

Sygn. akt: KIO 2053/16

WYROK
z dnia 23 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 i 21 listopada 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2016 r. przez wykonawcę **QUMAK S.A., Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej, ul. Nowogrodzka 1/3/5/, 00-513 Warszawa** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Usługi dotyczące Aplikacji Centralnej (AC)” – (postępowanie znak 17/DI/PN/2016)

przy udziale wykonawcy **Sygnity S.A., ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) obciąża Odwołującego - **QUMAK S.A., Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **QUMAK S.A., Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e
do wyroku z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2053/16

Zamawiający – Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej, ul. Nowogrodzka 1/3/5/, 00-513 Warszawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Usługi dotyczące Aplikacji Centralnej (AC)” – (postępowanie znak 17/DI/PN/2016).

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 20.07.2016 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu do publikacji Urzędowi Oficjalnych Publikacji UE;

W dniu 22.07.2016 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2016/S 140 – 252945.

W dniu 18.10.2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2016 r. w formie pisemnej przez wykonawcę QUMAK S.A., Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa, w ramach którego doszło do zaskarżenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, której Odwołujący zarzucił:

1. ustalenie błędnego stanu faktycznego,
2. nierówne traktowanie uczestników ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, a co za tym idzie złamanie fundamentalnej zasady określonej w art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy Pzp;
3. nieprawidłowej ocenie oferty Odwołującego w zakresie Kryterium 2 Koncepcja występna wykonania funkcjonalności, o których mowa w pkt 1 i 2 rozdziału 5 załącznika nr 2 do wzoru Umowy i przyznanie niższej niż wynika z treści złożonej oferty liczby punktów, a w konsekwencji zaniechania dokonania oceny oferty Odwołującego w zakresie opisu danego Kryterium za co najmniej łącznie 20 punktów.
4. nie dokonaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 7 ust. 1 i ust. 3 PZP - poprzez naruszenie przy ocenie i wyborze oferty najkorzystniejszej w niniejszym Postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nierówne traktowanie wykonawców polega w szczególności na nieprzyznaniu ofercie Qumak S.A. większej ilości punktów za poddawaną ocenie punktowej przez Zamawiającego Koncepcję występną wykonania funkcjonalności, o których mowa w pkt 1 i 2 rozdziału 5 załącznika nr 2 do wzoru Umowy;
2. Art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny oferty Odwołującego w Kryterium 2 Koncepcja występna wykonania funkcjonalności, o których mowa w pkt 1 i 2 rozdziału 5 załącznika nr 2 do wzoru Umowy i przyznanie niższej niż wynika z treści złożonej oferty liczby punktów za dane części oferty Qumak S.A.;
3. art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 Ustawy Pzp i wz. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie ujawnienia oferty spółki Sygnity S.A.. oraz spółki Softiq Sp. z o. o., w sytuacji gdy przedmiotowe wyjaśnienia oraz zakres ofert nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji a utajnienie ma na celu jedynie utrudnienie zachowania uczciwej konkurencji w Postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert,
2. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. przyznanie Qumak S.A. oceny punktowej za Kryterium 2 Koncepcja występna wykonania funkcjonalności, o których mowa w pkt 1 i 2 rozdziału 5 załącznika nr 2 do wzoru Umowy w wysokości łącznie 20 punktów,
4. nakazanie Zamawiającemu ujawnienia w całości oferty spółki Sygnity S.A.. oraz spółki Softiq Sp. z o. o., w szczególności w zakresie Koncepcji występanej wykonania funkcjonalności, o których mowa w pkt 1 i 2 rozdziału 5 załącznika nr 2 do wzoru Umowy wraz z załącznikami oraz udostępnienie ich Odwołującemu do wglądu;
5. dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Qumak S.A.

Odwołujący wniósł również o:

1. przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania oraz wskazanych w treści odwołania a znajdujących się w ofercie Wykonawcy lub w dokumentacji Postępowania
2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów niniejszego postępowania.

UZASADNIENIE

W ramach uzasadnienia Odwołujący w pierwszej kolejności wskazał, że posiada w niniejszej sprawie interes w złożeniu środka ochrony prawnej przewidzianego w art. 180 i nast. Pzp. Zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Nadto podniósł, że jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza odnośnie przesłanki posiadania interesu w złożeniu środka ochrony prawnej na gruncie Pzp: „Istotne jest, że interes wykonawcy jest związany z uzyskaniem danego zamówienia, co oznacza, że odwołujący winien wykazać, że posiada potrzebę uzyskania konkretnego zamówienia będącego przedmiotem postępowania prowadzonego przez zamawiającego” (wyrok KIO z dnia 17.04.2012 roku, KIO 637/12).

Następnie podniósł, że oferta Odwołującego zajmują II pozycję spośród wszystkich złożonych ofert. W ocenie Odwołującego, oferta Wykonawcy powinna zostać uznana za najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu. Interes Odwołującego w złożeniu niniejszego odwołania jest więc bezsporny. W dalszej kolejności wskazał, że dokonane przez Zamawiającego naruszenia i zaniechania zmniejszają możliwości Odwołującego uzyskania pozytywnego dla niego rozstrzygnięcia postępowania poprzez wybór jego oferty jako najkorzystniejszej, a tym samym osiągnięcia przychodu i zysku z realizacji zamówienia, co uzasadnia złożenie odwołania.

W zakresie zarzutu naruszenia przepisów art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art.7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny oferty Odwołującego w Kryterium 2 Koncepcja występną wykonania funkcjonalności, o których mowa w pkt 1 i 2 rozdziału 5 załącznika nr 2 do wzoru Umowy i przyznanie niższej niż wynika z treści złożonej oferty Qumak S.A. wskazał, że oferta Odwołującego uzyskała w zakresie Kryterium 2 Koncepcja występną wykonania funkcjonalności, o których mowa w pkt 1 i 2 rozdziału 5 załącznika nr 2 do wzoru Umowy jedynie 10 z możliwych 20 punktów.

Odwołujący zaś kwestionuje liczbę punktów przyznaną przez Zamawiającego. Zdaniem Qumak S.A. Odwołujący powinien uzyskać 20 punktów. W konsekwencji znamienne w niniejszym Postępowaniu jest to, że uzyskanie dodatkowych punktów przez Qumak S.A., których bezprawnie zaniechał przyznać Zamawiający, spowodowałoby zajęcie przez Odwołującego pierwszego miejsca w rankingu ofert.

Przedstawiając argumentację uzasadniającą przyznanie większej liczby punktów w powyższych wymaganiach wskazał, co następuje.

a) Koncepcja wstępna wykonania funkcjonalności, o których mowa w pkt. 1 rozdziału 5 załącznika nr 2 do wzoru umowy – WYKAZ ZDEFINIOWANYCH MODYFIKACJI W AC Zamawiający wymagał:

1. Należy wykonać usługę Web service, która dla wskazanego przez Użytkownika systemu dziedzinowego pracodawcy i cudzoziemcy oraz planowanego okresu zatrudnienia cudzoziemca (daty od - do), umożliwi wyznaczenie na podstawie danych zawartych w AC i zwrócenie do systemu dziedzinowego następujących informacji:

• Informacje dotyczące pracodawcy:

- Dane identyfikacyjne pracodawcy.

- Liczba wszystkich decyzji w sprawie zezwoleń na wykonywanie pracy zarówno przez danego, jak i innych cudzoziemców, dotyczących wniosków, które zostały wniesione przez danego pracodawcę.

- Liczba decyzji w sprawie zezwoleń na wykonywanie pracy zarówno przez danego, jak i innych cudzoziemców, obowiązujących w okresie, którego dotyczy zapytanie, dotyczących wniosków, które zostały wniesione przez danego pracodawcę.

- Liczba wszystkich zarejestrowanych oświadczeń o zamiarze powierzenia wykonywania pracy obywatelowi Republiki Armenii, Republiki Białorusi, Republiki Gruzji, Republiki Mołdawii, Federacji Rosyjskiej i Ukrainy, odnoszących się zarówno do danego, jak i innych cudzoziemców, które zostały wniesione przez danego pracodawcę.

- Liczba zarejestrowanych oświadczeń o zamiarze powierzenia wykonywania pracy obywatelowi Republiki Armenii, Republiki Białorusi, Republiki Gruzji, Republiki Mołdawii, Federacji Rosyjskiej i Ukrainy, odnoszących się zarówno do danego, jak i innych cudzoziemców, obowiązujących w okresie, którego dotyczy zapytanie, które zostały wniesione przez danego pracodawcę.

- Czy pracodawca jest osobą posiadającą nadany status osoby bezrobotnej - w przypadku pracodawcy będącego osobą fizyczną należy sprawdzić, czy na dzień zadania zapytania posiada nadany status osoby bezrobotnej.

• Informacje dotyczące cudzoziemcy:

- Dane identyfikacyjne cudzoziemcy.

- Liczba wszystkich decyzji w sprawie zezwoleń na wykonywanie pracy przez danego cudzoziemca, dotyczących wniosków, które zostały wniesione zarówno przez danego jak i innych pracodawców.

- Liczba decyzji w sprawie zezwoleń na wykonywanie pracy przez danego cudzoziemca, obowiązujących w okresie, którego dotyczy zapytanie, dotyczących wniosków, które zostały wniesione zarówno przez danego jak i innych pracodawców.
- Liczba wszystkich zarejestrowanych oświadczeń o zamiarze powierzenia wykonywania pracy obywatelowi Republiki Armenii, Republiki Białorusi, Republiki Gruzji Republiki Mołdawii, Federacji Rosyjskiej i Ukrainy dotyczących danego cudzoziemca, które zostały wniesione zarówno przez danego jak i innych pracodawców.
- Liczba zarejestrowanych oświadczeń o zamiarze powierzenia wykonywania pracy obywatelowi Republiki Armenii, Republiki Białorusi, Republiki Gruzji, Republiki Mołdawii, Federacji Rosyjskiej i Ukrainy dotyczących danego cudzoziemca, obowiązujących w okresie, którego dotyczy zapytanie, które zostały wniesione zarówno przez danego jak i innych pracodawców.
- Liczba dni pracy danego cudzoziemcy w Polsce w ciągu ostatnich 12 miesięcy, Uczonych od dnia zadania zapytania, wynikająca z zarejestrowanych oświadczeń o zamiarze powierzenia wykonywania pracy obywatelowi Republiki Armenii, Republiki Białorusi, Republiki Gruzji, Republiki Mołdawii, Federacji Rosyjskiej i Ukrainy. W przypadku okresów pokrywających się, należy je uwzględnić w podsumowaniu jeden raz.

Następnie podniósł, że w koncepcji wstępnej wykonania funkcjonalności, o której mowa w pkt. 1 rozdziału 5 załącznika nr 2 do umowy, przyznano Qumak S.A. 5 punktów, mimo że zgodnie z wymogiem SIWZ (str. 3 SIWZ) Odwołujący wyczerpująco ujął w swojej Koncepcji wstępnej wszelkie wymogi Zamawiającego, tym samym Zamawiający powinien mi przyznać maksymalną liczbę punktów, tj. punktów 10.

Dokonując oceny oferty Odwołującego Zamawiający w dokumencie Indywidualna ocena ofert Qumak S.A. z dnia 20.10.2016 r. stwierdził, iż Wykonawca „przedstawił podstawowy przypadek użycia usługi Web service. Nie opisał alternatywnych przypadków użycia usługi Web service, które odzwierciedlałyby sposób jej działania w sytuacji wprowadzenia niewłaściwych danych wejściowych, niekompletności lub braku danych wyjściowych, itp. Ponadto Wykonawca dokonał uszczegółowienia tylko niektórych elementów zaproponowanej architektury rozwiązania. Wykonawca, co prawda wymienił zakres danych i przedstawił schematy struktur danych wejściowych i wyjściowych usługi Web service, ale nie wszystkie dane, które zaprezentowane zostały na schematach struktur danych wejściowych i wyjściowych, zostały opisane. Wykonawca nie zamieścił WSDL usługi - wskazał, iż jest on „do ustalenia na etapie analizy szczegółowej”. Wykonawca nie opisał również mechanizmu generowania, na podstawie danych zawartych w strukturach bazy danych AC, które zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez Zamawiającego mają być zwracane w ramach usługi,

poszczególnych liczba i informacji, co jest kluczowe z punktu widzenia tej funkcjonalności. Wykonawca ograniczył się do ogólnego sformułowania, iż „mechanizm obliczania danych wyjściowych dla zadanego zestawu wartości będzie uruchamiany w momencie wywołania usług”.

Dodatkowo w strukturach danych wejściowych Wykonawca nie uwzględnił niektórych danych identyfikacyjnych, jak np.: w odniesieniu do pracodawcy brak nr PESEL, a w odniesieniu do cudzoziemców brak nr i rodzaju dokumentu tożsamości. Wykonawca stwierdził, iż dane zostaną doprecyzowane na etapie analizy szczegółowej, mimo iż w odpowiedzi na pytanie nr 38 opublikowanej przez Zamawiającego w dniu 19.08.2016 r., Zamawiający wyraźnie wskazał, że „zakres danych identyfikacyjnych pracodawcy powinien zaproponować Wykonawca w oparciu o dokumentację AC”. (5 pkt).”

W tym miejscu Odwołujący podniósł, że Zamawiający w rozdziale 5 załącznika nr 2 do wzoru umowy wyraźnie wskazał, iż oczekuje przygotowania koncepcji wstępnej wykonania funkcjonalności, nie zaś projektu usługi, który wchodzi na wyższy poziom szczegółowości.

Odwołując się do stwierdzenia Zamawiającego, iż Wykonawca nie przedstawił alternatywnych przypadków użycia Web service, Odwołujący wskazuje, iż zgodnie z wymaganiami wynikającymi z pkt. 1 rozdziału 5 załącznika nr 2 o wzoru umowy, przedstawiona została wstępna koncepcję wykonania funkcjonalności. Obsługa sytuacji wyjątkowych, w tym błędy procesowe, biznesowe i techniczne zgodnie z procesem wytwórczym definiowane są na etapie analizy (błędy procesowe i biznesowe) oraz na etapie projektu technicznego (błędy techniczne).

Następnie odwołując się do zarzutu dotyczącego niekompletności opisu zakresu danych wejściowych i wyjściowych oraz stwierdzenia dotyczącego niekompletności struktury danych wejściowych, Odwołujący wskazał, iż oczekiwania, co do ww. zakresu danych nie zostały określone przez Zamawiającego w treści SIWZ. Tym samym niezrozumiałe są zarzuty Zamawiającego w przedmiotowym zakresie. Jak bowiem można zarzucać brak podania pewnych danych w ofercie wykonawcy w przypadku kiedy to nie wymagało się ich podania zgodnie z wymogami SIWZ?

Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, na diagramie znajdującym się w ofercie Odwołującego na stronie 52, Koncepcji nr 1 - Koncepcja wstępna wykonania funkcjonalności, o której mowa w pkt 1 rozdziału 5 załącznika nr 2 do umowy AC Procedura rozwoju została zaprezentowana koncepcja w pełni zgodna z oczekiwaniami Zamawiającego.

Odwołując się do braku WSDL, Wykonawca podkreśla, iż powyższe czynności wykonywane są na etapie analizy i projektu technicznego, nie zaś na etapie koncepcji wstępnej. W udostępnionej przez Zamawiającego dokumentacji nie zostały zamieszczone żadne pliki/wymogi w przedmiotowym zakresie. Ponadto Odwołujący wskazuje, iż co do braku innych elementów projektu technicznego (np. skryptów generujących schemat bazy danych) Zamawiający nie określił obligatoryjnych wymogów technicznych struktury koncepcji. Tym samym ciekawym jest fakt, iż pewne elementy zostały uznane przez Zamawiającego za obligatoryjne (pomimo braku takiego wymogu w SIWZ) a inne za zbędne, zapewne z uwagi właśnie na fakt, iż mamy do czynienia z koncepcją a nie projektem realizacyjnym.

W ocenie Odwołującego powyższe ma również analogiczne odniesienie to bezzasadnego zarzutu Zamawiającego dotyczącego braku opisu mechanizmu generowania na podstawie danych zawartych w strukturach bazy danych AC. Wykonawca podkreśla, iż powyższe czynności wykonywane są na etapie analizy i projektu technicznego, nie zaś na etapie koncepcji wstępnej.

W przypadku gdyby Wykonawca miał przygotować powyższe na podstawie dokumentacji przetargowej, nie możliwym jest ze 100% pewnością dokonanie opisu algorytmów nie znając „biznesowej” interpretacji danych znajdujących się w modelu bazy danych. Ponadto Wykonawca nie posiada informacji dotyczących jakości danych, które mogą wpływać na projekt algorytmu (np. czy zawsze uzupełniane są wszystkie pola danej encji?), gdyż constraintsy bazodanowe oraz aplikacyjne reguły walidacji nie zostały określone w dokumentacji przetargowej.

Odnosząc się do zarzutu braku nr PESEL Odwołujący wskazuje, iż w przypadku pracodawcy - jednoosobowych działalności gospodarczych, spółki cywilnej, spółek osobowych i spółek kapitałowych numer NIP jest numerem wspólnym (tzn. istniejącym dla każdego typu podmiotu) - identyfikatorem umożliwiającym jednoznaczne wskazanie danego podmiotu. Numer identyfikacji podatkowej jest numerem niepowtarzalnym i jedynym dla danego podmiotu, który ma go identyfikować dla celów podatkowych, nadawany na cały okres bytu danego podmiotu lub na całe życie. Wobec tego może służyć jako unikalny identyfikator umożliwiający jednoznaczne wskazanie podmiotu. Wskazanie przez Odwołującego numeru PESEL, jak podnosi Zamawiający w treści Indywidualne oceny oferty Wykonawcy Qumak S.A., nie stanowił wymagania SIWZ. Ponadto Qumak S.A. podkreśla, iż nr PESEL jest identyfikatorem określającym osobę fizyczną. Osoba fizyczna zgodnie z Polskim prawem może być pracodawcą zatrudniając w oparciu o umowę o pracę lub umowę cywilnoprawną.

W tej sytuacji jest zobligowana do opłacania zaliczek na podatek dochodowy oraz składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, wobec czego musi mieć nadany numer NIP do celów identyfikacji podatkowej. Numer PESEL jest w tej sytuacji nadmiarowy, gdyż sam nr NIP wystarczy do jednoznacznego wskazania podmiotu, tym samym spełniony jest wymóg wskazany przez Zamawiającego w zakresie danych identyfikujących pracodawcę (tj. 1 pkt. 1 rozdziału 5 załącznika nr 2 do umowy).

Ponadto Odwołujący podkreślił, iż zgodnie z pryncypium „Service Abstraction” projektowania zorientowanego na usługi zakres informacji do określenia w kontrakcie usługi jest ograniczony do niezbędnego minimum umożliwiającego efektywne korzystanie z usługi bez podawania danych nadmiarowych.

W przypadku identyfikacji cudzoziemca - wybór danych identyfikujących cudzoziemca był podyktowany utrzymaniem spójności z obecnie zaimplementowanym rozwiązaniem:

- cudzoziemiecPobierz - usługa zwracająca dane cudzoziemca z Aplikacji Centralnej

W ocenie Odwołującego utrzymanie spójności jest podyktowane projektowaniem zgodnym z pryncypiami SOA, a w tym przypadku konkretnie pryncypium "Standardized service contract", które zaleca utrzymanie jednorodnych "kontraktów usług" oraz modeli danych. Ponadto drugi webservice umożliwiający podanie danych dotyczących cudzoziemca "cudzoziemiecWeryfikacja" posiada strukturę danych określoną w pliku AcZasilanie_3.0.xsd, który nie został dostarczony w ramach dokumentacji do systemu AC w tym postępowaniu (Uwaga wewnętrzna: ten plik był dostarczony w ramach przetargu na Viator-a).

Jak wskazał następnie Odwołujący dokumentacja projektowa nie wskazuje systemu, dla którego web service jest projektowany. W bazie danych „cudzoziemiec” faktycznie jest identyfikowany krótką [typ dokumentu, numer dokumentu]. Projektując usługę nie należy jednak kierować się modelem fizycznym, gdyż zgodnie z zasadą enkapsulacji nie powinno się ujawniać implementacji stronom, które korzystają z usług zdefiniowanych poprzez abstrakcyjny kontrakt. Ponadto należy jeszcze raz podkreślić, iż w treści SIWZ Zamawiający nie wskazał modelu dziedziny, który miałby określać jakie atrybuty są danymi identyfikacyjnymi dla danych encii (pracodawca oraz cudzoziemiec).

W dalszej części uzasadnienia zostało wskazane, że zgodnie z odpowiedzią na pytanie 38 Zamawiający oczekiwał de facto propozycji rozwiązania - koncepcji ze strony Wykonawcy, która została przez Odwołującego przygotowana w oparciu o otrzymaną w ramach przetargu dokumentację oraz najlepszą wiedzę i doświadczenia Wykonawcy, a także powszechnie przyjęte praktyki rynkowe. Odwołujący jeszcze raz wskazuje, iż w odpowiedzi na pytanie nr

38 opublikowanej przez Zamawiającego w dniu 19 sierpnia 2016 r. Zamawiający wskazał jedynie w oparciu o jakie dokumenty ma być przygotowana koncepcja a nie sposób jej przygotowania. Zgodnie z treścią przedmiotowej odpowiedzi:

„zakres danych identyfikacyjnych pracodawcy powinien zaproponować Wykonawca w oparciu o dokumentację AC.”

Odwołujący wskazał ponadto, że jego oferta została przygotowana w oparciu o przedmiotową dokumentację, tym samym zarzut ze strony Zamawiającego niespełniania przedmiotach wymagań i przyznania w tym zakresie (5 pkt) jest całkowicie bezpodstawny. Zamawiający nie może bowiem interpretować zapisów SIWZ w sposób dowolny - takowe działanie Zamawiającego stałoby w sprzeczności z obowiązującymi przepisami prawa.

b) Koncepcja wstępna wykonania funkcjonalności, o których mowa w pkt. 2 rozdziału 5 załącznika nr 2 do wzoru umowy - W ramach ekranu „Podstawowe dane statystyczne z zakresu danych gromadzonych w AC”

Zgodnie z treścią powyżej wskazanych wymagań SIWZ, Zamawiający wskazał:

W ramach ekranu „Podstawowe dane statystyczne z zakresu danych gromadzonych w AC”:

- W sekcji „Dane dotyczące pracodawców” należy dołożyć następujące pola, które powinny być wyznaczone w oparciu o dane istniejące w bazie danych AC:
 - Liczba pracodawców posiadających decyzje w sprawie zezwoleń na wykonywanie pracy przez cudzoziemców.
 - Liczba pracodawców posiadających obowiązujące decyzje w sprawie zezwoleń na wykonywanie pracy przez cudzoziemców.
 - Liczba pracodawców posiadających zarejestrowane oświadczenia o zamiarze powierzenia wykonywania pracy obywatelowi Republiki Armenii, Republiki Białorusi, Republiki Gruzji, Republiki Mołdawii, Federacji Rosyjskiej i Ukrainy.
 - Liczba pracodawców posiadających obowiązujące zarejestrowane oświadczenia o zamiarze powierzenia wykonywania pracy obywatelowi Republiki Armenii, Republiki Białorusi, Republiki Gruzji, Republiki Mołdawii, Federacji Rosyjskiej i Ukrainy.
 - Liczba pracodawców posiadających zarówno decyzje w sprawie zezwoleń na wykonywanie pracy przez cudzoziemców jak i oświadczenia o zamiarze powierzenia wykonywania pracy obywatelowi Republiki Armenii, Republiki Białorusi, Republiki Gruzji, Republiki Mołdawii, Federacji Rosyjskiej i Ukrainy.

- Liczba pracodawców posiadających zarówno obowiązujące decyzje w sprawie zezwoleń na wykonywanie pracy przez cudzoziemców jak i oświadczenia o zamiarze powierzenia wykonywania pracy obywatelowi Republiki Armenii, Republiki Białorusi, Republiki Gruzji, Republiki Mołdawii, Federacji Rosyjskiej i Ukrainy.

• W sekcji „Dane dotyczących cudzoziemców” należy dołożyć następujące pola, które powinny być wyznaczone w oparciu o dane istniejące w bazie danych AC:

- Liczba cudzoziemców, którzy w ciągu ostatnich 12 miesięcy wykonywali pracę dłużej niż 6 miesięcy (na podstawie zarejestrowanych oświadczeń o zamiarze powierzenia wykonywania pracy obywatelowi Republiki Armenii, Republiki Białorusi, Republiki Gruzji, Republiki Mołdawii, Federacji Rosyjskiej i Ukrainy).

W dalszej części uzasadnienia zostało podniesione, iż w ramach oceny Koncepcji wstępnej wykonania funkcjonalności, o których mowa w pkt. 2 rozdziału 5 załącznika nr 2 do umowy przyznano Qumak S.A. 5 punktów, mimo że zgodnie z wymogiem SIWZ (str. 3 SIWZ) wyczerpująco zostały wskazane wszelkie wymagania Zamawiającego zasługujące na przyznanie 10 punktów.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający w dokumencie Indywidualna ocena oferty Odwołującego z dnia 20.10.2016 r. stwierdził, że *konceptcja wstępna dotycząca funkcjonalności, o której mowa w pkt 2 rozdziału 5 załącznika nr 2 do wzoru umowy, zawarta na stronach od 61 do 69 oferty, jest w pełni zgodna z wymaganiami Zamawiającego i zawiera niektóre z wymaganych elementów opisu funkcjonalności. W koncepcji brak kompletności opisu w zakresie jednego z dwóch przypadków użycia oraz architektury rozwiązania. W koncepcji wstępnej Wykonawca przedstawił zmiany w zakresie warstwy prezentacyjnej, tj. pól, które będą musiały zostać dołożone do ekranu „Podstawowe dane statystyczne z zakresu danych gromadzonych w AC” oraz zakres zmian w strukturach bazy danych. Wykonawca nie opisał natomiast mechanizmu wyznaczenia, na podstawie danych zawartych w strukturach bazy danych AC, które zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez Zamawiającego mają być prezentowane w polach dołożonych do ww. ekranu, poszczególnych liczb, co jest kluczowe z punktu widzenia funkcjonalności. Wykonawca opisał tylko w sposób ogólny, że „zostaną dodane metody umożliwiające obliczenie wartości przedstawionych w wymaganiu”. (5 pkt).*

Odwołujący odnosząc się do stwierdzenia Zamawiającego, iż w koncepcji Wykonawcy brak jest kompletności opisu w zakresie jednego z dwóch przypadków użycia oraz architektury podniósł, że Zamawiający w pkt. 2 rozdziału 5 załącznika nr 2 do wzoru umowy wyraźnie

wskazał, iż oczekuje przygotowania koncepcji wstępnej wykonania funkcjonalności, polegających na dołożeniu pól do następujących sekcji:

- Dane dotyczące pracodawców;
- Dane dotyczące cudzoziemców.

Wykonawca przedstawił w przedłożonej koncepcji zmiany polegające na modyfikacji zgodnie z trójwarstwowym podziałem aplikacji:

- warstwy prezentacyjnej (mieszczącej widoki i kontrolery) ekranu Podstawowe dane statystyczne z zakresu danych gromadzonych w AC i rozszerzeniu jej o nowe pola
- warstwy logiki biznesowej (usług), czyli klas korzystających z niższej warstwy (persystencji) oraz z innych klas w tej samej warstwie
- warstwy persystencji, czyli wszystkich klas odpowiedzialnych za pobieranie i zapisywanie danych w bazie danych

W ocenie Odwołującego założenia wstępnej koncepcji zostały spełnione. Odwołujący wykonał niezbędne prace analityczne polegające na opisanu przypadków użycia związanych z wyszukiwaniem danych statystycznych z wykorzystania AC oraz generowaniem statystyk, obrazujące wyświetlenie oczekiwanych przez Zamawiającego modyfikacji, a co za tym idzie ich późniejszą realizację. Ponadto wprowadził zmiany w warstwie prezentacyjnej, obrazując wprowadzone modyfikacje na ekranie „Podstawowe dane statystyczne z zakresu danych gromadzonych w AC”.

Odwołujący wykonał prace architektoniczne polegające na opisanu modyfikacji warstwy logiki biznesowej oraz warstwy persystencji. Dodatkowo w ofercie Odwołującego zostały opisane zmiany fizycznego modelu danych dla tabeli AD_STATYSTYKA zawierającej dane statystyczne z działania systemu AC rozszerzające ją o nowe pola.

Jak wskazał Odwołujący Zamawiający w ocenie przedłożonej koncepcji zarzuca Wykonawcy brak mechanizmu wyznaczania danych, na podstawie danych zawartych w strukturach bazy danych AC. Niemniej jednak, w ocenie Odwołującego, zgodnie z w pkt. 2 rozdziału 5 załącznika nr 2 do wzoru umowy Zamawiający nie wymaga przedstawienia w koncepcji mechanizmu wyznaczania ww. danych, a jedynie wstępną koncepcję wykonania funkcjonalności polegającą na dołożeniu pól, które powinny być wyznaczone w oparciu o dane istniejące w bazie danych AC.

Odwołujący podniósł, że zastosował się do wymagań Zamawiającego wynikających z pkt. 2 rozdziału 5 załącznika nr 2 do wzoru umowy i przedstawił pełną koncepcją funkcjonalności

določenia pól, które powinny być wyznaczone w oparciu o dane istniejące w bazie danych AC. Tym samym w powyższym zakresie koncepcja przedstawiona przez Odwołującego jest w pełni zgodna z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w treści SIWZ i winna zostać oceniona na 10 punktów.

Podsumowując swoje rozważania na temat niewłaściwej oceny poszczególnych opisów w ofercie Qumak S.A., Odwołujący wskazuje, że jedną z najistotniejszych czynności dokonywanych przez zamawiającego w celu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia i kryterium oceny ofert. Podstawową zasadą prowadzenia postępowań w ramach zamówień publicznych jest zasada równości, neutralności oraz zakaz wprowadzenia w postępowaniu zasad utrudniających uczciwą konkurencję. Zasady te podkreśla orzecznictwo KIO oraz sądowe, gdzie odwołujący przykładowo wskazał na następujące orzeczenia:

- *„Opis przedmiotu zamówienia jest jednym z najistotniejszych elementów przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający winien opisać przedmiot zamówienia, w taki sposób, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, jaki produkt oraz na jakich warunkach mogą zaoferować, aby spełniał on wymagania SIWZ. Niezbędne jest, aby opis przedmiotu zamówienia był sporządzony w sposób jasny, zrozumiały i zawierający wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty.”* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2012 r., sygn. akt: KIO 136/12).

Podniósł, że Prawo Zamówień Publicznych jednoznacznie definiuje również zasadę zachowania uczciwej konkurencji przy tworzeniu przez Zamawiających kryteriów oceny ofert. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 czerwca 2013 r. KIO 1314/13:

„Z treści przepisu art. 91 p.z.p. wynika, iż kryteria oceny ofert mogą dotyczyć wyłącznie przedmiotu zamówienia. Chociaż lista kryteriów nie jest listą wyczerpującą i zamawiający może określić własny zestaw kryteriów, to kryteria nie mogą być dowolne i uznaniowe ani dawać zamawiającemu nieograniczonej swobody arbitralnego wyboru oferty. Kryteria muszą być sformułowane obiektywnie, odnosić się wyłącznie do przedmiotu zamówienia i należy je stosować jednakowo wobec wszystkich oferentów.

Treść i konfiguracja kryteriów oceny ofert przetargowych podyktowane być powinny interesami publicznymi, artykułowanymi jedynie przez organizatora przetargu. W przypadku przetargów o zamówienia publiczne kryteria wyboru ofert dobierane być muszą dla selekcji zapewniającej wybór rzeczywiście najkorzystniejszej publicznie oferty zgodnie z ewentualnie obowiązującymi w tym zakresie przepisami, w szczególności ustawy o finansach publicznych.

Kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej powinny mieć bezpośredni związek z ekonomicznymi interesami zamawiającego, nie wykonawcy. Będą one pewnym przejawem zbilansowanych interesów zamawiającego: w zależności od tego, jaką wagę procentową przypisze cenie, a jaką pozostałym kryteriom odnoszącym się do przedmiotu zamówienia, tak należy rozumieć jego interesy ekonomiczne w danym zamówieniu.

Sposób oceny poszczególnych kryteriów oceny, wskazany przez Zamawiającego w SIWZ jest niezgodny z Ustawą Pzp, bowiem pozwala Zamawiającemu na dokonanie arbitralnej oraz nieweryfikowalnej oceny w ramach tego kryterium. Qumak S.A. zarzuca, że Zamawiający nie posługuje się wystarczająco jednoznacznymi i precyzyjnymi kryteriami. Punktacja przyznana przez Zamawiającego wynika jedynie z jemu wyłącznie znanych powodów, dokonywana jest według znanych wyłącznie Zamawiającemu zasad. Zamawiający w Indywidualnej ocenie ofert wskazał, iż Wykonawca Qumak S.A. nie podał nr PESEL, podczas gdy jako jeden z wymogów wskazał wymóg podania danych identyfikujących pracodawcę. Widać zatem, że Zamawiający dokonał arbitralnej oceny z zagrożeniem dla zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia z zachowaniem uczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazuje, iż punkty nie mogą być przyznawane uznaniowo, bez odwołania się do wymiernych kryteriów oceny. Podobny pogląd odzwierciedla orzecznictwo KIO, choćby w wyroku o sygn. akt: KIO 1312/12. gdzie Izba wskazała, że mimo, iż zastosowanie kryterium jakościowo - techniczne, które jest niewątpliwie niemierzalne, zawsze wiąże się z pewną subiektywną oceną członków komisji przetargowej. Jednak sposób oceny ofert kryterium techniczno-jakościowego powinien być tak skonstruowany, aby możliwie maksymalnie ograniczyć subiektywne odczucia i osobiste preferencje oraz zapewnić zobiektywizowaną ocenę jakości zaproponowanego rozwiązania. (...) Dodatkowo takie skonstruowanie oceny ofert stwarza obawy, że zamawiający będzie dokonywał oceny ofert nie tylko wyłącznie w oparciu o zasady określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale będzie oceniał oferty pomiędzy sobą, co jest niedopuszczalne.

Odwołujący zwrócił szczególną uwagę na ostatnie zdanie z przywołanego wyżej orzeczenia, które podziela jego obawy również w przedmiotowym postępowaniu. Brak sprecyzowanych zasad oceny może zachęcać do dokonywania tego typu porównań.

„Zamawiający nie może oceniać oferty w kategoriach zgodności lub niezgodności ze swoimi intencjami, które nie zostały w sposób jasny dookreślone w SIWZ. Opierając ocenę ofert wyłącznie o swoje intencje doprowadzić może do dowolności, która stoi w sprzeczności z zasadami zamówień publicznych wskazanymi w treści art. 7 p.z.p.” (wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2012 r., KIO 51/12).

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie może wywodzić z niejasnych zapisów w zakresie kryteriów oceny ofert negatywnych konsekwencji dla wykonawcy przy ocenie czy spełnia on postawione wymagania. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lipca 2014 r. o sygn. KIO 1339/14:

„Nie można zastąpić opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu postanowieniem, które zostało zamieszczone jako element opisu przedmiotu zamówienia, i to wyłącznie w treści SIWZ. Z porównania art. 36 ust. 1 pkt 5 i art. 41 pkt 7 p.z.p. wynika, że określenie warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny ich spełniania stanowi obligatoryjny element zarówno SIWZ, jak i ogłoszenia o zamówieniu. Uznanie za obowiązujący warunku, który nie został ujawniony w sposób wymagany przepisami p.z.p., oznaczałoby, że postępowanie o udzielenie zamówienia obarczone jest poważną wadą. Brak opisu sposobu oceny warunku udziału w postępowaniu w ogłoszeniu, czy też swoiste ukrycie go w SIWZ pod przebraniem tzw. warunku przedmiotowego stanowi naruszenie powyższych przepisów p.z.p.”

Powyższe wskazuje wyraźnie, iż działania Zamawiającego w niniejszej sprawie naruszają przepisy prawa. Zamawiający nie może bowiem definiować kryteriów oceny opisów załączanych do ofert po ogłoszeniu SIWZ. *„To na etapie konstruowania treści SIWZ zamawiający winien dołożyć należytej staranności i wyeliminować w stopniu możliwie najwyższym wszelkie niejasności i nieprecyzyjne zapisy, tak aby podczas badania i oceny ofert wyeliminować element subiektywnej oceny”* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lipca 2014 r. KIO 1389/14). Zamawiający, w ocenie Odwołującego, nie ma prawa wywodzić w chwili obecnej negatywnych skutków wobec Wykonawcy za niejednoznaczność opisanych wymagań w SIWZ.

W zaistniałej sytuacji Wykonawca jest zobligowany wskazać, iż wymóg jednoznaczności opisu nakazuje Zamawiającemu stosowanie zapisów konkretnych i niebudzących wątpliwości interpretacyjnych. Wobec powyższego Odwołujący powinien uzyskać, co najmniej 10 punktów za Kryterium 2 Koncepcja występną wykonania funkcjonalności, o których mowa w pkt 1 i 2 rozdziału 5 załącznika nr 2 do wzoru Umowy.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia oferty wykonawcy Sygnity S.A. i Softiq Sp. z o. o. Odwołujący zarzuca, że Zamawiający bezpodstawnie utrzymał zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oferty Sygnity S.A. w zakresie Wykazu Osób stanowiący Załącznik nr 3 do SIWZ, dwóch koncepcji wymaganych w treści SIWZ, oraz Softiq Sp. z o. o. w zakresie Wykazu Osób stanowiący Załącznik nr 3 do SIWZ, Wykazu Usług stanowiący Załącznik nr 2 do SIWZ, dwóch koncepcji wymaganych w treści SIWZ.

Zdaniem Odwołującego w/w zastrzeżone przez wykonawców Sygnity S.A. oraz Softiq Sp. z o. o. dokumenty nie mają szczególnego charakteru zawierającego niepowtarzalne dane danego przedsiębiorcy o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym, nie zawierają informacji znanych tylko temu wykonawcy, a mają raczej na celu uniemożliwienie Odwołującemu dokonania oceny oferty konkurencji.

Odwołujący wyjaśnił, że koncepcja wstępna została przez każdego z wykonawców przygotowana według wzoru ściśle podanych przez Zamawiającego założeń opisanych w treści SIWZ. Wykonawcy składając ofertę postępować mogli wyłącznie oferując produkty spełniające ściśle określone i konkretne wymagania SIWZ.

Dowód:

- wymagania SIWZ opisane w Koncepcji występnego wykonania funkcjonalności, o których mowa w pkt 1 i 2 rozdziału 5 załącznika nr 2 do wzoru Umowy (w aktach postępowania)

Zdaniem Odwołującego zastrzeżone informacje nie są niepowtarzalne i nie można stwierdzić, iż stanowią know-how przedsiębiorstwa, szczególne dane techniczne/technologiczne przedsiębiorcy i mogą mieć dla niego konkretną i istotną wartość gospodarczą, którą można wycenić dokonując np. wyceny przedsiębiorstwa.

W niniejszej sprawie, w ocenie Odwołującego, informacje zastrzeżone przez Sygnity S. A. oraz Softiq Sp. z o. o. nie zawierają takich informacji, które stanowią określoną wartość handlową dla tych spółek.

W szczególności:

- wykaz usług (por. wyrok z 12 stycznia 2015 r.; sygn. akt KIO 2784/14);
- wykaz osób (bowiem specjaliści z wykazu, co do zasady, upubliczniają swoje doświadczenie i wiedzę, np. poprzez osiągnięcia zawodowe, pracę naukową, publikacje bądź w celu uzyskania kolejnych zleceń);

- wybrane rozwiązania techniczne (skoro te rozwiązania techniczne są jednakowe dla wszystkich ubiegających się o to zamówienie i zostały narzucone w SIWZ, a tym samym nie są poufne skoro znają je wszyscy wykonawcy);
- oryginalność koncepcji (w tym postępowaniu w ogóle nie można mówić o jakiegokolwiek oryginalności koncepcji skoro wszystkie wymagania są z góry narzucone przez zamawiającego w SIWZ i znane wszystkim wykonawcom).

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z art. 8 ust. 1 Ustawy Pzp zasadą postępowania o udzielenie zamówienia jest jego jawność, a odstępianie od niej jest możliwe tylko i wyłącznie wówczas, gdy przepis szczególny tak stanowi. Niewątpliwie przepisem takim jest art. 8 ust. 3 Ustawy Pzp. Konsekwencją tego, że jawność postępowania jest zasadą jest także to, że wszystkie wyjątki, w tym ten określony w art. 8 ust. 3 Pzp nie mogą być interpretowane rozszerzająco, a muszą być rozumienie ściśle. W związku z tym, że przepisy ustawy Pzp nie określają, co należy rozumieć przez tajemnicę przedsiębiorstwa i odsyłają w tym zakresie do przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odnieść się należy do art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którym *„Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.”*

W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, bezsporne jest, że aby uznać określoną informację za tajemnicę przedsiębiorstwa, musi ona posiadać łącznie trzy cechy:

- mieć charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny,
- być tajemnicą, co oznacza, że nie została ujawniona do publicznej wiadomości,
- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Uwzględniając powyższe Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że wykonawca nie może zastrzegać określonych danych w sposób dowolny. Zastrzeżenie tajemnicy, jak już wyżej zauważono, ma charakter wyjątkowy, jako odstępstwo od zasady jawności postępowania. Z tego też względu Zamawiający nie może polegać wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy, tym bardziej, że naturalną skłonnością wykonawców jest próba chronienia się przed ujawnieniem określonych elementów oferty, a często informacji zawartych w specyfikacjach technicznych, tak aby utrudnić konkurencji wgląd w weryfikację oferowanego przedmiotu zamówienia. Zamawiający w każdym przypadku powinien żądać od wykonawcy wykazania się zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony (tak np. KIO w wyroku z dnia 31.03.2009 r.; KIO/UZP 338/09).

W niniejszym przypadku, zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie zweryfikował prawidłowości tych zastrzeżeń. Wykonawca wskazuje, że badanie skuteczności zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy do obowiązków zamawiającego (tak uchwała Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r., III CZP 74/05), a nie jest jedynie jego uprawnieniem. W przypadku stwierdzenia, że nie było dopuszczalne zastrzeżenie tajemnicy określonych informacji, zamawiający powinien ujawnić zastrzeżone informacje.

Odwołujący wskazał ponadto, że Krajowa Izba Odwoławcza (KIO) w wyroku z dnia 26 stycznia 2012 r. (KIO 100/12) stwierdziła, że podstawą do utajnienia oferty nie mogą być ogólnikowe oświadczenia wykonawców w sprawie powodów utajnienia, zaś Zamawiający musi każdorazowo dogłębnie zbadać, czy zastrzeżona oferta rzeczywiście zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa. W ten sposób gwarantowana jest jawność, jako podstawowa zasada prawa zamówień publicznych, zapewniająca rzeczywistą konkurencję przy ubieganiu się o takie zamówienia.

Zdaniem Odwołującego podkreślenie także wymaga to, że w każdym przypadku, gdy wykonawca decyduje się zastrzec określone informacje, jako poufne, powinien wykazać Zamawiającemu, że zrobił to w sposób uprawniony, to znaczy wyjaśnić, na czym polega wartość handlowa określonych informacji. W przypadku ewentualnego postępowania odwoławczego dotyczącego zasadności utajnienia określonych danych to właśnie na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że zastrzeżone przez niego informacje są tego rodzaju, że wpisują się w definicję tajemnicy przedsiębiorstwa.

Biorąc pod uwagę powyższe, niezależnie od tego czy wykonawca podjął środki ostrożności, mające na celu zachowanie wykazów w tajemnicy, zdaniem Odwołującego zastrzeżona część oferty w/w wykonawców nie może być uznana za skutecznie zastrzeżoną, jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż przesłanki z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji muszą być spełnione łącznie, jako nie posiadający wartości gospodarczej, charakteru technicznego, technologicznego ani autorskiego, nie mogą być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie wywiązał się w sposób należyty z nałożonych na niego przez ustawodawcę obowiązków. W sposób bezkrytyczny przyjął zarówno treść

oświadczeń wykonawców o zastrzeżeniu tajemnicy jak i bez głębszej analizy zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów, uznał, że te zastrzeżenia są prawidłowe.

W dodatku Odwołujący zarzucił, że uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa zawarte w ofercie Sygnity S.A. oraz Softiq Sp. z o. o., z pewnością w większości stanowi swoistą kompilację fragmentów aktów prawnych, orzecznictwa oraz opinii prawnych odnoszących się do tematyki tajemnicy przedsiębiorstwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tego typu ogólne wyjaśnienia, mogłyby zostać dołączone do praktycznie każdej informacji zastrzeganej przez Wykonawcę. Brak w nich faktycznego, merytorycznego odniesienia do zastrzeżonych informacji, w szczególności nie określają, jaką i dlaczego niosą ze sobą wartość gospodarczą oraz czy mają charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny przedsiębiorstwa. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 22 listopada 2013 r. (KIO 2602/13) wskazała, iż *„o tym czy dane informacje rzeczywiście posiadają wartość gospodarczą, nie decyduje subiektywne przekonanie przedsiębiorcy lecz kryteria obiektywne”*.

Wniosek dowodowy:

Odwołujący, ze względu na to, że Sygnity S.A. oraz Softiq Sp. z o. o. zastrzegli jawność swoich ofert w ww. zakresie, wnosi o przeprowadzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą dowodu z oferty i wyjaśnień Sygnity S.A. oraz Softiq Sp. z o. o. na okoliczność, że Sygnity S.A. oraz Softiq Sp. z o. o. nie uzasadnili w wystarczającym stopniu podstaw do zastrzeżenia danej części swojej oferty tajemnicą przedsiębiorstwa, zgodnie z wymaganiami art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

W związku z tym w ocenie Odwołującego Sygnity S.A. oraz Softiq Sp. z o. o. nie udowodnili, że uzasadnienie do objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa, jak i same oferty w przedmiotowym zakresie stanowią jej tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zarzut naruszenia art. 7 ust 1 Ustawy Pzp

Zgodnie z art. 7 ust. 1 PZP Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Jak wskazuje się w doktrynie zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. „Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących

się w tej samej lub podobnej sytuacji nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców." (M. Stachowiak [w] W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak Prawo zamówień publicznych. Komentarz. LEX, 2010.)

Zdaniem KIO zasada równego traktowania wykonawców polega na traktowaniu wykonawców w jednakowy sposób (bez preferowania jednych i dyskryminowania innych), co do dostępności informacji o postępowaniu, warunków udziału, wymaganych dokumentów, czyli na przykładaniu tej samej miary do każdego wykonawcy (KIO w wyroku z dnia 11 stycznia 2012 r., KIO 2816/11).

Zdaniem Odwołującego w niniejszej sprawie Zamawiający naruszył tą zasadę, co znajduje potwierdzenie w zarzutach i uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Odwołujący zarzuca, że Zamawiający dokonał subiektywnej, stronniczej oceny jego oferty w zakresie oceny oferty Odwołującego i w konsekwencji przyznał Odwołującemu niższą punktację niż wynika to z treści złożonej oferty.

Z uwagi na powyższe odwołanie jest w pełni uzasadnione.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Odwołującego oraz ofertami wykonawców Sygnity S.A. i Softiq Spółka z o.o., korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie kwestionuje liczbę punktów przyznanych jego

ofercie przez Zamawiającego w ramach kryterium pozacenowego. W przypadku zaś uwzględnienia odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, gdyż jego oferta zostałaby uznana za ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ wraz z dokumentacją zawierającą opis przedmiotu zamówienia (w tym dokumentem zatytułowanym „Fizyczny model danych Aplikacji Centralnej”), oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego i wykonawców Sygnity S.A. oraz Softiq Spółka z o.o., jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego.

Izba dopuściła również i przeprowadziła dowody z dokumentów zgłoszone przez Odwołującego (informacje ze stron internetowych dotyczące personelu wykonawców Sygnity oraz Softiq, jak również informacje odnoszące się do realizacji przez wykonawcę Sygnity projektów na rzecz Zamawiającego), jak również definicję procesu Rational Unified Process (RUP).

W związku z argumentacją Odwołującego referującą do ogólnych zasad projektowania Izba przeprowadziła i poddała również ocenie dowody zgłoszone przez Zamawiającego i Przystępującego obejmujące fragmenty następujących publikacji odnoszących się do projektowania:

- M. Śmiałek. Zrozumieć UML 2.0. Metody modelowania obiektowego, wyd. Helion;
- K. Sacha. Inżynieria oprogramowania. Wydawnictwo Naukowe PWN;
- S. Wrycza, B. Marcinkowski, K. Wyrzykowski. Język UML 2.0 w modelowaniu systemów informatycznych, wyd. Helion;
- G. Booch, J. Rumbaugh, I. Jacobson. UML przewodnik użytkownika. Unified Modeling Language.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba ustaliła (Rozdział 3 SIWZ zatytułowany „Opis przedmiotu zamówienia”), iż przedmiotem niniejszego zamówienia jest:

3.1. Przedmiot zamówienia stanowią usługi dotyczące Aplikacji Centralnej (AC), w zakresie:

- 1) rozwoju;
- 2) administrowania oraz usuwania awarii i błędów;
- 3) wsparcia użytkowników (hot-line).

Następnie Izba ustaliła, iż wśród postanowień SIWZ znajduje się uwaga stanowiąca, że na potrzeby sporządzenia ofert Zamawiający dopuszcza możliwość udostępnienia w postaci elektronicznej dokumentacji AC:

- Aplikacja Centralna (AC) podręcznik administratora
- Aplikacja Centralna (AC) podręcznik użytkownika
- Interfejsy komunikacyjne Aplikacji Centralnej
- Fizyczny model danych Aplikacji Centralnej

Udostępnienie powyższej dokumentacji nastąpi na wniosek Wykonawcy. (...)

3.2. Szczegółowe informacje dotyczące opisu, zakresu i warunków realizacji przedmiotu zamówienia określa załącznik nr 4 do SIWZ – wzór umowy, wraz z załącznikami.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w treści SIWZ dokonał następujących ustaleń odnoszących się do pozacenowych kryteriów oceny ofert (w ramach kryterium nr 2):

2. Opis sposobu przygotowania oferty.

2.5. Wykonawca obowiązany jest sporządzić i złożyć wraz z ofertą, opatrzone podpisem osoby uprawnionej, o której mowa w pkt 1.1 ppkt 3 SIWZ, dwie koncepcje:

- 1) Koncepcję wstępną wykonania funkcjonalności, o której mowa w pkt 1 rozdziału 5 załącznika nr 2 do wzoru umowy;
- 2) Koncepcję wstępną wykonania funkcjonalności, o której mowa w pkt 2 rozdziału 5 załącznika nr 2 do wzoru umowy.

Na podstawie złożonych ww. koncepcji Zamawiający dokona oceny i porównania złożonych ofert w kryterium nr 2, o którym mowa w pkt 12.3.3. SIWZ.

Następnie Izba ustaliła, iż Zamawiający zawarł pod numerem 12 SIWZ rozdział zatytułowany „Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert”, w ramach którego określił następujące wymagania w kolejnych punktach :

12.1. Zamawiający dokona oceny ofert na podstawie niżej zdefiniowanych kryteriów i przypisanego im znaczenia (wagi).

12.2. Dla dokonania oceny ofert waga w kryteriach oceny określona w procentach zostanie przeliczona na punkty: 1 procent odpowiada 1 punktowi. Oceniane będą oferty niepodlegające odrzuceniu.

12.3. Sposób oceny ofert

12.3.1. Wszystkie obliczenia dokonywane będą z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

12.3.2. Kryterium nr 1: cena oferty (Co) – waga 60%:

12.3.2.1. W kryterium nr 1 oferta może uzyskać do 60 punktów; oferta z najniższą ceną otrzyma 60 pkt, a pozostałe oferty zostaną ocenione wg następującego wzoru:

$$Co = \frac{Comin}{Cobad} \times 60$$

gdzie:

Co – liczba uzyskanych punktów w kryterium nr 1

Comin – cena z VAT oferty z najniższą ceną

Cobad – cena z VAT oferty badanej

12.3.3. Kryterium nr 2: Koncepcje wstępne wykonania funkcjonalności, o których mowa w pkt. 1 i 2 rozdziału 5 załącznika nr 2 do wzoru umowy – waga 20%.

12.3.3.1. Zamawiający dokona oceny w ww. kryterium na podstawie złożonych wraz z ofertą – wymaganych zgodnie z pkt 2.5. SIWZ – dwóch koncepcji:

1) Koncepcji wstępnej wykonania funkcjonalności, o której mowa w pkt 1 rozdziału 5 załącznika nr 2 do wzoru umowy;

2) Koncepcji wstępnej wykonania funkcjonalności, o której mowa w pkt 2 rozdziału 5 załącznika nr 2 do wzoru umowy.

12.3.3.2. Punkty zostaną przyznane indywidualnie przez członków Komisji przetargowej – przedstawicieli departamentu merytorycznego, a następnie zostanie obliczona średnia (z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku), która stanowić będzie ocenę oferty w tym kryterium.

12.3.3.3. Każda ze złożonych koncepcji zostanie oceniona odrębnie w ramach dwóch podkryteriów opisanych w pkt 12.3.3.4.

12.3.3.4. W ramach każdej koncepcji wstępnej wykonania funkcjonalności ocenie podlegać będzie:

- 1) zapewnienie zgodności koncepcji z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego odpowiednio w pkt 1 i 2 rozdziału 5 załącznika nr 2 do wzoru umowy (podkryterium nr 1);
- 2) zapewnienie w koncepcji kompletności jej opisu, w tym (o ile dotyczy): w zakresie ekranów, usług Web service, struktur bazy danych oraz przypadków użycia (podkryterium nr 2).

12.3.3.5. Każda oceniana koncepcja wstępna wykonania funkcjonalności może otrzymać 0, 5 lub 10 pkt przy czym, jeżeli którakolwiek z dwóch ocenianych koncepcji uzyska 0 pkt, będzie to stanowiło podstawę do odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Brak którejkolwiek z dwóch ocenianych koncepcji będzie również podstawą do odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Lp. Kryterium oceny Waga (%) Liczba możliwych do uzyskania punktów

Koncepcje wstępne wykonania funkcjonalności, o których mowa w pkt. 1 i 2 rozdziału 5 załącznika nr 2 do wzoru umowy - do 20 punktów

12.3.3.6. Sposób uzyskiwania oceny punktowej dla każdej z koncepcji:

- 1) 0 pkt - koncepcja wstępna wykonania funkcjonalności jest niezgodna z wymaganiami Zamawiającego (podkryterium 1) lub nie zawiera żadnego z wymaganych elementów opisu funkcjonalności (podkryterium 2);
- 2) 5 pkt - koncepcja wstępna wykonania funkcjonalności jest w pełni zgodna z wymaganiami Zamawiającego (podkryterium 1) i zawiera niektóre z wymaganych elementów opisu funkcjonalności (podkryterium 2);
- 3) 10 pkt - koncepcja wstępna wykonania funkcjonalności jest w pełni zgodna z wymaganiami Zamawiającego (podkryterium 1) i zawiera wszystkie wymagane elementy opisu funkcjonalności (podkryterium 2).

Następnie Izba ustaliła, iż Zamawiający we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ w następujący sposób dokonał opisu usługi obejmującej rozwój Aplikacji Centralnej:

§ 5. REALIZACJA USŁUGI ROZWOJU

1. W ramach usługi rozwoju Wykonawca zobowiązuje się dostarczać Zamawiającemu kolejne wersje AC, które będą zawierały modyfikacje wynikające:

- 1) ze zmian prawnych;
- 2) z potrzeb i wymagań funkcjonalnych Użytkowników;
- 3) z aktualizacji platformy sprzętowo-systemowej – upgrade oprogramowania, modernizacja platformy sprzętowo-systemowej.

2. Dla każdej zmiany Wykonawca wykona:

- 1) projekt zmiany AC;

- 2) zmianę AC, według zaakceptowanego przez Zamawiającego projektu;
 - 3) aktualizację dokumentacji, jeśli zmiana tego wymaga.
3. Zmiany AC, wynikające z przyczyn określonych w ust. 1 podzielone zostały na dwie kategorie:
- 1) modyfikacje zdefiniowane przez Zamawiającego na dzień zawarcia umowy, wyszczególnione w rozdziale 5 załącznika nr 2 do umowy;
 - 2) modyfikacje wynikające ze zmian prawnych, potrzeb Użytkowników i wymagań funkcjonalnych PSZ oraz aktualizacji platformy sprzętowo-systemowej, które wystąpią w okresie realizacji przedmiotu umowy.
4. Rozwój AC realizowany będzie przez Wykonawcę zgodnie z procedurą określoną w rozdziale 6 załącznika nr 2 do umowy.
5. W rozdziale 2 załącznika nr 2 do umowy Zamawiający wyszczególnił akty prawne, których zmiany mogą spowodować konieczność wprowadzenia zmian prawnych w AC.
6. Na zmiany, o których mowa w ust. 3 pkt 2, przeznaczonych jest 20 000 (słownie: dwadzieścia tysięcy) roboczogodzin.

Izba ustaliła również, że Zamawiający w załączniku nr 2 do wzoru umowy zatytułowanym „Procedura rozwoju aplikacji centralnej (AC)” zawarł w pkt 1 i 2 Rozdziału nr 5 następujące postanowienia odnoszące się do planowanych elementów rozwoju aplikacji:

Rozdział 5. WYKAZ ZDEFINIOWANYCH MODYFIKACJI W AC

Poniżej przedstawiono wykaz modyfikacji zdefiniowanych przez Zamawiającego na dzień zawarcia umowy, o których mowa w § 5 ust. 3 pkt 1 umowy. Wykonawca odpowiada wyłącznie za realizację zmian w AC. Zmiany w systemach zewnętrznych będą realizowane w ramach innych umów na utrzymanie i rozwój systemów teleinformatycznych. Modyfikacje, o których mowa w pkt 1 i 2 powinny zostać zrealizowane przez Wykonawcę w oparciu o koncepcje wstępne wykonania funkcjonalności, przedłożone przez Wykonawcę wraz z ofertą.

1. Należy wykonać usługę Web service, która dla wskazanych przez Użytkownika systemu dziedziny pracodawcy i cudzoziemcy oraz planowanego okresu zatrudnienia cudzoziemca (daty od – do), umożliwi wyznaczenie na podstawie danych zawartych w AC i zwrócenie do systemu dziedziny następujących informacji:

- Informacje dotyczące pracodawcy:
- Dane identyfikacyjne pracodawcy.
- Liczba wszystkich decyzji w sprawie zezwoleń na wykonywanie pracy zarówno przez danego, jak i innych cudzoziemców, dotyczących wniosków, które zostały wniesione przez danego pracodawcę.

- Liczba decyzji w sprawie zezwoleń na wykonywanie pracy zarówno przez danego, jak i innych cudzoziemców, obowiązujących w okresie, którego dotyczy zapytanie, dotyczących wniosków, które zostały wniesione przez danego pracodawcę.
- Liczba wszystkich zarejestrowanych oświadczeń o zamiarze powierzenia wykonywania pracy obywatelowi Republiki Armenii, Republiki Białorusi, Republiki Gruzji, Republiki Mołdawii, Federacji Rosyjskiej i Ukrainy, odnoszących się zarówno do danego, jak i innych cudzoziemców, które zostały wniesione przez danego pracodawcę.
- Liczba zarejestrowanych oświadczeń o zamiarze powierzenia wykonywania pracy obywatelowi Republiki Armenii, Republiki Białorusi, Republiki Gruzji, Republiki Mołdawii, Federacji Rosyjskiej i Ukrainy, odnoszących się zarówno do danego, jak i innych cudzoziemców, obowiązujących w okresie, którego dotyczy zapytanie, które zostały wniesione przez danego pracodawcę.
- Czy pracodawca jest osobą posiadającą nadany status osoby bezrobotnej – w przypadku pracodawcy będącego osobą fizyczną należy sprawdzić, czy na dzień zadania zapytania posiada nadany status osoby bezrobotnej.
- Informacje dotyczące cudzoziemcy:
- Dane identyfikacyjne cudzoziemcy.
- Liczba wszystkich decyzji w sprawie zezwoleń na wykonywanie pracy przez danego cudzoziemca, dotyczących wniosków, które zostały wniesione zarówno przez danego jak i innych pracodawców.
- Liczba decyzji w sprawie zezwoleń na wykonywanie pracy przez danego cudzoziemca, obowiązujących w okresie, którego dotyczy zapytanie, dotyczących wniosków, które zostały wniesione zarówno przez danego jak i innych pracodawców.
- Liczba wszystkich zarejestrowanych oświadczeń o zamiarze powierzenia wykonywania pracy obywatelowi Republiki Armenii, Republiki Białorusi, Republiki Gruzji, Republiki Mołdawii, Federacji Rosyjskiej i Ukrainy dotyczących danego cudzoziemca, które zostały wniesione zarówno przez danego jak i innych pracodawców.
- Liczba zarejestrowanych oświadczeń o zamiarze powierzenia wykonywania pracy obywatelowi Republiki Armenii, Republiki Białorusi, Republiki Gruzji, Republiki Mołdawii, Federacji Rosyjskiej i Ukrainy dotyczących danego cudzoziemca, obowiązujących w okresie, którego dotyczy zapytanie, które zostały wniesione zarówno przez danego jak i innych pracodawców.
- Liczba dni pracy danego cudzoziemcy w Polsce w ciągu ostatnich 12 miesięcy, liczonych od dnia zadania zapytania, wynikająca z zarejestrowanych oświadczeń o zamiarze powierzenia wykonywania pracy obywatelowi Republiki Armenii, Republiki Białorusi, Republiki Gruzji, Republiki Mołdawii, Federacji Rosyjskiej i Ukrainy. W przypadku okresów pokrywających się, należy je uwzględnić w podsumowaniu jeden raz.

2. W ramach ekranu „Podstawowe dane statystyczne z zakresu danych gromadzonych w AC”:

W sekcji „Dane dotyczące pracodawców” należy dołożyć następujące pola, które powinny być wyznaczone w oparciu o dane istniejące w bazie danych AC:

Liczba pracodawców posiadających decyzje w sprawie zezwoleń na wykonywanie pracy przez cudzoziemców.

Liczba pracodawców posiadających obowiązujące decyzje w sprawie zezwoleń na wykonywanie pracy przez cudzoziemców.

Liczba pracodawców posiadających zarejestrowane oświadczenia o zamiarze powierzenia wykonywania pracy obywatelowi Republiki Armenii, Republiki Białorusi, Republiki Gruzji, Republiki Mołdawii, Federacji Rosyjskiej i Ukrainy.

Liczba pracodawców posiadających obowiązujące zarejestrowane oświadczenia o zamiarze powierzenia wykonywania pracy obywatelowi Republiki Armenii, Republiki Białorusi, Republiki Gruzji, Republiki Mołdawii, Federacji Rosyjskiej i Ukrainy.

Liczba pracodawców posiadających zarówno decyzje w sprawie zezwoleń na wykonywanie pracy przez cudzoziemców jak i oświadczenia o zamiarze powierzenia wykonywania pracy obywatelowi Republiki Armenii, Republiki Białorusi, Republiki Gruzji, Republiki Mołdawii, Federacji Rosyjskiej i Ukrainy.

Liczba pracodawców posiadających zarówno obowiązujące decyzje w sprawie zezwoleń na wykonywanie pracy przez cudzoziemców jak i oświadczenia o zamiarze powierzenia wykonywania pracy obywatelowi Republiki Armenii, Republiki Białorusi, Republiki Gruzji, Republiki Mołdawii, Federacji Rosyjskiej i Ukrainy.

W sekcji „Dane dotyczących cudzoziemców” należy dołożyć następujące pola, które powinny być wyznaczone w oparciu o dane istniejące w bazie danych AC:

Liczba cudzoziemców, którzy w ciągu ostatnich 12 miesięcy wykonywali pracę dłużej niż 6 miesięcy (na podstawie zarejestrowanych oświadczeń o zamiarze powierzenia wykonywania pracy obywatelowi Republiki Armenii, Republiki Białorusi, Republiki Gruzji, Republiki Mołdawii, Federacji Rosyjskiej i Ukrainy).

Izba ustaliła, iż w ramach kryteriów oceny oferta zamawiający przewidział kryteria pozacenowe, w tym oznaczone numerem 2 kryterium obejmujące koncepcje wstępne wykonania funkcjonalności, o których mowa w pkt 1 i 2 rozdziału 5 załącznika nr 2 do projektu umowy, dla której przewidział maksymalnie 20 punktów.

Następnie Izba ustaliła, że Zamawiający w piśmie z dnia 19.08.2016 r. w odpowiedzi na pytanie nr 38 o następującej treści „Zał. Nr 2 do umowy AC Procedura rozwoju.pdf Rozdział 5

Wykaz zdefiniowanych modyfikacji w AC 1. Należy wykonać usługę Web service, która dla wskazanych przez Użytkownika systemu dziedziny pracodawcy i cudzoziemcy oraz planowanego okresu zatrudnienia cudzoziemca (daty od-do), umożliwi wyznaczenie na podstawie danych zawartych w AC i zwrócenie do systemu dziedziny następujących informacji: Informacje dotyczące pracodawcy: Dane identyfikacyjne pracodawcy. //prośba o doprecyzowanie po jakich danych należałoby wyszukiwać informację dotyczącą pracodawcy// Zamawiający wskazał, że: „Zamawiający nie precyzuje wymagań w tym zakresie. Zakres danych identyfikacyjnych pracodawcy powinien zostać zaproponowany przez Wykonawcę w oparciu o dokumentację Aplikacji Centralnej, która jest możliwa do udostępnienia dla Wykonawców na potrzeby sporządzenia oferty, zgodnie z pkt 3.1. SIWZ”.

W zakresie zarzutów odnoszących się do tajemnicy przedsiębiorstwa Izba ustaliła, iż Odwołujący przedmiotem zarzutów uczynił zaniechanie ujawnienia przez Zamawiającego oferta Sygnity S.A. oraz Softiq Spółka z o.o. wskazując, iż w szczególności wnosi o ujawnienie i udostępnienie do wglądu Odwołującemu koncepcji wstępnej wykonania funkcjonalności, o których mowa w pkt 1 i 2 rozdziału 5 załącznika nr 2 do wzoru umowy wraz z załącznikami do nich. Izba ustaliła również, że ww. wykonawcy w swoich ofertach zastrzegli złożone koncepcje jako tajemnica przedsiębiorstwa przedstawiając uzasadnienia (które również zostało objęte zastrzeżeniem), w tym wykonawca Sygnity S.A. podtrzymał zastrzeżenie w piśmie z dnia 02.11.2016 R. (zastrzegając je jako tajemnicę przedsiębiorstwa) wskazując, m.in. że w koncepcji zostały zawarte mechanizmy stanowiące unikalne rozwiązania wykonawcy cechujące się oryginalnością, mające charakter techniczny o określonej wartości gospodarczej. Wykonawca Softiq Spółka z o.o. w piśmie z dnia 02.11.2016 r. w związku z informacją o wniosku Odwołującego o odtajnienie zastrzeżonej części oferty pozostawił powyższą kwestię do decyzji Zamawiającego wskazując, iż jest to spowodowane jego odległą pozycją w ramach rankingu ofert.

Zamawiający pismem z dnia 17.10.2016 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej. Za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy Sygnity S.A. uzyskując łącznie 93,28 pkt. Oferta Odwołującego zajęła 2 miejsce uzyskując łącznie 90 punktów. W ramach kryteriów pozacenowych Odwołujący w ramach kryterium nr 2 (koncepcje wstępne wykonania funkcjonalności, o których mowa w pkt 1 i 2 rozdziału 5 załącznika nr 2 do projektu umowy) uzyskała 10 punktów na 20 możliwych w ramach tego kryterium. W zakresie kryterium cenowego oferta Odwołującego uzyskała najwyższą ilość punktów wynoszącą 60, zaś w ramach pozostałych kryteriów pozacenowych (kryteria nr 3 – 5) uzyskała maksymalną ilość punktów w ramach każdego z tych kryteriów wynoszącą odpowiednio 10, 5 oraz 5 punktów.

Na powyższą czynność Odwołujący wniósł odwołanie wskazując, iż winien w ramach kryterium nr 2 otrzymać maksymalną ilość 20 punktów oraz podnosząc zarzuty związane z utajnieniem przez wykonawców Sygnity S.A. oraz Softiq Spółka z o.o. informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. – odnosząc powyższy zarzut w szczególności do koncepcji wstępnej

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

1. W zakresie naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z oceną oferty Odwołującego w oparciu o pozacenowe kryterium oceny ofert nr 2 obejmujące koncepcję wstępną realizacji usługi Izba uznała, iż zarzut ten zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem dokumentacja postępowania, w tym treść ogłoszenia, postanowienia SIWZ oraz wszelkie załączniki do niej są wiążące dla wykonawców biorących udział w postępowaniu, jak również dla Zamawiającego oraz składu orzekającego Izby rozpoznającego dane odwołanie. Jednocześnie wskazać należy, iż to samo orzecznictwo, na co w toku rozprawy wskazywał Odwołujący, stoi na jednolitym stanowisku, że wszelkie wątpliwości interpretacyjne związane z treścią postanowień dokumentacji postępowania należy rozstrzygać na korzyść wykonawców biorących udział w postępowaniu. Powyższe wytyczne są bowiem konsekwencją ujętych w dyrektywach oraz w krajowych przepisach zasad jawności i transparentności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego służących realizacji podstawowych zasad rządzących systemem zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji, zasady proporcjonalności i równego traktowania wykonawców.

Jednocześnie określając granice niniejszego sporu wskazać należy, iż istniejące pomiędzy stronami tego sporu rozbieżności, na co wskazał również Zamawiający, nie odnosiły się do zawartości koncepcji sporządzonej przez Odwołującego. Odwołujący wyszedł bowiem z założenia, iż w związku z przedstawionym przez Niego rozumieniem przyjętych w treści SIWZ metod oceny koncepcji ujęcie minimalnej ilości informacji, w tym ilości scenariuszy pozwala na uzyskanie maksymalnej ilości punktów. Odwołujący wskazywał również, że część z tych prac powinna zostać przeniesiona na etap realizacji. Nadto

Odwołujący fakt naruszenia art. 7 ustawy Pzp wywodził z okoliczności, że zarówno Sygnity jak i Softiq posługiwali się personelem, który wykonywał dane zamówienie na wcześniejszych etapach realizacji tj. Sygnity realizowało bezpośrednio tę aplikację, zaś obecnie firma Softiq wykorzystuje personel, który współpracował wówczas z firmą Sygnity (stanowisko Odwołującego wyrażone na rozprawie w dniu 09.11.2016 r.).

Tym samym Izba opierając się na analizie wszystkich dokumentów związanych, w ramach rozpoznawanego zarzutu, z pozacenowym kryterium nr 2 mającym za przedmiot merytoryczną ocenę wstępnej koncepcji realizacji usługi prześledziła strukturę korelacji poszczególnych wytycznych ujętych w postanowieniach dotyczących wprost kryteriów oceny ofert oraz postanowieniach odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia. Powyższe jest wynikiem faktu, iż kryterium to jest ściśle związane z postawionymi przez Zamawiającego wymaganiami odnoszącymi się do przedmiotu zamówienia. Zamawiający bowiem nie tylko zlecił wykonawcom przygotowanie powyższej koncepcji celem oceny jej w oparciu o kryteria pozacenowe ale również od poprawności jej wykonania uzależnił uznanie oferty za niepodlegającą odrzuceniu w oparciu o treść art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (vide pkt 12.3.3.5 SIWZ).

Odnosząc się do kwestii oparcia koncepcji wstępnych, które mieli przygotować wykonawcy, na postanowieniach pkt 1 i 2 Rozdziału 5 załącznika nr 2 do projektu umowy wskazać należy, iż Zamawiający w tym projekcie w § 5 ust. 3 wskazał, że zmiany te są pierwszą kategorią modyfikacji, tj. modyfikacji, które zostały zdefiniowane przez Zamawiającego na dzień zawarcia umowy i wyszczególnione w rozdziale 5 załącznika nr 2 do umowy.

Tym samym, z uwagi na określony w Rozdziale 12 SIWZ sposób oceny ofert w ramach pozacenowych kryteriów oceny, w tym w szczególności kryterium nr 2, na szczególną uwagę zasługują informacje ujęte pkt 1 i 2 Rozdziału 5 załącznika nr 2 do wzoru umowy, które należy odnieść do wytycznych odnoszących się do zakresu (i tym samym sposobu) oceny koncepcji opartej na wskazanych wyżej postanowieniach.

Opierając się na wytycznych ujętych w treści pkt 12.3.3.6. SIWZ oraz punktacji przyznanej ofercie Odwołującego w ramach pozacenowego kryterium nr 2 (po 5 pkt dla każdej koncepcji) Zamawiający uznał, iż przygotowana koncepcja wstępna wykonania funkcjonalności jest w pełni zgodna z jego wymaganiami (podkryterium 1) – co zdaniem Izby należy rozumieć w ten sposób, że zakres planowanych i ujętych w ofercie Odwołującego modyfikacji odpowiada w pełni minimalnym potrzebom Zamawiającego ujętym w treści pkt 1 i 2 Rozdziału 5 załącznika nr 2 do wzoru umowy. Jednocześnie Zamawiający uznał, mając na

uwadze ilość przyznanych punktów ofercie Odwołującego, że koncepcja wstępna zawiera jedynie niektóre z wymaganych elementów opisu funkcjonalności (podkryterium 2).

Jak zostało zaś wskazane w treści pkt 12.3.3.4. ppkt 2) SIWZ w ramach podkryterium nr 2 Zamawiający badał zapewnienie w koncepcji kompletności jej opisu, w tym (o ile dotyczy): w zakresie ekranów, usług Web service, struktur bazy danych oraz przypadków użycia – zatem tylko w tym obszarze należy zatem doszukiwać się niepełnego ujęcia w koncepcji Odwołującego wszystkich tych elementów.

Tak rozbudowane rozważania stały się bowiem konieczne celem zdefiniowania przyjętej w SIWZ metodyki oceny ofert.

W tak zakreślonych okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy, które zostały ustalone w oparciu o dowody zgłoszone przez Strony i Uczestnika postępowania, obejmujące dokumentację postępowania, w tym w szczególności SIWZ, wzór umowy wraz z załącznikami dookreślającymi opis przedmiotu zamówienia Izba uznała, iż zakres przewidzianej do realizacji usługi rozwoju Aplikacji Centralnej został w sposób enumeratywny i zamknięty dookreślony w treści pkt 1 i 2 Rozdziału 5 załącznika nr 2 do wzoru umowy. Tym samym nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, który w trakcie rozprawy na jedno z pytań wskazał, że katalog postanowień odnoszących się do kryterium nr 2 jest katalogiem otwartym. W szczególności powyższego nie sposób wywieść z treści wskazanego przez Zamawiającego pkt 12.3.3.4. SIWZ.

Jednakże analizując ujęte w pkt 1 i 2 Rozdziału 5 załącznika nr 2 do wzoru umowy modyfikacje uznać należy, iż nie mogą one zostać prawidłowo zaprojektowane i przeprowadzone bez szczegółowej analizy architektury istniejącego systemu, zakresu zgromadzonych w nim danych, w tym bez określenia zbiorów źródłowych i relacji między nimi służących wyszukiwaniu zadanych rekordów. Tym samym dla prawidłowej realizacji zadanych przez Zamawiającego modyfikacji konieczne było uwzględnienie wszystkich elementów ujętych w dokumentach, które zostały wymienione w treści pkt 3.1. SIWZ (podręcznik administratora, podręcznik użytkownika, Interfejsy komunikacyjne oraz Fizyczny model danych Aplikacji Centralnej). Wykonawcy bowiem mieli za zadanie dokonać modyfikacji, a więc zmian w istniejącym systemie, które to zmiany były definiowane nie tylko nowymi oczekiwaniami Zamawiającego ujętymi w pkt 1 i 2 Rozdziału 5 załącznika nr 2 do wzoru umowy ale również zastanymi elementami tego systemu (zawartymi w jego strukturze danymi wejściowymi, polami wyszukiwania, identyfikatorami podmiotów przechowywanych w ramach zasobów jego baz danych, w tym dotychczasowymi strukturami kluczy). Wszystkie te elementy determinowały sposób wdrożenia wymaganych przez Zamawiającego modyfikacji i nie mogły odbyć się bez znajomości zastanej struktury Aplikacji Centralnej. Na takie ujęcie

tych wymagań wskazują, zawarte w Rozdziale 5 załącznika nr 2 do projektu umowy, następujące wytyczne:

1. Należy wykonać usługę Web service, która dla wskazanych przez Użytkownika systemu dziedziny pracodawcy i cudzoziemcy oraz planowanego okresu zatrudnienia cudzoziemca (daty od – do), umożliwi wyznaczenie **na podstawie danych zawartych w AC** (podkreślenie własne Izby) i zwrócenie do systemu dziedziny następujących informacji: (...);

2. W ramach ekranu „Podstawowe dane statystyczne z zakresu danych gromadzonych w AC”: W sekcji „Dane dotyczące pracodawców” **należy dołożyć następujące pola, które powinny być wyznaczone w oparciu o dane istniejące w bazie danych AC** (podkreślenie Izby) (...).

Już tylko te fragmenty wskazują, że dotychczasowa architektura systemu i zasób bazy danych miał być punktem odniesienia dla sposobu ujęcia nowych funkcjonalności (co także odnosi się do wskazanego przez Zamawiającego braku w postaci numeru PESEL dla pracodawcy, czy dokumentu dla cudzoziemca zawartych odpowiednio na str. 26 w pkt 2.2.15 oraz str. 41 w pkt 2.2.29 dokumentu zatytułowanego „Fizyczny model danych Aplikacji Centralnej” – załącznik do dokumentacji technicznej AC, edycja 06, 30 czerwca 2016 r. - złożonego jako dowód przez Zamawiającego i stanowiącego jednocześnie fragment dokumentacji postępowania).

Odnosząc powyższe ustalenia do postawionych przez Odwołującego zarzutów wskazać należy, iż zadaniem wykonawców sporządzających koncepcję wstępną było ujęcie wszystkich tych elementów i przedstawienie na ich podstawie możliwie pełnego projektu realizacji usługi, w tym zagwarantowanie w ramach planowanej modyfikacji możliwie pełnego i całościowego rozwiązania wszystkich mogących zaistnieć problemów z uwzględnieniem pełnej struktury aplikacji oraz bazy danych. Mając na uwadze powyższe wskazać należy, iż w ramach kryteriów pozacenowych (odnoszących się wszakże każdorazowo do jakości realizacji przyszłej usługi) badaniu podlega wiedza, doświadczenie, pomysłowość oraz zdolność przewidywania wykonawcy. W tym miejscu Izba podziela stanowisko Zamawiającego wyrażonej w trakcie rozprawy mającej miejsce w dniu 21.11.2016 r., że dokument obejmujący koncepcję wstępną winien zostać przygotowany przez wykonawców w oparciu o własne umiejętności, które miały tu zasadnicze znaczenie, zaś w trakcie rozprawy mającej miejsce dnia 09.11.2016 r. wskazał, że rolą koncepcji była ocena zdolności analitycznych wykonawców. Taka metoda oceny, zdaniem Izby, jest bowiem typowa w ramach kryteriów jakościowych, tj. może odnosić się do stanu wiedzy wykonawcy przełożonego na konkretne propozycje realizacji usługi – w tym wypadku zmaterializowane w ramach koncepcji wstępnej.

W ocenie Izby, w takim wypadku w ramach kryteriów jakościowych podmiot zamawiający dokonuje wyboru takiej formuły realizacji przedmiotu zamówienia, która najlepiej spełnia jego wymagania i odznacza się najwyższymi walorami. W tym wypadku nie tyle mamy do czynienia z pewną dozą subiektywizmu oceny ujętego w koncepcji sposobu realizacji świadczenia, lecz z pewnego rodzaju porównaniem zaproponowanych rozwiązań i przyznaniem najwyższej noty tej koncepcji, która góruje nad pozostałymi. Taka jest specyfika oceny ofert w kontekście kryteriów jakościowych. Powyższe jednocześnie, w ocenie Izby, nadal wskazuje, iż Zamawiający dokonuje oceny ofert na podstawie postanowień SIWZ stosując wprost jej regulacje. Wszakże jeżeli pozostali wykonawcy zaproponowali więcej scenariuszy alternatywnych, ujęli modyfikacje w sposób pełniejszy i lepiej ujmujący wymagania Zamawiającego naturalnym jest, że koncepcja wstępna Odwołującego wpisała się w ocenę ujętą w pkt 12.3.3.6. ppkt 2) SIWZ, gdzie wskazano, że zawiera tylko niektóre z wymaganych elementów opisu funkcjonalności - a nie w ocenę ujętą w pkt 12.3.3.6. ppkt 3) SIWZ, gdzie mowa jest o ujęciu wszystkich wymaganych elementów opisu funkcjonalności.

Tym samym za uzasadnione Izba uznała przyznanie w ramach tego kryterium ofercie Odwołującego po 5 punktów za każdą koncepcję, nie zaś maksymalnej ich ilości. Mówiąc wprost jeżeli przy kryterium jakościowym w ramach którego badane są kwestie ilościowe (liczba elementów opisu funkcjonalności) jeden z wykonawców zawarł ilościowo więcej scenariuszy i elementów winien on otrzymać wyższą ocenę, zaś jego oferta staje się mimowolnie punktem odniesienia dla pozostałych ofert, które zawierają w ramach proponowanego rozwiązania mniejszą liczbę pożądaných elementów.

Wskazać również należy, że gdyby przygotowana przez Odwołującego koncepcja nie zawierała minimalnego i podstawowego zakresu podlegałaby odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodna z treścią SIWZ. Zatem, jak wskazał Odwołujący, ujęcie w koncepcji minimalnej i podstawowej ilości elementów wpisywało się w podkryterium 1 określone w ramach pozacenowego kryterium nr 2 – dla którego Zamawiający przewidział 5 punktów. Nie uprawniało jednak do otrzymania maksymalnej ilości punktów, dla której konieczne było wyjście poza to minimum.

Nie sposób również w tym miejscu nie odnieść się do jednego z argumentów Odwołującego, który wskazywał na uprzywilejowaną pozycję pozostałych wykonawców podnosząc, że dysponują oni doświadczonym personelem i wiedzą związanymi z pracami nad tą konkretną aplikacją. W ocenie Izby argument ten w żaden sposób nie działa na ich niekorzyść, lecz wprost przeciwnie potwierdza jedynie, iż ocena przygotowanych przez nich koncepcji wstępnych nie jest dziełem przypadku, lecz wyższego poziomu wiedzy i doświadczenia akurat w zakresie tej aplikacji. Stąd też Izba, o czym zostało wskazane w pkt 2 uzasadnienia, nie znalazła również podstaw do uwzględniania zarzutów z art. 8 ust. 1 i 3

ustawy Pzp uznając, iż wiedza ta winna podlegać ochronie jako element przewagi konkurencyjnej tych wykonawców. Wracając do kryteriów jakościowych oceny uznać należy, iż w ramach niniejszego postępowania spełniły one zakładaną przez ustawodawcę rolę, tj. doszło do swego rodzaju „wyróżnienia” zaproponowanego sposobu realizacji usługi, które jest wynikiem większej wiedzy niektórych z wykonawców mającej swoje źródło w doświadczeniu zdobytym przy pracy nad tą aplikacją.

Mimowolnie oceniając koncepcję wstępną zawartą w ofercie Odwołującego, w ramach podniesionego zarzutu, Izba uwzględniła również przedłożoną przez Zamawiającego i Przystępującego literaturę tematu, w której za niekompletny scenariusz uznaje się taki, który ogranicza się tylko do prostej interakcji pomiędzy użytkownikiem a systemem z pominięciem innych dokonywanych w tym czasie operacji, w tym wspomnianych przez Zamawiającego w trakcie rozprawy scenariuszy alternatywnych oraz innych ujętych w literaturze elementów (np. procesów weryfikacji prawidłowości wprowadzanych danych źródłowych). Powyższe oznacza, iż wspomniane zarówno przez Odwołującego, jak również Zamawiającego i Przystępującego zasady projektowania ujmują te elementy jako konieczne dla zapewnienia kompletności przypadków (scenariuszy) użycia. Powyższe jest wynikiem faktu, iż Zamawiający pozostawił w tym zakresie wykonawcom dużą swobodę, zaś jedynym ograniczeniem w tym zakresie była sama architektura systemu oraz zakres informacji ujętych w bazie danych.

Tym samym mając na względzie powyższe Izba uznała, iż brak jest podstaw do stwierdzenia, iż Zamawiający swoim zachowaniem naruszył art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. W tym zakresie Izba podziela również argumentację zawartą w przywołanym przez Zamawiającego oraz Przystępującego orzecznictwie odnoszącym się do pozacenowych kryteriów oceny ofert.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, iż w niniejszym wypadku mamy do czynienia z sytuacją niejako zakamuflowania przez Odwołującego pod przykryciem zarzutów odnoszących się do czynności badania i oceny ofert *de facto* zarzutów podważających zasady ustalone na etapie ogłoszenia i publikacji SIWZ. Odwołujący wprawdzie skierował zarzuty wobec etapu oceny ofert jednak pośrednio kwestionuje przyjętą przez Zamawiającego metodykę tej oceny nadając tym postanowieniom zupełnie inne znaczenia i zawężając zbiór dokumentów, które miały być podstawą sporządzenia koncepcji wstępnej. Tym samym powtórnie należy wskazać, iż Zamawiający w ramach jakościowego kryterium pozacenowego badał na podstawie przygotowanych przez wykonawców koncepcji wstępnych ich umiejętności, w tym zdolność przewidywania, zdolności analityczne oraz umiejętność stworzenia maksymalnej liczby wariantów w ramach przewidywanych w SIWZ czynności modyfikacyjnych przy uwzględnieniu istniejącej dotychczas dokumentacji postępowania, która stanowić miała źródło poznania architektury systemu. Uwzględniając

zatem postanowienia pkt 1 i 2 Rozdziału 5 załącznika nr 2 do projektu umowy tak też należało rozumieć odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 38, na które powoływał się Odwołujący w treści uzasadnienia odwołania oraz na rozprawie.

2. W zakresie zarzutów odnoszących się do tajemnicy przedsiębiorstwa obejmujących naruszenie art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 ustawy Pzp i w zw. z art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w ramach których Odwołujący zażądał ujawnienie całych ofert wykonawców Sygnity S.A. oraz Sofiq Spółka z o.o., w szczególności koncepcji wstępnych wraz z załącznikami Izba uznała, iż nie zasługują one uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż zarówno oferty ww. wykonawców, jak również złożone przez nich wyjaśnienia i uzasadnienie w tym zakresie zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, co ma zasadniczy wpływ na treść niniejszego uzasadnienia.

Przechodząc do analizy postawionego przez Odwołującego zarzutu Izba poddała szczegółowej analizie oferty wykonawców Sygnity S.A. oraz Sofiq Spółka z o.o., w szczególności złożone wraz z ofertą koncepcje wstępne realizacji usługi, jak również złożone przez tych wykonawców wyjaśnienia zawierające uzasadnienie dokonanej czynności zastrzeżenia w części ofert jako tajemnica przedsiębiorstwa. Po dokonanej analizie Izba uznała, iż przedstawione przez poszczególnych wykonawców koncepcje wstępne realizacji usługi różnią się od siebie zarówno przyjętą przez poszczególnych wykonawców formą prezentacji, jak również przyjętą strukturą opracowania poszczególnych zagadnień, metodyką ich analizy, zasadniczymi elementami prezentacji kluczowych rozwiązań oraz samą koncepcją rozwinięcia przewidzianych do realizacji zmian. W ocenie Izby różnice te mają swoje uzasadnienie w odmiennym poziomie wiedzy poszczególnych wykonawców, i jak zostało już wskazane na etapie uzasadnienia dotyczącego zarzutu związanego z oceną ofert w oparciu o kryteria pozacenowe, są wynikiem różnic w znajomości Aplikacji Centralnej. Tym samym Izba za zasadne uznała zastrzeżenie tych informacji i respektowanie tego zastrzeżenia przez Zamawiającego.

Zwarte w ofertach wykonawców informacje stanowią o ich przewadze konkurencyjnej, wskazują na większą znajomość ww. systemu, w tym pozwoliły (vide uzasadnienie zarzutu nr 1) na uzyskanie przez nich wyższej liczby punktów. Mając na względzie przedstawione przez wykonawców Sygnity S.A. oraz Sofiq Spółka z o.o. uzasadnienie ich zastrzeżenia oraz fakt, że koncepcje te zostały najwyżej ocenione, w ocenie Izby, zawierają one informacje, których ujawnienie mogłoby zrównać szanse wszystkich wykonawców w ramach jakościowych kryteriów pozacenowych.

Tym samym, w ocenie Izby, przy uwzględnieniu treści złożonych ofert oraz argumentacji ujętej w korespondencji prowadzonej przez wykonawców i Zamawiającego w

tym przedmiocie (również objętych tajemnicą przedsiębiorstwa) nie sposób uznać, że doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 1 w związku z ust. 3 ustawy Pzp i w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....

