Sygn. akt: KIO 654/14

WYROK

z dnia 16 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 marca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 marca 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **AMG.net Spółkę Akcyjną w Łodzi, Bull Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, BULL SAS we Francji** w postępowaniu prowadzonym przez **Kasę Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego w Warszawie**
przy udziale wykonawcy **Asseco Poland Spółkę Akcyjną w Rzeszowie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obcią a wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **AMG.net Spółkę Akcyjną w Łodzi, Bull Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, BULL SAS we Francji** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **AMG.net Spółkę Akcyjną w Łodzi, Bull Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, BULL SAS we Francji** tytułem wpisu od odwołania
   2.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **AMG.net Spółki Akcyjnej w Łodzi, Bull Polska Spółki z ograniczoną**

---

odpowiedzialnością w Warszawie, BULL SAS we Francji na rzecz **Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset 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 (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

……

Sygn. akt: KIO 654/14

Uzasadnienie

Zamawiający – Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi rozwoju systemu Workflow oraz jego utrzymanie, a tak e związane z nim usługi integracyjne.

W dniu 31 marca 2014 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: AMG.net Spółkę Akcyjną w Łodzi, Bull Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, BULL SAS we Francji (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie od czynności i zaniechań zamawiającego, zarzucając zamawiającemu, e:

1) dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem ustawy;

2) zaniechał odrzucenia oferty Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie

3) zaniechał wykluczenia Asseco z powodu podania nieprawdziwych informacji

mających wpływ na wynik postępowania;

4) zaniechał udostępnienia odwołującemu oferty Asseco w części zawierającej „Rozwiązanie zadania", „Dokument Przewodni do Rozwiązania zadania", „Uzgodnienie Projektowe do Zadania SIWZ (Załącznik nr 15 do SIWZ Znak sprawy: ZP-2310/11/13)" i „Zało enia i Standardy Realizacji Zadania do SIWZ (Załącznik nr 15 do SIWZ Znak sprawy: ZP-2310/11/13)"

wskutek czego w postępowaniu zostały naruszone art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3), art. 89 ust. 1 pkt 1-3 i 8, art. 96 ust. 3 ustawy oraz inne przepisy przywołane w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) uniewa nienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2) udostępnienia odwołującemu oferty Asseco w części zawierającej: „Rozwiązanie zadania", „Dokument Przewodni do Rozwiązania zadania", „Uzgodnienie Projektowe do Zadania SIWZ (Załącznik nr 15 do SIWZ Znak sprawy: ZP-2310/11/13)" i „Zało enia i Standardy Realizacji Zadania do SIWZ (Załącznik nr 15 do SIWZ Znak sprawy: ZP-2310/11/13);

3) wykluczenia z postępowania Asseco i odrzucenia zło onej przez tego wykonawcę oferty;

4) dokonania ponownej oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, e przedmiotem postępowania są usługi rozwoju systemu Workflow, oraz jego utrzymanie, a tak e związane z nim usługi integracyjne. Oferty zło yło dwóch wykonawców, odwołujący i Asseco. Oferta tego drugiego, pomimo e dro sza, została wybrana jako najkorzystniejsza. Wyniknęło to z faktu, e w przetargu obowiązywały trzy kryteria oceny ofert. Oprócz ceny było to „Zadanie" (20% wagi) oraz „Wydajność" (10% wagi). W „Zadaniu" obydwaj wykonawcy uzyskali maksymalną punktację, cenę ni szą miał odwołujący i o jego przegranej zdecydowała punktacja „Wydajności", czyli kryterium o najmniejszym znaczeniu. W tym obszarze Asseco otrzymało o 6,79 pkt więcej. Ostateczny wynik to 95,84 pkt dla Asseco i 93,21 pkt dla odwołującego. Jak widać Odwołujący „przegrał" nieznacznie, pomimo e jego cena wynosi ok. 1,5 mln mniej od Asseco! Wszystko za sprawą niewiarygodnie niskiego współczynnika wydajności przewidzianego w ofercie Asseco (1,25 h/jeden punkt funkcyjny COSMIC). Mając na uwadze powy sze odwołujący nie mo e zaakceptować wyniku postępowania, albowiem jego wiedza i wieloletnie doświadczenie w realizacji projektów informatycznych mierzonych i rozliczanych przy pomocy punktów funkcyjnych Cosmic (CFP) wskazują na absolutną niemo liwość produkcji oprogramowania w takim tempie! Ponadto, analiza okoliczności towarzyszących przedmiotowemu postępowaniu prowadzi do wniosku, e oferta Asseco stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, tak e jako wynik niedozwolonego porozumienia pomiędzy tym wykonawcą oraz zamawiającym.

I. Zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia z postępowania Asseco z powodu podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania oraz zaniechania odrzucenia oferty Asseco jako nieodpowiadającej treści SIWZ, stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji oraz niewa nej na podstawie przepisów odrębnych (kodeksu cywilnego).

1. Odwołujący podniósł, e Asseco zaoferowało wydajność procesu produkcji wyra oną w liczbie godzin potrzebnej na realizację jednego CFP (gdzie CFP=COSMIC Function Point) wynosząca 1,25 h/CFP. Realizacja usług w takim tempie (wydajność przekłada się bezpośrednio na czas produkcji) jest niemo liwa, co świadczy, e powy sza wartość jest nierealna (nieprawdziwa), a zarazem oferta Asseco jest niewa na na podstawie kodeksu cywilnego (opiewa na świadczenie niemo liwe, a ponadto ma charakter pozorny), a przez to

niezgodna z treścią SIWZ, bo nie mo e doprowadzić do nawiązania prawnie skutecznej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

2. Zgodnie z opisem kryterium „Wydajności" chodziło w nim o wydajność procesu produkcji wyra oną w liczbie godzin potrzebnej na realizację jednego CFP, W istocie więc oferowane w tym obszarze wartości sprowadzają się do czasu wykonania zadania o danej zło ności. Świadczą zresztą o tym tak e wartości w jakich została wyra ona wydajność (godzina / 1 CFP). Tym samym jest mo liwe i konieczne do zachowania obiektywnej oceny ofert sprawdzenie, czy propozycje wykonawców (w tym przypadku Asseco) są w ogóle realne. Nie mo na bowiem z góry przyjmować, e weryfikacja warunków na jakich zło ono ofertę nastąpi w trakcie realizacji zamówienia. W przeciwnym razie nale ałoby akceptować oferty przewidujące np. sześciomiesięczny termin wybudowania li linii metra warszawskiego... Nie posiadając nawet specjalistycznej wiedzy in ynieryjnej łatwo dostrzec niedorzeczność takiej propozycji i nikt chyba nie skłoniłby się do przyjęcia takiej oferty.

3. Oferta Asseco zakłada realizację modyfikacji oprogramowania w czasie wynoszącym 1,25 h/CFP. Jest to propozycja niepowa na, ukierunkowana na wygranie przetargu wszelkimi sposobami, a następnie wykonywanie umowy w przekonaniu, e zamawiający nie będzie egzekwował tych parametrów (zwłaszcza, e rzeczywiście zamawiający w widoczny sposób preferuje Asseco). Dowodzi tego symulacja oparta na treści SIWZ i ofercie Asseco.

4. Częścią oferty jest rozwiązanie zadania, które nale ało wykonać zgodnie z instrukcją zawartą w Załączniku nr 15 do SIWZ. Zgodnie z tym dokumentem „Przedmiotem zadania jest opracowanie koncepcji integracji Systemu WORKFLOW z Rejestrem PESEL integracja polega na wykorzystaniu zarówno mechanizmu subskrypcji jak i mechanizmu bezpośredniego pobierania danych z S/?P." Natomiast przy ocenie zadania brane było pod uwagę m.in. Poprawność wymiarowania COSMIC (kryterium KJ-04, strona 3 załącznika nr 15). Zasady wymiarowania metodą COSM1C mają charakter obiektywny. To międzynarodowo znormalizowany sposób szacowania rozmiaru oprogramowania, który został przyjęty przez KRUS jako standard w ocenie wielkości zlecanych modyfikacji. Reguły wyliczeniowe dla tej metody zostały bardzo szczegółowo opisane w załączniku nr 6 do umowy. Przypomnieć warto, e rozwiązanie zadania zostało ocenione jednakowo w ofercie Asseco i odwołującego (maks. liczba punktów). Oznacza to, e w obu ofertach zadanie wykonano poprawnie, równie w zakresie wymiarowania. Zatem wynik wymiarowania obu firm powinien być praktycznie identyczny (mo e ró nić nieznacznie).

5. Zadanie jest przykładem modyfikacji (w istocie była to więc próbka tego, co wykonawcy będą świadczyć po podpisaniu umowy z zamawiającym) jaką nale ało przeanalizować, oraz oszacować. Zało enia dla Zadania były następujące:

a) zadanie nale ało zrealizować w „środowisku KRUS" (KRUS udostępnił aktualny model analityczny w postaci pliku EAP dla narzędzia Enterprise Architect dla Systemu WORKFLOW), w który nale ało wkomponować zrealizowane zadanie;

b) treść zadania projektowego zawiera zbiór wymagań, które oferent zobowiązany był przeanalizować i opracować w postaci Analitycznego Opisu Modyfikacji zgodnie z wymogami zawartymi w SIWZ;

c) w ramach zadania nale ało wykonać: o Automatyczna generacja AOM,

o Zgodność ze Standardami dla AOM,

o Realizacja Uzgodnienia Projektowego (Dostarczony AOM realizuje wszystkie wymagania z Zadania),

o Poprawność wymiarowania COSMIC (Wymiarowanie Pełne dla dostarczonego AOM jest zgodne z zapisami zawartymi w Załączniku nr 6 do SiWZ)

d) Z perspektywy funkcjonalnej przedmiotem zadania było opracowanie koncepcji

integracji Systemu WORKFLOW z Rejestrem PESEL.

Ze specyfiki zadania mo na zało yć, i zadanie jest rzeczywistą potrzebą KRUS, jaką w przyszłości potencjalny wykonawca miałby wdro yć w ramach modyfikacji, co powoduje, i to zadanie pokazuje rzeczywiste oczekiwania KRUS od potencjalnych wykonawców.

Odwołujący wskazał, e w jego ofercie zadanie zostało zwymiarowane na 48 CFP. Taki sam wskaźnik (lub bardzo podobny) powinien wynikać z zadania wykonanego przez Asseco. Uwzględniając współczynnik wydajności Asseco na poziomie 1 CFP = 1,25 h Asseco na realizację 48 CFP potrzebuje 60 godzin (48 x l,25h) czyli 7,5 dnia roboczego. Podstawowe zasady modyfikacji oprogramowania zgodnie z SIWZ określono w załączniku nr 1 (poszczególne fazy zawiera pkt 5,1.2 tego załącznika) oraz załączniku nr 4. W zakresie modyfikacji nale y więc wykonywać następujące prace:

a) prowadzenie prac programistycznych

o Implementacja modyfikacji

o Integracja (wykonawców z zaanga owanych w realizację Modyfikacji) o testy integracyjne

o raport z testów i przekazanie zgłoszenie do testów akceptacyjnych

b) prowadzenie prac testowych,

o plan testów akceptacyjnych o wykonanie testów o raport z wykonanych testów

o w przypadku stwierdzenia błędów konieczne powtórzenie prac programistycznych oraz wykonanie ponownych testów

c) prowadzenie prac instalacyjnych i konfiguracyjnych,

o instalacja i konfiguracja na środowisku / środowiskach

d) prowadzenie prac pilota owych i wdro eniowych

o opracowanie dokumentacji technicznej

■ Kody źródłowe i ich dokumentacja

■ Dokumentacja techniczna

■ Dokumentacja administratora

■ Dokumentacja u ytkownika

■ Dokumentacja utrzymaniowa

o przekazanie do u ytku produkcyjnego oprogramowanie poprzez instalację na środowisku / środowiskach o przeszkolenie u ytkowników o nadzór autorski nad nowymi mechanizmami

Szacując czas wykonywania modyfikacji nale ało uwzględnić wszystkie powy sze etapy oraz inne elementy, które w praktyce tworzenia oprogramowania decydują o szybkości jego wykonania (współprac z kontrahentem, podwykonawcami itp.).

7. Odwołujący podniósł, e zakładając, e Asseco zaanga uje najbardziej doświadczony i efektywny zespół osób nie ma mo liwość realizacji modyfikacji stanowiącej treść zadania w czasie 7,5 dni (czyli przy zało eniu wydajności na poziomie 1,25 h/CFP), gdy nawet nie uwzględniając jakichkolwiek ryzyk towarzyszących przygotowywaniu oprogramowania (konieczność współpracy z podwykonawcami, z których Asseco zamierza szeroko korzystać, stabilność zatrudnienia własnej kadry osobowej itp.) najkrótszy mo liwy

czas to 11 dni. Wynika to z braku mo liwości równoległego prowadzenia prac, spowodowanej koniecznością zakończenia i zaakceptowania prac poprzedzających. W

konsekwencji nale y uznać, e zaoferowana wydajność 1,25 h/CFP jest wartością obiektywnie niemo liwą do uzyskania.

8. W ocenie odwołującego Asseco w zakresie oferowanej wydajności podało informację nieprawdziwą, która miała decydujący wpływ na wynik postępowania (spowodowała wybór jej oferty). Wartość 1,25 h/CFP jest nierzetelna i nierealna, a tym samym w rzeczywistości (w okresie produkcji oprogramowania po zawarciu umowy) będzie (bo musi być) wy sza. Skoro oferta w ww. zakresie zawiera informacje nieprawdziwe Asseco podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. W rezultacie taka oferta nie mo e być uznana za zgodną z treścią SIWZ (nale y uznać, e Asseco nie podało wydajności), co powinno prowadzić do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

9. Odwołujący podniósł, e niezale nie od tego, tą ofertę nale y uznać za niewa ną na podstawie przepisów kodeksu cywilnego, a to art. 58 §1 i §2, art. 83 §1 k.c. i art. 387 §1 k.c., czyli podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy. Oferowana wartość wydajności ma charakter pozorny, co powinno być jasne dla zamawiającego (zła wiara). Ponadto wykonywanie modyfikacji oprogramowania zgodnie z taką ofertą jest niemo liwe, a tym samym przyjęcie oferty Asseco nie mo e doprowadzić do zawarcia wa nej umowy (art. 387 §1 k.c.), skoro ta opiewać będzie na świadczenie niemo liwe. Oferta Asseco podlega więc odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy, bo w istocie nie oferuje wykonania zamówienia opisanego w SIWZ, a przynajmniej nie wiadomo z jaką wydajnością - nale y bowiem uznać, e tej wydajności nie określono. Ponadto oferta Asseco ze względu na przekłamaną wydajność stanowi czyn nieuczciwej konkurencji o którym mowa w art. 10 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (czynem nieuczciwej konkurencji jest takie oznaczenie towarów lub usług albo jego brak, które mo e wprowadzić klientów w błąd co do pochodzenia, ilości, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, mo liwości zastosowania, naprawy, konserwacji lub innych istotnych cech towarów albo usług, a tak e zatajenie ryzyka, jakie wią e się z korzystaniem z nich).

II. Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Asseco jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji (w zw. z działaniami zamawiającego polegającymi na utrudnianiu dostępu do rynku innym przedsiębiorcom, poprzez działanie mające na celu wymuszenie wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umo liwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy).

---

1. W przedmiotowym postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego wnioski o dopuszczenie do udziału w nim zło yło 7 wykonawców. Zaproszenie do zło enia oferty otrzymało dwóch wykonawców. Termin składania ofert wyznaczono na dzień 26.02.2014r. Przed jego upływem zamawiający wszczął postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki na „usługi integracji i modyfikacji systemu Workflow, stanowiącego główną szynę integracyjną ESB (Enterprises Service Bus) dla systemów dziedzinowych KRUS wraz z usługami utrzymania", a w dniu 18.02.2014 r. przekazał do publikacji ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante.

2. Wynika z niego e Zamawiający podjął negocjacje z Asseco w sprawie zamówienia na usługi to same z przedmiotem zamówienia w ramach przetargu ograniczonego. Podstawą był art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy, czyli natychmiastowa konieczność nabycia dokonania zakupu. Umowę zawarto w dniu 3 marca 2014 r., a więc blisko dwa tygodnie po wszczęciu postępowania. Zakres tej umowy pokrywa się zasadniczo z opisem przedmiotu zamówienia w niniejszym przetargu ograniczonym. Jej czas trwania ustalono do 30 czerwca 2014 r. W tym terminie Asseco będzie pobierało 522 000 zł miesięcznie za usługę utrzymania i integracji systemu Workflow. Dla porównania jej oferta na podobne świadczenia w przedmiotowym postępowaniu wynosi 165 000 zł. Co ciekawe, w opisie przedmiotu zamówienia nie ma adnych terminów na wykonanie jakieś krytycznej czynności (wszak zamawiający powołał się na natychmiastową potrzebę wykonania zamówienia). Wykonawca ma starannie działać do 30 czerwca 2014 r. Ka e to mieć powa ne zastrze enia do legalności postępowania z wolnej ręki, pomijając jednak ten wątek na potrzeby niniejszej sprawy trzeba zauwa yć, e powy szego splotu zdarzeń nie mo na uznać, za przypadkowy.

3. W okresie przygotowywania oferty w przetargu ograniczonym Asseco zostało zaproszona na do negocjacji umowy na analogiczny zakres, mogąc *de facto* dyktować e umowę zawarła ju po zło eniu oferty, to nie warunki cenowe. Niezale nie od tego,
sposób przyjąć, e nie miała wiedzy co do pozyskania zlecenia z wolnej ręki. W ciągu kilku miesięcy wykonywania umowy z wolnej ręki uzyska zatem dodatkowe wsparcie finansowe, co pozwoliło obni yć cenę za utrzymanie w ramach przetargu ograniczonego.

4. Powy sze zachowanie wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji (art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji), którym jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, je eli zagra a lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Uprawniona jest bowiem teza, e pomiędzy zamawiającym i Asseco doszło do zawiązania porozumienia polegającego na uzgodnieniu warunków oferty Asseco w

szczególności co do ceny, tj. porozumienia o którym mowa w art, 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

5. Chłodno analizując okoliczności towarzyszące przetargowi nie sposób uznać, e zamawiający nagle stanął przed potrzebą zlecenia z wolnej ręki usług zbie nych z zakresem niniejszego zamówienia, zwłaszcza e z treści umowy wcale nie wynika, aby Asseco miał obowiązek natychmiastowego wykonania jakichkolwiek prac. Zresztą gdyby tak było, zamawiający nie zwlekałby dwa tygodnie z podpisaniem umowy. Sięgnięto po to rozwiązanie wyłącznie w celu stworzenia lepszych warunków ofertowania w przetargu ograniczonym. Nic nie stało na przeszkodzie aby szybciej prowadzić przetarg ograniczony (toczy się od czerwca ubiegłego roku) lub wcześniej podjąć zakup interwencyjny, stosując negocjacje bez ogłoszenia i zapraszając obydwu wykonawców którzy byli zaproszeni do zło enia oferty w przetargu ograniczonym (zgodnie z art. 63 ust, 3 ustawy w szczególnych przypadkach mo na zaprosić tylko dwóch wykonawców do negocjacji). Zamawiający podjął jednak negocjacje wyłącznie z Asseco, zawierając przy tej okazji zakazane prawem porozumienie. Ponadto, Asseco wykorzystało wolną rękę aby stworzyć warunki, które wymusiły na Zamawiającym zakup usługi wyłącznie u tego przedsiębiorcy, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji opisany w art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Mając na uwadze powy sze oferta Asseco podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy.

III. Zarzut zaniechania udostępnienia oferty Asseco w części zawierającej „Rozwiązanie zadania", „Dokument Przewodni do Rozwiązania zadania", „Uzgodnienie Projektowe do Zadania SIWZ (Załącznik nr 15 do SIWZ Znak sprawy: ZP-2310/11/13)" i „Zało enia i Standardy Realizacji Zadania do SIWZ (Załącznik nr 15 do SIWZ Znak sprawy: ZP-2310/11/13)"

1. Przedmiot Zadania został pokrótce objaśniony w części I niniejszego uzasadnienia. Chodziło o opracowanie koncepcji integracji Systemu WORKFLOW z Rejestrem PESEL Co istotne, w załączniku nr 15 dokładnie opisano jak nale y wykonać zadanie. Nie sposób więc uznać, e "Rozwiązanie zadania", zawiera jakiekolwiek informacje techniczne, technologiczne, dotyczące organizacji przedsiębiorstwa lub inne posiadające wartość gospodarczą. W szczególności nale y podkreślić, e całe zadanie musiało zostać wykonane zgodnie z metodologią punktów COSMIC. Zgodnie z przyjętą metodologią COSMIC wymiarowanie procesu wytwórczego jest wysoce ustandaryzowane, co oznacza, e u ycie tych samych danych (w tym wypadku danych przekazanych obu wykonawcom przez KRUS), musi doprowadzić do tych samych rezultatów, lub do rezultatów, które będą ró niły się od

siebie w sposób nieznaczny. Nale y zaznaczyć, e z charakteru informacji zawartych w e opisują one jedynie efekt dokumencie oznaczonym „Rozwiązanie zadania" wynika,
zastosowania danej technologii Asseco i nie umo liwiają jej odtworzenia i ewentualnego przejęcia. Dodatkowo nale y podkreślić, e efekt zastosowania danej technologii Asseco (jak

i ka dego innego wykonawcy) został przewidziany i ustalony przez zamawiającego, który sformułował i opisał efekt wykonania zadania w formie elementów, które będą podlegały ocenie w ramach kryterium oceny wskazanych w załączniku nr 15 do SIWZ. Wskazać nale y, e kryteria oceny są opisane zgodnie z metodą spełnia/nie spełnia, a więc wszelkie odstępstwa w efekcie zastosowanej unikalnej technologii rozwiązania zadania nie będą miały znaczenia dla zamawiającego, który premiuje jedynie otrzymanie z góry ustalonych i opisanych wyników.

2. Asseco blokiem zastrzegła wszystkie materiały dotyczące zadania, pomimo e nie e „dokument Przewodni do mogły one zawierać poufnych danych. Trudno uznać,
Rozwiązania Zadania" zawiera jakiekolwiek istotne informacje, które mogłyby być uznane za spełniające kryteria ich utajnienia w świetle przepisu art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ten dokument to co najwy ej swoista „instrukcja obsługi" załączonego do oferty oprogramowania, która ma na celu wygenerowanie przedmiotu oceny zadania. Tym samym trudno zało yć, e zawiera on jakieś inne istotne informacje.

3. Podobnie w przypadku informacji zawartych w dokumentach oznaczonych: „Uzgodnienie Projektowe do Zadania SIWZ (Załącznik nr 15 do SIWZ Znak sprawy: ZP-2310/11/13)" i „Zało enia i Standardy Realizacji Zadania do SIWZ (Załącznik nr 15 do SIWZ Znak sprawy: ZP-2310/11/13)", adne ze wskazanych tam informacji nie uzasadniają objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa. Wynika to stąd, e nazwy obu dokumentów wskazują na ścisłe odniesienie do jawnych informacji zawartych w załączniku nr 5 i 15 do SIWZ i trudno uznać, eby zawierały one inne istotne informacje, które mogłyby podlegać ochronie.

4. Istotne znaczenie ma przy tym fakt, e Asseco nieprzekonująco wyjaśniło powody utajnienia ww. dokumentów na wezwanie Zamawiającego. W swoim piśmie z 5 marca 2014 na r. skupiło się bardziej na formalnych aspektach utajniania ofert przetargowych ni
rzetelnym wytłumaczeniu jaką to szczególną wartość mają zastrze one fragmenty jej oferty. Asseco uznało je za zawierające „unikalny know-how", ale na czym miałby polegać ten know-how i dlaczego jest unikalny z tego pisma się nie dowiadujemy.

5. Wymowne jest równie , i treść pisma z dnia 5 marca Asseco równie uznało za zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa (por. wytłuszczone zastrze enie na ostatniej

stronie). Pobie nie nawet czytając ten dokument widać, e nie zawiera on absolutnie adnych informacji technicznych, technologicznych, czy organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych, które mogłyby mieć jakąkolwiek wartość gospodarczą). Skoro dla Asseco takie informacje jak w tym piśmie zasługują na ochronę to znaczy, e błędnie rozumie definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, co wysoce uprawdopodobnia tezę, e oferta została utajniona w sposób dowolny, a tym samym bezpodstawnie.

6. W związku z powy szym ądanie udostępnienia (odtajnienia) części oferty Asseco zatytułowanej „Rozwiązanie zadania" (pkt 15.1, strony 6-369) oraz „Dokument Przewodni do Rozwiązania zadania, „Uzgodnienie Projektowe do Zadania SIWZ (Załącznik nr 15 do SIWZ Znak sprawy: ZP-2310/11/13)" i „Zało enia i Standardy Realizacji Zadania do SIWZ (Załącznik nr 15 do SIWZ Znak sprawy: ZP-2310/11/13)" (strony 374-528) jest uzasadnione, a zaniechanie w tym względzie ze strony Zamawiającego świadczy o naruszeniu art. 8 ust. 1,96 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Na rozprawie w dniu 15 kwietnia 2014 roku odwołujący ograniczył ądanie odwołania poprzez nakazanie zamawiającemu odtajnienie raportu dotyczącego analitycznego opisu modyfikacji w części w jakiej zawiera ona wymiarowanie zadania zleconego w ramach próbki.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zwa yła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, e odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Przystępujący Asseco Poland SA (dalej: przystępujący) wskazał w ofercie wydajność procesu produkcji w wysokości W = 1,25h/CFP. W ocenie odwołującego taka wydajność jest nierealna do osiągnięcia.

Odwołujący jako dowód w sprawie zło ył ekspertyzę dr. hab. B…….. C…….- C…….. na okoliczność wykazania, i tzw. „wydajność" procesu produkcji wyra ona w liczbie godzin potrzebnej na realizację 1 punktu funkcyjnego metody COSMIC (1 CFP) w wysokości 1,25 h/CFP jest zani ona i nierealna.

W pierwszej kolejności Izba zwraca uwagę na fakt, i zło ona przez odwołującego ekspertyza jest dowodem, który w doktrynie nosi nazwę opinii prywatnej. Od strony negatywnej opinią prywatną (inaczej pozaprocesową, pozasądową, rzeczoznawczą) jest bowiem ka de oświadczenie, powołujące się na wiadomości specjalne, niepochodzące od biegłego powołanego przez sąd. Najistotniejszą cechą opinii prywatnej jest sporządzenie nie na zlecenie organu procesowego, lecz innych uczestników procesu, najczęściej stron postępowania. Jak sama nazwa wskazuje, opinia prywatna nie jest opinią w rozumieniu art. 190 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, poniewa nie spełnia podstawowych wymagań prawnych odnoszonych do opinii biegłych. Dokument ten powstaje poza postępowaniem, czasami nie dla jego celów, a czasami właśnie dla przedstawienia w toku postępowania.

Nale y uznać za ugruntowany w orzecznictwie SN i sądów powszechnych oraz literaturze pogląd, e, co do zasady, prywatna opinia „biegłego" lub instytutu naukowego nie stanowi dowodu wiadomości specjalnych. Charakter opinii prywatnej ma nawet ekspertyza osoby, która jest biegłym sądowym, je eli sporządzona została na polecenie strony.

W konsekwencji przedło ona do akt przez stronę opinia prywatna mo e mieć dwojaki charakter. W pierwszym przypadku stanowi stanowisko strony, w drugim – dowód z dokumentu prywatnego. W konsekwencji nigdy ekspertyza prywatna nie mo e być podstawą wniosków organu orzekającego pozostających w opozycji do stanowiska strony przeciwnej. W orzecznictwie SN wyra ono słuszne stanowisko, e, gdyby ekspertyzę prywatną przyjęto za podstawę orzeczenia, stanowiłoby to istotne uchybienie procesowe, które mogłoby być nawet podstawą skargi kasacyjnej (np. wyrok z dnia 11 grudnia 1997 r. sygn. akt I CKN 385/97).

Dokonując oceny przedło onej opinii jako stanowiska strony odwołującej zwrócić nale y uwagę na poczynione przez jej autorkę zastrze enie, i „Opracowanie to w adnej swojej części nie mo e być traktowane jako ocena całości oferty, do której autorka nie miała wglądu". Ponadto z treści opinii nie wynika równie , i autorka miała wgląd do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz pytań do tej specyfikacji udzielanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Oznacza to, i opinia została sporządzona w oderwaniu od istotnych kwestii tego konkretnego postępowania przetargowego. Okoliczności te powodują, i wartość dowodowa opinii w przedmiotowej sprawie jest znikoma i nie mo e mieć wpływu na stanowisko Izby.

Izba zwraca uwagę na treść art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, z którego wynika, i strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Przepis ten ustala zasadę rozkładu cię aru

dowodów w postępowaniu przez Krajową Izbą Odwoławczą, która jest to sama z zasadą wyra oną w art. 6 Kodeksu cywilnego. W ocenie Izby odwołujący, na którym spoczywał obowiązek wykazania, i wydajność w wysokości 1 + 1,25 h/CFP jest nierealna, faktu tego nie udowodnił.

Oddalenie powy szego zarzutu jest równoznaczne z oddaleniem ądania uznania oferty przystępującego za niewa ną na podstawie przepisów kodeksu cywilnego, a to art. 58 §1 i §2, art. 83 §1 k.c. i art. 387 §1 k.c. oraz za podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89

ust. 1 pkt 8 ustawy.

Izba uznała za niezasadny zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Asseco jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji (w zw. z działaniami zamawiającego polegającymi na utrudnianiu dostępu do rynku innym przedsiębiorcom, poprzez działanie mające na celu wymuszenie wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umo liwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy).

Analizując zawarte w odwołaniu uzasadnienie przedmiotowego zarzutu Izba stwierdziła, e w istocie odnosi się ono do zakwestionowania zasadności i legalności zamówienia z wolnej ręki na „usługi integracji i modyfikacji systemu Workflow, stanowiącego główną szynę integracyjną ESB (Enterprises Service Bus) dla systemów dziedzinowych KRUS wraz z usługami utrzymania". Ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości *ex ante* zostało przekazane do publikacji w dniu 18 lutego 2014 roku.

Izba stwierdza, i odwołujący winien zarzuty dotyczące wskazanego postępowania podnosić w stosownym terminie, tj. licząc od dnia opublikowania ogłoszenia. Podnoszenie ich teraz nale y uznać za spóźnione.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zawiązania porozumienia pomiędzy zamawiającym i przystępującym polegającego na uzgodnieniu oferty warunków przystępującego, tj. zarzutu dopuszczenia się czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Izba uznała ten zarzut za bezpodstawny.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U z 2003 Nr 153 poz. 1503 ze zm.), czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, je eli zagra a lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Z kolei w myśl art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zmianami) zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Podstawą dla stwierdzenia, i zamawiający i przystępujący działali wspólnie i w porozumieniu mając na celu uzyskanie mo liwości wypływania na wynik postępowania wbrew zało eniom ustawy, a więc w warunkach tzw. zmowy przetargowej, stanowi ocena ustalonych okoliczności faktycznych sprawy.

Jak słusznie zauwa yła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 marca 2013 roku sygn. akt: KIO 517/13 udowodnienie zaistnienia zmowy przetargowej, siłą rzeczy, w większości przypadków opierało się będzie na dowodach i okolicznościach wskazujących na powy sze pośrednio (posługując się terminologią prawnokarną, na tzw. poszlakach). Tym samym na podstawie nagromadzenia pewnych wykazanych faktów, które wystąpią w odpowiednich wadze i ilości, mo na przyjąć i wywnioskować, istnienie faktów innych – w tym przypadku zaistnienia nielegalnego porozumienia. Powstaje więc w ten sposób domniemanie faktyczne wystąpienia zmowy przetargowej i naruszenia konkurencji w postępowaniu, stanowiące podstawę do orzeczenia powy szego – co zostało potwierdzone wprost w wyroku Sądu Najwy szego z dnia 9 sierpnia 2006 r. (III SK 6/06). Nieuzasadnione jest więc postulowanie, aby stwierdzenie zmowy przetargowej było mo liwe tylko na podstawie dowodów bezpośrednich, przewa nie mo liwych do uzyskania jedynie operacyjnie przez organy śledcze państwa.

Niemniej jednak w ocenie Izby nie wykazano, nawet za pomocą dowodów pośrednich, zaistnienia zmowy pomiędzy zamawiającym i przystępującym. Nie mo e być w ten sposób oceniony fakt zawarcia umowy z wolnej ręki w sytuacji, gdy termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu wyznaczony został na 26 lutego 2014 roku, natomiast zamówienie z wolnej ręki zostało udzielone w dniu 3 marca 2014 roku, zatem ju po zło eniu oferty przez przystępującego. Nie stanowi poszlaki tak e fakt, e cena ofertowa

przystępującego jest znacznie ni sza ni jego wynagrodzenie wynikające z zamówienia z wolnej ręki. Jak słusznie zauwa ył zamawiający, oferta przystępującego w niniejszym postępowaniu jest o 1,5 mln dro sza od oferty odwołującego. Trudno zatem zrozumieć, na czym miałoby polegać, w jaki sposób manifestować i jaki skutek miałoby wywołać rzekome porozumienie zamawiającego z przystępującym. Z kolei argument odwołującego, i

przystępujący w dniu 26 lutego 2014r., to jest w dniu składania ofert, musiał wiedzieć, e ryzyko będzie miał zdywersyfikowane w ramach innego kontraktu, jest niczym nieuzasadnioną dywagacją odwołującego w sytuacji, gdy zamawiający zagwarantował sobie mo liwość wcześniejszego rozwiązania umowy zawartej w drodze zamówienia z wolnej ręki w przypadku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego.

Izba uznała za bezpodstawny zarzut zaniechania udostępnienia oferty Asseco w części zawierającej wymiarowanie zadania zleconego w ramach próbki.

Izba stwierdziła, e zamawiający w dniu 28 lutego 2014 roku zwrócił się do przystępującego z prośbą o wyjaśnienie i wskazanie podstaw faktycznych i prawny utajnienia części oferty przystępującego.

W odpowiedzi z dnia 5 marca 2014 roku przystępujący wyjaśnił, e wszystkie zastrze one przez niego informacje mają charakter technologiczny i łącznie są realizacją zadania określonego w SIWZ. Przedmiotowe dokumenty zawierają autorską koncepcję integracji Systemu Workflow z Rejestrem PESEL. Zawierają one zarówno pełny merytoryczny wkład stanowiący wynik dokonanej przez Asseco Poland SA analizy systemów Workflow (KRUS), jak i szczegółowy opis rozwiązania zagadnienia jego integracji z rejestrem PESEL. Ponadto w przedmiotowych dokumentach zawarte są informacje na temat sposobu implementacji przez Asseco Poland SA standardów projektowych i analitycznych we wskazanych przez zamawiającego narzędziach, a tak e informacje na temat sposobu implementacji metodyk wymiarowania oprogramowania. Wszystkie te elementy stanowią unikalny know-how stanowiący wyłączną własność intelektualną Asseco Poland SA, a ich ujawnienie osłabiłoby pozycję konkurencyjną Asseco Poland SA. Wszelkie informacje zawarte w dokumentach nie zostały nigdy uprzednio (przed zło eniem oferty) ujawnione do wiadomości publicznej. Jako całość Koncepcja powstawała wraz z przygotowaniem oferty, wcześniej nie istniała – zatem nie mogła zostać ujawniona. Informacje zawarte w przedmiotowych dokumentach są znane tylko ograniczonemu kręgowi osób, zaś Asseco podjął kroki mające na celu zachowanie tych informacji w poufności. Obowiązują u niego następujące zasady ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa:

- klauzule poufności w umowach z pracownikami i osobami współpracującymi,

- system zarządzania ISO 9001:2008, ISO/IEC 27001:2005, AQAP 2110:2009.

Jedną z zasad udzielania zamówień publicznych, zawartą w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia. Zasada ta gwarantuje transparentność prowadzonego postępowania i pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zasada jawności postępowania doznaje ograniczeń w przypadkach określonych w ustawie. Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, je eli wykonawca nie później ni w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zastrzegł, e nie mogą być one udostępniane. Wykonawca nie mo e zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, je eli spełnia łącznie trzy warunki:

- ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,

- nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Powy sze zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwy szego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00). Powszechnie przyjmuje się zdaniem SN, e informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja (wiadomość) "nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się "tajemnicą przedsiębiorstwa", kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja mo e być nieznana, ale nie będzie tajemnicą.

Nale y zaznaczyć, e zarzut odwołującego dotyczył jedynie tego, i zastrze one informacje nie miały uprawniającego do uznania ich za tajemnicę charakteru przedsiębiorstwa. Odwołujący nie kwestionował tego, e informacje te nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej ani e podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Ze stanowiskiem odwołującego nie sposób się zgodzić. Przystępujący zastrze one informacje określił jako know-how swojego przedsiębiorstwa. W literaturze prawniczej pojęcie know-how definiuje się jako zespół technicznej lub pozatechnicznej wiedzy i doświadczeń o charakterze poufnym, który cechuje mo liwość zidentyfikowania i opisu oraz potencjalna bądź rzeczywista mo liwość praktycznego wykorzystania w działalności gospodarczej. W ocenie Izby przystępujący w wyjaśnieniach z dnia 5 marca 2014 roku w sposób przekonywujący wyjaśnił, na czym polega uznanie zastrze onych informacji jako know-how przedsiębiorstwa i wyjaśnienie to odpowiada definicji know-how wypracowanej w doktrynie i orzecznictwie. I mimo e pojęcie know-how nie jest całkowicie to same z pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa, w zdecydowanej większości wypadków cenne dla przedsiębiorcy know-how będzie chronione na gruncie art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Izby bez znaczenia dla oceny zarzutu jest fakt, e przystępujący ujawnił ądane informacje w piśmie z dnia 11 kwietnia 2014 roku. W myśl art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. W tym przypadku działaniom (zaniechaniom) zamawiającego nie sposób zarzucić naruszenia jakiegokolwiek przepisu. W chwili ądania przez odwołującego ujawnienia wymaganej informacji, była ona skutecznie zastrze ona jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Okres trwania ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa zale y głównie od tego, czy dysponent danej informacji objętej stanem tajemnicy yczy sobie jej ujawnienia, czy te woli by nadal była ona poufna. Je eli dysponent tajemnicy wyra a wolę jej ujawnienia określonym podmiotom wchodzącym z nim w ró nego typu stosunki prawne, w takiej sytuacji na gruncie regulacji dotyczących nieuczciwej konkurencji ochrona dobrowolnie ujawnionej tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do danego podmiotu będzie wyłączona. Z taką sytuacją mamy do czynienia dopiero od dnia 11 kwietnia 2014 roku i fakt ten nie był zale ny w aden sposób od decyzji zamawiającego.

Biorąc powy sze pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

……