 5 i 6 – o powodach decyzji o braku równoważności

lub decyzji stanowiącej, że roboty budowlane, dostawy lub usługi nie spełniają wymagań wydajnościowych lub funkcjonalnych;

c) każdego oferenta, który złożył dopuszczalną ofertę, o cechach i mających znaczenie zaletach oferty, która została wybrana, jak również o nazwie/imieniu i nazwisku zwycięskiego oferenta lub nazwach/imionach i nazwiskach stron umowy ramowej;

d) każdego oferenta, który złożył dopuszczalną ofertę, o przebiegu i postępie negocjacji i dialogu z oferentami.

3. Instytucje zamawiające mogą podjąć decyzję o nieudzielaniu pewnych informacji, o których mowa w ust. 1 i 2, dotyczących udzielenia zamówienia, zawarcia umowy ramowej lub dopuszczenia do dynamicznego systemu zakupów, jeżeli ich ujawnienie mogłoby utrudnić egzekwowanie prawa lub byłoby w inny sposób sprzeczne z interesem publicznym, mogłoby szkodzić uzasadnionym interesom handlowym konkretnego wykonawcy publicznego lub prywatnego, bądź mogłoby zaszkodzić uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami.

4) Artykuł 56 ust. 1 i 2 dyrektywy 2014/24/UE:

1. Zamówień udziela się na podstawie kryteriów określonych zgodnie z art. 67–69, pod warunkiem że instytucja zamawiająca sprawdziła, zgodnie z art. 59–61, że spełnione są wszystkie następujące warunki:

a) oferta jest zgodna z wymaganiami, warunkami i kryteriami określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania oraz w dokumentach zamówienia, z uwzględnieniem, w stosownych przypadkach, art. 45;

b) oferta pochodzi od oferenta, który nie został wykluczony zgodnie z art. 57, oraz spełnia kryteria kwalifikacji określone przez instytucję zamawiającą zgodnie z art. 58, a także, w stosownych przypadkach, niedyskryminacyjne zasady i kryteria, o których mowa w art. 65. Instytucje zamawiające mogą postanowić o nieudzieleniu zamówienia oferentowi, który złożył najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę, jeżeli ustaliły, że ta oferta nie jest zgodna z mającymi zastosowanie obowiązkami, o których mowa w art. 18 ust. 2.

2. W procedurach otwartych instytucje zamawiające mogą podjąć decyzję o rozpatrzeniu ofert przed sprawdzeniem, że nie ma podstaw wykluczenia, i przed weryfikacją spełnienia kryteriów kwalifikacji, zgodnie z przepisami art. 57–64. Jeżeli instytucje zamawiające korzystają z tej możliwości, zapewniają, by sprawdzenie niewystępowania podstaw wykluczenia i weryfikacja spełnienia kryteriów kwalifikacji przebiegały w sposób bezstronny i przejrzysty, tak aby żadnego zamówienia nie udzielono oferentowi, który powinien być zostać wykluczony na podstawie art. 57 lub który nie spełnia kryteriów kwalifikacji określonych przez instytucję zamawiającą. Państwa członkowskie mogą wyłączyć stosowanie procedury opisanej w akapicie pierwszym wobec określonych rodzajów

zamówień lub w konkretnych okolicznościach lub ograniczyć jej stosowanie do takich rodzajów zamówień lub okoliczności.

5) Artykuł 58 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE:

W odniesieniu do zdolności technicznej i zawodowej instytucje zamawiające mogą nałożyć wymogi zapewniające posiadanie przez wykonawców niezbędnych zasobów ludzkich i technicznych oraz doświadczenia umożliwiającego realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Instytucje zamawiające mogą w szczególności wymagać, aby wykonawcy mieli wystarczający poziom doświadczenia wykazany odpowiednimi referencjami dotyczącymi zamówień wykonanych wcześniej. Instytucja zamawiająca może uznać, że dany wykonawca nie ma wymaganych zdolności zawodowych, jeżeli ustaliła, że wykonawca ma sprzeczne interesy, które mogą mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. W postępowaniach o udzielenie zamówienia na dostawy, które wymagają wykonania prac dotyczących rozmieszczenia lub instalacji, na usługi lub roboty budowlane, zdolność zawodowa wykonawców do świadczenia usługi lub wykonania instalacji lub robót budowlanych może być oceniana w odniesieniu do ich umiejętności, efektywności, doświadczenia i rzetelności.

6) Artykuł 59 dyrektywy 2014/24/UE:

1. W chwili składania wniosków o dopuszczenie do udziału lub ofert instytucje zamawiające przyjmują jednolity europejski dokument zamówienia obejmujący zaktualizowane oświadczenie własne jako dowód wstępny zastępujący zaświadczenia wydawane przez organy publiczne lub osoby trzecie na potwierdzenie, że dany wykonawca spełnia którykolwiek z poniższych warunków:

- a) nie znajduje się w jednej z sytuacji, o których mowa w art. 57, w przypadku której wykonawcy muszą lub mogą zostać wykluczeni;
- b) spełnia stosowne kryteria kwalifikacji określone zgodnie z art. 58;
- c) w stosownych przypadkach, spełnia obiektywne zasady i kryteria ustalone zgodnie z art. 65.

W przypadku gdy wykonawca polega na zdolności innych podmiotów na mocy art. 63, jednolity europejski dokument zamówienia zawiera również informacje, o których mowa w akapicie pierwszym niniejszego ustępu, w odniesieniu do takich podmiotów. Jednolity europejski dokument zamówienia obejmuje formalne oświadczenie wykonawcy stwierdzające, że odpowiednia podstawa wykluczenia nie ma zastosowania lub że odpowiednie kryterium kwalifikacji jest spełnione, a także zawiera istotne informacje wymagane przez instytucję zamawiającą. Ponadto jednolity europejski dokument zamówienia określa organ publiczny lub osobę trzecią odpowiedzialną za wystawienie

dokumentów potwierdzających i zawiera formalne oświadczenie, z którego wynika, że wykonawca będzie w stanie na żądanie i bez zwłoki przedstawić te dokumenty potwierdzające. Jeżeli instytucja zamawiająca może uzyskać dokumenty potwierdzające bezpośrednio za pomocą bazy danych, zgodnie z ust. 5, jednolity europejski dokument zamówienia zawiera także informacje wymagane w tym celu, takie jak adres internetowy bazy danych, wszelkie dane identyfikacyjne oraz, w stosownych przypadkach, niezbędne oświadczenie o wyrażeniu zgody. Wykonawcy mogą ponownie wykorzystać jednolity europejski dokument zamówienia, który został już użyty we wcześniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia, pod warunkiem że potwierdzą, iż informacje w nim zawarte są nadal prawidłowe.

2. Jednolity europejski dokument zamówienia sporządza się na podstawie standardowego formularza. Komisja określi ten standardowy formularz w drodze aktów wykonawczych. Te akty wykonawcze przyjmuje się zgodnie z procedurą sprawdzającą, o której mowa w art. 89 ust. 3. Jednolity europejski dokument zamówienia przedstawia się wyłącznie w formie elektronicznej

4. Instytucja zamawiająca może na dowolnym etapie postępowania zwrócić się do oferentów i kandydatów o przedłożenie wszystkich lub niektórych dokumentów potwierdzających, jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania. Przed udzieleniem zamówienia instytucja zamawiająca – z wyjątkiem zamówień udzielanych na podstawie umów ramowych zawartych zgodnie z art. 33 ust. 3 lub art. 33 ust. 4 lit. a) – wymaga, aby oferent, któremu postanowiła udzielić zamówienia, przedłożył aktualne dokumenty potwierdzające zgodnie z art. 60 oraz, w stosownych przypadkach, z art. 62. Instytucja zamawiająca może zwrócić się do wykonawców o uzupełnienie lub wyjaśnienie zaświadczeń otrzymanych zgodnie z art. 60 i 62.

7) Artykuł 60 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE:

Instytucje zamawiające mogą wymagać zaświadczeń, oświadczeń i innych środków dowodowych, o których mowa w ust. 2, 3 i 4 niniejszego artykułu oraz w załączniku XII, jako dowodów na brak podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 57, oraz dowodów spełnienia kryteriów kwalifikacji zgodnie z art. 58. Instytucje zamawiające nie wymagają środków dowodowych innych niż te, o których mowa w niniejszym artykule i w art. 62. W odniesieniu do art. 63 wykonawcy mogą wykorzystać wszelkie odpowiednie środki dowodowe, aby udowodnić instytucji zamawiającej, że będą mieli do swojej dyspozycji niezbędne zasoby.

8) Artykuł 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE:

W odniesieniu do kryteriów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, określonych zgodnie z art. 58 ust. 3, oraz kryteriów dotyczących zdolności technicznej i zawodowej,



określonych zgodnie z art. 58 ust. 4, wykonawca może, w stosownych przypadkach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, polegać na zdolności innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań.

W odniesieniu do kryteriów dotyczących wykształcenia i kwalifikacji zawodowych, określonych w załączniku XII część II lit. f), lub dotyczących stosownego doświadczenia zawodowego, wykonawcy mogą jednak polegać na zdolności innych podmiotów tylko wtedy, gdy te ostatnie zrealizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne.

W przypadku gdy wykonawca chce polegać na zdolności innych podmiotów, musi udowodnić instytucji zamawiającej, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami, przedstawiając na przykład w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów.

Instytucja zamawiająca sprawdza, zgodnie z art. 59, 60 i 61, czy podmioty, na których zdolności wykonawca zamierza polegać, spełniają odpowiednie kryteria kwalifikacji, i czy istnieją podstawy wykluczenia na mocy art. 57.

Instytucja zamawiająca wymaga, by wykonawca zastąpił podmiot, który nie spełnia stosownego kryterium kwalifikacji lub wobec którego istnieją obowiązkowe podstawy wykluczenia. (...)

#### 9) Artykuł 67 dyrektywy 2014/24/UE:

1. Bez uszczerbku dla krajowych przepisów ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych dotyczących cen określonych dostaw lub wynagradzania z tytułu określonych usług, instytucje zamawiające opierają udzielanie zamówień publicznych na ofercie najkorzystniejszej ekonomicznie.

2. Ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie z punktu widzenia instytucji zamawiającej określa się na podstawie ceny lub kosztu, z wykorzystaniem podejścia opartego na efektywności kosztowej, takiego jak rachunek kosztów cyklu życia zgodnie z art. 68; może ona obejmować najlepszą relację jakości do ceny, którą szacuje się na podstawie kryteriów obejmujących aspekty jakościowe, środowiskowe lub społeczne związane z przedmiotem danego zamówienia publicznego. Kryteria takie mogą np. obejmować:

a) jakość, w tym wartość techniczną, właściwości estetyczne i funkcjonalne, dostępność, projektowanie dla wszystkich użytkowników, cechy społeczne, środowiskowe i innowacyjne, handel i jego warunki;

b) organizację, kwalifikacje i doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji danego zamówienia, w przypadku gdy właściwości wyznaczonego personelu mogą mieć znaczący wpływ na poziom wykonania zamówienia; lub

c) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczną, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji. (...)

3. Uznaje się, że kryteria udzielenia zamówienia są powiązane z przedmiotem zamówienia publicznego, jeżeli dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, które mają być zrealizowane w ramach tego zamówienia, we wszystkich aspektach oraz na wszystkich etapach ich cyklu życia, co obejmuje czynniki związane z: a) określonym procesem produkcji, dostarczania lub wprowadzania tych robót budowlanych, dostaw lub usług na rynek; albo b) określonym procesem dotyczącym innego etapu cyklu życia tych robót budowlanych, dostaw lub usług; nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem.

4. Kryteria udzielenia zamówienia nie mogą skutkować przyznaniem instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru. Zapewniają one możliwość efektywnej konkurencji i dołączone są do nich specyfikacje, które umożliwiają skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów, tak aby ocenić, na ile oferty spełniają kryteria udzielenia zamówienia. W razie wątpliwości instytucje zamawiające skutecznie weryfikują prawidłowość informacji i dowodów przedstawionych przez oferentów.

5. Instytucja zamawiająca określa w dokumentach zamówienia względną wagę, jaką przypisuje każdemu z kryteriów wybranych do celów ustalenia oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, z wyjątkiem sytuacji, gdy najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę określa się wyłącznie na podstawie ceny. Wagi te mogą być wyrażone za pomocą przedziału z odpowiednią rozpiętością maksymalną. Jeżeli przypisanie wagi nie jest możliwe z obiektywnych przyczyn, instytucja zamawiająca wskazuje kryteria w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego.

10) Artykuł 71 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE:

W dokumentach zamówienia instytucja zamawiająca może zażądać albo zostać zobowiązana przez państwo członkowskie do zażądania od oferenta, aby wskazał on w swojej ofercie ewentualną część zamówienia, której wykonanie zamierza zlecić osobom trzecim w ramach podwykonawstwa, a także aby podał ewentualnych proponowanych podwykonawców.

11) Załącznik XII do dyrektywy 2014/24/UE „Środki dowodowe na potrzeby kryteriów kwalifikacji”, część II: Zdolność techniczna:

Środki stanowiące dowód zdolności technicznej wykonawców, o której mowa w art. 58:

a) następujące wykazy:

(i) wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w ciągu ostatnich pięciu lat, wraz z zaświadczeniami zadowolającego wykonania i rezultatu najważniejszych robót budowlanych; w razie potrzeby, w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji, instytucje zamawiające mogą zaznaczyć, iż dowody dotyczące odpowiednich robót budowlanych wykonanych ponad pięć lat wcześniej nie zostaną uwzględnione;

(ii) wykaz głównych dostaw lub usług zrealizowanych nie wcześniej niż w ciągu ostatnich trzech lat, z podaniem kwot, dat wykonania oraz odbiorców publicznych lub prywatnych. W razie potrzeby, w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji, instytucje zamawiające mogą zaznaczyć, iż dowody dotyczące odpowiednich dostaw lub usług zrealizowanych bądź wykonanych ponad trzy lata wcześniej nie zostaną uwzględnione;

b) wskazanie zaangażowanych pracowników technicznych lub służb technicznych, niezależnie od tego, czy są one częścią przedsiębiorstwa danego wykonawcy, w szczególności tych odpowiedzialnych za kontrolę jakości, a w przypadku zamówień na roboty budowlane – tych, którymi ten wykonawca będzie dysponował na potrzeby wykonania robót budowlanych;

c) opis urządzeń technicznych oraz środków zastosowanych przez wykonawcę w celu zapewnienia jakości oraz opis zaplecza naukowo-badawczego przedsiębiorstwa;

d) wskazanie systemów zarządzania łańcuchem dostaw i śledzenia łańcucha dostaw, które to systemy wykonawca będzie mógł zastosować podczas realizacji zamówienia;

e) w przypadku gdy produkty lub usługi, które mają zostać dostarczone, mają złożony charakter lub, wyjątkowo, mają szczególne przeznaczenie, instytucja zamawiająca lub, w jej imieniu, właściwy organ urzędowy państwa, w którym dostawca lub usługodawca ma siedzibę, z zastrzeżeniem zgody tego organu, przeprowadza kontrolę zdolności produkcyjnych dostawcy lub zdolności technicznych usługodawcy, a w razie konieczności także dostępnych im środków naukowych i badawczych, jak również środków kontroli jakości, z których będą korzystać;

f) wykształcenie i kwalifikacje zawodowe usługodawcy bądź wykonawcy lub personelu zarządzającego przedsiębiorstwem, o ile nie podlegają one ocenie w ramach kryterium udzielenia zamówienia;

g) wskazanie środków zarządzania środowiskiem, które wykonawca będzie mógł zastosować podczas realizacji zamówienia;

h) oświadczenie na temat wielkości średniego rocznego zatrudnienia u usługodawcy lub wykonawcy oraz liczebność personelu zarządzającego w ostatnich trzech latach;

i) oświadczenie na temat narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych usługodawcy lub wykonawcy na potrzeby realizacji zamówienia;

j) wskazanie procentowej części zamówienia, której realizację wykonawca zamierza ewentualnie zlecić podwykonawcom; L 94/226 Dziennik Urz PL ędowy Unii Europejskiej 28.3.2014 k) w odniesieniu do produktów, które mają zostać dostarczone: (i) próbki, opisy lub fotografie, których autentyczność musi zostać poświadczona na żądanie instytucji zamawiającej; (ii) zaświadczenia sporządzone przez uznane, właściwe urzędowe instytuty lub agencje kontroli jakości, wyraźnie potwierdzające zgodność produktów przez odniesienie do specyfikacji technicznych lub norm.

12) Artykuł 2 pkt 1 dyrektywy 2016/943:

Na potrzeby niniejszej dyrektywy zastosowanie mają następujące definicje:

1) „tajemnica przedsiębiorstwa” oznacza informacje, które spełniają wszystkie następujące wymogi:

a) są poufne w tym sensie, że jako całość lub w szczególnym zestawie i zbiorze ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które zwykle zajmują się tym rodzajem informacji;

b) mają wartość handlową dlatego, że są objęte tajemnicą;

c) poddane zostały przez osobę, która zgodnie z prawem sprawuje nad nimi kontrolę, rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla utrzymania ich w tajemnicy.

13) Artykuł 1 ust. 1 i 3 dyrektywy odwoławczej:

1. Niniejsza dyrektywa ma zastosowanie do zamówień, o których mowa w dyrektywie 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, chyba że takie zamówienia wyłączono zgodnie z art. 10–18 tej dyrektywy. Zamówienia w rozumieniu niniejszej dyrektywy obejmują zamówienia publiczne, umowy ramowe, koncesje na roboty budowlane i dynamiczne systemy zakupów.

Państwa członkowskie przedsięwzięją niezbędne środki, aby zapewnić – w odniesieniu do zamówień objętych zakresem zastosowania dyrektywy 2004/18/WE – możliwość skutecznego, a w szczególności możliwie szybkiego odwołania od decyzji podjętych przez instytucje zamawiające, zgodnie z warunkami określonymi w art. 2–2f niniejszej dyrektywy, z powodu naruszenia przez te decyzje prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych lub naruszenia krajowych przepisów transponujących to prawo.

3. Państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.

#### Regulacje krajowe

1) Art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych:

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

2) Art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

2a. Zamawiający może określić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymogi dotyczące zachowania poufnego charakteru informacji przekazanych wykonawcy w toku postępowania.

3. 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, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.

3) Art. 22 ust. 1-1b ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

1) nie podlegają wykluczeniu;

2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania.

1a. Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

1b. Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:

1) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;

2) sytuacji ekonomicznej lub finansowej;

3) zdolności technicznej lub zawodowej.

4) Art. 22a ust. 1-4 ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

2. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

3. Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5.

4. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

5) Art. 22d ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. Oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

3. W postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego przedmiot stanowią dostawy wymagające wykonania prac dotyczących rozmieszczenia lub instalacji, usługi lub roboty budowlane, zamawiający może oceniać zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia. W takim przypadku zamawiający może wymagać od wykonawców wskazania w ofercie lub we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu imion i nazwisk osób wykonujących czynności przy realizacji zamówienia wraz z informacją o kwalifikacjach zawodowych lub doświadczeniu tych osób.

6) Art. 36b ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych:

Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm podwykonawców.

7) Art. 86 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych:

Podczas otwarcia ofert podaje się nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach.

8) Art. 91 ust. 1-2d ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

2. Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności:

- 1) jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne;
- 2) aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;
- 3) aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia;
- 4) aspekty innowacyjne;
- 5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;
- 6) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.

2a. Zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, oraz ich związki kryterium ceny mogą zastosować jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykażą w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia, z wyjątkiem art. 72 ust. 2 i art. 80 ust. 3.

2b. Zamawiający może ustalić stałą cenę lub koszt, jeżeli przepisy powszechnie obowiązujące lub właściwy organ określiły stałą cenę lub koszt. W takim przypadku ofertę wybiera się w oparciu o inne kryteria oceny ofert niż cena.

2c. Kryteria oceny ofert są związane z przedmiotem zamówienia, jeżeli dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, które mają być zrealizowane w ramach tego zamówienia, we wszystkich aspektach oraz w odniesieniu do poszczególnych etapów ich cyklu życia, w tym procesu produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia.

2d. Zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiając sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców.

9) Art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych:

Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

10) Art. 96 ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. W trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza protokół, zawierający co najmniej: (...)

5) imię i nazwisko albo nazwę wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, oraz powody wyboru jego oferty, a także, jeśli jest to wiadome, wskazanie części zamówienia lub umowy ramowej, którą ten wykonawca zamierza zlecić do wykonania osobom trzecim, i jeśli jest to wiadome w danym momencie - imiona i nazwiska albo nazwy ewentualnych podwykonawców; (...)

7) w stosownych przypadkach, wyniki badania podstaw wykluczenia, oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w tym:

a) imię i nazwisko albo nazwę wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu, wykazali spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji oraz powody wyboru tych wykonawców,

b) imię i nazwisko albo nazwę wykonawców, którzy podlegają wykluczeniu, nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji oraz powody ich niezaprośzenia do udziału w postępowaniu;

8) powody odrzucenia ofert; (...)

2. Oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania, o którym mowa w art. 38 ust. 3, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu.

3. Protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

11) Art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913)

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.



12) § 2 ust. 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2020 r. poz. 1282)

W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać następujących dokumentów:

1) wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty;

2) wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;

3) wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami;

4) opisu urządzeń technicznych oraz środków organizacyjno-technicznych zastosowanych przez wykonawcę w celu zapewnienia jakości oraz opisu zaplecza naukowo-badawczego posiadanego przez wykonawcę lub które będzie pozostawało w dyspozycji wykonawcy;

5) wykazu systemów zarządzania łańcuchem dostaw i śledzenia łańcucha dostaw, które wykonawca będzie mógł zastosować w celu wykonania zamówienia publicznego; (...)

10) wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

## II Stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

### Informacje ogólne

Spór w niniejszej sprawie powstał w wyniku działania instytucji zamawiającej (zamawiającego) – Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie, która, prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „opracowanie projektów II aktualizacji planów gospodarowania wodami na obszarach dorzeczy (II aPGW) wraz z metodykami” dokonała badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i dokonała wyboru oferty najkorzystniejszej.

Postępowanie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 245-603343 ze względu na wartość przekraczającą tzw. „progi unijne”. Postępowanie prowadzone jest w procedurze otwartej (przetargu nieograniczonym).

Przedmiot zamówienia obejmuje opracowanie projektów drugiej aktualizacji planów gospodarowania wodami (II aPGW) na obszarach dorzeczy: Wisły, Odry, Dniestru, Dunaju, Banówki, Łaby, Niemna, Pregoty, Świeżej, wraz z dokumentami towarzyszącymi, w tym metodykami. Poprzez dokumenty towarzyszące rozumie się wszystkie materiały niezbędne do realizacji zadania, ale niebędące częścią projektu rozporządzenia w sprawie przyjęcia II aPGW. Praca realizowana będzie na zaktualizowanym podziale jednostek do planowania (tzw. „nowych” jednolitych częściach wód). Zmiana jednostek do planowania pomiędzy aPGW a II aPGW będzie wymagać, w przypadku zadań realizowanych w ramach opisu przedmiotu zamówienia, dla których będzie to konieczne i uzasadnione, prac polegających na przeniesieniu wyników zadań opracowanych ze „starym” układem jcw (jednolitych części wód) na „nowy” układ jcw. Prace te zostaną zrealizowane przez wykonawcę, a potrzeba ich realizacji zostanie zidentyfikowana w ramach Etapu I.

Przedmiotem będzie także realizacja zadań przewidzianych dla projektów II aPGW, wynikających z ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (Dz. U. z 2018 r. poz. 2081, z 2019 r. poz. 630, z późn. zm.), w tym

w szczególności udział (wsparcie merytoryczne świadczone przez wykonawcę) w uzgodnieniu zakresu prognozy oceny oddziaływania na środowisko projektów II aPGW, przeprowadzenie procedury strategicznej oceny oddziaływania na środowisko, w tym sporządzenie prognoz oddziaływania na środowisko poszczególnych projektów II aPGW, a także współudział w realizacji zadań związanych z odpowiedziami na opinie i umożliwienie udziału społeczeństwa w opracowaniu ww. dokumentów oraz współudział w półrocznych konsultacjach społecznych projektów II aPGW, zgodnie z wymaganiami art. 14 Ramowej Dyrektywy Wodnej (RDW).

Zgodnie z wymaganiami Ramowej Dyrektywy Wodnej 2000/60/WE w terminie do 31 marca 2022 r. Polska jest zobowiązana do przedłożenia Komisji Europejskiej (KE) raportu z II aktualizacji PGW. Wobec tego, opracowane w ramach zamówienia II aPGW, będą również stanowiły podstawę do sporządzenia przez wykonawcę raportu dla Komisji Europejskiej, zgodnie z wytycznymi KE, które w trakcie realizacji zamówienia mogą ulegać modyfikacjom wprowadzanym przez KE. Realizacja ww. zadań odbędzie się zgodnie z wymaganiami prawa unijnego, w tym głównie Ramowej Dyrektywy Wodnej, ustawy Prawo wodne, oraz jej aktów wykonawczych, z uwzględnieniem zaleceń i wytycznych Komisji Europejskiej w tym zakresie, jak również w oparciu o powstałe w trakcie trzeciego cyklu planistycznego (a gdzie stosowne – również starsze) metodyki, opracowania, dokumenty oraz doświadczenia zebrane w trakcie wdrażania RDW w Polsce (w I, II i III cyklu planistycznym).

Przedmiotowa praca składać się będzie z następujących etapów: etap I: Opracowanie projektów II aPGW wraz z metodykami; etap II: Konsultacje społeczne projektów II aPGW oraz przeprowadzenie strategicznej oceny oddziaływania na środowisko; etap III: Opracowanie projektów rozporządzeń w sprawie II aPGW; etap IV: Przygotowanie raportu do KE oraz sporządzenie baz danych z II aPGW.

Zadania wykonawców zostały szczegółowo opisane w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – opisie przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wskazał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że plany gospodarowania wodami na obszarach dorzeczy zaliczane są do podstawowych dokumentów planistycznych, których opracowanie i aktualizacja wymagana jest przepisami RDW i ustawy z dnia 20 lipca 2017 r. Prawo wodne. Dokumenty te stanowią podstawę podejmowania decyzji kształtujących stan zasobów wodnych i zasady gospodarowania nimi w przyszłości. Ponadto służą między innymi koordynowaniu działań mających na celu osiągnięcie lub utrzymanie co najmniej dobrego stanu wód oraz ekosystemów od wody zależnych, poprawę stanu zasobów wodnych, poprawę możliwości korzystania z wód, zmniejszenie ilości wprowadzanych do wód lub do ziemi substancji mogących negatywnie oddziaływać na wody, poprawę ochrony przeciwpowodziowej oraz przeciwdziałaniu skutkom suszy. Realizacja niniejszego zamówienia pozwoli na wypełnienie przez Polskę postanowień

RDW oraz ustawy Prawo wodne w zakresie cyklicznej aktualizacji planów gospodarowania wodami na obszarach dorzeczy.

#### Wynik postępowania

W postępowaniu zostały złożone cztery oferty, które zostały ocenione w następujący sposób:

1. przystępujący CDM – cena 21.517.620 zł, punktacja w kryterium ceny: 33,61, punktacja w kryterium koncepcja opracowania: 29, punktacja w kryterium opis sposobu realizacji zamówienia: 12, razem: 74,61 punktu (oferta najkorzystniejsza),
2. Odwołujący – cena 18.081.000 zł, punktacja w kryterium ceny: 40, punktacja w kryterium koncepcja opracowania: 7, punktacja w kryterium opis sposobu realizacji zamówienia: 15, razem: 62 punkty,
3. przystępujący Multiconsult – cena 20.662.770 zł, punktacja w kryterium ceny: 35, punktacja w kryterium koncepcja opracowania: 14, punktacja w kryterium opis sposobu realizacji zamówienia: 9, razem: 58 punktów,
4. przystępujący Arup – cena 18.240.900 zł, punktacja w kryterium ceny: 39,65, punktacja w kryterium koncepcja opracowania: 9, punktacja w kryterium opis sposobu realizacji zamówienia: 6, razem: 54,65 punktu.

#### Wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ)

1) W rozdziale 7. SIWZ Zamawiający zawarł postanowienia dotyczące warunków udziału w postępowaniu. W punkcie 7.2 wskazał m.in., że w postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki udziału w postępowaniu:

7.2.1 w okresie ostatnich 6 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – to w tym okresie, wykonali:

7.2.1.1 co najmniej 3 usługi o wartości co najmniej 500.000,00 zł brutto każda, polegające na wykonaniu opracowań z obszaru gospodarki wodnej w zakresie zagadnień:

7.2.1.1.1 wynikających z Ramowej Dyrektywy Wodnej (Dyrektywy 2000/60/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2000 r. ustanawiającej ramy wspólnotowego działania w dziedzinie polityki wodnej) lub

7.2.1.1.2 wynikających z Dyrektywy Powodziowej (Dyrektywy 2007/60/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. w sprawie oceny ryzyka powodziowego i zarządzania nim lub

7.2.1.1.3 związanych z suszą, retencją, renaturyzacją, żegluga śródlądową oraz

7.2.1.2 co najmniej 2 usługi polegające na przeprowadzeniu procedury strategicznej oceny oddziaływania na środowisko.

7.2.2 Wykonawca składający ofertę zobowiązany jest wykazać, iż dysponuje lub przy realizacji zamówienia będzie dysponował zespołem, który skieruje do realizacji usługi

będącej przedmiotem niniejszego postępowania, w skład którego wchodzić będą specjaliści posiadający wiedzę, doświadczenie i kwalifikacje niezbędne do realizacji zamówienia, w tym co najmniej osoby o następującym doświadczeniu, wykształceniu i kwalifikacjach (wszystkie wymagania dla osób na danym stanowisku muszą być spełnione łącznie). Zamawiający opisał wymagania dotyczące wykształcenia, doświadczenia i kwalifikacji dla kilkudziesięciu osób z zespołu, na który mieli się składać: kierownik projektu, zastępca kierownika projektu, specjalista ds. rdw, specjalista ds. wód rzecznych, specjalista ds. zbiorników zaporowych, specjalista ds. ichtiologii, specjalista ds. hydrobiologii, specjalista ds. jezior, specjalista ds. rekultywacji, specjalista ds. wód przybrzeżnych i przejściowych, specjalista ds. wód podziemnych #1, specjalista ds. wód podziemnych # 2, specjalista ds. projektów hydrotechnicznych, specjalista ds. projektów hydrotechnicznych i urządzeń do migracji ryb, specjalista ds. oceny wpływu przekształceń hydromorfologicznych na wody oraz renaturyzacji, specjalista ds. zanieczyszczeń pochodzących z rolnictwa, specjalista ds. zanieczyszczeń komunalnych, specjalista ds. zanieczyszczeń przemysłowych, specjalista ds. GIS, specjalista w dziedzinie ekonomii, specjalista ds. substancji priorytetowych w środowisku wodnym, specjalista ds. działań utrzymaniowych wód, specjalista ds. obszarów ochrony siedlisk lub gatunków, specjalista ds. SOOŚ #1, specjalista ds. SOOŚ #2, specjalista w dziedzinie zmian klimatu, specjalista ds. redakcji i korekt, specjalista ds. baz danych, specjalista w dziedzinie prawa, tłumacz języka angielskiego (dla niektórych stanowisk więcej niż jedna osoba).

Zamawiający zaznaczył, że wskazał minimalną liczbę osób przewidzianych do realizacji zamówienia. Jeśli wykonawca stwierdzi taką potrzebę, zatrudni większą liczbę poszczególnych specjalistów przy realizacji zamówienia, mając na uwadze harmonogram i zakres prac. Wykonawca zobowiązany będzie podać Zamawiającemu wykaz wszystkich osób realizujących prace w ramach projektu. Żadna z osób wskazanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia nie może pełnić więcej niż jednej z ról, zdefiniowanych przez Zamawiającego stanowiskiem w projekcie. Zamawiający dopuszcza możliwość dokonania zamian w składzie osobowym zespołu wyłącznie w przypadku wystąpienia zdarzeń losowych rozumianych jako zdarzenia nieprzewidywalne, niemożliwe do uniknięcia nawet przy zachowaniu należytej staranności np. nieszczęśliwy wypadek powodujący niezdolność do pracy, choroba, śmierć. Wszelkie zmiany w składzie osobowym zespołu wykonującego zamówienie, w stosunku do wykazanego w ofercie, są możliwe jedynie pod warunkiem zachowania wymogów dotyczących potencjału kadrowego wykonawcy określonych w SIWZ oraz po wcześniejszym, pisemnym poinformowaniu Zamawiającego o konieczności zmiany w składzie osobowym zespołu wykonującego zamówienie, wraz z przekazaniem kopii dokumentów potwierdzających kwalifikacje i uprawnienia wskazane w SIWZ nowo wskazanych osób. Usługi, wymienione w powyższej tabeli, mogą być wykonane w ramach

jednego lub odrębnych zamówień. W przypadku, gdy w ramach wykazanych zamówień realizowany był szerszy zakres prac, należy bezwzględnie podać wartość całego zamówienia wraz z wyszczególnieniem wartości prac potwierdzających spełnienie warunku określonego przez Zamawiającego.

7.3 Wykonawca, który polega na zasobach innych podmiotów, musi udowodnić Zamawiającemu, że realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji osób niezbędnych do realizacji zamówienia.

7.4 Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.

7.5 Wypełniając JEDZ w zakresie części IV: Kryteria kwalifikacji, Wykonawca może w części IV ograniczyć się do wypełnienia sekcji  $\alpha$  i nie musi wypełniać żadnej z pozostałych sekcji w części IV.

2) W rozdziale 10. Zamawiający opisał wymogi dotyczące oferty oraz oświadczenia lub dokumenty wymagane w postępowaniu. Zgodnie z punktem 10.1.1 na ofertę składają się:

- 1) formularz oferty zgodny w treści z załącznikiem nr 2 do SIWZ,
- 2) dokument, o którym mowa w punkcie 15.4.2 SIWZ, w formie załącznika do formularza oferty,
- 3) dokument, o którym mowa w punkcie 15.4.3 SIWZ, w formie załącznika do formularza oferty.

10.2 Oświadczenia lub dokumenty składane razem z ofertą:

10.2.1 dokumenty potwierdzające uprawnienie do podpisania oferty oraz do podpisania lub poświadczenia za zgodność z oryginałem składanych oświadczeń lub dokumentów. Jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji dokumentem właściwym jest odpis z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej lub dokumenty na podstawie których dokonuje się wpisu do właściwego rejestru lub ewidencji, np. uchwała właściwego organu Wykonawcy;

10.2.2 pełnomocnictwo, w przypadku, gdy ofertę lub załączone do niej oświadczenia lub dokumenty podpisuje pełnomocnik;

10.2.3 dokument potwierdzający wniesienie wadium w przypadku wnoszenia wadium w formie niepieniężnej;

10.2.4 JEDZ (zgodny z instrukcją z załącznika nr 3 do SIWZ), aktualny na dzień składania ofert, celem wstępnego potwierdzenia, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 oraz art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp oraz spełnia

warunki udziału w postępowaniu określone w SIWZ. W przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, JEDZ składa każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie;

10.2.5 JEDZ (zgodny z instrukcją z załącznika nr 3 do SIWZ), aktualny na dzień składania ofert, dotyczący innych podmiotów, na których zasoby powołuje się wykonawca, celem wstępnego wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu;

10.2.6 dowód potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami innych podmiotów, który stanowi w szczególności zobowiązanie tych podmiotów do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

10.3 oświadczenia lub dokumenty potwierdzające brak podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu (...)

10.4 oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu:

10.4.1 wykaz wykonanych usług, o których mowa w pkt 7.2.1 w okresie ostatnich 6 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których były wykonane – sporządzony wg wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ.

10.4.2 dowody, że usługi wymienione w wykazie, o którym mowa w pkt 10.4.1, zostały wykonane należycie, przy czym dowodami są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane. Jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy.

10.4.3 wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, o których mowa w punkcie 7.2.2, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług wraz z informacjami na temat ich wykształcenia, kwalifikacji zawodowych oraz doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami – sporządzony wg wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ.

10.5 Terminy składania oferty oraz oświadczeń lub dokumentów:

10.5.1 ofertę oraz oświadczenia lub dokumenty określone w pkt 10.2 SIWZ Wykonawca jest zobowiązany złożyć w terminie określonym w pkt 14.2 SIWZ;

10.5.2 oświadczenie określone w pkt 10.3.1 SIWZ Wykonawca jest zobowiązany złożyć bez wezwania w terminie 3 dni od dnia zamieszczenia na stronie internetowej Zamawiającego

informacji, o której mowa w art. 86 ust. 5 ustawy Pzp. Wraz z informacją Zamawiający zamieści na stronie internetowej Zamawiającego wzór przedmiotowego oświadczenia;

10.5.3 oświadczenia lub dokumenty określone w pkt 10.3.2-10.3.6, 10.4 SIWZ Wykonawca jest zobowiązany złożyć na wezwanie Zamawiającego. Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia, oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w zdaniu 1.

Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy Prawo zamówień publicznych w ww. terminie składa również, aktualne na dzień złożenia, oświadczenia lub dokumenty wymienione w punkcie 10.3.2-10.3.6 SIWZ, dotyczące każdego z tych podmiotów.

3) W rozdziale 15. Zamawiający opisał kryteria oraz sposób oceny ofert

15.1 Ocenie będą podlegały oferty ważne, tj. oferty niepodlegające odrzuceniu.

15.2 Oferty oceniane będą na podstawie następujących kryteriów:

15.2.1 cena brutto – waga 40 %,

15.2.2 koncepcja opracowania – waga 42 %,

15.2.3 opis sposobu realizacji zamówienia – 18 %.

15.3 Ocena ofert zostanie dokonana według wzoru:  $P = P_c + P_k + P_s$ , gdzie: P – łączna liczba punktów przyznanych badanej ofercie,  $P_c$  – liczba punktów w kryterium „cena brutto”,  $P_k$  – liczba punktów w kryterium „koncepcja opracowania”,  $P_s$  – liczba punktów w kryterium „opis sposobu realizacji zamówienia”.

15.4 Ocena w poszczególnych kryteriach dokonywana będzie na poniższych zasadach:

15.4.1 Każda z ważnych ofert będzie punktowana w kryterium określonym w punkcie 15.2.1 SIWZ poprzez porównanie ceny brutto oferty badanej do ceny brutto najniższej ze wszystkich ważnych ofert, wg wzoru:  $P_c = (C_n/C_b) \times 40$  gdzie:  $C_n$  – cena brutto najniższa spośród wszystkich ofert podlegających ocenie,  $C_b$  – cena brutto oferty badanej.

15.4.2 Każda z ważnych ofert będzie punktowana w kryterium określonym w punkcie 15.2.2 SIWZ poprzez przyznanie punktów po dokonaniu oceny „Koncepcji opracowania”. W ramach kryterium „koncepcja opracowania” można otrzymać maksymalnie 42 punkty. Niniejsze kryterium podzielone jest na 4 poniższe podkryteria. Poniższe podkryteria oceniane będą na następujących zasadach:

15.4.2.1 Podejście metodyczne do opracowania zestawu działań, o którym mowa w punkcie 6.3 etapu I opisu przedmiotu zamówienia. Koncepcja powinna zawierać informacje dotyczące następujących zagadnień:



15.4.2.1.1 Sposób wykonania oceny skuteczności i realności proponowanych działań podstawowych i uzupełniających, wybranych w celu osiągnięcia celów środowiskowych poszczególnych jednolitych części wód,

15.4.2.1.2 Sposób wykonania analizy efektywności kosztowej proponowanych działań podstawowych i uzupełniających wybranych w celu osiągnięcia celów środowiskowych poszczególnych jednolitych części wód,

15.4.2.1.3 Sposób określenia wpływu realizacji działań na jcw znajdujące się poniżej/powyżej jcw, w której zaplanowano działanie (w jaki sposób realizacja działania oddziałuje na jcw znajdujące się poniżej/powyżej),

15.4.2.1.4 Sposób określenia kosztów realizacji poszczególnych działań oraz źródeł ich finansowania, w tym z uwzględnieniem środków krajowych i europejskich,

15.4.2.1.5 Sposób przeprowadzenia sprawdzianu klimatycznego programów działań, zgodnie między innymi z wytycznymi KE nr 24 (CIS Guidance Document No 24 River Basin Management in a changing climate),

15.4.2.1.6 Sposób określenia skutków społeczno-gospodarczych realizacji poszczególnych działań,

15.4.2.1.7 Sposób dokonania priorytetyzacji działań,

15.4.2.1.8 Określenie potencjonalnych synergii w doborze działań wynikających z istnienia innych) dokumentów planistycznych sporządzanych np. na poziomie kraju, województwa, powiatu i gminy,

15.4.2.1.9 Sposób oceny skuteczności wszystkich zaplanowanych działań dla danej jcw (czy zaproponowany zestaw działań dla danej jcw umożliwi osiągnięcie celów środowiskowych) wraz z uwzględnieniem realizacji działań zaplanowanych dla sąsiednich jcw. Przedstawione podejście powinno być poprawne merytorycznie oraz uwzględniać cel niniejszego zadania. Niniejsze podkryterium będzie oceniane zgodnie z poniższą tabelą:

Podejście metodyczne do opracowania zestawu działań (jedna z poniższych opcji)	Liczba punktów
Nie zostały spełnione wszystkie wymagania wynikające z dokumentacji przetargowej, lub popełnione zostały błędy merytoryczne, lub część zagadnień stanowiąca elementy podkryterium nie została opisana.	0
Wykonawca skrótowo, w sposób niejasny opisał część zagadnień stanowiących elementy podkryterium, a jednocześnie zostały spełnione wszystkie wymagania wynikające z dokumentacji przetargowej.	3
Wykonawca w sposób jasny i pełny opisał wszystkie zagadnienia. Dla 1, 2 lub 3 zagadnień zaproponowane przez wykonawcę rozwiązania są optymalne i gwarantują wysoki poziom jakości i wiarygodności wyników prac. Pozostałe	6

rozwiązania zaproponowane przez wykonawcę nie gwarantują wiarygodności i jakości wyników prac.	
Wykonawca w sposób jasny i pełny opisał wszystkie zagadnienia. Dla 4, 5 lub 6 zagadnień zaproponowane przez wykonawcę rozwiązania są optymalne i gwarantują wysoki poziom jakości i wiarygodności wyników prac. Pozostałe rozwiązania zaproponowane przez wykonawcę nie gwarantują wiarygodności i jakości wyników prac.	9
Wykonawca w sposób jasny i pełny opisał wszystkie zagadnienia. Dla 7 lub 8 zagadnień zaproponowane przez wykonawcę rozwiązania są optymalne i gwarantują wysoki poziom jakości i wiarygodności wyników prac. Pozostałe rozwiązania zaproponowane przez wykonawcę nie gwarantują wiarygodności i jakości wyników prac.	12
Wykonawca w sposób jasny i pełny opisał wszystkie zagadnienia. Dla wszystkich zagadnień zaproponowane przez wykonawcę rozwiązania są optymalne i gwarantują wysoki poziom jakości i wiarygodności wyników prac.	15
Wykonawca w sposób jasny i pełny opisał wszystkie zagadnienia. Dla wszystkich zagadnień zaproponowane przez wykonawcę rozwiązania są optymalne i gwarantują wysoki poziom jakości i wiarygodności wyników prac. Ponadto opis zawiera wartości dodane, nieujęte w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, które mają wpływ na jakość i realizację przedmiotu zamówienia dla co najmniej 4 zagadnień.	18

UWAGA: Poprzez sformułowanie „rozwiązania optymalne i gwarantujące wysoki poziom jakości i wiarygodności wyników prac”, Zamawiający rozumie, że wykonawca zastosuje właściwy poziom szczegółowości analiz oraz/lub właściwe narzędzia (np.: narzędzia statystyczne, narzędzia do dyskryminacji kryteriów/hierarchizacji alternatyw lub do modelowania/prognozowania skutków) oraz/lub przeprowadzi skuteczną i merytoryczną weryfikację danych źródłowych oraz/lub podejmuje skuteczne działania zapewniające kompletność danych i analiz. Oferta w kryterium może otrzymać maksymalnie 18 punktów.

15.4.2.2. Podejście metodyczne do identyfikacji działań z zakresu zachowania ciągłości morfologicznej w kontekście zaplanowanych celów środowiskowych dla jcwp, w tym sposób przeprowadzenia analizy/oceny funkcjonowania istniejących urządzeń do migracji ryb, o której mowa w pkt 6.3 lit. e) etapu I opisu przedmiotu zamówienia. Przedstawione podejście powinno być poprawne merytorycznie oraz uwzględniać co najmniej wszystkie elementy wymienione w SIWZ. Oceniane będą następujące elementy podkryterium:

15.4.2.2.1. podejście metodyczne do identyfikacji budowli stanowiących przeszkodę dla migracji w kontekście osiągnięcia celów środowiskowych oraz ich właścicieli,

15.4.2.2.2. podejście metodyczne do określenia czy zidentyfikowane budowle są wyposażone w urządzenia umożliwiające migrację ryb,

15.4.2.2.3. podejście metodyczne do oceny funkcjonowania istniejących urządzeń do migracji ryb w kontekście osiągnięcia celów środowiskowych,

15.4.2.2.4. podejście metodyczne do identyfikacji działań w tym zakresie.

Niniejsze podkryterium będzie oceniane zgodnie z poniższą tabelą:

Podjęcie metodyczne do identyfikacji działań z zakresu zachowania ciągłości morfologicznej w kontekście zaplanowanych celów środowiskowych dla jcwp (jedna z poniższych opcji)	Liczba punktów
Nie zostały spełnione wszystkie wymagania wynikające z dokumentacji przetargowej lub popełnione zostały błędy merytoryczne lub część elementów podkryterium nie została opisana.	0
Wykonawca skrótowo, w sposób niejasny opisał część elementów podkryterium, a jednocześnie zostały spełnione wszystkie wymagania wynikające z dokumentacji przetargowej.	3
Wykonawca w sposób jasny i pełny opisał elementy podkryterium. Dla 1 lub 2 elementów podkryterium zaproponowane przez wykonawcę rozwiązania są optymalne i gwarantują wysoki poziom jakości i wiarygodności wyników prac. Pozostałe rozwiązania zaproponowane przez wykonawcę nie gwarantują wiarygodności i jakości wyników prac.	6
Wykonawca w sposób jasny i pełny opisał elementy podkryterium. Dla 3 lub 4 elementów podkryterium zaproponowane przez wykonawcę rozwiązania są optymalne i gwarantują wysoki poziom jakości i wiarygodności wyników prac. Pozostałe rozwiązania zaproponowane przez wykonawcę nie gwarantują wiarygodności i jakości wyników prac.	9
Wykonawca w sposób jasny i pełny opisał wszystkie elementy podkryterium. Dla wszystkich elementów zaproponowane przez wykonawcę rozwiązania są optymalne i gwarantują wysoki poziom jakości i wiarygodności wyników prac. Ponadto opis zawiera wartości dodane, nieujęte w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, które mają wpływ na jakość i realizację przedmiotu zamówienia dla co najmniej 2 zagadnień.	12

UWAGA: Poprzez sformułowanie „rozwiązania optymalne i gwarantujące wysoki poziom jakości i wiarygodności wyników prac”, dla elementów podkryterium 15.4.2.2.1 – 15.4.2.2.3 Zamawiający rozumie podjęcie przez wykonawcę skutecznych działań polegających na pozyskaniu danych w zakresie urządzeń służących do migracji ryb, które powinny zostać zmodernizowane i obiektów, które wymagają takich urządzeń dla zapewnienia ciągłości morfologicznej dla osiągnięcia celów środowiskowych, oraz na weryfikacji kompletności

i jakości tych danych. Dla elementu podkryterium 15.4.2.2.4 poprzez sformułowanie „rozwiązania optymalne i gwarantujące wysoki poziom jakości i wiarygodności wyników prac” Zamawiający rozumie, że Wykonawca zastosuje właściwy poziom szczegółowości analiz, czyli poziom, który pozwoli na dokładną identyfikację potrzeb oraz wskazanie adekwatnego i konkretnego zakresu działania służącego zapewnieniu ciągłości morfologicznej. Oferta w kryterium może otrzymać maksymalnie 12 punktów.

15.4.2.3. Koncepcja do identyfikacji odstępstw od osiągnięcia celów środowiskowych wraz z uzasadnieniem, o której mowa w pkt 3.5. etapu I opisu przedmiotu zamówienia

Koncepcja do identyfikacji odstępstw od osiągnięcia celów środowiskowych wraz z uzasadnieniem, o której mowa w pkt 3.5. Etapu I Opisu Przedmiotu Zamówienia (jedna z poniższych opcji)	Liczba punktów
Nie zostały spełnione wszystkie wymagania wynikające z dokumentacji przetargowej lub popełnione zostały błędy merytoryczne	0
Wykonawca skrótowo, w sposób niejasny opisał element podkryterium, a jednocześnie zostały spełnione wszystkie wymagania wynikające z dokumentacji przetargowej	2
Wykonawca w sposób jasny i pełny opisał element podkryterium, a jednocześnie zostały spełnione wszystkie wymagania wynikające z dokumentacji przetargowej.	4
Wykonawca w sposób jasny i pełny opisał element podkryterium. Opis zawiera wartości dodane, nieujęte w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, które mają istotny wpływ na jakość i realizację przedmiotu zamówienia.	6

Oferta w kryterium może otrzymać maksymalnie 6 punktów.

15.4.2.4. Podejście do zobrazowania na podkładzie mapowym położenia JCWP i JCWPd w sposób umożliwiający zlokalizowanie punktowego użytkowania wód w odniesieniu co najmniej do miejscowości o którym mowa w pkt 28 lit. r) etapu IV opisu przedmiotu zamówienia. Niniejsze podkryterium będzie oceniane zgodnie z poniższą tabelą:

Podejście do zobrazowanie na podkładzie mapowym położenia JCWP i JCWPd w sposób umożliwiający zlokalizowanie punktowego użytkowania wód w odniesieniu co najmniej do miejscowości o którym mowa w pkt 26 lit r) Etapu IV SOPZ (jedna z poniższych opcji)	Liczba punktów
Nie zostały spełnione wszystkie wymagania wynikające z dokumentacji przetargowej lub popełnione zostały błędy merytoryczne	0
Wykonawca skrótowo, w sposób niejasny opisał element podkryterium, a jednocześnie zostały spełnione wszystkie wymagania wynikające z	2

dokumentacji przetargowej.	
Wykonawca w sposób jasny i pełny opisał element podkryterium, a jednocześnie zostały spełnione wszystkie wymagania wynikające z dokumentacji przetargowej.	4
Wykonawca w sposób jasny i pełny opisał element podkryterium. Opis zawiera wartości dodane, nieujęte w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, które mają istotny wpływ na jakość i realizację przedmiotu zamówienia.	6

Oferta w kryterium może otrzymać maksymalnie 6 punktów.

15.4.3. Każda z ważnych ofert będzie punktowana w kryterium określonym w pkt 15.2.3 SIWZ poprzez przyznanie punktów po dokonaniu oceny „Opisu sposobu realizacji zamówienia”. W ramach kryterium „Opis sposobu realizacji zamówienia” można otrzymać maksymalnie 18 punktów. Niniejsze kryterium podzielone jest na 2 poniższe podkryteria. Poniższe podkryteria oceniane będą na następujących zasadach:

15.4.3.1. Opis potencjalnych ryzyk dla właściwej realizacji poszczególnych zadań w każdym etapie zamówienia wraz ze wskazaniem możliwego terminu ich wystąpienia oraz propozycją sposobów zapobiegania i przeciwdziałania w postaci rejestru ryzyk z oszacowaniem potencjalnego prawdopodobieństwa ich wystąpienia oraz poziomu zagrożenia. Za to podkryterium można dostać maksymalnie 9 punktów. Niniejsze podkryterium będzie oceniane zgodnie z poniższą tabelą:

Opis potencjalnych ryzyk (jedna z poniższych opcji)	Liczba punktów
Wykonawca skrótowo lub w sposób niejasny opisał element podkryterium lub nie wskazał część elementów podkryterium nie została opisana. Nie zostały spełnione wszystkie wymagania wskazane w opisie podkryterium i pozostałej części SIWZ	0
Wykonawca w sposób jasny i pełny opisał element podkryterium, a jednocześnie zostały spełnione wszystkie wymagania wskazane w opisie podkryterium i pozostałej części SIWZ.	3
Wykonawca w sposób jasny i pełny opisał element podkryterium, a jednocześnie zostały spełnione wszystkie wymagania wskazane w opisie podkryterium i pozostałej części SIWZ. Dla 2, 3 lub 4 ryzyk opis zawiera wartości dodane, nieujęte w opisie podkryterium, które mają istotny wpływ na jakość i realizację przedmiotu zamówieni i pozostałej części SIWZ	6
Wykonawca w sposób jasny i pełny opisał element podkryterium, a jednocześnie zostały spełnione wszystkie wymagania wskazane w opisie podkryterium i pozostałej części SIWZ. Dla co najmniej 5 ryzyk opis zawiera	9

wartości dodane, nieujęte w opisie podkryterium, które mają istotny wpływ na jakość i realizację przedmiotu zamówienia i pozostałej części SIWZ.	
--	--

15.4.3.2. Struktura organizacyjna zespołu (tj. zaproponowana struktura organizacyjna zespołu, przypisane role i zakres odpowiedzialności poszczególnych członków zespołu; podział ról i zakres odpowiedzialności członków zespołu pod względem zakresu przedmiotu zamówienia; role członków zespołu w zestawieniu z deklarowanymi kompetencjami merytorycznymi; proponowany sposób przekazywania informacji między członkami zespołu zapewniający terminową realizację zleceń). Oferta w kryterium może otrzymać maksymalnie 9 punktów.

Struktura organizacyjna zespołu	Liczba punktów
Nie zostały spełnione wszystkie wymagania wskazane w opisie podkryterium i pozostałej części SIWZ.	0
Wykonawca skrótowo, w sposób niejasny lub niedostosowany do specyfikacji Zamawiającego opisał element podkryterium, a jednocześnie zostały spełnione wszystkie wymagania wskazane w opisie podkryterium i pozostałej części SIWZ.	3
Wykonawca w sposób jasny, pełny i dostosowany do specyfikacji Zamawiającego opisał element podkryterium, a jednocześnie zostały spełnione wszystkie wymagania wskazane w opisie podkryterium i pozostałej części SIWZ.	6
Wykonawca w sposób jasny, pełny i dostosowany do specyfikacji Zamawiającego opisał element podkryterium. Opis zawiera wartości dodane, nieujęte w opisie podkryterium, które mają istotny wpływ na jakość i realizację przedmiotu zamówienia i pozostałej części SIWZ.	9

UWAGA: Koncepcja opracowania powinna liczyć nie więcej niż 50 stron wydruku komputerowego, czcionka Calibri, rozmiar nie mniejszy niż 11, interlinia minimum 1,15, marginesy ustalone na 2,0, czcionka o zagęszczeniu 0,00, z wyłączeniem rysunków i tabel w formacie większym niż A4. W przypadku przygotowania koncepcji opracowania niezgodnie z powyższymi wymaganiami wykonawca za kryterium, o którym mowa w punkcie 15.2.2 otrzyma 0 punktów.

Opis sposobu realizacji zamówienia powinien liczyć nie więcej niż 20 stron wydruku komputerowego, czcionka Calibri, rozmiar nie mniejszy niż 11, interlinia minimum 1,15, marginesy ustalone na 2,0, czcionka o zagęszczeniu 0,00, z wyłączeniem rysunków i tabel w formacie większym niż A4. W przypadku przygotowania opisu sposobu realizacji zamówienia niezgodnie z powyższymi wymaganiami wykonawca za kryterium, o którym mowa w punkcie 15.2.3 otrzyma 0 punktów.

Ewentualne propozycje wartości dodanych, nieujętych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, które mają wpływ na jakość i realizację przedmiotu zamówienia, muszą zostać jasno przedstawione jako wartości dodane oraz uzasadnione (opis wpływu na jakość i realizację przedmiotu zamówienia).

15.5 Zamawiający wybierze ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która łącznie (suma punktów przyznanych we wszystkich kryteriach oceny ofert) uzyska największą liczbę punktów obliczonych zgodnie z wzorem określonym w punkcie 15.3 SIWZ.

15.6 Obliczenia dokonywane będą z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

Zamawiający sporządził również załączniki do specyfikacji istotnych warunków zamówienia: nr 1 – opis przedmiotu zamówienia, nr 2 – wzór formularza oferty, nr 3 – wzór JEDZ, nr 4 – oświadczenie wykonawcy, nr 5 – wykaz usług, nr 6 – wykaz osób, nr 7 – wzór umowy.

### III Stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego

#### Odwołujący

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ANTEA POLSKA spółka akcyjna z siedzibą w Katowicach, „Pectore-Eco” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach oraz Instytut Ochrony Środowiska – Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie, zwani dalej „Odwołującym”, korzystając z przysługujących im zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych środków ochrony prawnej, wnieśli, w przysługującym im terminie i zgodnie z innymi wymogami formalnymi, odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, dotyczące czynności podjętych lub zaniechanych przez Zamawiającego w toku przedmiotowego postępowania, polegających na:

1. zaniechaniu odtajnienia informacji, na podstawie których przyznane zostały punkty w kryteriach: „koncepcja opracowania” – waga 42 % oraz „opis sposobu realizacji zamówienia” – waga 18%, a złożonych przez: a) CDM Smith Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, zwanego dalej „CDM”, b) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Multiconsult Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ARCADIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, HYDROCONSULT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Biuro Studiów i Badań Hydrogeologicznych i Geofizycznych, zwanych dalej „Multiconsult”, c) Arup Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, zwanych dalej „Arup” oraz zaniechaniu odtajnienia pozostałych informacji, które nie zostały skutecznie zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa, przez wykonawcę CDM, jak. np. referencje,

2. zaniechaniu odtajnienia informacji nieskutecznie zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa przez wykonawcę CDM: wykaz usług, wykaz osób, referencje, punkt 5. i 13. formularza ofertowego,

3. zaniechaniu dokonania przez Zamawiającego rzetelnego uzasadnienia dla wysokości punktacji przy ocenie oferty złożonej przez CDM, Multiconsult, Arup, w sposób zgodny z wymaganiami poszczególnych podkryteriów w ramach kryteriów oceny ofert, określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie kryteriów „koncepcja opracowania” – waga 42 % oraz „opis sposobu realizacji zamówienia” – waga 18%, co skutkowało przyznaniem Odwołującemu w tych kryteriach zbyt małej liczby punktów,

4. zaniechaniu dokonania przez Zamawiającego rzetelnego uzasadnienia dla wysokości punktacji przy ocenie oferty złożonej przez Odwołującego w sposób zgodny z wymaganiami poszczególnych podkryteriów w ramach kryteriów oceny ofert, określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie kryteriów „koncepcja opracowania” – waga 42 % oraz „opis sposobu realizacji zamówienia” – waga 18%, co skutkowało przyznaniem Odwołującemu w tych kryteriach zbyt małej liczby punktów,

5. zaniechaniu dokonania przez Zamawiającego oceny oferty złożonej przez Odwołującego w sposób zgodny z kryteriami oceny ofert określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie kryteriów „koncepcja opracowania” – waga 42 % oraz „opis sposobu realizacji zamówienia” – waga 18%, co skutkowało przyznaniem Odwołującemu w tych kryteriach zbyt małej liczby punktów,

6. zaniechaniu dokonania przez Zamawiającego oceny oferty złożonej przez CDM w sposób zgodny z kryteriami oceny ofert określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie kryteriów „koncepcja opracowania” – waga 42 % oraz „opis sposobu realizacji zamówienia” – waga 18%, co skutkowało przyznaniem CDM w tych kryteriach zbyt dużej liczby punktów,

7. wyborze oferty CDM jako oferty najkorzystniejszej, a zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego, co prowadzi do naruszenia:

a) art. 7 ust. 1 i ust. 3 w związku z art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez błędne przyjęcie, że wykonawcy CDM, Multiconsult i Arup, udowodnili, iż wszystkie informacje zawarte w ofercie, a zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, podczas gdy Zamawiający jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie, jest zobowiązany do krytycznego zweryfikowania, czy wykonawcy: CDM, Multiconsult i Arup wykazali wszystkie przesłanki z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,



b) art. 7 ust. 1 i ust. 3 w związku z art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez błędne przyjęcie, że wykonawca CDM skutecznie zastrzegł tajemnicą przedsiębiorstwa niżej wskazane informacje, a w konsekwencji i zaniechanie odtajnienia tych informacji i uniemożliwienie ich weryfikacji pozostałym oferentom: punkt 5. i punkt 13. formularza ofertowego, wykaz usług, referencje, wykaz osób,

c) art. 92 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie sporządzenia i udostępnienia Odwołującemu uzasadnienia faktycznego dla punktacji przyznanej ofercie: CDM, Multiconsult, Arup w poszczególnych podkryteriach w zakresie kryteriów: „koncepcja opracowania” oraz „opis sposobu realizacji zamówienia”, co utrudnia Odwołującemu możliwość skorzystania z przysługujących mu środków ochrony prawnej,

d) art. 92 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie sporządzenia i udostępnienia Odwołującemu uzasadnienia faktycznego dla punktacji przyznanej jego ofercie w poszczególnych podkryteriach w zakresie kryteriów „koncepcja opracowania” oraz „opis sposobu realizacji zamówienia”, co utrudnia Odwołującemu możliwość skorzystania z przysługujących mu środków ochrony prawnej,

e) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie oceny oferty złożonej przez Odwołującego w sposób sprzeczny z kryteriami oceny ofert określonymi w zakresie kryteriów „koncepcja opracowania” oraz „opis sposobu realizacji zamówienia”, co skutkowało przyznaniem Odwołującemu zbyt małej liczby punktów,

f) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie oceny oferty złożonej przez Odwołującego w sposób sprzeczny z kryteriami oceny ofert określonymi w zakresie kryteriów „koncepcja opracowania” oraz „opis sposobu realizacji zamówienia”, co skutkowało przyznaniem CDM zbyt dużej liczby punktów,

g) art. 92 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie sporządzenia i udostępnienia Odwołującemu uzasadnienia faktycznego dla punktacji przyznanej: CDM, Multiconsult, Arup w zakresie kryteriów: „koncepcja opracowania” oraz „opis sposobu realizacji zamówienia”, co utrudnia Odwołującemu możliwość skorzystania z przysługujących mu środków ochrony prawnej,

h) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez CDM, pomimo że zgodnie z kryteriami oceny ofert powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza oferta złożona przez Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

a) unieważnił czynność wyboru oferty wykonawcy CDM jako najkorzystniejszej,

- b) dokonał ponownego badania i oceny ofert, w tym: odtajnił (ujawnił) i niezwłocznie udostępnił Odwołującemu dokumenty i informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez: CDM, Multiconsult, Arup w zakresie kryteriów „konceptcja opracowania” oraz „opis sposobu realizacji zamówienia” oraz odtajnił (ujawnił) i niezwłocznie udostępnił Odwołującemu dokumenty i informacje zastrzeżone przez CDM znajdujące się w formularzu ofertowym, wykaz usług, wykaz osób, referencje,
- c) przyznał Odwołującemu przewidzianą zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia liczbę punktów w kryterium „konceptcja opracowania”, podkryterium określone w punkcie 1) punkt 18.; podkryterium określone w punkcie 2) punkt 12.; podkryterium określone w punkcie 3) punkt 6.; podkryterium określone w punkcie 4) punkt 6.; opis sposobu realizacji zamówienia: podkryterium określone w punkcie 1) punkt 9.,
- d) pomniejszył liczbę punktów przyznanych CDM, przewidzianą postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia liczbę punktów w kryterium „konceptcja opracowania”, podkryterium określone w punkcie 1) punkt 3.; podkryterium określone w punkcie 2) pkt 3.; podkryterium określone w punkcie 3) punkt 0,
- e) udostępnił Odwołującemu uzasadnienie faktyczne dla liczby punktów przyznanych: CDM, Multiconsult i Arup w zakresie kryteriów: „konceptcja opracowania” oraz „opis sposobu realizacji zamówienia”,
- f) dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę, której treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i ubiega się o udzielenie mu zamówienia, a w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych poniósł szkodę, gdyż utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który planował osiągnąć w wyniku jego realizacji.

W uzasadnieniu wniesionego odwołania Odwołujący wskazał – co do zarzutu zaniechania ujawnienia informacji nieskutecznie zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa przez: CDM, Multiconsult i Arup – że zasada jawności informacji publicznej jest jedną z podstawowych zasad systemu prawnego Rzeczypospolitej Polskiej wynikającą z art. 54 i 61 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz przepisów ustawy z dnia 6 września 2001 roku o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. Nr 112, poz. 1198, z późn. zm.). Możliwość wyłączenia jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie może być nadużywana lub traktowana rozszerzająco, zasada jawności w postępowaniu jest bowiem zasadą nadrzędną i wyjątki od niej nie mogą być interpretowane tak, aby prowadziło to do jej ograniczenia. Uprawnienie do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być stosowane jedynie do

gry konkurencyjnej wykonawców, lecz ma za zadanie zapewnić im ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa ściśle w granicach jej definicji zawartej w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych protokół wraz z załącznikami jest jawny i powinien być udostępniony do wglądu wszystkim zainteresowanym osobom, bez względu na posiadanie interesu prawnego czy faktycznego. Zatem pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane w sposób ścisły, ostrożny i uzasadniony obiektywnymi okolicznościami faktycznymi i prawnymi.

Aby dana informacja podlegała ochronie, musi zostać spełniona przesłanka formalna i materialna. Pierwsza z przesłanek, formalna, jest spełniona, gdy zostanie wykazane, że wykonawca podjął działania w celu zachowania poufności tych informacji. Nie wystarczy samo przekonanie podmiotu dysponującego informacją o działalności przedsiębiorcy, że posiadane przez niego dane mają charakter poufny, musi on jeszcze podjąć konkretne działania w celu ochrony poufności. Przesłanka materialna to obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje mają wartość gospodarczą, tj. dotyczą kwestii, które obiektywnie mogłyby negatywnie wpłynąć na sytuację przedsiębiorcy. Informacje takie muszą mieć choćby minimalną wartość. Wartość gospodarcza powinna mieć wymiar obiektywny, a zatem samo przekonanie o wartości posiadanych informacji jest niewystarczające.

Art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wymaga wykazania przez wykonawcę, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Obowiązek „wykazania” oznacza więcej niż samo wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Ponadto wykonawca winien wykazać zamawiającemu, dlaczego w ramach konkretnego postępowania przetargowego ujawnienie zastrzeżonych informacji może wyrządzić wykonawcy szkodę i w czym upatruje on szkody. Wykonawca winien wykazać związek przyczynowo-skutkowy między ujawnieniem informacji a ewentualną szkodą, a możliwość poniesienia szkody musi być co najmniej uprawdopodobniona.

Przedłożone przez wykonawców: CDM, Multiconsult i Arup uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa są lakoniczne i w zasadzie ograniczają się do cytowania orzecznictwa. W świetle przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert, gdzie „konceptja opracowania” stanowi 42%, a „opis realizacji zamówienia” 18%, utajnienie tego typu informacji wymaga uzasadnienia niebudzącego żadnych wątpliwości. Tymczasem Zamawiający w sposób bezkrytyczny zaakceptował wyjaśnienia wykonawców, co utrudnia Odwołującemu odniesienie się do zasadności przyznania tym wykonawcom danej liczby

punktów. Takie działanie wprost przeczy zasadzie jawności postępowania o zamówienie publiczne.

W ocenie Odwołującego utajnienie przez ww. wykonawców przedmiotowych informacji zmierza w istocie do pozbawienia innych wykonawców możliwości kontroli przebiegu postępowania oraz prawidłowości dokonania oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, zgodnie z zasadami przewidzianymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zastrzeżenie informacji będących kryteriami oceny ofert, pomimo braku wykazania ich wartości gospodarczej i działań niezbędnych do zachowania ich poufności, może mieć w sobie ukryty cel, jakim jest uniemożliwienie innym wykonawcom zapoznanie się z ofertą i dokonanie oceny ofert poprzez konkretne kryteria.

Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z okolicznością, iż ich oferty co do zasady będą jawne, w szczególności w zakresie, w jakim będą podlegały ocenie co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami podmiotu zamawiającego oraz w ramach kryteriów oceny ofert. W tym zakresie oferty winny być jawne nie tylko dla pozostałych wykonawców, ale również dla każdego zainteresowanego. Przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Jawność postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Z przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jednoznacznie wynika, że możliwe jest zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa tylko co do informacji stanowiących tajemnicę, nie zaś dokumentu, w którym takie informacje mogą być częściowo zawarte. Zgodnie z orzecnictwem nieprawidłowa jest praktyka zastrzegania przez wykonawców całości dokumentów, jeśli niektóre części dokumentów nie są informacjami, w stosunku do których zastrzeżenie może w ogóle mieć miejsce. Zastrzeżenie informacji jest wyjątkiem od reguły jawności, zatem powinno ono mieć możliwie jak najmniejszy rozmiar, tj. nawet jedynie poszczególne, pojedyncze nazwy, liczby czy inne dane winny być zastrzegane.

Tymczasem wykonawcy: CDA, Multiconsult i Arup zastrzegli tajemnicą przedsiębiorstwa całe zestawy dokumentów, bez należytego wykazania legalności takiego działania. Zastrzeżenie całego zestawu dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jeżeli znajdują się w nim informacje różnej wagi, w tym także pojedyncze parametry nieposiadające cechy tajemnicy, jest działaniem nie znajdującym uzasadnienia w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych i nie podlega ochronie. W takiej sytuacji Zamawiający, ze względu na priorytet zasady jawności, nie może chronić całego zestawu dokumentów i tym samym powinien

udostępnić informacje niestanowiące tajemnicy przedsiębiorstwa. Wobec tego Zamawiający powinien zweryfikować szczegółowo, czy i w jakim zakresie zastrzeżenie tajemnicą przedsiębiorstwa było skuteczne, tym bardziej, że dokumenty te mają wprost przełożenie na ocenę ofert, stanowiąc łącznie aż 60% w kryteriach oceny ofert.

Nadto wskazać należy, że wykonawca zobowiązany jest wykazać, że informacje mają wartość gospodarczą. Wartość gospodarcza może wyrażać się poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (np. znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającej określoną wartość, dającej się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości. Za informacje posiadające dla wykonawcy wartość gospodarczą należy uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby konkretnego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem. Przedmiotowe informacje dotyczą wyłącznie bieżącego postępowania i nie mają waloru technicznego, technologicznego czy organizacyjnego, nie spełniają przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a zatem nie mogły stanowić przedmiotu skutecznego zastrzeżenia w trybie art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający, przychylając się do wniosku danego wykonawcy o zastrzeżeniu określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, winien dokonać weryfikacji prawdziwości stanowiska wykonawcy odnośnie charakteru (statusu) tych informacji. Weryfikacja prawdziwości nie może odbyć się wyłącznie poprzez bezrefleksyjne zaaprobowanie wyjaśnień danego wykonawcy, ale winna być oparta obiektywnymi przesłankami, gdyż tylko na ich podstawie można zweryfikować prawdziwość subiektywnych twierdzeń wykonawcy.

Co do zastrzeżenia przez CDM tajemnicą przedsiębiorstwa punktu 5. formularza ofertowego, tj. informacji dotyczących podwykonawców/podmiotów trzecich udostępniających zasoby – CDM wielokrotnie w przeszłości ujawniał tego typu informacje w postępowaniach, o których udzielenie się ubiegał, powołując się w nich na takie podmioty jak: CDM Smith Ireland Ltd, Profile sp. z o. o., Lion Environmental Sebastian Stachowski, wobec tego informacje na temat podmiotów trzecich nie posiadają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa chociażby z tego względu, że były ujawniane w przeszłości. Zastrzeżenie tajemnicą przedsiębiorstwa ww. informacji należy uznać za nieskuteczne, a tym samym zasadnym jest ich ujawnienie pozostałym wykonawcom.

Odnosnie zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa punktu 13. formularza ofertowego, tj. stron internetowych, na których dostępne są określone dokumenty – informacje te zostały ukryte w ofercie wykonawcy CDM, tymczasem nie są objęte uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a jeżeli jakieś dokumenty są opublikowane na stronie internetowej, oczywistym jest, że nie mogą być tajemnicą przedsiębiorstwa. Powyższe pokazuje, jak dalece niewłaściwie wykonawca CDM rozumie pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, obejmuje nią bowiem nawet takie informacje jak strona internetowa e-krs. (Przystępujący CDM wyjaśnił, że zastrzeżenie ww. informacji wynikało z chęci zastrzeżenia nazw podmiotów).

Odnosnie zastrzeżonego przez CDM wykazu usług, referencji i wykazu osób – zamówienia, na które powołuje się wykonawca CDM w zastrzeżonym wykazie usług bez wątplenia są usługami realizowanymi dla zamawiających zobowiązanych do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych, są to więc informacje jawne, a zamawiający mają obowiązek upublicznienia informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty i zawarciu umowy. Jeżeli zatem w przedstawionym przez wykonawcę CDM wykazie usług znajdują się usługi realizowane dla podmiotów publicznych, nie ma podstaw, aby takie informacje uważać za tajemnicę przedsiębiorstwa. Informacje takie są też powszechnie dostępne.

Wykonawca CDM w oświadczeniu w zakresie zastrzeżenia części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa wskazuje, że informacje te (wykaz usług/referencje) nigdy nie zostały ujawnione do publicznej wiadomości. Powyższe nie jest prawdziwe, albowiem w przeszłości wykonawca CDM ujawniał tego typu informacje w postępowaniach, o udzielenie których się ubiegał. Powoływał się wówczas na usługi realizowane, przykładowo, dla Regionalnego Inspektoratu McCumiskey House.

Odnosnie zastrzeżenia przez CDM tajemnicą przedsiębiorstwa wykazu osób wykonawca ten także i w tym przypadku nie podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania ich w poufności, pomimo takiej deklaracji w przedłożonym Zamawiającemu oświadczeniu.

O powyższym powinien także wiedzieć sam Zamawiający, który ma wiedzę o treści ofert składanych przez CDM w poprzednich przetargach.

W zakresie zarzutu braku pełnego uzasadnienia w zakresie przyznanych punktów wykonawcom: CDM, Multiconsult i Arup w zakresie kryteriów: „koncepcja opracowania” – waga 42 % oraz „opis sposobu realizacji zamówienia” – waga 18% Odwołujący wskazał, że z uwagi na brak uzasadnienia faktycznego decyzji co do przyznanej wykonawcom liczby punktów w kryterium nie mógł w sposób precyzyjny odnieść się do dokonanej przez

Zamawiającego oceny. Zamawiający zaniechał bowiem, wbrew ciążącemu na nim obowiązкови wynikającemu z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poinformowania wykonawców o przesłankach prawnych i faktycznych przyznanej punktacji. Oznacza to, że Zamawiający winien przekazać wykonawcom nie tylko informację o ilości punktów przyznanych danej ofercie, jak to uczynił, ale także podać uzasadnienie faktyczne braku przyznania punktacji. Obowiązek informacyjny jest przejawem zasady przejrzystości i jawności postępowania o zamówienie publiczne, ma istotne znaczenie dla wykonawców i stanowi gwarancję skutecznego skorzystania przez nich ze środków ochrony prawnej. Każdy wykonawca jest uprawniony do tego, by wiedzieć, na jakiej podstawie jego oferta została oceniona w taki czy inny sposób. Podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego oceny ofert stanowi emanację zasady przejrzystości, która obejmuje między innymi możliwość prześledzenia procesu decyzyjnego zamawiającego. Lakoniczność uzasadnienia decyzji Zamawiającego, która została przekazana wykonawcom, stanowi utrudnienie w zakresie kontroli poprawności działań Zamawiającego oraz w korzystaniu ze środków ochrony prawnej.

Co do zaniechania dokonania przez Zamawiającego oceny oferty złożonej przez Odwołującego w sposób zgodny z kryteriami oceny ofert określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie kryteriów: „koncepcja opracowania” – waga 42 % oraz „opis sposobu realizacji zamówienia” – waga 18%, co skutkowało przyznaniem Odwołującemu w tych kryteriach zbyt małej liczby punktów.

Co do kryterium „koncepcja opracowania”, podkryterium 1) – podejście metodyczne do opracowania zestawu działań, o którym mowa w punkcie 6.3 etapu I opisu przedmiotu zamówienia – maksymalnie 18 punktów, Odwołujący otrzymał 0 punktów za to podkryterium, a powinien uzyskać 18 punktów. Zamawiający przewidział, iż 0 punktów jest przyznawane, jeżeli „nie zostały spełnione wszystkie wymagania wynikające z dokumentacji przetargowej lub popełnione zostały błędy merytoryczne lub część elementów podkryterium nie została opisana.” Z oceny Zamawiającego przekazanej Odwołującemu nie wynika, które wymagania dokumentacji przetargowej nie zostały spełnione lub jakie błędy merytoryczne zostały popełnione lub które elementy nie zostały opisane. Dlatego nie znając argumentacji Zamawiającego, Odwołujący zmuszony jest dokonywać pewnych założeń, co już przesądza o naruszeniu przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy, w celu osłabienia pozycji Odwołującego w zakresie kontroli poprawności działań Zamawiającego, jak i w postępowaniu odwoławczym.

W zakresie sposobu wykonania oceny skuteczności i realności proponowanych działań podstawowych i uzupełniających wybranych w celu osiągnięcia celów środowiskowych poszczególnych jednolitych części wód Zamawiający nie wykazał, że nie zostały spełnione

wszystkie wymagania. Biorąc pod uwagę ocenę Zamawiającego w innych podkryteriach, oferta Odwołującego mogłaby spotkać się z oceną 0 punktów, gdy nie spełniła żadnych wymagań dokumentacji przetargowej lub gdyby zawierała błędy merytoryczne albo gdyby opisywała tylko część zagadnień z punktu 15.4.2.1.1.-15.4.2.1.9. Zamawiający musi mieć jeden pogląd w ocenie każdego z podkryteriów, nie zaś różnych dla różnych wykonawców, a dodatkowo różnych w poszczególnych podkryteriach. Na dzień wniesienia odwołania nie jest znana logika przyznawania punktów, która byłaby jednolita i spójna dla każdego wykonawcy i w każdym podkryterium. Zamawiający opisując w piśmie o wyborze oferty najkorzystniejszej sposób przyznania punktów ofercie Odwołującego w tym kryterium poprzestaje na lakonicznych stwierdzeniach nie popartych faktami.

Odwołujący opisał sposób wykonania oceny skuteczności i realności proponowanych działań podstawowych i uzupełniających, a zatem nie można uznać, że oferta powinna otrzymać 0 punktów, tym bardziej że Zamawiający nie wskazał na popełnione błędy merytoryczne lub braki opisu. Zamawiający w tym punkcie metodyki wymagał podania „sposobu wykonania oceny skuteczności i realności proponowanych działań podstawowych i uzupełniających, wybranych w celu osiągnięcia celów środowiskowych poszczególnych jednolitych części wód” nie wskazując, że będzie wymagał jakichkolwiek dodatkowych kwestii i wymagań. Oferta Odwołującego odnosi się do działań podstawowych i uzupełniających. Z SIWZ nie wynika, iż Zamawiający wymaga takiego samego podejścia do działań podstawowych i uzupełniających. W ofercie nie pominięto opisu podejścia do analiz w zakresie działań podstawowych. Działania podstawowe jako obowiązujące z mocy prawa nie mogą być rozpatrywane pod kątem zasadności ich wprowadzania, niezależnie od jakichkolwiek analiz i zapisów aPGW będą obowiązywały i już obowiązują.

Co do sposobu wykonania analizy efektywności kosztowej proponowanych działań podstawowych i uzupełniających wybranych w celu osiągnięcia celów środowiskowych poszczególnych jednolitych części wód – nieznane są argumenty przemawiające za stwierdzeniem, że Odwołujący nie zastosuje właściwego poziomu skuteczności analiz i nie stosuje właściwego narzędzia. Opisany przez Odwołującego sposób wykonania tego elementu koncepcji bazuje na kilkunastoletnich doświadczeniach nad opracowywaniem analiz efektywności kosztowej, a to podejście metodyczne znalazło uznanie w ocenie Komisji Europejskiej po weryfikacji pierwszej aktualizacji planów gospodarowania wodami. Odwołujący wyraźnie podkreśla w kilku miejscach koncepcji, jakie metody ekonomiczne i wzory zostaną zastosowane. Zamawiający wprowadza również w ocenie tego elementu błędne wnioski, że analizy powinny pozwolić na ocenę, czy dany cel (np. zmniejszenie ładunku) może zostać osiągnięty przy najniższym koszcie, przecząc tym samym treści SIWZ, że analiza ma wykazać, czy osiągnięcie celów środowiskowych, czyli osiągnięcie konkretnego stanu wód, a nie „zmniejszenia ładunku”, będzie efektywne kosztowo.



Osiągnięcie celów środowiskowych często wymaga zastosowania zestawu działań, co wymusza konieczność potraktowania analizy w sposób kompleksowy zaproponowany przez Odwołującego. Eksperci Odwołującego są na bieżąco ze wszystkimi wytycznymi oraz narzędziami w zakresie analiz ekonomicznych na poziomie UE, które analizują oraz implementują w swoich pracach. Zatem brak jest możliwości pominięcia przez Odwołującego jakiegokolwiek aspektu w tym zakresie, co zostało w sposób jednoznaczny opisany w koncepcji.

Powyższe bez wątpliwości wskazuje, iż ten element oferty został opisany w sposób jasny i pełny, uwzględniając tym samym zapisy SIWZ oraz wieloletnie doświadczenie Odwołującego w zakresie analiz ekonomicznych korzystania z wód. Wskazane w ofercie podejście gwarantuje odpowiedni poziom i wiarygodność analiz.

W zakresie sposobu określenia wpływu realizacji działań na jcw znajdujące się poniżej/powyżej jcw, w której zaplanowano działanie (w jaki sposób realizacja działania oddziałuje na jcw znajdujące się poniżej/powyżej) – Odwołujący wskazał, że zaplanowany brak wykonania oceny wpływu realizacji działań na jcw poniżej i powyżej jcw w odniesieniu do „działań administracyjnych” było zamierzone i celowe ze względu na charakter tych działań. Samo wprowadzenie działań administracyjnych nie będzie miało faktycznego fizycznego wpływu na wody, bowiem dopiero wdrożenie działań wynikających z działań administracyjnych będzie miało przełożenie na ich stan. Wartością dodaną mogłoby być uwzględnienie potencjalnego negatywnego wpływu działań podejmowanych w jcw, jednakże nie jest jasne, w jaki sposób rozróżniony zostanie w ocenie wpływ istotny pozytywny od negatywnego, Odwołujący wskazuje na nadinterpretację przez Zamawiającego w zakresie stosowania punktacji ujemnej do oceny wpływu. W koncepcji opracowania wskazano, że ocena wpływu zostanie wykonana w obu kierunkach. W ramach analizy typów działań i kolejno poszczególnych konkretnych działań, zostanie uwzględniony charakter oddziaływań i dokonana wspólna ocena wpływu każdego działania. Odwołujący wniósł o uwzględnienie przedmiotowego zagadnienia jako wartości dodanej, nieujętej w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, która ma wpływ na jakość i realizację przedmiotu zamówienia oraz o uznanie, że Odwołujący w sposób jasny i pełny opisał zagadnienie, a zaproponowane przez Odwołującego rozwiązania są optymalne i gwarantują wysoki poziom jakości i wiarygodności wyników prac.

W zakresie sposobu określenia kosztów realizacji poszczególnych działań oraz źródeł ich finansowania w tym z uwzględnieniem środków krajowych i europejskich – Odwołujący w sposób jasny i pełny opisuje sposób określenia kosztów realizacji poszczególnych działań oraz źródeł ich finansowania, w tym z uwzględnieniem środków krajowych i europejskich oraz zastosuje właściwy poziom szczegółowości analizy. Zamawiający wskazał, że Odwołujący potwierdził zastosowanie właściwego poziomu szczegółowości analiz. Tym

samym zaproponowane przez Odwołującego rozwiązania są optymalne i gwarantują wysoki poziom jakości i wiarygodności wyników prac.

W zakresie sposobu przeprowadzenia sprawdzianu klimatycznego programów działań, zgodnie między innymi z wytycznymi KE nr 24 (CIS Guidance Document No 24 River Basin Management in a changing climate) – Zamawiający zauważył, że wartością dodaną jest opracowanie raportu ze sprawdzianu klimatycznego. Odwołujący nie rozumie stanowiska Zamawiającego i co z niego wynika w związku z takim komentarzem oraz z przesądzeniem, że opis jest jasny i pełny. Wobec tak lakonicznego ujęcia opisu przedstawionej przez Zamawiającego metodyki Odwołujący nie jest w stanie realnie odnieść się do zaproponowanej punktacji. Skoro Zamawiający przyznaje, że w tym zagadnieniu odnajduje wartości dodane, tym trudniej zgodzić się z globalną oceną 0 punktów.

W zakresie sposobu określenia skutków społeczno-gospodarczych realizacji poszczególnych działań – stanowisko Zamawiającego jest niezrozumiałe i nie wynika z niego nic, co miałyby wpływ na ocenę i przyznanie punktów w tym podkryterium. Zamawiający jednocześnie nie stwierdza, że opis jest niejasny i niepełny, zatem powinien przyznać Odwołującemu punkty. Ocena skutków społeczno-gospodarczych działań podstawowych może być przesłanką do propozycji zmian w ich zakresie.

Zamawiający nie wskazał w uzasadnieniu argumentacji, która wskazywałaby na niewłaściwe, niejasne czy niepełne opisanie zagadnienia. Tym samym należy uznać, że Odwołujący w sposób jasny i pełny opisał zagadnienie, a zaproponowane przez Odwołującego rozwiązania są optymalne i gwarantują wysoki poziom jakości i wiarygodności wyników prac. Zdaniem Odwołującego propozycje były opisane jasno i w sposób pełny, nie zawierały błędów merytorycznych, zapewniają optymalne rozwiązania i wysoki poziom analiz, a także zawierają wartości dodane, co powinno skutkować przyznaniem maksymalnej liczby punktów w tym podkryterium.

W zakresie sposobu dokonania priorytetyzacji działań – Zamawiający wskazał, że Odwołujący jako wartość dodaną podał powierzenie wykonania analiz dotyczących priorytetyzacji działań doświadczonym statystykom, tymczasem osób o takiej specjalizacji nie ma wymienionych w składzie zespołu, także praca „pod nadzorem” nie jest tożsama z „wykonaniem przez”, a dbałość o jak najwyższą jakość końcowych wyników pracy i zapewnienie wiarygodności jest obowiązkiem wykonawcy i nie może być przyczynkiem do dodatkowych punktów w tym kryterium. Odwołujący wskazał, że dodatkowe osoby nie były wymogiem SIWZ, co powinno skłonić Zamawiającego do wniosku, że są to eksperci dodatkowi, więc oferta Odwołującego powinna uzyskać dodatkowe punkty w tym podkryterium. Zamawiający nie wskazał, iż zagadnienie jest opisane skrótowo, w sposób niejasny, nie wskazał także, że w zakresie omawianego zagadnienia nie zostały spełnione wszystkie wymagania wynikające z dokumentacji przetargowej. Statystyk jest uwzględniony

jako członek zespołu, w ramach części dotyczącej opisu sposobu realizacji zamówienia, więc wskazane wyjaśnienie odrzucenia wartości dodanej jest niezgodne ze stanem wynikającym z oferty.

Sposób organizacji pracy wykraczający poza wymagania SIWZ i zapewniający podniesienie jakości końcowych wyników, zgodnie spełnia wymóg opisu przedmiotu zamówienia: „ponadto opis zawiera wartości dodane, nieujęte w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, które mają wpływ na jakość i realizację przedmiotu zamówienia” może być traktowany jako wartość dodana, gdyż opis nie wskazuje na możliwość uznawania za wartości dodane wyłącznie rozwiązań merytorycznych. Zgodnie z interpretacją przedstawioną przez Zamawiającego w ocenie omawianego podkryterium „dbałość o jak najwyższą jakość końcowych wyników pracy i zapewnienie wiarygodności jest obowiązkiem Wykonawcy i nie może być przyczynkiem do dodatkowych punktów w tym kryterium”, brak jest możliwości uzyskania najwyższej punktacji, gdyż wszystkie rozwiązania przedstawiane w ofertach mają na celu dbałość o zapewnienie najwyższej jakości wyników końcowych. Zamawiający nie dostrzega, że takie podejście uniemożliwia przyznanie którejkolwiek z ofert w tym podkryterium 18 punktów, co poddaje w wątpliwość sensowność podkryterium.

Wymagania dotyczące zespołu wskazane w punkcie 7.2.2 SIWZ są minimalnymi poziomami warunków udziału w postępowaniu i prowadzić mają do wyłonienia wykonawcy o wymaganym przez zamawiającego potencjale, natomiast nie dają prawa Zamawiającemu do jakiegokolwiek ograniczania wykonawcy w jego potrzebach dotyczących konstruowania właściwego z punktu widzenia potrzeb Odwołującego zespołu fachowców. Statystyk jest uwzględniony jako członek zespołu w ofercie, więc wskazane wyjaśnienie odrzucenia wartości dodanej jest niezgodne ze stanem wynikającym z oferty.

Zamawiający wskazał, że „zapewnienie wiarygodności jest obowiązkiem wykonawcy i nie może być przyczynkiem do dodatkowych punktów”, jednak w opisie kryterium Zamawiający wskazał, że oceniania będzie właśnie gwarancja wiarygodności wyników prac. Zatem wiarygodność jest oceniana, a za jej zapewnienie oferta Odwołującego powinna otrzymać minimum 6 punktów.

Zaproponowane przez Odwołującego rozwiązania są optymalne i gwarantują wysoki poziom jakości i wiarygodności wyników prac. Ponadto w zakresie omawianego podkryterium Odwołujący przedstawił wartość dodaną, nieujęta w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, która ma wpływ na jakość i realizację przedmiotu zamówienia.

W zakresie określenia potencjonalnych synergii w doborze działań wynikających z istnienia innych) dokumentów planistycznych sporządzanych np. na poziomie kraju, województwa, powiatu i gminy – Zamawiający w uzasadnieniu oceny wskazał, że wartość dodana dla tego zagadnienia mogłaby być za taką uważana, gdyby Odwołujący wskazał zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia również inne dokumenty planistyczne. Odwołujący jednak wskazał

w koncepcji opracowania, że planuje uwzględnienie innych dokumentów i nie planował zawężenia analiz w zakresie badania synergii między dokumentami do dwóch wymienionych dokumentów, a jedynie ze względu na ograniczony rozmiar oferty dokonał opisu sposobu badania synergii na ich przykładzie, o czym informował w koncepcji opracowania. Zamawiający, wskazując przytoczony zarzut pominięcia innych dokumentów planistycznych, nie przeanalizował wskazań i wyjaśnień Odwołującego. Wskazanie zaś przez Zamawiającego, że opis przedmiotu zamówienia nakazuje analizę innych dokumentów niż wskazane w SIWZ stanowi niewłaściwą interpretację tego postanowienia opisu.

Co do lakonicznego potraktowania przez Odwołującego tematu inwestycji, które zostały ocenione pod kątem wpływu na możliwość osiągnięcia celów środowiskowych – Odwołujący nie bez powodu wskazał na to zagadnienie, w celu zaznaczenia kwestii powiązań między planami gospodarowania wodami, a planami zarządzania ryzykiem powodziowym. Szczegółowe podejście metodyczne dot. uwzględnienia inwestycji dotyczy innego elementu prac realizowanego w trakcie II aPGW. Zamawiający jednocześnie nie stwierdza, że opis jest niejasny i niepełny, oraz że zaproponowane przez Odwołującego rozwiązania nie są optymalne i że nie gwarantują wysokiego poziomu jakości i wiarygodności wyników prac. Zdaniem Odwołującego udowodnił on, że nie zawęża listy innych dokumentów do analizy zagadnienia synergii, wręcz rozszerza ją, wobec czego proponuje w swojej ofercie wartość dodaną dla realizacji przedmiotowego zagadnienia, zatem powinien przyznać Odwołującemu punkty.

Co do sposobu oceny skuteczności wszystkich zaplanowanych działań dla danej jcw (czy zaproponowany zestaw działań dla danej jcw umożliwi osiągnięcie celów środowiskowych) wraz z uwzględnieniem realizacji działań zaplanowanych dla sąsiednich jcw – Zamawiający twierdzi, że Odwołujący wskazuje, że wartością dodaną jest uwzględnienie już na etapie oceny skuteczności zestawu działań wymogów raportowych, co ma przyspieszyć pracę nad raportem, co ma charakter nie merytoryczny, ale organizacyjny. Zamawiający jednocześnie nie stwierdził, że opis jest niejasny i niepełny, oraz że zaproponowane przez Odwołującego rozwiązania nie są optymalne, a wskazane cechy wartości dodanej nie umniejszają jej znaczenia dla realizacji pracy.

Zamawiający twierdzi, że obowiązkiem wykonawcy jest takie przygotowanie raportu dla KE, aby był on zgodny z jej wymaganiami, a więc wykonawca zobowiązany jest do takiej organizacji pracy i efektów poszczególnych zagadnień, aby cel ten został spełniony. Zamawiający w opisie sposobu oceny ofert nie ogranicza wartości dodanych do rozwiązań merytorycznych wykluczając z oceny rozwiązania organizacyjne. SIWZ nie wymaga opisanego sposobu realizacji pracy, więc zaproponowane podejście wykracza poza wymagania dokumentacji przetargowej. Zamawiający nie podważa w ocenie wpływu zaproponowanego rozwiązania na jakość i realizację przedmiotu zamówienia.

Zatem Zamawiający jest zobowiązany przyznać ofercie Odwołującego w tym podkryterium minimum 18 punktów. Punktacja 0 lub 3 punkty zostaje przyznana tylko, gdy wykonawca w ofercie nie spełnia wszystkich wymagań, ewentualnie w sposób niejasny opisuje części zagadnień. Jeśli zaś Odwołujący opisuje zagadnienia w sposób jasny i pełny, jest to pierwszy przyczynek do ocenienia podkryterium oferty powyżej 0 punktów.

Opis dokonany przez Zamawiającego wobec oferty Odwołującego, jak również wyjaśnienia i argumenty przedstawione przez Odwołującego wskazują, że metodyka Odwołującego w tym podkryterium jest ujęta w sposób jasny i pełny oraz dodatkowo, dla wszystkich zagadnień, zaproponowane przez Odwołującego rozwiązania są optymalne i gwarantują wysoki poziom jakości i wiarygodności wyników prac w zakresie wszystkich zagadnień.

Odwołujący w przedstawionej metodyce opisu podkryterium wykazał dla pięciu zagadnień wartości dodane, nieujęte w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, które mają wpływ na jakość i realizację przedmiotu zamówienia, co zgodnie z formułą oceny wskazaną przez Zamawiającego w SIWZ skutkuje koniecznością przyznania oceny dla podkryterium w wysokości 18 punktów. Zdaniem Odwołującego ocena 0 punktów jest absolutnie niewspółmierna do metodyki Odwołującego nie tylko w odczuciu subiektywnym Odwołującego, ale również wzięwszy pod uwagę opis oceny w tym kryterium dokonany przez Zamawiającego w SIWZ.

Podobne zarzuty Odwołujący podniósł w stosunku do pozostałych elementów oceny dokonanej przez Zamawiającego.

W podkryterium „podejście metodyczne do identyfikacji działań z zakresu zachowania ciągłości morfologicznej w kontekście zaplanowanych celów środowiskowych dla jcwp, w tym sposób przeprowadzenia analizy/oceny funkcjonowania istniejących urządzeń do migracji ryb, o której mowa w punkcie 6.3 lit. e) etapu I opisu przedmiotu zamówienia – maksymalnie 12 punktów” Odwołujący otrzymał 3 punkty za to podkryterium, a, w swojej ocenie, powinien uzyskać 12 punktów.

W podkryterium „koncepcja do identyfikacji odstępstw od osiągnięcia celów środowiskowych wraz z uzasadnieniem, o której mowa w pkt 3.5. etapu I opisu przedmiotu zamówienia – maksymalnie 6 punktów” Odwołujący otrzymał natomiast 0 punktów, a powinien uzyskać 6 punktów.

W podkryterium „podejście do zobrazowania na podkładzie mapowym położenia JCWP i JCWPd w sposób umożliwiający zlokalizowanie punktowego użytkownika wód w odniesieniu co najmniej do miejscowości, o którym mowa w pkt 28 lit. r) etapu. IV opisu przedmiotu zamówienia – maksymalnie 6 punktów” Odwołujący otrzymał 4 punkty, a powinien uzyskać 6 punktów.

W kryterium „opis sposobu realizacji zamówienia” – podkryterium „opis potencjalnych ryzyk dla właściwej realizacji poszczególnych zadań w każdym etapie zamówienia wraz ze wskazaniem możliwego terminu ich wystąpienia oraz propozycją sposobów zapobiegania i przeciwdziałania w postaci rejestru ryzyk z oszacowaniem potencjalnego prawdopodobieństwa ich wystąpienia oraz poziomu zagrożenia – maksymalnie 9 punktów” Odwołujący otrzymał 6 punktów, a, w swojej ocenie, powinien uzyskać 9 punktów. Odwołujący wypełnił wymóg stawiany w SIWZ i dla minimum 5 ryzyk opisał wartości dodane, które mają istotny wpływ na realizację przedmiotu zamówienia, zapewniając jednocześnie wysoką jakość. Ma to potwierdzenie w opisie z raportu komisji przetargowej, w którym sam Zamawiający stwierdza, że dla 8 ryzyk oferent opracował plany rezerwowe lub plany przeciwdziałań.

Zarzuty dotyczące dokonanej oceny oferty Odwołującego w powyższym zakresie zostały szczegółowo opisane w odwołaniu będącym załącznikiem do niniejszego postanowienia. Ze względu na swoją obszerność oraz fakt, że przytoczony zakres stanowiska Odwołującego w sposób wystarczający wskazuje na mechanizm samej oceny, jak i zarzutów, zostały w treści postanowienia pominięte.

Odwołujący sformułował również zarzuty w zakresie zaniechania dokonania przez Zamawiającego oceny oferty złożonej przez CDM (uznanej za najkorzystniejszą) w sposób zgodny z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ w zakresie kryteriów: „koncepcja opracowania” – waga 42 % oraz „opis sposobu realizacji zamówienia” – waga 18%, co skutkowało przyznaniem Odwołującemu w tych kryteriach zbyt małej liczby punktów.

W ocenie Odwołującego wykonawca CDM otrzymał 12 punktów za podkryterium „podejście metodyczne do opracowania zestawu działań, o którym mowa w punkcie 6.3 etapu I opisu przedmiotu zamówienia – maksymalnie 18 punktów”, a powinien uzyskać maksymalnie 3 punkty.

Zgodnie z opisem zawartym w SIWZ 12 punktów w tym kryterium powinna otrzymać oferta, w której „wykonawca w sposób jasny i pełny opisał wszystkie zagadnienia. Dla 7 lub 8 zagadnień zaproponowane przez wykonawcę rozwiązania są optymalne i gwarantują wysoki poziom jakości i wiarygodności wyników prac. Pozostałe rozwiązania zaproponowane przez wykonawcę nie gwarantują wiarygodności i jakości wyników prac”. Z opisu oceny oferty przedstawionego przez Zamawiającego w stosunku do oferty CDM nie wynika, żeby CDM zagwarantował wysoki poziom jakości aż dla 7 lub 8 zagadnień. Zamawiający dla 7 z 9 zagadnień krytycznie odniósł się do metodyk i opisów wynikających z oferty CDM.

Odwołujący nie dysponuje tu pełnią wiedzy, bowiem *gros* opisu zostało zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, jednak jawna część oceny nie pozwala na przyjęcie wniosku, że

CDM dla 7-8 zagadnień wykazał się metodyką gwarantującą „wysoki poziom jakości i wiarygodności wyników prac”. Zamawiający wskazuje na przykład:

1. sposób wykonania analizy efektywności kosztowej proponowanych działań podstawowych i uzupełniających wybranych w celu osiągnięcia celów środowiskowych poszczególnych jednolitych części wód – Zamawiający uznaje opis tego elementu za zbyt ogólny, niepozwalający tym samym na ocenę, czy ta wartość dodana będzie miała wpływ na realizację przedmiotu zamówienia;
2. sposób określenia wpływu realizacji działań na jcw znajdujące się poniżej/powyżej jcw, w której zaplanowano działanie (w jaki sposób realizacja działania oddziałuje na jcw znajdujące się poniżej/powyżej) – Zamawiający ocenia je jako zbyt ogólne w stosunku do spodziewanego wyniku i tym samym ocenia, że CDM nie zastosuje właściwego poziomu szczegółowości analiz (nie spełniono wymagania). Jednocześnie CDM nie opisuje, skąd pozyska dane do tych analiz, w związku z czym Zamawiający nie potrafi ocenić, czy zapewniona zostanie odpowiednia weryfikacja i kompletność danych;
3. sposób określenia kosztów realizacji poszczególnych działań oraz źródeł ich finansowania, w tym z uwzględnieniem środków krajowych i europejskich – Zamawiający zauważa w opisie oceny, że CDM nie wyjaśnia przyczyn konieczności (... – TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA), ma aspekt organizacyjny, a nie merytoryczny i może być przyczynkiem do wyższej oceny kryterium dot. sposobu realizacji zadania, nie zaś uznania tego elementu za wartość dodaną;
4. sposób przeprowadzenia sprawdzianu klimatycznego programów działań, zgodnie między innymi z wytycznymi KE nr 24 – w opinii Zamawiającego kompleksowa realizacja zadania jest obowiązkiem wykonawcy i podlega ocenie w niniejszym kryterium, nie może być więc uznana za coś wykraczającego poza SIWZ;
5. sposób określenia skutków społeczno-gospodarczych realizacji poszczególnych działań – w opinii Zamawiającego jest to aspekt organizacyjny, a nie merytoryczny, ułatwiający prace wykonawcy, więc nie może być uznany za wartość dodaną, tym bardziej, że takie wymaganie zostało określone w opisie przedmiotu zamówienia;
6. sposób dokonania priorytetyzacji działań – Zamawiający uznał, że wykonawca może nie zapewnić kompletności analiz;
7. określenie potencjonalnych synergii w doborze działań wynikających z istnienia innych dokumentów planistycznych sporządzanych np. na poziomie kraju, województwa, powiatu i gminy – ocenie Zamawiającego (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA) nie jest wartością dodaną, gdyż stanowi element metodyki, jest natomiast przesłanką do wysokiej oceny jakości spodziewanych wyników.

Skoro więc na 9 obszarów do opisanie, Zamawiający miał uwagi negatywne do 7, niejasne jest, jak Zamawiający mógł przyznać 12 punktów wobec braku pozytywnej oceny 7-8

obszarów. W ocenie Odwołującego oferta CDM nie zasługuje na przyznanie w tym kryterium aż 12 punktów i ocena powinna być obniżona do realnego poziomu wynikającego wprost z uzasadnienia Zamawiającego.

Ponadto Odwołujący wskazał, że jeśli chodzi o sposób wykonania oceny skuteczności i realności proponowanych działań podstawowych i uzupełniających, wybranych w celu osiągnięcia celów środowiskowych poszczególnych jednolitych części wód, Zamawiający twierdzi, że CDM proponuje wprowadzenie do stosowanego w poprzednim cyklu podejścia do oceny skuteczności działań dwóch dodatkowych kryteriów (objętych TAJEMNICĄ PRZEDSIĘBIORSTWA, jakich), co w opinii Zamawiającego przyczyni się do poprawy jakości produktów zadania gwarantuje optymalny sposób wykonania analiz. W ofercie proponuje się (TAJEMNICĄ PRZEDSIĘBIORSTWA, co), co dostarczy Zamawiającemu dodatkowej wiedzy na temat uwarunkowań realizacyjnych danego zadania i wskaże obszary wymagające interwencji lub poprawy w celu zwiększenia szansy na wdrożenie działania przed rokiem 2027. Zamawiający uznaje ten pomysł za wartość dodaną o pozytywnym wpływie na jakość zamówienia. W celu uzupełnienia wiedzy o realizacji zadań z aPWŚK CDM planuje (TAJEMNICĄ PRZEDSIĘBIORSTWA, co planuje). Taka synergia działań jest elementem usprawniającym realizację zamówienia. Dodatkowym elementem przyczyniającym się do zapewnienia kompletności danych i skuteczności procesu ankietyzacji według Zamawiającego jest (TAJEMNICĄ PRZEDSIĘBIORSTWA, co). Zamawiający nie uznaje za wartość dodaną (TAJEMNICĄ PRZEDSIĘBIORSTWA, co), wychodząc z założenia, że wyniki wszystkich analiz wykonanych w ramach niniejszego zagadnienia muszą być zaprezentowane w produktach przedstawianych do odbioru. Może to zostać wykonane w postaci bazy danych działań, zestawień tabelarycznych, kart działań itp. narzędzi. Wybór właściwego sposobu należy do wykonawcy. Zdaniem Odwołującego zagadnienie to zostało wysoko ocenione; chociaż tylko jedna wartość dodana została uznana przez Zamawiającego a jedna odrzucona. (Uwaga: Wskazania „TAJEMNICĄ PRZEDSIĘBIORSTWA” zawarte w tekście zostały użyte w odwołaniu i pochodzą z oryginalnego tekstu oceny oferty CDM, jaki Odwołujący otrzymał od Zamawiającego).

W zakresie sposobu wykonania analizy efektywności kosztowej proponowanych działań podstawowych i uzupełniających wybranych w celu osiągnięcia celów środowiskowych poszczególnych jednolitych części wód – Zamawiający twierdzi, że CDM deklaruje (TAJEMNICĄ PRZEDSIĘBIORSTWA, co deklaruje). Dla wszystkich ocenionych działań CDM (TAJEMNICĄ PRZEDSIĘBIORSTWA, jakich), które umożliwią wprowadzanie ewentualnych korekt na późniejszych etapach realizacji projektu, a także przedstawi (TAJEMNICĄ PRZEDSIĘBIORSTWA, co). Zamawiający uznaje to podejście za optymalne i zapewniające odpowiednią jakość analiz. Jako wartość dodaną CDM wskazuje (TAJEMNICĄ PRZEDSIĘBIORSTWA, co wskazuje). Zamawiający uznaje opis tego



elementu za zbyt ogólny, niepozwalający tym samym na ocenę, czy ta wartość dodana będzie miała wpływ na realizację przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego zagadnienie to zostało wysoko ocenione; chociaż tylko jedna wartość dodana została nieuznana przez Zamawiającego.

W zakresie sposobu określenia wpływu realizacji działań na jcw znajdujące się poniżej/powyżej jcw, w której zaplanowano działanie (w jaki sposób realizacja działania oddziałuje na jcw znajdujące się poniżej/powyżej) – Zamawiający twierdzi, że CDM skrótowo opisuje sposób wykonania zadania, ale ponieważ odwołuje się do wyników, analiz wykonanych w ramach innych zagadnień niniejszego kryterium i szczegółowo opisanych w innych punktach oferty, Zamawiający uznaje, że zagadnienie zostało opisane w sposób pełny i jasny. Wykonawca zapowiada zastosowanie kryterium (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA, jakiego), które jednak są zbyt ogólne w stosunku do spodziewanego wyniku. Tym samym Zamawiający ocenia, że wykonawca nie stosuje właściwego poziomu szczegółowości analiz. Wartością dodaną jest (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA, co). Działanie takie pozwoli na zaplanowanie działań prewencyjnych dobranych pod kątem (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA). Jednocześnie jednak wykonawca nie opisuje, skąd pozyska dane do tych analiz, w związku z czym Zamawiający nie potrafi ocenić, czy zapewniona zostanie odpowiednia weryfikacja i kompletność danych. Zagadnienie zostało więc uznane przez Zamawiającego za opisane w sposób jasny i pełny, ale bez właściwego poziomu szczegółowości analiz, wartość dodana została podważona przez Zamawiającego.

W zakresie sposobu określenia kosztów realizacji poszczególnych działań oraz źródeł ich finansowania, w tym z uwzględnieniem środków krajowych i europejskich – Zamawiający twierdzi, że CDM w sposób logiczny przedstawia metodykę wykonania zadania. W opisie podane są potencjalne źródła finansowania działań (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA, jakie). Zamawiający uznaje, że CDM zapewnia w ten sposób właściwy poziom analiz. Wykonawca zobowiązany jest do przygotowania we współpracy z MGMIŻŚ projektu rozporządzeń dot. IIaPGW wraz z oceną skutków regulacji. Wykonawca deklaruje (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA, co deklaruje) i wskazuje, że jest to wartość dodana. Jednak, zdaniem Zamawiającego, CDM nie wyjaśnia przyczyn konieczności (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA czego). (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA) ma aspekt organizacyjny, a nie merytoryczny i może być przyczynkiem do wyższej oceny kryterium dotyczącego sposobu realizacji zadania, nie zaś uznania tego elementu za wartość dodaną. Zagadnienie zostało więc uznane za opisane w sposób zapewniający właściwy poziom analiz, ale wartość dodana nie została uznana przez Zamawiającego.

W zakresie sposobu przeprowadzenia sprawdzianu klimatycznego programów działań, zgodnie między innymi z wytycznymi KE nr 24 – Zamawiający twierdzi, że CDM szczegółowo opisuje procedurę sprawdzianu klimatycznego oraz źródła danych, z których planuje

skorzystać. Jednocześnie wskazuje jako wartość dodaną (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA, co) oraz inne aspekty metodologiczne. W opinii Zamawiającego kompleksowa realizacja zadania jest obowiązkiem wykonawcy i podlega ocenie w niniejszym kryterium, nie może być więc uznana za coś wykraczającego poza SIWZ. Za wartość dodaną Zamawiający uznaje natomiast (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA, co zostało uznane). Zamawiający uznał więc zagadnienie za opisane w sposób jasny i pełny, jedna wartość dodana została uznana, a jedna odrzucona przez Zamawiającego.

W zakresie sposobu określenia skutków społeczno-gospodarczych realizacji poszczególnych działań – Zamawiający twierdzi, że CDM szczegółowo opisuje sposób określenia skutków społeczno-gospodarczych realizacji poszczególnych działań oraz źródła danych, z których planuje skorzystać. Wykonawca wskazuje jako wartość dodaną (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA, co), co w opinii Zamawiającego jest aspektem organizacyjnym, a nie merytorycznym, ułatwiającym prace wykonawcy i nie może być uznane za wartość dodaną, tym bardziej, że takie wymaganie zostało określone w opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający uznał więc zagadnienie za opisane w sposób jasny i pełny, ale wartość dodana została odrzucona przez Zamawiającego.

W zakresie sposobu dokonania priorytetyzacji działań – Zamawiający twierdzi, że w opisie CDM przedstawia sposób przeprowadzenia analiz doprecyzowując jednocześnie, że (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA). Zamawiający obawia się, że w ten sposób mogą z puli wypaść jcw, (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA). W związku z tą wątpliwością Zamawiający uznaje, że wykonawca może nie zapewnić kompletności analiz. Jednocześnie jednak uznaje, że opis sposobu wykonania zadania pozwala na osąd, iż wykorzysta odpowiednie narzędzia i zadba o kompletność danych. CDM trafnie wskazuje już na tym etapie realizacji prac na (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA, na co wskazuje). Jednocześnie, deklarując wykonanie (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA, co zostało zadeklarowane) oferuje wartość dodaną o korzystnym wpływie merytorycznym na wynik realizacji ocenianego działania w postaci (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA). CDM przedstawia w ofercie sposób postępowania w odniesieniu do (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA). Zamawiający uznaje to za element potwierdzający kompleksowość analiz i zapewnienie wysokiej jakości wyników. Wykonawca proponuje osobną metodykę dedykowaną (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA). Zdaniem Zamawiającego zagadnienie zostało opisane w sposób wątpliwy.

W zakresie określenia potencjonalnych synergii w doborze działań wynikających z istnienia innych dokumentów planistycznych sporządzanych np. na poziomie kraju, województwa, powiatu i gminy – Zamawiający twierdzi, że CDM przedstawił zestawienie dokumentów i opracowań, które zamierza wykorzystać na potrzeby realizacji zamówienia. Wśród nich znajdują się takie dokumenty jak: (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA, jakie to dokumenty).

Uwzględniony został także (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA, co). Dokumenty zostały zestawione w (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA). W ocenie synergii CDM zamierza uwzględnić (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA), co Zamawiający uznaje za czynnik zwiększający poziom jakości i wiarygodności wyników pracy. Jednocześnie jednak nie może uznać (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA) za wartość dodaną, gdyż są one proponowanym przez wykonawcę narzędziem realizacji zadania ocenianego w niniejszym kryterium. Zamawiający uznał więc to zagadnienie za opisane w sposób jasny i pełny, ale wartość dodana została odrzucona przez Zamawiającego.

W zakresie sposobu oceny skuteczności wszystkich zaplanowanych działań dla danej jcw (czy zaproponowany zestaw działań dla danej jcw umożliwi osiągnięcie celów środowiskowych) wraz z uwzględnieniem realizacji działań zaplanowanych dla sąsiednich jcw – Zamawiający twierdzi, że CDM przedstawia w sposób szczegółowy metodykę oceny skuteczności działań, wskazując przy tym (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA, co) jako wartości dodane. W ocenie Zamawiającego (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA, co) nie jest wartością dodaną, gdyż stanowi element metodyki, jest natomiast przesłanką do wysokiej oceny jakości spodziewanych wyników. Za wartość dodaną Zamawiający uznaje natomiast (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA, co uznaje). Zagadnienie zostało więc przez Zamawiającego ocenione wysoko, jedna wartość dodana została uznana, a jedna odrzucona.

W podkryterium „podejście metodyczne do identyfikacji działań z zakresu zachowania ciągłości morfologicznej w kontekście zaplanowanych celów środowiskowych dla jcw, w tym sposób przeprowadzenia analizy/oceny funkcjonowania istniejących urządzeń do migracji ryb, o której mowa w punkcie 6.3 lit. e) etapu I opisu przedmiotu zamówienia – maksymalnie 12 punktów” CDM otrzymał 9 punktów, a powinien uzyskać maksymalnie 3 punkty.

W podkryteriach „podejście metodyczne do identyfikacji budowli stanowiących przeszkodę dla migracji w kontekście „osiągnięcia celów środowiskowych oraz ich właścicieli”, „podejście metodyczne do określenia czy zidentyfikowane budowle są wyposażone w urządzenia umożliwiające migrację ryb” oraz „podejście metodyczne do oceny funkcjonowania istniejących urządzeń do migracji ryb w kontekście osiągnięcia celów środowiskowych”, „podejście metodyczne do identyfikacji działań” Zamawiający bardzo wysoko ocenił deklaracje CDM co do sposobu wykonania zadania, jednak w opisie oceny oferty nie wskazuje żadnej wartości dodanej.

W podkryterium „koncepcja do identyfikacji odstępstw od osiągania celów środowiskowych wraz z uzasadnieniem, o której mowa w punkcie 3.5. etapu I opisu przedmiotu zamówienia – maksymalnie 6 punktów” CDM otrzymał 2 punkty za to podkryterium, a w ocenie Odwołującego powinien uzyskać 0 punktów. Zamawiający uznał, że CDM dokonuje w ofercie trafnej i prawidłowej analizy zasad stosowania art. 4.4 RDW. W ocenie wód podziemnych

CDM planuje uwzględnić (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA, co). CDM opisuje powiązanie tego zadania z wynikami prac dotyczących priorytetyzacji działań. CDM deklaruje (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA, co), nie doprecyzowuje jednak, skąd te dane weźmie ani jak dokona ich przełożenia na układ aJCWP. Wykonawca opisuje potencjalne wyniki oceny trendów zmian stanu jcw i jcwpd, zonglując przy tym pojęciami (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA). Zamawiający nie jest pewien, czy pojęcia te są stosowane prawidłowo. Ponieważ opis ten nie dotyczy koncepcji do identyfikacji odstępstw jako takiej, a zadania przygotowawczego w zakresie oceny trendów, Zamawiający nie uznaje ww. nieścisłości za błąd merytoryczny, ale za niezrozumiałość opisu. CDM wskazuje jako wartość dodaną (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA, co). W opinii Zamawiającego jest to obowiązek wykonawcy, a nie wartość dodana. Jako wartość dodaną wykonawca wskazuje również (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA, co), Zamawiający uznaje ten element za wartość dodaną, ponieważ jednak wątek nie został nigdzie opisany w zagadnieniach ocenianych w ramach kryterium z punktu 15.4.2.1 SIWZ, a tym samym nie jest wiadomym, w jaki sposób wykonawca (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA), Zamawiający nie uznaje go za element o pozytywnym wpływie na jakość przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego ocena Zamawiającego wskazuje więc, że podkryterium zostało opisane w sposób niepełny i niejasny, a opis jest nieścisły.

Tym samym zaniechanie przez Zamawiającego oceny oferty złożonej przez CDM w sposób zgodny z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ w zakresie ww. kryteriów skutkowało przyznaniem CDM w tych kryteriach zbyt dużej ilości punktów. Odwołujący podkreślił jednocześnie, że ze względu na brak możliwości zapoznania się zarówno z ofertą Odwołującego, jak i pełnym uzasadnieniem oceny dokonanej przez Zamawiającego, nie mógł w bardziej pełny sposób ustosunkować się do oceny oferty CDM.

#### Institucja zamawiająca (zamawiający)

W odpowiedzi na odwołanie instytucja zamawiająca podtrzymała swoje dotychczasowe stanowisko i wniosła o oddalenie odwołania.

Zamawiający wskazał, że dokumenty podlegające ocenie w ramach kryteriów oceny ofert „konceptcja opracowania” oraz „opis sposobu realizacji zamówienia” stanowią opracowania autorskie, które zostały stworzone przez wykonawców na potrzeby konkretnego zamówienia, zgodnie z wytycznymi Zamawiającego zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Co do dokumentów CDM – informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach są wynikiem doświadczeń zebranych przez wykonawcę na przełomie szeregu lat i uszczegółowione na potrzeby przedmiotowego postępowania. Stanowią one swego rodzaju własność intelektualną wykonawcy. „Konceptcja opracowania” i „Opis sposobu realizacji zamówienia”

wraz ze wskazaniem zasobów kadrowych, którymi będzie dysponował wykonawca, stanowi całość, która umożliwi mu nowatorskie wykonanie powierzonego zadania. Ujawnienie ich mogłoby poważnie naruszyć interesy wykonawcy, gdyż mają one wartość gospodarczą, a wykonawca podjął niezbędne działania, aby ich nie ujawniać do publicznej wiadomości. Działania, jakie podejmuje w celu zachowania poufności i ochrony przedmiotowych informacji przed dostępem osób trzecich, zawarł w wyjaśnieniach dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa. Są to między innymi takie działania jak: wewnętrzne uregulowania, mające gwarantować odpowiednie zabezpieczenie informacji i danych; posiadanie wdrożonych procedur zmierzających do zachowania poufności, między innymi informacji: technicznych, technologicznych, handlowych oraz organizacyjnych przedsiębiorstwa; wprowadzenie odpowiednich klauzul poufności w umowach z pracownikami i podmiotami współpracującymi, obwarowanych obowiązkiem zapłaty kar umownych w przypadku ich złamania; regulamin pracy, zobowiązujący pracowników do zachowania poufności określonych informacji; dostęp do systemów ograniczony do zdefiniowanej grupy pracowników, zabezpieczony loginem i hasłem; zabezpieczenie dokumentów w formie papierowej w zamykanej szafie, do której dostęp mają jedynie upoważnione osoby; dostęp do budynku, w którym znajdują się dokumenty i nośniki elektroniczne, zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, jest chroniony i monitorowany całodobowo oraz jest prowadzona elektroniczna weryfikacja osób mających dostęp do budynku; wprowadzenie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa ww. informacji w każdym postępowaniu przetargowym, w którym startuje.

Informacje o sposobie wykonania zamówienia zawarte w „Koncepcji opracowania” oraz „Opisie sposobu realizacji zamówienia” mają kluczowe znaczenie dla przedmiotowego postępowania (ogółem ich waga wynosi 60%). Ujawnienie powyższych dokumentów pozwoliłoby podmiotom konkurencyjnym na wykorzystanie wiedzy w nich zawartej i osłabienie pozycji wykonawcy na rynku. Ponieważ zaprezentowane dokumenty stanowią *know-how* wykonawcy i zawierają niestandardowe rozwiązania, to oferta w części opisującej sposób realizacji zamówienia stanowi niewątpliwie tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponadto wykonawca dochował szczególnej staranności co do zastrzeżenia tajności tej części oferty.

Co do dokumentów Multiconsult – zastrzeżone dokumenty zawierają autorską koncepcję opracowania, szereg indywidualnych rozwiązań i sposobów wykonania zamówienia. Treść opracowania została stworzona na podstawie wieloletniego doświadczenia wykonawcy i dostosowana do konkretnych wymogów Zamawiającego określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla przedmiotowego postępowania. Autorskie opracowanie zawiera szereg cech indywidualnych o oryginalnym charakterze, opracowanych na potrzeby niniejszego zamówienia i dobranych w sposób specyficzny przez zespół pracowników

wykonawcy. Dokumenty zastrzeżone stanowią *know-how* wykonawcy. Zagadnienia i ich elementy zawarte w opracowaniach są ze sobą powiązane i zależne. W związku z powyższym ujawnienie poszczególnych elementów może rodzić ryzyko automatycznego ujawnienia pozostałych, a co najmniej ułatwienia ich wykrycia.

Wykonawca Multiconsult w swoich wyjaśnieniach dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa podnosi, iż opracowane dokumenty są przygotowane na potrzeby niniejszego postępowania i stanowią utwór w rozumieniu ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, do którego twórcy – wykonawcy przysługuje wyłączne prawo do korzystania i rozporządzania na wszystkich polach eksploatacji, w tym prawo do nadzoru nad sposobem korzystania z utworu oraz prawo do decydowania o pierwszym udostępnieniu tego utworu. Ponadto opracowania stanowią dla wykonawcy wysoką wartość gospodarczą, gdyż przedstawiają konkretne, zidentyfikowane przez wykonawcę obszary ryzyk, sposoby rozwiązania sytuacji problematycznych, które mogą zostać wykorzystane przez innych uczestników postępowania jako materiał porównawczy do stosowanych przez nich rozwiązań. Wykorzystanie tych informacji przez innych uczestników postępowania może działać na szkodę wykonawcy, a także zmniejszyć konkurencyjność w ubieganiu się o udzielenie podobnych zamówień w przyszłości. Ponadto ujawnienie informacji techniczno-organizacyjnych doprowadziłoby do uzyskania przez innych przedsiębiorców informacji dotyczących rozwiązań optymalizacyjnych i organizacyjnych w odniesieniu do zasobów ludzkich i organizacji ich pracy oraz do ich wykorzystania w prowadzonej działalności, co mogłoby spowodować powstaniem szkody dla wykonawcy. W związku z powyższym skutkowałoby to utratą wypracowanej przez lata działalności przewagi konkurencyjnej, a co za tym idzie, koniecznością obniżenia cen lub podjęcia aktywności w celu wypracowania innego *know-how*. Działalność wykonawcy polega głównie na świadczeniu usług doradczych i nie posiada on innego majątku produktowego niż dobra własności intelektualnej tworzone przez jego pracowników. Dlatego ujawnienie takich wytworów to pozwolenie na przejęcie przez konkurencję produktów własnych wykonawcy, co może wiązać się z poważnymi stratami gospodarczymi.

W stosunku do zastrzeżonych dokumentów wykonawca podjął szereg działań w celu utrzymania ich w poufności i ochrony przed dostępem osób trzecich, w szczególności: ustanowił wewnętrzne uregulowania mające gwarantować odpowiednie zabezpieczenie informacji i danych, a w szczególności zintegrowany system zarządzania jakością, środowiskiem oraz bezpieczeństwem i higieną pracy; wprowadził zarządzanie projektami w oparciu o Zintegrowany System Zarządzania Biznesowego – wskazujący, że wykonawcy przewidzieli proces wewnętrzny dotyczący zapewnienia poufności danych i informacji; wprowadził obowiązek wykonywania dla każdego projektu indywidualnego planu realizacji projektu, w ramach którego nacisk kładzie się także na zapewnienie zachowania poufności

danych i informacji; wprowadził program kompleksowego audytu wewnętrznego w celu zapewnienia, że standardy bezpieczeństwa informacji są dotrzymywane; wprowadził obowiązek stosowania odpowiednich klauzul poufności w umowach z pracownikami i podmiotami współpracującymi, obwarowanych obowiązkiem zapłaty kar umownych w przypadku ich złamania; ustanowił regulamin pracy zobowiązujący pracowników do zachowania poufności określonych informacji; wprowadził obowiązek zastrzegania jako tajemnicy przedsiębiorstwa ww. informacji w każdym przetargu, w którym startuje.

Co do dokumentów Arup – zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa informacje mają charakter technologiczny, techniczny i organizacyjny. Ich wartość gospodarcza oraz przydatność techniczna wymagają ograniczenia kręgu osób dopuszczonych do tych informacji. Nie są one ujawniane do wiadomości publicznej, są nieznane ogółowi lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane wejściem w ich posiadanie. Specyfikacja przedmiotowych usług wymaga dysponowania wysokokwalifikowanym personelem i ochrony informacji o osobach mających wykonywać zamówienia. Dane o potencjale kadrowym mają dla wykonawcy znaczenie gospodarcze. Odnoszą się także do zasad funkcjonowania przedsiębiorstwa wykonawcy, jego wewnętrznej struktury i organizacji działania. „Koncepcja opracowania” oraz „Opis sposobu realizacji zamówienia” zostały przygotowane w sposób indywidualny i określają oferowane warunki wykonania zamówienia z uwzględnieniem zasad funkcjonowania przedsiębiorstwa, jego wewnętrznej struktury i organizacji działania. Informacje zawarte w ww. dokumentach zostały oparte na wieloletnim doświadczeniu i wiedzy wykonawcy, co pozwoliło na zoptymalizowanie kosztów, usprawnienie procesu realizacji oraz zapewnienie procedur kontroli jakości. Zastrzeżone dokumenty mają charakter niepowtarzalny, gdyż zostały one stworzone dla danego postępowania i Zamawiającego. Wewnętrzne procedury funkcjonujące u wykonawcy gwarantują poufność tych informacji (klauzule poufności obowiązujące pracowników uczestniczących w przygotowaniu opracowań). Informacje nie są ujawniane do wiadomości publicznej i żaden inny przedsiębiorca nie może dowiedzieć się o nich drogą zwykłą i dozwoloną.

Wszyscy wykonawcy złożyli wraz z ofertą stosowne oświadczenia wraz z wyjaśnieniami, o objęciu poszczególnych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a Zamawiający po zapoznaniu się z nimi i przeanalizowaniu ich słuszności, podtrzymał te zastrzeżenia. Prawo wykonawcy do objęcia tajemnicą części oferty powinno się traktować na równi z zasadą jawności postępowania.

Zgodnie z orzecznictwem podmiot zastrzegający informacje powinien dołożyć starań, aby wiarygodnie wyjaśnić, dlaczego zastrzeżone informacje zasługują na ochronę należną

tajemnicy przedsiębiorstwa, a twierdzenia w tym zakresie powinny zostać uprawdopodobnione, a wywód powinien być przekonujący, spójny i logiczny, uwzględniający charakterystykę postępowania i zastrzeganych informacji. Zostało to spełnione przez wszystkich wykonawców. Wyszczególnili oni wszelkie podjęte, niezbędne działania w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji.

W związku z tym, iż przedmiotowe zamówienie ma specyficzny charakter, a do jego wykonania należy zaangażować osoby o specjalistycznym wykształceniu i doświadczeniu, wykonawca w obawie przed konkurencją zastrzegł te dane. Zgodnie z orzeczeniem Izby sygn. KIO 860/19, aby wykonawca mógł zastrzec informacje w tym zakresie, powinien wykazać, iż wskazany w dokumentach personel oraz jego doświadczenie ma charakter unikalny, wyjątkowo specjalistyczny, usprawiedliwiający przypuszczenie, że na rynku może istnieć praktyka pozyskiwania takich osób, czy istotnie ograniczona na rynku jest liczba osób z doświadczeniem wymaganym przez zamawiającego. Zastrzeżone przez wykonawcę informacje w zakresie wykazu osób niewątpliwie wiążą się obawą „podkupienia” specjalistycznych pracowników przez konkurencję, a co za tym idzie, pogorszenie jego pozycji na rynku. Informacja dotycząca danych personalnych i podstawy dysponowania osobami ma charakter organizacyjny i pozwala na ustalenie samodzielnych kompetencji wykonawcy, które niewątpliwie wpływają na jego pozycję na rynku.

W doktrynie wskazuje się, że ochronie na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji podlegają informacje, które odznaczają się „wartością gospodarczą”. Wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa. Stanowisko to znajduje również uzasadnienie w treści art. 39 TRIPS (Porozumienia w sprawie handlowych aspektów własności intelektualnej z 15 kwietnia 1994 r., który stanowi załącznik do porozumienia w sprawie ustanowienia Światowej Organizacji Handlu), przewidującego, że ochronie podlegają informacje mające wartość handlową dlatego, że są poufne. Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarcza stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Niewątpliwie „Koncepcja opracowania” oraz „Opis sposobu realizacji zamówienia” są opracowaniami autorskimi i przedstawiają unikalną koncepcję realizacji zamówienia, o wartości gospodarczej dla danego wykonawcy i powinny pozostać poufne. Ze względu na ich specyficzny charakter nie ma możliwości wykorzystania zawartych w nich koncepcji przy realizacji innych projektów. Zgodnie z orzeczeniem sygn. KIO 2421/17 „indywidualnie dobrane rozwiązania oraz stanowiące *know-how* wykonawcy mogą być



przedmiotem zastrzeżeń jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. (...) te elementy opisu części oferty; które zawierają szczegółowe opisy indywidualnych rozwiązań technicznych proponowanych przez wykonawcę, stanowią o elemencie charakteryzującym ofertę tego wykonawcy i mogą nie podlegać ujawnieniu innym wykonawcom”.

Przygotowane „Koncepcje opracowania” oraz „Opisy sposobu realizacji zamówienia” są dokumentami zawierającymi rozwiązania własne firm, które stanowią o wartości ofert w świetle kryteriów oceny ofert, a które po ujawnieniu mogą być w przyszłości wykorzystane przez firmy konkurencyjne do podniesienia wartości ich własnych ofert składanych w podobnych postępowaniach, zmniejszając szanse firm autorów na uzyskanie zamówienia w tych postępowaniach – niemal pewne jest, że wskutek takiego działania interes gospodarczy wykonawców dozna uszczerbku. Stanowi to dodatkowy argument za przyjęciem argumentacji związanej z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący również w swojej ofercie zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa w odniesieniu do „Koncepcji opracowania” oraz „Opisu sposobu realizacji zamówienia” posługując się tożsamymi argumentami, jak pozostali wykonawcy. Skoro Odwołujący sam uważa je za objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i spełniające wszelkie wymogi formalne, to dziwne jest stawianie zarzutu bezzasadności zastrzeżenia tajemnicy w odniesieniu do ofert konkurencji dotyczących tych samych elementów oferty.

W związku z powyższym Zamawiający uznał, iż w odniesieniu do zastrzeganych informacji wykonawcy wykazali wszystkie przesłanki definicji pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Co do wykazu usług oraz referencji zastrzeżonych przez CDM – zgodnie z wyjaśnieniami wykonawcy dokumenty te objął tajemnicą przedsiębiorstwa, ponieważ stanowią wartość handlową umożliwiającą mu prowadzenie działalności na najwyższym poziomie, co daje przewagę konkurencyjną. Wykonawca traktuje wykaz usług wraz z referencjami jako jeden, nierozzerwalny dokument, który chroni zgodnie z obowiązującymi go normami i przepisami. Działania podjęte przez wykonawcę skutkują tym, iż zastrzeżone informacje nie zostały nigdy ujawnione do publicznej wiadomości. Ponadto treści umów zawartych z klientami stanowią tajemnicę handlową i również nigdy nie zostały ujawnione do publicznej wiadomości. Rozpowszechnienie danych informacji może zagrażać konkurencyjnej pozycji wykonawcy w danym segmencie rynku. Informacje wskazane w wykazie usług stanowią wiedzę, która pozwalałaby na zapoznanie się konkurencji z wieloma aspektami działalności wykonawcy (prześledzenie profilu działalności w danym czasie, rodzaje realizowanych zamówień, odbiorcy usług). Ponieważ informacje zawarte w wykazie mają dla wykonawcy wartość gospodarczą, ujawnienie ich groziłoby szkodą majątkową polegającą na zmniejszeniu jego przychodu, utracie części klientów czy konieczności poniesienia kosztów odbudowania

pozycji rynkowej. Wykaz usług pokazuje także wielkość przychodu osiągniętego w wyniku realizacji usług, co również stanowi tajemnicę handlową.

Co do zastrzeżonego przez CDM wykazu osób – w dokumencie tym zawarte są informacje o wykształceniu i doświadczeniu osób współpracujących z wykonawcą. Informacje te stanowią tajemnicę handlową, posiadającą wartość gospodarczą i pozwalają na konkurowanie pod względem doświadczenia współpracowników. Posiadanie ekspertów w wymaganych przez Zamawiającego dziedzinach to atut, który umożliwia wykonawcy świadczenie usług na najwyższym poziomie. Zgodnie z polityką wykonawcy informacje te nie są i nie były ujawniane do publicznej wiadomości. Wykaz ten stanowi ważny kapitał wykonawcy, który chroni przed konkurencyjnymi podmiotami w celu zachowania przewagi technologiczno-handlowej. Ponadto w wykazie znajdują się dane umożliwiające identyfikację osób, co może narazić wykonawcę na straty w przypadku próby pozyskania przez konkurencję tych osób. Wykonawca, działając zgodnie ze swoją wieloletnią, wypracowaną strategią biznesową, skrupulatnie przygotował się do konkretnego postępowania. Zgodnie z nią zabezpieczył odpowiednie, wyspecjalizowane, eksperckie zasoby kadrowe, co stanowi dla niego główny element rozwoju. Pozyskanie wymaganej przez Zamawiającego grupy specjalistów było kluczowe dla zabezpieczenia realizacji zamówienia, a ewentualna utrata wyspecjalizowanej kadry może spowodować straty gospodarcze firmy. Ponieważ wyselekcjonowanie zespołu osób o unikatowych kompetencjach ma istotne znaczenie dla wykonania umowy, przedłożony wykaz osób ma charakter gospodarczy. Ze względu na specyficzny, branżowy rodzaj zamówienia, fachowa wiedza osób wyspecjalizowanych w usługach doradczych stanowi kluczową wartość gospodarczą dla wykonawcy i niewątpliwie ma status tajemnicy przedsiębiorstwa.

Co do zastrzeżenia punktu 5. i 13. formularza ofertowego CDM – wykonawca wskazał, iż zrealizuje zamówienie przy udziale podwykonawców i przedstawił zobowiązania podmiotów trzecich udostępniających zasoby, co stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż zawierają one szczegółowe dane tych podmiotów, a także dane udostępnianych zasobów doświadczenia ekspertów. Zobowiązania podmiotów trzecich określają zasady udostępniania wiedzy i doświadczenia oraz osób współpracujących. Dla wykonawcy informacje te stanowią wartość handlową i umożliwiają świadczenie usług na najwyższym poziomie. Ponadto wykonawca prowadzi politykę wewnętrzną firmy, która ma na celu ochronę tych informacji i nieudostępnianie ich do publicznej wiadomości, dla zachowania przewagi technologiczno-handlowej wykonawcy. Wykonawca wskazał też adresy stron internetowych, przy pomocy których można uzyskać bezpłatny dostęp do dokumentów firmowych podwykonawców. Zostały one określone w sposób jednoznacznie wskazujący na nazwy podmiotów trzecich

udostępniających wykonawcy swoje zasoby. W związku z objęciem tajemnicą przedsiębiorstwa zobowiązań podmiotów trzecich udostępniających zasoby Zamawiający nie mógł przekazać do publicznej wiadomości treści zawartych w punkcie 13. formularza ofertowego.

Zamawiający dokonał oceny każdego z zagadnień (w przypadku podkryteriów 15.4.2.1 oraz 15.4.2.2) oraz każdego z podkryteriów i kryteriów zgodnie z opisaną w specyfikacji istotnych warunków zamówienia procedurą i zasadami. Każda z ofert została szczegółowo przeanalizowana, a ocenie towarzyszy szczegółowe uzasadnienie, przesłane wykonawcom 12 marca 2020 r. Przystępując do sporządzania uzasadnienia komisja przetargowa uznała, że przedstawiane uzasadnienie będzie dotyczyć elementów wpływających na obniżenie punktów (błąd merytoryczny, niezgodność z wymaganiami dokumentacji przetargowej, skrótowy lub niejasny opis, rozwiązania nie będące rozwiązaniami optymalnymi i gwarantującymi wysoki poziom jakości i wiarygodności wyników prac) lub wartości dodanej. Tym samym nie podawano w uzasadnieniu każdorazowo, iż dane zagadnienie np. zostało opisane w sposób jasny i pełny, a wskazując wszystkie te przypadki; gdy opis był niejasny lub skrótowy. W opinii Zamawiającego poziom szczegółowości przedstawionych wszystkim wykonawcom uzasadnień punktacji pozwala na bezproblemowe sprawdzenie poprawności liczby przyznanych punktów oraz przeliczenia, w ilu przypadkach dane zagadnienie ocenione było zgodnie z oceną przeprowadzoną przez Zamawiającego na podstawie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia jako opisane w sposób jasny i pełny oraz ile deklarowanych wartości dodanych za tę wartość zostało przez Zamawiającego uznanych. Warunkiem tego sprawdzenia było szczegółowe zapoznanie się i zrozumienie zasad oceny ofert, a Odwołujący tego nie zrobił, o czym świadczą zarzuty i błędna interpretacja poszczególnych fragmentów uzasadnienia oceny ofert, w tym również interpretacja punktacji oceny oferty CDM, przedstawiona przez Odwołującego. W interpretacji tej Odwołujący myli i miesza pojęcia traktując jako równoważne elementy oceny dotyczące cech opisu zagadnień (jasność i spójność, optymalności rozwiązań i gwarancja wysokiego poziomu jakości i wiarygodności wyników prac) z wartościami dodanymi.

Samo wykazanie przez wykonawcę (każdego) istnienia wartości dodanej nie jest warunkiem wystarczającym do przyznania ofercie w danym podkryterium dodatkowych punktów. Zamawiający musi każdorazowo sprawdzić i potwierdzić, czy dany element oferty rzeczywiście nie był ujęty w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także ocenić, czy ma on pozytywny wpływ na jakość i realizację przedmiotu zamówienia. Do obowiązków wykonawcy należało uzasadnienie tej „pożyteczności” wartości dodanej i wykazanie, że taki dodatkowy element oferty powinien być pożądanym przez Zamawiającego i bez wątpienia będzie mieć pozytywny wpływ na jakość i realizację zamówienia.

Z argumentacją wykonawcy Zamawiający ma prawo się zgodzić lub nie. W tym drugim przypadku Zamawiający opisał każdorazowo swoje stanowisko w uzasadnieniu do oceny.

Chcąc rzetelnie odnieść się do przedstawionych przez Odwołującego zarzutów, Zamawiający dokonał ponownej, szczegółowej analizy uzasadnienia oceny oferty Odwołującego, porównując je z uzasadnieniem z odwołania. W wyniku tej analizy Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie przeczytał dokładnie przesłanego uzasadnienia, przeczytał je tylko we fragmentach lub błędnie interpretuje jego treść. Nie da się bowiem inaczej wytłumaczyć zarzutów Odwołującego skrótowego lub niejasnego opisu poszczególnych zagadnień w sytuacji, gdy takie wskazanie w uzasadnieniu oceny jest zapisane, np. Odwołujący napisał, iż w podkryterium Zamawiający nie wskazał, iż podkryterium jest opisane skrótowo, w sposób niejasny, a dodatkowo uznał Zamawiający wartość dodaną w postaci wytycznych. Tymczasem w uzasadnieniu do punktacji dla tego podkryterium Zamawiający wskazuje trzykrotnie, w odniesieniu do trzech kolejnych zagadnień, że opis jest skrótowy („opis zagadnienia jest skrótowy i nie gwarantuje zastosowania optymalnych rozwiązań” – w odniesieniu do zagadnienia dotyczącego podejścia metodycznego do identyfikacji budowli; „Wykonawca w sposób ogólny przedstawia podejście metodyczne do określenia” – w odniesieniu do zagadnienia dotyczącego określenia, czy budowle są wyposażone w urządzenia umożliwiające migrację ryb oraz „opis tego zagadnienia jest skrótowy” – w odniesieniu do zagadnienia dotyczącego oceny funkcjonowania istniejących urządzeń do migracji ryb. Prawdą jest, że Zamawiający „dodatkowo uznał wartość dodaną w postaci wytycznych”, ale w przypadku oferty Odwołującego ma to jedynie wartość informacyjną, nie wpływającą na przyznanie punktów, gdyż sposób oceny podkryterium jasno wskazuje, że wartości dodane mają wpływ na punktację tylko w przypadku, gdy wykonawca w sposób jasny i pełny opisał wszystkie elementy podkryterium.

Co do statystyków, którym miałyby być powierzona część prac analitycznych – z jednej strony Odwołujący wskazuje, że statystycy byłiby dodatkowymi osobami w zespole oraz że w ofercie uwzględniony jest (jeden) statystyk, a z drugiej czyni zarzut Zamawiającemu, iż ten błędnie wskazuje, że statystycy nie znajdują się w zespole Odwołującego.

Zamawiający dokonał szczegółowej analizy wszystkich ofert, oceniając każdą z nich indywidualnie według określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteriów i sposobu oceny opisanych w punkcie 15. specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z argumentacji Odwołującego wynika, że nie rozumie on konstrukcji oceny poszczególnych kryteriów i podkryteriów i na tej podstawie formułuje w odwołaniu błędne tezy i wnioski uzasadniające rzekome nieprawidłowości po stronie Zamawiającego czy jego stronniczość.

Ocenie podlegały trzy kryteria (punkt 15.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia): cena brutto, koncepcja opracowania i opis sposobu realizacji zamówienia. Kryteria nr 15.2.2 („Koncepcja opracowania”) oraz 15.2.3 („Opis sposobu realizacji zamówienia”) oceniane były poprzez przyznanie punktów w podkryteriach: czterech w przypadku koncepcji opracowania oraz dwóch w przypadku opisu sposobu realizacji zamówienia. Dodatkowo podkryterium 15.4.2.1 „Podejście metodyczne do opracowania zestawu działań” podzielone było na zagadnienia, a podkryterium 15.4.2.2 „Podejście metodyczne do identyfikacji działań z zakresu ciągłości morfologicznej” – na elementy. Zagadnienia i elementy opisane zostały odpowiednio w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a ich sumaryczna ocena była podstawą do przyznawania punktów w danym podkryterium.

Z powyższego schematu oceny wynika, że kryteria 15.2.2 oraz 15.2.3 oceniane były na podstawie sumy punktów przyznanych w poszczególnych podkryteriach, a podkryteria były punktowane całościowo, na podstawie wchodzących w ich skład zagadnień. Zagadnieniom nie przyznawano indywidualnych punktów. Punktacja podkryterium zależała od liczby zagadnień spełniających określone wymagania: optymalność rozwiązań i gwarancja wysokiego poziomu jakości i wiarygodności wyników prac, a także liczby elementów wykraczających poza opis przedmiotu zamówienia, które zostały uznane za wpływające pozytywnie na jakość realizacji zamówienia. Dodatkowo pod tabelą, w której określono zasady przyznawania punktów Zamawiający doprecyzował, iż przez sformułowanie „rozwiązania optymalne i gwarantujące wysoki poziom jakości i wiarygodności wyników prac” rozumie „zastosowanie przez Wykonawcę właściwego poziomu szczegółowości analiz oraz/lub właściwych narzędzi oraz/lub przeprowadzenie skutecznej i merytorycznej weryfikacji danych źródłowych oraz/lub podjęcie skutecznych działań zapewniających kompletność danych i analiz”. Z powyższego wyjaśnienia jednoznacznie wynika, że warunek „rozwiązań optymalnych i gwarantujących wysoki poziom jakości i wiarygodności wyników prac” jest spełniony dla ocenianego zagadnienia, jeśli opis przedstawiony w tym zagadnieniu przez wykonawcę pozwala na stwierdzenie, iż wyczerpana jest przynajmniej jedna z opisanych w cytowanym wyjaśnieniu przesłanek. Niezależnie od liczby zagadnień spełniających ww. cechy oraz liczby wartości dodanych przedstawionych w ofercie, a nieujętych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, liczba punktów w ocenianym podkryterium wynosiła 3, jeśli jedno lub więcej z zagadnień było opisane w sposób niejasny lub skrótowo albo 0, jeśli oferta zawierała błędy merytoryczne lub nie zostały spełnione wszystkie wymagania wynikające z dokumentacji przetargowej.

Wywiedziona przez Odwołującego z zapisu „a jednocześnie zostały spełnione wszystkie wymagania wynikające z dokumentacji przetargowej” interpretacja przesłanki do przyznania 0 punktów jest błędna logicznie. Warunkiem otrzymania przynajmniej 3 punktów w każdym z podkryteriów było spełnienie wszystkich wymagań wynikających z dokumentacji

przetargowej. W przypadku, gdy warunek ten nie był spełniony, a więc chociaż jedno z wymagań nie zostało spełnione, oferta w ocenianym podkryterium otrzymywała 0 punktów. Przyjęcie błędnej interpretacji przedstawionej przez Odwołującego oznaczałoby, że Zamawiający musiałby przyznawać punkty za oferty częściowo niezgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Byłoby tak, gdyby w opisie zasad przyznawania punktów zapisano, że 0 punktów będzie przyznane, jeśli „żadne z wymagań wynikających z dokumentacji przetargowej nie zostało spełnione”. Tymczasem postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest inne i należy je czytać łącznie z pozostałymi kryteriami przyznawania poszczególnej liczby punktów.

Analogicznie błąd merytoryczny powodował przyznanie w danym podkryterium 0 punktów niezależnie od cech opisanych zagadnień oraz liczby wartości dodanych, nieujętych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia.

Powyższe zasady były konsekwentnie stosowane przez komisję przetargową przy ocenie każdej z ofert i nie budziły wątpliwości Odwołującego ani innych wykonawców na etapie postępowania przetargowego. W kwestii przyjętego przez Zamawiającego sposobu oceny ofert nie było wątpliwości, gdyż nie zostało zadane ani jedno pytanie do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie było również wniosków o zmianę w tym zakresie. Zatem Zamawiający uznaje je za prawidłowo sformułowane.

Opisaną w specyfikacji istotnych warunków zamówienia procedurę oceny ofert komisja przetargowa stosowała konsekwentnie z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji w stosunku do wszystkich ocenianych ofert. Tym samym zarzuty są nieuprawnione.

Przed rozpoczęciem oceny ofert przez komisję przetargową przewodniczący komisji określił następujące zasady pracy, o których poinformował wszystkich członków komisji i do których stosowania ich zobowiązał:

- 1) konsekwentne stosowanie opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zasad oceny i przyznawania punktów, tj. przestrzeganie kryteriów oraz sposobu oceny ofert wskazanych w punkcie 15. specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 2) zakaz porównywania ofert w sposobie zaproponowanych rozwiązań,
- 3) szczegółowa analiza i ocena każdej oferty osobno i w całości,
- 4) ocena poszczególnych kryteriów jedynie na podstawie zapisów oferty, bez dodatkowej interpretacji lub domysłów,
- 5) sumowanie punktów na sam koniec pracy komisji, po ocenie wszystkich kryteriów każdej z ofert,
- 6) zakończenie oceny ofert bezpośrednio po zsumowaniu punktów; brak możliwości ponownej oceny któregośkolwiek z kryteriów w którejkolwiek z ofert.

Z powyższych zasad wynika, że nie ma związku przyczynowo-skutkowego między uzasadnieniem wysokości punktacji jednej oferty z liczbą punktów przyznanych innej ofercie,

co zarzuca Zamawiającemu Odwołujący. Zaistnienie takiego powiązania byłoby możliwe jedynie przy porównywaniu ofert. Zamawiający zauważył, że „zaniechanie dokonania przez Zamawiającego rzetelnego uzasadnienia dla wysokości punktacji przy ocenie” ofert innych niż oferta Odwołującego mogło skutkować przyznaniem tym ofertom zbyt dużej lub zbyt małej liczby punktów, nie ma jednak żadnego przełożenia na liczbę punktów przyznanych ofercie Odwołującego.

Zamawiający przeprowadził ocenę ofert zgodnie z założeniami przyjętymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób rzetelny i w konsekwencji dokonał wyboru oferty wykonawcy CDM jako najkorzystniejszej. Wybrana oferta spełnia wszystkie wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz uzyskała najwyższą liczbę punktów na podstawie kryteriów oceny ofert. Zamawiający poinformował też niezwłocznie wszystkich wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając obszerne uzasadnienie faktyczne i prawne.

#### Przystępujący CDM

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Przystępujący podtrzymał swoje stanowisko w zakresie objęcia części oferty tajemnicą przedsiębiorstwa. Przystępujący wskazał, że jest firmą będącą częścią międzynarodowej korporacji, funkcjonującej na całym świecie i zatrudniającej ponad 5000 pracowników. Jednym z obszarów działalności firmy są usługi konsultingowe, doradcze i projektowe świadczone w sektorze gospodarki wodnej. Przystępujący realizuje założenia polityki jakości polegające w szczególności na świadczeniu usług najwyższej jakości, w oparciu o kompetencje najlepszych specjalistów w branży i stałe doskonalenie. W branży usług konsultingowych szczególnie istotne jest prowadzenie działalności w oparciu o wszystkie regulacje prawa oraz najwyższe standardy etycznego postępowania.

Wyjątkowymi i szczególnie chronionymi dobrami dla przedsiębiorcy działającego w branży konsultingowej są jego wartości niematerialne, a zwłaszcza informacje o charakterze gospodarczym, dotyczące organizacji i sposobu wykonywania usług. Należy do nich w szczególności kapitał intelektualny przedsiębiorstwa. W przypadku Przystępującego kapitał intelektualny rozumiany jako zasoby kształtujące efektywność prowadzonej przez niego działalności, jest kluczowy i z tego powodu jest przez Przystępującego specjalnie chroniony. Jest to bowiem potencjał, który umożliwia uzyskanie przewagi konkurencyjnej w branży i pozwala mu wykonywać to, czego rywale nie mogą robić lub co przychodzi im z trudem. W tym zakresie Przystępujący postępuje konsekwentnie i dba o to, by informacje mające znaczenie gospodarcze nie były ujawniane poza przypadkami, gdy jest to niezbędne lub uzasadnione. Wynika to nie tylko z przyjętych zasad funkcjonowania, ale przede

wszystkim z polityki CDM jako firmy międzynarodowej. Odstępstwa od tych reguł lub uchybienia mogą prowadzić do dużych strat i mieć negatywny wpływ na funkcjonowanie organizacji. Z powyższych względów zapewnienie właściwego zabezpieczenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego jest jedną z jego fundamentalnych zasad korporacyjnych.

Racjonalny przedsiębiorca przygotowuje i realizuje określoną strategię biznesową. Jej elementem jest określenie kierunków rozwoju oraz planowanych posunięć kontraktowych, w tym uwzględniających również udział w postępowaniach przetargowych w ramach zamówień publicznych. Przystępujący, jako racjonalny przedsiębiorca, planuje wszystkie swoje istotne posunięcia biznesowe. Ich realizacja wymaga należytego przygotowania, a w odniesieniu konkretnie do postępowań z zakresu konsultingu i doradztwa – zorganizowania i zabezpieczenia odpowiednich zasobów, w tym zwłaszcza kadrowych. Zasoby kadrowe Przystępującego stanowią wymierną wartość gospodarczą. Stanowią one zorganizowaną grupę osób o ściśle określonych, wysoce specjalistycznych kompetencjach. Liczba ekspertów w wąskich dziedzinach wiedzy, tak jak w przypadku postępowania będącego przedmiotem odwołania, jest ograniczona, a pozyskanie ich na wyłączność jest kluczowe dla efektywnej realizacji polityki rozwoju firmy. Zgromadzenie i zorganizowanie tak dużej grupy ekspertów, w tym ekspertów zewnętrznych, naukowców i badaczy, wiązała się z koniecznością poniesienia istotnych nakładów przez Przystępującego. Jest to zespół, którego członkowie zostali starannie dobrani, którym przypisano określone, eksperckie i organizacyjne role w zespole. Utrata członków zespołu wiązać się może z istotnym zwiększeniem ryzyka projektowego, a w konsekwencji wzrostem zagrożenia wykonania kontraktu publicznego. Z tego względu zarówno informacje o osobach, jak i wykonywanych przez nich czynnościach podczas realizacji kontraktów stanowią istotną wartość gospodarczą, chronioną przez Przystępującego tajemnicą przedsiębiorstwa. Rezygnacja z tej formy ochrony może narazić Przystępującego na straty. Ujawnienie informacji o dysponowaniu konkretnymi osobami o określonych kwalifikacjach i doświadczeniu może skutkować chęcią przejęcia takiej osoby przez konkurencję, a w konsekwencji zagrożenie dla wypracowanej, cenionej, a co za tym idzie – chronionej pozycji rynkowej Przystępującego.

Zespół pracowników i współpracowników Przystępującego to grupa międzynarodowych (polskich i irlandzkich) ekspertów, którzy współpracują z Przystępującym na stałe i doraźnie, oraz którzy są członkami różnych zespołów eksperckich w różnych konfiguracjach dostosowanych do konkretnych przedsięwzięć gospodarczych. Zespół ten jest wartością budowaną przez lata, wykorzystywaną przez Przystępującego stale i na bieżąco. Zespół osób wyznaczonych do realizacji przedmiotowego zamówienia ma charakter zespołu ludzi stanowiącego *know-how* Przystępującego, a zatem ma wymierną wartość gospodarczą.



O znaczeniu informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa przez Przystępującego świadczy także fakt, że Zamawiający w postępowaniu przypisał kryterium: koncepcja opracowania i opis sposobu realizacji zamówienia wagę aż 60%. Oznacza to konieczność stworzenia innowacyjnej koncepcji, wyróżniającej się na tle innych informacji przedstawianych przez wykonawców w złożonych przez nich ofertach. Oczekiwaniem Zamawiającego jest otrzymanie propozycji wykonania zamówienia w taki sposób, by przyczyniało się ono do oszczędności i podniesienia sprawności funkcjonowania Zamawiającego w przyszłości. Oczywiście jest, że Przystępujący zaproponował najlepszy sposób wykonania zamówienia, uwzględniający konieczność zapewnienia odpowiedniego zaplecza kadrowego, intelektualnego i organizacyjnego, niezbędnego do wykonania zamówienia przy bardzo napiętym harmonogramie. Koncepcja wykonania zadania, które jest przedmiotem postępowania przetargowego i oferty złożonej przez Przystępującego, jest nowatorska i razem z dokumentami potwierdzającymi doświadczenie Przystępującego oraz zasobami, którymi będzie on dysponował, stanowi spójną całość, umożliwiającą wykonanie zamówienia w sposób nowatorski, nie stosowany dotychczas w kraju. Naruszenie tych tajemnic grozi poważną stratą i może być podstawą odpowiedzialności cywilnej i karnej.

Dyrektywa 2016/943 została przyjęta, by chronić informacje, które są walutą gospodarki opartej na wiedzy oraz zapewniają przewagę konkurencyjną. Informacje te są postrzegane przez przedsiębiorstwa na równi z patentami i innymi rodzajami własności intelektualnej. Z motywu 18. tej dyrektywy wynika jasno, że nie zwalnia ona organów publicznych z obowiązku zachowania w poufności przekazywanych im tajemnic przedsiębiorstwa także w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Obowiązek zachowania w poufności wybranych informacji określonych przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa wynika z art. 21 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE. Wyjątkiem od ogólnej zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 8 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych) jest zasada ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych). Definicję tajemnicy przedsiębiorstwa określono w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W literaturze przedmiotu wskazuje się, że ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa polega na ochronie szczególnego rodzaju dobra niematerialnego. Na straży tego dobra stoi prawo do tajemnicy określane w kategorii prawa podmiotowego o bezwzględnym charakterze. Przedmiotem ochrony jest w tym wypadku poufna informacja związana z prowadzonym przedsiębiorstwem. Dobro to charakteryzuje niematerialność, a najlepszym dowodem jego wartości jest fakt, że przedsiębiorca pragnie jego zawartość ukryć w tajemnicy. Z tego względu nie można poddawać w wątpliwość, że sama informacja może być przedmiotem

czynności prawnej (np. licencja), a jej właścicielowi (przedsiębiorcy) powinno przysługiwać prawo do ochrony podobne do prawa własności w sensie ekonomicznym.

Nowelizacja ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z 2018 r. wprowadziła modyfikację wcześniej obowiązującej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa poprzez doprecyzowanie, że o charakterze informacji (zbioru informacji) może decydować także ich szczególne zestawienie i zbiór ich elementów. Oznacza to, że w określonych warunkach danego przypadku nawet informacje powszechnie dostępne, zestawione w odpowiedni sposób i np. poddane obróbce, mogą zyskać przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie ma charakteru absolutnego. Zamawiający dokonuje oceny, co stanowi, a co nie stanowi informacji prawnie chronionej i w zależności od tej decyzji podejmuje dalsze działania ochronne. Z tego powodu aktywność Zamawiającego powinna bezwzględnie cechować daleko posunięta ostrożność i dbałość o poszanowanie istotnych interesów wykonawcy; niezależnie od tego, że interesy te mogą mieć charakter subiektywny. Czynności zamawiającego nie powinny narażać wykonawców na ryzyko poniesienia szkody wynikającej z odtajnienia informacji.

Tajemnica przedsiębiorstwa w przepisach o zamówieniach publicznych służy ochronie interesów wykonawcy, które nie są chronione na podstawie żadnych innych przepisów; tajemnicy zastrzeżonej w ofercie nie chronią inne, poza wskazanymi wyżej, przepisy szczególne.

Zarzuty odwołania dotyczące zaniechania odtajnienia informacji, na podstawie których przyznane zostały punkty w kryteriach oceny ofert oraz zaniechania odtajnienia informacji nieskutecznie zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa nie zasługują na uwzględnienie jako bezzasadne. Zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinna być traktowana na równi z prawem wykonawcy do objęcia części oferty, w granicach prawa, tajemnicą przedsiębiorstwa. Pod tym względem teza o primacie zasady jawności postępowania i wynikających z niej konsekwencjach jest fałszywa.

Przystępujący spełnił wszystkie wymogi ustawowe, aby zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa było skuteczne, zatem skutecznie objął tajemnicą przedsiębiorstwa wybraną część oferty. Składając ofertę wskazał, które jej części stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, złożył ją w odrębnym pliku z wyraźnym oznaczeniem zastrzeżonej treści, a w objętej tajemnicą przedsiębiorstwa części oferty wyraźnie oświadczył, jakie dokumenty składają się na część niejawną oferty oraz szczegółowo uzasadnił, dlaczego dokumenty te zostały odłączone do odrębnego pliku.

Przystępujący dowiódł, że tajemnicą przedsiębiorstwa objęto dokumenty zawierające informacje techniczne, organizacyjne i inne informacje mające wartość gospodarczą. Informacje te, zarówno jako całość, jak i jako element oferty stanowiący szczególne zestawienie lub zbiór, nie były ujawniane wcześniej i jako takie nie są powszechnie znane

osobom zajmującym się tym rodzajem informacji. Przystępujący podjął działania i stale dba o to, by informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa nie zostały ujawnione w toku zwykłej działalności, jak i w toku innych postępowań związanych z zawieraniem kontraktów handlowych, zarówno o publicznym, jak i niepublicznym charakterze. Przystępujący jest w tym zakresie cały czas aktywny, podejmując określone działania, wymienione w części oferty objętej tajemnicą przedsiębiorstwa. Są to działania realne i skuteczne, co potwierdza błędne twierdzenie Odwołującego o jawnym charakterze zastrzeżonych informacji i powszechnym dostępie do nich polegające na przedstawieniu błędnej hipotezy co do zastrzeżonych treści (wykaz kontrahentów i referencje). Odwołujący tym samym udowadnia, że informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa przez Przystępującego nie są informacjami powszechnie znanymi lub łatwo dostępnymi.

Informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa mają istotną wartość gospodarczą. Z samego charakteru usług świadczonych na rynku usług doradczych wynika, że informacje zastrzeżone przez Przystępującego stanowią wartość gospodarczą. Są to informacje o sposobie wykonania usługi, określone w ofercie szczegółowo i wyczerpująco.

Informacje na temat klientów, cen oraz przedmiotu wykonywanych dla nich usług są informacjami mającymi wartość gospodarczą i mają znaczenie dla pozyskania i utrzymania pozycji na rynku. Ich ujawnienie może umożliwić przejęcie klientów oraz określenie stosowanej polityki cenowej, szczególnie, jeśli są to usługi świadczone na rzecz podmiotów prywatnych. Podobnie ocenia się niebezpieczeństwo związane z ujawnieniem objętych tajemnicą przedsiębiorstwa wykazów osób uczestniczących w wykonywaniu zamówienia, a także wszystkich dokumentów umożliwiających ustalenie danych osób objętych wykazem. W literaturze wprost wskazuje się na ryzyko uniemożliwienia wykonania zamówienia poprzez przejęcie niektórych kluczowych specjalistów przez konkurentów, a co za tym idzie, obniżenie zdolności konkurencyjności lub wręcz uniemożliwienie normalnego funkcjonowania na danym rynku. Z tego względu zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczy nie tylko samej listy osób, lecz także wszelkich dokumentów, które mogłyby potencjalnie prowadzić do ustalenia ich tożsamości, jak certyfikaty, oświadczenia i zobowiązania wystawione przez podmioty udostępniające swój potencjał.

W postępowaniu Zamawiający wymagał udokumentowania spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu poprzez złożenie wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego. Ponadto w warunkach przedmiotowego zamówienia struktura organizacyjna zespołu, a w ramach tej struktury m.in. przypisane role i zakres odpowiedzialności poszczególnych członków zespołu, stanowią jeden z obligatoryjnych elementów opisu sposobu realizacji zamówienia i są przedmiotem oceny zamawiającego w ramach kryteriów pozacenowych. Choćby z samego tego faktu wynika, że informacje o osobach wskazanych przez wykonawcę jako osoby biorące udział w realizacji zamówienia

(członkowie zespołu), ze wskazaniem ich kwalifikacji, mają istotne znaczenie gospodarcze i stanowią samą w sobie wartość odróżniającą ofertę wykonawcy od innych ofert. Ta unikatowość jest podstawą dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu i przyznania punktacji przez zamawiającego i ma zasadniczy wpływ na prawdopodobieństwo uzyskania jak najwyższej oceny oferty. A zatem z samego faktu przyznania stworzonemu przez wykonawcę zespołowi tak istotnego znaczenia wynika gospodarczy charakter tych informacji oraz istotny interes Przystępującego w utrzymaniu tych informacji w tajemnicy.

Wykonawca skutecznie zastrzegł poufność dokumentów odnoszących się ściśle do przedmiotu zamówienia, tj. koncepcję opracowania i opis sposobu realizacji zamówienia. Oba dokumenty mają charakter zbliżony do utworu, którego przedmiotem jest oryginalne opracowanie (dzieło), stanowiąc przejaw działalności twórczej. O charakterze obu tych opracowań jednoznacznie przesądzają wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ, a w szczególności w części odnoszącej się do kryteriów oceny oferty. Zamawiający wymagał, by wykonawca składając ofertę przedstawił oryginalną koncepcję opracowania. Koncepcja podlegała ocenie według określonych podkryteriów definiujących wymagania zamawiającego co do przedmiotu zamówienia. Zamawiający wymagał, by wykonawca zaproponował oryginalne rozwiązanie zdefiniowanego przez Zamawiającego problemu: opracowania zestawu działań, określenia podejścia metodycznego do identyfikacji działań w kontekście celów środowiskowych, koncepcję do identyfikacji odstępstw od osiągnięcia celów środowiskowych oraz podejście do zobrazowania na podkładzie mapowym. Podobnie sformułowano wymagania odnoszące się do opisu sposobu realizacji zamówienia, w którym to dokumencie wykonawca miał zaproponować rozwiązanie problemu polegającego na opisie potencjalnych ryzyk oraz przedstawić szczegółową strukturę organizacyjną zespołu. Intencją zamawiającego było pozyskanie od wykonawców jak najbardziej atrakcyjnych propozycji rozwiązania konkretnego zagadnienia. Zaproponowane przez wykonawców rozwiązania powinny być nietypowe (różne od siebie) w tym znaczeniu, że Zamawiający powinien mieć możliwość wyboru spośród nich tego w najwyższym stopniu spełniającego określone precyzyjnie kryteria. Zarówno koncepcja opracowania jak i opis sposobu realizacji zamówienia mają w tym przypadku walor zbioru informacji organizacyjnych i technicznych o gospodarczym charakterze, o istotnej wartości gospodarczej. Dokumenty te były przez Przystępującego utrzymywane w tajemnicy i jako stanowiące istotną wartość gospodarczą powinny być nadal objęte tajemnicą, zwłaszcza na wypadek umożliwienia wykonawcy wykorzystania ich w przyszłości.

Prawo do zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest prawem podmiotowym wykonawcy i jest traktowane na równi z prawem do informacji. Ocena, które informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jest prawem wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu i podlega ocenie zamawiającego. Zamawiający prawidłowo ocenił charakter

dokumentów jako poufne i słusznie zdecydował o ich nieujawnianiu. Koncepcja, referencje, podwykonawcy, rozwiązania organizacyjne, jak i dobór ekspertów i zespołów powinny być chronione jako tajemnica przedsiębiorstwa. Stanowią one oczywistą wartość gospodarczą, zarówno jako całość, jak i elementy oferty. Ujawnienie informacji może skutkować poważną stratą dla Przystępującego i uniemożliwić mu lub znacząco utrudnić konkurencję z innymi podmiotami na rynku zamówień publicznych oraz niepublicznych.

Co do zarzutów dotyczących oceny jego oferty Przystępujący stwierdził, że została ona dokonana w sposób prawidłowy, jak też Zamawiający prawidłowo i wyczerpująco uzasadnił dokonaną ocenę ofert.

Zdaniem Przystępującego Odwołujący całkowicie pomija argumenty odnoszące się do kwestionowanej oceny i przyznania przez Zamawiającego punktów w kryterium Opis sposobu realizacji zamówienia. Za tym, że zarzuty są bezzasadne, przemawia ich selektywny charakter. Proponowana przez Odwołującego ocena oferty jest dokonywana w oderwaniu od treści SIWZ i oferty złożonej przez Przystępującego. Podstawą do zakwestionowania prawidłowej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej są wyrwane z kontekstu poszczególne stwierdzenia i fragmenty opisu sposobu spełniania kryteriów, z których wyciągane są nieprawidłowe wnioski.

W podkryterium „podejście metodyczne do opracowania zestawu działań, o którym mowa w punkcie 6.3 etapu I opisu przedmiotu zamówienia” Zamawiający prawidłowo przyznał Przystępującemu 12 punktów, ponieważ CDM w sposób jasny i pełny opisał wszystkie zagadnienia. Dla 7 lub 8 zagadnień zaproponowane przez wykonawcę rozwiązania są optymalne i gwarantują wysoki poziom jakości i wiarygodności wyników prac. Z kryterium wynika, że aby uzyskać 12 punktów wykonawca musi w sposób jasny i pełny opisać wszystkie zagadnienia, a ponadto dla 7 lub 8 zagadnień rozwiązania muszą być optymalne i gwarantować wysoki poziom jakości i wiarygodności wyników prac, to jest poziom szczegółowości analiz musi być właściwy oraz/lub zastosowane zostaną właściwe narzędzia oraz/lub przeprowadzona zostanie skuteczna i merytoryczna weryfikacja danych źródłowych oraz/lub podjęte zostaną skuteczne działania zapewniające kompletność danych i analiz. Z tego wyjaśnienia wynika, że jeśli chociaż jeden z wymienionych warunków został spełniony, uzyskuje się rozwiązanie optymalne i gwarantujące wysoki poziom jakości i wiarygodności wyników prac. Z oceny Zamawiającego wynika, że 8 spośród 9 ocenianych zagadnień spełniło wymóg rozwiązania optymalnego i gwarantującego wysoki poziom jakości i wiarygodności wyników prac, co znajduje odzwierciedlenie w dokumentach Zamawiającego:

1. sposób wykonania oceny skuteczności i realności proponowanych działań podstawowych i uzupełniających – w opinii Zamawiającego działanie to gwarantuje optymalny sposób wykonania analiz; pierwsza wartość dodana uznana przez Zamawiającego;
2. sposób wykonania analizy efektywności kosztowej proponowanych działań – Zamawiający uznał to podejście za optymalne i zapewniające odpowiednią jakość analiz;
3. sposób określenia wpływu realizacji działań na jcw – Zamawiający uznał, że zagadnienie zostało opisane w sposób pełny i jasny; druga wartość dodana uznana przez Zamawiającego;
4. sposób określenia kosztów realizacji poszczególnych działań – według Zamawiającego CDM zapewnia w ten sposób właściwy poziom analiz;
5. sposób przeprowadzenia sprawdzianu klimatycznego – CDM szczegółowo opisuje procedurę sprawdzianu klimatycznego oraz źródła danych, z których planuje skorzystać; trzecia wartość dodana uznana przez Zamawiającego;
6. sposób określenia skutków społeczno-gospodarczych realizacji poszczególnych działań – CDM szczegółowo opisuje sposób określenia skutków społeczno-gospodarczych oraz źródła danych, z których planuje skorzystać;
7. sposób dokonania priorytetyzacji – opis sposobu wykonania zadania pozwala na osąd, iż wykonawca wykorzysta odpowiednie narzędzia i zadba o kompletność danych; Zamawiający uznaje to za element potwierdzający kompleksowość analiz i zapewnienie wysokiej jakości wyników; czwarta wartość dodana uznana przez Zamawiającego;
8. określenie potencjalnych synergii w doborze działań – Zamawiający uznaje za czynnik zwiększający poziom jakości i wiarygodności wyników pracy;
9. sposób oceny skuteczności wszystkich zaplanowanych działań dla danej jcw – zastosowanie (rozwiązania) jest przesłanką do wysokiej oceny jakości spodziewanych wyników; piąta wartość dodana uznana przez Zamawiającego.

W ocenie Przystępującego przedstawione przez niego w ofercie wszystkie 9 zagadnień w kryterium zostało opisane w sposób jasny i pełny. Zamawiający zaakceptował proponowane podejście metodyczne w odniesieniu do 8 zagadnień i prawidłowo przyznał Przystępującemu 12 punktów. Zamawiający wyłącznie w odniesieniu do jednego z dziewięciu zagadnień w tym podkryterium (sposób określenia wpływu realizacji działań na jcw) zaproponowane rozwiązanie ocenił jako nie będące optymalnym i gwarantującym wysokiego poziomu jakości i wiarygodności wyników prac (analiz). Nie wpływa to jednak na prawidłowe przyznanie 12 punktów w tym kryterium. Jednocześnie, zgodnie z SIWZ, nieuznanie przez Zamawiającego wartości dodanej nie uniemożliwia otrzymania 12 punktów w podkryterium, gdyż jest brane przez Zamawiającego pod uwagę dopiero przy ocenie dla maksymalnej wartości punktowej wynoszącej 18 punktów. Jest to jedyne zagadnienie

(spośród 9 opisywanych i ocenianych), w którym zaproponowane rozwiązanie nie zostało ocenione jako optymalne i gwarantujące wysoką jakość wyników.

W podkryterium „podejście metodyczne do identyfikacji działań z zakresu zachowania ciągłości morfologicznej w kontekście zaplanowanych celów środowiskowych dla jcwp, w tym sposób przeprowadzenia analizy/oceny funkcjonowania istniejących urządzeń do migracji ryb, o której mowa w punkcie 6.3 lit. e) etapu I opisu przedmiotu zamówienia” Zamawiający prawidłowo przyznał Przystępującemu 9 punktów w tym kryterium, a zarzuty Odwołującego są bezpodstawne.

Zgodnie z SIWZ, aby otrzymać 9 punktów, Przystępujący nie musiał wykazywać wartości dodanych. Zatem brak lub nieuznanie wartości dodanej nie jest w ogóle oceniane i nie ma wpływu na prawidłowość przyznania 9 punktów w tym podkryterium.

W podkryterium „koncepcja do identyfikacji odstępstw od osiągnięcia celów środowiskowych wraz z uzasadnieniem, o której mowa w punkcie 3.5. etapu I opisu przedmiotu zamówienia” – Zamawiający prawidłowo przyznał Przystępującemu 2 punkty w tym podkryterium, a zarzuty Odwołującego są bezpodstawne. Zgodnie z SIWZ oferta otrzymywała 2 punkty, gdy wykonawca skrótowo, w sposób niejasny opisał element podkryterium, a jednocześnie zostały spełnione wszystkie wymagania wynikające z dokumentacji przetargowej. Z uzasadnienia Zamawiającego wynika tylko, że opis kryterium jest niejasny, ale nie można z niego wnioskować, że jest niepełny. Jednocześnie Przystępujący spełnił wszystkie wymagania wynikające z dokumentacji przetargowej stosownie do opisu oceny tego podkryterium. Z argumentacji przedstawionej w odwołaniu nie wynika, że punkty zostały przyznane Przystępującemu w sposób nieprawidłowy, a zarzuty odwołania są chybione.

W podkryterium „podejście metodyczne do opracowania zestawu działań, o którym mowa w punkcie 6.3 etapu I opisu przedmiotu zamówienia” oferta prawidłowo uzyskała 12 punktów, gdyż Przystępujący 9 na 9 zagadnień opisał w sposób jasny i pełny oraz dla 8 na 9 zagadnień zaproponowano rozwiązania optymalne i gwarantujące wysoką jakość wyników. Kwestionowane zaproponowanie wartości dodanych dla czterech zagadnień nie podlegało ocenie w tym przedziale punktowym.

W podkryterium „podejście metodyczne do identyfikacji działań z zakresu zachowania ciągłości morfologicznej w kontekście zaplanowanych celów środowiskowych dla jcwp, w tym sposób przeprowadzenia analizy/oceny funkcjonowania istniejących urządzeń do migracji ryb, o której mowa w pkt 6.3 lit. e) etapu I opisu przedmiotu zamówienia” oferta CDM prawidłowo uzyskała 9 punktów. Wszystkie zagadnienia zostały opisane w sposób jasny i pełny oraz zaproponowano rozwiązania optymalne i gwarantujące wysoką jakość wyników, ale Zamawiający uznał tylko jedną wartość dodaną, podczas gdy do uzyskania maksymalnej oceny 12 punktów wymaganych było wskazanie dwóch wartości dodanych.

W podkryterium „koncepcja do identyfikacji odstępstw od osiągnięcia celów środowiskowych wraz z uzasadnieniem, o której mowa w punkcie 3.5. etapu I opisu przedmiotu zamówienia” oferta CDM prawidłowo uzyskała 2 punkty, gdyż niektóre elementy zaproponowanych rozwiązań zostały opisane w sposób niejasny i niepozwalający ocenić, czy zagwarantowane będą optymalny poziom analiz i wysoka jakość wyników.

Odwołujący nie przedstawił w odwołaniu żadnych argumentów na poparcie zarzutu wadliwej oceny oferty CDM w kryterium „opis sposobu realizacji zamówienia”.

#### Przystępujący Multiconsult

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Wskazał, że dokumenty „Koncepcja opracowania” oraz „Opis sposobu realizacji zamówienia” zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż dokumenty te stanowią autorskie opracowania Przystępującego, które dedykowane są przedmiotowemu postępowaniu. Jak ważne dla Zamawiającego były oryginalne, autorskie koncepcje, świadczą kryteria oceny ofert: koncepcja opracowania – waga 42 % i opis sposobu realizacji zamówienia – waga 18 %.

Zamawiający punktował niepowielone przez pozostałych wykonawców metodologie oraz ogólne znane i dostępne koncepcje związane z rozwiązaniami merytorycznymi i organizacyjnymi dostosowanymi do specyfiki projektu. To pomysłowość wykonawców i ich niestandardowe podejście do realizacji przedmiotu zamówienia miała dla Zamawiającego fundamentalne znaczenie. Świadczy o tym również opis spełniania warunków przyznania maksymalnej ilości punktów za poszczególne elementy oferty (kryteria).

Zadaniem wykonawców w postępowaniu było przedstawienie Zamawiającemu autorskich, unikalnych pomysłów i rozwiązań, co wymagało odpowiedniego nakładu pracy na etapie przygotowania oferty ze strony Przystępującego i pozostałych wykonawców.

Przystępujący prowadzi działalność gospodarczą polegającą na świadczeniu usług doradczych. Nie posiada zatem innego majątku produktowego aniżeli dobra własności intelektualnej wytworzone przez jego pracowników. W związku z tym każde nieuprawnione przejęcie przez osoby trzecie wypracowanych przez Przystępującego metod realizacji projektów i koncepcji stanowić będzie pogwałcenie zasady ochrony przysługujących mu praw podmiotowych z dziedziny własności intelektualnej. Działalność doradcza jest jedną z najbardziej dynamicznie rozwijających się w sektorze usług. Oznacza to też, że konkurencja na rynku jest silna. Wykonawcy, aby być konkurencyjni i móc zdobywać nowe zamówienia, stają przed koniecznością wprowadzania określonych zmian w prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej, co jest szczególnie widoczne w obecnym czasie, gdy mamy do czynienia ze znacznym postępem technicznym i globalizacją procesów gospodarczych. Wykonawcy w związku z tym mają do wyboru dwie możliwości: albo



zdecydować się na zatrudnienie pracowników, którzy posiadają stosowną wiedzę i doświadczenie, co oznaczać może też przejęcie pracowników od konkurencji, albo korzystać z zasobów (wiedzy, doświadczenia) zdobytych już przez innych wykonawców na rynku, poprzez np. niekonkurencyjne metody przejęcia ww. informacji. W ten sposób wykonawcy mogą pozyskać niezbędną wiedzę i doświadczenie pożądane dla wprowadzenia odpowiednich zmian i innowacji w zakresie swoich działalności. W związku z tym ważne jest, aby dokumenty takie jak „Koncepcja opracowania” albo „Opis sposobu realizacji zamówienia” stworzone na potrzeby niniejszego postępowania jako autorskie, unikatowe pomysły Przystępującego podlegały szczególnej ochronie.

Ujawnienie ww. informacji spowoduje wymierną szkodę Przystępującego w takiej postaci, że w kolejnych postępowaniach o zamówienia publiczne, w których Przystępujący będzie brał udział, zaproponowane przez niego rozwiązania koncepcyjne mogą nie być już tak oryginalne, a chcąc zdobyć nowe zamówienia, będzie on zmuszony do obniżenia ceny swojej oferty, co przełoży się na zyski osiągnięte przez Przystępującego.

W ostateczności odtajnienie informacji spowoduje, że pomysły Przystępującego mogą zostać przejęte przez konkurencję. W konsekwencji Przystępujący będzie zmuszony zaangażować środki kadrowe i finansowe, aby wypracować nowe rozwiązania w przyjętych dotychczas metodologiach, co z kolei pociągnie za sobą konieczny w takiej sytuacji wzrost cen ofertowych Przystępującego. Powyższe wpłynie negatywnie na możliwość pozyskiwania nowych zamówień przez Przystępującego. Zastrzeżone przez Przystępującego dokumenty posiadają niewątpliwie wartość gospodarczą. Powyższe przesądza także o szkodzie majątkowej, którą Przystępujący realnie jest w stanie ponieść.

Zastrzeżone dokumenty obejmują, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń, wiedzy i wiadomości przydatnych do prowadzenia działalności doradczej, w szczególności w zakresie przedmiotów zamówień publicznych ogłaszanych przez Zamawiającego.

Oba elementy oceny merytorycznej są ze sobą spójne z racji przyjętych metodyk opisanego podejścia do realizacji poszczególnych części zamówienia i zaproponowanych elementów organizacyjnych, które sprawiają, że części te stanowią integralną całość oferty merytorycznej Przystępującego. Zastrzeżone zawierają autorską interpretację opisu przedmiotu zamówienia, uzupełnioną o całkowicie autorskie, stanowiące własność intelektualną Przystępującego „wartości dodane”. Przy czym rozdzielenie elementów opisu przedmiotu zamówienia i autorskich elementów interpretacji oraz „wartości dodanej” jest niemożliwe, co wynika wprost z wymagań SIWZ odnoszących się do spójnego, jasnego, pełnego i dostosowanego do specyfiki Zamawiającego przedstawienia opisu i takiego przygotowania oferty przez Przystępującego. Powyższe przesądza, że przedmiotem tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępującego powinien być, tak jak to skutecznie zostało zastrzeżone przez Przystępującego, zbiór danych zawartych w „Koncepcji opracowania”

i „Opisie sposobu realizacji zamówienia”. Zatem wartość gospodarczą ma cała „koncepcja opracowania” i cały „opis sposobu realizacji zamówienia” jako zbiór danych i informacji, a nie jej poszczególne elementy. Wszystkie elementy składające się na ww. dokumenty stanowią wartość i należy je w takim kontekście interpretować.

O tym, że ww. dokumenty mają wartość gospodarczą dla pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu świadczy chociażby fakt, że wszyscy wykonawcy zastrzegli ww. informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym także Odwołujący.

Odwołujący żąda odtajnienia dokumentów, co potwierdza, że dokumenty te stanowią wartość gospodarczą nie tylko dla Przystępującego. Oferta Przystępującego jest na trzeciej pozycji w rankingu wykonawców, zatem w żaden sposób nie zagraża ofercie Odwołującego, czyli można domniemywać, że żądanie odtajnienia dokumentów z oferty nie jest wynikiem weryfikacji punktów przyznanych Przystępującemu przez Zamawiającego w kryteriach oceny ofert, a zastrzeżone dokumenty mogą stanowić wartość gospodarczą także dla Odwołującego.

#### Przystępujący Arup

Przystępujący nie przedstawił stanowiska w postępowaniu odwoławczym.

Dodatkowo, w trakcie postępowania odwoławczego wszyscy Przystępujący złożyli u Zamawiającego wniosek o nieujawnianie zastrzeżonych dokumentów (pismo z 3 czerwca 2020 r., stanowiące załącznik do niniejszego postanowienia).

#### IV Powody wystąpienia Krajowej Izby Odwoławczej z pytaniem prejudycjalnym

##### Uwagi ogólne

Wobec przystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej, na podstawie Traktatu Akcesyjnego prawo unijne stało się od tej daty częścią obowiązującego porządku prawnego, mając, w przypadku kolizji z prawem krajowym, pierwszeństwo ze względu na treść art. 91 ust. 3 Konstytucji RP w związku z art. 2 Aktu dotyczącego warunków przystąpienia, stanowiącego część Traktatu Akcesyjnego. Zasada pierwszeństwa prawa unijnego ma również oparcie w ugruntowanym orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Izba doszła do przekonania, że ocena zasadności zarzutów odwołania wiąże się z koniecznością dokonania wykładni przepisów prawa unijnego. Przy tym, zdaniem Izby, jedynie wskazanie przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej poglądu w zakresie znaczenia i sposobu stosowania wskazanych w pytaniach przepisów, jest w stanie

w największym stopniu zagwarantować stałość i jednolitość praktyki w zakresie objętym sporem, a także jej zgodność z przepisami prawa unijnego.

Stosownie do art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej w przypadku, gdy pytanie związane z wykładnią traktatów jest podniesione przed sądem jednego z państw członkowskich, sąd ten może, jeśli uzna, że decyzja w tej kwestii jest niezbędna do wydania wyroku, zwrócić się do Trybunału z wnioskiem o rozpatrzenie tego pytania. Zgodnie z orzeczeniem z 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 Forposta i ABC Direct Contact Krajowej Izbie Odwoławczej przysługuje prawo zadawania pytań prejudycjalnych Trybunałowi Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Ze względu na wątpliwości zaistniałe przy wykładni powyżej wskazanych przepisów dyrektyw, uwzględniając przytoczone postanowienia art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Izba uznała, że celowe jest skierowanie pytania prejudycjalnego do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej rozstrzygnięcie przedmiotowych kwestii jest konieczne do wydania wyroku w zawieszanej sprawie. Ze względu na to, że Izba może w wyroku nakazać Zamawiającemu dokonanie lub unieważnienie różnych czynności, mających odmienne konsekwencje dla Zamawiającego i wykonawców biorących udział w postępowaniu, włącznie z unieważnieniem postępowania w przypadku stwierdzenia, że obarczone jest ono niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, np. poprzez niemożność dokonania obiektywnej oceny ofert według ustalonych kryteriów oceny, Izba uznała, że dla zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców konieczne jest wszechstronne rozważenie podniesionych kwestii.

Tym samym, w ocenie Izby, konieczne jest zadanie pytań prejudycjalnych obejmujących wiele kwestii związanych z rozpatrywanym sporem. Ze względu na złożoność zagadnienia oraz dla zachowania przejrzystości i precyzyjności zarówno pytań, jak i odpowiedzi, kwestie te zostały podzielone na odrębne pytania.

Przedmiotowe zapytanie obejmuje dwie grupy zagadnień – pierwszą związaną z zastrzeżeniem przez wykonawców informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, drugą zaś z ustaleniem przez Zamawiającego pozacenowych kryteriów oceny ofert oraz sposobu ich oceny. Sposób oceny ofert według tych kryteriów mógł nie budzić wątpliwości na etapie zapoznawania się wykonawców z ich opisem zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednak wady mogły ujawnić się w momencie, kiedy na ich podstawie Zamawiający usiłował dokonać rzeczywistej oceny ofert.

Charakter zagadnień poruszanych w niniejszym zapytaniu ma istotne znaczenie również dla transgranicznej wymiany usług.

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej nie rozstrzygał dotychczas przedmiotowych kwestii prawnych, tj. nie wskazywał prawidłowej interpretacji powyżej wskazanych przepisów w poruszonym zakresie.

#### W przedmiocie pytań prejudycjalnych

Uczciwa konkurencja pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego, w tym ich uczciwe traktowanie siebie wzajemnie, nie mniej niż równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców przez instytucje zamawiające, a także działanie instytucji zamawiających w sposób przejrzysty i proporcjonalny, stanowią podwaliny europejskiego systemu zamówień publicznych.

Określone w dyrektywie 2014/24/UE oraz w ustawie Prawo zamówień publicznych procedury udzielania zamówień publicznych wskazują w sposób jednoznaczny, że zamówień powinno się udzielać wykonawcom, którzy w danym postępowaniu złożyli najkorzystniejszą ofertę, po zweryfikowaniu przez instytucje zamawiające – po pierwsze – ich podmiotowych predyspozycji na podstawie kryteriów dotyczących m.in. ich sytuacji prawnej, ekonomicznej i finansowej, wiedzy oraz możliwości zawodowych i technicznych, w tym minimalnych zdolności wykonawców określonych przez instytucje zamawiające jako warunki udziału w postępowaniu, po drugie – zgodności złożonych ofert z wymaganiami przedmiotowymi określonymi w dokumentacji postępowania (specyfikacji istotnych warunków zamówienia) oraz po trzecie – wartości ofert na podstawie ustalonych kryteriów oceny ofert.

Jest to właściwe założenie, gdyż z jednej strony wskazuje na dbałość o prawidłowe wydatkowanie środków publicznych oraz minimalizuje ryzyko niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia, z drugiej promuje sprawdzonych i rzetelnych wykonawców, a także najlepszy sposób wykonania zamówienia, co sprzyja zachowaniu uczciwej konkurencji.

Nie ma też wątpliwości, że z powyższych względów zamówienia publiczne powinny być udzielane wyłącznie podmiotom, które w mniemaniu zamawiającego oraz – co nie mniej istotne – konkurentów uchodzą za godne realizacji zamówienia opłacanego ze środków publicznych i co do których konkurujący wykonawcy mogą zgodzić się z faktem, że złożyli lepszą ofertę – a co najmniej, nawet jeśli z tym faktem się nie zgadzają, przynajmniej są w stanie sprawdzić, jaką ofertę owi konkurencji złożyli i czy instytucja zamawiająca dokonała wyboru tej oferty zgodnie z przyjętymi założeniami, a jeśli uznają, że nie – mają możliwość tę czynność instytucji zamawiającej kwestionować. Niewątpliwie bowiem jednym z założeń przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest to, by wykonawcy, którzy nie uzyskali zamówienia, pomimo przegranej, czuli się uczciwie i sprawiedliwie

potraktowani. Poczucie wykonawców, że są traktowani z zachowaniem warunków uczciwej konkurencji, jest nie mniej istotne dla systemu zamówień publicznych niż sam fakt, że instytucje zamawiające rzeczywiście działają z poszanowaniem uczciwej konkurencji. Zauważył to Trybunał w orzeczeniu z 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s., gdzie wskazał, że instytucja zamawiająca ma obowiązek traktowania różnych kandydatów w sposób równy i lojalny tak, aby pod koniec procedury selekcji ofert i mając na uwadze jej wynik, wykonawcy nie odnieśli wrażenia, że instytucja zamawiająca w sposób nieuprawniony faworyzuje lub defaworyzuje kandydatów. Tym bardziej, zdaniem Izby, takiego wrażenia nie powinna sprawić sama procedura udzielania zamówień, wynikająca z treści przepisów i ich interpretacji.

Osiągnięcie takiego efektu jest bezpośrednio powiązane z przejrzystością udzielania zamówień, co z kolei wiąże się z ich jawnością dla uczestników postępowania. I, chociaż, jak się wskazuje, jawność postępowania można ograniczyć (zasada jawności wyrażona w art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych doznaje ograniczeń m.in. w art. 8 ust. 3), to takich ograniczeń nie wprowadzono w stosunku do zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. uczciwej konkurencji, równego traktowania i przejrzystości postępowania. Podobnie regulacje art. 21 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE i art. 2 pkt 1 dyrektywy 2016/943 nie powinny skutkować nieprzestrzeganiem zasad wymienionych w art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE. Nie ma wątpliwości, że nadmierne przyzwolenie na możliwość zastrzegania dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi w oczach konkurujących wykonawców naruszenie zasad uczciwej konkurencji, w skrajnych zaś przypadkach może być postrzegane wprost jako czyn nieuczciwej konkurencji wynikający z naruszania dobrych obyczajów i działania na niekorzyść innych wykonawców, jak i samej instytucji zamawiającej.

Jak wynika z wieloletniego doświadczenia Izby, śledzenie przebiegu postępowań przez wykonawców, zapoznawanie się z ofertami konkurentów, a także weryfikowanie tych ofert oraz informacji udzielanych zamawiającym, stanowi powszechną praktykę w krajowych zamówieniach. Jest to widoczne także w korzystaniu przez wykonawców ze środków ochrony prawnej w postaci odwołań wnoszonych do Izby, w tym dominacji w tych odwołaniach zarzutów w zakresie zaniechania odrzucenia nieprawidłowych ofert oraz wykluczenia wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub też przekazali zamawiającemu nieprawdziwe informacje.

Wykonawcy bowiem dokładnie sprawdzają dane zawarte w ofertach, weryfikują oświadczenia i dokumenty składane przez konkurentów, a przy tym często dysponują znacznie większą od zamawiających profesjonalną wiedzą o przedmiocie zamówienia i sytuacji w danej branży (w szczególności, jaki podmiot co wykonywał, dla jakiego odbiorcy

i z jakim skutkiem), chętnie też korzystają z dostępu do informacji publicznej, by zweryfikować informacje podawane przez konkurentów – przez co często doprowadzają do wykluczenia wykonawców i odrzucenia ofert ze względu na niespełnienie wymagań zamawiającego, a więc zmiany wyniku postępowania.

Jednak w ciągu ostatnich lat coraz mocniej ujawnia się praktyka mająca na celu przeciwdziałanie powyższemu w postaci zastrzegania składanych w postępowaniu dokumentów lub ich części jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa. Biorąc jednak pod uwagę fakt, że praktyką zamawiających jest żądanie złożenia w postępowaniu jedynie dokumentów odnoszących się do podstaw wykluczenia wykonawców z postępowania, spełniania warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferty z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz dotyczących kryteriów oceny ofert, negowane jest, że dokumenty te i zawarte w nich informacje w ogóle mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa. Postrzegane jest to natomiast jako chęć ukrycia treści owych dokumentów przed konkurentami z tego powodu, by nie zauważyli oni podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia oferty, których nie zauważy sam zamawiający, ewentualnie nie kwestionowali też dokonanej oceny oferty według kryteriów oceny. Wiadome jest bowiem, że w przypadku wielu zamówień instytucja zamawiająca jest raczej konsumentem zamawianych dóbr i usług niż profesjonalistą w danej dziedzinie i wiedza jej pracowników nie jest równa wiedzy wykonawców danej branży, a sam zamawiający przy dokonywanej ocenie opiera się właśnie na treści złożonych przez danego wykonawcę dokumentów, kwestionowanych później przez innego wykonawcę.

W polskim systemie prawnym wykonawcy co do zasady mają pełny dostęp do dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 96 ustawy Prawo zamówień publicznych), co jest pozytywnie postrzegane przez wykonawców i co ogólnie należy ocenić dodatnio jako narzędzie budujące zaufanie do działania instytucji publicznych. Z kolei brak lub ograniczenie takiego dostępu powoduje podważanie zaufania wykonawców do decyzji instytucji zamawiających, a tym samym i całego systemu zamówień publicznych. Nie chodzi tu przy tym o sam fakt uznania przez wykonawców, że to zamawiający działał w sposób stronniczy czy niekompetentny, ale głównie o brak zaufania wynikający z braku jawności i możliwości weryfikacji działań zamawiającego oraz – przede wszystkim – konkurentów. Utrudnia to też wykonawcom, a nawet wręcz uniemożliwia efektywne korzystanie ze środków ochrony prawnej.

Problem związany z nadużywaniem możliwości zastrzegania dokumentów zauważył również ustawodawca i uznał go za na tyle poważny, by mu przeciwdziałać wprowadzając regulację mającą zapobiegać powyższej praktyce. Świadczy o tym zmiana treści art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wprowadzona ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie

ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2014 r. poz. 1232), w której nałożył na wykonawców obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak wynika z uzasadnienia projektu ustawy (druk sejmowy nr 1653), ustawodawca zauważył, że „przepisy o zamówieniach publicznych są podstawą wydatkowania około 150 mld zł rocznie. Ich wysoka jakość jest istotna z jednej strony dla sektora finansów publicznych, który na ich podstawie dokonuje wydatków, z drugiej zaś dla przedsiębiorców, dla których powinny stanowić gwarancję uczciwej konkurencji podczas ubiegania się o udzielenie zamówień. Przedstawiony projekt ustawy ma na celu zmianę ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w kilku ważnych obszarach, wskazywanych przez wiele środowisk – uczestników procesów zamówień publicznych, jako jedne z najważniejszych mankamentów obecnej ustawy, wymagających pilnej zmiany. (...) Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.”

Ustawodawca zatem odniósł się do okoliczności zauważonej przez uczestników rynku zamówień publicznych – fakt zastrzegania informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, pomimo faktu, że nie są to informacje o tym charakterze oraz postrzeganie tego proceduru przez konkurujących wykonawców jako nadużywania prawa w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełnienia wymagań zamawiających. Sytuację tę ocenił krytycznie jako „patologiczne nadużycie”.

Wskazany w powyższym uzasadnieniu rok 2005 niewątpliwie odnosi się do uchwały Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r., sygn. III CZP 74/05, w której sąd ten stwierdził, że zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, pomimo że nie mają one takiego charakteru, nie powoduje odrzucenia oferty jako niezgodnej z ustawą (co wcześniej było stosowane), a jedynie obowiązek weryfikowania zastrzeżeń i ujawnienia przez zamawiającego tych informacji. Doprowadziło to do sytuacji, w której wykonawcy stopniowo

zaczęli zastrzegać coraz większy zakres informacji, ponieważ nie wiąże się to dla nich z żadnymi negatywnymi konsekwencjami oprócz ewentualnego ich ujawnienia. W efekcie spowodowało to taki skutek, że wykonawcy, którzy nie zastrzegali dokumentów, byli pokrzywdzeni, ponieważ konkurenci (którzy sami często zastrzegali swoje oferty) mogli stawiać zarzuty w stosunku do ich ofert – powodując niebezpieczeństwo odrzucenia ich ofert lub wykluczenia ich z postępowania, zatem również oni zaczęli czynić podobne zastrzeżenia informacji (skoro akceptowano takie zastrzeżenia konkurentów). W ten sposób problem zaczął eskalować.

Widoczne jest też w praktyce Izby, że zastrzeżenia informacji czynione są w sposób funkcjonalny, tzn. wykonawcy zastrzegają te same informacje, gdy jest to dla nich korzystne i ujawniają je również wtedy, gdy jest to dla nich korzystne (np. utajniają faktury otrzymane od dostawców, gdy wyjaśniają poziom ceny w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny własnej oferty, ale ujawniają te same faktury, by wykazać, że to konkurenci mają cenę rażąco niską). Z kolei zamawiający z jednej strony obawiają się ujawnić zastrzeżone dokumenty, nawet jeśli uważają, że nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa, bojąc się ewentualnych kłopotów i odszkodowań. Z drugiej strony – zastrzeganie takie jest dla nich wygodne, ponieważ dzięki temu inni wykonawcy nie mają wglądu do tych dokumentów, co nie pozwala im skutecznie kwestionować złożonych ofert czy wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub innych dokumentów, a przez to ogranicza możliwe odwołania od decyzji zamawiającego.

Dodatkowo, w ciągu ostatnich lat pojawiły się regulacje – zarówno w dyrektywie 2014/24/UE, jak i w dyrektywie 2016/943, które mogą powodować coraz większą niepewność po stronie zamawiających oraz organów orzekających, jaka jest rzeczywista możliwość zastrzegania informacji przez wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wątpliwości te związane są głównie z użytymi w tych dyrektywach określeniami.

W art. 21 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE wskazano bowiem, że instytucja zamawiająca nie ujawnia informacji przekazanych jej przez wykonawców i oznaczonych przez nich jako poufne, w tym między innymi tajemnic technicznych lub handlowych oraz poufnych aspektów ofert. Zaś w art. 2 pkt 1 dyrektywy 2016/943 tajemnicę przedsiębiorstwa zdefiniowano jako informacje, które „jako całość lub w szczególnym zestawie i zbiorze ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne” oraz „mają wartość handlową dlatego, że są objęte tajemnicą”.

W przepisach tych uwypuklono więc fakt samego objęcia jakichś informacji tajemnicą przez przedsiębiorcę, a nie charakter tych informacji, jak to miało miejsce w nieobowiązującym już art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji: „nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą”. Obecne brzmienie tego przepisu (art. 11 ust. 2) wskazuje na „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”. Przepisy dyrektyw nie akcentują też obowiązku wykazania przez wykonawcę, że dana informacja lub dokument stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, podobnie jak obowiązku badania przez zamawiającego, czy dokonane zastrzeżenie jest uzasadnione.

Kwestia obowiązku badania przez zamawiających skuteczności zastrzeżenia została przesądzona w przywołanym wyroku Sadu najwyższego, więc nie budzi wątpliwości. Wątpliwości tych nie budzi także z tego względu, że trudno taki pogląd kwestionować, gdyż wpisuje się on w zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania, przejrzystości i jawności postępowania, nad przestrzeganiem których w prowadzonym postępowaniu ma czuwać właśnie zamawiający.

Natomiast w kwestii technicznej zastrzegania informacji i całych dokumentów, w orzecznictwie krajowym podkreśla się zasadę minimalizacji, tzn. wykonawca powinien zastrzegać tylko niezbędne minimum: konkretną informację, konkretne dane, konkretny element czy konkretny fragment, który uznaje za tajemnicę, a nie cały dokument, jeśli nie jest to konieczne.

Jak wynika z praktyki, wykonawcy usiłują wykorzystać bardzo ogólne brzmienie przepisów dyrektyw i interpretować je – w szczególności art. 2 pkt 1 dyrektywy 2016/943 – jako możliwość zastrzeżenia jakiegokolwiek i każdej informacji bądź dokumentu, których nie chcą ujawniać w postępowaniu innym wykonawcom. Każdy bowiem dokument sporządzony jednostkowo dla postępowania przetargowego – jak na przykład opisanie w ofercie elementów przedmiotu tej oferty albo wykazu wykonanych dostaw i usług według konkretnych wymagań danego zamawiającego – w tym szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów złożonym w konkretnym postępowaniu – nie są powszechnie znane i inni wykonawcy, póki nie zapoznają się z danym dokumentem, nie wiedzą, co konkurent w nim wskazał.

W ramach przykładu obrazującego powyższe można wskazać, że jeżeli zamawiający zamawia nawet proste produkty, jak dostawa środków czystości w postaci płynu do mycia podłóg, płynu do mycia szyb, płynu do mycia naczyń, płynu do dezynfekcji i mydła, wykonawca, który zaoferuje płyn do mycia podłóg firmy A w cenie A1, płyn do mycia szyb firmy B w cenie B1, płyn do mycia naczyń firmy C w cenie C1, płyn do dezynfekcji firmy D w cenie D1 i mydło firmy E w cenie E1, a przy tym jego oferta okaże się najkorzystniejsza w kryterium cenowym lub kryterium cenowo-jakościowym, może objąć ofertę tajemnicą przedsiębiorstwa stwierdzając, że ten szczególny zestaw nie jest ogólnie znany (przecież nikomu wcześniej go nie udostępnił, bo przygotował go na potrzeby tej oferty), jest jego

*know-how* (jak wybrać środki chemiczne, by przygotować korzystną ofertę) i ma wartość handlową dlatego, że jest objęty tajemnicą (gdyby konkurent dowiedział się o tym, mógłby w przyszłości zaoferować taki sam zestaw albo też ten zestaw zakwestionować, np. zgodność z wymogami, rażąco niską cenę). Przy tym wykonawca mógłby uznać za tajemnicę nie tylko nazwy produktów, ale i ich ceny (przecież poziom ceny jest jednym z najistotniejszych pól dla budowania przewagi konkurencyjnej). W ten sposób wykonawca mógłby zastrzec każdy istotny element oferty. Co więcej, zastrzeżenia takiego mogłoby dokonać wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu, ponieważ w momencie składania ofert nie jest wiadome, która oferta będzie najkorzystniejsza, a nawet jeśli nie wygra w danym przetargu, to zawsze istnieje szansa, że taki zestaw produktów i cen można wykorzystać dla budowania przewagi konkurencyjnej w przyszłości.

I nawet nie można zastrzegającym informacji zarzucić tego, że wartość handlowa tych informacji nie wynika właśnie z tego, że są objęte tajemnicą – gdyby bowiem nie były nią objęte, konkurenci mogłoby znaleźć w ofertach wady, które powodowałyby wykluczenie wykonawcy, odrzucenie ofert lub niższą ocenę w kryteriach oceny, a tym samym oferta traciłaby swoją wartość handlową jako oferta najkorzystniejsza.

Wartość tę można też upatrywać w punktacji uzyskanej przez ofertę. Na przykład w niniejszym postępowaniu, przy wadze kryteriów dotyczących ocenianych opracowań równej 60%, „wartość” tych opracowań to 600 tysięcy złotych na każdy milion złotych ceny, a w przypadku oferty wybranej do oferty najtańszej to 3,4 miliona złotych wskutek uzyskania oceny punktowej niemożliwej do zweryfikowania ze względu na zastrzeżenie treści opracowań.

Nie taki jednak wydaje się cel możliwości zapewnienia wykonawcom ochrony informacji, którą wprowadza art. 21 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE, jak i dyrektywa 2016/943. Nie odpowiada to też powszechnemu poczuciu działania w warunkach uczciwej konkurencji.

W przedmiotowym postępowaniu kwestionowane jest zastrzeżenie dwóch rodzajów dokumentów: opisujących sytuację podmiotową wybranego wykonawcy związaną z jego doświadczeniem, podmiotami i personelem proponowanym do wykonania zamówienia oraz opisujących sposób wykonywania zamówienia.

W punkcie 7.2.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał, jakim minimalnym doświadczeniem ma wykazać się wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, a w punkcie 7.2.2 zespół, który miałby skierować do realizacji usługi będącej przedmiotem zamówienia, wskazując na wymagane minimalne doświadczenie, wykształcenie i kwalifikacje członków tego zespołu. Zamawiający przypomniał też, że wykonawca, który polega na zasobach innych podmiotów, musi udowodnić, że realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności

przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji osób niezbędnych do realizacji zamówienia. Zgodnie z art. 36b ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający wymagał też podania informacji o podwykonawcach.

Na potwierdzenie wykonawcy zobowiązani zostali do przedstawienia standardowych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznych dokumentów:

1. Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia,
2. wykazu wykonanych usług z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz których były wykonane – sporządzonego według wzoru zawartego w SIWZ (punkt 10.4.1 SIWZ),
3. dowodów, że usługi wymienione w ww. wykazie zostały wykonane należycie – referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane lub oświadczenie wykonawcy (punkt 10.4.2 SIWZ),
4. wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, wraz z informacjami na temat ich wykształcenia, kwalifikacji zawodowych oraz doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami – sporządzonego według wzoru zawartego w SIWZ (punkt 10.4.3 SIWZ),
5. JEDZ i dokumentów dotyczących podmiotów udostępniających wykonawcy zasoby wymienionych w punkcie 10.3.2-10.3.6 SIWZ.

Pewne informacje dotyczące podwykonawców i podmiotów udostępniających zasoby zostały zawarte także w formularzu ofertowym (punkt 5. i 13.).

W punkcie 5. formularza oferty Zamawiający, zgodnie z wymogiem art. 36b ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zażądał wskazania przez wykonawców, czy zrealizują zamówienie przy udziale podwykonawców oraz wskazania firmy (nazwy) podwykonawcy oraz części zamówienia, której wykonanie zostanie powierzone podwykonawcy. Przystępujący CDM oświadczył, że zamówienie wykona przy udziale podwykonawców i wypełnił znajdującą się w tym punkcie tabelę z nazwą podwykonawcy i częścią zamówienia, którą ma on wykonać.

W punkcie 13. formularza oferty należało wskazać dokumenty, które można uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych (nazwę dokumentu i adres strony internetowej). Przystępujący CDM powołał się na strony CEiDG i KRS. Objęcie tych informacji tajemnicą wyjaśniał chęcią nieujawnienia danych dotyczących podmiotów, do których rejestry te się odnoszą.

Powyższe dokumenty i informacje wymagane przez Zamawiającego są więc standardowymi dokumentami i informacjami wymaganymi w zamówieniach publicznych i określonymi przez przepisy – art. 59 i 60 oraz załącznik XII do dyrektywy 2014/24/UE oraz ustawę Prawo

zamówień publicznych i rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Jak wynika z części II załącznika XII, takie dane jak m.in.: wykaz dostaw lub usług z podaniem kwot, dat wykonania oraz odbiorców publicznych lub prywatnych, wskazanie zaangażowanych pracowników technicznych, opis środków zastosowanych przez wykonawcę w celu zapewnienia jakości oraz opis zaplecza naukowo-badawczego przedsiębiorstwa zostały wskazane przez ustawodawcę unijnego jako oficjalne i standardowe informacje podawane zamawiającym. Analogiczne przepisy dotyczące tego typu dokumentów istniały także w poprzednim stanie prawnym. W wykonaniu powyższych przepisów również ustawodawca krajowy określił dokumenty wymagane przez krajowych zamawiających.

Biorąc pod uwagę fakt, że ustawodawca unijny wskazał konkretne informacje, które mają być udzielane zamawiającym, można wnosić, że z założenia uznał, że nie są to informacje mające charakter tajemnicy przedsiębiorstwa. Poza tym w większości są to informacje mające bardzo ogólny charakter, a dodatkowo zakres tych informacji określony jest wymaganiami zamawiającego, które mają potwierdzić, tj. czy usługa była wykonana w ciągu ostatnich 6 lat, czy wartość usługi wynosiła co najmniej 500.000,00 zł brutto, czy dotyczyła wykonania opracowania z obszaru gospodarki wodnej w zakresie zagadnień wynikających z Ramowej Dyrektywy Wodnej, z Dyrektywy Powodziowej, związanych z suszą, retencją, renaturyzacją, żegluga śródlądową, czy polegała na przeprowadzeniu procedury strategicznej oceny oddziaływania na środowisko oraz kto był jej odbiorcą. Zamawiający nie wymagał podania szczegółów kontraktu, zwłaszcza finansowych i innych danych wrażliwych. Podobnie w przypadku osób Zamawiający wymagał np. w stosunku do osoby proponowanej na stanowisko zastępcy kierownika projektu, aby osoba ta była specjalistą w dziedzinie inżynierii środowiska lub gospodarki wodnej, posiadała wykształcenie wyższe magisterskie z zakresu inżynierii środowiska lub ochrony środowiska lub geografii lub gospodarki wodnej lub hydrologii oraz minimum 60 miesięcy doświadczenia zawodowego w zakresie realizacji prac w zakresie gospodarki wodnej lub hydrologii, w tym związanych z wdrażaniem Ramowej Dyrektywy Wodnej, doświadczenie w kierowaniu projektami podczas realizacji co najmniej 3 prac lub projektów o wartości co najmniej 150.000 zł brutto każdy, dotyczących problematyki ochrony wód lub hydrologii lub gospodarki wodnej, posiadała znajomość metodyki zarządzania projektami, a zakres informacji, jakie powinien przedstawić wykonawca na potwierdzenie powyższego to:

- oświadczenie potwierdzające wykształcenie wyższe (ze wskazaniem kierunku i specjalizacji/specjalności),
- oświadczenie potwierdzające doświadczenie zawodowe (zawierające wskazanie klienta/pracodawcy, nazwy/tytuły i okres realizacji prac, zakres obowiązków),

- oświadczenie potwierdzające doświadczenie w kierowaniu projektami (zawierające nazwy/tytuły i okres realizacji projektów, wartość projektów, zakres obowiązków w projekcie),
- oświadczenie o posiadanych certyfikatach potwierdzających wiedzę i kompetencje w zakresie zarządzania projektami zakończonych egzaminem (daty uzyskania i ważności certyfikatów, nazwy certyfikatów),
- informację o podstawie do dysponowania tą osobą (tj. czy jest pracownikiem wykonawcy, osobą pracującą na zlecenie, osobą przekazaną do dyspozycji przez podmiot udostępniający swoje zasoby itd.).

Nie są to więc informacje wrażliwe dla wykonawców czy ujawniające poufne szczegóły umów. Praktyka pozwala nawet, by wartość kontraktu była określana nie konkretną kwotą, lecz w sposób ogólny: „powyżej 500.000 złotych” (podobnie też „zdolność kredytowa wykonawcy przekracza ...”, „wysokość środków zgromadzonych na rachunku bankowym przekracza ...” – z podaniem kwoty określonej przez zamawiającego w warunku).

W przypadku wielu przedsiębiorców informacje tego typu, tj. informacje o projektach zakończonych sukcesem wraz z referencjami odbiorców, a także o szczególnych kwalifikacjach personelu czy pracowników naukowych są wręcz przedmiotem reklamy i umieszczane są na stronach internetowych w celu pozyskania przyszłych klientów oraz zyskania prestiżu. Nie są więc ze swojej natury tajemnicą przedsiębiorstwa. Z tego też powodu zastrzeżenie ich w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego postrzegane jest przez konkurentów jako chęć ograniczenia możliwości weryfikacji, czy wskazane realizacje lub kwalifikacje personelu rzeczywiście odpowiadają wymaganiom warunków postawionych przez instytucję zamawiającą.

Dodatkowo, w stosunku do już uzyskanego doświadczenia i wykonanych projektów, jest to przedmiot odnoszący się do przeszłości, zatem konkurent nie jest w stanie owego zasobu wykonawcy odebrać – co najwyżej może go zakwestionować jako nieprawdziwy lub niezgodny z wymaganiami.

Wskazywanie przez wykonawców, że powodem zastrzeżenia danych informacji jest możliwość pozyskania lub „podkupienia”, czy to osób proponowanych do zespołu mającego wykonać zamówienie, czy to podmiotów udostępniających swoje zasoby/podwykonawców, powoduje powstanie wątpliwości co do rzeczywistej więzi pomiędzy wykonawcą a wskazywaną przez niego osobą lub podmiotem i rzeczywistej możliwości dysponowania tą osobą lub podmiotem i ich zasobami. Skoro bowiem, jak wskazują wykonawcy, już samo ujawnienie nazwisk osób czy nazw podmiotów może spowodować, że więź ta ulegnie rozwiązaniu (zostaną oni „podkupieni”), to nieprzekonujące jest ich twierdzenie, że są to ich zasoby, na które mogą się powoływać. A tym samym wątpliwa staje się deklaracja spełniania przez nich warunków udziału w postępowaniu postawionych przez zamawiającego. Tym

bardziej, jeśli chodzi o osoby, które są wskazywane w ramach ocenianego kryterium i za których udział w postępowaniu ofercie przyznawane są dodatkowe punkty. Kwestia ta została podniesiona w niniejszym postanowieniu i postawionych pytaniach, ponieważ jest to argument przywoływany w orzecznictwie w kontekście nieuprawnionego zastrzegania informacji. Zatem, zdaniem Izby, wykonawca powinien zdecydować, czy – posługując się takim argumentem przy zastrzeganiu tajemnicy przedsiębiorstwa, rzeczywiście może się powoływać na realne dysponowanie wskazywanymi zasobami – które w przypadku niniejszego postępowania nie tylko odnoszą się do spełniania minimalnych wymogów Zamawiającego, ale też kryteriów oceny ofert. I na odwrót – jeżeli rzeczywiście uzyskał zobowiązanie tych osób i podmiotów do współpracy, które pozwala mu na wskazywanie ich jako swoich zasobów, to argument o pozyskaniu tych osób przez konkurentów, nie może się ostać. Podobnie, jeśli zobowiązanie owych podmiotów lub osób dotyczy tylko jednorazowej współpracy z wykonawcą przy projekcie będącym przedmiotem oferty w niniejszym postępowaniu, to jego argument o utracie posiadanych zasobów dających mu przewagę konkurencyjną nie ma oparcia w rzeczywistości. Zatem odpowiedź na pytanie dotyczące tej kwestii ma znaczenia dla stwierdzenia, czy wykonawca wykazał podstawy do zakwalifikowania tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przy tym należy wskazać, że w swojej długoletniej praktyce Izba nie stwierdziła istnienia na rynku zamówień publicznych „podkupowania” personelu czy podmiotów trzecich/podwykonawców jako realnego problemu tego rynku ani innych praktyk, które nie mieściłyby się w granicach naturalnego przepływu personelu pomiędzy pracodawcami/usługobiorcami (poszukiwania przez pracowników lepszej pracy oraz poszukiwania wykwalifikowanych pracowników przez pracodawców), czy też zwykłego doboru kontrahentów w ramach swobody zawierania umów pomiędzy przedsiębiorcami (w tym stosunków podwykonawczych). Działania takie – przy wykorzystaniu danych z ofert i mające na celu uniemożliwienie wykonawcy zawarcie umowy z daną instytucją zamawiającą niewątpliwie byłyby oceniane w orzecznictwie jako naruszające uczciwą konkurencję i zwalczane, włącznie z wykluczeniem z postępowań wykonawców stosujących takie nieuczciwe praktyki.

Naturalne jest, że w szerokiej perspektywie czasu – do której odnoszą się wykonawcy – zarówno pracownicy poszukują nowej pracy, jak i pracodawcy poszukują nowych pracowników, w szczególności, jeśli są to osoby zatrudniane do poszczególnych projektów. Nie jest więc ani możliwe, ani wskazane, ani zgodne z prawem ograniczanie obu stronom takiej możliwości. Jeśli zaś chodzi o pracowników będących cenionymi specjalistami w danej branży, zwłaszcza przy wąskiej specjalizacji, najczęściej są oni znani w danej branży – zarówno jeśli chodzi o nazwiska, jak i kwalifikacje i podmiot zainteresowany ich

zatrudnieniem, jest w stanie się z nimi skontaktować, działają też wyspecjalizowane firmy HR.

Dodatkowo, w przypadku przystępującego CDM zostały wskazane osoby, co do których, po porównaniu nazwisk i zajmowanych stanowisk/pełnionych funkcji, można stwierdzić, że nie są to osoby, których praca dla tej firmy jest z jednej strony tajemnicą (są one ujawniane w oficjalnych dokumentach), a z drugiej strony – z powodu owych stanowisk/funkcji ich więź z daną powinna być na tyle silna, że argument o „podkupieniu” wydaje się przesadzony. Tym bardziej, skoro o współpracy tych osób z firmą można dowiedzieć się z innych źródeł, to wątpliwe jest, że to akurat właśnie oferta dla Zamawiającego miałaby być powodem chęci pozyskania danej osoby przez konkurencję.

Izba nie ma wątpliwości, że tego rodzaju dane zawarte w ofercie mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, ale przed złożeniem tej oferty, kiedy to wykonawcy dobierają elementy oferty tak, by uzyskać największe prawdopodobieństwo złożenia oferty najkorzystniejszej (stosunek ceny do innych punktowanych elementów), poszukują personelu, podwykonawców, podmiotów udostępniających zasoby itd. i starają się złożyć ofertę lepszą niż konkurenci. Jednak po złożeniu ofert i wobec zakazu zmiany ich treści (art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych), wiedza o personelu czy podmiotach, z którymi zamierza współpracować konkurent, jest nieprzydatna dla ich własnych ofert, gdyż już przed złożeniem oferty zgromadzili własne zasoby, a ich oferty zostały ocenione jako spełniające wymagania zamawiającego albo odrzucone, jeśli nie spełniały. Z kolei przydatność takich osób w innych postępowaniach jest dyskusyjna, gdyż zależy od tego, czy spełnią konkretne wymagania, które zostaną postawione, a przyszła wiedza o istnieniu takich osób czy ich kwalifikacjach może pochodzić z różnych źródeł. Mając też już własny doświadczony zespół osób/podwykonawców/podmiotów trzecich dany wykonawca również może nie być zainteresowany innymi zasobami.

Wreszcie, osoby takie są uwidaczniane jako autorzy wytworzonych opracowań (metodyk, aktualizacji, planów), nie ukrywają też swoich osiągnięć zawodowych, często publicznie wykazują swoje dokonania, zwłaszcza jeśli wykonują pracę naukową. Poza tym, jeśli dane zadanie jest interesujące i prestiżowe z zawodowego punktu widzenia lub dochodowe, osoby te chcą je wykonać, niezależnie od tego, dla jakiego podmiotu miałyby pracować. Podobnie podwykonawcy – prowadząc działalność gospodarczą dla zysku – mogą działać na zlecenie wielu firm, które ze sobą konkurują. Nie ma też zakazu, by ta sama osoba, ten sam podwykonawca albo ten sam podmiot udostępniający swoje doświadczenie, zostali wskazani przez więcej niż jednego wykonawcę – finalnie i tak tylko jeden wykonawca uzyska zamówienie. Zatem decydujący będzie raczej fakt, który z wykonawców uzyska dane zamówienie (jeśli go nie uzyska, to i podana osoba/podmiot trzeci/podwykonawca nie będą mu potrzebne) oraz warunki współpracy, które zaproponuje, a które zachęcą lub zniechęcą

daną osobę czy podmiot do współpracy. Jak wynika z dyrektywy 2016/943, nie należy jej interpretować w sposób ograniczający swobodę przedsiębiorczości, swobodny przepływ pracowników lub mobilność pracowników (artykuł 1 ust. 3 oraz motyw 13. preambuły).

Drugim rodzajem dokumentów zastrzeżonym przez Przystępujących są opracowania wymagane przez Zamawiającego, mające służyć ocenie ofert według kryterium oceny ofert, tj. „Koncepcja opracowania” oraz „Opis sposobu realizacji zamówienia”.

Jak wynika z punktu 15.4.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Koncepcja opracowania”:

1. ma, w sposób poprawny merytorycznie oraz uwzględniający cel zamówienia, opisywać podejście metodyczne do opracowania zestawu działań, o którym mowa w punkcie 6.3 etapu I opisu przedmiotu zamówienia i zawierać informacje dotyczące następujących zagadnień:

- sposób wykonania oceny skuteczności i realności proponowanych działań podstawowych i uzupełniających, wybranych w celu osiągnięcia celów środowiskowych poszczególnych jednolitych części wód,
  - sposób wykonania analizy efektywności kosztowej proponowanych działań podstawowych i uzupełniających wybranych w celu osiągnięcia celów środowiskowych poszczególnych jednolitych części wód (jcw),
  - sposób określenia wpływu realizacji działań na jcw znajdujące się poniżej/powyżej jcw, w której zaplanowano działanie (w jaki sposób realizacja działania oddziałuje na jcw znajdujące się poniżej/powyżej),
  - sposób określenia kosztów realizacji poszczególnych działań oraz źródeł ich finansowania, w tym z uwzględnieniem środków krajowych i europejskich,
  - sposób przeprowadzenia sprawdzianu klimatycznego programów działań, zgodnie między innymi z wytycznymi KE nr 24,
  - sposób określenia skutków społeczno-gospodarczych realizacji poszczególnych działań,
  - sposób dokonania priorytetyzacji działań,
  - określenie potencjonalnych synergii w doborze działań wynikających z istnienia innych dokumentów planistycznych sporządzanych np. na poziomie kraju, województwa, powiatu i gminy,
  - sposób oceny skuteczności wszystkich zaplanowanych działań dla danej jcw (czy zaproponowany zestaw działań dla danej jcw umożliwi osiągnięcie celów środowiskowych) wraz z uwzględnieniem realizacji działań zaplanowanych dla sąsiednich jcw;
2. zawierać, poprawne merytorycznie oraz uwzględniające co najmniej wszystkie elementy wymienione w SIWZ, podejście metodyczne do identyfikacji działań z zakresu zachowania ciągłości morfologicznej w kontekście zaplanowanych celów środowiskowych dla jcw, w tym



sposób przeprowadzenia analizy/oceny funkcjonowania istniejących urządzeń do migracji ryb, o której mowa w punkcie 6.3 lit. e) etapu I opisu przedmiotu zamówienia, w tym:

- podejście metodyczne do identyfikacji budowli stanowiących przeszkodę dla migracji w kontekście osiągnięcia celów środowiskowych oraz ich właścicieli,
- podejście metodyczne do określenia, czy zidentyfikowane budowle są wyposażone w urządzenia umożliwiające migrację ryb,
- podejście metodyczne do oceny funkcjonowania istniejących urządzeń do migracji ryb w kontekście osiągnięcia celów środowiskowych,
- podejście metodyczne do identyfikacji działań w tym zakresie;

3. koncepcję do identyfikacji odstępstw od osiągania celów środowiskowych wraz z uzasadnieniem, o której mowa w pkt 3.5. etapu I opisu przedmiotu zamówienia;

4. podejście do zobrazowania na podkładzie mapowym położenia JCWP i JCWPd w sposób umożliwiający zlokalizowanie punktowego użytkownika wód w odniesieniu co najmniej do miejscowości, o którym mowa w punkcie 28 lit. r) etapu IV opisu przedmiotu zamówienia.

Natomiast „Opis sposobu realizacji zamówienia” miał zawierać:

1. opis potencjalnych ryzyk dla właściwej realizacji poszczególnych zadań w każdym etapie zamówienia wraz ze wskazaniem możliwego terminu ich wystąpienia oraz propozycją sposobów zapobiegania i przeciwdziałania w postaci rejestru ryzyk z oszacowaniem potencjalnego prawdopodobieństwa ich wystąpienia oraz poziomu zagrożenia,
2. strukturę organizacyjną zespołu: zaproponowaną strukturę organizacyjną zespołu, przypisane role i zakres odpowiedzialności poszczególnych członków zespołu; podział ról i zakres odpowiedzialności członków zespołu pod względem zakresu przedmiotu zamówienia; role członków zespołu w zestawieniu z deklarowanymi kompetencjami merytorycznymi; proponowany sposób przekazywania informacji między członkami zespołu zapewniający terminową realizację zleceń,
3. propozycje wartości dodanych, nieuwjętych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, które mają wpływ na jakość i realizację przedmiotu zamówienia.

Ze stanowiska Zamawiającego przedstawionego podczas rozprawy wynika, że:

- standardem w postępowaniach jest, że tego typu opracowania są utajniane,
- Zamawiający ograniczył liczbę stron opracowań, by wykonawcy nie składali, jak wcześniej, niepotrzebnych dokumentów jak akty prawne czy opracowania z Internetu,
- każda z koncepcji jest wykonywana na potrzeby danego postępowania i zawiera unikalne rozwiązania, dana koncepcja konkretyzuje zbiór informacji do konkretnego zamówienia,
- rozwiązania te nie są innowacyjne, lecz istniejące i Zamawiający nie oczekuje innowacyjności, lecz spełniania wymogów SIWZ, koncepcja nie miała zawierać rozwiązań

innowacyjnych, tylko zmierzać do uzyskania jak najlepszych rezultatów, rozwiązania mają być prawidłowe,

- to sporządzenie koncepcji jest unikalne, a nie zawarte w niej idee, to sam dokument koncepcji ma prezentować innowacyjne podejście,
  - wykonawcy stosują szablonowe uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnicy,
  - żądane przez Zamawiającego dokumenty są ze sobą powiązane i nie można ich oddzielić,
  - może się okazać, że na podstawie koncepcji konkurent może ocenić, kto będzie uczestniczył w realizacji i dana osoba może zostać podkupiona,
  - każde rozwiązanie wymaga konieczności zatrudnienia kogoś i ta nowa osoba stanowi wartość dodaną, którą dany wykonawca chce chronić, skompletowanie danego zespołu jest dla wykonawcy wartością samą w sobie,
  - istnieje ryzyko, że dany pracownik zostanie podkupiony przez konkurencję i wykonawca będzie musiał szukać innych pracowników,
  - dana koncepcja może spowodować, że wykonawca może zaproponować krótszy termin realizacji lub niższą cenę wykonania,
  - każda koncepcja zawiera unikalne rozwiązanie, których nie mają inne,
  - dana koncepcja nie jest czynnością jednorazową, ponieważ dane zamówienie zahacza o inne zamówienia i specjaliści czy firmy mogą pojawiać się w różnych zamówieniach.
- Zamawiający przedstawił też wydruki „Koncepcji opracowania” oraz „Opisu sposobu realizacji zadania” sporządzonych przez Odwołującego oraz Przystępujących z zaznaczeniem, które fragmenty tekstu w jego ocenie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Podobnie przystępujący CDM podczas rozprawy podkreślał, że:

- sposób organizacji wykonawcy to duży czynnik konkurencyjności,
- opracowania takie są tworem intelektualnym, nie są tworzone wyłącznie na potrzeby tego postępowania i nie konsumują się w tym postępowaniu,
- w obecnych opracowaniach zastosował dużo nowych opracowań w stosunku do poprzednich, a opracowania te stanowią kolejny krok do opracowań dalszych,
- gdyby opracowania zostały ujawnione, ktoś uzyskałby za darmo ogromną wartość wynikającą z włożonej przez wykonawcę pracy,
- opracowania zawierają unikalne podejście, nie są standardowe,

A przystępujący Multiconsult, że:

- opracowania zawierają autorską interpretację opisu przedmiotu zamówienia, a wartości dodane to wartość intelektualna,
- wiedza i doświadczenie to jedyny majątek firmy doradczej i stanowi jej *know-how* oraz potencjał gospodarczy, wpływa na kondycję gospodarczą firmy,

- brak upublicznienia informacji oraz ich poufność może wynikać ze zwyczajów i praktyk danej branży.

Przystępujący oraz Zamawiający, wskazując na powody zastrzeżenia przedmiotowych dokumentów, powołali się więc głównie na fakt, że stanowią one ich autorskie opracowania, dzieła będące wartością intelektualną, chociaż nie będące rozwiązaniami innowacyjnymi, czy nieznanymi w branży. Budzi jednak wątpliwości Izby, czy sam fakt, że dany podmiot opracował jakieś zagadnienie – w sposób wynikający z wymagań unijnych, przepisów prawa, wymagań Zamawiającego zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprzednich planów gospodarowania wodami, metod gospodarowania wodami znanych profesjonalistom i tym podobnych materiałów – mogące być uznane za dzieło objęte prawami autorskimi, powoduje, że opracowanie to stanowi już tajemnicę przedsiębiorstwa. Owszem, mogłoby nią być, gdyby było ono opracowane na użytek własny firmy wykonawcy. Jednak zostało przekazane Zamawiającemu w celu uzyskania zamówienia publicznego w danym postępowaniu. Bez owego celu trudno wskazać na jakąkolwiek wartość owych opracowań, bowiem żaden inny podmiot nie gospodaruje wodami będącymi przedmiotem opracowania. Również kolejne aktualizacje planów gospodarowania tymi wodami lub wodami innych rzek, ewentualnie zlecane w przyszłości, nie będą dokonywane według obecnych założeń, lecz wynikających ze stanu faktycznego, prawnego i założonych celów adekwatnych dla przyszłego zamówienia.

Budzi wątpliwości Izby, czy sam fakt, że daną część oferty można uznać za wartość intelektualną, jest równoznaczny ze stwierdzeniem, że może być ona objęta tajemnicą przedsiębiorstwa. Opracowywana jest bowiem na podstawie wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, by stanowić podstawę badania zgodności oferty z wymaganiami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (opisem przedmiotu zamówienia) oraz podstawę wartościowania oferty według kryteriów oceny ofert. Także sam fakt, że można uznać ją za utwór intelektualny danego wykonawcy, nie oznacza tajemnicy – cechą bowiem utworów jest to, że są one upubliczniane, ze wskazaniem twórcy.

Dodatkowo, przekonanie autorów o dużej wartości intelektualnej ich własnych opracowań nie musi być obiektywnie uzasadnione, gdyż ze względu na objęcie wszystkich opracowań tajemnicą przedsiębiorstwa nie mają oni porównania z opracowaniami konkurentów. Własnej oceny wartości merytorycznej poszczególnych opracowań i ich wartości dla uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa, jak też dokonanej przez Zamawiającego oceny, Trybunał musi dokonać samodzielnie, po zapoznaniu się z ich treścią. (w niniejszym postanowieniu Izba pominęła ten wątek, jak i odniesienia do treści opracowań, ze względu na ich objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa).

Nie było też kwestionowane stwierdzenie Zamawiającego, że opracowania nie zawierają rozwiązań innowacyjnych w branży – zawierają więc wiedzę dostępną profesjonalistom. Zatem budzi wątpliwości, czy samą umiejętność zgrabnego opisanego zagadnienia można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Poza tym, nawet jeśli przyjąć, że konkurencyjni wykonawcy wykorzystają rozwiązania, za które Zamawiający przyznał punkty, w kolejnych opracowaniach, ulepszając przez to swoje własne opracowania, to w innych branżach takie działanie jest powszechnie akceptowanym sposobem rozwoju technologicznego i uczciwej konkurencji. Producenci bowiem, po zapoznaniu się z produktami konkurentów, starają się stworzyć własny produkt – wydajniejszy, ładniejszy, tańszy, bardziej funkcjonalny, o lepszych parametrach, a klienci przed zakupem porównują walory oferowanych produktów – które są publicznie ujawniane. Tym samym trudno wskazać, dlaczego akurat produkty oferowane w zamówieniach publicznych miałyby stanowić wyjątek.

Należy zauważyć także, że argumentacja Przystępujących dotycząca „przewagi konkurencyjnej”, mogłaby być zastosowana w każdym postępowaniu przetargowym – jak wskazano w przykładzie powyżej, nawet wykonawca składający ofertę na przedmiot tak powszechny jak sprzedaż środków czystości czy artykułów spożywczych, mógłby stwierdzić, że ujawnienie nazw czy cen oferowanych przez niego produktów, które może zaoferować po korzystnej cenie, daje mu przewagę konkurencyjną nad innymi wykonawcami, którzy oferują produkty droższe – po poznaniu zaś nazw jego produktów, czy też ich konkretnych cen, mogą w przyszłości również takie produkty oferować, co niweczy jego „przewagę konkurencyjną”. Zaś stworzenie listy produktów, które jednocześnie spełniają wymagania zamawiającego i uzyskują wysoką ocenę w kryteriach oceny ofert – jest jego *know-how* będące tajemnicą przedsiębiorstwa. I z logicznego punktu widzenia nie jest to niesłuszne, gdyż rzeczywiście, umiejętność sporządzenia takiej oferty, dzięki której można wygrać przetarg, jest dużą umiejętnością biznesową przedsiębiorcy.

Przyjęcie takiego założenia prowadziło do zastrzegania przez wykonawców każdego szczegółu oferty. Z doświadczenia Izby wynika też, że bardzo ostrożnie należy podchodzić do zezwalania wykonawcom na pewne odstępstwa od zasad. W miarę upływu czasu i przyzwyczajania się do danej praktyki zezwolenie to zaczyna bowiem być coraz swobodniej interpretowane (nie tylko przez wykonawców, ale też zamawiających i organy orzekające) i początkowa granica, na którą udziela się owego zezwolenia, zaczyna się rozszerzać, co może doprowadzić do sytuacji bardzo niepożądanych z punktu widzenia zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tak było np. z możliwością wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu – od braku możliwości zmiany pierwotnie złożonych dokumentów, poprzez pierwsze przyzwolenie aż po nieomal zupełny leseferyzm i tzw. „handel referencjami” i trzeba

było dopiero zmiany przepisów oraz orzeczeń TSUE, by sytuację przywrócić do stanu akceptowalnego.

Podobna sytuacja ma miejsce również przy zastrzeganiu informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa – od braku takiej praktyki wykonawców aż do zastrzegania rzeczy, które z założenia nie są tajemnicą, jak np.:

- wygląd licznika energii elektrycznej zamawianego przez przedsiębiorstwo energetyczne do powszechnego użycia w gospodarstwach domowych (z tego względu dostępnego powszechnie),
- deklaracje zgodności CE,
- dokumenty opracowane przez zamawiającego i przekazane wykonawcy do wypełnienia (jako *know-how* wykonawcy),
- otrzymane od producenta zestawienie komponentów zestawów komputerowych według spisu i wymagań co do parametrów przygotowanych przez zamawiającego, dokonywane przez producenta sprzętu komputerowego automatycznie w konfiguratorze internetowym dostępnym dla sprzedawców lub przez pracownika producenta na zlecenie każdego zainteresowanego wykonawcy (jako własna tajemnica przedsiębiorstwa wykonawcy),
- publiczne ogłoszenia pochodzące z Internetu dotyczące wynajmu mieszkań,
- przywoływane w pismach orzecznictwo i piśmiennictwo,
- wyjaśnienia, dlaczego wykonawca zastrzegł dokumenty jako tajemnicę przedsiębiorstwa,
- krytyka wezwania wykonawcy do wyjaśnienia poziomu ceny i oczekiwanego przez zamawiającego sposobu tych wyjaśnień,
- krytyka postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w odwołaniu wykonawcy, którego oferta została odrzucona),
- kopie aktów prawnych lub innych powszechnie dostępnych dokumentów.

*Notabene*, kwestie te pojawiły się przed Izbą, gdyż nie zostały ujawnione przez zamawiających.

Z praktyki Izby wynika także, że wykonawcy często zastrzegają całe dokumenty, a poproszeni podczas rozprawy o wskazanie, które konkretnie fragmenty zawierają tajemnicę i dlaczego, nie potrafią udzielić odpowiedzi lub wskazują jedynie pojedyncze dane lub krótkie fragmenty.

Zgodnie z motywem 14. preambuły dyrektywy 2016/943, informacje mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa w przypadku, gdy istnieje zarówno uzasadniony interes w utrzymaniu poufności, jak i uzasadnione oczekiwanie, że taka poufność zostanie zachowana. Taki *know-how* lub informacje powinny mieć rzeczywistą lub potencjalną wartość handlową.

Natomiast w stanowiskach Zamawiającego i Przystępujących jest zbyt wiele założeń hipotetycznych i zaprzeczających przywoływanym argumentom, by nie pojawiły się wątpliwości, czy wskazywane powody zastrzegania informacji uznać za realne i czy zastrzeżone dokumenty mają realną wartość handlową, o której mowa w motywie 14. preambuły. Z drugiej strony jednak Przystępujący wyrażają zgodny i silny sprzeciw przeciwko ujawnieniu informacji, a brzmienie przepisów dyrektywy 2016/943 budzi wątpliwości, co jest dozwolone w tym zakresie. Tym samym, w opinii Izby, istotne jest udzielenie przez Trybunał odpowiedzi, czy oczekiwanie wykonawców, że powyższe dokumenty nie zostaną ujawnione przez instytucję zamawiającą, jest uzasadnione.

Zastrzeżenie pewnych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa ma też skutek, że ogranicza – a często też uniemożliwia – innym wykonawcom korzystanie ze środków ochrony prawnej, jak widać to na przykładzie zarzutów i argumentacji niniejszego odwołania, w których Odwołujący wielokrotnie wskazuje, że nie jest w stanie przedstawić pełniejszego uzasadnienia swoich racji ze względu na brak dostępu do informacji. Odwołujący więc co prawda sformułował zarzuty wobec oceny oferty wykonawcy CDM, jednak sam podkreślał, że nie był w stanie należycie ich uzasadnić – nie ze względu na brak zachowania należytej staranności, lecz brak dostępu do informacji pozwalających mu na ich sformułowanie.

Możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej, zgodnie z dyrektywą odwoławczą, jak też ustawą Prawo zamówień publicznych, jest ograniczona zarówno czasowo, jak i przedmiotowo.

Art. 182 ustawy Prawo zamówień publicznych zawiera regulacje wskazujące, w jakim terminie można wnosić odwołanie od czynności zamawiającego. M.in. ustęp 1. punkt 1. tego przepisu stanowi, że odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 15 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. W ustępie 3. art. 182 wskazano zaś, że odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 wnosi się: 1) w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 – w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia; 2) w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 – w terminie 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy

zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Oznacza to – jak w niniejszym przypadku – że, skoro informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej jest przesyłana przez zamawiającego, odwołanie może być wniesione jedynie w ciągu 10 dni od przekazania przez zamawiającego informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o ustalonym przez zamawiającego wyniku badania i oceny ofert, potem wykonawca traci prawo do wniesienia odwołania, a termin ten nie może zostać przywrócony (żaden przepis takiego przywrócenia nie przewiduje). Zatem, według powyższej regulacji, wykonawca nie może kwestionować oferty konkurenta, która nie została odrzucona (stąd też, jak można przypuszczać – Odwołujący wniósł odwołanie w zakresie zastrzeżenia informacji we wszystkich pozostałych ofertach, nawet jeśli zajmują niższą pozycję w rankingu ofert – w późniejszym czasie nie mógłby bowiem tego zastrzeżenia kwestionować, nawet jeśli ranking ofert by się zmienił w wyniku powtórzenia czynności przez Zamawiającego; jak też wniósł zarzuty wobec oceny oferty CDM, pomimo że nie znał podstaw tej oceny).

Zgodnie natomiast z art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się lub odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Jeśli wykonawca w odwołaniu podniesie kilka zarzutów, tak jak w niniejszym postępowaniu, a Izba uzna, że potwierdziły się tylko niektóre z nich, np. zaniechania ujawnienia dokumentów, a nie potwierdziły dotyczące oceny ofert (podobna sytuacja często zdarza się też przy jednoczesnym zarzucie zaniechania ujawnienia wyjaśnień dotyczących poziomu ceny i zaniechania odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę), zamawiający byłby zobowiązany jedynie do ujawnienia dokumentów, a wybór oferty pozostałby utrzymany, zatem wykonawca nie mógłby już kwestionować oferty wykonawcy po zapoznaniu się z jej całą treścią. Uplłynąłby też okres *standstill* i zamawiający mógłby wcześniej zawrzeć umowę. Zatem, skoro Odwołujący podniósł już zarzuty w stosunku do oceny oferty wykonawcy CDM, wątpliwe jest, czy będzie mógł je podnieść w przypadku, gdyby Izba w wyroku uwzględniła jedynie część zarzutów, np. dotyczących nieuprawnionego zastrzeżenia dokumentów.

W związku z powyższym powstaje pytanie, czy w przypadku stwierdzenia przez Izbę, że zastrzeżone dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, co skutkuje nakazaniem ich odtajnienia przez zamawiającego, stwierdzenie to powoduje dla wykonawcy możliwość ponownego złożenia odwołania w zakresie wynikającym z ich treści, której wcześniej nie

znał, z którego to powodu nie mógł skutecznie skorzystać ze środka ochrony prawnej. Zatem jeśli możliwość ta nie wynika dla wykonawcy bezpośrednio z przepisów prawa (ich treści lub interpretacji), czy Izba powinna w swoim orzeczeniu taką możliwość wykonawcy otworzyć, na przykład nakazując nie tylko ujawnienie owych dokumentów, lecz także unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, co pozwalałoby wnieść odwołanie od ponownie dokonanego wyboru oferty. Ewentualnie, czy możliwość taka wynika bezpośrednio z przepisów dyrektywy odwoławczej lub ich prawidłowej interpretacji.

Z art. 67 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE wynika, że ustanowione przez zamawiającego kryteria oceny ofert nie mogą skutkować przyznaniem instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru oraz mają zapewniać możliwość efektywnej konkurencji i umożliwiać skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów, tak aby ocenić, na ile oferty spełniają kryteria udzielenia zamówienia. Oznacza to więc, że powinny zapewniać również możliwość weryfikacji oceny dokonanej przez Zamawiającego.

Sformułowane przez Zamawiającego kryteria pozacenowe odnoszące się do oceny opracowań „Koncepcja opracowania” i „Opis sposobu realizacji zamówienia” budzą wątpliwości w tym zakresie z kilku powodów.

Po pierwsze – oparte są nie na łatwo porównywalnych i obiektywnych danych dających się zmierzyć w sposób matematyczny lub fizyczny, jak poszczególne parametry, wydajność, wytrzymałość, funkcjonalność itp., lecz na indywidualnej ocenie opisanej przez zamawiającego przy użyciu pojęć niedookreślonych typu: „w sposób niejasny opisał”, „w sposób jasny i pełny opisał”, „część elementów nie została opisana”, „zaproponowane rozwiązania są optymalne i gwarantują wysoki poziom jakości i wiarygodności wyników” lub też „nie gwarantują wysokiego poziomu jakości i wiarygodności wyników”, „zawiera wartości dodane, które mają wpływ na jakość i realizację przedmiotu”.

Po drugie – zależą od indywidualnego przekonania Zamawiającego o powyższych cechach. I nawet, jak stwierdził sam Zamawiający podczas rozprawy, nie ma możliwości powołania biegłego do oceny treści opracowań przygotowanych przez wykonawców, ponieważ nie zawierają one parametrów, które byłyby możliwe do poddania weryfikacji, zatem biegły nie może tego ocenić.

Po trzecie – jak wynika ze stanowiska Odwołującego dotyczącego zagadnień, które uznał on za nieprawidłowo ocenione (głównie na 0 punktów) i stanowiska Zamawiającego wyjaśniającego tę ocenę podczas rozprawy, zaistniałą sytuację należy rozważyć również pod kątem, czy wykonawcy rzeczywiście mieli możliwość należytego przygotowania ofert według z góry znanej metody oceny. Z sytuacji Odwołującego wynika bowiem, że w przypadkach, kiedy np. wskazał on jakieś rozwiązanie, które uważał za szczególną zaletę opracowania, która powinna zostać wysoko oceniona, Zamawiający uznał to za niezgodność ze swoimi



wymaganiami lub też uznał dane zagadnienie za niewyjaśnione w sposób pozwalający na przyznanie oczekiwanej przez Odwołującego liczby punktów.

Po czwarte – wskazywany już powyżej brak możliwości zapoznania się wykonawców z materiałami ocenianymi przez Zamawiającego oraz ich pełną oceną, w tym możliwości porównania, czy za porównywalne wady i zalety opracowań wykonawcy zostali ocenieni w sposób porównywalny.

Nawet jeśli Zamawiający nie zastosował w kryterium punktacji proporcjonalnej, jak przy kryterium ceny, lecz punktację indywidualną, niezależną od oceny innych ofert, oferty są pomiędzy sobą porównywane, gdyż taka jest cecha oceny według kryteriów i już sama przyznawana punktacja jest porównaniem, która oferta jest na pierwszym miejscu, która na drugim itd. Wykonawcy zatem w sposób naturalny chcą się dowiedzieć, jak przebiegało to porównanie, a w szczególności wykonawca, który, tak jak Odwołujący, w chwili otwarcia ofert dowiedział się, że złożył ofertę z najniższą ceną oraz zakładał, że oferta jego uzyska również wysoką punktację w kryteriach pozacenowych, a tym samym uzyska przedmiotowe zamówienie.

Po piąte – brak w przypadku wielu elementów oceny możliwości sformułowania w odwołaniu konkretnych zarzutów do tej oceny z przyczyn, o których była mowa powyżej, nie wynikających z winy Odwołującego, przez co zostały zaburzone zasady wskazane w dyrektywie odwoławczej. Jak wynika z dyspozycji art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba działa w ramach postawionych zarzutów i nie może w tym zakresie zastępować Odwołującego.

Jak twierdzi Odwołujący, nie wiedział on, jakie konkretne zarzuty dotyczące oceny miał postawić wobec oceny własnej oferty, a tym bardziej oferty wykonawcy CDM. Zamawiający co prawda wykazał starania i przygotował kilkunastostronicowe uzasadnienia dokonanej oceny, ale oczywiste jest, że Zamawiający nie może udostępnić pełnego uzasadnienia oceny, jeśli same opracowania zostały objęte tajemnicą.

Jednak nawet dostępne dla Odwołującego w całości uzasadnienie oceny jego oferty nie było dla niego jasne i Zamawiający musiał podczas rozprawy dodatkowo wyjaśniać, jakie były podstawy dokonanej oceny. Uzasadnienie przekazane Odwołującemu Zamawiający objął poufnością ze względu na odniesienie się w nim do informacji, które wykonawca ten objął tajemnicą przedsiębiorstwa, ale przez porównanie treści ww. uzasadnienia oraz twierdzeń przedstawionych w odwołaniu i podczas rozprawy można ocenić, czy ocena została jasno uzasadniona przez Zamawiającego, a jedynie to Odwołujący jej nie zrozumiał, czy też jedynie na potrzeby odwołania twierdził, że jest ona niejasna. Podobnie jeśli chodzi o ocenę oferty wykonawcy CDM (jak i pozostałych wykonawców) – konkurentom zostało co prawda przedstawione obszerne objętościowo uzasadnienie, ale kluczowe jego informacje zostały

zastąpione wpisami [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA], zatem nie mógł go zweryfikować. Stąd też zarzut braku uzasadnienia.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania szeroko wyjaśnił, z jakich powodów uważa, że zarówno jego oferta, jak i oferta wykonawcy CDM została oceniona nieprawidłowo. Zostało to zacytowane we wcześniejszej części uzasadnienia.

Tym samym budzi wątpliwości fakt, czy nawet szczególna dbałość o prawidłową, obiektywną i rzetelną ocenę, której Zamawiający, jak wskazał podczas rozprawy, dochował, jest w stanie spowodować, że dokonana ocena będzie posiadała cechy wskazane w art. 67 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE.

Po szóste – kolejną wątpliwość budzi fakt, że zamówienie jest zamówieniem rezultatu, a nie starannego działania wykonawcy, w ramach którego wykonawca ma wykonać dzieło w postaci projektów aktualizacji planów gospodarowania wodami wraz z metodykami. Zamawiający nie wymagał jednak opracowań w postaci np. próbek projektów aktualizacji czy metodyk, lecz opisów, w jaki sposób wykonawcy będą działali. Trudno więc w rzeczywistości stwierdzić, jakie będzie przełożenie owych ocenianych opracowań na finalnie sporządzone aktualizacje i metodyki i zachodzi obawa, że w rzeczywistości oceniana jest umiejętność stworzenia odpowiadających Zamawiającemu opracowań („Koncepcja opracowania” i „Opisu sposobu realizacji zamówienia”), a nie jakość opracowań zamawianych (aktualizacji i metodyk).

W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający przewidział więc kryteria oceny ofert w postaci ceny 40% oraz kryteriów pozacenowych w postaci opracowań „koncepcja opracowania” oraz „opis sposobu realizacji zamówienia” o łącznej wadze 60%. Kryteria te oparte są na otwartej ocenie dokonywanej przez Zamawiającego, nie opartej o czynniki, które można zweryfikować w sposób matematyczny lub fizyczny, jak dane liczbowe, parametry, funkcjonalność itd., co już co najmniej znacząco utrudnia weryfikację oceny ofert dokonanej przez Zamawiającego. Dodatkowo wszyscy wykonawcy objęli przedmiotowe opracowania tajemnicą przedsiębiorstwa, czego Zamawiający się spodziewał lub mógł spodziewać opracowując kryteria ze względu na wcześniejsze zastrzeżenie analogicznych dokumentów, co powoduje nie tylko brak możliwości weryfikacji oceny ofert dokonanej przez Zamawiającego, ale też samych ofert. W konsekwencji Zamawiający dokonał wyboru oferty z najwyższą ceną spośród złożonych, która to cena była jedynym dostępnym i weryfikowalnym kryterium, podczas gdy pozostałe kryteria, które przesądziły o rankingu ofert, trudno poddać weryfikacji.

Dodatkowo, brak jest jednolitej i ustalonej linii orzeczniczej w zakresie możliwości zastrzeżenia tego typu informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a brzmienie stosunkowo

nowo wprowadzonych przepisów dyrektywy 2014/24/UE i dyrektywy 2016/943 budzi tym większe wątpliwości w tym zakresie.

Zdaniem Izby przedstawione powyżej wątpliwości związane z interpretacją przepisów prawa unijnego uzasadniają zawieszenie postępowania odwoławczego i zwrócenie się do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z przedstawionymi na wstępie pytaniami prejudycjalnymi w celu uzyskania systemowego rozstrzygnięcia przedstawionych zagadnień.

