

Sygn. akt: KIO 915/13

WYROK
z dnia 8 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę Comarch Polska SA w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej w Warszawie

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Comarch Polska SA w Krakowie, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Comarch Polska SA w Krakowie tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawcy Comarch Polska SA w Krakowie kwotę 3 400 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy czterystu złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Skład orzekający:

UZASADNIENIE

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

I. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówień publicznych w trybie przetargu nieograniczonego na „*Utrzymanie i rozwój Aplikacji Centralnej (AC)*” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 kwietnia 2013 r. pod nr 2013/S 070-116610.

II. Wobec brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) Odwołujący w dniu 19 kwietnia 2013 r. złożył odwołanie, w którym zarzucił naruszenie:

1. przepisu art. 7 ust. 1 Ustawy, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. przepisu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 oraz w zw. z art. 29 ust. 2 Ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, nie uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także określenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję;
3. przepisu art. 7 ust. 1 i art. 36 ust. 1 pkt 13 Ustawy, poprzez subiektywne i naruszające uczciwą konkurencję określenie w SIWZ opisu kryteriów oceny ofert, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty i sposobu oceny ofert, oraz poprzez niewystarczające i wadliwe podanie znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert, tj. określenie jako nieostrego i dającego prawo Zamawiającemu do subiektywnej oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł następującą argumentację:

- w zakresie dotyczącym kryteriów nr 3 i nr 4 (wraz z podkryteriami) ma miejsce naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i art. 36 ust. 1 pkt 13 Ustawy, poprzez subiektywne i naruszające uczciwą konkurencję określenie w SIWZ opisu kryteriów oceny ofert, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty i sposobu oceny ofert, oraz poprzez niewystarczające

i wadliwe podanie znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert, tj. określenie jako nieostrego i dającego prawo Zamawiającemu do subiektywnej oceny ofert. W SIWZ brak jest wymaganego ustawą szczegółowego opisu, na jakiej zasadzie przyznawane będą punkty w ramach danego kryterium/podkryterium. Zamawiający nie opisał, co rozumie poprzez konkretne podane przez siebie kryteria, ani w jaki sposób oceni ww. elementy (w oparciu o co przyzna jednej ofercie maksymalną, a innej niższą ilość punktów). Powyższe czyni ocenę ofert subiektywną i dowolną, a w konsekwencji wywiera wpływ na cały przebieg postępowania, począwszy od przygotowania ofert przez wykonawców, poprzez ich ocenę przez Komisję Przetargową, a skończywszy na weryfikacji przez wykonawców - w ramach przyznanych im Ustawą środków ochrony prawnej - prawidłowości udzielenia zamówienia przez Zamawiającego. Tworzenie subiektywnych bądź dopuszczających dowolność oceny kryteriów oceny ofert jest zakazane w świetle *„Rekomendacji Ministerstwa Rozwoju Regionalnego Kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie - rekomendacje dla beneficjentów realizujących projekty indywidualne, lipiec 2010”* (dalej „Rekomendacje”). Rekomendacje zawierają przykładowe pozacenowe kryteria oceny ofert i wskazują wyraźnie na obowiązek Zamawiającego dokonania szczegółowego i indywidualnego opisu sposobu oceny oferty dla każdego przyjętego kryterium - w ramach obowiązkowego *„opisu kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert”* (art. 36 ust. 1 pkt 13 Ustawy). Przykłady zawarte w Rekomendacjach mają charakter uniwersalny, wymagający dostosowania i uzupełnienia przez konkretnego zamawiającego, z uwzględnieniem specyfiki i uwarunkowań konkretnego przedmiotu zamówienia. Ministerstwo Rozwoju Regionalnego jednoznacznie nakazuje jednoznacznie określić Zamawiającym w jaki konkretny sposób będą przyznawane punkty podlegającym ocenie ofertom: *„Dokument zawiera jedynie przykładowe kryteria oceny ofert. Każde kryterium/podkryterium musi być dokładnie opisane przez zamawiającego, w celu wyraźnego wskazania na jakiej zasadzie przyznawane będą punkty w ramach danego kryterium/podkryterium. Zaproponowane przykłady postanowień siwz mają jedynie charakter instrukcyjny i za każdym razem muszą zostać dostosowane do konkretnego zamówienia”* (str. 5). Oprócz powyższego obowiązku Rekomendacje zawierają wprost zakaz tworzenia kryteriów dowolnych i uznaniowych co do sposobu opisu kryteriów oceny ofert - co nie zostało dopełnione przez Zamawiającego (ani firmę doradczą): Kryteria muszą być jasne i nie mogą stwarzać dowolności interpretacyjnej. Każde kryterium (i opis jego stosowania) musi być sformułowane jednoznacznie i precyzyjnie, tak żeby każdy przeciętnie profesjonalny oferent, który doloży należytej staranności mógł interpretować je w jednakowy sposób (§ 2 ust. 2, str. 7 Rekomendacji); Opis kryteriów (...) nie może jednak przyznawać zamawiającemu nieograniczonej swobody (arbitralnego) wyboru oferty (§ 2 ust. 4, str. 7 Rekomendacji).

Odwołujący wskazał ryzyko niejasnych kryteriów oceny ofert: każdy z wykonawców inaczej będzie rozumiał ową przykładową „adekwatność” czy „czytelność” lub „optymalność”. W związku z tym niezbędne jest wskazanie co Zamawiający przez te (oraz inne) pojęcia rozumie przez i w oparciu o co będzie poznawał punkty. Zamawiający nie tylko nie wypełnił obowiązku wynikającego z art. 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 7 ustawy, tj. nie określił sposobu oceny ofert pozwalającego na przygotowanie ofert porównywalnych i na późniejszą weryfikację wyboru oferty najkorzystniejszej, lecz również nie zastosował się do Rekomendacji MRR. Okoliczność, iż Projekt SIWZ przygotowywany był z pomocą firmy doradczej nie zwalnia Zamawiającego od odpowiedzialności za zgodne z Ustawą określenie treści SIWZ, co najwyżej daje podstawę do wyegzekwowania od doradcy w ramach zawartej umowy korekty i uzupełnienia tychże zapisów. Odwołujący wskazał na uniemożliwienie wykonawcom przygotowania oferty ze względu na niemożność stwierdzenia jaki czynnik różnicujący złożone oferty będzie przez Zamawiającego brany pod uwagę dla oceny, dowolność interpretacyjną przyjętych kryteriów oceny ofert przez wykonawców, co skutkuje złożeniem w postępowaniu ofert nieporównywalnych; niemożność porównania ofert - w ramach ich oceny przez Komisje Przetargową; uniemożliwienie Wykonawcom dokonania weryfikacji oceny ofert z punktu widzenia stosowania przez Zamawiającego zasad udzielania zamówień publicznych (w tym zasady równego traktowania wykonawców). Obowiązek Zamawiającego dokładnego określenia sposobu oceny ofert, w szczególności wskazania na jakiej zasadzie przyznawane będą punkty w ramach danego kryterium/podkryterium (kryteria nr 3 i nr 4) - nie został w SIWZ zrealizowany. Ratio legis ww. unormowań Ustawy należy odczytywać w świetle zasady art. 7 ustawy, który sprowadza się do obowiązku Zamawiającego takiego opisu kryteriów oceny ofert, w tym sposobu oceny ofert, który zapewni obiektywną ocenę oraz porównywalność złożonych ofert, dając tym samym wykonawcom możliwość weryfikacji prawidłowości dokonanej oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej. Powyższe potwierdza Krajowa Izba Odwoławcza w przykładowych wyrokach: *„Kryteria oceny ofert powinny być wyraźnie określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób umożliwiający późniejszą weryfikację prawidłowości oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty”* (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 marca 2004 r., sygn. akt V Ca 264/04); *„Izba nie kwestionuje prawa Zamawiającego do ustalenia takich kryteriów oceny ofert, które są niezbędne do dokonania wyboru oferty w największym stopniu spełniającej jego oczekiwania. Takie uprawnienie Zamawiającego wynika z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, który - nie określając zamkniętego katalogu kryteriów, jakimi można się kierować przy wyborze oferty - zezwala na ich dowolne ustalenie, pod warunkiem, że dotyczyć będą przedmiotu zamówienia oraz z ograniczeniem dotyczącym kryteriów podmiotowych (art. 92 ust. 3 ustawy Pzp). Jednakże w kontekście zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców swoboda ustalania kryteriów oceny ofert*

doznaje dalszych ograniczeń. Zasada powyższa wyraża się bowiem m.in. w obowiązku jednakowego traktowania wszystkich wykonawców (a więc również oceny ich ofert wg tych samych zasad) oraz prowadzenia postępowania w sposób pozwalający na zweryfikowanie prawidłowości postępowania zamawiającego, w tym w zakresie oceny ofert. Ocena ofert w zgodzie z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców może być dokonana tylko przy użyciu jasno opisanych, mierzalnych kryteriów oraz dokładnie określonego sposobu ich stosowania, ograniczającego do minimum wpływ subiektywnych odczuć i preferencji osób dokonujących oceny, a informacje o sposobie oceny muszą być podane do wiadomości wykonawców. Ponadto, szczególnej precyzji wymagają kryteria trudno mierzalne, stwarzające ryzyko dowolności oceny, takie jak estetyka, jakość, funkcjonalność, itp. Jeśli Zamawiający decyduje się na ich stosowanie, ma obowiązek wskazać w SIWZ szczegółowy opis sposobu ich zastosowania, tj. podać, co będzie brał pod uwagę przy ocenie ofert i jak będzie dokonywał punktacji” - wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lipca 2010 roku (KIO/UZP 1327/10); „Krajowa Izba Odwoławcza zwraca uwagę, że kryteria oceny ofert powinny być tak skonstruowane, żeby subiektywne odczucia i preferencje oceniającego pozostawały bez wpływu na ocenę. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający tego nie zapewnił. Zamawiający, co prawda określił podkryteria, w ramach spornego kryterium oceny ofert, a więc wskazał, które elementy w zakresie technologii i środków będzie oceniał, jednakże sposób opisanie tych podkryteriów uniemożliwia dokonanie obiektywnej oceny. Zamawiający określając katalog podkryteriów, które składają się na kryterium oceny zaproponowanej technologii i środków, nie opisał sposobu oceny przedmiotowych podkryteriów w sposób właściwy. Brak bowiem wskazania podstawy, od której uzależniona jest ocena, nie określono jakie parametry, cechy, ilości zapewnią uzyskanie maksymalnej liczby punktów oraz jak odchylenia w tym zakresie wpłyną na ocenę (punktację). Wykonawca nie ma nawet wiedzy, bowiem sam Zamawiający tego nie rozstrzygnął, jak ewentualne odchylenia wpłynąć będą na ocenę, a w konsekwencji na ilość przyznanych punktów. Tak skonstruowany opis oceny spornego kryterium nie zapewnia wyboru najkorzystniejszej oferty w sposób nie budzący wątpliwości, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia pozostają w niepewności jak oceniane będą oferty, przez co nie jest możliwe ich przygotowanie w taki sposób, aby w maksymalnym stopniu odpowiadały potrzebom Zamawiającego” - wyrok Krajowej Izby odwoławczej z dnia 4 lipca 2008 roku, KIO/UZP 619 /08.

- w zakresie Kryterium 3 tj. „Projekty wstępne dotyczące zmian funkcjonalnych w AC, określonych w rozdziale 3 załącznika nr 3 do wzoru umowy” - Zgodnie z zapisami SIWZ określającymi sposób dokonywania oceny oferty przez Zamawiającego w zakresie kryterium nr 3 Wykonawca maksymalnie może otrzymać 20 pkt. za prawidłowe i zgodne z oczekiwaniami wykonanie 10 „projektów wstępnych dotyczących zmian funkcjonalnych w AC, określonych w rozdziale 3 załącznika nr 3 do wzoru umowy”. Zamawiający ocenie podda: spełnienie przez projekt wstępny zmiany zakresu określonego przez Zamawiającego w rozdziale 3 załącznika nr 3 do wzoru umowy, zapewnienie zgodności ze stanem prawnym i kompletności, w tym szczegółowości opisu nowej lub zmodyfikowanej: funkcjonalności, ekranów/raportów, struktur bazy danych, przesyłanych komunikatów (o ile dotyczy) oraz uwzględnienie wszystkich przypadków ich użycia (podkryterium nr 1); realizowalność wdrożenia w publicznych służbach zatrudnienia zmiany, która zostanie wykonana w sposób określony w projekcie wstępnym, w szczególności przy uwzględnieniu środków dostępnych w ramach umowy, istniejących warunków organizacyjnych i platformy sprzętowo-systemowej Zamawiającego (podkryterium nr 2). Każdy oceniany projekt wstępny zmiany może otrzymać od 0 do 2 pkt (tj. 0, 0,5 lub 1 pkt za każde z dwóch ww. podkryteriów), przy czym, jeżeli którykolwiek z ocenianych projektów wstępnych zmiany uzyska 0 pkt za którekolwiek z dwóch ww. podkryteriów (lub też oba), będzie to stanowiło podstawę do odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Sposób uzyskiwania oceny punktowej dla każdego z podkryteriów:

- 1) 0 pkt - projekt wstępny zmiany nie spełnia wymagań Zamawiającego;
- 2) 0,5 pkt - projekt wstępny zmiany spełnia wymagania Zamawiającego w stopniu wystarczającym;
- 3) 1 pkt - projekt wstępny zmiany w pełni odpowiada wymaganiom Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu nieprecyzyjne określenie sposobu oceny w zakresie powyższego kryterium. Zdaniem odwołującego Zamawiający znając już na tym etapie przedmiot zamówienia w zakresie zmian funkcjonalnych w AC powinien w sposób precyzyjny i jednoznaczny je opisać a od Wykonawców wymagać w ramach oferty deklaracji ich wykonania zgodnie z wymaganiami, jakie określił. Zamawiający przerzucił na wykonawców całą pracę (która de facto łączy się w dużej mierze z wykonaniem części przedmiotu zamówienia na etapie ofertowania) związaną z wykonaniem projektów wstępnych dla wszystkich zamian AC znanych na chwilę obecną Zamawiającemu. Odwołujący zażądał zmniejszenia ilości projektów wstępnych które w ramach oferty ma wykonać wykonawca do 2 wybranych przez Wykonawcę - taka ilość w zupełności pozwoli Zamawiającemu dokonać oceny możliwości wykonania zamówienia przez danego wykonawcę i nie będzie narażać wykonawców za poniesienie znaczących kosztów związanych z przygotowaniem oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu nieprecyzyjne określenie sposobu wykonania projektów wstępnych dla zmian funkcjonalnych AC. Zamawiający w żaden sposób nie określa, czym będzie się kierował w ocenie wstępnych projektów zmian AC. Stwierdzenia typu: „nie spełnia wymagań”, „spełnia wymagania”, „w pełni odpowiada wymaganiom” bez określenia szczegółowych wymagań jak mają wyglądać i jakie elementy mają zawierać projekty wstępne pozwalają Zamawiającemu na pełną dowolność w przyznawaniu punktów w ramach tego kryterium. Zamawiający co prawda określił czym będzie się kierował przy ocenie spełniania wymagań, jednak zdaniem Odwołującego informacje te są nieprecyzyjne a wręcz wprowadzające w błąd. Wszystkie zmiany określone zostały przez Zamawiającego i wobec powyższego każda z nich zdaniem Wykonawcy musi: zapewniać zgodność ze stanem prawnym, być „realizowalna” i w szczególności uwzględniać środki dostępne w ramach umowy, istniejące warunki organizacyjne i platformę sprzętowo-systemowe Zamawiającego. W innym przypadku określenie przedmiotu zamówienia byłoby co najmniej kontrowersyjne. Wobec powyższego należy stwierdzić, że Zamawiający nie określił żadnych miarodajnych i mierzalnych parametrów jakimi będzie się kierował przy ocenie dla kryterium „Projekty wstępne dotyczące zmian funkcjonalnych w AC, określonych w rozdziale 3 załącznika nr 3 do wzoru umowy”. Wobec powyższego Odwołujący zażądał określenia dla każdej z opisanych zmian w rozdziale 3 załącznika nr 3 do wzoru umowy szablonu wstępnego projektu zmiany AC zawierającego enumeratywne wymienienie elementów, które ma zawierać. Określenie wymagań dla każdego z elementów szablonu oraz precyzyjnego określenia sposobu uzyskiwania oceny punktowej dla każdego z elementów szablonu w taki sposób aby Wykonawca był w stanie przygotować ofertę, która uzyska maksymalną ilość punktów w ramach kryterium 3. Jednocześnie żądamy wykreślenia zapisu mówiącego, że otrzymanie 0 pkt w ramach któregośkolwiek podkryterium łączy się z odrzuceniem oferty przez Zamawiającego.

- W zakresie Kryterium 4 tj. „*Propozycje rozwoju AC wykraczające poza zmiany funkcjonalne w AC, określone w rozdziale 3 załącznika nr 3 do wzoru umowy*” - Zgodnie z zapisami SIWZ określającymi sposób dokonywania oceny oferty przez Zamawiającego w zakresie kryterium nr 4 Wykonawca maksymalnie może otrzymać 6 pkt. W ramach każdej propozycji rozwoju ocenie podlegać będzie: przydatność propozycji rozwoju w realizacji statutowych zadań publicznych służb zatrudnienia, zapewnienie zgodności ze stanem prawnym i kompletności, w tym szczególności opisu nowej lub zmodyfikowanej: funkcjonalności, ekranów/ raportów, struktur bazy danych, przesyłanych komunikatów (o ile dotyczy) oraz uwzględnienie wszystkich przypadków ich użycia (podkryterium nr 1); realizowalność wdrożenia propozycji rozwoju w publicznych służbach zatrudnienia, w szczególności przy uwzględnieniu środków dostępnych w ramach umowy, istniejących warunków organizacyjnych i platformy sprzętowo-systemowej Zamawiającego (podkryterium nr 2). Zamawiający postanowił, że

Ocenie podlegać będzie nie więcej niż 5 pierwszych propozycji rozwoju zawartych w ofercie. Każda oceniana propozycja może otrzymać od 0 do 2 pkt (tj. 0, 0,5 lub 1 pkt za każde z dwóch ww. podkryteriów). Punkty zostaną przyznane kolejno każdej z propozycji rozwoju do momentu ocenienia piątej z nich lub do momentu uzyskania w tym kryterium łącznie 6 punktów. Zamawiający określił sposób uzyskiwania oceny punktowej dla każdego z podkryteriów:

1) 0 pkt - propozycja rozwoju nie spełnia wymagań Zamawiającego;

2) 0,5 pkt - propozycja rozwoju spełnia wymagania Zamawiającego w stopniu wystarczającym;

3) 1 pkt - propozycja rozwoju w pełni odpowiada wymaganiom Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu nieprecyzyjne określenie sposobu oceny w zakresie powyższego kryterium. Zdaniem odwołującego Zamawiający powinien w sposób precyzyjny i jednoznaczny je opisać a od Wykonawców wymagać nie więcej niż 2. Zdaniem Wykonawcy taka ilość w zupełności pozwoli Zamawiającemu dokonać oceny możliwości wykonania zamówienia przez danego wykonawcę i nie będzie narażać wykonawców za poniesienie znaczących kosztów związanych z przygotowaniem oferty. Odwołujący zarzucił również nieprecyzyjne określenie sposobu wykonania propozycji. Zamawiający w żaden sposób nie określa czym będzie się kierował w ocenie propozycji. Stwierdzenia typu: „nie spełnia wymagań”, „spełnia wymagania”, „w pełni odpowiada wymaganiom” bez określenia szczegółowych wymagań jak mają wyglądać i jakie elementy mają zawierać propozycje pozwalają Zamawiającemu na pełną dowolność w przyznawaniu punktów w ramach tego kryterium. Zamawiający nie określił żadnych miarodajnych i mierzalnych parametrów jakimi będzie się kierował przy ocenie dla kryterium nr 4. Żądamy enumeratywnego wymienienia elementów, które ma zawierać propozycja. Określenie wymagań dla każdego z elementów oraz precyzyjnego określenia sposobu uzyskiwania oceny punktowej dla każdego z elementów w taki sposób aby Wykonawca był w stanie przygotować ofertę, która uzyska maksymalną ilość punktów w ramach kryterium 4.

- w zakresie opisu przedmiotu zamówienia - Zgodnie z treścią opisu przedmiotu zamówienia w zakres przedmiotu zamówienia wchodzi realizacja szeregu zmian funkcjonalnych polegających na opracowaniu bądź rozszerzeniu integracji z systemami Syriusz Std, WUP-Viator, Aplikacji Zatrudnienie Cudzoziemców. Świadczą o tym zapisy zawarte w rozdziale 3 załącznika nr 3 do wzoru umowy: „*Zapewnienie pozyskiwania, gromadzenia, przetwarzania, prezentacji w AC i udostępniania, przekazywania zwrotnego na rzecz Oprogramowania Syriusz std i Aplikacji WUP-Viator, zakresu danych aktualnych i historycznych, dotyczących osób bezrobotnych i poszukujących pracy, zwiększonego o następujące pola...*” „*Zapewnienie pozyskiwania, gromadzenia, przetwarzania, prezentacji w AC i udostępniania, przekazywania zwrotnego na rzecz Oprogramowania Syriusz std i Aplikacji WUP-Viator,*

zakresu danych aktualnych i historycznych, dotyczących pracodawców, zwiększonego o następujące pola.”; „zapewnienie pozyskiwania, gromadzenia, przetwarzania, prezentacji w AC i udostępniania, przekazywania zwrotnego na rzecz Oprogramowania Syriusz std i Aplikacji Zatrudnienie Cudzoziemców, aktualnych oraz historycznych danych, dotyczących cudzoziemców i pracodawców”; „Zapewnienie obsługi niezwłocznego (on-line) zapisu do AC zmian w rekordach danych dotyczących poszczególnych osób bezrobotnych i poszukujących pracy oraz pracodawców, a docelowo również cudzoziemców i zatrudniających lub planujących ich zatrudnić pracodawców, dokonywanych w procesach indywidualnej obsługi (np. rejestracji, świadczenia usługi pośrednictwa pracy, świadczenia usługi doradztwa zawodowego, itp.), przygotowywanych przez pracowników powiatowych lub wojewódzkich urzędów pracy, a docelowo również urzędów wojewódzkich, w Oprogramowaniu Syriusz std, aplikacji WUPViator lub aplikacji Zatrudnienie Cudzoziemców.”; „Zapewnienie obsługi procesu automatycznej weryfikacji danych dotyczących danej osoby bezrobotnej/ poszukującej pracy, przygotowywanych do wpisu przez pracownika powiatowego lub wojewódzkiego urzędu pracy w Oprogramowaniu Syriusz std lub aplikacji WUP-Viator, z danymi dotyczącymi danej osoby istniejącymi w AC...”. Pomimo najlepszych intencji Odwołującego, nie da się na podstawie tak przygotowanego opisu zamówienia przygotować oferty ani tym bardziej zrealizować przedmiotowego zamówienia. Zamawiający opisując przedmiot zamówienia w sposób niepełny (brak informacji, danych i parametrów dotyczących interfejsów wymiany danych systemów Syriusz Std, WUP-Viator. Aplikacji Zatrudnienie Cudzoziemców oraz brak udostępnienia dokumentacji, umożliwiającej oszacowanie kosztu integracji systemu informatycznego będącego przedmiotem zamówienia z systemami już istniejącymi!) przy jednoczesnym wymogu dokonania w ramach zamówienia ww integracji - w sposób rażąco narusza zasady uczciwej konkurencji. Organizując procedurę otwartą i konkurencyjną Wymaga bowiem od wykonawców niemożliwego - wykonawca nie mający wiedzy na temat systemów wdrożonych u Zamawiającego lub w innych podmiotach administracji publicznej, z którymi ma dokonać integracji, po prostu nie będzie w stanie tego uczynić, ani rzetelnie oszacować zakresu i kosztu niezbędnych czynności. Jedynym wykonawcą mającym pełną wiedzę na ten temat jest producent wspomnianych systemów a zarazem właściciel praw autorskich do systemu Syriusz STD - firma Sygnity S.A. - co stawia go w pozycji uprzywilejowanej wobec innych Oferentów. Warto w tym miejscu wskazać na interpelację nr 21954 z 2011 roku dotyczącą Syriusza (<http://orka2.sejm.gov.pl/IZ6.nsf/main/IBF4A078>) w kontekście integracji Aplikacji AC z Syriusz Std można zacytować podsekretarza stanu w Ministerstwie Pracy i Polityki Społecznej C..... O.....- udzielającą odpowiedzi z upoważnienia ministra: „Ministerstwo nie zgadza się z ustaleniem dotyczącym oprogramowania Syriusz Std, ponieważ w tym przypadku wybór wykonawcy w trybie z

wolnej ręki był uzasadniony ochroną praw wyłącznych oraz faktem, iż firma Sygnity SA jest właścicielem kodów źródłowych, a ingerencja i modyfikacja tych kodów była warunkiem koniecznym kontynuowania prac związanych z informatyzacją publicznych służb zatrudnienia. Ministerstwo zrealizuje zalecenie audytorów Komisji i skoryguje wydatki związane z oprogramowaniem Syriusz, ale działania dotyczące utrzymania i rozwoju wdrożonego rozwiązania muszą być i będą kontynuowane.” Wskazać również należy na cennik Sygnity dotyczący świadczenia usług w zakresie Syriusza Std: http://public.sygnity.pl/sites/default/files/oferty/cennik2013_2q_vat.pdf. Wygórowane stawki za osobodzień pracy pracownika firmy Sygnity S.A. sugerować mogą, że dostosowanie wyżej wymienionych Aplikacji łączyć się mogą z ogromnymi kosztami po stronie wykonawcy związanymi z finansowaniem prac dostosowawczych Aplikacji zewnętrznych z którymi będzie się integrować Aplikacja Centralna AC. Dodatkowo jednym z kryteriów oceny tj. „Okres realizacji usługi (w dniach, licząc od dnia zawarcia umowy), polegającej na wykonaniu zmian funkcjonalnych w AC, określonych w rozdziale 3 załącznika nr 3 do wzoru umowy” jest termin wykonania wszystkich zamian wyspecyfikowanych przez Zamawiającego a więc również tych dotyczących integracji ze wspomnianymi systemami. Pragniemy zaznaczyć, że w obecnym stanie rzeczy Wykonawca nie ma najmniejszego wpływu na termin realizacji niezbędnych zmian po stronie systemów zewnętrznych, które są warunkiem koniecznym do wykonania wymaganych zmian funkcjonalnych w AC. Jediną firmą, która ma na to wpływ jest firma Sygnity S.A. co dodatkowo stawiają w pozycji uprzywilejowanej wobec innych Oferentów. Przedmiotowy zapis jednoznacznie faworyzuje producenta wspomnianych systemów tj. firmę Sygnity S.A. oraz jej partnerów handlowych, którzy mając doświadczenie we wdrażaniu stosowanych przez tą firmę rozwiązań posiadają wymaganą dokumentację oraz nade wszystko - znają systemy wdrożone u Zamawiającego i jednostkach podległych. Zapis ten ogranicza wprost możliwość uzyskania zamówienia przez innych Wykonawców, którzy nie znają systemu Syriusz Std, WUP-Viator czy Aplikacji Zatrudnienie Cudzoziemców. Należy wskazać, że w procedurze otwartej (przetarg nieograniczony) Zamawiający ma obowiązek zapewnić wszystkim wykonawcom jednakowe warunki ubiegania się o zamówienia. W związku z tym jedynym źródłem opisu przedmiotu zamówienia winna być Specyfikacja, dostępna dla wszystkich wykonawców. Dlatego zdaniem Odwołującego Zamawiający powinien udostępnić specyfikację techniczną dotyczącą wspomnianych systemów zawierającą opis interfejsów wymiany danych umożliwiających realizację przedmiotu zamówienia. Podkreślamy, iż przy taki opisie przedmiotu zamówienia, gdzie integracja jest jednym z zobowiązań wykonawcy, udostępnienie specyfikacji technicznej na etapie postępowania jest niezbędne do oszacowania wykonania usług w celu złożenia oferty przez innych Wykonawców. Interfejsy do integracji z systemami firm trzecich powinien zapewnić producent systemu lub

Zamawiający, a specyfikacja przetargowa nic o tym nie mówi. Brak zapisów w tym zakresie może sugerować iż poczynienie stosownych uzgodnień w zakresie integracji leży w gestii Wykonawcy (choćby z uwagi na warunki konkurencji pomiędzy firmami współpraca ta może napotykać na trudności, a ponadto producent wspomnianych systemów nie ma żadnych zobowiązań względem innego wykonawcy, a jedynym podmiotem mającym na niego wpływ w ramach istniejących zobowiązań umownych jest właśnie Zamawiający). Przy braku wsparcia ze strony Zamawiającego rozumianego jako zapewnienie wykonawcom interfejsów do integracji istnieje zatem ryzyko, że przedmiot zamówienia nie będzie mógł być przez wybranego wykonawcę zrealizowany, bo nie uzyska on żadnych informacji ani danych od producenta w/w systemów, tj. firmy Sygnity S.A. Podmiot ten bowiem nie ma względem konkurenta po prostu żadnych obowiązków, w tym nie ma obowiązku udostępniania mu danych odnośnie własnych systemów. Zadaniem Wykonawcy podczas prac projektowych powinno być dostosowanie wdrażanego nowego systemu, który oferuje Wykonawca, a nie dostosowanie obcego systemu, z którym należy się zintegrować. SIWZ załączany do przedmiotu zamówienia wraz z opisem przedmiotu zamówienia powinien być czytelny i zawierać wszystkie niezbędne informacje potrzebne Wykonawcom ubiegającym się o realizację zamówienia do przygotowania rzetelnej wyceny przedmiotu zamówienia. Przenoszenie odpowiedzialności na Wykonawcę za uzgodnienia z innym producentem są niedopuszczalne. Niezależnie od powyższego Zamawiający nie zapewnia Wykonawcy o możliwości oraz ewentualnym finansowaniu z własnych środków (Zamawiającego) niezbędnej współpracy z autorami/producentami wspomnianych systemów - co jest bezwzględnie wymagane w obowiązujących rekomendacjach UZP na udzielanie zamówień publicznych na systemy informatyczne. Reasumując - opis przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu uniemożliwia złożenie oferty innemu wykonawcy niż firma Sygnity S.A. Fakt, iż nie można opisywać przedmiotu zamówienia w takim zakresie jak uczynił to Zamawiający bez zapewnienia elementarnych informacji i danych zapewniających jego wykonanie potwierdza przykładowe, poniższe orzeczenie Krajowej izby Odwoławczej z dnia 12 lipca 2012 roku (Sygn. akt KIO/UZP 1274/10), w którym czytamy: *„Wymagania w zakresie przedmiotu zamówienia w celu zabezpieczenia interesów Zamawiającego nie mogą prowadzić do takiego ograniczenia w zakresie przedmiotu zamówienia, które będzie skutkować niemożliwością złożenia przez wykonawców poprawnych ofert. Prowadzi to, bowiem do naruszenia jednej z zasad zamówień publicznych, a mianowicie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w celu udzielenia tegoż zamówienia oraz udzielenie go zgodnie z wymaganiami jakie określił Zamawiający. Regulacja Zamawiającego stanowi „otwarty” katalog zmian, których zakres w chwili podpisywania umowy nie jest znany a tym samym, biorąc pod uwagę rodzaj oprogramowania, niemożliwym jest określenie zakresu zmian (...). Wykonawca składając ofertę musiałby*

sprostać nieznanym wymaganiom Zamawiającego, które nie zostały w żaden sposób nakreślone i mogą się wydarzyć w nieokreślonej przyszłości. Naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 oraz w zw. z art. 29 ust. 2 Ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, nie uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty a także określenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

Jednocześnie Odwołujący zwrócił uwagę na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie opisu przedmiotu zamówienia oraz uwagę na Rekomendacje Prezesa UZP „UDZIELANIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH NA SYSTEMY INFORMATYCZNE” a w szczególności rekomendacje o symbolach R.1.3, R.3.2, R.5.1, R.5.2, R.5.3, R.6.4.R.6.5 oraz błędami B.5.1, B.5.2, B.5.3, B.6.1 a także uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 czerwca 2012 r. sygnatura akt KIO 1207/12.

Odwołujący postawił żądania:

1. w zakresie kryterium nr 3:

Odwołujący zażądał nakazania Zamawiającemu usunięcia w/w kryterium (z jednoczesnym zwiększeniem wagi kryterium cenowego) lub z ostrożności:

- nakazanie zmniejszenia ilości ocenianych wstępnych projektów zmian AC do dwóch wybranych przez Wykonawcę,
- nakazanie przedstawienie szablonu dla każdego projektu zamiany AC oraz enumeratywne wymienienie elementów które ma zawierać,
- nakazanie precyzyjnego i jednoznacznego określenia sposobu oceny każdego z elementów projektu zmiany funkcjonalnej AC. Wykonawca proponuje weryfikację na zasadzie zawiera nie zawiera
- nakazanie określenia istniejących warunków organizacyjnych i platformy sprzętowo-systemowej Zamawiającego. Zamawiający oczekuje bowiem zgodności z nimi a jednocześnie nie informuje wykonawców jakie one są.
- nakazanie skreślenia zapisu: *„przy czym, jeżeli którykolwiek z ocenianych projektów wstępnych zmiany uzyska 0 pkt za którekolwiek z dwóch ww. podkryteriów (lub też oba), będzie to stanowiło podstawę do odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy”*.

2. w zakresie kryterium nr 4:

Odwołujący zażądał nakazania Zamawiającemu usunięcia w/w kryterium (z jednoczesnym zwiększeniem wagi kryterium cenowego) lub z ostrożności:

- nakazanie zmniejszenia ilości ocenianych propozycji do dwóch,
- nakazanie enumeratywnego wymienienia elementów które ma zawierać propozycja,

- nakazanie precyzyjnego i jednoznacznego określenia sposobu oceny każdego z elementów propozycji. Wykonawca proponuje weryfikację na zasadzie zawiera nie zawiera,
- nakazanie określenia istniejących warunków organizacyjnych i platformy sprzętowo-systemowej Zamawiającego. Zamawiający oczekuje bowiem zgodności z nimi a jednocześnie nie informuje wykonawców jakie one są.

3. w zakresie opisu przedmiotu zamówienia:

Odwołujący zażądał nakazania modyfikacji SIWZ poprzez:

- wprowadzenie do SIWZ, kompletnej dokumentacji interfejsów i protokołów wymiany danych systemów Syriusz Std. WUP-Viator, Aplikacji Zatrudnienie Cudzoziemców, oraz ze wskazaniem wszystkich technicznych informacji niezbędnych do wykonania integracji;
- Pełną dokumentację systemów Syriusz Std. WUP-Viator, Aplikacji Zatrudnienie Cudzoziemców, umożliwiającą wykonanie integracji w takim zakresie, w jakim jest to wymagane niniejszym zamówieniem.
- Zapewnienie przez Zamawiającego wykonania niezbędnych zmian w systemach zewnętrznych, od których uzależniona jest realizacja przedmiotu zamówienia.
- Modyfikacji kryterium oceny nr 2 tj. okresu realizacji usługi jedynie do tych funkcjonalności, które nie dotyczą interakcji z systemami zewnętrznymi i dla których wykonawca ma wpływ na termin realizacji.

III. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w zakresie wszystkich zarzutów.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

I. PRZESŁANKI DO ODRZUCENIA ODWOŁANIA

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II. PRZESŁANKI MATERIALNOPRAWNE, W ROZUMIENIU ART. 179 UST. 1 USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Ustalono, że wykonawca którego odwołanie podlega rozpatrzeniu, posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179

ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań dotyczących postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia przyjąć należy, iż wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu jak również może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, jeśli nie zachodzi obiektywna niemożliwość uczestnictwa tego wykonawcy w postępowaniu.

III. W ZAKRESIE POSTAWIONYCH W ODWOŁANIU ZARZUTÓW, UWZGLĘDNIONO OKOLICZNOŚCI:

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, uwzględniając stanowiska stron postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, z następujących powodów:

[1] w zakresie kryterium oceny ofert „*Projekty wstępne dotyczące zmian funkcjonalnych w AC, określonych w rozdziale 3 załącznika nr 3 do wzoru umowy*” (kryterium 3):

Wbrew twierdzeniu Odwołującego, powyższe kryterium oceny ofert nie wyraża subiektywnego i naruszającego uczciwą konkurencję opisu kryteriów oceny ofert, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty i sposobu oceny ofert, nie sposób też mówić o niewystarczającym i wadliwym podaniu znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert, tj. określeniu go jako nieostrego i dającego prawo Zamawiającemu do subiektywnej oceny ofert.

Zamawiający w powyższym zakresie wymaga opisanie dziesięciu projektów wstępnych zmian w Aplikacji Centralnej. Stanowią one – zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego prezentowanym na rozprawie – treść oferty, co potwierdza wyartykułowany w SIWZ rygor odrzucenia oferty, w razie niespełnienia przez projekt wstępny wymagań Zamawiającego (uzyskania 0 pkt w ramach tego kryterium). Zamawiający wymienił zarazem w załączniku nr 3 do Umowy *WYKAZ ZMIAN W APLIKACJI CENTRALNEJ PLANOWANYCH D REALIZACJI W RAMACH UMOWY* wszystkie dziesięć zmian wraz opisem, co się w ramach każdej nich mieści. Ponadto, w pkt 12.5 SIWZ Zamawiający określił elementy, które będą podlegać ocenie - podał jednoznacznie, że ocenie będzie podlegać spełnienie przez projekt wstępny

zakresu wymienionego w załączniku nr 3 do Umowy, zapewnienie zgodności ze stanem prawnym i kompletności, w tym szczegółowości opisu nowej lub zmodyfikowanej: funkcjonalności, ekranów i raportów, struktur bazy danych, przesyłanych komunikatów (o le dotyczy) oraz uwzględnienie wszystkich przypadków ich użycia a także realizowalność wdrożenia w publicznych służbach zatrudnienia zmiany, która zostanie wykonana w sposób określony w projekcie wstępnym, w szczególności przy uwzględnieniu środków dostępnych w ramach umowy, istniejących warunków organizacyjnych i platformy sprzętowo – systemowej zamawiającego.

Tak opisany zakres dokonywanej w Aplikacji Centralnej zmiany pozwala na przygotowanie oferty: elementy istotne zostały przez Zamawiającego podane przy opisie poszczególnych zmian dokonanych w załączniku nr 3 do Umowy, co pozwala na przygotowanie dokumentu podlegającego ocenie: na rozprawie Zamawiający podał, że w odniesieniu do każdego projektu zmiany ma to być dokument niewielkiej objętości, ok 2-5 stron, choć istotna jest jego zawartość merytoryczna, zawierający opis wymaganych elementów. Te elementy są opisane przy poszczególnych dziesięciu zmianach, przy czym, należy mieć na uwadze, że jeśli Zamawiający ewentualnie nie wyartykułował pewnych elementów czy wymagań, nie będzie mógł następnie, na etapie oceny ofert, wymagać ich spełnienia. To w interesie Zamawiającego jest wyartykułowanie w sposób jednoznaczny i wyczerpujący swoich wymagań, tak by następnie mógł je egzekwować od wykonawców oraz by móc ewentualnie uznać - w razie niesprostania przez wykonawców tym oczekiwaniom - ofertę za nieodpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie sposób także zgodzić się, że niejasnym jest sporne kryterium, w części dotyczącej realizowalności wdrożenia w publicznych służbach zatrudnienia – każdorazowo usługa rozwoju istniejącego systemu (aplikacji) wymaga ingerencji w stan istniejący, z uwzględnieniem jego uwarunkowań. Zamawiający zawarł w SIWZ wytyczne dotyczące zadania, w tym w załączniku nr 2 do Umowy *Procedura utrzymania i rozwoju Aplikacji Centralnej* zawarł szczegółowe informacje o aktualnym systemie: opis architektury oraz podstawowej funkcjonalności Aplikacji Centralnej, obejmujący architekturę logiczną oraz fizyczną; zawarł również wymagania co do technologii wykonania (korzystanie z webserwisów, standard SOA).

Odwołujący przy tym nie wskazał, choćby przykładowo, jakiego rodzaju elementy infrastruktury, oprogramowania, będące w posiadaniu Zamawiającego, nie zostały wymienione w dokumentacji a mogą być istotne dla opracowania oferty.

Stąd żądanie nakazania określenia istniejących warunków organizacyjnych i platformy sprzętowo- systemowej Zamawiającego nie podlegało uwzględnieniu. Powyższe, jeśli budzi wątpliwości wykonawcy w kontekście planowanej koncepcji zaoferowania wykonania

zamówienia, może być przedmiotem wniosku wykonawcy o wyjaśnienie treści SIWZ. Niezależnie od tego, dalsze, ewentualnie niewyartykułowane w dokumentacji postępowania okoliczności dotyczące sfery Zamawiającego oraz jego infrastruktury i oprogramowania, jeśli mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty, powinny być wykonawcom zakomunikowane.

Jeśli zaś tak dokonany opis, w ocenie wykonawcy, pozostawia niedosyt informacyjny, wykonawcy służy możliwość złożenia wniosku o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nie sposób zatem przypisywać Zamawiającemu nieprecyzyjnego opisu przedmiotu kryteriów oceny ofert w tej mierze, a zasadnicza część sygnalizowanych przez Odwołującego wątpliwości w powyższym zakresie mogłaby z powodzeniem zostać rozwiana poprzez zadanie Zamawiającemu pytań, czego Odwołujący nie uczynił.

Wbrew twierdzeniu Odwołującego, że Zamawiający oczekuje od wykonawcy weryfikacji czy postawione w SIWZ wymagania są zgodne ze stanem prawnym, z treści SIWZ wynika, że chodzi o to, by opisywany przez wykonawcę projekt wstępny zmiany był zgodny z obowiązującym stanem prawnym, te zaś Zamawiający podał na wstępie załącznika nr 2 do Umowy, zawierającego wykaz aktów prawnych, które należy uwzględnić. Nie jest więc tak, że Zamawiający oczekuje jakiegokolwiek weryfikacji zawartego w załączniku nr 3 do Umowy opisu projektów wstępnych pod kątem ich zgodności z obowiązującym prawem – te projekty, przygotowane przez wykonawców mają odpowiadać obowiązującym regulacjom, które Zamawiający wyspecyfikował na wstępie załącznika.

Tym samym, brak jest podstaw do uwzględnienia żądania odwołania nakazania przedstawienia szablonu dla każdego projektu zmiany Aplikacji Centralnej oraz enumeratywnego wymienienia elementów które ma zawierać – to rzeczą wykonawcy jest zaprezentować treść oferty oraz wstępny projekt zmiany Aplikacji Centralnej.

Ponadto, to na wykonawcy ciąży obowiązek opracowania oferty, która będzie odpowiadać wymaganiom postawionym w SIWZ, w takim zakresie, w jakim zostały one wyartykułowane w załączniku nr 3 do Umowy, a także – po części – w pkt 12.5 SIWZ. Nie jest wystarczającym – jak chciałby tego Odwołujący – rezygnacja z prezentacji przez wykonawców z opisu wykonania tych zmian (opracowani projektów wstępnych tych zmian) na rzecz ogólnej deklaracji ich wykonania zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Powyższe pozbawiałoby Zamawiającego rzeczywistej możliwości weryfikacji zgodności złożonych ofert z wymaganiami stawianymi w SIWZ.

Ponadto, nie sposób zgodzić się, że podany w SIWZ sposób oceny, w tym skala tej oceny (0 pkt – projekt wstępny nie spełnia kryteriów; 0,5 pkt – projekt wstępny zmiany spełnia wymagania w stopniu wystarczającym; 1 pkt – projekt wstępny zmiany w pełni odpowiada

wymaganiom Zamawiającego) w ramach kryteriów są nieprecyzyjne. Tak opisana, trzystopniowa skala pozwala na przypisanie właściwej punktacji ocenianej ofercie.

W tym miejscu warto zwrócić uwagę na wytyczne dotyczące kryterium oceny oferty, złożonego z dwóch elementów: ceny oraz innych kryteriów, zawarte w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 października 2010 r. w sprawie XIX Ga 468/10 (niepubl.). W uzasadnieniu tego wyroku wskazano, iż „Ustawodawca nie reguluje *expressis verbis* sposobu oceny ofert przy zastosowaniu kilku kryteriów, nie mniej jednak należy przyjąć, że w takiej sytuacji ma znaczenie kompleksowa analiza oferty pod kątem spełnienia wszystkich wyznaczonych cech jako kryteria oceny ofert. Innymi słowy, decydujące znaczenie ma sumaryczna ocena poszczególnych kryteriów oceny ofert. Z analizy tegoż przepisu (art. 91 ust. 1 i 2 – przyp. własny) nie wynika obowiązek podawania oceny spełnienia przez wykonawcę określonych, partykularnych cech mieszczących się w obrębie określonego kryterium. Ustawodawca nie operuje zresztą pojęciem „podkryterium”. Ma on jedynie ocenić ofertę wykonawcy w ramach każdego z kryteriów i zsumować łączną ocenę. Istotne jest także to, by przy ocenie ofert nie doszło do naruszenia przepisów prawa o zamówieniach publicznych, w tym art. 7 ust. 1 p.z.p.” a także „Zamawiający zatem przyjął dwa kryteria oferty: cenę i zawartość merytoryczną. Wedle tego też podziału należało dokonać oceny ofert w postępowaniu przetargowym. Sąd Okręgowy nie zgadza się zaprezentowanym przez KIO poglądem, że Zamawiający miał obowiązek wskazania wyników głosowania poszczególnych członków komisji przetargowej w ramach tzw. „podkryterium”. Jak już to wcześniej stwierdzono ocenie podlegają poszczególne kryteria, a ich suma tych ocen składa się na ocenę całej oferty. Skoro Zamawiający wskazał dwa kryteria, toteż każde z nich podlega ocenie. Ponadto nie wymaga szerszej argumentacji, że termin „zawartość merytoryczna oferty” jest nieostry, a w związku z tym słusznie przyjęto dwie powyżej określone pozycje, które są dyrektywami wskazującymi, co będzie Zamawiający rozumiał pod tym pojęciem. Inaczej rzecz ujmując, wskazano tutaj mierniki merytorycznej oceny oferty, choć oczywiście miernikom tym przypisano różne znaczenie. Ponadto Sąd Okręgowy prezentuje pogląd, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przy ocenie ofert zamawiający nie ma obowiązku dokonywać czynności nie wynikających z przepisów. Takim obowiązkiem byłoby zobligowanie go do dokonania poszczególnych elementów składających się na określone kryterium.”

Płyną z tego wnioski, że w ocenie Sądu:

- wystarczające dla ustalenia kryterium innego niż cena jest podanie przez zamawiającego kategorii (podkryteriów), stanowiących dyrektywy wskazujące, co Zamawiający będzie rozumiał pod pojęciem kryterium innego niż cena.

- nie ma wyraźnego obowiązku podawania oceny spełnienia przez wykonawcę określonych, partykularnych cech mieszczących się w obrębie określonego kryterium.

Powyższe pozwala wnioskować, że obowiązek opisanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteriów oceny ofert innych niż cena (np. jakościowych) nie oznacza jego uszczegółowienia z dokładnością co do każdego elementu, a wystarczające jest, że zostanie określona skala pomiaru oraz taki opis kryterium, który nie będzie pozostawiał wątpliwości interpretacyjnych, co się pod nim kryje, w szczególności, jakie cechy oferowanego wyrobu będą uznane za pożądane, wysoko ocenione, jakie zaś będą decydowały o niższej ocenie.

Nie podzielono także wniosku Odwołującego o zmniejszenie liczby projektów wstępnych podlegających ocenie w ramach spornego kryterium, z dziesięciu do dwóch. Odwołujący uzasadnił powyższe tym, że taka ilość w zupełności pozwoli Zamawiającemu dokonać oceny możliwości wykonania zamówienia przez danego wykonawcę i nie będzie narażać wykonawców na poniesienie znaczących kosztów związanych z przygotowaniem oferty. W powyższym zakresie Odwołujący zdaje się – błędnie - przypisywać spornemu kryterium znaczenie mechanizmu służącego do zbadania zdolności i potencjału do wykonania zamówienia, zamiast traktować je jako element oferty. W analizowanej sprawie Zamawiający jednak wymaga wykonania wszystkich dziesięciu zmian, stąd, konsekwentnie wymaga złożenia dziesięciu projektów wstępnych tych zmian jako elementu oferty, a nie w celu sprawdzenia możliwości wykonania zamówienia przez wykonawcę.

Podobnie, nie podlegało uwzględnieniu żądanie odwołania *nakazania skreślenia zapisu*: „*przy czym, jeżeli którykolwiek z ocenianych projektów wstępnych zmiany uzyska O pkt za którekolwiek z dwóch ww. podkryteriów (lub też oba), będzie to stanowiło podstawę do odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy*” – Odwołujący tak postawionego żądania nie opatrzył żadną argumentacją, która by wskazywała na niedopuszczalność uczynienia wymaganych do opracowania przez wykonawców projektów zmian elementem oferty.

[2] w zakresie kryterium oceny ofert „Propozycje rozwoju AC wykraczające poza zmiany funkcjonalne w AC, określone w rozdziale 3 załącznika nr 3 do wzoru umowy” (kryterium 4):

Odwołujący w powyższym zakresie kwestionuje kryterium, w części wskazującej, że w ramach każdej z pięciu propozycji rozwoju (Ocenie podlegać będzie nie więcej niż 5 pierwszych propozycji rozwoju zawartych w ofercie), ocenie podlegać będzie:

1) przydatność propozycji rozwoju w realizacji statutowych zadań publicznych służb zatrudnienia, zapewnienie zgodności ze stanem prawnym i kompletności, w tym szczególności opisu nowej lub zmodyfikowanej: funkcjonalności, ekranów/ raportów, struktur bazy danych, przesyłanych komunikatów (o ile dotyczy) oraz uwzględnienie

wszystkich przypadków ich użycia (podkryterium nr 1),

2) realizowalność wdrożenia propozycji rozwoju w publicznych służbach zatrudnienia, w szczególności przy uwzględnieniu środków dostępnych w ramach umowy, istniejących warunków organizacyjnych i platformy sprzętowo-systemowej Zamawiającego (podkryterium nr 2).

Odwołujący zarzucił nieprecyzyjne określenie sposobu oceny w zakresie powyższego kryterium a także wskazuje, że Zamawiający powinien wymagać nie więcej niż dwie zgłoszone propozycje, bowiem taka ilość w zupełności pozwoli Zamawiającemu dokonać oceny możliwości wykonania zamówienia przez danego wykonawcę i nie będzie narażać wykonawców na poniesienie znaczących kosztów związanych z przygotowaniem oferty. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający w żaden sposób nie określił czym będzie się kierował w ocenie propozycji a stwierdzenia typu: „nie spełnia wymagań”, „spełnia wymagania”, „w pełni odpowiada wymaganiom” bez określenia szczegółowych wymagań jak mają wyglądać i jakie elementy mają zawierać propozycje pozwalają Zamawiającemu na pełną dowolność w przyznawaniu punktów w ramach tego kryterium.

Analiza treści spornego postanowienia nie wskazuje jednak, by miało ono charakter nieprecyzyjnego: Zamawiający podał elementy, jakie podlegać będą ocenie, wskazał także na konieczność uwzględnienia wszystkich przypadków użycia, podkreślając, że pojęcie przypadku użycia w środowisku profesjonalistów jest powszechnie zrozumiałe, czemu Odwołujący nie zaprzeczył.

Użyte przez Zamawiającego dla opisu elementów podlegających ocenie w ramach kryterium kategorii „przydatność” i „realizowalność” także nie są na tyle ostrymi, by niemożliwe było złożenie oferty, bądź ocena, jakie elementy zostaną przez Zamawiającego ocenione wysoko, jakie zaś nisko.

W powyższym zakresie, aktualność zachowują rozważania odnoszące się do zarzutu dotyczącego kryterium oceny ofert „*Projekty wstępne dotyczące zmian funkcjonalnych w AC, określonych w rozdziale 3 załącznika nr 3 do wzoru umowy*”.

Także tutaj Odwołujący nie wykazał, z jakich powodów uzasadniona byłaby redukcja projektów podlegających ocenie do dwóch zamiast pięciu. Z tego względu, zarzuty postawione w odniesieniu do tego kryterium nie znalazły potwierdzenia, zaś postawione żądania usunięcia w/w kryterium (z jednoczesnym zwiększeniem wagi kryterium cenowego) lub nakazania zmniejszenia ilości ocenianych propozycji do dwóch, nakazania enumeratywnego wymienienia elementów które ma zawierać propozycja, nakazania precyzyjnego i jednoznacznego określenia sposobu oceny każdego z elementów propozycji, nakazania określenia istniejących warunków organizacyjnych i platformy sprzętowo - systemowej Zamawiającego ,nie mogły zostać uwzględnione.

[3] w zakresie zarzutów wskazujących na nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia:

Odwołujący zasadności postawionego zarzutu upatruje w przyjętym założeniu, że przedmiot zamówienia obejmuje realizację szeregu zmian funkcjonalnych polegających na opracowaniu bądź rozszerzeniu integracji z systemami Syriusz Std, WUP-Viator, Aplikacji Zatrudnienie Cudzoziemców. Analiza treści SIWZ prowadzi do wniosku, że jakkolwiek Zamawiający wielokrotnie wskazuje na wymienione systemy, to jednak nie sposób znaleźć takich postanowień, które by ingerencją w te systemy (integrację z tymi systemami) czyniły elementem przedmiotu zamówienia. Zamawiający wielokrotnie podał na rozprawie, w zakresie tego zarzutu, że modyfikacja innych systemów nie jest przedmiotem zamówienia; to od wykonawcy zależy czas realizacji zamówienia, a także że przedmiot zamówienia nie obejmuje systemów zewnętrznych, jego przedmiotem jest tylko Aplikacja Centralna, przedmiotem zamówienia nie jest integracja z systemami zewnętrznymi. Zamawiający wyjaśniał, że w Aplikacji Centralnej wykonawca ma przygotować wyjścia do programów zewnętrznych, a inni wykonawcy przygotowują integrację z tymi funkcjonującymi programami; programy użytkowane na poziomie innych użytkowników, przykładowo Urzędy Pracy będą musiały być dostosowane przez te jednostki do Aplikacji Centralnej. Zamawiający podkreślił, że dokumentacja dotycząca Aplikacji Centralnej została przekazana wykonawcom, a dla przygotowania oferty nie jest wymagana wykonawcom znajomość kodów źródłowych.

Podkreślenia wymaga, że zarzut postawiony w powyższej mierze opiera się na przyjęciu przez Odwołującego pewnego rozumienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, opartego na wyobrażeniu, że Zamawiający stawia pewne wymagania wobec wykonawcy, mimo ich wyraźnego niewyartykułowania w specyfikacji. Powyższe – jeśli budziło wątpliwości wykonawcy – mogło i powinno być przedmiotem wniosku o wyjaśnienie brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z treści SIWZ nie wynika, co potwierdził jednoznacznie Zamawiający na rozprawie, by integracja z innymi systemami była objęta zakresem przedmiotu zamówienia, przy czym bezkolizyjne działanie systemów zewnętrznych oraz zmodyfikowanej Aplikacji Centralnej ma być zapewnione przez wymagania stawiane w postępowaniu, między innymi dotyczące webserwisów. Stąd podniesiony zarzut, jako wyartykułowany wobec przyjęcia przez Odwołującego pewnej, nieuprawnionej interpretacji SIWZ, nie zasługiwał na uwzględnienie.

Niezależnie od powyższego, biorąc pod uwagę fakt, że okres realizacji usługi jest kategorią podlegającą punktacji, a także że w istotnym zakresie rzutuje na obowiązki wykonawcy w fazie wykonania zamówienia, w kontekście zarzutu odwołania upatrującego uznania za wykonaną usługi z momentem odbioru modyfikacji, gdy Aplikacja Centralna będzie zintegrowana z odpowiednimi systemami zewnętrznymi, istotne wydaje się jednoznaczne zdefiniowanie momentu, kiedy usługa będzie uznana za zrealizowaną. Powyższe nie podlegało badaniu, jako nie objęte zarzutami (art. 192 ust. 7 ustawy), niemniej jeśli jest tak,

że ten termin może budzić wątpliwości (takie wątpliwości zdawał się wyrażać Odwołujący na rozprawie, wiążąc powyższe z koniecznością zintegrowania rozbudowanej Aplikacji Centralnej z nieznanymi sobie, co do których nie udostępniono pełnej dokumentacji systemami zewnętrznymi), pożądane jest jednoznaczne zakomunikowanie w postępowaniu, z jakim momentem usługa będzie traktowana za zrealizowaną.

Reasumując, żądanie nakazania modyfikacji SIWZ poprzez: wprowadzenie do niej kompletnej dokumentacji interfejsów i protokołów wymiany danych systemów Syriusz Std. WUP-Viator, Aplikacji Zatrudnienie Cudzoziemców, oraz ze wskazaniem wszystkich technicznych informacji niezbędnych do wykonania integracji; pełnej dokumentacji systemów Syriusz Std. WUP-Viator, Aplikacji Zatrudnienie Cudzoziemców, umożliwiającej wykonanie integracji w takim zakresie, w jakim jest to wymagane niniejszym zamówieniem; zapewnienie przez Zamawiającego wykonania niezbędnych zmian w systemach zewnętrznych, od których uzależniona jest realizacja przedmiotu zamówienia; modyfikacji kryterium oceny nr 2 tj. okresu realizacji usługi jedynie do tych funkcjonalności, które nie dotyczą interakcji z systemami zewnętrznymi i dla których wykonawca ma wpływ na termin realizacji, oparte zostało na przyjęciu niewłaściwej interpretacji SIWZ i jako takie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Nie potwierdziły się zatem stawiane w odwołaniu zarzuty, w związku z czym odwołanie podlegało oddaleniu.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

Skład orzekający