

Sygn. akt: KIO 3598/21

KIO 3627/21

WYROK

z dnia 5 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Członkowie: Robert Skrzyszewski

Luiza Łamejko

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 stycznia 2022 roku Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 13 grudnia 2021 r. przez wykonawcę **ASSECO Poland Spółka akcyjna w Rzeszowie** (sygn. akt: KIO 3598/21),
- B. w dniu 13 grudnia 2021 r. przez wykonawcę **Comarch Polska Spółka akcyjna w Krakowie** (sygn. akt: KIO 3627/21),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Skarb Państwa – Głównego Inspektora Transportu Drogowego w Warszawie**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Comarch Polska Spółka akcyjna w Krakowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3598/21 po stronie **odwołującego**;
- B. wykonawcy **GISPartner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3598/21 po stronie **odwołującego**;
- C. wykonawcy **ASSECO Poland Spółka akcyjna w Rzeszowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3627/21 po stronie **odwołującego**

orzeka:

1. umarza następujące zarzuty odwołania wniesionego przez wykonawcę **ASSECO Poland Spółka akcyjna w Rzeszowie** (sygn. akt: KIO 3598/21):
 - zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 6 oraz art. 255 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129 ze zm. – dalej: ustawa P.z.p.) poprzez wadliwe określenie Warunków Szczegółowych (WSZ) zawartych w Części II Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ, lit. B – kryteria oceny ofert) i przyjęcie obligatoryjnej podstawy odrzucenia oferty Wykonawcy w przypadku zaoferowania ceny oferty przewyższającej budżet ($C_{max} = 19\,019\,999,99$ PLN) oraz w przypadku zaoferowania ceny brutto jednej roboczogodziny powyżej kwoty 1000,00 zł, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p.
 - zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. i wadliwe określenie w Części III SWZ Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ), w punkcie 4.7.3 – Opis wymagań na usługi utrzymania, podpunktu 4.7.3.15, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niedostatecznie dokładny i zrozumiały, co skutkuje naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w zakresie żądań wskazanych w pkt. 2 i 3,
 - zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 w zw. art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. i wadliwe określenie w Części III SWZ Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ), w punkcie 3) - Terminu realizacji zamówienia, poprzez przyjęcie zbyt krótkiego (niespełna 1 miesięcznego (27 dni) okresu przejściowego na świadczenie usługi przez wykonawcę w zakresie żądań wskazanych w pkt. b i c,
 - zarzut naruszenia art. 112 ust. 1 w związku art. 16 ustawy P.z.p. i wadliwe określenie:
 - a. w Części II SWZ - WARUNKI SZCZEGÓLNE (WSZ), Rozdział A. Informacja o warunkach udziału w postępowaniu i podstawach wykluczenia oraz wykaz podmiotowych środków dowodowych, pkt 1.4. Zdolność zawodowa – w zakresie wiedzy i doświadczenia.
 - b. w Części II SWZ - WARUNKI SZCZEGÓLNE (WSZ), Rozdział A. Informacja o warunkach udziału w postępowaniu i podstawach wykluczenia oraz wykaz podmiotowych środków dowodowych, pkt 1.5. Zdolność techniczna – w zakresie posiadania potencjału kadrowego.
 - c. w Sekcji III. Ogłoszenia o zamówieniu (pkt III.1.3) Zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe: I. w zakresie wiedzy i doświadczenia.

d. w Sekcji III. Ogłoszenia o zamówieniu (pkt III.1.3) Zdolność techniczna i kwalifikacje

zawodowe: II. w zakresie potencjału kadrowego,

2. umarza następujące zarzuty odwołania wniesionego przez wykonawcę **Comarch Polska Spółka akcyjna w Krakowie:**

- zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wskutek połączenia w ramach jednego zamówienia usługi utrzymywania obecnego systemu Zamawiającego CEN 1.0 oraz usługi dostarczenia nowego systemu CEN 2.0 i zaniechanie dopuszczenia możliwości składania ofert częściowych;

- zarzut naruszenia art. 240 ust. 1 i 2 w zw. z art. 255 pkt 3 w zw. z art. 226. ust 1 pkt 5 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. poprzez określenie zapisów dotyczących kryterium oceny ofert „Cena” w sposób utrudniający przygotowanie i wycenę oferty oraz uzyskanie punktów (a tym samym utrudniający konkurencję), co może mieć wpływ na wynik postępowania, w tym poprzez określenie, że w przypadku zaoferowania ceny oferty przewyższającej budżet Zamawiającego, oferta wykonawcy zostanie odrzucona;

- zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję w zakresie punktu VI i VIII,

3. w pozostałym zakresie zarzuty obydwu odwołań oddala,

4. kosztami postępowania obciąża wykonawców: **ASSECO Poland Spółka akcyjna w Rzeszowie** oraz **Comarch Polska Spółka akcyjna w Krakowie** i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez: wykonawcę ASSECO Poland Spółka akcyjna w Rzeszowie (15 000 zł 00 gr) i wykonawcę Comarch Polska Spółka akcyjna w Krakowie (15 000 zł 00 gr)

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....
.....
.....

Sygn. akt: KIO 3598/21

KIO 3627/21

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Główny Inspektor Transportu Drogowego w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowę, utrzymanie i rozwój Systemu Teleinformatycznego Centralnej Ewidencji Naruszeń 2.0.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 13 grudnia 2021 r. wykonawca ASSECO Poland Spółka akcyjna w Rzeszowie (dalej: odwołujący Asseco) oraz wykonawca Comarch Polska Spółka akcyjna w Krakowie (odwołujący Comarch) wnieśli odwołania wobec czynności sformułowania treści ogłoszenia oraz treści specyfikacji warunków zamówienia.

Dot. odwołania wniesionego przez odwołującego Asseco (sygn. akt: KIO 3598/21):

Odwołujący Asseco zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 (w szczególności jego punktu 5) w zw. z art. 224 ust. 6 oraz art. 255 pkt 3 ustawy P.z.p., poprzez wadliwe określenie Warunków Szczegółowych (WSZ) zawartych w Części II Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ, lit. B – kryteria oceny ofert) i przyjęcie obligatoryjnej podstawy odrzucenia oferty Wykonawcy w przypadku zaoferowania ceny oferty przewyższającej budżet ($C_{max} = 19\,019\,999,99$ PLN) oraz w przypadku zaoferowania ceny brutto jednej roboczogodziny powyżej kwoty 1000,00 zł, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p.;

2. art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. art. 226 ust. 1 (w szczególności jego punktu 5) w zw. z art. 224 ust. 6 oraz art. 255 pkt 3 ustawy P.z.p. poprzez wadliwe określenie Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ) zawartego w Części III SWZ, w punkcie 4.7 -

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, podpunkt 4.7.10 i 4.7.11. i przyjęcie obligatoryjnej podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w przypadku zaoferowania ceny oferty przewyższającej budżet ($C_{max} = 19\,019\,999,99$ PLN) oraz w przypadku zaoferowania ceny brutto jednej roboczogodziny powyżej kwoty 1000,00 zł, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy P.z.p.;

3. art. 99 ust. 1 i 4 w zw. art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. i wadliwe określenie w Części III SWZ Opis

Przedmiotu Zamówienia (OPZ), w punkcie 3) - Terminu realizacji zamówienia, poprzez przyjęcie zbyt krótkiego (niespełna 1 miesięcznego (27 dni) okresu przejściowego na świadczenie usługi przez wykonawcę;

4. art. 112 ust. 1 w związku art. 16 ustawy P.z.p. i wadliwe określenie:

a. w Części II SWZ - WARUNKI SZCZEGÓLNE (WSZ), Rozdział A. Informacja o warunkach udziału w postępowaniu i podstawach wykluczenia oraz wykaz podmiotowych środków dowodowych, pkt 1.4. Zdolność zawodowa – w zakresie wiedzy i doświadczenia.

b. w Części II SWZ - WARUNKI SZCZEGÓLNE (WSZ), Rozdział A. Informacja o warunkach udziału w postępowaniu i podstawach wykluczenia oraz wykaz podmiotowych środków dowodowych, pkt 1.5. Zdolność techniczna – w zakresie posiadania potencjału kadrowego.

c. w Sekcji III. Ogłoszenia o zamówieniu (pkt III.1.3) Zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe: I. w zakresie wiedzy i doświadczenia.

d. w Sekcji III. Ogłoszenia o zamówieniu (pkt III.1.3) Zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe: II. w zakresie potencjału kadrowego.

5. art. 99 ust. 1 w związku z art. 16 i wadliwe określenie w Części IV SWZ Projektowane Postanowienia Umowy (PPU), § 5 ust. 8 oraz § 10 ust 4 Umowy, poprzez rażąco wygórowane, nieproporcjonalne i niejednoznaczne warunki wypowiedzenia Umowy;

6. art. 99 ust. 1 w związku art. 16 ustawy P.z.p. oraz art. 483 § 1, art. 484 § 2, art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 Ustawy P.z.p. i wadliwe określenie w Części IV SWZ Projektowane Postanowienia Umowy (PPU):

a. § 9 ust 1 pkt 7 Umowy – poprzez nieprecyzyjne zasady naliczania kary umownej i przyjęcie rażąco wysokiej kary umownej;

b. § 9 ust 1 pkt. 9 Umowy – poprzez przyjęcie rażąco wysokiej kary umownej w przypadku wypowiedzenia lub odstąpienia od Umowy;

7. art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. i wadliwe określenie w Części III SWZ Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ), w punkcie 4.7.3 – Opis wymagań na usługi utrzymania, podpunktu 4.7.3.15, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niedostatecznie dokładny i zrozumiały, co skutkuje naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

8. Art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. – poprzez sporządzenie Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ) w sposób, który nie jest zarówno jednoznaczny, jak i wyczerpujący. Ponadto z pominięciem dostatecznie dokładnych określeń, uwzględniających wymagania i okoliczności mające istotny wpływ na możliwość sporządzenia przez odwołującego rzetelnej oferty. W konsekwencji, przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a także w sposób nieprzejrzysty.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 31 stycznia 2021 roku zamawiający wniósł o:

1. umorzenie postępowania w zakresie:

1) zarzutu nr 1 dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 PZP (w szczególności jego punktu 5) w zw. z art. 224 ust. 6 PZP oraz art. 255 pkt 3 PZP, poprzez wadliwe określenie Warunków Szczegółowych (WSZ) zawartych w Części II Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ, lit. B – kryteria oceny ofert) i przyjęcie obligatoryjnych podstaw odrzucenia oferty Wykonawcy – w części, w jakiej Zamawiający uwzględnił żądania Odwołującego, tj. w części, w jakiej Odwołujący żądał wykreślenia zapisów dotyczących odrzucenia oferty w przypadku zaoferowania ceny przewyższającej budżet (C_{MAX}= 19 019 999,99 zł) oraz zaoferowania ceny brutto jednej roboczogodziny powyżej kwoty 1000 zł (żądanie a)ii. , b) i c));

2) zarzutu nr 2 dotyczącego naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP w zw. z art. art. 226 ust. 1 PZP (w szczególności jego punktu 5) w zw. z art. 224 ust. 6 PZP oraz art. 255 pkt 3 PZP poprzez wadliwe określenie Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ) zawartego w Części III SWZ, w punkcie 4.7 - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, podpunkt 4.7.10 i 4.7.11. w całości (Zamawiający uwzględnił żądania dotyczące tego zarzutu);

2. oddalenie odwołania w pozostałym zakresie;

3. obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego

W piśmie procesowym z dnia 2 stycznia 2022 roku odwołujący Asseco:

1. wniósł o umorzenie postępowania na podstawie art. 468 pkt 2 ustawy P.z.p., w przedmiocie całego zarzutu nr I odwołania,

2. wniósł o umorzenie postępowania na podstawie art. 468 pkt 2 ustawy P.z.p. w przedmiocie zarzutu nr VII odwołania w zakresie żądań wskazanych w pkt. 2 i 3 oraz podtrzymuje nieuwzględniony przez zamawiającego zarzut nr VII, w zakresie żądania wskazanego w pkt. 1);

3. cofnął odwołanie w przedmiocie zarzutu nr III, w zakresie żądań wskazanych w pkt. b) i c) oraz podtrzymuje nieuwzględniony przez Zamawiającego zarzut nr III., w zakresie żądania wskazanego w pkt. a);

4. cofnął odwołanie w przedmiocie zarzutu nr IV.;

5. podtrzymał odwołanie w pozostałym zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego, tj. w zakresie zarzutów nr V., nr VI. oraz nr VIII.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpili wykonawcy: Comarch Polska Spółka akcyjna w Krakowie oraz GISPartner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu.

Izba ustaliła, co następuje:

W części III SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia, pkt 3:

„Zamawiający wymaga, aby Wykonawca świadczył usługę utrzymania systemu ST CEN 1.0 od 3 dnia od zawarcia umowy z zastrzeżeniem, że w okresie pierwszego miesiąca od zawarcia umowy Utrzymanie może być realizowane bez zachowania czasów SLA opisanych w punkcie 4.7.3.

Rozwój ST CEN 1.0 realizowany będzie przez Wykonawcę począwszy od 2 miesiąca od zawarcia umowy do odbioru Etapu 4 ST CEN 2.0 lub wykorzystania puli roboczogodzin.”

Część III SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia, pkt 4.7.3:

4.7.3.1. Wykonawca zobowiązuje się dokonywać czynności w ramach Utrzymania:

4.7.3.1.1. ST CEN 1.0 od 3 dnia od zawarcia Umowy do zakończenia Umowy, z zastrzeżeniem, że w okresie pierwszego miesiąca od zawarcia Umowy Utrzymanie może być realizowane bez zachowania czasów SLA.

4.7.3.1.2. ST CEN 2.0 począwszy od odbioru pierwszego elementu produkcyjnego ST CEN 2.0 do zakończenia Umowy.

4.7.3.2. Wykonawca zobowiązuje się do Utrzymania:

4.7.3.2.1. Środowiska testowego oraz preprodukcyjnego ST CEN 1.0 od zawarcia Umowy do zakończenia Umowy.

Zamawiający w części IV SWZ, PROJEKTOWANE POSTANOWIENIA UMOWY (PPU), § 10 ust 4 wskazał, co następuje:

„Jeżeli w ramach Umowy naliczone kary umowne osiągną kwotę stanowiącą 40% łącznego wynagrodzenia wskazanego w § 6 ust. 1 Umowy lub w przypadku podpisania co najmniej 10 razy protokołu rozbieżności, o którym mowa w § 5 ust. 8 Umowy, Zamawiający będzie mógł jednostronnie wypowiedzieć Umowę ze skutkiem natychmiastowym.”

56. Zgodnie z zapisem w § 5 ust. 8 Umowy:

„W przypadku zastrzeżeń Zamawiającego do wykonanych prac, Strony sporządzą Protokół rozbieżności, zgodny ze wzorem Protokołu rozbieżności stanowiącym załącznik nr 6 do Umowy, a Wykonawca zobowiązany będzie w terminie wskazanym w Protokole rozbieżności, a gdy terminu nie określono, w terminie do 14 dni kalendarzowych od dnia sporządzenia Protokołu rozbieżności, do usunięcia wad lub/i braków zgłoszenia. W sytuacji, gdy Wykonawca nie zgadza się na usunięcie wad lub/i braków, przedstawia Zamawiającemu stanowisko w tym przedmiocie w terminie wskazanym w zdaniu poprzednim. Brak uwag Zamawiającego w terminie 7 dni kalendarzowych od dnia przekazania przez Wykonawcę stanowiska lub uzupełnionego/poprawionego przedmiotu odbioru – oznacza jego akceptację przez Zamawiającego. Powyższą procedurę powtarza się do czasu dokonania przez Zamawiającego akceptacji zgłoszenia, albo skorzystania przez niego z prawa do odstąpienia od Umowy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa lub zgodnie z Umową.”

Zamawiający w części IV SWZ, PROJEKTOWANE POSTANOWIENIA UMOWY (PPU), § 9 ust 1 pkt 7 wskazał, co następuje:

„1. Wykonawca zobowiązuje się do zapłaty Zamawiającemu kary umownej w następujących sytuacjach:

[..]

7) w razie niedotrzymania innych terminów na dokonanie czynności lub uchybienia innym zobowiązaniom określonym w OPZ i Umowie – w wysokości 1500 zł brutto za każdy rozpoczęty dzień zwłoki dla każdego uchybienia osobno”;

Zamawiający w części IV SWZ, PROJEKTOWANE POSTANOWIENIA UMOWY (PPU), § 9 ust 1 pkt 9 wskazał co następuje:

„w przypadku wypowiedzenia lub odstąpienia przez Zamawiającego od Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy lub odstąpienia od Umowy przez Wykonawcę z

przyczyn niezależnych od Zamawiającego, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 30% maksymalnego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 6 ust. 1 Umowy;”

Zamawiający do SWZ nie załączył statystyki błędów dotyczących systemu CEN 1.0.

Izba zważyła, co następuje:

Na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy P.z.p. podlegają umorzeniu zarzuty:

- zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 6 oraz art. 255 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129 ze zm. – dalej: ustawa P.z.p.) poprzez wadliwe określenie Warunków Szczegółowych (WSZ) zawartych w Części II Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ, lit. B – kryteria oceny ofert) i przyjęcie obligatoryjnej podstawy odrzucenia oferty Wykonawcy w przypadku zaoferowania ceny oferty przewyższającej budżet ($C_{max} = 19\,019\,999,99$ PLN) oraz w przypadku zaoferowania ceny brutto jednej roboczogodziny powyżej kwoty 1000,00 zł, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p.

- zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. i wadliwe określenie w Części III SWZ Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ), w punkcie 4.7.3 – Opis wymagań na usługi utrzymania, podpunktu 4.7.3.15, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niedostatecznie dokładny i zrozumiały, co skutkuje naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w zakresie żądań wskazanych w pkt. 2 i 3.

Na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy P.z.p. podlegają umorzeniu zarzuty:

- zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 w zw. art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. i wadliwe określenie w Części III SWZ Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ), w punkcie 3) - Terminu realizacji zamówienia, poprzez przyjęcie zbyt krótkiego (niespełna 1 miesięcznego (27 dni) okresu przejściowego na świadczenie usługi przez wykonawcę w zakresie żądań wskazanych w pkt. b i c,

- zarzut naruszenia art. 112 ust. 1 w związku art. 16 ustawy P.z.p. i wadliwe określenie:

a. w Części II SWZ - WARUNKI SZCZEGÓLNE (WSZ), Rozdział A. Informacja o warunkach udziału w postępowaniu i podstawach wykluczenia oraz wykaz podmiotowych środków dowodowych, pkt 1.4. Zdolność zawodowa – w zakresie wiedzy i doświadczenia.

b. w Części II SWZ - WARUNKI SZCZEGÓLNE (WSZ), Rozdział A. Informacja o warunkach udziału w postępowaniu i podstawach wykluczenia oraz wykaz podmiotowych środków dowodowych, pkt 1.5. Zdolność techniczna – w zakresie posiadania potencjału kadrowego.

c. w Sekcji III. Ogłoszenia o zamówieniu (pkt III.1.3) Zdolność techniczna i kwalifikacje
zawodowe: I. w zakresie wiedzy i doświadczenia.

d. w Sekcji III. Ogłoszenia o zamówieniu (pkt III.1.3) Zdolność techniczna i kwalifikacje
zawodowe: II. w zakresie potencjału kadrowego,

W pozostałym zakresie odwołanie jest bezzasadne i podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący Asseco jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 w zw. art. 16 pkt 1 i 3 ustawy P.z.p. i wadliwe określenie w Części III SWZ Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ), w punkcie 3 „Termin realizacji zamówienia” poprzez przyjęcie zbyt krótkiego (niespełna 1 miesięcznego (27 dni) okresu przejściowego na świadczenie usługi przez wykonawcę.

Izba wskazuje, że długość okresu przejściowego nie wynika z żadnego powszechnie obowiązującego przepisu prawa. Wynikać on zatem powinien z uzasadnionych potrzeb zamawiającego oraz ze specyfiki przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wykazał, że w jego interesie jest, by okres przejściowy nie trwał dłużej niż 1 miesiąc. Okres przejściowy charakteryzuje się bowiem brakiem pewności co do sposobu działania ST CEN. W tym okresie zamawiający może nie otrzymać części świadczeń będących przedmiotem usługi. Tym samym przedłużenie tego stanu stoi w sprzeczności z ustawowymi zadaniami Inspekcji Transportu Sanitarnego.

W tym miejscu Izba podkreśla, że zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób uwzględniający jego uzasadnione potrzeby. To zamawiający jako gospodarz postępowania określa zakres zarówno przedmiotowy, jak i podmiotowy, charakteryzujący cel jaki zamierza osiągnąć.

A zatem nie można przyznać wykonawcom czy organom orzekającym lub kontrolującym przestrzeganie przepisów ustawy, uprawnienia do narzucania zamawiającym konkretnego określenia ich potrzeb oraz sposobu ich opisanie czy zapewnienia ich realizacji w specyfikacji warunków zamówienia. Z drugiej strony należy również odmówić zamawiającym prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań specyfikacji (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do nadmiernego ograniczenia konkurencji w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego.

W ocenie Izby specyfika przedmiotu zamówienia oraz jego znaczenie dla realizacji ustawowych zadań zamawiającego uzasadnia stwierdzenie, iż zamawiający nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów prawa, ustalając okres przejściowy wynoszący około 1 miesiąca. Izba podziela stanowisko zamawiającego, z którego wynika, iż pozbawienie inspektorów drogowych przez dłuższy okres należytego wsparcia technicznego w pracy z rozbudowanym i dość skomplikowanym systemem ST CEN może utrudnić lub uniemożliwić wykonywanie zadań służbowych.

Jeśli chodzi natomiast o specyfikę przedmiotu zamówienia, Izba wzięła pod uwagę fakt, że w poprzednich postępowaniach, prowadzonych przez tego samego zamawiającego i dotyczących analogicznego przedmiotu zamówienia, zamawiający w ogóle nie przewidywał okresów przejściowych, a – mimo to – wykonawcy (w tym również odwołujący) byli w stanie przystąpić do realizacji przedmiotu umowy bezpośrednio po jej zawarciu. Tym samym uznać należy, że ustalenie miesięcznego okresu przejściowego czyni zadość zarówno interesom zamawiającego, jak i wykonawców.

Odnosząc się do treści rekomendacji R.1.3 oraz R.6.2 Prezesa UZP zawartych w dokumencie „Udzielanie zamówień publicznych na systemy informatyczne oraz dostawę zestawów komputerowych REKOMENDACJE Prezesa UZP”, na które to rekomendacje powoływał się zarówno odwołujący, jak i zamawiający, Izba wskazuje, że wskazane rekomendacje nie określają w konkretny sposób długości okresu przejściowego, ograniczając się do stwierdzenia, iż ma to być okres niezbędny do tego, by nowy wykonawca mógł przejąć wiedzę konieczną do wykonania przedmiotu zamówienia. Wydaje się, że podmiotem właściwym do określenia, jak długi winien być okres przejściowy, jest właśnie zamawiający, który sam definiuje swoje potrzeby wynikające z jego uzasadnionego interesu. Jednocześnie podkreślić należy, iż z rekomendacji wynika, że trwający wiele miesięcy okres przejściowy ma miejsce jedynie w skrajnych przypadkach.

Izba uznała za nieuzasadnione zarzuty naruszenia:

- art. 99 ust. 1 w związku z art. 16 i wadliwe określenie w Części IV SWZ Projektowane Postanowienia Umowy (PPU), § 5 ust. 8 oraz § 10 ust 4 Umowy, poprzez rażąco wygórowane, nieproporcjonalne i niejednoznaczne warunki wypowiedzenia Umowy;

- art. 99 ust. 1 w związku art. 16 ustawy P.z.p. oraz art. 483 § 1, art. 484 § 2, art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. i wadliwe określenie w Części IV SWZ Projektowane Postanowienia Umowy (PPU):

a. § 9 ust 1 pkt 7 Umowy – poprzez nieprecyzyjne zasady naliczania kary umownej i przyjęcie rażąco wysokiej kary umownej;

b. § 9 ust 1 pkt. 9 Umowy – poprzez przyjęcie rażąco wysokiej kary umownej w przypadku wypowiedzenia lub odstąpienia od Umowy.

Izba wskazuje, że ograniczenie wolności ułożenia stosunku prawnego wedle uznania stron polega na tym, że jego treść lub cel nie może sprzeciwiać się właściwości zobowiązania, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Jak wskazuje się w orzecznictwie, z zasady swobody umów wynika przyzwolenie na faktyczną nierówność stron (wyrok SN z dnia 18 marca 2008 r., IV CSK 478/07).

Izba wskazuje, że zgodnie z art 353¹ K.c., strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. Przepisy ustawy P.z.p. modyfikują zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego i stanowią specyficzne ograniczenie zasady swobody umów. Nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika *expressis verbis* z przepisów ustawy P.z.p. W umowie w sprawie zamówienia publicznego zamawiający może formułować postanowienia wyłącznie korzystne dla niego. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowany jest pogląd, że zamawiający działa w interesie publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego w danym postępowaniu celu prowadzi częstokroć do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Zamawiający może starać się zwiększyć odpowiedzialność wykonawców za należyte wykonanie zamówienia, obciążyć ich nawet dotkliwymi karami umownym, o ile nie występują przesłanki wynikające z art. 353[1] k.c. (por. wyrok z dnia 31 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1706/13).

Podkreślić należy, że umowy zawierane w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są uznawane za *sui generis* umowy adhezyjne (tak np. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 16 lipca 2016 roku sygn. akt: XXIII Ga 924/14

oraz Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 18 lutego 2016 roku sygn. akt II CSK 197/15). Jak wskazał Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z 14 kwietnia 2008 r., X Ga 67/08 *Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353¹ k.c.), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego Zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę ofertową. Należy jednak podkreślić, iż błędem jest utożsamianie przez Skarżącego podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyk w cenie oferty. Składając ofertę zabezpiecza zatem swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę. Umowy zawierane w trybie udzielenia zamówienia publicznego zbliżone są w swym charakterze do kategorii umów przystąpienia (umów adhezyjnych). Dominująca pozycja Zamawiającego wynika nie, jak w przypadku umów adhezyjnych z przewagi ekonomicznej jednego z kontrahentów, a z faktu, iż jest stroną reprezentującą interes publiczny. Dla umów adhezyjnych charakterystyczne jest, iż najważniejsze ich warunki określa jeden z kontrahentów posługując się najczęściej ogólnymi warunkami umów. Podobnie w przypadku umów zawieranych w trybie udzielenia zamówienia publicznego - w specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy zawrzeć wszystkie istotne warunki przyszłej umowy. Zamawiający może wręcz załączyć do specyfikacji wzór (projekt) przyszłej umowy lub ogólne warunki umowy, jeżeli zamierza na takich warunkach zawrzeć umowę. W takim przypadku złożenie oferty jest równoznaczne ze zgodą kontrahenta na zawarcie umowy według wzorca umownego (art. 384 § 1 k.c.). Zasada równości, na którą powołuje się Skarżący nabiera na gruncie prawa zamówień publicznych zupełnie innego znaczenia. W myśl art. 7 PZP Zamawiający obowiązany jest do traktowania na równych prawach wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienia publiczne i do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji. Powołany przez Skarżącego art. 7 PZP stanowić ma w założeniu swoistego rodzaju barierę przed nadużyciami ze strony Zamawiającego i wyraża dwie podstawowe zasady prawa zamówień publicznych - zasadę równości oraz zasadę uczciwej konkurencji. Zdecydowanym celem powyższych regulacji jest wyeliminowanie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jakichkolwiek elementów, które miałyby charakter dyskryminacyjny. Także w samym postępowaniu zmierzającym do wyłonienia*

wykonawcy musi być przestrzegana zasada niedyskryminacji. Można uznać, że postępowanie ma charakter dyskryminacyjny wówczas, gdy prowadzi do wyłączenia określonej kategorii potencjalnych wykonawców bez uzasadnionej przyczyny. Nie sposób przyjąć, że ustalenie istotnych warunków zamówienia następuje w sposób dowolny w drodze jednostronnej czynności Zamawiającego. Jednakże zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 PZP, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera istotne dla zamawiającego postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy. Zastosowane przez Zamawiającego kryteria spełniają warunek niedyskryminacji jeżeli są istotne z punktu widzenia rzeczywistych potrzeb zamawiającego. Zamówienia publicznego udziela się bowiem w ściśle określonym celu, dla zaspokojenia z góry oznaczonych potrzeb publicznych. Należy więc stwierdzić, że kształtowanie poszczególnych warunków kontraktu nie jest działaniem dowolnym, a ich treść musi mieć zawsze swoje uzasadnienie w istniejących potrzebach jednostki zamawiającej.

Wskazać należy, że w przypadku zamówienia publicznego, to zamawiający w sposób dyskrecyjny kształtuje większość *essentialiae* i *incidentaliae negotii* przygotowując własną s.w.z. Zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy nie zostaje w ten sposób ograniczona – przed terminem złożenia ofert może on składać wszelkie propozycje co do kształtu i brzmienia postanowień umownych, które zamawiający zgodnie z własnymi interesami zawsze może uwzględnić. Natomiast w przypadku, gdy postanowienia takie wykonawcy nie odpowiadają, może do tego stosunku umownego – co jest jego fundamentalnym uprawnieniem – w ogóle nie przystąpić (nie składać oferty w postępowaniu).

Z powyższego wynika, że odwołujący Asseco nie może domagać się zmian w projekcie umowy w zakresie obniżenia lub wykreślenia zapisów dotyczących kar umownych. Z kolei podnoszone przez odwołującego Asseco naruszenie zasady proporcjonalności nie stanowi o naruszeniu wskazanych przez odwołującego Asseco przepisów prawnych, lecz stanowi ryzyko kontraktowe wykonawcy, które wykonawca winien uwzględnić kalkulując cenę ofertową.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. poprzez sporządzenie Opisu Przedmiotu Zamówienia w sposób, który nie jest zarówno jednoznaczny, jak i wyczerpujący, ponadto – z pominięciem dostatecznie dokładnych określeń, uwzględniających wymagania i okoliczności mające istotny wpływ na możliwość sporządzenia przez odwołującego rzetelnej oferty.

Odwołujący Asseco uzasadnił wskazany wyżej zarzut w taki sposób, że zamawiający, dokonując w niniejszym postępowaniu Opisu Przedmiotu Zamówienia, nie załączył do SWZ

szeregu informacji, które są niezbędne do przygotowania oferty, w szczególności, które zapewniają potencjalnym wykonawcom dokonanie rzetelnej kalkulacji ceny ofertowej. W szczególności do SWZ nie załączono statystyki błędów dotyczących systemu CEN1.0. Informacje powyższe są niezbędne do oszacowania w ofercie kosztów zadań związanych ze świadczeniem usług wsparcia użytkowników zgodnie z opisem określonym w § 7 wzoru Umowy i OPZ. Ponadto – przy aktualnym brzmieniu SWZ – tylko wykonawca obecnie utrzymujący i rozwijający system CEN1.0 jest w stanie należycie oszacować niezbędny koszt usług w tym zakresie, a zatem – tylko ten wykonawca w ogóle może dokonać racjonalnego i rzetelnego szacowania ceny oferty. W ocenie odwołującego Asseco, zamawiający poprzez niewystarczający zakres informacji zamieszczonych w SWZ traktuje w sposób uprzywilejowany firmę Pentacomp S.A., tj. wykonawcę, który utrzymuje system CEN1.0. Pozostali wykonawcy sporządzając wycenę oferty musieliby z ostrożności założyć bardzo wysokie koszty w w/w zakresie, co wprost spowoduje, że oferty pozostałych wykonawców byłyby znacznie droższe od oferty dotychczasowego wykonawcy, co powoduje że obecny wykonawca jest faworyzowany, co stanowi naruszenie zarówno art. 16 ust. 1, jak i art. 99 ust. 4 ustawy P.z.p.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 31 grudnia 2021 roku zamawiający oświadczył, że dokonał modyfikacji SWZ i dodał Załącznik nr 2 – zestawienie zgłoszeń ST CEN 1.0. Modyfikacja ukazała się na Platformie zakupowej w dniu 28.12.2021 r. Zamawiający przedstawił w Załączniku nr 2 statystyki dotyczące rozwiązanych zgłoszeń w zakresie, które są dostępne w systemie obsługi zgłoszeń i które w ocenie zamawiającego mogą mieć istotny wpływ na wycenę oferty Wykonawcy. Odnosząc się do pozostałych pozycji, które wskazał odwołujący zamawiający poinformował, że udostępnienie takich danych wymagałoby od zamawiającego dużego nakładu czasu i pracy ze względu na to, iż dane te nie są dostępne wprost w raportach z systemu obsługi zgłoszeń, a z drugiej strony wartości są mocno uzależnione od pracy konkretnego podmiotu wykonującego prace utrzymaniowe.

Izba stwierdziła, że podniesiony przez odwołującego Asseco zarzut, zwłaszcza w zakresie żądań, jest zbyt ogólny i lakoniczny, by można było uznać go za uzasadniony. Odwołujący Asseco nie wykazał, dlaczego dołączenie do SWZ statystyk błędów, ze szczególnym uwzględnieniem ilości zgłoszeń dla każdej z kategorii w podziale na miesiące z uwzględnieniem dla każdej z kategorii co najmniej: ilości zgłoszeń, które zakończyły się modyfikacją systemu, czasem realizacji zgłoszeń, ilości zgłoszeń obsłużonych za pomocą obejścia oraz ilości zgłoszeń których czas obsługi przekroczył czas dopuszczalny jest niezbędny do przygotowania oferty, w tym – dla kalkulacji jej ceny. Ogólne wymienienie wymaganych informacji jest – w ocenie Izby – niewystarczające dla uznania, że dane te są niezbędne dla szacowania kosztów.

Niezależnie od powyższego, Izba stwierdza, że zamawiający w dniu 28 grudnia 2021 roku dokonał modyfikacji SWZ poprzez dodanie załącznika nr 2 - zestawienie zgłoszeń ST CEN 1.0. Zamawiający przedstawił w załączniku statystyki dotyczące rozwiązanych zgłoszeń w zakresie, które są dostępne w systemie obsługi zgłoszeń i które w ocenie zamawiającego mogą mieć istotny wpływ na wycenę oferty wykonawcy.

Izba wskazuje, że w wydanym przez siebie rozstrzygnięciu bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia, co skład orzekający jest zobowiązany uwzględnić wydając orzeczenie w sprawie. Rolą art. 552 ust. 1 ustawy P.z.p., podobnie jak przy interpretacji art. 316 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego (gdzie sąd wydaje wyrok, biorąc za podstawę stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy), jest uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (tak: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 23 sierpnia 2021 roku sygn. akt: KIO 1932/21). Wobec tego, skoro Izba wydając orzeczenie zobowiązana jest uwzględnić stan rzeczy ustalony w toku postępowania, zatem zobowiązana jest również uwzględnić czynności zamawiającego, które miały miejsce po wniesionym odwołaniu, do czasu zamknięcia rozprawy. W niniejszej sprawie zamawiający dokonał modyfikacji s.w.z. w zakresie, którego dotyczył podniesiony zarzut. Odwołujący Asseco nie odniósł się merytorycznie do dokonanych zmian, poprzestając na stwierdzeniu, iż „Załącznik nie zawiera żadnych istotnych informacji”. W ocenie Izby odwołujący Asseco nie udowodnił, że żądane przez niego informacje są niezbędne dla przygotowania i skalkulowania ofert. W szczególności odwołujący Asseco nie przedłożył żadnych dowodów ani też kalkulacji potwierdzających zasadność zgłoszonego żądania.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Dot. odwołania wniesionego przez odwołującego Comarch (sygn. akt: KIO 3627/21):

Odwołujący Comarch zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wskutek połączenia w ramach jednego zamówienia usługi utrzymywania obecnego systemu zamawiającego CEN 1.0 oraz usługi dostarczenia nowego systemu CEN 2.0 i zaniechanie dopuszczenia możliwości składania ofert częściowych;

2) art. 240 ust. 1 i 2 w zw. z art. 255 pkt 3 w zw. z art. 226. ust 1 pkt 5 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. poprzez określenie zapisów dotyczących kryterium oceny ofert „Cena” w sposób utrudniający przygotowanie i wycenę oferty oraz uzyskanie punktów (a tym samym utrudniający konkurencję), co może mieć wpływ na wynik postępowania, w tym poprzez określenie, że w przypadku zaoferowania ceny oferty przewyższającej budżet Zamawiającego, oferta wykonawcy zostanie odrzucona;

3) art. 240 ust. 1 i 2 w zw. z art. 241 ust. 1 i 3 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. poprzez określenie zapisów dotyczących kryterium oceny ofert „Koncepcja rozwiązania” w sposób umożliwiający weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach, w sposób dotyczący właściwości wykonawcy, a nadto w sposób utrudniający przygotowanie oferty, uzyskanie maksymalnej liczby punktów (a tym samym utrudniający konkurencję), co może mieć wpływ na wynik postępowania i liczbę punktów przyznanych wykonawcy, jak również w sposób, który nie jest jednoznaczny i zrozumiały oraz powoduje, że kryterium oceny ofert i jej opis pozostawia zamawiającemu nieograniczoną swobodę wyboru najkorzystniejszej oferty;

4) art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. poprzez (opisane szczegółowo w uzasadnieniu) dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 31 grudnia 2021 roku zamawiający wniósł o:

1. umorzenie postępowania w zakresie:

1) zarzutu nr 2 dotyczącego naruszenia art. 240 ust. 1 i 2 w zw. z art. 255 pkt 3 w zw. z art. 226 ust.1 pkt 5 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. poprzez określenie zapisów dotyczących kryterium oceny ofert „Cena” w sposób utrudniający przygotowanie i wycenę oferty oraz uzyskanie punktów, w tym poprzez określenie, że w przypadku zaoferowania ceny oferty przewyższającej budżet zamawiającego, oferta wykonawcy zostanie odrzucona w części dotyczącej zapisów powodujących odrzucenie oferty (zamawiający uwzględnił żądanie w tym zakresie);

2) zarzutu nr 4 dotyczącego naruszenia art. 99 ust.1 i 4 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p., poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, w części, w której zamawiający dokonał modyfikacji zgodnych z żądaniami odwołującego;

2. oddalenie odwołania w pozostałym zakresie;

3. obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący Comarch na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 stycznia 2022 roku oświadczył, że cofa zarzut nr 1, wnosi o umorzenie zarzutu nr 2, zarzutu 4 w zakresie uwzględnionym przez zamawiającego, podtrzymuje zarzut nr 3.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpił wykonawca Asseco Poland Spółka akcyjna w Rzeszowie.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z Częścią II SWZ Warunki Szczególne (WSZ) lit. B:

Wybór oferty najkorzystniejszej zostanie dokonany według następujących kryteriów oceny ofert:

Nazwa kryterium Waga kryterium

Cena 50%

Cena brutto 1 (jednej) roboczogodziny za usługi rozwoju 10%

Doświadczenie Personelu 18%

Koncepcja rozwiązania 22%

Zamawiający zdefiniował kryterium oceny ofert „Koncepcja rozwiązania”, które będzie oceniane z wagą 22% w następujący sposób:

„W ramach Kryterium „Koncepcja rozwiązania” ocenie będzie podlegało jak dobrze Wykonawca rozumie cele projektu oraz jego specyfikę w zakresie przeprowadzenia kontroli drogowej.”

Wykonawca w ramach oceny „Koncepcji rozwiązania” może uzyskać 0 punktów, 5 punktów, punktów oraz 22 punkty. Zamawiający przyznawał będzie punktację w następujący sposób:

- Koncepcja rozwiązania nie pokazuje adekwatnego zrozumienia celów projektu i jego specyfiki, nie wnosi istotnych propozycji mogących przynieść wartość dodaną w zakresie realizacji projektu – 0 pkt.
- Koncepcja rozwiązania pokazuje dostateczne zrozumienie celów projektu i jego specyfiki, lecz nie wnosi istotnych propozycji mogących przynieść wartość dodaną w zakresie realizacji projektu – 5 pkt.
- Koncepcja rozwiązania wykazuje dobre zrozumienie celów projektu i jego specyfiki, zawiera wiele istotnych propozycji mogących podnieść prawdopodobieństwo należytego zrealizowania projektu. – 15 pkt.
- Koncepcja rozwiązania wykazuje bardzo dobre zrozumienie celów projektu i jego specyfiki, zawiera nowatorskie, dostosowane specyficznie do projektu istotne propozycje mogące podnieść prawdopodobieństwo należytego zrealizowania projektu – 22 pkt.

Przygotowanie „Koncepcji rozwiązania” opiera się na wskazanym w SWZ abstrakcyjnym przykładzie kontroli drogowej, w odniesieniu do którego Wykonawca powinien przygotować:

- Makiety UI/UX – Makiety ekranów dla widoku użytkownika przeprowadzającego kontrolę drogowej – Inspektora Transportu Drogowego.
- Automatyzacja – Opis przedstawiający sposób wypełniania oraz źródło danych dla pól z makiet w trakcie prowadzonej kontroli.
- Jakość danych – Opis przedstawiający rozwiązania techniczne, procesowe i organizacyjne pozwalające w jak największym stopniu zabezpieczyć spójność i jakość danych w realizacji procesu kontroli drogowej, biorąc przede wszystkim pod uwagę charakter pracy tj. prowadzenie kontroli drogowej „na drodze” oraz ograniczenia technologiczne (np. brak zasięgu i konieczność tymczasowej pracy „offline”).

W części III SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia, pkt 3:

„Zamawiający wymaga, aby Wykonawca świadczył usługę utrzymania systemu ST CEN 1.0 od 3 dnia od zawarcia umowy z zastrzeżeniem, że w okresie pierwszego miesiąca od zawarcia umowy Utrzymanie może być realizowane bez zachowania czasów SLA opisanych w punkcie 4.7.3.

Rozwój ST CEN 1.0 realizowany będzie przez Wykonawcę począwszy od 2 miesiąca od zawarcia umowy do odbioru Etapu 4 ST CEN 2.0 lub wykorzystania puli roboczogodzin.”

Część III SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia, pkt 4.7.3:

4.7.3.1. Wykonawca zobowiązuje się dokonywać czynności w ramach Utrzymania:

4.7.3.1.1. ST CEN 1.0 od 3 dnia od zawarcia Umowy do zakończenia Umowy, z zastrzeżeniem, że w okresie pierwszego miesiąca od zawarcia Umowy Utrzymanie może być realizowane bez zachowania czasów SLA.

4.7.3.1.2. ST CEN 2.0 począwszy od odbioru pierwszego elementu produkcyjnego ST CEN 2.0 do zakończenia Umowy.

4.7.3.2. Wykonawca zobowiązuje się do Utrzymania:

4.7.3.2.1. Środowiska testowego oraz preprodukcyjnego ST CEN 1.0 od zawarcia Umowy do zakończenia Umowy.

Zamawiający w punkcie 4.6 SWZ zamieścił informację o możliwej do przeprowadzenia wizji lokalnej, w ramach której umożliwi zapoznanie się dokumentacją systemu CEN 1.0:

„4.6. Wizja lokalna na miejscu u Zamawiającego

4.6.1. Zamawiający dopuszcza możliwość odbycia przez Wykonawcę wizji lokalnej dokumentów dostępnych na miejscu u Zamawiającego.

4.6.2. Termin i zasady udziału w wizji lokalnej przez Wykonawcę:

4.6.2.1. Zamawiający informuje, że Wykonawca może zapoznać się w siedzibie Zamawiającego z dokumentacją dotyczącą ST CEN 1.0.”

Zamawiający w SWZ nie określił, czy jest w posiadaniu kodów źródłowych do całości oprogramowania wchodzącego w skład systemu CEN 1.0. oraz kiedy kody źródłowe zostaną udostępnione wykonawcy.

Zamawiający w SWZ zawarł następujące wymagania:

- Część IV SWZ PROJEKTOWANE POSTANOWIENIA UMOWY (PPU), § 1 PRZEDMIOT UMOWY, ust. 11: „Wykonawca w ramach realizowanych prac zapewni pełne funkcjonowanie procesów biznesowych.”

- Część III SWZ - OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA (OPZ), pkt 4.7.3.11. „Wykonawca zapewni utrzymanie oraz administrację Systemów. Wykonawca w ramach ww. prac zapewni pełne funkcjonowanie procesów biznesowych.”

Zgodnie z Częścią III SWZ - OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA (OPZ) 4.7.1. - Przyjęta terminologia i skróty – Proces biznesowy oznacza – „Określony zbiór aktywności biznesowych, stanowiących niezbędne kroki w celu osiągnięcia celu biznesowego. W dokumencie używany zamiennie z skrótem PB.”

Stopień w jakim Procesy biznesowe będą wspierane przez system zostanie określone na etapie Analizy, która zgodnie z SWZ obejmowała będzie (Część III SWZ - OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA (OPZ), pkt 2.9):

„2.9. W ramach Analizy Wykonawca przygotuje Dokumentację Analityczną zawierającą co najmniej:

2.9.1. Specyfikację wymagań funkcjonalnych uwzględniającą:

- 1) Unikalny kod i nazwę wymagania (odniesienie do procesu biznesowego),
- 2) Status wymagania (nowe, modyfikowane, odrzucone, itp.),
- 3) Priorytet wymagania.

2.9.2. Diagram procesów biznesowych,

2.9.3. Opis procesów biznesowych,

2.9.4. Diagram przypadków użycia,

2.9.5. Opis przypadków użycia (odniesienie do wymagań, UML: warunek początkowy, zdarzenie inicjujące, warunek końcowy, scenariusze główne i alternatywne),

2.9.6. Logiczny model danych zawierający definicję wszystkich logicznych obiektów wykorzystywanych w Systemie wraz ze zidentyfikowanymi atrybutami oraz opisującego relacje między zidentyfikowanymi obiektami logicznymi,

2.9.7. Specyfikację wymagań pozafunkcyjnych uwzględniającą:

- 1) Unikalny kod i nazwę wymagania,
- 2) Status wymagania (nowe, modyfikowane, odrzucone, itp.),
- 3) Priorytet wymagania.

Wykonawca w ramach tworzenia dokumentacji analitycznej przeprowadzi szczegółową analizę. Wykonawca zaktualizuje, bądź wytworzy opisy wymagań funkcjonalnych i pozafunkcyjnych oraz diagramy procesów i ich opisy w notacji BPMN 2.0.”

Zamawiający w Załączniku nr 1 do SWZ stanowiącym integralną część OPZ zawarł wymagania na włączenie Modułu Krajowego Punktu Kontroli z systemu CEN 1.0 do systemu CEN 2.0: „Wytworzenie Modułu Krajowego Punktu Kontaktowego przewidziane jest do dostarczenia w ramach ST CEN 1.0 w ramach umowy nr 130/2018. Wykonawca włączy przedmiotowe funkcjonalności (opisane w dokumentacji Modułu KPK wytworzonej w ST CEN

1.0) do Systemu z zachowaniem technologii oraz sposobu komunikacji między modułami przyjętymi dla Systemu. Zamawiający nie wyklucza na potrzeby optymalizacji działania Systemu, w związku z włączeniem przedmiotowych funkcjonalności do Systemu, możliwości wprowadzenia przez Wykonawcę niezbędnych modyfikacji w Module Krajowego Punktu Kontaktowego.”

Izba zważyła, co następuje:

Na podstawie art. 568 pkt 1 podlega umorzeniu zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wskutek połączenia w ramach jednego zamówienia usługi utrzymywania obecnego systemu Zamawiającego CEN 1.0 oraz usługi dostarczenia nowego systemu CEN 2.0 i zaniechanie dopuszczenia możliwości składania ofert częściowych.

Na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy P.z.p. podlegają umorzeniu zarzuty:

- zarzut naruszenia art. 240 ust. 1 i 2 w zw. z art. 255 pkt 3 w zw. z art. 226. ust 1 pkt 5 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. poprzez określenie zapisów dotyczących kryterium oceny ofert „Cena” w sposób utrudniający przygotowanie i wycenę oferty oraz uzyskanie punktów (a tym samym utrudniający konkurencję), co może mieć wpływ na wynik postępowania, w tym poprzez określenie, że w przypadku zaoferowania ceny oferty przewyższającej budżet Zamawiającego, oferta wykonawcy zostanie odrzucona;

- zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję w zakresie punktu VI i VIII.

W pozostałym zakresie odwołanie jest bezzasadne i podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący Comarch jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 240 ust. 1 i 2 w zw. z art. 241 ust. 1 i 3 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. poprzez określenie zapisów dotyczących kryterium oceny ofert „Koncepcja rozwiązania” w sposób umożliwiający weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach, w sposób dotyczący właściwości wykonawcy, a nadto w sposób utrudniający przygotowanie oferty, uzyskanie maksymalnej liczby punktów (a tym samym utrudniający konkurencję), co może mieć wpływ na wynik postępowania i liczbę punktów przyznanych wykonawcy, jak również w sposób, który nie jest jednoznaczny i zrozumiały oraz powoduje, że kryterium oceny ofert i jej opis pozostawia zamawiającemu nieograniczoną swobodę wyboru najkorzystniejszej oferty.

Izba wskazuje, że zamawiający – określając, iż „W ramach Kryterium „Koncepcja rozwiązania” ocenie będzie podlegało, jak dobrze Wykonawca rozumie cele projektu oraz jego specyfikę w zakresie przeprowadzenia kontroli drogowej” nie naruszył, wyrażonego w art. 241 ust. 3 ustawy P.z.p. zakazu powiązania kryteriów oceny ofert z właściwościami wykonawcy. W myśl wskazanego przepisu, kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Są to okoliczności o charakterze obiektywnym, oceniane – co do zasady – jako warunki udziału w postępowaniu. Wymienione przykładowo w przepisie takie parametry, jak wiarygodność ekonomiczna, techniczna czy finansowa to cechy, które są obiektywnie mierzalne za pomocą odpowiednich wskaźników. Cech takich nie ma sposób oceny, jak wykonawca rozumie cele projektu i jego specyfikę. Zamawiający, używając zakwestionowanego sformułowania, chce jedynie ustalić, czy opracowana koncepcja spełnia jego wymagania.

W ocenie Izby zaproponowany przez zamawiającego i opisany sposób oceny ofert umożliwia przygotowanie w postępowaniu konkurencyjnych ofert. Zamawiający w ramach kryterium koncepcji określił kilka podkryteriów, w których rozgraniczył ilość przyznawanych punktów wskazując, jakie elementy będzie brał pod uwagę przy ocenie.

Zdaniem Izby, charakter wykonywanej usługi pozwala na sformułowanie kryteriów w sposób pozostawiający pewną dowolność wykonawcom w zakresie oferowanej koncepcji realizacji usługi. Nie można zamawiającemu odmówić prawa do oceny zaoferowanej koncepcji, a jednocześnie brak jest możliwości sformułowania kryteriów tej oceny za pomocą wzorów matematycznych czy wartości procentowych. Ocenie będzie tu bowiem podlegał pomysł, sposób wykonania usługi, który każdy z wykonawców ustala we własnym zakresie i z uwzględnieniem stosowanej technologii czy wykorzystywanych rozwiązań. Nie są to rzeczy mierzalne, ale na pewno mogą one podlegać ocenie.

Zwrócić należy uwagę na fakt, że kryterium, w którym pozostawiona jest pewna swoboda w jego ocenie, zamawiający przyporządkował wagę jedynie 22%, a zatem i tak przeważającym kryterium pozostaje cena usługi, czyli kryterium mierzalne na podstawie wskazanych wzorów matematycznych.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję poprzez brak odpowiedniego okresu przejściowego na przejście utrzymania systemu CEN 1.0.

W tym zakresie Izba podtrzymuje stanowisko i argumentację wyrażoną w uzasadnieniu rozstrzygnięcia analogicznego zarzutu podniesionego w odwołaniu odwołującego Asseco (sygn. akt: KIO 3598/21).

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję poprzez:

- brak opublikowania dokumentacji systemu CEN 1.0,
- braku wskazania, czy i w jakim zakresie zamawiający posiada kody źródłowe do systemu CEN 1.0., jakie komponenty, do których zamawiający nie ma kodów źródłowych wykorzystuje system CEN 1.0.,
- braku informacji o możliwości integracji/włączenia Moduł Krajowego Punktu Kontroli do systemu CEN 2.0.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie poinformował, że wszystkie żądane dokumenty i dane umożliwił do wglądu w ramach wizji lokalnej. Ponadto zamawiający, zgodnie z zapisami §3 ust. 14 PPU, zobowiązał się do przekazania wykonawcy niezbędnych informacji i danych, oprogramowania oraz dokumentacji będących w posiadaniu zamawiającego.

Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy P.z.p., przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Z kolei, w myśl art. 16, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie

zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

W ocenie Izby zamawiający uczynił zadość obowiązkom wynikającym ze wskazanych wyżej przepisów. Wszystkie wymagane przez odwołującego Comarch informacje są dostępne dla niego i wszystkich zainteresowanych wykonawców w ramach wizji lokalnej. Zasady umawiania się i przeprowadzania wizji lokalnej są takie same dla wszystkich wykonawców. Wykonawcy mają zatem zapewniony dostęp do wskazanych dokumentów.

Izba wskazuje, że wizja lokalna nie jest zdefiniowana w ustawie P.z.p. Ogólnie przyjmuje się, że wizja lokalna to oględziny miejsca wykonywania przedmiotu zamówienia. W podstawowym zakresie oznacza bezpośredni sposób poznania specyfiki przedmiotu zamówienia lub jego poszczególnych części (elementów). Odbycie wizji lokalnej ma stanowić źródło pozyskania dodatkowych informacji, stanowiących dopełnienie wiedzy o warunkach zamówienia, pomocnych lub niezbędnych do złożenia oferty. Izba podziela przy tym stanowisko wyrażane wielokrotnie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (por. wyrok z dnia 26 stycznia 2016 r., KIO 36/16, KIO 37/16, KIO 38/16), iż wizja lokalna nie może zastępować opisu przedmiotu zamówienia.

W rozpoznawanym przypadku zamawiający uzasadnił możliwość udostępnienia części dokumentów w ramach wizji lokalnej, powołując się na fakt, iż żądana dokumentacja jest zakwalifikowana jako informacja wrażliwa zgodnie z Polityką Bezpieczeństwa Informacji Głównego Inspektoratu Transportu Drogowego i w związku z tym nie stanowi załączników do dokumentacji postępowania przetargowego. W ocenie Izby zamawiający był uprawniony do tego rodzaju zabezpieczenia informacji wrażliwych, które wytwarza i którymi dysponuje w ramach prowadzonej działalności.

Okolicznością bezsporną pomiędzy stronami był fakt, że odwołujący Comarch nie dokonał wizji lokalnej i nie zapoznał się z dokumentami i danymi, których żądał w odwołaniu. Odwołujący nie skorzystał zatem z przysługującego mu uprawnienia, przez co sam ograniczył sobie możliwość dostępu do wymaganych informacji.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję poprzez sformułowanie wymagań w ramach zapewnienia przez wykonawcę funkcjonowania procesów biznesowych w sposób nieprecyzyjny.

Izba wskazuje, że zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób najbardziej odpowiadający jego uzasadnionym potrzebom. W przedmiotowym postępowaniu uzasadnioną potrzebą jest zapewnienie pełnego funkcjonowania procesów biznesowych. Izba podziela stanowisko zamawiającego, iż ograniczenie wsparcia procesów biznesowych do zakresu, jaki zostanie uszczegółowiony przez wykonawcę w ramach dokonanej Analizy, może spowodować, iż wskazane założenie nie zostanie osiągnięte, jeśli Analiza nie zostanie wykonana w sposób prawidłowy.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

.....

.....