

Sygn. akt: KIO 1615/20
KIO 1660/20
KIO 1687/20
KIO 1688/20

WYROK
z dnia 14 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka
Anna Chudzik
Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 sierpnia, 24 sierpnia oraz 9 października 2020 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 13 lipca 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Asseco Data Systems Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni oraz AEP Ticketing Solutions s.r.l. z siedzibą w Signa (Włochy) (KIO 1615/20)
- B. w dniu 17 lipca 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Asseco Data Systems Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni oraz AEP Ticketing Solutions s.r.l. z siedzibą w Signa (Włochy) (KIO 1660/20)
- C. w dniu 20 lipca 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Thales Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Revenue Collection Systems France SAS z siedzibą w Le Plessis-Pâté (Francja) (KIO 1687/20)
- D. w dniu 20 lipca 2020 r. przez wykonawcę Conduent Business Solutions (France) SAS z siedzibą w Guilhaumand-Granges (Francja) (KIO 1688/20)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Innobaltica Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Thales Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Revenue Collection Systems France SAS z siedzibą w Le Plessis-Pâté (Francja), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1615/20, KIO 1660/20 oraz KIO 1688/20 po stronie zamawiającego
- B. wykonawcy Conduent Business Solutions (France) SAS z siedzibą w Guilhaing-Granges (Francja) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1615/20 oraz KIO 1687/20 po stronie zamawiającego
- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Asseco Data Systems Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni oraz AEP Ticketing Solutions s.r.l. z siedzibą w Signa (Włochy), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1687/20 oraz KIO 1688/20 po stronie zamawiającego

orzeka:

- I. W sprawie odwołania o sygn. akt KIO 1615/20:
 - 1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w odniesieniu do oświadczeń i dokumentów: zastrzeżonych przez wykonawcę Conduent Business Solutions (France) SAS z siedzibą w Guilhaing-Granges (Francja): dokumentacji urzędzeń wskazanej w pkt 1.2) odwołania, oświadczenia „Wymagania do udokumentowania” wskazanego w pkt 1.3) odwołania, oświadczenia „Formularz oceny” wskazanego w pkt 1.4) odwołania, oświadczenia „Wykaz osób do oceny kryterium” wskazanego w pkt 1.5) odwołania oraz zastrzeżonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Thales Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Revenue Collection Systems France SAS z siedzibą w Le Plessis-Pâté (Francja) oświadczenia „Wykaz osób” wskazanego w pkt 2.2) odwołania), i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie wymienionych powyżej oświadczeń i dokumentów wskazanych w pkt 1.2) – 1.5) oraz pkt 2.2) odwołania za bezskutecznie zastrzeżone jako zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa i udostępnienie ich wykonawcom wspólnie

ubiegającym się o udzielenie zamówienia: Asseco Data Systems Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni oraz AEP Ticketing Solutions s.r.l. z siedzibą w Signa (Włochy).

2. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie pozostałych zarzutów.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Conduent Business Solutions (France) SAS z siedzibą w Guilherand-Granges (Francja) w części 1/2 i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Thales Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Revenue Collection Systems France SAS z siedzibą w Le Plessis-Pâté (Francja) w części 1/2, i:
 - 3.1. 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: Asseco Data Systems Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni oraz AEP Ticketing Solutions s.r.l. z siedzibą w Signa (Włochy) tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od wykonawcy Conduent Business Solutions (France) SAS z siedzibą w Guilherand-Granges (Francja) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Asseco Data Systems Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni oraz AEP Ticketing Solutions s.r.l. z siedzibą w Signa (Włochy) kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy);
 - 3.3. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Thales Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Revenue Collection Systems France SAS z siedzibą w Le Plessis-Pâté (Francja) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Asseco Data Systems Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni oraz AEP Ticketing Solutions s.r.l. z siedzibą w Signa (Włochy) kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy).

II. W sprawie odwołania o sygn. akt KIO 1660/20:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutów naruszenia: art. 91 w związku z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (pkt 1 odwołania), art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (pkt 3 odwołania), art. 90 ust. 1 w związku z art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych (pkt 4 odwołania), art. 89 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 7 ust. 1, a w konsekwencji także art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień

publicznych (pkt 6 odwołania), art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (pkt 7 odwołania) oraz art. 24 ust. 10 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (pkt 10 odwołania i częściowo pkt 11 odwołania) i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Thales Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Revenue Collection Systems France SAS z siedzibą w Le Plessis-Pâté (Francja) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Thales Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Revenue Collection Systems France SAS z siedzibą w Le Plessis-Pâté (Francja) w części 1/2, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Asseco Data Systems Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni oraz AEP Ticketing Solutions s.r.l. z siedzibą w Signa (Włochy) w części 1/3 i zamawiającego Innobaltica Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku w części 1/6 , i:
 - 3.1. 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: Asseco Data Systems Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni oraz AEP Ticketing Solutions s.r.l. z siedzibą w Signa (Włochy) tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Thales Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Revenue Collection Systems France SAS z siedzibą w Le Plessis-Pâté (Francja) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Asseco Data Systems Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni oraz AEP Ticketing Solutions s.r.l. z siedzibą w Signa (Włochy) kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy);
 - 3.3. zasądza od zamawiającego Innobaltica Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Asseco Data Systems Spółka Akcyjna

z siedzibą w Gdyni oraz AEP Ticketing Solutions s.r.l. z siedzibą w Signa (Włochy) kwotę 2 500 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące pięćset złotych zero groszy).

III. W sprawie odwołania o sygn. akt KIO 1687/20:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Thales Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Revenue Collection Systems France SAS z siedzibą w Le Plessis-Pâté (Francja), i:
3. 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: Thales Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Revenue Collection Systems France SAS z siedzibą w Le Plessis-Pâté (Francja) tytułem wpisu od odwołania.

IV. W sprawie odwołania o sygn. akt KIO 1688/20:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów naruszenia: art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (zarzut nr 1), art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zarzut nr 2), art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (zarzut nr 4) oraz art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (zarzut nr 12) i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Thales Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Revenue Collection Systems France SAS z siedzibą w Le Plessis-Pâté (Francja) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów naruszenia: art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 3 ust. 1 i 2 w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zarzut nr 7) oraz art. 8 ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zarzut nr 8).

3. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
4. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Conduent Business Solutions (France) SAS z siedzibą w Guilhaersand-Granges (Francja) w części 1/2, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Thales Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Revenue Collection Systems France SAS z siedzibą w Le Plessis-Pâté (Francja) w części 1/3 i zamawiającego Innobaltica Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku w części 1/6 , i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Conduent Business Solutions (France) SAS z siedzibą w Guilhaersand-Granges (Francja) tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę Conduent Business Solutions (France) SAS z siedzibą w Guilhaersand-Granges (Francja) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 4.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Thales Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Revenue Collection Systems France SAS z siedzibą w Le Plessis-Pâté (Francja) na rzecz wykonawcy Conduent Business Solutions (France) SAS z siedzibą w Guilhaersand-Granges (Francja) kwotę 6 200 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy dwieście złotych zero groszy);
 - 4.3. zasądza od zamawiającego Innobaltica Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku na rzecz wykonawcy Conduent Business Solutions (France) SAS z siedzibą w Guilhaersand-Granges kwotę 3 100 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sto złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 1615/20
KIO 1660/20
KIO 1687/20
KIO 1688/20

Uzasadnienie

Zamawiający – Innobaltica Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wdrożenie na obszarze województwa pomorskiego, wspólnego dla organizatorów i przewoźników, systemu poboru opłat za przewozy w zbiorowym transporcie pasażerskim oraz systemu jednolitej informacji pasażerskiej (nr: ZP/PN/03/19). Wartość ww. zamówienia przekracza kwotę, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 24 grudnia 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 248-612852.

KIO 1615/20

I. W dniu 13 lipca 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Asseco Data Systems Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni oraz AEP Ticketing Solutions s.r.l. z siedzibą w Signa (Włochy) [dalej jako „Konsorcjum Asseco DS”] wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na zaniechanie podjęcia przez Zamawiającego następujących czynności:

1. odtajnienia zastrzeżonych przez wykonawcę Conduent Business Solutions (France) SAS z siedzibą w Guilherand-Granges (Francja) [dalej jako „Wykonawca Conduent BS”] następujących dokumentów i oświadczeń:
 - 1) Uzasadnienia objęcia części oferty tajemnicą przedsiębiorstwa,
 - 2) Dokumentacji urządzeń dostarczanych w ramach postępowania, których zawartość powinna być zgodna z zapisami załącznika nr 6 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ”) w zakresie opisu zawartości dokumentu będącego kartą katalogową dla: Urządzenia Walidujące A1, A2, B1, B2, POS Kierowcy, Beacony, Stanowisko POK, POS Mobilny z funkcją kontrolerską, kart NFC oraz dla Innobusów,

- 3) Oświadczenia złożonego wg wzoru z Załącznika nr 2 pn. „Wymagania do udokumentowania” do Załącznika nr 6 do SIWZ „Scenariusze testowe do przeprowadzenia na środowisku testowym” (dalej „Wymagania do udokumentowania”),
 - 4) Oświadczenia złożonego wg wzoru z Załącznika nr 3 pn. „Formularz oceny” do Załącznika nr 6 do SIWZ „Scenariusze testowe do przeprowadzenia na środowisku testowym” (dalej „Formularz oceny”),
 - 5) Oświadczenia o proponowanym zespole wdrożeniowym, jego składzie, organizacji i doświadczeniu oraz zaangażowaniu po stronie Wykonawcy; Oczekiwania co do składu zespołu i jego zaangażowania po stronie Zamawiającego wg wzoru z Załącznika nr 5 do SIWZ pn. „Wykaz osób do oceny kryterium” (dalej „Wykaz osób do oceny kryterium”);
2. odtajnienia nieskutecznie zastrzeżonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Thales Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Revenue Collection Systems France SAS z siedzibą w Le Plessis-Pâté (Francja) [dalej jako „Konsorcjum Thales”] następujących dokumentów i oświadczeń:
- 1) Wykaz osób do oceny kryterium,
 - 2) Oświadczenia „Wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji przedmiotu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami - według wzoru załącznika nr 13 do SIWZ (dalej: „Wykaz osób”);
3. przekazania Konsorcjum Asseco DS dokumentów i oświadczeń wskazanych w pkt 1 i 2 powyżej;
4. przekazania Konsorcjum Asseco DS protokołu z postępowania w części wskazującej na sposób przyznania punktów wykonawcom w poszczególnych kryteriach ze szczegółowym wskazaniem na dane kryterium i podkryteria w danym kryterium.

Konsorcjum Asseco DS zarzuciło Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1010, ze zm.) - dalej: „uznk”, poprzez błędne uznanie, że informacje zawarte w złożonym przez Wykonawcę Conduent BS wraz z ofertą uzasadnieniu objęcia części oferty tajemnicą przedsiębiorstwa (o ile takie zostało złożone) zawierają informacje

mające walor tajemnicy przedsiębiorstwa oraz że zostały one skutecznie zastrzeżone jako stanowiące taką tajemnicę;

2. art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 uznk poprzez błędne uznanie, że informacje zawarte w treści oferty Wykonawcy Conduent BS zawierają informacje mające walor tajemnicy przedsiębiorstwa oraz, że zostały one skutecznie zastrzeżone jako stanowiące taką tajemnicę;
3. art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 uznk poprzez błędne uznanie, że informacje zawarte w treści oferty Konsorcjum Thales zawierają informacje mające walor tajemnicy przedsiębiorstwa oraz że zostały one skutecznie zastrzeżone jako stanowiące taką tajemnicę;
4. art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 96 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz w związku z § 4 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1128).

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu wykonanie następujących czynności:

1. uznania za bezskuteczne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów i oświadczeń wskazanych w odwołaniu, co oznacza dokonanie odtajnienia tych dokumentów i oświadczeń,
2. niezwłoczne udostępnienie Konsorcjum Asseco DS odtajnionych dokumentów i oświadczeń.

II. Pismem z dnia 20 sierpnia 2020 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie składając oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania.

III. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 16 lipca 2020 r. Konsorcjum Thales zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 20 sierpnia 2020 r. Konsorcjum Thales przedstawiło swoje stanowisko w sprawie.

Konsorcjum Thales wniosło o odrzucenie odwołania z uwagi na niedochowanie terminu na jego wniesienie, względnie o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących Konsorcjum Thales.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 21 sierpnia 2020 r. Konsorcjum Thales zgłosiło sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania dotyczących jego oferty w odniesieniu do dokumentu Wykaz osób – 2.2). Natomiast w odniesieniu do drugiego dokumentu Wykaz osób do oceny kryterium – 2.1) Konsorcjum Thales sprzeciwu nie zgłosiło.

IV. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 17 lipca 2020 r. Wykonawca Conduent BS zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 19 sierpnia 2020 r. Wykonawca Conduent BS przedstawił swoje stanowisko w sprawie.

Wykonawca Conduent wniósł o odrzucenie odwołania w całości z uwagi na to, że zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie, ewentualnie o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów 1.1) – 1.5) z uwagi na to, że są one całkowicie chybione oraz nie znajdują podstaw w stanie faktycznym sprawy.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 21 sierpnia 2020 r. Wykonawca Conduent BS zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania dotyczących jego oferty, za wyjątkiem uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa - 1.1), który to dokument, zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego, został już Konsorcjum Asseco DS przekazany.

KIO 1660/20

I. W dniu 17 lipca 2020 r. Konsorcjum Asseco DS wniosło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu i zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Pzp.

Konsorcjum Asseco DS zarzuciło Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 91 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Thales, która nie była najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu (wobec zaistnienia podstawy do jej odrzucenia);
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Thales z uwagi na fakt, że oferta Konsorcjum Thales jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie wymagań technicznych i funkcjonalności oferowanych urządzeń;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Thales ze względu na fakt określenia przez tego wykonawcę sposobu wykonania zamówienia w sposób niezgodny z SIWZ poprzez zadeklarowanie przez Konsorcjum Thales zaangażowania personelu dla kluczowych ról po stronie Zamawiającego, koniecznych do realizacji przedmiotowego zamówienia jako wartość „0”, co zgodnie ze

- zobowiązaniami Zamawiającego określonymi w załącznikach do SIWZ oraz postanowieniami umownymi uniemożliwia wykonanie i odbiór zamówienia;
4. z ostrożności jako zarzut ewentualny, art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Thales do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiego ceny lub kosztu lub ich istotnej części (tj. celem wyjaśnienia, czy cena zawiera rażąco niski koszt i stanowi rażąco niską cenę), gdyż ten wykonawca zaoferował za wykonanie usługi „dostępu do zasobów infrastrukturalnych i aplikacyjnych platformy chmurowej” cenę „0,00” zł:
 - a) w okresie wdrożenia w zakresie „Architektury Rozszerzonej” - w formularzu ofertowym pkt 6.1.4,
 - b) w okresie 1 (pierwszego) roku eksploatacji w zakresie „Architektury Podstawowej” - w formularzu ofertowym pkt 6.2.3;
 5. art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Thales z uwagi na zaoferowanie przez tego wykonawcę rażąco niskiej ceny lub kosztu lub ich istotnej części, tj. ceny lub kosztu nie zapewniającej pokrycia kosztów realizacji zamówienia gdyż ten wykonawca zaoferował za wykonanie usługi „dostępu do zasobów infrastrukturalnych i aplikacyjnych platformy chmurowej” cenę/koszt „0,00” zł:
 - a) w okresie wdrożenia w zakresie „Architektury Rozszerzonej” - w formularzu ofertowym pkt 6.1.4,
 - b) w okresie 1 (pierwszego) roku eksploatacji w zakresie „Architektury Podstawowej” - w formularzu ofertowym pkt 6.2.3;
 6. art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji także art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Thales pomimo, że zaproponowanie wykonania usług „dostępu do zasobów infrastrukturalnych i aplikacyjnych platformy chmurowej” za cenę „0,00 zł” stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów uznk;
 7. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Thales z uwagi na fakt, że oferta Konsorcjum Thales jest niezgodna z treścią SIWZ, gdyż ten wykonawca nie dołączył do oferty wymaganych załączników w formie excela:
 - a) zestawienia „Architektury Infrastrukturalnej proponowanego rozwiązania”, przygotowanego za pomocą kalkulatora Azure kalkulatora Oracle Cloud dla usługi świadczonej w trakcie wdrożenia w zakresie „Architektury Rozszerzonej”;
 - b) zestawienia „Architektury Infrastrukturalnej proponowanego rozwiązania”, przygotowanego za pomocą kalkulatora Azure kalkulatora Oracle Cloud dla usługi

świadczonej w okresie 1 (pierwszego) roku eksploatacji w zakresie „Architektury Podstawowej”;

8. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Thales ze względu na brak spójności wizerunkowej różnych typów i rodzajów urządzeń walidujących oferowanych przez tego wykonawcę;
9. art. 89 ust. 7b ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Thales z uwagi na niewniesienie wadium;
10. art. 24 ust. 10 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Thales do złożenia wyjaśnień w związku z zaistnieniem przesłanek do wykluczenia Konsorcjum Thales na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że osoba występująca po stronie Konsorcjum Thales brała udział w przygotowaniu przedmiotowego postępowania i zakłóciło to konkurencję w sposób nieodwracalny;
11. art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Thales ze względu na wprowadzenie w błąd Zamawiającego, że ten wykonawca nie podlega wykluczeniu z przedmiotowego postępowania, z ostrożności zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp lub samooczyszczenia w trybie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp;
12. (jako zarzut ewentualny) art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w przypadku gdyby stwierdzono, że oferta Konsorcjum Thales nie podlega odrzuceniu, unieważnienia postępowania ze względu na fakt, że wykonawca ten zaoferował za wykonanie usługi „dostępu do zasobów infrastrukturalnych i aplikacyjnych platformy chmurowej” cenę „0,00” zł:
 - a) w okresie wdrożenia w zakresie „Architektury Rozszerzonej” - w formularzu ofertowym pkt 6.1.4,
 - b) w okresie 1 (pierwszego) roku eksploatacji w zakresie „Architektury Podstawowej” - w formularzu ofertowym pkt 6.2.3,co uniemożliwia zgodnie ze wzorem wskazanym w SIWZ przyporządkować poszczególnym wykonawcom liczbę punktów w ramach „Kryterium F podejścia do skalowalności i rozbudowy rozwiązania” i w konsekwencji dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej.

W związku z podniesionymi zarzutami Konsorcjum Asseco DS wniosło o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu wykonanie następujących czynności:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum Thales jako najkorzystniejszej bowiem obciążonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania;

2. odrzucenia oferty Konsorcjum Thales z powodów opisanych w odwołaniu;
3. wykluczenia Konsorcjum Thales z powodów opisanych w odwołaniu;
4. powtórzenia czynności oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem przyjętych dla oceny kryteriów oceny ofert wskazanych w SIWZ;
5. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu;
6. ewentualnie, wezwania Konsorcjum Thales do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp;
7. ewentualnie, wezwania Konsorcjum Thales do złożenia wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp lub samooczyszczenia w trybie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp;
8. ewentualnie, w przypadku nieodrzućenia oferty Konsorcjum Thales, unieważnienia postępowania.

II. Pismem z dnia 20 sierpnia 2020 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie składając oświadczenie o uwzględnieniu zarzutu podniesionego w pkt 6 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji także art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Thales, pomimo że zaproponowanie wykonania usług „dostępu do zasobów infrastrukturalnych i aplikacyjnych platformy chmurowej” za cenę „0,00 zł” stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów uznk.

Kolejnym pismem z dnia 20 sierpnia 2020 r. zamawiający udzielił uzupełniającej odpowiedzi na odwołanie, przedstawiając swoje stanowisko w odniesieniu do nieuwzględnionych zarzutów. Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutów, które nie zostały przez niego uwzględnione.

Na rozprawie w dniu 9 października 2020 r. zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu zarzutu wskazanego w pkt 7 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Thales z uwagi na fakt, że oferta Konsorcjum Thales jest niezgodna z treścią SIWZ, gdyż ten wykonawca nie dołączył do oferty wymaganych załączników w formie excela: a) zestawienia „Architektury Infrastrukturalnej proponowanego rozwiązania”, przygotowanego za pomocą kalkulatora Azure kalkulatora Oracle Cloud dla usługi świadczonej w trakcie wdrożenia w zakresie „Architektury Rozszerzonej”; b) zestawienia „Architektury Infrastrukturalnej proponowanego rozwiązania”, przygotowanego za pomocą kalkulatora Azure kalkulatora Oracle Cloud dla usługi świadczonej w okresie 1 (pierwszego) roku eksploatacji w zakresie „Architektury Podstawowej”.

III. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 20 lipca 2020 r. Konsorcjum Thales zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 20 sierpnia 2020 r. Konsorcjum Thales przedstawiło swoje stanowisko w sprawie. Konsorcjum Thales wniosło o oddalenie odwołania w całości.

Na posiedzeniu w dniu 21 sierpnia Konsorcjum Thales złożyło sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu podniesionego w pkt 6 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji także art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Thales, pomimo że zaproponowanie wykonania usług „dostępu do zasobów infrastrukturalnych i aplikacyjnych platformy chmurowej” za cenę „0,00 zł” stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów uznk.

Pismem z dnia 8 października 2020 r. Konsorcjum Thales przedstawiło dodatkowe stanowisko w sprawie.

Na rozprawie w dniu 9 października 2020 r. Konsorcjum Thales złożyło sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu wskazanego w pkt 7 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Thales z uwagi na fakt, że oferta Konsorcjum Thales jest niezgodna z treścią SIWZ, gdyż ten wykonawca nie dołączył do oferty wymaganych załączników w formie excela: a) zestawienia „Architektury Infrastrukturalnej proponowanego rozwiązania”, przygotowanego za pomocą kalkulatora Azure kalkulatora Oracle Cloud dla usługi świadczonej w trakcie wdrożenia w zakresie „Architektury Rozszerzonej”; b) zestawienia „Architektury Infrastrukturalnej proponowanego rozwiązania”, przygotowanego za pomocą kalkulatora Azure kalkulatora Oracle Cloud dla usługi świadczonej w okresie 1 (pierwszego) roku eksploatacji w zakresie „Architektury Podstawowej”.

KIO 1687/20

W dniu 20 lipca 2020 r. Konsorcjum Thales wniosło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od następujących czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu i zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Pzp:

1. zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Asseco DS jako niezgodnej z treścią SIWZ, w sytuacji gdy z analizy filmu przygotowanego przez Konsorcjum Asseco DS wynika, że oferowany przez tego wykonawcę przedmiot zamówienia jest niezgodny z Opisem przedmiotu zamówienia (dale jako „OPZ”) w zakresie dotyczącym wymaganych przez

Zamawiającego parametrów Systemu i szybkości działań zaoferowanych rozwiązań; względnie

2. zaniechania przyznania ofercie Konsorcjum Asseco DS 0 punktów w ramach kryterium oceny ofert E1 w sytuacji, gdy zaoferowanie przez Konsorcjum Asseco DS Systemu nieodpowiadającego Wymogom SIWZ, będącego podstawą całego przedmiotu zamówienia, uniemożliwia ocenę poszczególnych funkcjonalności oferowanych przez Konsorcjum Asseco DS w ramach oferowanego Systemu; względnie
3. dokonania niezgodnej z SIWZ oceny próbki w postaci filmu złożonego przez Konsorcjum Asseco DS, co doprowadziło do przyznania Konsorcjum Asseco DS większej liczby punktów niż powinny zostać przyznane Konsorcjum Asseco DS,
4. dokonania niezgodnej z SIWZ oceny próbki w postaci filmu złożonego przez Konsorcjum Thales, co doprowadziło do przyznania Konsorcjum Thales mniejszej liczby punktów niż powinna zostać przyznana Konsorcjum Thales;
5. dokonania niezgodnej z SIWZ oceny próbki w postaci filmu złożonego przez Wykonawcę Conduent BS, co doprowadziło do przyznania Wykonawcy Conduent BS większej liczby punktów niż powinna zostać przyznana Wykonawcy Conduent BS.

Konsorcjum Thales zarzuciło Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Asseco DS jako niezgodnej z treścią specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w sytuacji gdy z analizy filmu przygotowanego przez Konsorcjum Asseco DS wynika, że oferowany przez tego wykonawcę przedmiot zamówienia jest niezgodny z OPZ w zakresie dotyczącym wymaganych przez Zamawiającego parametrów Systemu i szybkości działań zaoferowanych rozwiązań;
2. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową, sprzeczną z zasadami określonymi w SIWZ, ocenę oferty Konsorcjum Asseco DS, tj. poprzez przyznanie ofercie Konsorcjum Asseco DS nieprawidłowej, zbyt wysokiej liczby punktów w kryterium E „Sposób spełnienia wymagań stawianych przed rozwiązaniem”, w sytuacji gdy szczegółowa analiza filmu złożonego przez Konsorcjum Asseco DS wraz z ofertą wskazuje, że liczba punktów przyznanych Konsorcjum Asseco DS winna być niższa;
3. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę oferty Konsorcjum Thales, tj. przyznanie ofercie Konsorcjum Thales nieprawidłowej, zbyt małej liczby punktów w kryterium E „Sposób spełnienia wymagań stawianych przed rozwiązaniem”, w sytuacji gdy szczegółowa analiza filmu złożonego przez Konsorcjum Thales wraz z ofertą wskazuje, że liczba punktów przyznanych Konsorcjum Thales winna być wyższa;

4. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 Pzp poprzez nieprawidłową, sprzeczną z zasadami określonymi w SIWZ, ocenę oferty Wykonawcy Conduent BS, tj. poprzez przyznanie ofercie Wykonawcy Conduent BS nieprawidłowej, zbyt wysokiej liczby punktów w kryterium E „Sposób spełnienia wymagań stawianych przed rozwiązaniem”, w sytuacji gdy szczegółowa analiza filmu złożonego przez Wykonawcę Conduent BS wraz z ofertą wskazuje, że liczba punktów przyznanych Wykonawcy Conduent BS winna być niższa.

Mając na uwadze podniesione zarzuty Konsorcjum Thales wniosło o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

1. unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
2. dokonania ponownego badania i oceny ofert;
3. odrzucenia oferty Konsorcjum Asseco DS jako niezgodnej z treścią SIWZ; względnie dokonania zmiany punktacji przyznanej Konsorcjum Asseco DS poprzez:
 - a. przyznanie ofercie Konsorcjum Asseco DS 0 punktów w ramach kryterium oceny ofert E „Sposób spełnienia wymagań stawianych przed rozwiązaniem” z uwagi na niemożność oceny funkcjonalności rozwiązań, które Konsorcjum Asseco DS zaprezentowało w ofercie,
 - b. względnie zmianę punktacji przyznanej w ramach oceny spełnienia przez Konsorcjum Asseco DS poszczególnych wymagań stawianych przez Zamawiającego w ramach kryterium E w sposób szczegółowo wskazany w odwołaniu;
4. dokonania zmiany punktacji przyznanej Konsorcjum Thales poprzez zmianę punktacji przyznanej w ramach kryterium oceny ofert E „Sposób spełnienia wymagań stawianych przed rozwiązaniem” w sposób szczegółowo wskazany w odwołaniu;
5. dokonania zmiany punktacji przyznanej Wykonawcy Conduent BS poprzez zmianę punktacji przyznanej w ramach kryterium oceny ofert E „Sposób spełnienia wymagań stawianych przed rozwiązaniem” w sposób szczegółowo wskazany w odwołaniu.

Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 22 lipca 2020 r. Konsorcjum Asseco DS zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 23 lipca 2020 r. Wykonawca Conduent BS zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 20 sierpnia 2020 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Pismem z dnia 20 sierpnia 2020 r. Wykonawca Conduent BS przedstawił stanowisko w sprawie. Wykonawca Conduent BS wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu wskazanego w pkt 5 odwołania.

Pismem z dnia 21 sierpnia 2020 r. Konsorcjum Asseco DS przedstawiło stanowisko w sprawie. Konsorcjum Asseco DS wniosło o oddalenie odwołania w całości.

Na rozprawie w dniu 9 października 2020 r. Konsorcjum Thales wycofało odwołanie (oświadczenie o wycofaniu odwołania złożone do protokołu rozprawy).

KIO 1688/20

I. W dniu 20 lipca 2020 r. Wykonawca Conduent BS wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu i zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Pzp.

Wykonawca Conduent BS zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Thales, pomimo tego, że oferta Konsorcjum Thales jest niezgodna z treścią SIWZ obowiązującej w postępowaniu w zakresie, w jakim wykonawca ten zaoferował wykonanie Architektury Rozszerzonej (pkt 6.1.4 Formularza Oferty) i Architektury Podstawowej (pkt 6.2.3 Formularza Oferty) za 0 zł, a więc niezgodnie z formułami matematycznymi określonymi w rozdziale XIV pkt 4.1 i 4.2 SIWZ (zarzut nr 1);
2. art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Thales, pomimo tego, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zakresie, w jakim wykonawca ten zaoferował wykonanie Architektury Rozszerzonej (pkt 6.1.4 Formularza Oferty) i Architektury Podstawowej (pkt 6.2.3 Formularza Oferty) za 0 zł w celu uzyskania jak najwyższej punktacji, przenosząc koszty ich wykonania do innych elementów oferty (zarzut nr 2);
3. art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Thales, pomimo tego, że zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie, w jakim wykonawca ten zaoferował wykonanie Architektury Rozszerzonej (pkt 6.1.4 Formularza Oferty) i Architektury Podstawowej (pkt 6.2.3 Formularza Oferty) za 0 zł, a elementy te stanowią istotne części składowe ceny całkowitej oferty (zarzut nr 3) - ewentualnie - zaniechanie wezwania Konsorcjum Thales do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ww. cen (zarzut nr 4);
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Asseco DS, pomimo tego, że oferta Konsorcjum Asseco DS jest niezgodna

- z treścią SIWZ obowiązującej w postępowaniu w zakresie, w jakim wykonawca ten zaferował dostarczenie urządzenia POS dla kierowców, którego temperatura przechowywania wynosi od -30 do +70 st. C, podczas gdy Zamawiający w pkt 3.13.2 załącznika 4 do SIWZ wymagał, aby temperatura ta wynosiła co najmniej od -40 do +60 st. C (zarzut nr 5) - ewentualnie – art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Asseco DS do wyjaśnień w zakresie temperatury przechowywania urządzenia POS (zarzut nr 6);
5. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 uznk w zw. z art. 11 ust. 2 uznk poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Asseco DS pomimo tego, że wykonawca ten zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa film prezentujący funkcjonalności oferowanych urządzeń, czego Zamawiający wyraźnie zakazał w Załączniku nr 6 do SIWZ (zarzut nr 7) - ewentualnie - art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust 2 uznk poprzez zaniechanie odtajnienia filmu złożonego przez Konsorcjum Asseco DS (zarzut nr 8);
 6. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 uznk w zw. z art. 10 ust. 1 uznk poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Asseco DS, pomimo tego, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zakresie, w jakim wykonawca ten przedstawił kartę katalogową urządzeń POS dla kierowców, w której brakuje informacji, że ich temperatura przechowywania wynosi od -30 do +70 st. C, co skutkuje brakiem odpowiedniego oznaczenia oferowanego towaru oraz zatajeniem ryzyka, jakie wiąże się z korzystaniem z niego (zarzut nr 9);
 7. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Asseco DS z postępowania, pomimo tego, że wykonawca ten, w wyniku lekkomyślności lub co najmniej niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu w zakresie w jakim przedstawił kartę katalogową urządzeń POS dla kierowców, w której brakuje informacji, że ich temperatura przechowywania wynosi od -30 do +70 st. C (zarzut nr 10);
 8. art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez przyznanie Wykonawcy Conduent BS zaniżonej punktacji w ramach kryterium oceny ofert E1 (zarzut nr 11);
 9. art 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Konsorcjum Thales jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert za najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta Wykonawcy Conduent BS (zarzut nr 12).

W związku z podniesionymi zarzutami Wykonawca Conduent BS wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu wykonanie następujących czynności:

- unieważnienie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu,
- przeprowadzenie ponownej oceny i badania ofert w postępowaniu, oraz
- odrzucenie oferty Konsorcjum Thales, ewentualnie wezwanie Konsorcjum Thales do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia cen za wykonanie Architektury Rozszerzonej (pkt 6.1.4 Formularza Oferty) i Architektury Podstawowej (pkt 6.2.3 Formularza Oferty),
- wykluczenie Konsorcjum Asseco DS z postępowania,
- odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum Asseco DS, ewentualnie zwrócenie się do Konsorcjum Asseco DS o wyjaśnienie treści złożonej oferty,
- odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum Asseco DS, ewentualnie odtajnienie filmu zastrzeżonego przez Konsorcjum Asseco DS jako tajemnicę przedsiębiorstwa,
- przyznanie Wykonawcy Conduent BS dodatkowych punktów w ramach kryterium oceny ofert E1,
- uznanie za ofertę najkorzystniejszą oferty Wykonawcy Conduent BS.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 21 sierpnia 2020 r. Wykonawca Conduent BS złożył oświadczenie o wycofaniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 uznk w zw. z art. 11 ust. 2 uznk poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Asseco DS pomimo tego, że wykonawca ten zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa film prezentujący funkcjonalności oferowanych urządzeń, czego Zamawiający wyraźnie zakazał w Załączniku nr 6 do SIWZ (zarzut nr 7).

II. Pismem z dnia 20 sierpnia 2020 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie składając oświadczenie o uwzględnieniu odwołania w zakresie zarzutów podniesionych w pkt 1 i 2 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Thales, pomimo tego, że oferta Konsorcjum Thales jest niezgodna z treścią SIWZ obowiązującej w postępowaniu w zakresie, w jakim wykonawca ten zaoferował wykonanie Architektury Rozszerzonej (pkt 6.1.4 Formularza Oferty) i Architektury Podstawowej (pkt 6.2.3 Formularza Oferty) za 0 zł, a więc niezgodnie z formułami matematycznymi określonymi w rozdziale XIV pkt 4.1 i 4.2 SIWZ (zarzut nr 1) oraz zarzutu naruszenia art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Thales, pomimo tego, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zakresie, w jakim wykonawca ten zaoferował wykonanie

Architektury Rozszerzonej (pkt 6.1.4 Formularza Oferty) i Architektury Podstawowej (pkt 6.2.3 Formularza Oferty) za 0 zł w celu uzyskania jak najwyższej punktacji, przenosząc koszty ich wykonania do innych elementów oferty (zarzut nr 2).

Kolejnym pismem z dnia 20 sierpnia 2020 r. zamawiający udzielił uzupełniającej odpowiedzi na odwołanie, przedstawiając swoje stanowisko w odniesieniu do nieuwzględnionych zarzutów. Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutów, które nie zostały przez niego uwzględnione.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 21 sierpnia 2020 r. Zamawiający oświadczył, iż w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust 2 uznk poprzez zaniechanie odtajnienia filmu złożonego przez Konsorcjum Asseco DS (zarzut nr 8) przekazanie Wykonawcy Conduent BS ww. filmu należy traktować jako uwzględnienie przez niego ww. zarzutu odwołania.

III. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 22 lipca 2020 r. Konsorcjum Asseco DS zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Pismem z dnia 20 sierpnia 2020 r. Konsorcjum Asseco DS przedstawiło swoje stanowisko w sprawie. Konsorcjum Asseco DS wniosło o oddalenie odwołania w całości.

IV. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 22 lipca 2020 r. Konsorcjum Thales zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Pismem z dnia 20 sierpnia 2020 r. Konsorcjum Thales przedstawiło swoje stanowisko w sprawie. Konsorcjum Thales wniosło o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących Konsorcjum Thales oraz dotyczących Wykonawcy Conduent BS.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 21 sierpnia 2020 r. Konsorcjum Thales zgłosiło sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania (zarzuty podniesione w pkt 1 i 2 odwołania).

Pismem z dnia 8 października 2020 r. Konsorcjum Thales przedstawiło dodatkowe stanowisko w sprawie.

Po przeprowadzeniu rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

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

Izba nie uwzględniła wniosku Wykonawcy Conduent BS oraz wniosku Konsorcjum Thales o odrzucenie odwołania w sprawie KIO 1615/20 jako wniesionego z uchybieniem ustawowego terminu.

Jak ustaliła Izba na podstawie wydruków korespondencji emailowej, załączonych do odwołania oraz przekazanych przez Zamawiającego, w dniu 1 czerwca 2020 r. Konsorcjum Asseco DS złożyło do Zamawiającego wniosek o udostępnienie ofert złożonych w postępowaniu przez innych wykonawców. Zamawiający przekazał Konsorcjum Asseco DS oferty innych wykonawców w niepełnym zakresie, tj. nie zostały przekazane w części zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa. O zakończeniu badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający poinformował Konsorcjum Asseco DS w dniu 6 lipca 2020 r. i od tego dnia należy liczyć termin na złożenie odwołania na niezasadne uznanie przez Zamawiającego za skuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez innych wykonawców i w konsekwencji zaniechanie ujawnienia części ofert innych wykonawców, zgodnie z przepisem art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że odwołujący w sprawach KIO 1615/20, KIO 1660/20 oraz KIO 1688/20 byli legitymowani, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Legitymacja do wniesienia odwołania odwołującego w sprawie KIO 1687/20 nie była przedmiotem badania Izby z uwagi na wycofanie odwołania.

I. KIO 1615/20

Izba ustaliła:

Na podstawie treści pisma stanowiącego uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez Wykonawcę Conduent BS (pismo z dnia 27 maja 2020 r.) Izba ustaliła:

Po pierwsze, oświadczenie „Wymagania do udokumentowania” wskazane w pkt 1.3) odwołania oraz oświadczenie „Formularz oceny” wskazane w pkt 1.4) odwołania nie zostały objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa przez Wykonawcę Conduent BS.

Po drugie, Wykonawca Conduent BS nie dokonał skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Treść uzasadnienia przedstawionego przez Wykonawcę Conduent BS jest bardzo lakoniczna, nie zawiera żadnych konkretnych informacji. Uzasadnienie składa się z przytoczonych poglądów orzecznictwa i doktryny oraz gołosłownych twierdzeń. W żaden sposób nie wykazano na czym polega wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji, oraz

że ujawnienie zastrzeżonych informacji będzie skutkowało powstaniem wymiernej szkody po stronie wykonawcy lub podmiotu trzeciego. Uzasadnienie, w części w której nie zawiera poglądów orzecznictwa i doktryny, składa się głównie z takich ogólnych twierdzeń jak np. że informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach posiadają unikalne know-how wypracowane w toku wieloletnich doświadczeń i pracy inżynierów i w związku z tym posiadają istotną wartość gospodarczą. Wykonawca Conduent BS wskazuje, że informacje mają charakter autorski oraz zostały opracowane specjalnie na potrzeby prowadzonego postępowania i stanowią o przewadze konkurencyjnej wykonawcy. Tego typu stwierdzenia nie niosą ze sobą żadnej konkretnej treści – które rozwiązania Wykonawca Conduent BS ma na myśli i na czym polega ich unikalny charakter stanowiący o przewadze konkurencyjnej – na ten temat wykonawca całkowicie milczy. Są to nader ogólne twierdzenia, powtarzane w ramach różnych postępowań, a przy tym ze sobą sprzeczne, gdyż wprawdzie Wykonawca Conduent BS twierdzi, że chodzi o rozwiązania wypracowane w toku wieloletnich doświadczeń, a następnie że zostały one opracowane specjalnie na potrzeby obecnego postępowania. Nie stanowi wystarczającego uzasadnienia wskazanie na obawianie się, że dojdzie do tzw. podkupienia pracowników, gdyż pracodawca posiada możliwość skorzystania w tym zakresie z takich rozwiązań jak zawieranie z pracownikami umów o zakazie konkurencji czy kształtowanie ich wynagrodzeń na odpowiednim poziomie. Również za niewystarczające należy uznać powołanie się na dokonanie zastrzeżenia tajemnicy przez podmiot trzeci udostępniający zasoby. Obowiązują w tym zakresie takie same zasady, tj. wymagane jest wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przyjęcie przeciwnego stanowiska prowadziłoby do nadużyć i jaskrawego łamania zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie zostały załączone żadne dowody, w tym w szczególności na potwierdzenie podjętych działań w celu zachowania informacji w tajemnicy. Wykonawca Conduent BS ograniczył się do gołosłownych twierdzeń co do działań mających na celu zachowanie w poufności zastrzeganych informacji, jednakże okoliczność ich faktycznego podjęcia nie została w żaden sposób udowodniona. Niezależnie od braku dowodów, przedstawienie których w tym zakresie nie powinno nastręczać żadnych trudności, opis działań podjętych w celu zachowania informacji w poufności również ma bardzo ogólny charakter. Tego rodzaju twierdzenia powielane są w większości uzasadnień tajemnicy przedsiębiorstwa składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia. Uzasadnienie powinno mieć natomiast taką treść, aby przekonać zamawiającego oraz Izbę, że faktycznie w odniesieniu do tych konkretnych informacji zastosowane zostały środki bezpieczeństwa mające na celu zachowanie tych informacji w tajemnicy.

Na podstawie treści pisma stanowiącego uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez Konsorcjum Thales (pismo z dnia 29 maja 2020 r.), w odniesieniu do oświadczenia „Wykaz osób”, Izba ustaliła:

Konsorcjum Thales nie dokonało skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Treść uzasadnienia przedstawionego w tym zakresie przez Konsorcjum Thales nie zawiera żadnych konkretnych informacji. W przeważającej mierze uzasadnienie składa się z ogólnych twierdzeń o tym jakie znaczenie mają zasoby ludzkie dla funkcjonowania przedsiębiorstwa oraz przytoczonych poglądów orzecznictwa. Nie została wykazana wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji. Konsorcjum Thales stwierdziło, że utajnione informacje o członkach zespołu mogą stanowić źródło zysków lub pozwalać na zaoszczędzenie określonych kosztów. W kolejnym zdaniu Konsorcjum Thales wyjaśnia, że wynika to chociażby z faktu, że doświadczenie osób, co do których informacje zostały utajnione, pozwala wykonawcy brać udział w kolejnych postępowaniach, a tym samym generować zysk - jednakże ujawnienie zasobów osobowych wykonawcy nie uniemożliwia mu w żaden sposób brania udziału w kolejnych postępowaniach. Z pewnością nie stanowi wystarczającego uzasadnienia powołanie się na ryzyko tzw. podkupienia pracowników wobec faktu, że pracodawca posiada możliwość skorzystania w tym zakresie z takich rozwiązań jak zawieranie z pracownikami umów o zakazie konkurencji czy kształtowanie ich wynagrodzeń na odpowiednim poziomie. Jak natomiast wynika z informacji zawartej na str. 11 jednym ze środków bezpieczeństwa stosowanym przez Konsorcjum Thales są zakazy konkurencji. A zatem Konsorcjum Thales nie powinno obawiać się ani sytuacji podkupienia pracownika, ani kosztów związanych z koniecznością poszukiwania nowego pracownika. Niezależnie od powyższego należy podkreślić, iż wola utrzymania wynagrodzeń pracowników na korzystnym dla wykonawcy niskim poziomie nie może stanowić uzasadnienia wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie zostały załączone żadne dowody, w tym na potwierdzenie podjętych działań w celu zachowania informacji w tajemnicy. Konsorcjum Thales ograniczyło się do wyliczenia działań mających na celu zachowanie w poufności zastrzeganych informacji (str. 11), jednakże okoliczność ich faktycznego podjęcia nie została w żaden sposób udowodniona. Należy podkreślić, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa powinno zostać poparte odpowiednimi dowodami co najmniej w takim zakresie, w jakim ich przedstawienie nie nastręcza wykonawcom nadmiernych trudności. Z pewnością tak jest w przypadku przesłanki podjęcia działań w celu utrzymania zastrzeganych informacji w poufności. W tym zakresie, w odniesieniu do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum Thales należy poczynić tę samą uwagę jak w przypadku uzasadnienia Wykonawcy Conduent BS, tj. że tego rodzaju twierdzenia

odnośnie podjętych środków bezpieczeństwa informacji powielane są w większości uzasadnień tajemnicy przedsiębiorstwa składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia.

Izba zważyła:

Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu. Zgodnie z przepisem art. 11 ust. 2 pkt 2 przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Jak wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, wyrażoną 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. Odstępstwo od tej zasady, zgodnie z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp, może mieć miejsce tylko w przypadkach określonych w ustawie (tak np. Izba w wyroku z dnia 20 stycznia 2020 r. KIO 2469/19, z dnia 13 marca 2017 r. KIO 385/17). W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, nr druku: 1653) wskazano m.in.: *"Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji,*

tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne.". Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp to po stronie wykonawcy, zastrzegającego informacje jako tajemnicę gospodarczą, leży ciężar dowodu w zakresie wykazania, że zastrzeżone informacje w istocie spełniają wszystkie elementy konieczne dla jej uznania za tajemnicę przedsiębiorcy w świetle art. 11 ust. 2 uznk (tak np. Izba w wyroku z dnia 30 grudnia 2019 r. KIO 2537/19).

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, iż to na wykonawcy ciąży obowiązek przekonywującego i terminowego wykazania, iż zastrzegane przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Podkreśla się, iż „wykazać” oznacza coś więcej niż tylko „wyjaśnić”. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w wyroku Izby z dnia 17 grudnia 2019 r. KIO 2440/19 „Użyte przez ustawodawcę w art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy Prawo zamówień publicznych sformułowanie zobowiązujące wykonawcę do „wykazania”, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć jako obowiązek „dowiedzenia”, że informacje te mają właśnie taki charakter. Podkreślić należy, że jawność postępowania jest zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorącym udział w postępowaniach dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji zawartych w ofertach w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznałoby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań pozwalających na zachowanie poufności tychże informacji. Takie działanie prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania i - jako takie - byłoby zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.”.

Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 16 stycznia 2020 r. „Ustawodawca w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przesądził, że zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inną posiadającą wartość gospodarczą. Zatem przesłanka „lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą” odnosi się nie tylko do informacji „innych”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Zatem wobec brzmienia art. 8 ust. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych wykonawca zastrzegający pewne informacje jako tajemnicę

przedsiębiorstwa zobowiązany jest do wykazania w uzasadnieniu zastrzeżenia również przesłanki „posiadania wartości gospodarczej (...)”. Wymaga zauważenia, że pracodawca, który obawia się procederu tzw. podkupowania pracowników, może skorzystać z instrumentów bardziej adekwatnych niż czynienie odstępstw od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. możliwości zawierania z pracownikami umów o zakazie konkurencji czy kształtowania ich wynagrodzeń na odpowiednim poziomie (podobnie Izba w wyroku z dnia 2 października 2019 r. sygn. akt KIO 1791/19, KIO 1807/19).

Mając na uwadze powyższe, wobec treści uzasadnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawionych przez Wykonawcę Conduent BS oraz Konsorcjum Thales, Izba uznała, że nie doszło do skutecznego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w zakresie oferty Wykonawcy Conduent BS: dokumentacji urządzeń wskazanej w pkt 1.2) odwołania, oświadczenia „Wymagania do udokumentowania” wskazanego w pkt 1.3) odwołania, oświadczenia „Formularz oceny” wskazanego w pkt 1.4) odwołania, oświadczenia „Wykaz osób do oceny kryterium” wskazanego w pkt 1.5) odwołania, oraz w zakresie oferty Konsorcjum Thales: oświadczenia „Wykaz osób” wskazanego w pkt 2.2) odwołania. Jak wynika z przedstawionych wcześniej ustaleń faktycznych uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy Conduent BS oraz Konsorcjum Thales były bardzo mało konkretne i nie zostały poparte żadnymi dowodami. Należy podkreślić, iż wobec znaczenia zasady jawności dla całego systemu zamówień publicznych dopuszczenie w ramach konkretnego postępowania wyjątku od tej zasady może mieć miejsce wyłącznie w przypadku dostatecznego wykazania przez wykonawcę, że określone informacje zasługują na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa, co zdaniem Izby nie miało miejsca w przypadku oferty Wykonawcy Conduent BS oraz oferty Konsorcjum Thales. Oznacza to, że Zamawiający nie był uprawniony do odmowy przekazania Konsorcjum Asseco DS oświadczeń i dokumentów, do których odnosiły się zarzuty odwołania. W związku z tym podniesione w tym zakresie zarzuty Izba uznała za zasadne.

II. Zarzuty naruszenia: art. 90 ust. 1 w związku z art. 7 ustawy Pzp (pkt 4 odwołania), art. 89 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 7 ust. 1, a w konsekwencji także art. 91 ust. 1 ustawy Pzp (pkt 6 odwołania) oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp (pkt 7 odwołania) podniesione w odwołaniu w sprawie KIO 1660/20 oraz zarzuty naruszenia: art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (zarzut nr 1), art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 uznk (zarzut nr 2) oraz art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut nr 4) podniesione w odwołaniu w sprawie KIO 1688/20

Liczba ustalona:

Za usługę dostępu do zasobów – Architektura Infrastrukturalna – w ramach „prawa opcji” Konsorcjum Thales zaoferowało w formularzu ofertowym (pkt II Cena oferty) cenę 0,00 zł za architekturę rozszerzoną w okresie wdrożenia oraz architekturę podstawową w okresie 1 roku eksploatacji.

W ramach oferty Konsorcjum Thales złożyło między innymi 1 plik excel Architektura Infrastrukturalna – wersja rozszerzona oraz 1 plik excel Architektura Infrastrukturalna – wersja podstawowa.

Zgodnie z pkt XI.3 SIWZ Zamawiający wymagał jako załączników do oferty: architektury Infrastrukturalnej proponowanego rozwiązania w wersji testowej, developerskiej, podstawowej i rozszerzonej wraz z ceną (Załącznik do Oferty, Architektura Infrastrukturalna proponowanego rozwiązania w formie excela, przygotowanego za pomocą kalkulatora Azure lub kalkulatora Oracle Cloud),

W pkt XIV SIWZ Zamawiający przewidział w ramach kryterium oceny ofert Kryterium F podejście do skalowalności i rozbudowy rozwiązania: podkryterium F.1 Architektura Infrastrukturalna proponowanego rozwiązania w wersji testowej, developerskiej, podstawowej i rozszerzonej w trakcie wdrożenia oraz podkryterium F.2 Architektura Infrastrukturalna proponowanego rozwiązania w wersji testowej, developerskiej, podstawowej i rozszerzonej w trakcie eksploatacji. W odniesieniu do obydwu podkryterium Zamawiający wskazał, że oczekuje przedstawienia wymagań i wyceny na architekturę rozwiązania w trakcie wdrożenia oraz w trakcie eksploatacji wykonaną przy wykorzystaniu kalkulatora Azure (<https://azure.microsoft.com/pl-pl/pricing/calculator/>) lub kalkulatora Oracle Cloud (<https://www.oracle.com/cloud/cost-estimator.html>) wskazując jednocześnie założenia, jakie winien przyjąć wykonawca. Założenia te zostały przedstawione oddzielnie dla podkryterium F.1 (okres wdrożenia) oraz podkryterium F.2 (okres eksploatacji) – dane przedstawione w tabelach, w odniesieniu do: Architektury Testowej (odpowiednio F.1.1 oraz F.2.1), Architektury Deweloperskiej (odpowiednio F.1.2 oraz F.2.2), Architektury podstawowej (odpowiednio F.1.3 oraz F.2.3) oraz Architektury Rozszerzonej (odpowiednio F.1.4 oraz F.2.4) dla następujących parametrów: 1. Liczba: kont nazwanych i kont nienazwanych, 2. Liczba urządzeń (walidatorów), 3. Ilość przejazdów w szczycie piętnastominutowym trwającym do 4 godzin dziennie, 4. Równoległa praca z ośrodkiem zapasowym oraz 5. Bezpieczeństwo rozwiązania zgodne z SIWZ. Różnica pomiędzy okresem wdrożenia oraz okresem eksploatacji dotyczyła danych w ramach parametru: liczba: kont nazwanych i kont nienazwanych dla architektury rozszerzonej (odpowiednio 3,1 mln oraz 6 mln).

W celu dokonania oceny w ramach podkryterium F.1 zamawiający przewidział następującą formułę matematyczną dla każdego z parametrów F.1.1, F.1.2, F.1.3, F.1.4):

$$F.1.X = waga * \textit{minimum (oferowanych cen)} / \textit{oferowana cena}$$

gdzie: • x: przyjmuje wartość 1,2,3,4; • waga, stanowi wagę kryterium F.1.x, • oferowana cena, stanowi koszt utrzymania infrastruktury architektury F.1.x ocenianej oferty, • minimum (oferowanych cen), stanowi najniższy koszt utrzymania infrastruktury architektury F.1.x wszystkich ocenianych ofert

Analogiczna formuła matematyczna została przewidziana w celu dokonania oceny w ramach podkryterium F.2.

W dniu 20 maja 2020 r. Zamawiający udzielił wyjaśnień do SIWZ, w których wskazał m.in., że cena wskazana w formularzu oferty nie musi być wprost powiązana z ceną z kalkulatora, a także że istotne dla Zamawiającego jest przedstawienie komponentów Architektur wymienionych w punktach 6, dlatego Zamawiający oczekuje przedstawienia ich zgodnie z kalkulatorem Azure lub Oracle, ale nie wymaga cen z kalkulatora dla tych komponentów.

Izba zważyła:

Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ustawa Pzp nie zawiera definicji legalnej czynu nieuczciwej konkurencji i odsyła w tym zakresie do przepisów uznk. Art. 3 tej ustawy określa katalog czynów nieuczciwej konkurencji. Przepis ten posługuje się klauzulą generalną, która wyznacza kategorię czynów nieuczciwej konkurencji poprzez odwołanie się nie tylko do sprzeczności czynu z prawem, ale także z dobrymi obyczajami, oraz stawia wymóg, aby czyn zagrażał albo naruszał interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustawodawca dostrzegając niemożność wyczerpującego wskazania działań, które będą sprzeczne z uczciwą konkurencją, jedynie przykładowo wskazał w art. 3 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czyny stanowiące delikty nieuczciwej konkurencji, nie wykluczając tym samym tzw. niestypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji. W wyroku z dnia 9 czerwca 2009 r. sygn. akt II CSK 44/09 Sąd Najwyższy wskazał, iż art. 3 ust. 1 uznk może stanowić także samodzielną podstawę uznania określonego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji (tak np. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2016 r. sygn. akt KIO 2786/15). W myśl art. 3 ust. 1 uznk czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 listopada 2016 r. KIO 2091/16: „Dobre obyczaje, na które się powołuje w cytowanym przepisie [art. 3 ust. 1 uznk], wskazują na działanie, które może prowadzić do zniekształcenia określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych

warunkach praktyki rynkowej, które jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy na tym konkurencyjnym rynku, poprzez naruszenie w tym zakresie jego interesu.”

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, iż za czyn nieuczciwej konkurencji można między innymi uznać manipulację przez wykonawcę cenami jednostkowymi, będącymi odrębnymi kryteriami oceny ofert, w sytuacji gdy zaoferowane ceny jednostkowe są nierynkowe, nierealne i nakierowane wyłącznie na uzyskanie lepszej punktacji (tak np. w wyrokach Izby: z dnia 7 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 1042/20, z dnia 28 marca 2017 r. sygn. akt KIO 473/17; z dnia 18 stycznia 2013 r. sygn. akt KIO 7/13; z dnia 14 czerwca 2013 r. sygn. akt KIO 1240/13, KIO 1246/13, KIO 1248/18; z dnia 26 września 2012 r. sygn. akt KIO 1934/18; z dnia 5 kwietnia 2011 r. sygn. akt KIO 640/11). Podobne stanowisko zostało wyrażone przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (Kontrola UZP nr UZP/DKD/KND/14/13). Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 20 maja 2019 r. sygn. akt KIO 766/19: „Za niedopuszczalne, należy uznać działanie odwołującego, uniemożliwiające zamawiającemu dokonanie oceny oferty odwołującego w każdej z pozycji wymaganej treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Takie działanie ma bowiem wpływ na zachwianie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jak zatem zamawiający miałby porównać oferty, w szczególności dokonać oceny ofert w ramach kryteriów oceny ofert, w sytuacji, gdy jeden z wykonawców „ukrywa” koszty w innych pozycjach, nie dając szansy zamawiającemu na rzetelne ocenienie jego oferty w kontekście innych ofert złożonych w danym postępowaniu. Takie zachowanie wykonawcy (odwołującego) narusza zasadę przejrzystości postępowania, uniemożliwiając innym uczestnikom oraz zamawiającemu prawidłową i rzetelną ocenę oferty.”.

W ocenie z Izby z taką sytuacją mamy do czynienia w zakresie zaoferowania przez Konsorcjum Thales ceny 0 zł za wykonanie usługi dostępu do zasobów infrastrukturalnych i aplikacyjnych platformy chmurowej w okresie wdrożenia w zakresie architektury rozszerzonej oraz w okresie pierwszego roku eksploatacji w zakresie architektury podstawowej. Mając na uwadze fakt, że przedmiotowa usługa musi zostać wykupiona u podmiotu trzeciego, wykonanie tego świadczenia na rzecz Zamawiającego niesie ze sobą koszty po stronie wykonawcy. Zaoferowanie przez Konsorcjum Thales za wykonanie ww. usług ceny 0 zł wywołuje podejrzenie, że po pierwsze, jest to cena nieuwzględniająca kosztów jakie będzie musiało ponieść z tego tytułu Konsorcjum Thales, a po drugie że koszty te zostały ujęte w ramach innych pozycji cenowych. W przypadku podniesienia takiego zarzutu i jego odpowiedniego wykazania (co w ocenie Izby miało miejsce w niniejszym postępowaniu) wykonawca, wobec którego oferty taki zarzut podniesiono, obowiązany jest

wykazać, że zaoferowana przez niego cena składowa jest realna i uwzględnia wszystkie koszty, jakie wykonawca ten obowiązany będzie ponieść w związku z realizacją danego świadczenia. Ciężar dowodu w powyższym zakresie przeszedł zatem na Konsorcjum Thales. Pomimo tego Konsorcjum Thales w toku postępowania odwoławczego w żaden sposób nie wykazało możliwości wykonania ww. usług za cenę 0 zł, a w konsekwencji możliwości zaoferowania w powyższym zakresie ceny wynoszącej 0 zł. W konsekwencji tego zaoferowanie ceny 0 zł za wykonanie usługi dostępu do zasobów infrastrukturalnych i aplikacyjnych platformy chmurowej w okresie wdrożenia w zakresie architektury rozszerzonej oraz w okresie pierwszego roku eksploatacji w zakresie architektury podstawowej należało uznać za nieuczciwe działanie Konsorcjum Thales zmierzające do uzyskania wyższej punktacji w jednym z kryterium oceny ofert, co zgodnie z zaprezentowanym powyżej orzecznictwem Izby podlega kwalifikacji jako czyn nieuczciwej konkurencji i stanowi podstawę odrzucenia oferty z postępowania wskazaną w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Dodatkowo wymaga zauważenia, że w przypadku zaoferowanie ceny składowej nieuwzględniającej kosztów realizacji odpowiadającego jej świadczenia, oprócz sytuacji „przeniesienia” tych kosztów do innej pozycji, istnieje również możliwa sytuacja, że koszty te nie zostały nigdzie uwzględnione, co w konsekwencji będzie prowadzić do wniosku, że całkowita cena oferty jest rażąco niska, a zatem że zaistniała podstawa do odrzucenia oferty wskazana w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Inicjatywa w zakresie wyjaśnienia tej kwestii w postępowaniu odwoławczym leży po stronie wykonawcy, któremu taki zarzut postawiono. Przyjęcie przez wykonawcę strategii procesowej polegającej na zaniechaniu przedstawienia merytorycznych wyjaśnień i dowodów na odparcie postawionego zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej nie może skutkować nakazaniem zamawiającemu przez Izbę przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego celem ustalenia czy wobec wykonawcy zaistniała podstawa do odrzucenia oferty wskazana w art. 89 ust. 1 pkt 3 czy w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Takie działanie byłoby niezasadne i niecelowe, skoro z poczynionych ustaleń wynika, że w stosunku do wykonawcy, na gruncie tej samej okoliczności faktycznej jaką jest zaoferowanie ceny składowej nieuwzględniającej kosztów realizacji odpowiadającego jej świadczenia, zaistniała co najmniej jedna podstawowa odrzucenia jego oferty. To wykonawca ma obowiązek udowodnienia, że podniesiony w tym zakresie zarzut jest niezasadny, tj. że zaoferowana cena uwzględnia wszystkie koszty po stronie wykonawcy. Negatywne skutki procesowe niesprostania temu obowiązkowi ponosi wykonawca. Ponadto, bez znaczenia dla tego zarzutu jest to, czy ostatecznie Konsorcjum Thales uzyskało jakąś korzyść, tj. w szczególności czy zaoferowanie ceny 0 zł zadecydowało o wyniku postępowania. Gdyby przyjąć, że powyższe kwestie mogą mieć w tym kontekście znaczenie, z jednej strony oznaczałoby to wypaczenie ratio legis unormowania art. 89 ust. 1

pkt 3 ustawy Pzp, które polega m.in. na przeciwdziałaniu dopuszczaniu się przez wykonawców czynów nieuczciwej konkurencji, a z drugiej strony w sposób całkowicie nieuzasadniony różnicowałyby sytuację wykonawców w zależności od treści ofert innych wykonawców, którzy wzięli udział w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby na gruncie tego stanu faktycznego zaistniała również podstawa do odrzucenia oferty Konsorcjum Thales wskazana w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W tym zakresie Izba podzieliła stanowisko Wykonawcy Conduent BS, który wskazywał, że z postanowień SIWZ przewidujących sposób przydzielania punktów w kryterium oceny ofert F wynikało, iż zaoferowana przez wykonawcę cena nie mogła wynosić 0 zł. Izba za niezasadne uznała stanowisko Konsorcjum Thales co do tego, że w żadnym z postanowień SIWZ taki zakaz nie został wprost sformułowany. Należy wskazać, iż przewidziana przez Zamawiającego formuła matematyczna nie była skomplikowana i niedopuszczalność podania ceny 0 zł była o razu widoczna. Wymaga podkreślenia, że od profesjonalnych podmiotów, jakimi są wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności o takim przedmiocie zamówienia, jak objęty postępowaniem prowadzonym przez Zamawiającego, oczekuje się dochowania należytej staranności i gruntownego zapoznania się z treścią SIWZ. Zaniechanie powyższego może wywołać negatywne skutki nie tylko dla samego wykonawcy, który nie dochował należytej staranności, lecz – jak pokazuje omawiany przykład - może mieć również negatywne skutki dla samego postępowania, np. doprowadzając do braku możliwości dokonania oceny ofert zgodnie z ustalonymi zasadami.

Ponadto Izba stwierdziła niezgodność treści oferty Konsorcjum Thales z treścią SIWZ w zakresie wymagania dołączenia do oferty załączników w formie excela: a) zestawienia „Architektury Infrastrukturalnej proponowanego rozwiązania”, przygotowanego za pomocą kalkulatora Azure lub kalkulatora Oracle Cloud dla usługi świadczonej w trakcie wdrożenia w zakresie „Architektury Rozszerzonej” oraz b) zestawienia „Architektury Infrastrukturalnej proponowanego rozwiązania”, przygotowanego za pomocą kalkulatora Azure lub kalkulatora Oracle Cloud dla usługi świadczonej w okresie 1 (pierwszego) roku eksploatacji w zakresie „Architektury Podstawowej”. Jak wynika z treści postanowień SIWZ pkt XIV Zamawiający sformułował wymagania przedstawienia wymagań i wyceny na architekturę rozwiązania oddzielnie dla etapu wdrożenia i oddzielnie dla etapu eksploatacji. Ponadto wymagania te zostały sformułowane w ramach postanowień SIWZ dotyczących kryteriów oceny ofert. Wraz z nimi w pkt XIV SIWZ zostały przedstawione założenia, jakie należy uwzględnić przy dokonaniu wyceny, oraz formuła matematyczna, jaka miała znaleźć zastosowanie w celu dokonania oceny ofert w tym kryterium. Tym samym wyjaśnienia, których Zamawiający

udzielił w dniu 20 maja 2020 r., nie należy rozumieć w ten sposób jak wskazało to Konsorcjum Thales na stronie 26 pisma procesowego z dnia 20 sierpnia 2020 r., tj. że „jest oczywiste, że Zamawiający przyjął w tym przypadku założenie, iż wskazana w Formularzu ofertowym cena może być oderwana od kosztów”. W ocenie Izby wykonawca mógł w ramach ostatecznej ceny wskazanej w formularzu uwzględnić udzielone mu w tym zakresie indywidualne upusty, jednakże te – w odniesieniu do wskazanych przez Konsorcjum Thales cen 0 zł za usługę dostępu do zasobów Architektury rozszerzonej w okresie wdrożenia oraz Architektury Podstawowej w okresie eksploatacji – nie zostały w toku postępowania odwoławczego w żaden sposób wykazane. Mając zatem na uwadze, że Konsorcjum Thales złożyło wraz z ofertą wyceny dla Architektury bez rozbicia na okres wdrożenia i eksploatacji, a dodatkowo podane ceny 0 zł nie mają żadnego powiązania z danymi przedstawionymi za pomocą kalkulatora, wskazany powyżej zarzut Izba uznała za potwierdzony.

W ocenie Izby potwierdził się również zarzut zaniechania wezwania Konsorcjum Thales do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu oferty na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w związku z zaferowaniem przez Konsorcjum Thales 0 zł jako cen składowych za usługę dostępu do zasobów Architektury rozszerzonej w okresie wdrożenia oraz Architektury Podstawowej w okresie eksploatacji. Wymaga podkreślenia, iż pojęcie istotnej części składowej ceny lub kosztu wskazane w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie zostało przez ustawodawcę zdefiniowane. Istotne jest, że dokonując kwalifikacji danej ceny składowej jako istotnej należy uwzględniać okoliczności faktyczne konkretnego postępowania, a w szczególności dotyczące przedmiotu zamówienia, na które prowadzone jest postępowanie. Tak więc niekiedy istotną część składową ceny będzie wyznaczać jej stosunek procentowy do całkowitej ceny oferty, a w innych przypadkach – jak ma to miejsce w niniejszej sprawie – znaczenie odpowiadającego jej świadczenia dla należytej realizacji całego zamówienia i osiągnięcia celu zakładanego przez zamawiającego. Mając na uwadze specyfikę systemu, na wdrożenie którego prowadzone jest postępowanie, w ocenie składu orzekającego nie budzi wątpliwości, że usługi dostępu do zasobów Architektury rozszerzonej w okresie wdrożenia oraz Architektury Podstawowej w okresie eksploatacji mają znaczenie dla prawidłowego funkcjonowania tego systemu, a zatem odpowiadające im ceny to ceny składowe o istotnym znaczeniu w kontekście całego przedmiotu zamówienia. Potwierdza to również fakt, iż zostały one ustanowione jako kryteria oceny ofert. Bez znaczenia jest natomiast okoliczność, iż odpowiadające im świadczenia zostały objęte prawem opcji – szczególnie mając na uwadze specyfikę prawa opcji, jaka została przewidziana przez Zamawiającego. Skorzystanie z prawa opcji nie jest bowiem uzależnione od tego, czy zaistnienie potrzeba realizacji usług objętych prawem opcji, ale od tego, czy Zamawiający nie

zdecyduje się na ich samodzielny zakup. Są to zatem elementy mające istotne znaczenie dla powodzenia projektu, jednakże nie ma pewności czy będą one stanowiły świadczenie wybranego wykonawcy. Należy zauważyć, iż z wagi ww. cen składowych zdał sobie sprawę sam Zamawiający przedstawiając na rozprawie w dniu 9 października 2020 r. stanowisko stanowiące odpowiedź na pismo Konsorcjum Thales z dnia 8 października 2020 r. Niewątpliwie zatem wystąpiła sytuacja, w której istotna część składowa ceny wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia (skoro wynosi 0 zł), co w ocenie Izby powinno budzić wątpliwości zamawiającego (i ostatecznie miało to miejsce) co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi przez niego wymaganiami. Zaistniała zatem podstawa do wezwania Konsorcjum Thales do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a zaniechanie tego przez Zamawiającego stanowi o zasadności postawionego w tym zakresie zarzutu.

III. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Thales ze względu na fakt określenia przez tego wykonawcę sposobu wykonania zamówienia w sposób niezgodny z SIWZ poprzez zadeklarowanie przez Konsorcjum Thales zaangażowania personelu dla kluczowych ról po stronie Zamawiającego, koniecznych do realizacji przedmiotowego zamówienia jako wartość „0”, co zgodnie ze zobowiązaniami Zamawiającego określonymi w załącznikach do SIWZ oraz postanowieniami umownymi uniemożliwia wykonanie i odbiór zamówienia (pkt 3 odwołania KIO 1660/20)

Izba ustaliła:

W pkt XIV SIWZ Zamawiający przewidział w ramach kryterium oceny ofert D podejścia do realizacji projektu podkryterium D.2.4 Oczekiwania co do składu zespołu i jego zaangażowania po stronie Zamawiającego. Zamawiający postanowił, że dla każdego pracownika oceniany będzie stopień zaangażowania rozumiany jako ilość osób liczona w pełnych etatach w miesiącu w trakcie realizacji projektu oraz że ocena zostanie przeprowadzona na podstawie załącznika dołączonego do oferty zawierającego opis proponowanego zespołu po stronie Zamawiającego. W ramach zespołu Zamawiającego podlegającego ocenie zostały wskazane następujące role: 1) Dyrektor Projektu, 2) Architekt PZUM, 3) Analityk ds. Raportów i Analiz, 4) Specjalista ds. danych i migracji, 5) Kierownik testów 1, 6) Tester, 7) Administrator baz danych, 8) Serwisant pracujący w terenie, 9) Członek Serwis Desk, 10) Specjalista od usług płatniczych, 11) Kierownik utrzymania 12) Członek zespołu ds operatora płatności i windykcacji oraz 13) Zespół ds kanałów dystrybucji

"biletów", 14) Zespół ds organizatorów transportu i przewoźników, 15) Biuro ds Ekonomii Projektu.

W treści dokumentacji postępowania zamawiający przewidział następujące postanowienia dotyczące personelu Zamawiającego:

W § 9 projektu umowy ustanowione zostały zasady przeprowadzania procedury odbioru prac (produktów, dostaw), Etapów oraz odbioru końcowego, w tym zasady współpracy pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą, obowiązki i uprawnienia stron umowy w tym zakresie.

W załączniku nr 2 do Umowy Harmonogram realizacji przedmiotu umowy zostały wskazane między innymi następujące zadania Zamawiającego w ramach realizacji projektu: Przyjęcie przez Zamawiającego Planu Projektu, Odbiory techniczne, Przyjęcie przez Zamawiającego Planu Obsługi Klienta, Akceptacje wyników testów, Odbiór końcowy.

W pkt 4.4. OPZ Produkty projektu Zamawiający został wskazany jako strona odpowiedzialna za wytworzenie w ramach realizacji projektu następujących produktów (nazwanych „Produktami szczegółowymi Projektu”):

[Nazwa Produktu Szczegółowego – Opis – Odpowiedzialny za realizację (poz. tabeli)]

- Testy akceptacyjne Wydania 1 „Funkcjonalność centralna PZUM” - Zrealizowanie testów akceptacyjnych Wydania 1. Funkcjonalność centralna wg planu testów i scenariuszy testowych dla testów funkcjonalnych, migracji, wydajności, penetracyjnych, integracji - InnoBaltica przy wsparciu zewnętrznym oraz wykonawcy PZUM przy uwzględnieniu cyklu produkcyjnego opisanego w planie projektu (poz. 5)
- Testy akceptacyjne Wydania 2 - Zrealizowanie testów akceptacyjnych Wydania 2 wg planu testów i scenariuszy testowych dla testów funkcjonalnych, migracji, wydajności, penetracyjnych, integracji - InnoBaltica przy wsparciu zewnętrznym; Wykonawca PZUM (poz. 12)
- Testy akceptacyjne Wydania 3 - Zrealizowanie testów akceptacyjnych Wydania 3 wg planu testów i scenariuszy testowych dla testów funkcjonalnych, migracji, wydajności, penetracyjnych, integracji - InnoBaltica przy wsparciu zewnętrznym; Wykonawca PZUM (poz. 18)

Zgodnie z postanowieniem zawartym w pkt 2.6 OPZ Przedmiot zamówienia obejmuje:

g. usługi w okresie jednego roku eksploatacji:

i. serwisowe - rozumiane jako maintenance aplikacyjny i sprzętowy w tym utrzymanie sprawności technicznej, konserwacja, naprawy, aktualizacje i inne czynności techniczne

powdrożeniowe, przy uwzględnieniu stanu, że Wykonawca będzie realizował również zakres Rękojmi i Gwarancji. Wykonawca udzieli również asysty technicznej i wsparcia Zamawiającemu w elemencie zarządzania i administrowania systemem, prowadzonego przez personel Zamawiającego, oraz

W ramach oferty Konsorcjum Thales złożyło oświadczenie według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ oraz załącznik nr 2 do Oferty Wykaz osób do oceny kryterium. Za wyjątkiem roli Architekta PZUM, Zespołu ds. kanałów dystrybucji "biletów" oraz Zespołu ds. organizatorów transportu i przewoźników Konsorcjum Thales wskazało na brak zaangażowania personelu Zamawiającego: Zaangażowanie (ilość osób liczona w pełnych etatach w miesiącu w trakcie realizacji projektu): 0; Propozycja Zakresu wykonywanych prac: nie wskazano.

Izba uznała, iż Konsorcjum Thales określając zaangażowanie ze strony personelu w ramach podkryterium D.2.4. nie uwzględniło szeregu przywołanych powyżej postanowień SIWZ, określających zadania po stronie Zamawiającego, które powinny zostać przypisane poszczególnym rolom wskazanym przez Zamawiającego w ramach przedmiotowego kryterium. Mając na uwadze przytoczone powyżej postanowienia SIWZ należy dojść do wniosku, iż Konsorcjum Thales składając oświadczenie dotyczące wykazu osób do oceny kryterium nie uwzględniło zadań przewidzianych przez samego Zamawiającego w odniesieniu do jego własnego personelu, tj. zadań Dyrektora Projektu, Kierownika testów, Administratora baz danych oraz Kierownika utrzymania. Izba co do zasady podzieliła sposób przypisania określonych zadań wymienionym rolom, jaki został przedstawiony przez Konsorcjum Asseco DS, z tym że nie uwzględniła tych przypadków, gdy ze wskazanych postanowień SIWZ wynika, że dane zadania mają być realizowane poza projektem (specjalista ds. danych i migracji, Analityk ds. raportów i analiz) lub przez podmiot wybrany przez Zamawiającego (specjalista ds. usług płatniczych, Członek zespołu ds. operatora płatności i windykacji). Zabiegiem sztucznym i nie znajdującym akceptacji jest przypisanie zerowej wartości zaangażowania poszczególnym rolom z założeniem, iż określone zadania mogą zostać wykonane przez jakiś inny personel zamawiającego, co generuje również zaangażowanie po stronie zamawiającego, tyle że niepremiowane w ramach przyznanej punktacji.

Izba zważyła:

Nieuwzględnienie postanowień SIWZ określających zadania po stronie zamawiającego, które powinny zostać przypisane poszczególnym rolom wskazanym przez Zamawiającego

w ramach podkryterium D.2.4 stanowi o niezgodności treści oferty Konsorcjum Thales z treścią SIWZ. Sposób wykonania przedmiotu umowy objęty ofertą Konsorcjum Thales nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego zawartym w SIWZ z uwagi na nieuwzględnienie postanowień określających zakres udziału Zamawiającego w realizacji projektu. Wymaga przy tym podkreślenia, iż bez znaczenia jest okoliczność, iż nie są to postanowienia określające zobowiązania po stronie wykonawcy. Jak bowiem wynika z treści SIWZ prawidłowa realizacja zamówienia wymaga określonego współdziałania pomiędzy wykonawcą a Zamawiającym, a zatem oferowane przez wykonawcę świadczenie musi uwzględniać określony współudział Zamawiającego, wynikający z postanowień zawartych w SIWZ.

Stwierdzenie niezgodności treści oferty wykonawcy z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowi podstawę odrzucenia oferty wskazaną w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający nie dokonał odrzucenia oferty Konsorcjum Thales. Wobec stwierdzonej powyżej niezgodności treści oferty Konsorcjum Thales z treścią SIWZ podniesiony w tym zakresie zarzut należało uznać za zasadny.

IV. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 10 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Thales do złożenia wyjaśnień w związku z zaistnieniem przesłanek do wykluczenia Konsorcjum Thales na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że osoba występująca po stronie Konsorcjum Thales brała udział w przygotowaniu przedmiotowego postępowania i zakłóciło to konkurencję w sposób nieodwracalny (pkt 10 i częściowo pkt 11 odwołania KIO 1660/20)

Izba ustaliła:

Pan M. R. był zatrudniony u Zamawiającego w okresie od 1 października 2017 r. do 30 kwietnia 2018 r. na ½ etatu jako Główny specjalista ds. systemów informatycznych. W okresie pracy Pana M. R. u Zamawiającego przeprowadzana była procedura dialogu technicznego poprzedzającego ogłoszenie postępowania na zaprojektowanie i wdrożenie nowego systemu pobierania opłat za przejazdy komunikacją publiczną w województwie pomorskim pn. „System poboru opłat za przewozy w zbiorowym transporcie pasażerskim”, w ramach której, w okresie od 20 listopada 2017 r. do 23 marca 2018 r., odbywały się spotkania z dostawcami systemów biletowych. Pan M. R. uczestniczył w procedurze dialogu technicznego co najmniej poprzez udział w spotkaniach z wykonawcami. Obecnie Pan M. R. wchodzi w skład personelu Konsorcjum Thales, w tym brał udział w przygotowaniu oferty złożonej przez Konsorcjum Thales w obecnym postępowaniu.

Izba zważyła:

Jak wynika ze stanowisk stron przedstawionych w toku postępowania Pan M. R. brał udział w procedurze dialogu technicznego ze strony zamawiającego, jak została przeprowadzana w celu przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia (obecnie toczy się powtórne postępowanie na ten przedmiot zamówienia). Jak przyjmuje się w orzecznictwie udział w dialogu technicznym traktuje się jako udział w przygotowaniu postępowania. Takie stanowisko zajęła Izba m.in. w wyroku z dnia 20 stycznia 2020 r. sygn. akt KIO 2591/19, stwierdzając m.in. „Przepisy ustawy Pzp nie odnoszą się wprost do tego, czy udział wykonawcy w dialogu technicznym jest okolicznością, którą należy uwzględnić w dokumencie JEDZ jako doradzanie instytucji zamawiającej lub zaangażowanie w inny sposób w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia. Oceniając tę kwestię należy mieć na uwadze, że istotą dialogu technicznego jest doradzanie Zamawiającemu w zakresie niezbędnym do przygotowania postępowania. Zauważenia wymaga również, że przepisy dyrektywy 2014/24/UE wprost wiążą wykonawcy udział we wstępnych konsultacjach rynkowych (art. 40) z możliwością wykluczenia z udziału w postępowaniu, o ile nie ma innego sposobu zapewnienia zgodności z obowiązkiem przestrzegania zasady równego traktowania oraz po uprzednim umożliwieniu udowodnienia, że ich zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie jest w stanie zakłócić konkurencji (art. 41). Zatem interpretując przepisy polskiej ustawy w zgodzie z przepisami dyrektywy, należy dojść do wniosku, że udział w dialogu technicznym jest okolicznością, która powinna być przez wykonawcę ujawniona w JEDZ oraz co do której wykonawca powinien wykazać brak wpływu na konkurencję. Wniosek taki jest tym bardziej uprawniony jeśli weźmie się pod uwagę, że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji z 22 czerwca 2016 r., z postępowania o udzielenie zamówienia wykluczało się *wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, z wyłączeniem czynności wykonywanych podczas dialogu technicznego, o którym mowa w art. 31a ust. 1, lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji*. Skoro w znowelizowanych przepisach ustawodawca zrezygnował z wyłączenia dialogu technicznego z podstawy wykluczenia, należy stwierdzić, że objął analogiczną przesłanką wykluczenia w znowelizowanej ustawie również udział wykonawcy w dialogu technicznym.”

Jak natomiast wynika z regulacji art. 24 ust. 10 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp stwierdzenie okoliczności brania udziału w przygotowaniu postępowania przez wykonawcę lub wskazane w tym przepisie osoby oznacza powstanie domniemania zakłócenia

konkurencji i wymaga zapewnienia wykonawcy możliwości udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu zamówienia nie powoduje w danym przypadku zakłócenia konkurencji, co winno nastąpić w trybie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp. Mając zatem na uwadze ustaloną okoliczność brania udziału przez Pana M. R. w procedurze dialogu technicznego, co podlega kwalifikacji na gruncie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp jako udział w przygotowaniu postępowania, należało uznać, że Zamawiający obowiązany był wystosować do Konsorcjum Thales wezwanie w trybie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp, a zaniechanie powyższego stanowi o zasadności ww. zarzutu.

V. Zarzut naruszenia art. 91 w związku z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp (pkt 1 odwołania KIO 1660/20) oraz zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut nr 12 odwołania KIO 1688/20)

Izba zważyła:

Mając na uwadze zakres zarzutów podlegających uwzględnieniu Izba za zasadny uznała również zarzut naruszenia art. 91 w związku z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp (podniesiony w odwołaniu KIO 1660/20) oraz zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp (podniesiony w odwołaniu KIO 1688/20) – poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Thales jako najkorzystniejszej w postępowaniu

W odniesieniu do twierdzenia Wykonawcy Conduent BS, że to jego oferta, zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert powinna zostać uznana za najkorzystniejszą, należy wskazać, że dokonanie wyboru konkretnej oferty leży poza zakresem kompetencji Izby.

VI. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Thales z uwagi na fakt, że oferta Konsorcjum Thales jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie wymagań technicznych i funkcjonalności oferowanych urządzeń (pkt 2 odwołania KIO 1660/20) oraz zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Asseco DS, pomimo tego, że oferta Konsorcjum Asseco DS jest niezgodna z treścią SIWZ (zarzut nr 5 odwołania KIO 1688/20), ewentualnie zarzut zaniechania wezwania Konsorcjum Asseco DS do wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut nr 6 odwołania KIO 1688/20) a także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 uznk w zw. z art. 10 ust. 1 uznk poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Asseco DS, pomimo tego, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

(zarzut nr 9 odwołania KIO 1688/20) oraz zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Asseco DS z postępowania, pomimo tego, że wykonawca ten, w wyniku lekkomyślności lub co najmniej niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu (zarzut nr 10 odwołania KIO 1688/20)

Izba ustaliła:

Zgodnie z postanowieniem zawartym w pkt XI.3.4) f) Zamawiający wymagał złożenia w ramach oferty dokumentacji urządzeń dostarczanych w ramach postępowania, których zawartość powinna być zgodna z zapisami załącznika nr 6 do SIWZ w zakresie opisu zawartości dokumentu będącego kartą katalogową dla: Urządzenia Walidujące A1, A2, B1, B2, POS Kierowcy, Beacons, Stanowisko POK, POS Mobilny z funkcją kontrolerską, kart NFC.

W Załączniku nr 6 do SIWZ (Wstęp) Zamawiający zawarł następujące postanowienia:

W celu weryfikacji kryterium poza cenowego Zamawiający oczekuje dostarczenia próbki wybranych funkcjonalności rozwiązania, które Wykonawca zaoferował w ofercie. Próbka ma na celu empiryczne zbadanie cech i właściwości przedmiotu oferty i jego działania w formule opisanej w niniejszym dokumencie (Punkty od 3 do 11) w formie prezentacji przebiegu działań i czynności w rzeczywistym systemie. Prezentacja polega na zaprezentowaniu przez Wykonawcę działania próbki rozwiązania w ograniczonym w stosunku do określonego w OPZ zakresie, który nie obciąży nadmiernie Wykonawców, a jedynie zweryfikuje możliwość realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający oczekuje wykorzystanie jak największej ilości posiadanych elementów rozwiązania, a nie przygotowywania przedmiotu zamówienia w ramach prezentacji próbki.

Wykonawca według punktów z niniejszego dokumentu przygotowuje film, który w sposób czytelny zaprezentuje przebieg pracy w rzeczywistym systemie wg scenariuszy opisanych w niniejszym dokumencie. Zamawiający dopuszcza przedstawienie przez Wykonawcę funkcjonalności rozwiązania z wykorzystaniem urządzeń, które nie będą używane w ostatecznym, docelowym rozwiązaniu. W takim przypadku Wykonawca w ramach prezentowanego filmu wykorzysta urządzenia niezbędne do przeprowadzenia scenariuszy funkcjonalnych oraz dołączy ich dokumentację zdjęciową.

Ponieważ prezentacja zawiera jedynie pokaz funkcjonalności zastrzeżenie jej jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest niedopuszczalne.

Punkty za prezentacje poszczególnych funkcjonalności zostaną przyznane na podstawie filmu przedłożonego jako element oferty. Nieobecność dowodu działania danej funkcjonalności na filmie skutkować będzie nieprzyznaniem punktów. Pomiar czasu zostanie zrealizowany na podstawie filmu z dokładnością do dziesiątych części sekundy.

W przypadku niedostarczenia filmu Zamawiający przyzna 0 punktów w ramach kryterium E „Sposób spełnienia wymagań stawianych przed rozwiązaniem”.

(...)

Zamawiający informuje, że zgodnie z zapisami dokumentacji postępowania, jeżeli Wykonawca złoży ofertę a nie dostarczy urządzeń docelowych lub dostarczy tylko niektóre z tych urządzeń w ramach makiety (badania próbki) to otrzyma niższą punktację (nie przyznane zostaną punkty za kryteria uzależnione od dostarczenia urządzeń docelowych) według zasad określonych w Załączniku 6 do SIWZ. Zamawiający w ramach makiety (badania próbki) umożliwi Wykonawcy przedstawienie funkcjonalności rozwiązania z wykorzystaniem urządzeń, które nie będą używane w ostatecznym, docelowym rozwiązaniu i oceni – przyzna punktację według zasad określonych w Załączniku 6 do SIWZ.

W makiecie zostaną zaprezentowane urządzenia, które mogą być rozwiązaniem docelowym, natomiast nie jest stawiany taki wymóg. Do makiety natomiast wymagane są dokumenty mające znamiona kart katalogowych urządzeń końcowych. Dokumenty te będą pełnić funkcję deklaracyjną, co do przyszłych urządzeń. Zamawiający wymaga, aby deklaracje zawarte w dokumentach zostały spełnione na etapie wdrożenia projektu.

W Załączniku nr 6 do SIWZ (2 Opis próbki, 2.1 Zawartość próbki) Zamawiający wskazał, że dokumentacja urządzeń końcowych w zakresie dokumentu będącego kartą katalogową powinna zawierać co najmniej informacje o (o ile dotyczy): • modelu procesora wewnątrz urządzenia, • modułach wewnątrz urządzenia (rodzaj, ilość, model), • rozdzielczości i rozmiarze wyświetlacza, • jasności wyświetlacza, • deklarowanym maksymalnym poborze mocy, • napięciu zasilającym, • maksymalny przekrój kabla zasilającego, który można podłączyć do Walidatora, • klasie szczelności IP, • klasie odporności na uderzenia IK, • ilości i rodzaju portów wyjściowych, • ilości i rodzaju portów wejściowych, • ilości slotów na karty SIM, • ilości slotów na karty SAM, • ilość pamięci RAM, • ilość pamięci Flash, • typie czytnika EMV, • wersji oprogramowania na terminal EMV, • systemie operacyjnym urządzenia walidującego, • wersji systemu operacyjnego urządzenia walidującego, • typie wyświetlacza, rodzajach i ilości czytników wewnątrz urządzenia, • wadze urządzenia, • maksymalnych gabarytach (długość, szerokość, wysokość), • położeniu środka ciężkości (wysokość od nawierzchni) urządzenia, • mocy znamionowej, • napięciu znamionowym, • wysokości

posadowienia bądź zainstalowania. Ponadto Zamawiający przewidział następujące wymagania:

Zamawiający oczekuje pokazania w ramach próbki urządzeń „finalnych”, niemniej, mając na celu zwiększenie konkurencyjności, dopuszcza dostarczenie urządzeń „tymczasowych” służących jedynie do prezentacji makiety.

W takim wypadku Zamawiający dodatkowo oczekuje dostarczenia Dokumentacji urządzeń końcowych (opisanej wyżej) dla urządzeń „finalnych”. Punkty przyznawane za fizyczne cechy urządzeń zostaną przyznane na podstawie dostarczonej dokumentacji. Dostarczona dokumentacja stanowić będzie deklarację Wykonawcy, określającą cechy urządzeń „finalnych”. Dokumentacja będzie wykorzystywana w trakcie odbiorów końcowych, celem potwierdzenia zgodności oferowanego produktu z dostarczonym.

Ponadto w odpowiedzi na pytanie nr 85 do SIWZ Zamawiający stwierdził, że oczekuje przedstawienia istniejącej dokumentacji i widzi celowość takich działań m.in. w celu weryfikacji sposobu tworzenia dokumentacji przez Wykonawcę, jej czytelności, szczegółowości.

W Załączniku nr 4 do OPZ Zamawiający przewidział dla urządzeń walidujących typu A1, A2, B1 oraz B2 wymaganie wyposażenia ich w interfejs Bluetooth z możliwością symulacji funkcjonalności Beacons – co najmniej Bluetooth 4.1 (pkt 3.10.2.1, pkt 3.10.2.2, pkt 3.11.2.1, pkt 3.11.2.2 OPZ).

W zakresie POS Kierowcy Zamawiający wymagał temperatury przechowywania co najmniej od -40 °C do + 60 °C (pkt 3.3.12 OPZ).

W zakresie POS Mobilny Zamawiający wymagał temperatury pracy co najmniej od -10 °C do + 50 °C (pkt 3.13.4 OPZ, zmiana 17 kwietnia 2020 r.).

Konsorcjum Thales zaoferowało urządzenie BV 600 XL jako urządzenie walidujące typu A1, A2 i B2 oraz urządzenie BV 600 jako urządzenie walidujące B1. W dokumentacji ww. urządzeń wskazano jako rozwiązanie opcjonalne Mostek Bluetooth BLE V4.0.

W dokumentacji urządzenia POS Mobilny zaoferowanego przez Konsorcjum Thales wskazano temperaturę pracy: 0°C - 50°C.

Natomiast Konsorcjum Asseco DS jako urządzenie POS kierowcy zaoferowało komputer producenta WINMATE, model FM07.

Karta katalogowa ww. urządzenia złożona przez Konsorcjum Asseco DS nie zawierała informacji na temat temperatury przechowywania komputera WINMATE FM07.

Przed złożeniem oferty Konsorcjum Asseco DS pozyskało oświadczenie złożone w imieniu producenta Winmate Inc. przez Dyrektora ds. Sprzedaży J. W., na podstawie pełnomocnictwa

udzielonego przez Prezesa Zarządu K. L., w przedmiocie spełniania zgodności 7-calowego wzmocnionego komputera przeznaczonego do montażu w pojazdach FM07 m.in. z wymogiem dotyczącym temperatury przechowywania: Maksymalnie -40°C do 60°C. Dodatkowe potwierdzenie, że „Winmate dostarczy dla projektu InnoBaltica urządzenie FM07, które będzie spełniało wymagania przetargowe, w szczególności w odniesieniu do temperatury przechowywania maksymalnie -40 do 60 stopni Celcjusza” Konsorcjum Asseco DS otrzymało w dniu 21 sierpnia 2020 r. w drodze korespondencji emailowej z p. J. W. .

Izba zważyła:

Izba dokonała analizy postanowień przedstawionych w tym zakresie w SIWZ i uznała, że postanowienia określające wymagania co do złożenia dokumentacji urządzeń w zakresie objętym zarzutami odwołania nie zostały sformułowane w sposób wystarczająco precyzyjny, co uzasadniałoby przyjęcie, że w odniesieniu do ww. zarzutów winna znaleźć zastosowanie wyrażana w orzecznictwie Izby zasada, że wątpliwości co do treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wymagań stawianych wykonawcom, należy rozstrzygać na korzyść wykonawcy. Niemniej jednak, w ocenie składu orzekającego Izby, spośród przywołanych powyżej postanowień najistotniejsze znaczenie należy przypisać postanowieniu zawartemu w pkt XI.3.4) f) SIWZ, w treści którego Zamawiający wymagał złożenia w ramach oferty dokumentacji urządzeń dostarczanych w ramach postępowania, których zawartość powinna być zgodna z zapisami załącznika nr 6 do SIWZ w zakresie opisu zawartości dokumentu będącego kartą katalogową dla: Urządzenia Walidujące A1, A2, B1, B2, POS Kierowcy, Beacons, Stanowisko POK, POS Mobilny z funkcją kontrolerską, kart NFC oraz postanowieniu zawartemu w Załączniku nr 6 do SIWZ (2 Opis próbki, 2.1 Zawartość próbki), zawierającym minimalną treść dokumentacji urządzeń końcowych w zakresie dokumentu będącego kartą katalogową. Należy podkreślić, że w drugim z wymienionych powyżej postanowień nie zostały wymienione ani informacje co do Bluetooth urządzenia walidującego, ani informacje odnośnie temperatury pracy POS Mobilny oraz temperatury przechowywania POS Kierowcy. W świetle powyższych postanowień SIWZ, z których nie wynika obowiązek złożenia karty katalogowej urządzenia potwierdzającej m.in. wymagania dotyczące Bluetooth urządzenia walidującego, ani informacje odnośnie temperatury pracy POS Mobilny oraz temperatury przechowywania POS Kierowcy, wskazane powyżej zarzuty niezgodności z treścią SIWZ oferty Konsorcjum Thales oraz Konsorcjum Asseco DS należy uznać za niezasadne. Za niezasadny Izba uznała również podniesiony w odwołaniu KIO 1688/20 zarzut dotyczący zaniechania wezwania Konsorcjum Asseco DS do złożenia wyjaśnień treści oferty wobec braku wskazania w karcie katalogowej urządzenia FM07 informacji o temperaturze przechowywania tego urządzenia, skoro zgodnie

z treścią SIWZ brak było wymogu przedstawienia karty katalogowej zawierającej informacje potwierdzające spełnienie ww. parametru. Wskazane powyżej okoliczności prowadzą jednocześnie do wniosku o braku zasadności zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Asseco DS na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 uznk w zw. z art. 10 ust. 1 uznk, skoro Wykonawca Conduent BS również ten zarzut opierał na zaniechaniu złożenia karty katalogowej zawierającej informacje dotyczące temperatury przechowywania oferowanego urządzenia POS dla kierowców.

Natomiast w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp (KIO 1688/20) wymaga dodatkowego zauważenia, że przed złożeniem oferty Konsorcjum Asseco DS pozyskało oświadczenie złożone w imieniu producenta Winmate. Inc w przedmiocie spełniania przez urządzenie FM07 wymagania dotyczącego temperatury przechowywania: Maksymalnie -40°C do 60°C. Oznacza to, że przy braku zawarcia w SIWZ wymogu potwierdzenia w karcie katalogowej spełniania ww. parametru, Konsorcjum Asseco DS dochowało należytej staranności składając ofertę w postępowaniu. W kontekście przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp należy stwierdzić, że nie doszło do wprowadzenia w błąd zamawiającego co do spełniania przez urządzenie FM07 ww. parametru temperatury przechowywania, skoro Konsorcjum Asseco DS uzyskało potwierdzenie spełniania tego parametru u producenta urządzenia, a Zamawiający nie wymagał potwierdzenia tego parametru poprzez złożenie dokumentacji technicznej, a w konsekwencji spełnienie tego wymagania miało mieć miejsce na etapie realizacji projektu. Niezależnie od tego uzyskanie u producenta potwierdzenia spełniania przez urządzenie FM07 ww. parametru temperatury przechowywania przeczy twierdzeniom Wykonawcy Conduent o lekkomyślnym lub niedbałym działaniu Konsorcjum Asseco DS. Mając na uwadze przedstawione powyżej stanowisko Izba za niemające istotnego znaczenia dla sprawy uznała dowody przedstawione w powyższym zakresie przez Wykonawcę Conduent BS (na rozprawie w dniu 21 oraz 24 sierpnia 2020 r.), szczególnie, że w toku prowadzonej z przedstawicielami Winmate. Inc korespondencji emailowej Wykonawca Conduent BS nie ujawnił, że chodzi o urządzenie FM07 dla konkretnego projektu, na które prowadzone jest postępowanie przez Zamawiającego.

VII. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Thales z uwagi na zaoferowanie przez tego wykonawcę rażąco niskiej ceny lub kosztu lub ich istotnej części, tj. ceny lub kosztu nie zapewniającej pokrycia kosztów realizacji zamówienia gdyż ten wykonawca zaoferował za wykonanie usługi „dostępu do zasobów infrastrukturalnych i aplikacyjnych platformy

chmurowej" cenę/koszt „0,00” zł: a) w okresie wdrożenia w zakresie „Architektury Rozszerzonej” - w formularzu ofertowym pkt 6.1.4, b) w okresie 1 (pierwszego) roku eksploatacji w zakresie „Architektury Podstawowej” - w formularzu ofertowym pkt 6.2.3 (pkt 5 odwołania KIO 1660/20) oraz zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Thales, pomimo tego, że zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie, w jakim wykonawca ten zaoferował wykonanie Architektury Rozszerzonej (pkt 6.1.4 Formularza Oferty) i Architektury Podstawowej (pkt 6.2.3 Formularza Oferty) za 0 zł, a elementy te stanowią istotne części składowe ceny całkowitej oferty (zarzut nr 3 odwołania KIO 1688/20)

Izba ustaliła:

Zamawiający nie wezwał Konsorcjum Thales, na podstawie art. 90 ust. 1 lub 1a ustawy Pzp, do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu oferty.

Izba zważyła

Jak wynika z przepisów art. 89 ust. pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1, 1a, 2 oraz 3 ustawy Pzp odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp może mieć miejsce po uprzednim wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu oferty w trybie art. 90 ust. 1 lub 1a ustawy Pzp. Mając na uwadze, że w stosunku do Konsorcjum Thales Zamawiający nie wystosował wezwania, o którym mowa powyżej, zarzuty zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Thales na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp należało uznać za niezasadne.

VIII. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Thales ze względu na brak spójności wizerunkowej różnych typów i rodzajów urządzeń walidujących oferowanych przez tego wykonawcę (pkt 8 odwołania KIO 1660/20)

Izba ustaliła:

W załączniku nr 4 do SIWZ (OPZ) Zamawiający przewidział wymaganie spójności wizerunkowej dla różnych typów i rodzajów urządzeń walidujących (pkt 3.10.2.3.1 oraz 3.11.2.1.1 OPZ).

Na podstawie zdjęć urządzeń walidujących stanowiących przedmiot oferty Konsorcjum Thales, przy założeniu, że pojęcie „spójności” nie należy utożsamiać z pojęciem

„jednolitości”, Izba nie stwierdziła braku spełnienia przez ww. urządzenia postawionego przez Zamawiającego wymogu spójności wizerunkowej dla różnych typów i rodzajów urządzeń walidujących. Dodatkowo, na podstawie porównania zdjęć urządzeń walidujących stanowiących przedmiot oferty Konsorcjum Thales oraz urządzeń walidujących stanowiących przedmiot oferty wykonawcy Mennica Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Izba stwierdziła, że różnice występujące pomiędzy poszczególnymi typami/rodzajami urządzeń walidujących są daleko większe w przypadku drugiej z wymienionych powyżej ofert.

Izba zważyła:

Mając na uwadze powyższe ustalenia Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Thales ze względu na brak spójności wizerunkowej różnych typów i rodzajów urządzeń walidujących nie potwierdził się. Jednocześnie wymaga podkreślenia, że szczegółowe odniesienie się do tego zarzutu jest niemożliwe z uwagi na brak konkretnego uzasadnienia tego zarzutu w treści odwołania. Konsorcjum Asseco DS, powołując się na uzasadnienie odrzucenia oferty wykonawcy Mennica Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, stwierdziło, że przedstawione przez Konsorcjum Thales urządzenia typu A1, A2, B2 oraz B1 poprzez swoją odmienną formą wzorniczą wprowadzają w błąd, dezorientują potencjalnego użytkownika Systemu PZUM, natomiast forma wzornicza rodziny urządzeń wyraża się w swoistych proporcjach kształtu, określonym sposobie wykończenia, użytym materiale oraz w jednorodnej kolorystyce urządzeń. Konsorcjum Asseco DS nie podało jednak żadnych konkretnych informacji na czym polega odmienna forma wzornicza urządzeń walidujących objętych ofertą Konsorcjum Thales.

IX. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 7b ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Thales z uwagi na niewniesienie wadium (pkt 9 odwołania KIO 1660/20)

Izba ustaliła:

Zgodnie z postanowieniem zawartym w pkt IX.6 SIWZ Zamawiający przewidział następujące wymaganie dotyczące wadium: „*Gwarancja nie może uzależniać dokonania zapłaty od spełnienia jakichkolwiek dodatkowych warunków lub też od przedłożenia jakiegokolwiek dokumentacji.*”.

W treści gwarancji wadialnej złożonej przez Konsorcjum Thales w ramach oferty (gwarancja wadialna nr 545/2020/FIN wystawiona w dniu 28 maja 2020 r. przez Société Générale S.A. Oddział w Polsce) zostały zawarte następujące postanowienia:

„Oryginał żądania zapłaty musi zostać dostarczony w sposób umożliwiający Bankowi weryfikację uprawnień do właściwej reprezentacji Zamawiającego i uwierzytelnienie podpisów osoby/ób podpisujących żądanie zapłaty, w szczególności:

- z odpisem z KRS Zamawiającego, zawierającym dane aktualne na dzień sporządzania żądania zapłaty i oryginałem notarialnie poświadczonych wzorów podpisów osób podpisujących żądanie zapłaty/notarialnie poświadczonymi podpisami pod żądaniem zapłaty albo*
- z oryginałami: dokumentów prawnych potwierdzających uprawnienie do podpisywania żądania zapłaty w imieniu Zamawiającego i notarialnie poświadczonych wzorów podpisów osób podpisujących żądanie zapłaty/notarialnie poświadczonych podpisów pod żądaniem zapłaty albo*
- za pośrednictwem banku Zamawiającego, który musi potwierdzić, że podpisy złożone pod żądaniem zapłaty należą do osób uprawnionych do reprezentowania Zamawiającego, zgodnie z odpisem z KRS (zawierającym dane aktualne na dzień sporządzania żądania zapłaty) lub należą do osób uprawnionych na podstawie pełnomocnictw do podpisywania żądań zapłaty z gwarancji.*

W przypadku złożenia żądania zapłaty w formie kluczowanego komunikatu SWIFT, komunikat musi zawierać oświadczenie banku Zamawiającego: (1) że jest w posiadaniu oryginału żądania zapłaty, (2) że podpisy złożone pod żądaniem zapłaty należą do osób uprawnionych do reprezentowania Zamawiającego zgodnie z odpisem z KRS (zawierającym dane aktualne na dzień sporządzania żądania zapłaty) lub należą do osób uprawnionych na podstawie pełnomocnictw do podpisywania Żądań zapłaty z gwarancji oraz, (3) że treść żądania zapłaty została w całości zacytowaną w komunikacie SWIFT."

Izba zważyła:

Zgodnie z poglądem prezentowanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej gwarancja jest bezwarunkowa, gdy zamawiający nie musi uzasadniać żądania zapłaty z tej gwarancji, a gwarant nie może badać zasadności takiego żądania i jest zobowiązany dokonać zapłaty jedynie w oparciu o oświadczenie zamawiającego (np. wyrok z dnia 4 grudnia 2017 r. KIO 2437/17). Wskazane powyżej wymogi zawarte w treści gwarancji wadialnej złożonej przez Konsorcjum Thales nie stanowią warunków, od których uzależnione jest dokonanie zapłaty przez gwaranta, a jedynie stanowią wymogi formalne odnoszące się do sposobu złożenia żądania zapłaty, w szczególności w zakresie właściwej reprezentacji Zamawiającego i uwierzytelnienia podpisów osoby/ób podpisujących żądanie zapłaty. Zawarcie w treści gwarancji wadialnej tego typu wymogów formalnych nie odbiera gwarancji bezwarunkowego

charakteru. Mając to na uwadze zarzut naruszenia art. 89 ust. 7b ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Thales z uwagi na niewniesienie wadium Izba uznała za niezasadny.

X. Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez przyznanie Wykonawcy Conduent BS zaniżonej punktacji w ramach kryterium oceny ofert E1

Izba ustaliła:

W treści SIWZ Zamawiający ustanowił w ramach kryterium oceny ofert: Kryterium E sposobu spełnienia wymagań stawianych przed rozwiązaniem (waga kryterium: 20). Zamawiający odwołał się do treści Załącznika nr 6 do SIWZ, zawierającego opis scenariuszy testowych oferowanej próbki i szczegółowy sposób przyznawania punktów.

W Załączniku nr 6 do SIWZ (Wstęp) Zamawiający przewidział następujące postanowienia:

Wykonawca według punktów z niniejszego dokumentu przygotowuje film, który w sposób czytelny zaprezentuje przebieg pracy w rzeczywistym systemie wg scenariuszy opisanych w niniejszym dokumencie. (...)

Punkty za prezentację poszczególnych funkcjonalności zostaną przyznane na podstawie filmu przedłożonego jako element oferty. Nieobecność dowodu działania danej funkcjonalności na filmie skutkować będzie nieprzyznaniem punktów. Pomiary czasowe zostaną zrealizowane na podstawie filmu z dokładnością do dziesiątych części sekundy.

W przypadku niedostarczenia filmu Zamawiający przyzna 0 punktów w ramach kryterium E „Sposób spełnienia wymagań stawianych przed rozwiązaniem”.

Czas prezentacji scenariuszy testowych w ramach filmu nie może przekraczać 8 godzin. Wykonawcy przyznane zostaną tylko te punkty które udało się mu zebrać podczas zrealizowanych scenariuszy. Wykonawca za niezrealizowane scenariusze otrzyma 0 punktów.

Ponadto w Załączniku nr 6 do SIWZ (2 Opis próbki, 2.1 Zawartość próbki) Zamawiający wskazał:

Zawartość próbki oraz punktację w ramach oceny próbki przedstawiono poniżej. Zastosowany algorytm przyznania punktów w ramach kryterium E przedstawiono w rozdziale 13. Próbka zawierająca film, będący udokumentowaniem działania funkcjonalności próbki, zaprezentuje przebieg działań i czynności w systemie wg załączonych wymagań w dokumencie niniejszym („Scenariusze testowe do przeprowadzenia na środowisku testowym”). Fragmenty filmu, dokumentujące realizację poszczególnych scenariuszy muszą

być opatrzone numerem podrozdziału (podrozdział trzeciego poziomu) niniejszego dokumentu, zawierającego opis realizowanego scenariusza. Film będzie przygotowany w jednym z formatów albo AVI albo MP4 albo MPEG-4 w rozdzielczości zapewniającej odczyt wszystkich informacji niezbędnych do oceny próbki.

Wymaga podkreślenia, że w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał na przyczyny (okoliczności faktyczne) nieprzyznania Wykonawcy Conduent BS punktów w ramach oceny przygotowanego filmu. Wykonawca Conduent BS nie zaprzeczył twierdzeniom Zamawiającego, lecz wskazywał, iż dokonana przez Zamawiającego ocena jest zbyt formalistyczna. Niezależnie od tego Izba dokonała ustaleń faktycznych w zakresie próbki złożonej przez Wykonawcę Conduent BS. W odniesieniu do poniższych wymagań Izba ustaliła, co następuje:

- Wymaganie, co do zawartości makiety - Makieta będzie zawierać: W0006 Dwie Karty NFC [NFC1], [NFC2] – 0,5 pkt

Na wskazanych przez Wykonawcę Conduent fragmentach filmu (39:10, 01:03:07) karty NFC nie zostały oznaczone (odpowiednio jako NFC1 oraz NFC2), natomiast na początku filmu (00:26) przedstawiona została tylko jedna karta - NFC1. Wprawdzie mając na uwadze odwołanie się do wskazanych fragmentów scenariuszy należy wnioskować, że w przypadku pierwszego fragmentu przedstawiona została karta NFC1, a w przypadku drugiego - karta NFC1, jednak rozróżnienie ww. kart nie zostało w sposób jednoznaczny przedstawione na filmie.

- Wymaganie, co do zawartości makiety - Makieta będzie zawierać: W0007 Karty [EMV1], [EMV2], [EMV3], [EMV4] – 0,5 pkt.

Na wskazanych przez Wykonawcę Conduent fragmentach filmu (1:03:47, 1:04:11, 1:02:13, 1:01:55) karty EMV nie zostały oznaczone (odpowiednio jako EMV1, EMV2, EMV3 oraz EMV3), natomiast na początku filmu (00:26) przedstawione zostały tylko trzy karty EMV - EMV1, EMV2 oraz EMV3. Wprawdzie mając na uwadze odwołanie się do wskazanych fragmentów scenariuszy można wnioskować, które karty zostały zaprezentowane w poszczególnych fragmentach filmu, jednakże rozróżnienie ww. kart nie zostało w sposób jednoznaczny przedstawione na filmie.

- W0008 POS Kierowcy – urządzenie, które będzie miało funkcjonalność umożliwiającą sprzedaż i wydruk biletu QR jednoprzejazdowego za gotówkę zainstalowaną aplikację do walidacji biletów przez kontrolerów [POS1] - 1 pkt

Na wskazanym przez Wykonawcę Conduent fragmencie filmu (49:12) nie został przedstawiony element scenariusza dotyczący zainstalowanej aplikacji do walidacji

biletów przez kontrolerów (fragment dokumentacji technicznej urządzenia nie został przez odwołującego wskazany w treści odwołania).

- W0216 W [SYS] znajduje się obszar działania [OT1] – 0,5 pkt – dotyczy Scenariusza: Obsługa organizatora transportu (3.4) - 3.4.1 Tworzenie organizatora. Przypadek użycia zakłada utworzenie przez [ADM] nowego, wcześniej nieobecnego w [SYS] organizatora transportu [OT1] w systemie PZUM o nazwie „Marszałek”, określenie obszaru jego działania oraz zdefiniowanie oferowanych przez niego taryf.

Na wskazanym przez Wykonawcę Conduent fragmencie filmu (2:07) nie został przedstawiony nowy organizator transportu [OT1] w systemie PZUM o nazwie „Marszałek”.

- W0017 W [SYS] został dodany przez [OT2] nowy pojazd komunikacji miejskiej wraz z [POS1] i [UW1] – 1 pkt - dotyczy Scenariusza: Obsługa organizatora transportu (3.4) – 3.4.2 Dodanie pojazdu. Przypadek użycia zakłada dodanie przez [OT2] nowego pojazdu komunikacji miejskiej [BUS1] do systemu, wyposażonego w [POS1] oraz [UW1].

Na wskazanym przez Wykonawcę Conduent fragmencie filmu (9:28) nie posłużono się podanymi przez Zamawiającego ww. zdefiniowanymi elementami scenariusza, zgodnie z treścią dokumentu Scenariusze testowe do przeprowadzenia na środowisku testowym oraz załącznika nr 1 do tego dokumentu (Dane do makiety).

- W0020 W Systemie został utworzony nowy typ urządzenia Rączka/TAG – 4 pkt

Na wskazanym przez Wykonawcę Conduent fragmencie filmu (13:36) nie zostało przedstawione utworzenie nowego typu urządzenia Rączka/TAG – fragment ten dotyczy automatycznej aktualizacji sprzętu TSC po zainstalowaniu w terenie.

- W0026 [APM] pokazuje czas odjazdu pojazdu z przystanku początkowego oraz czas oczekiwania podczas ewentualnej przesiadki – 4 pkt – dotyczy Scenariusza Podróż w aplikacji Mobilnej (4.4) – 4.4.2 Zaplanowanie podróży w aplikacji mobilnej: [PAS1] wyszukuje w [APM] zainstalowanej na [UM1] podróż pod kątem ekonomicznym na najtańsze połączenie między:

- Obrońców Westerplatte 1, Pruszcz Gdański,
- Gdańsk Główny.

[PAS1] planuje rozpoczęcie podróży na godzinę 10.30 z przystanku początkowego.

Na wskazanym przez Wykonawcę Conduent fragmencie filmu (26:14) nie zostały uwzględnione wskazane w pkt 4.4.2 elementy scenariusza planowania podróży w aplikacji mobilnej (np. inne nazwy przystanków, godzina).

- W0043 Check in [PAS1] widoczny w Systemie – 4 pkt

W0046 Check Out [PAS1] widoczny w Systemie – 4 pkt

Zgodnie z pkt 4.4.7 nastąpiła zmiana scenariusza - [PAS1] dokonuje niezbędnych zmian w [APM] na [UM1] by móc podróżować z psem i rowerem.

Jak wynika z wcześniejszego fragmentu filmu (28:53) scenariusz, w tym w zakresie przedstawienia wymagań W0043 oraz W0046 (29:06, 29:34), został zrealizowany dla profilu pasażer + rower, a nie pasażer + pies + rower (brak takiego profilu, do wybrania jedynie profil pasażer + rower lub pasażer + pies).

- W0085 [UW2] informuje [PAS3] o braku uprawnień do przejazdu – 4 pkt.

W0086 Kierowca wydaje [PAS3] bilet zawierający odpowiedni QR-kod. [PAS3] otrzymuje wydrukowany bilet. Bilet wymaga skasowania – 4 pkt

W0087 [UW2] informuje [PAS3] o uprawnieniach do przejazdu – 4 pkt

W0090 [KON] potwierdza uprawnienia do przejazdu – 4 pkt

Jak wynika z wcześniejszego fragmentu filmu (00:43:10) scenariusz nie został przeprowadzony dla J. Ś., lecz dla J. M. (z kolei z innego fragmentu filmu wynika, że jest to M. G.)

- W0178 [UW2] informuje [PAS6] o poprawnym sczytaniu karty – 1 pkt

Jak wynika z fragmentów filmu przedstawiających zapisy na koncie nie doszło do poprawnego sczytania konta, a zatem informacja o poprawnym sczytaniu konta jest nieprawidłowa – zapisy na koncie przed i po dokonaniu check out są tożsame.

Na podstawie powyższego Izba ustaliła, że nieprzyznanie Wykonawcy Conduent BS punktów w odniesieniu do powyższych wymagań scenariusza wynika z zastosowania rygorystycznej oceny próbki. Jakiegolwiek odstępstwa od scenariusza skutkowało nieprzyznaniem punktów w ramach tego kryterium.

Izba zważyła:

Wymaga podkreślenia, że sama rygorystyczna ocena ofert w ramach kryterium oceny ofert nie stanowi naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Zamawiający uprawnieni są do dokonania tego rodzaju oceny, jeżeli nie będzie to stało w sprzeczności

z zasadami dokonania oceny ustalonymi w treści dokumentacji postępowania, a zamawiający dokona oceny poszczególnych ofert przestrzegając zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dodatkowo należy zauważyć, że sankcją negatywnej oceny oferty w ramach ustalonego kryterium nie jest wyeliminowanie wykonawcy z postępowania poprzez odrzucenie jego oferty, lecz nieprzyznanie mu punktów lub przyznanie ich mniejszej ilości. Oceny ofert dokonuje się w celu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert nie podlegających odrzuceniu. W ramach kryterium oceny ofert zamawiający może postawić względem ofert wymagania wyższe niż minimalne, jak i uprawniony jest do dokonania rygorystycznej oceny spełnienia tych wymagań.

W ramach dokumentacji postępowania Zamawiający przewidział, że ocena oferty w ramach kryterium E zostanie dokonana na podstawie przygotowanej przez wykonawcę próbki - filmu, który należało zrealizować według scenariuszy ściśle określonych w Załączniku nr 6 do SIWZ. W tym samym dokumencie Zamawiający przewidział, że w filmie należy w sposób czytelny zaprezentować przebieg pracy w rzeczywistym systemie wg opisanych scenariuszy. Dokonana ocena filmu przygotowanego przez Wykonawcę Conduent BS jest wprawdzie rygorystyczna, jednakże opiera się o treść opracowanych scenariuszy i wymaganie czytelnego zaprezentowania przebiegu pracy w rzeczywistym systemie, ze wskazaniem, że za niezrealizowane scenariusze wykonawca otrzyma 0 pkt. Jednocześnie Wykonawca Conduent BS nie zarzucił Zamawiającemu, że rygorystyczna ocena złożonej próbki miała miejsce wyłącznie w przypadku jego oferty, uprzywilejowując w ten sposób oferty pozostałych wykonawców.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez przyznanie Wykonawcy Conduent BS zaniżonej punktacji w ramach kryterium oceny ofert E1 nie potwierdził się.

XI. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Thales ze względu na wprowadzenie w błąd Zamawiającego, że ten wykonawca nie podlega wykluczeniu z przedmiotowego postępowania, z ostrożności zaniechanie wezwania do samooczyszczenia w trybie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp (pkt 11 odwołania KIO 1660/20, częściowo)

Izba ustaliła:

W treści JEDZ na pytanie: „Czy wykonawca lub przedsiębiorstwo związane z wykonawcą doradzał(-o) instytucji zamawiającej lub podmiotowi zamawiającemu bądź był(-o) w inny sposób zaangażowany(-e) w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia? Jeżeli

tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat:" Konsorcjum Thales udzieliło następującej odpowiedzi: „[] Tak [x] Nie Wykonawca współpracuje z byłym pracownikiem Zamawiającego, co pozostaje bez wpływu na konkurencyjność obecnego postępowania.”

Izba zważyła:

Z treści dokumentu JEDZ złożonego przez Konsorcjum Thales wynika, że informacja odnośnie współpracy z byłym pracownikiem nie została zatajona, dając Zamawiającemu możliwość wezwania Konsorcjum Thales do udzielenia w tym zakresie wyjaśnień. Nie doszło zatem do wprowadzenia w błąd zamawiającego, co wymagałoby rozważenia kumulatywnego spełnienia przesłanek składających się na podstawę wykluczenia z postępowania wskazaną w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Dodanie przez Konsorcjum Thales, że wskazana okoliczność pozostaje bez wpływu na konkurencyjność obecnego postępowania stanowi jedynie subiektywną ocenę Konsorcjum Thales i nie prowadzi do stwierdzenia wprowadzenia w błąd zamawiającego. W związku z powyższym zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Izna uznała za niezasadny.

Za niezasadny Izba uznała również zarzut zaniechania wezwania do samooczyszczenia w trybie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. Wobec zawartego w treści JEDZ twierdzenia Konsorcjum Thales, iż w jego ocenie współpraca z byłym pracownikiem Zamawiającego pozostaje bez wpływu na konkurencyjność obecnego postępowania, brak było podstaw do wzywania Konsorcjum Thales do złożenia dowodów w trybie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. W tym stanie faktycznym zastosowanie winien znaleźć przepis art. 24 ust. 10 ustawy Pzp, o czym była mowa powyżej.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

XII. Podniesiony w odwołaniu KIO 1660/20 jako ewentualny zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wobec stwierdzenia przez Izbę podstawy do odrzucenia oferty Konsorcjum Thales, zgodnie z wnioskiem Konsorcjum Asseco DS w sposób jednoznaczny wyrażonym w treści odwołania, nie podlegał rozpoznaniu.

XIII. W zakresie w jakim zarzuty odwołań zostały wycofane lub uwzględnione przez zamawiającego i brak było sprzeciwu ze strony wykonawców przystępujących do

postępowania po stronie Zamawiającego - postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu, tj.:

1. w sprawie o sygn. akt KIO 1615/20 zarzuty odwołania w odniesieniu do dokumentów wskazanych w pkt 1.1) odwołania (Uzasadnienie Wykonawcy Conduent BS objęcia części oferty tajemnicą przedsiębiorstwa), pkt 2.1) odwołania (Wykaz osób do oceny kryterium Konsorcjum Thales) oraz pkt 4 odwołania (protokół z postępowania w części wskazującej na sposób przyznania punktów wykonawcom w poszczególnych kryteriach ze szczegółowym wskazaniem na dane kryterium i podkryteria w danym kryterium) – na podstawie art. 186 ust. 3 oraz art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp - wobec uwzględnienia zarzutów przez Zamawiającego i braku sprzeciwu wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;
2. w sprawie o sygn. akt KIO 1688/20:
 - a) zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 uznk w zw. z art. 11 ust. 2 uznk poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Asseco DS pomimo tego, że wykonawca ten zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa film prezentujący funkcjonalności oferowanych urządzeń, czego Zamawiający wyraźnie zakazał w Załączniku nr 6 do SIWZ (zarzut nr 7) – na podstawie art. 187 ust. 8 oraz art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp – wobec wycofania zarzutu przez odwołującego (Wykonawcę Conduent BS)
 - b) zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust 2 uznk poprzez zaniechanie odtajnienia filmu złożonego przez Konsorcjum Asseco DS (zarzut nr 8) – na podstawie art. 186 ust. 3 oraz art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp - wobec uwzględnienia zarzutu przez Zamawiającego i braku sprzeciwu wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego
3. odwołanie w sprawie KIO 1687/20 – na podstawie art. 187 ust. 8 oraz art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp – wobec wycofania odwołania przez odwołującego (Konsorcjum Thales).

Koszty postępowania odwoławczego

Zgodnie z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej

zostaje oddalona, a część uwzględniona, zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Podobnie w: wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 830/18 i postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 października 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 1123/18.

Mając na uwadze powyższe o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania, tj.:

1. w sprawie KIO 1615/20 na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), dalej jako „rozporządzenie w sprawie kosztów”.

W ww. sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia – uwzględniła zarzuty odwołania w zakresie w jakim postępowanie odwoławcze nie podlegało umorzeniu. W związku z tym, że uwzględnione zarzuty odwołania dotyczyły ofert dwóch wykonawców (Wykonawca Conduent BS oraz Konsorcjum Thales), którzy wnieśli sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania przez Zamawiającego w zakresie w jakim zarzuty te dotyczyły dokumentów zastrzeżonych przez nich jako tajemnica przedsiębiorstwa, Izba obciążyła kosztami tych wykonawców w części 1/2. Na koszty postępowania odwoławczego składa się kwota 15 000 zł uiszczona przez odwołującego (Konsorcjum Asseco DS), co jednocześnie stanowi kwotę poniesioną dotychczas przez odwołującego tytułem kosztów postępowania odwoławczego. Wobec powyższego Izba zasądziła od Wykonawcy Conduent BS oraz Konsorcjum Thales na rzecz odwołującego (Konsorcjum Asseco DS) kwotę 15 000 zł, tj. kwotę 7 500 zł od Wykonawcy Conduent BS oraz kwotę 7 500 zł od Konsorcjum Thales.

2. w sprawie KIO 1660/20 na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 i 2 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a oraz § 5 ust. 3 pkt 1 i 2 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia w sprawie kosztów.

W ww. sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia - częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Kosztami postępowania obciążono odwołującego (Konsorcjum Asseco DS) – z uwagi na to, że w odniesieniu do części zarzutów odwołanie zostało oddalone, Zamawiającego – z uwagi na to, że Izba uwzględniła część zarzutów nieuwzględnionych przez Zamawiającego oraz Konsorcjum Thales – z uwagi na to, że Izba uwzględniła część zarzutów uwzględnionych uprzednio przez Zamawiającego, wobec czego Konsorcjum Thales wniosło sprzeciw. Izba uznała, że uczestnikiem postępowania najbardziej przegrywającym jest Konsorcjum Thales, w mniejszym stopniu odwołujący (Konsorcjum Asseco DS), a w najmniejszym Zamawiający. W związku z tym Izba obciążyła wymienionych uczestników postępowania odpowiednio w części 1/2, 1/3 oraz 1/6. Na koszty postępowania odwoławczego składa się kwota 15 000 zł uiszczona przez odwołującego (Konsorcjum Asseco DS) tytułem wpisu od odwołania, co jednocześnie stanowi kwotę poniesioną dotychczas przez odwołującego tytułem kosztów postępowania odwoławczego. Wobec powyższego Izba zasądziła na rzecz Konsorcjum Asseco DS kwotę 10 000 zł (15 000 zł – 5 000 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Konsorcjum Asseco DS a kosztami postępowania, za jakie odpowiadało w świetle jego wyniku, tj. kwotę 7 500 zł (1/2 z 15 000 zł) od Konsorcjum Thales oraz kwotę 2 500 zł (1/6 z 15 000 zł) od Zamawiającego.

3. w sprawie KIO 1688/20 na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 i 2 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a i b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 i 2 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a i b oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia w sprawie kosztów.

W ww. sprawie, w zakresie w jakim postępowanie odwoławcze nie podlegało umorzeniu, Izba – co wynika z sentencji orzeczenia - częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Kosztami postępowania obciążono odwołującego (Wykonawcę Conduent BS) – z uwagi na to, że w odniesieniu do części zarzutów odwołanie zostało oddalone, Zamawiającego – z uwagi na to, że Izba uwzględniła część zarzutów nieuwzględnionych przez Zamawiającego oraz Konsorcjum Thales – z uwagi na to, że Izba uwzględniła część zarzutów uwzględnionych uprzednio przez Zamawiającego, wobec czego Konsorcjum Thales wniosło sprzeciw. Izba uznała, że uczestnikiem postępowania najbardziej przegrywającym jest odwołujący (Wykonawca Conduent BS), w mniejszym stopniu Konsorcjum Thales, a w najmniejszym Zamawiający. W związku z tym Izba obciążyła wymienionych uczestników postępowania odpowiednio w części 1/2, 1/3 oraz 1/6. Na koszty postępowania odwoławczego składa się kwota 15 000 zł uiszczona przez odwołującego (Wykonawcę Conduent BS) tytułem wpisu od odwołania oraz kwota 3 600

zł poniesiona przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, tj. łącznie 18 600 zł, co jednocześnie stanowi kwotę poniesioną dotychczas przez odwołującego tytułem kosztów postępowania odwoławczego. Wobec powyższego Izba zasądziła na rzecz odwołującego (Wykonawcy Conduent BS) kwotę 9 300 zł (18 600 zł / 2), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Wykonawcę Conduent BS a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku, tj. kwotę 6 200 zł (1/3 z 18 600 zł) od Konsorcjum Thales oraz kwotę 3 100 zł (1/6 z 18 600 zł) od Zamawiającego.

Ponadto w sprawie KIO 1687/20 na podstawie § 5 ust. 4 rozporządzenia w sprawie kosztów w zw. z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a) rozporządzenia w sprawie kosztów *a contrario* Izba w całości kosztami postępowania obciążyła odwołującego (Konsorcjum Thales). Jak bowiem w ww. przepisów art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a) rozporządzenia w sprawie kosztów odwołującemu dokonuje się zwrotu 90% kosztów wyłącznie w przypadku, gdy cofnięcie odwołania nastąpiło przed otwarciem rozprawy. Konsorcjum Thales złożyło oświadczenie o cofnięciu odwołania na rozprawie w dniu 9 października 2020 r. (otwarcie rozprawy miało miejsce w dniu 21 sierpnia 2020 r.).

Wobec powyższego Izba orzekła o kosztach jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

.....