

Sygn. akt: KIO 3118/20
KIO 3119/20

WYROK
z dnia 17 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:
Przewodniczący: Robert Skrzyszewski
Magdalena Rams
Ewa Sikorska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A.w dniu 27 listopada 2020 r. przez wykonawcę Conduent Business Solutions (France) SAS, 1 Rue Claude Chappe 07500 Guilhaum-Granges (Francja) – sygn. akt KIO 3118/20;

B.w dniu 27 listopada 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Thales Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Revenue Collection Systems France SAS, Zone Industrielle Les Bordes, 91220 Le Plessis- Pate, (Francja) – sygn. akt KIO 3119/20

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Inobaltica sp. z o. o. z siedzibą w Gdańsku, przy udziale:

A.wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Asseco Data Systems S. A. z siedzibą w Gdyni, AEP Ticketing Solutions S. R. L. z siedzibą w Signa (Włochy) zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3118/20 i KIO 3119/20 po stronie zamawiającego,

B.wykonawcy Conduent Business Solutions (France) SAS, 1 Rue Claude Chappe 07500 Guilhaum-Granges (Francja) zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. KIO 3119/20 po stronie zamawiającego,

C.wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Thales Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Revenue Collection Systems France SAS, Zone Industrielle Les Bordes, 91220 Le Plessis- Pate, (Francja) zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3118/20 po stronie odwołującego,

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie w sprawie oznaczonej sygn. akt: KIO 3118/20 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazuje zamawiającemu przeprowadzenie badania i oceny skuteczności zastrzeżenia złożonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Asseco Data Systems S. A. z siedzibą w Gdyni, AEP Ticketing Solutions S. R. L. z siedzibą w Signa (Włochy) oraz treści „Wykazu osób”, „Informacji z banku”, „dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej wraz z dowodem potwierdzającym opłacenie składki OC” z uwzględnieniem wskazań zawartych w uzasadnieniu, nakazuje zamawiającemu skierowanie do tych wykonawców wezwania do wyjaśnienia treści poz. 3 złożonego przez nich wykazu dostaw wraz ze złożoną referencją Górnictwo-Śląsko-Zagłębiowskiej Metropolii w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. V.2.3) lit. a Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, nakazuje zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert,

2.W pozostałym zakresie oddala odwołanie w sprawie oznaczonej sygn. akt: KIO 3118/20,

3.Uwzględnia odwołanie w sprawie oznaczonej sygn. akt: KIO 3119/20 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazuje zamawiającemu przeprowadzenie badania i oceny skuteczności zastrzeżenia złożonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Asseco Data Systems S. A. z siedzibą w Gdyni, AEP Ticketing Solutions S. R. L. z siedzibą w Signa (Włochy) oraz treści „Wykazu osób”, „Informacji z banku”, „dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej wraz z dowodem potwierdzającym opłacenie składki OC” z uwzględnieniem wskazań zawartych w uzasadnieniu, nakazuje zamawiającemu wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Asseco Data Systems S. A. z siedzibą w Gdyni, AEP Ticketing Solutions S. R. L. z siedzibą w Signa (Włochy) oraz wykonawcy Conduent Business Solutions (France) SAS, 1 Rue Claude Chappe 07500 Guilhaum-Granges (Francja) do wyjaśnienia ich udziału w dialogu technicznym w celu zapewnienia tym wykonawcom możliwości udowodnienia, że ich udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji, nakazuje zamawiającemu wezwanie tych wykonawców do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w zakresie wskazanym przez tych wykonawców w pkt. 6.1.2. i 6.2.2. tabeli cenowej (Asseco Data Systems S. A. z siedzibą w Gdyni, AEP Ticketing Solutions S. R. L. z siedzibą w Signa (Włochy)) oraz w

pkt. 6.1.3., 6.1.4. i 6.2.4. tabeli cenowej (Conduent Business Solutions (France) SAS, 1 Rue Claude Chappe 07500 Guilhaud-Granges (Francja)), nakazuje zamawiającemu skierowanie do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Asseco Data Systems S. A. z siedzibą w Gdyni, AEP Ticketing Solutions S. R. L. z siedzibą w Signa (Włochy) wezwania do wyjaśnienia treści poz. 3 złożonego przez nich wykazu dostaw wraz ze złożoną referencją Górno-Śląsko-Zagłębiowskiej Metropolii w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. V.2.3) lit. a Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, nakazuje zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert,

4.W pozostałym zakresie oddala odwołanie w sprawie oznaczonej sygn. akt: KIO 3119/20,

5.Kosztami postępowania odnośnie sprawy oznaczonej sygn. akt KIO 3118/20 i KIO 3119/20 obciąża Innobaltica sp. z o. o. z siedzibą w Gdańsku i:

5.1.zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę Conduent Business Solutions (France) SAS, 1 Rue Claude Chappe 07500 Guilhaud-Granges (Francja) i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Thales Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Revenue Collection Systems France SAS, Zone Industrielle Les Bordes, 91220 Le Plessis- Pate, (Francja) tytułem wpisów od odwołań;

5.2.zasądza od zamawiającego Innobaltica sp. z o. o. z siedzibą w Gdańsku na rzecz wykonawcy Conduent Business Solutions (France) SAS, 1 Rue Claude Chappe 07500 Guilhaud-Granges (Francja) kwotę w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika;

5.3.zasądza od zamawiającego Innobaltica sp. z o. o. z siedzibą w Gdańsku na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Thales Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Revenue Collection Systems France SAS, Zone Industrielle Les Bordes, 91220 Le Plessis- Pate, (Francja) kwotę w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:.....

.....

.....

Sygn. akt:KIO 3118/20

KIO 3119/20

Uzasadnienie

Zamawiający: Innobaltica sp. z o. o. z siedzibą w Gdańsku wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego 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.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 grudnia 2019 r. pod nr 2019/S 248-612852.

KIO 3118/20

Zamawiający przesłał Odwołującemu: Conduent Business Solutions (France) SAS, 1 Rue Claude Chappe 07500 Guilhaud-Granges (Francja) informację o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Asseco Data System S.A. i AEP Ticketing Solutions s.r.l. (zwanych dalej łącznie „Asseco”) w postępowaniu oraz opublikował ją na swojej stronie internetowej w dniu 17 listopada 2020 r.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 27 listopada 2020 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając mu naruszenie:

ZARZUT#1a. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, Pzp lub PZP w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie Zamówienia w składzie: (i) Asseco Data Systems S. A. z siedzibą w Gdyni - lider (dalej jako: „ADS”); (ii) AEP Ticketing Solutions S. R. L. z siedzibą w Signa (Włochy) (dalej łącznie jako: „Konsorcjum ASSECO”), pomimo tego że wykonawca ten nie wykazał spełnienia

warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej określonego w rozdziale V pkt 2 ppkt 3 lit. a) SIWZ;

ZARZUT#2b. art. 24 ust. 1 pkt 16 PZP i art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum ASSECO z postępowania, pomimo tego, że wykonawca ten, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunek udziału w Postępowaniu określony w rozdziale V pkt 2 ppkt 3 lit. a) SIWZ;

ewentualnie

ZARZUT#3 c. art. 26 ust. 3 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum ASSECO do wyjaśnień w zakresie projektu wskazanego przez Konsorcjum ASSECO w pkt 3 Wykazu dostać na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej określonego w rozdziale V pkt 2 ppkt 3 lit. a) SIWZ, pomimo tego, że na podstawie przedłożonego „Wykazu dostaw oraz referencji wystawionej na rzecz ADS przez Górnośląsko - Zagłębiowską Metropolię Zamawiający dochowując należytej staranności powinien co najmniej powziąć wątpliwość co do zakresu prac wykonanych przez ADS, co obligowało Zamawiającego do zwrócenia się o udzielenie stosownych wyjaśnień w tym zakresie;

ZARZUT#4 d. art. 8 ust. 3 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako: „UZNK”) poprzez zaniechanie odtajnienia oświadczeń i dokumentów złożonych przez Konsorcjum ASSECO w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 PZP w postaci:

- „Wykazu osób”,

- „Informacji z banku potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy”,

- „Dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej - polisy OC wraz z dowodem opłacenia składek”

pomimo tego, że powyższe dokumenty i oświadczenia nie spełniają przesłanek, od spełnienia których zależy możliwość ich skutecznego zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa;

ZARZUT#5e. art. 91 ust. 1 PZP poprzez wybór oferty Konsorcjum ASSECO jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, pomimo tego, że zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert za najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta Odwołującego.

Stawiając powyższe zarzuty, wnosił o merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą (dalej jako: „KIO”) niniejszego odwołania oraz uwzględnienie go w całości, jak również nakazanie Zamawiającemu:

- a. unieważnienie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu,
- b. przeprowadzenie ponownej oceny i badania ofert w postępowaniu,
- c. wykluczenie Konsorcjum ASSECO z postępowania, ewentualnie

zwrócenie się do Konsorcjum ASSECO o złożenie wyjaśnień w zakresie projektu wskazanego przez Konsorcjum ASSECO w pkt 3 „Wykazu dostaw”,

- d. odtajnienie „Wykazu osób”, „Informacji z banku”, „Polisy OC wraz z dowodem opłacenia składek”, zastrzeżonych przez Konsorcjum ASSECO jako tajemnica przedsiębiorstwa,

- e. wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty w postępowaniu.

Wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów na okoliczności wskazane w treści odwołania;

1. o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

W zakresie zarzutu#4 dotyczącego zaniechania odtajnienia dokumentów i oświadczeń niezasadnie zastrzeżonych przez Konsorcjum ASSECO jako tajemnica przedsiębiorstwa, Odwołujący wskazał, że w dniu 18 listopada 2020 r. wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie wszystkich dokumentów i oświadczeń złożonych przez Konsorcjum ASSECO w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 PZP. Tego samego dnia (tj. 18 listopada 2020 r.) Zamawiający udostępnił Odwołującemu dokumenty i oświadczenia złożone przez Konsorcjum ASSECO za wyjątkiem „Wykazu osób”, „Informacji z banku”, „Polisy OC wraz z dowodem opłacenia składek”.

Zwrócił uwagę, że w związku z powyższym Odwołujący pismem z dnia 20 listopada 2020 r. - załącznik#7 ponownie zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie wskazanych powyżej, brakujących oświadczeń i dokumentów. W odpowiedzi na ponowny wniosek Odwołującego, Zamawiający w dniu 20 listopada 2020 r. poinformował, że te oświadczenia i dokumenty zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i nie zostaną udostępnione Odwołującemu.

Odwołujący wyjaśnił, że w tym samym piśmie Zamawiający oświadczył także, że przeprowadził badanie

zasadności zastrzeżenia wskazanych powyżej, brakujących dokumentów i oświadczeń jako tajemnicy przedsiębiorstwa już na etapie badania i oceny ofert tj. do 8 lipca 2020 r., pomimo tego, że powyższe dokumenty i oświadczenia zostały złożone przez Konsorcjum ASSECO dopiero 9 listopada 2020 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wystosowane w trybie art 26 ust. 1 PZP.

W opinii Odwołującego - termin na wniesienie odwołania w zakresie zarzutu#4 rozpoczął więc swój bieg z dniem 18 listopada 2020 r., kiedy to Odwołujący dowiedział się, że „Wykaz osób”, „Informacja z banku” oraz „Polisa OC wraz z dowodem opłacenia składek” nie zostaną mu udostępnione.

Za całkowicie bezzasadne Odwołujący uznał stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym Zamawiający mógł uznać te dokumenty i oświadczenia za skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa zanim jeszcze je otrzymał, tj. przed 9 listopada 2020 r., bowiem decyzja Zamawiającego o utrzymaniu określonych dokumentów i oświadczeń w tajemnicy każdorazowo musi być poprzedzona badaniem i oceną ich treści oraz skonfrontowaniem jej z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawionym przez wykonawcę.

Tym samym za niedopuszczalne należy uznać przeprowadzenie takiego badania i oceny in abstracto, jedynie w oparciu o uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy i bez odniesienia do zawartości konkretnego dokumentu lub oświadczenia.

Odwołujący zauważył, że w dniu 8 lipca 2020 r. Zamawiający opublikował informację o wyborze oferty Konsorcjum THALES jako najkorzystniejszej. Z uwagi na prowadzenie Postępowania w tzw. procedurze odwróconej, Zamawiający zweryfikował dokumenty podmiotowe tylko tego wykonawcy.

Wyjaśnił, że na skutek odwołań wniesionych do KIO przez Odwołującego oraz Konsorcjum ASSECO (sprawy o sygn. akt KIO 1688/20 oraz KIO 1660/20) Izba nakazała unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty Konsorcjum THALES.

Następnie wskazał, że w związku z powyższym wyrokiem KIO, Zamawiający w dniu 19 października 2020 r. unieważnił czynność badania i oceny ofert, po czym w dniu 30 października 2020 r. wezwał Konsorcjum ASSECO do przedłożenia aktualnych dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie przez Konsorcjum ASSECO warunków udziału w Postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia.

Ostatecznie, zaznaczył, że po przeprowadzeniu ponownego badania i oceny ofert, Zamawiający w dniu 17 listopada 2020 r. poinformował o wyborze oferty Konsorcjum ASSECO jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oraz odrzuceniu oferty złożonej przez Konsorcjum THALES. Z kolei oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert.

W odniesieniu do zarzutu#1 - zaniechania wykluczenia Konsorcjum ASSECO ze względu na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej referował, że Zamawiający w rozdziale V pkt 2 ppkt 3 lit. a) SIWZ sformułował warunek udziału w Postępowaniu dotyczący zdolności technicznej i zawodowej. Zgodnie z nim o udzielenie Zamówienia może ubiegać się wykonawca, który wykaże, że:

„W okresie ostatnich trzech lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, wykonał lub wykonuje co najmniej jeden *Projekt Podobny*, który spełnia co najmniej kryteria Projektu Podobnego wymienione poniżej:

- System kontocentryczny*, rozumiany jako system informatyczny, gdzie wszystkie informacje o ruchu pasażerów o nabywaniu uprawnień do korzystania z usług transportowych są zapisywane w Systemie Centralnym w czasie zbliżonym do rzeczywistego.

- Operator płatności*- system, który daje możliwość dokonywania oraz otrzymywania wpłat między innymi przez Internet pomiędzy osobami lub instytucjami.

- Billing* - system naliczający i obsługujący naliczanie opłat za transport publiczny.

- Realizacja funkcjonalności billingowych*, dla co najmniej 300 000 kont pasażerskich nazwanych, w których miały miejsce transakcje w przeciągu pełnego roku (12 miesięcy następujących po sobie).

- Realizacja funkcjonalności billingowych*, dla co najmniej 28 000 000 transakcji zrealizowanych w przeciągu pełnego roku (12 miesięcy następujących po sobie) dotyczących usług transportowych, między innymi w modelu jednorazowych biletów.

Za transakcję rozumiemy wszystkie czynności realizowane przez system billingowy niezbędne do zarejestrowania usługi transportowej, weryfikacji uprawnień do usługi transportowej w ramach kontroli, pobrania opłaty za usługi transportowe, weryfikacji salda oraz wszystkie inne niezbędne do obsługi pasażera oraz pozostałych interesariuszy Systemu Biletowego, m.in. sprzedaż biletu, nadanie uprawnień do przejazdu, założenie konta pasażera, zarejestrowanie odbycia podróży przez pasażera etc.

- Instalacja co najmniej 500 walidatorów* w pojazdach lub na obiektach PTZ z obsługą nośników NFC lub EMV.

• *Aplikacja mobilna* (na smartfony i tablety) umożliwiająca zaplanowanie i zakup usług związanych z publicznym transportem zbiorowym lub Aplikacja mobilna (na smartfony i tablety) realizująca funkcjonalności z obszaru dynamicznej informacji pasażerskiej i planera podróży dla publicznego transportu zbiorowego,

• *Aplikacja organizatora transportu* umożliwiająca monitorowanie systemowe infrastruktury PTZ.

• *Portal Pasażera* - portal obsługujący internetową sprzedaż biletów oraz dostęp do informacji o transakcjach i ich historii, a także informacji o planie podróży.

Projekt Podobny to projekt lub suma projektów o różnych funkcjonalnościach (biling, aplikacja mobilna, etc.) zrealizowanych przez Wykonawcę lub zasoby wskazane w oświadczeniu „Zobowiązanie podmiotów trzecich do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia” złożonym przez Wykonawcę. Wykonawca, aby móc wykazać się, że spełnia warunek udziału w postępowaniu polegający na wykonaniu Projektu Podobnego posługując się referencjami innego podmiotu, musi złożyć zobowiązanie o udostępnieniu według wzoru załącznika nr 9 do SIWZ.”.

Dalej, wskazał, że celu potwierdzenia spełnienia powyższego warunku udziału w postępowaniu wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą winien przedłożyć odpowiednie oświadczenia i dokumenty. Zgodnie z rozdziałem VII pkt 5 ppkt 1 SIWZ, są nimi: *Wykaz dostaw - według wzoru załącznika nr 12 do SIWZ - wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty.”.*

Zdaniem Odwołującego - z zestawienia powyższego warunku udziału w postępowaniu oraz postanowienia określającego oświadczenia i dokumenty, które winien przedłożyć wykonawca w celu wykazania spełnienia tego warunku wynika kilka istotnych wniosków, które mają kluczowe znaczenie dla dalszej części wyводу Odwołującego oraz dla stawianego zarzutu#1:

a. Zamawiający wymaga od wykonawców doświadczenia w realizacji Projektu Podobnego do tego, który jest przedmiotem Zamówienia, a więc doświadczenia polegającego na dostawie systemu poboru opłat oraz informacji pasażerskiej,

b. Na dostawę systemu poboru opłat oraz informacji pasażerskiej stanowiącego Projekt Podobny składa się kilka elementów, w tym m.in. budowa i wdrożenie kontocentrycznego systemu informatycznego, dostawa i instalacja walidatorów, dostawa aplikacji mobilnej, dostawa portalu pasażera oraz dostawa systemu billingowego realizującego funkcjonalności billingowe dla co najmniej:

i. 300.000 kont pasażerskich nazwanych, w których miały miejsce transakcje w przeciągu pełnego roku (12 miesięcy następujących po sobie),

ii. 28 000 000 transakcji zrealizowanych w przeciągu pełnego roku (12 miesięcy następujących po sobie) dotyczących usług transportowych, między innymi w modelu jednorazowych biletów,

c. Wykonawcy mogli wykazywać doświadczenie w realizacji Projektu Podobnego poprzez wskazanie jednego, kompleksowego projektu obejmującego wszystkie wskazane powyżej elementy lub kilka oddzielnych projektów, które łącznie obejmują te elementy,

d. Zamawiający wymagał doświadczenia w realizacji Projektu Podobnego polegającego na dostawie wymaganych elementów, co wyklucza doświadczenie w świadczeniu usług w tym zakresie (polegających np. jedynie na utrzymywaniu czy rozwijaniu tych elementów).

Według Odwołującego - z powyższych uwarunkowań musiało zdawać sobie sprawę Konsorcjum ASSECO, ponieważ w „Wykazie dostaw” przedłożonym w celu wykazania spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu wykonawca ten łącznie wskazał 3 dostawy:

a. Aplikacja mobilna,

b. Portal Pasażera,

c. System Poboru Opłat, o cechach poniżej:

i. System kontocentryczny, rozumiany jako system informatyczny, gdzie wszystkie informacje o ruchu pasażerów o nabywaniu uprawnień do korzystania z usług transportowych są zapisywane w Systemie Centralnym w czasie zbliżonym do rzeczywistego,

ii. Operator płatności - system, który daje możliwość dokonywania oraz otrzymywania wpłat między innymi przez Internet pomiędzy osobami lub instytucjami,

iii. Billing - system naliczający i obsługujący naliczanie opłat za transport publiczny.

iv. Realizacja funkcjonalności billingowych, dla co najmniej 300 000 kont pasażerskich nazwanych, w których miały miejsce transakcje w przeciągu pełnego roku (12 miesięcy następujących po sobie).

v. Realizacja funkcjonalności billingowych, dla co najmniej 28 000 000 transakcji zrealizowanych w przeciągu pełnego roku (12 miesięcy następujących po sobie).

Zwrócił przy tym uwagę, że z treści „Wykazu dostaw” wynika również, że trzeci ze wskazanych powyżej projektów (tj. System Poboru Opłat) miał zostać wykonany 20 lutego 2020 r. dla zamawiającego - Górnośląsko - Zagłębiowskiej Metropolii, bezpośrednio przez członka Konsorcjum ASSECO, tj. spółkę ADS, potwierdzeniem tego jest również fakt, że Konsorcjum ASSECO w zakresie trzeciego projektu (tj. Systemu Poboru Opłat) nie polegało na zasobach zewnętrznych, które zostałyby mu udostępnione przez podmiot trzeci w celu wykazania spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu.

Co jednak istotne, zakres projektu nr 3 opisany w „Wykazie dostaw” (tj. Systemu Poboru Opłat) – w ocenie Odwołującego - istotnie odbiega od treści referencji wystawionej na rzecz ADS przez Górnośląsko - Zagłębiowską Metropolię.

Stwierdził przy tym, że z porównania obu tych dokumentów oraz z informacji jakie posiada Odwołujący jednoznacznie wynika bowiem, że ADS wchodzące w skład Konsorcjum ASSECO nie dostarczyło Systemu Poboru Opłat, który zawierałby wszystkie elementy wskazane w „Wykazie dostaw”, a w szczególności z treści referencji wystawionej przez Górnośląsko - Zagłębiowską Metropolię można wywnioskować, że elementy, które Konsorcjum ASSECO wskazało w „Wykazie dostaw” w ramach projektu nr 3 potencjalnie mogłoby zawierać cały system Śląskiej Karty Usług Publicznych.

Podniósł, że przetarg na budowę tego systemu został ogłoszony w 2011 r., zaś umowa na jego wdrożenie została podpisana 9 stycznia 2012 r. z innymi wykonawcami (tj. bez udziału ADS), co w sposób oczywisty wyklucza możliwość jego wykonania przez ADS w dniu 20 lutego 2020 r.

Nadto, zauważył, że z samej treści referencji oraz z informacji jakie posiada Odwołujący wynika, że zakres prac jakie wykonywało ADS w związku z systemem Śląskiej Karty Usług Publicznych był ograniczony wyłącznie do jego rozszerzenia na obszar MZK Tychy, które polegało głównie na dostawie urządzeń wraz z ich oprogramowaniem (tj. komputery pokładowe, walidatory, kasowniki, tablety, system łączności, etc.) oraz na usłudze integracji z centralnym systemem Śląskiej Karty Usług Publicznych, który został zbudowany i wdrożony dużo wcześniej, przez innych wykonawców.

W opinii Odwołującego – w sposób jednoznaczny wyklucza to scenariusz, w którym ADS dostarczyło (a więc zbudowało i wdrożyło) kompleksowy system poboru opłat zawierający elementy określone przez Zamawiającego w SIWZ i powielone przez Konsorcjum ASSECO w „Wykazie dostaw”. Za taki system potencjalnie mogłoby bowiem zostać uznany wyłącznie cały system Śląskiej Karty Usług Publicznych, a nie jego rozszerzenie na MZK Tychy.

W opinii Odwołującego - na szczególną uwagę zasługuje również sposób redakcji referencji wystawionej na rzecz ADS przez Górnośląsko - Zagłębiowską Metropolię, gdzie można odnieść wrażenie, że została ona stworzona stricte pod postępowanie prowadzone przez INNOBALTICA, o czym świadczy choćby opis funkcjonalności billingowych zamieszczony na str. 3 w pkt II (tj. 300.000 kont pasażerskich, 28.000.000 transakcji) oraz definicja „transakcji”, które powielają treść warunku udziału w postępowaniu.

Zdziwienie Odwołującego wzbudził fakt, że opis ujęty na str. 3 w pkt II został wyodrębniony z pkt I referencji, dotyczącego dostawy zrealizowanej na potrzeby MZK Tychy.

Z tego powodu sądził, że opis ten (w szczególności funkcjonalności billingowe realizowane dla 300.000 kont pasażerskich oraz 28.000.000 transakcji) nie dotyczy projektu zrealizowanego na potrzeby MZK Tychy, lecz innej umowy, która nie została wskazana w „Wykazie dostaw”.

O powyższym – zdaniem Odwołującego - świadczą m.in. różne okresy realizacji prac opisanych w pkt I referencji (20.11.2018 - 20.02.2020) oraz w pkt II referencji (2017 r.) oraz różne podmioty, na rzecz których zostały one wykonane w pkt I referencji (MZK Tychy) oraz w pkt II referencji (konsorcjum Asseco Poland S.A. oraz mBank S.A. dla którego ADS jest podwykonawcą).

Nadto, wskazał, że prace opisane w pkt II referencji, jakie ADS ma wykonywać od 2017 r., są usługami, co wyklucza możliwość uznania ich za dostawę w rozumieniu SIWZ oraz „Wykazu dostaw”.

W ocenie Odwołującego - powyższe rozróżnienie na I i II część referencji jest szczególnie istotne, bowiem fragmenty referencji mówiące o realizacji funkcjonalności billingowych dla 300.000 kont pasażerskich oraz dla 28.000.000 transakcji, będące dokładnym odwzorowaniem dwóch elementów warunku udziału w postępowaniu, odnoszą się

wyłącznie do projektu opisanego w pkt II referencji, który z przyczyn opisanych powyżej nie może zostać uwzględniony przez Zamawiającego w celu wykazania przez Konsorcjum ASSECO spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący stwierdził, że parametry te i tak odnoszą się zresztą do funkcjonalności billingowych całego systemu Śląskiej Karty Usług Publicznych, a nie wyłącznie do prac, które rzekomo zrealizowało ADS dla MZK Tychy.

W przekonaniu Odwołującego - poprzez takie sformułowanie „Wykazu dostaw” oraz referencji, Konsorcjum ASSECO próbuje wytworzyć wrażenie, że spełnia warunek poprzez:

a. rozszerzenie systemu Śląskiej Karty Usług Publicznych na MZK Tychy, polegające w głównej mierze na dostawie urządzeń oraz ich oprogramowania, a nie centralnego systemu informatycznego poboru opłat - pkt I referencji

oraz

b. bliżej nieokreślone usługi rozwojowe, serwisowe, utrzymaniowe, wsparcia eksperckiego, etc. - pkt II referencji.

Według Odwołującego - Konsorcjum ASSECO zbudowało i wdrożyło cały system Śląskiej Karty Usług Publicznych, bowiem tylko jako całość system ten potencjalnie mógłby posłużyć Konsorcjum ASSECO do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Wobec powyższego Odwołujący przyjął, że Konsorcjum ASSECO nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale V pkt 2 ppkt 3 lit. a) SIWZ, w związku z czym powinno zostać z niego wykluczone.

W zakresie zarzutu#2 - zaniechania wykluczenia Konsorcjum ASSECO ze względu na wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji o spełnieniu warunku udziału określonego w rozdziale V pkt 2 ppkt 3 lit. a) SIWZ, w warunkach zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa tego wykonawcy, zwrócił uwagę, że jest on skorelowany z opisanym powyżej zarzutem#1.

W tym kontekście Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie zarówno art. 24 ust. 1 pkt 16 jak i art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP.

W opinii Odwołującego - opisane w ramach zarzutu#1 działania Konsorcjum ASSECO w pierwszej kolejności mają charakter kwalifikowany, w związku z czym wypełniają hipotezę normy wyrażonej w art. 24 ust. 1 pkt 16 PZP. Podstawa wykluczenia określona w tym przepisie może być zastosowana wtedy, gdy wykonawca zamierza wprowadzić zamawiającego w błąd, a więc jego działanie cechuje wina umyślna, zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym. Celowe wprowadzenie w błąd, o którym mowa art. 24 ust. 1 pkt 16 PZP może zaś nastąpić w szczególności poprzez działanie wykonawcy związane z przedstawieniem informacji o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu.

Należy sądzić – w opinii Odwołującego, że właśnie z takim działaniem Konsorcjum ASSECO mamy do czynienia w okolicznościach niniejszej sprawy. Wprowadzenie w błąd dotyczy informacji ujętych w „Wykazie dostaw” oraz w formularzu JEDZ Konsorcjum ASSECO, które łącznie mają potwierdzać spełnienie przez Konsorcjum ASSECO warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale V pkt 2 ppkt 3 lit. a) SIWZ. W szczególności dotyczy to informacji o rzekomym dostarczeniu przez Konsorcjum ASSECO na rzecz Górnśląsko - Zagłębiowskiej Metropolii Systemu Poboru Opłat posiadającego cechy i funkcjonalności wyspecyfikowane w pkt 3 „Wykazu dostaw”, w tym m.in. funkcjonalności billingowych dla 300.000 kont pasażerskich oraz dla 28.000.000 transakcji.

Nadto, wyraził pogląd, że działanie Konsorcjum ASSECO w tym zakresie cechuje wina umyślna, o czym świadczy przede wszystkim sposób redakcji referencji wystawionej przez Górnśląsko - Zagłębiowską Metropolię oraz sposób wypełnienia przez Konsorcjum ASSECO „Wykazu dostaw”.

Zwrócił uwagę, że treść warunku udziału w postępowaniu określona w rozdziale V pkt 2 ppkt 3 lit. a) SIWZ jest przy tym jednoznaczna, a zatem nie może być mowy o jakimkolwiek przeoczeniu ze strony Konsorcjum ASSECO.

Zarzucił, że intencją Konsorcjum ASSECO było takie opisanie projektu zrealizowanego dla Górnśląsko - Zagłębiowskiej Metropolii, aby wytworzyć wrażenie, że potwierdza on spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale V pkt 2 ppkt 3 lit. a) SIWZ. Wykonawca ten jako podmiot profesjonalny, musiał także zdawać sobie sprawę z konsekwencji takiego działania.

Niezależnie od powyższego wskazał, że działania Konsorcjum ASSECO wypełniają również znamiona czynu opisanego w art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP.

Odnosząc powyższe przesłanki do badanej sprawy, w pierwszej kolejności zauważył, że wprowadzenie w błąd może nastąpić w szczególności przez przekazanie informacji nieprawdziwej, a z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w okolicznościach niniejszej sprawy.

Podniósł, że Konsorcjum ASSECO w pkt 3 „Wykazu dostaw” przedstawiło, bowiem nieprawdziwe informacje, polegające na tym, że dostarczyło dla Górnśląsko- Zagłębiowskiej Metropolii system poboru opłat, posiadający funkcjonalności wskazane w pkt 3 „Wykazu dostaw” (w szczególności funkcjonalności billingowe dla 300.000 kont pasażerskich oraz dla 28.000.000 transakcji), podczas gdy już z samej treści referencji przedłożonej przez Konsorcjum

ASSECO oraz z informacji jakie posiada Odwołujący wynika, że nic takiego w rzeczywistości nie mogło mieć miejsca.

W konsekwencji, na skutek powyższego zabiegu stwierdził, że Konsorcjum ASSECO wprowadziło Zamawiającego w błąd, co do spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale V pkt 2 ppkt 3 lit. a) SIWZ.

W ocenie Odwołującego - powyższe działanie Konsorcjum ASSECO musiało wynikać co najmniej z lekkomyślności lub niedbalstwa.

W tym kontekście zauważył, że podmioty tworzące Konsorcjum ASSECO są podmiotami profesjonalnymi, działającymi na rynku od wielu lat. Od takich podmiotów wymagany jest podwyższony stopień staranności. Staranność ta winna obejmować w szczególności odpowiednie opisanie projektów ujętych w dokumentach i oświadczeniach przedkładanych Zamawiającemu na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Nadto, podanie w „Wykazie dostaw” nieprawdziwych informacji o zakresie projektu zrealizowanego przez ADS dla Górnośląsko - Zagłębiowskiej Metropolii – w ocenie Odwołującego - ma istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, bowiem na skutek tego zabiegu Zamawiający nie zdecydował się na wykluczenie Konsorcjum ASSECO z postępowania ze względu na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale V pkt 2 ppkt 3 lit. a) SIWZ, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty Konsorcjum ASSECO, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że Konsorcjum ASSECO winno zostać wykluczone z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 PZP oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP.

W odniesieniu do zarzutu#3- zaniechania wezwania Konsorcjum ASSECO do wyjaśnień, podniósł, że z powyższego wyводу wynika złożenie przez Konsorcjum ASSECO „Wykazu dostaw” oraz referencji wystawionych przez Górnośląsko - Zagłębiowską Metropolię, które w sposób jednoznaczny świadczą o niespełnieniu przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu.

Z ostrożności procesowej - w przypadku nieuwzględnienia tego zarzutu przez Izbę - Odwołujący wskazał również, że kwestia ta powinna co najmniej wzbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego, bowiem w takiej sytuacji art. 26 ust. 3 PZP przewiduje instytucję wezwania wykonawcy do wyjaśnień w zakresie złożonego dokumentu lub oświadczenia. Jednak pomimo oczywistych nieścisłości chociażby pomiędzy „Wykazem dostaw” i referencjami, Zamawiający takiego wezwania zaniechał.

Niezależnie od powyższego podkreślił, że nawet pomimo udzielenia przez Konsorcjum ASSECO wyjaśnień, Zamawiający i tak musiałby tego wykonawcę wykluczyć z postępowania, bowiem w Wykazie dostaw została zawarta nieprawdziwa informacja dotycząca doświadczenia Konsorcjum, co wynika chociażby z treści przedstawionej referencji.

W ocenie Odwołującego - wyjaśnienia i tak nie mogłyby zatem wpłynąć realnie na sytuację Konsorcjum ASSECO.

Niemniej jednak, według Odwołującego - wezwanie Konsorcjum ASSECO do wyjaśnień co do treści „Wykazu dostaw” i doświadczenia w trybie art. 26 ust. 3 PZP byłoby działaniem pożądanym i jednocześnie zgodnym z ustawą PZP.

W opinii Odwołującego - wezwanie do wyjaśnień powinno dotyczyć w szczególności następujących kwestii:

a. Czy w ramach projektu zrealizowanego przez ADS na rzecz Górnośląsko - Zagłębiowskiej Metropolii, ADS dostarczyło (tj. zbudowało i wdrożyło) System Poboru Opłat?

b. W przypadku odpowiedzi twierdzącej na powyższe pytanie - czy System Poboru Opłat dostarczony przez ADS posiada wszystkie funkcjonalności wymienione w „Wykazie dostaw”, w szczególności funkcjonalności billingowe dla 300.000 kont pasażerskich oraz dla 28.000.000 transakcji?

c. Jaki był zakres prac wykonywanych przez ADS na rzecz konsorcjum Asseco Poland S.A. oraz mBank S.A, w szczególności czy w ramach tych prac ADS dostarczyło System Poboru Opłat?

Zwrócił przy tym uwagę na fakt, że Konsorcjum ASSECO celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wskazało trzy projekty, przy czym dwa pierwsze projekty zrealizowane były przez podmioty trzecie, na których doświadczenie Konsorcjum ASSECO się powołało w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Natomiast trzeci, kwestionowany projekt (tj. System Poboru Opłat) miał być realizowany bezpośrednio przez ADS, które wchodzi w skład Konsorcjum ASSECO. W tym zakresie Konsorcjum ASSECO nie powołało się więc na zasoby podmiotu trzeciego.

Tym samym, zdaniem Odwołującego - Konsorcjum ASSECO nie mogłoby w trybie art. 26 ust. 3 PZP uzupełnić ani poprawić „Wykazu dostaw” oraz powołać się na doświadczenie podmiotu trzeciego w zakresie tej części warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale V pkt 2 ppkt 3 lit. a) SIWZ, którego dotyczy kwestionowany projekt, bowiem na etapie składania ofert w tym zakresie Konsorcjum ASSECO nie polegało na zasobach zewnętrznych.

Przekonywał, że taka zmiana byłaby możliwa tylko w sytuacji, gdyby Konsorcjum ASSECO pierwotnie powołało się na zasoby zewnętrzne w tym zakresie, co znajduje potwierdzenie zarówno w treści artykułu 22a ust. 6 PZP.

W części dotyczącej zarzutu#4 - zaniechania odtajnienia oświadczeń i dokumentów złożonych przez Konsorcjum ASSECO wskazał, że - w ocenie Odwołującego - Zamawiający nie przeprowadził badania dokumentów i oświadczeń w postaci „Wykazu osób”, „Informacji z banku”, czy „Polisy OC wraz z dowodem opłacenia składek” pod kątem zasadności ich zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa, a tym samym bezpodstawnie odmówił dostępu do tych dokumentów i oświadczeń Odwołującemu.

Odwołujący zaznaczył, że z odpowiedzi Zamawiającego na wniosek Odwołującego o udostępnienie dokumentów uzupełnionych przez Konsorcjum ASSECO w dniu 9 listopada 2020 r. wynika, że Zamawiający „zakończył badanie zasadności zastrzeżenia wskazanych we wniosku dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa już na etapie badania i oceny ofert tj. do dnia 8 lipca 2020 r., gdzie Zamawiający dokładnie przeanalizował treści załącznika nr 4 do oferty wykonawcy Asseco tj. zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wraz z uzasadnieniem, który wykonawca Asseco złożył wraz z ofertą. W wyniku tego i zawartych tam informacji Zamawiający uznał, iż wykonawca skutecznie zastrzegł przedmiotowe dokumenty”.

W przekonaniu Odwołującego - Zamawiający przyznał zatem wprost, że ocenił zasadność zastrzeżenia przedmiotowych dokumentów około trzech miesięcy przed ich otrzymaniem, bez zapoznawania się z ich treścią. Takie stanowisko Zamawiającego należy ocenić jako rażące naruszenie art. 8 ust. 3 PZP.

W związku z powyższym zarzucił, że Zamawiający nie tylko nie zweryfikował, czy na pewno wszystkie informacje zawarte w poszczególnych dokumentach zasługują na ochronę, ale nawet się z tymi dokumentami nie zapoznał. Nie ma natomiast możliwości uznania zastrzeżenia dokumentu jako tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne, nie mając do niego dostępu.

Zwrócił uwagę, że Konsorcjum ASSECO nie przedstawiło w uzasadnieniu **zastrzeżenia** tajemnicy przedsiębiorstwa żadnych dowodów, ograniczając się jedynie do uniwersalnych, ogólnikowych twierdzeń i orzecznictwa. To na wykonawcy ciąży natomiast obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Konsorcjum temu obowiązkowi w ocenie Odwołującego nie sprostało.

Odwołujący zauważył, że w niniejszym postępowaniu, w wyniku odwołania Konsorcjum ASSECO, KIO nakazało Zamawiającemu odtajnić dokumenty Odwołującego, z uwagi na brak dowodów uzasadniających ich zastrzeżenie. Stosując się do zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 PZP, dokumenty zastrzeżone przez Konsorcjum ASSECO również powinny zostać odtajnione przez Zamawiającego na tej samej zasadzie.

Wywodził, że uzasadnienie zastrzeżenia „**Wykazu osób**” sprowadziło się **de facto** do twierdzenia Konsorcjum ASSECO, że ryzyko ujawnienia informacji dotyczących tych osób mogłoby doprowadzić do sytuacji, w której inne podmioty, konkurencyjne w stosunku do Wykonawcy pozyskałyby osoby wchodzące w skład zespołu stworzonego na potrzeby realizacji zamówienia.

Przyznał, że niewątpliwie, mając na uwadze sytuację na rynku pracowników IT, należy uznać, że istnieje zagrożenie podkupywania pracowników, jednakże, jeżeli nie zostaną ujawnione dane personalne ww. osób, ryzyko takie zostanie wyeliminowane.

Stwierdził, że w konsekwencji, nawet jeżeli przyjąć, że w zastrzeżonych dokumentach znajdują się informacje zasługujące na ochronę, mogłyby to być jedynie poszczególne, wyraźnie wyodrębnione fragmenty, a nie całe dokumenty. Automatyczne, całościowe zastrzeganie dokumentów jako tajemnica przedsiębiorstwa powinno być w tym przypadku traktowane jako nadużycie prawa do ochrony tajemnicy. Uznanie takiego zastrzeżenia za skuteczne świadczy natomiast o **naruszeniu przez Zamawiającego podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakimi są zasada jawności oraz zasada równego traktowania wykonawców.**

W konsekwencji powyższych zarzutów Odwołujący postawił Zamawiającemu zarzut zarzut#5 polegający na zaniechaniu uznania oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, co narusza art. 91 ust. 1 PZP, bowiem powyższe argumenty prowadzą do wniosku, że Konsorcjum ASSECO powinno zostać wykluczone z postępowania, zaś jego oferta odrzucona, co oznacza, że wybór oferty Konsorcjum ASSECO był nieprawidłowy.

W dniu 30 listopada 2020 r. zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Thales Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Revenue Collection Systems France SAS, Zone Industrielle Les Bordes, 91220 Le Plessis-Pate, (Francja), a także wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Asseco Data Systems S. A. z siedzibą w Gdyni, AEP Ticketing Solutions S. R. L. z siedzibą w Signa (Włochy) po stronie Zamawiającego, zwany dalej Przystępującym lub Zgłaszającym Przystąpienie.

Pismem z dnia 14 grudnia 2020 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie i odrzucenie, wskazując, iż zarzuty podniesione w odwołaniu, bezwzględnie mają wyłącznie walor czystych hipotez i

domysłów Odwołującego, nie popartych żadnymi dowodami.

Zamawiający podniósł, że zdaje sobie sprawę, że treść referencji może odbiegać od wymagań opisanych w OPZ, dlatego dla Zamawiającego istotny jest zapis w załączniku nr 12 do SIWZ.

Zwrócił uwagę, że przepisy nie określają treści referencji. Jedyne, co musi z nich wynikać, to właśnie należyte wykonanie dostaw lub usług albo należyte wykonanie, zgodnie ze sztuką budowlaną i prawidłowo ukończone roboty budowlane.

Zamawiający również dodał, że nie ograniczał roli w Projekcie i jak najbardziej dopuszczał rolę Podwykonawcy.

Przyznał również, że zdaje sobie sprawę, że tak duży system jak ŚKUP wymaga ciągłego rozwoju, znacznych nakładów na modyfikacje, utrzymanie dlatego też w żaden sposób nie ograniczył wymaganych prac do etapu inwestycji dlatego w wymaganiach użył słowa wykonywał lub wykonuje.

Ponadto, Zamawiający zauważył, że w zapisie SIWZ nie było wymagania, że prace muszą mieć odwołanie w poszczególnych umowach.

Zaznaczył przy tym, że Zamawiający nie czuje potrzeby znać poszczególnych prac w ramach poszczególnych umów, dlatego w wymaganiach SIWZ wskazał „wykonywał lub wykonuje co najmniej jeden Projekt Podobny”, gdzie nie wymagał, aby Projekt Podobny był wykonywany tylko w ramach jednej umowy jednym Klientem.

Zamawiający zaprzeczył również, że zaszła okoliczność wywołująca aktywność zamawiającego na podstawie art.26 ust.3 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu 4 stwierdził, że jest on chybiony na podstawie art.182 ust.23 pkt 1 ustawy Pzp, albowiem Odwołujący nie zachował terminu do zgłoszenia tego zarzutu.

Poza tym, Zamawiający wyjaśnił, że zbadał zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa na etapie badania i oceny ofert tj. do dnia 8 lipca 2020 r.

W związku z tym Odwołujący mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania.

W piśmie procesowym z dnia 13 grudnia 2020 r. Przystępujący wnioskował o odrzucenie zarzutów wskazanych w piśmie procesowym lub o oddalenie w całości odwołania wniesionego przez Conduent Business Solutions (France) SAS 1 Rue Claude Chappe 07500 Guilherand-Granges (Francja).

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 PZP w zw. z art. 7 ust.1 ustawy Pzp zaniechania wykluczenia Zgłaszającego Przystąpienie, pomimo tego, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej określonego w rozdziale V pkt 2 ppkt 3 lit. a) SIWZ; - dalej jako: „ZARZUT#1, Przystępujący oświadczył, że zarzut jest niezasadny i winien podlegać oddaleniu.

Asseco podkreślił, że w celu analizy zarzutu, w pierwszej kolejności należy odwołać się do warunku udziału w postępowaniu, postawionego przez Zamawiającego. Wskazał, że wykonawca w celu wykazania zdolności technicznej i zawodowej, zgodnie z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) w pkt. V.2.3) lit a), miał wykazać że: w okresie ostatnich trzech lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, wykonał lub wykonuje co najmniej jeden Projekt Podobny, który spełnia co najmniej kryteria Projektu Podobnego wymienione poniżej:

- System kontocentryczny, rozumiany jako system informatyczny, gdzie wszystkie informacje o ruchu pasażerów o nabywaniu uprawnień do korzystania z usług transportowych są zapisywane w Systemie Centralnym w czasie zbliżonym do rzeczywistego.

- Operator płatności - system, który daje możliwość dokonywania oraz otrzymywania wpłat między innymi przez Internet pomiędzy osobami lub instytucjami.

- Billing — system naliczający i obsługujący naliczanie opłat za transport publiczny.

- Realizacja funkcjonalności billingowych, dla co najmniej 300 000 kont pasażerskich nazwanych, w których miały miejsce transakcje w przeciągu pełnego roku (12 miesięcy następujących po sobie).

- Realizacja funkcjonalności billingowych, dla co najmniej 28 000 000 transakcji zrealizowanych w przeciągu pełnego roku (12 miesięcy następujących po sobie) dotyczących usług transportowych, między innymi w modelu jednorazowych biletów.

Za transakcję rozumiemy wszystkie czynności realizowane przez system billingowy niezbędne do zarejestrowania usługi transportowej, weryfikacji uprawnień do usługi transportowej w ramach kontroli, pobrania opłaty za usługi transportowe, weryfikacji salda oraz wszystkie inne niezbędne do obsługi pasażera oraz pozostałych interesariuszy Systemu Biletowego, m.in. sprzedaż biletu, nadanie uprawnień do przejazdu, założenie konta pasażera, zarejestrowanie odbycia podróży przez pasażera etc.

Instalacja co najmniej 500 walidatorów w pojazdach lub na obiektach PTZ z obsługą nośników NFC lub EMV.

- Aplikacja mobilna (na smartfony i tablety) umożliwiająca zaplanowanie i zakup usług związanych z publicznym transportem zbiorowym lub Aplikacja mobilna (na smartfony i tablety) realizująca funkcjonalności z obszaru dynamicznej informacji pasażerskiej i planera podróży dla publicznego transportu zbiorowego,

- Aplikacja organizatora transportu umożliwiająca monitorowanie systemowe infrastruktury PTZ

- Portal Pasażera - portal obsługujący internetową sprzedaż biletów oraz dostęp do informacji o transakcjach i ich historii, a także informacji o planie podróży.

Dodatkowo zauważył, że Zamawiający zdefiniował w jaki sposób należy rozumieć pojęcie „Projektu Podobnego”:

„Projekt Podobny to projekt lub suma projektów o różnych funkcjonalnościach (biling, aplikacja mobilna, etc.) zrealizowanych przez Wykonawcę lub zasoby wskazane w oświadczeniu „Zobowiązanie podmiotów trzecich do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia” złożonym przez Wykonawcę”.

Wskazał, że Zamawiający nie zdefiniował natomiast pojęcia „projekt”. Zważywszy, że nie istnieje legalna definicja tego pojęcia, z tej przyczyny zdaniem Asseco, uprawnione jest odwołanie się do z definicji „projektu” zawartych w metodykach zarządzania projektami, których znajomość i stosowanie wymagane jest przez Zamawiającego w SIWZ (Prince2 albo PMBOK). Zgodnie z definicją metodyki PMBOK: „Projekt to tymczasowe przedsięwzięcie mające na celu dostarczenie unikalnych produktów, usług bądź rezultatów”.

Podniósł, że wbrew autorskiej interpretacji Odwołującego treści warunku udziału w postępowaniu dokonanej w punkcie V.3.a odwołania, Zamawiający w żadnym miejscu SIWZ nie wskazał, że Wykonawca jest zobowiązany do wykazania doświadczenia polegającego na dostawie systemu poboru opłat oraz informacji pasażerskiej.

Z całą stanowczością Zgłaszający Przystąpienie stwierdził, że teza Odwołującego jest nieprawdziwa.

Zaznaczył, że Odwołujący dla wykazania prawdziwości powyższej tezy powołuje się na złożony przez Zgłaszającego Przystąpienie „Wykaz dostaw” wg wzoru o którym mowa w pkt.VII.5. 1) SIWZ.

W pierwszej kolejności wskazał, że wzór oświadczenia „Wykaz dostaw” został narzucony przez Zamawiającego, a rolą danego wykonawcy było wypełnienie go treścią w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zdaniem Przystępującego - za nieuprawniony należy uznać wniosek, że posługując się pojęciem „dostawa” Zamawiający narzucił rozumienie realizacji warunku udziału w postępowaniu. Warunek ten w sposób wiążący dla wykonawców został, co Zgłaszający Przystąpienie wykazał powyżej, zdefiniowany jako projekt, a nie „dostawa”, czyli w sposób znacznie szerszy i wymagający większego doświadczenia niż sama dostawa produktów.

Po wtóre wskazał, że należy analizować treść oświadczenia „Wykaz dostaw” złożonego przez Asseco, która to odnosząc się do warunku udziału w postępowaniu, wskazywała wymagany zakres doświadczenia zawodowego wykonawcy (zdolności technicznej wykonania zamówienia). Analizie winna podlegać więc tylko treść oświadczenia wykazana (uzupełniona) przez Asseco wraz załączonymi do niego referencjami.

W związku z tym wyjaśnił, że w taki sposób wypełnił przez Asseco oświadczenia wg wzoru z Załącznika nr 12 do SIWZ „Wykaz dostaw”. W kolumnie nr 2, dla poszczególnych pozycji tabeli zawartej w tymże załączniku, Zgłaszający Przystąpienie wskazał, kryteria Projektu Podobnego wymienione w SIWZ pkt. V.2.3) lit a), wymagane przez Zamawiającego dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym oświadczenie złożone wg Załącznika nr 12 do SIWZ musi być – zdaniem Przystępującego - rozpatrywane w oparciu o wymagania SIWZ dotyczące warunku udziału w postępowaniu. Co istotne, jak widać z definicji przytoczonej powyżej, projekt jest pojęciem znacznie szerszym i wymagającym większego doświadczenia niż sama dostawa produktów.

Według Przystępującego - przedstawiony powyżej stan faktyczny wskazuje, że Zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu w sposób rozbudowany, wymagając od wykonawców referencyjnego potwierdzenia zdolności realizacji Projektu Podobnego.

Jednocześnie Zamawiający definiując pojęcie „Projektu Podobnego”, określił sposób wypełnienia tego warunku. Zamawiający jednoznacznie wskazał, że referencyjny „Projekt Podobny” może składać się z jednego projektu lub dowolnej ilości projektów realizowanych przez danego wykonawcę lub podmiot, na którego zasobach polega dany wykonawca, które przedstawi dany wykonawca, a które łącznie będą spełniały wszystkie kryteria Projektu Podobnego.

Przyjmując wykładnię językową przytoczonych powyżej postanowień SIWZ - w opinii Przystępującego - wykazał listę projektów, które wykonała lub wykonuje, a które łącznie spełniają kryteria wskazane przez Zamawiającego w SIWZ pkt. V.2.3) lit a).

Tak więc, zgodnie z definicją Projektu Podobnego przytoczoną powyżej, Zgłaszający Przystąpienie wskazał następujące projekty, które łącznie spełnia kryteria wymagane przez Zamawiającego:

1)w pozycji 1 — projekt zrealizowany przez TransData s.r.o. dla Dopravny podnik mesta Prešov, o funkcjonalności aplikacja mobilna

2)w pozycji 2 — projekt zrealizowany przez TransData s.r.o. dla Dopravny podnik mesta Prešov, o funkcjonalności portal pasażera

3)w pozycji 3 zgodnie z treścią załączonej referencji udzielonej przez Górnośląsko Zagłębiowską Metropolię zrealizowanych lub realizowanych kilka projektów składających się na Projekt Podobny, w tym m.in:

- projekt „Rozszerzenia Systemu ŚKUP na pojazdy MZK Tychy”, realizowany przez Asseco Data Systems S.A. (dalej „ADS”)

- wykonywane projekty na rozwój, modyfikacje, serwis i utrzymanie oraz świadczenie usług wsparcia eksperckiego dla Systemu Śląskiej Karty Usług Publicznych, realizowane przez ADS bezpośrednio lub jako podwykonawca Asseco Poland S.A., członka Konsorcjum Asseco Poland S.A. oraz mBank S.A. ujmując je pod wspólną nazwą Projektu Podobnego pn. „System Poboru Opłat”, powszechnie stosowanego pojęcia dla informatycznych systemów obsługujących transport publiczny.

Reasumując, stwierdził, że:

- Asseco w sposób prawidłowy, zgodny z wytycznymi Zamawiającego i stanem faktycznym wypełnił oświadczenie wg wzoru z Załącznika nr 12 do SIWZ;

- Zamawiający nie wymaga w SIWZ przedstawienia dowodów na dostawę produktów a na wykonanie lub wykonywanie co najmniej jednego Projektu Podobnego;

- Ujęcie zacytowanych wprost z SIWZ grupy kryteriów mających być podstawą do oceny zdolności technicznej i zawodowej pod wspólną nazwą System Poboru Opłat w pozycji 3 tabeli wg wzoru z Załącznika nr 12 do SIWZ, nie stanowi deklaracji dostawy produktu o nazwie System Poboru Opłat, a opisuje tylko i wyłącznie, które kryteria są spełnione poprzez wykonywanie lub wykonanie projektów opisanych w referencji od GZM.

W celu uniknięcia wątpliwości, który z projektów realizowanych bądź zrealizowanych przez Asseco Data Systems SA był lub jest wykonywany na skutek realizacji umów zawartych bezpośrednio z Górnośląsko-Zagłębiowską Metropolią (dalej: „GZM”) lub jej poprzednikami prawnymi, a który był lub jest wykonywany w charakterze podwykonawcy wyjaśnił, że na projekty pozycji 3 oświadczenia wg Załącznika nr 12 do SIWZ, składają się:

1)Umowa nr „Rozszerzenia Systemu ŚKUP na pojazdy MZK Tychy” zawarta między Miejskim Zakładem Komunikacji Tychy a ADS (prześlonej na drodze cesji do GZM);

2)Umowa nr DSI/5/PS/167/DO/190/2018 zawarta między Komunikacyjnym Związkiem Komunalnym Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego (poprzednika GZM) a ADS;

3)Umowa nr DS/1/PZ/1/DO/1/2012 z dnia 09.01.2012 na Dostawę, Wdrożenie i Utrzymanie Śląskiej Karty Usług Publicznych zawarta między GZM a konsorcjum Asseco Poland S.A. oraz mBank S.A., której wykonanie w okresie trwałości projektu, na mocy zawartej umowy podwykonawczej spółka Asseco Poland SA powierzyła ADS. Tym samym od dnia 1 lipca 2016 r. wszystkie zobowiązania Asseco Poland S.A. wynikające z ww. umowy są faktycznie realizowane przez ADS, która jako jedyny podmiot w Grupie Asseco posiada odpowiednie zasoby i kompetencje do wykonania tej umowy, dalej zwane „Projektami Referencyjnymi”.

Wywodził, że taki stan faktyczny w szczególności poświadcza pismo z GZM z dnia 11.12.2020 r. (nr IN.1333.2.3.2020 RKW-4418-2020), potwierdzające kwestionowane przez Odwołującego doświadczenie zawodowe i techniczne Zgłaszającego Przystąpienie, poprzez realizację projektów, w wyniku których dostarczono rozwiązanie charakteryzujące się cechami wymaganymi w SIWZ.

Jako dowody w tej mierze powołał się na następujące dokumenty:

1.List referencyjny wystawiony przez Asseco Poland SA z 05.11.2020 r. —Załącznik nr 1.

2.Oświadczenie Asseco Poland SA z dnia 20.06.2016 r. na okoliczność tezy o faktycznym przejęciu przez ADS wszystkich zobowiązań od Asseco Poland S.A., w tytułu realizacji umowy zawartej z GZM DS/1/PZ/1/DO/1/2012 na „Dostawę, Wdrożenie i Utrzymanie Śląskiej Karty Usług Publicznych” - Załącznik nr 2.

3.Pismo GZM z 11.12.2020 r. „Potwierdzenie wykonanych prac (nr IN.1333.2.3.2020 RKW4418-2020) na okoliczność realizacji wymienionych wyżej projektów — Załącznik nr 3.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołania Conduent Przystępujący stwierdził:

1) Odnosnie tezy Conduent postawionej w pkt V.5 odwołania:

„Z treści „ Wykazu dostaw” wynika również, że trzeci ze wskazanych powyżej projektów (tj. System Poboru Opłat) miał zostać wykonany 20 lutego 2020 r. dla zamawiającego — Górnośląsko — Zagłębiowskiej Metropolii., bezpośrednio

przez członka Konsorcjum ASSECO, tj. spółkę ADS. Potwierdzeniem tego jest również fakt, że Konsorcjum ASSECO w zakresie trzeciego projektu (tj. Systemu Poboru Opiat) nie polegało na zasobach zewnętrznych, które zostałyby mu udostępnione przez podmiot. trzeci w celu wykazania spełnienia przedmiotowego warunku udziału w Postępowaniu”.

Odwolujący wskazał, że Zgłaszający Przystąpienie posłużył się pojęciem „System Poboru Opiat”, co nie ma żadnego wpływu na ocenę spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu, bowiem Zamawiający nie wymagał wykazania się doświadczeniem na dostawę produktów, a doświadczeniem w wykonaniu lub wykonywaniu co najmniej jednego Projektu Podobnego.

Argumentował, że ujęcie zacytowanych wprost z SIWZ grupy kryteriów mających być podstawą do oceny zdolności technicznej i zawodowej pod wspólną nazwą referencyjnego Projektu Podobnego „System Poboru Opiat”, nie stanowi deklaracji dostawy produktu o nazwie „System Poboru Opiat”.

W konsekwencji tak sformułowany przez Odwołującego zarzut nie może być uznany za zasadny, bowiem nie wykazuje niezgodności z wymaganiami SIWZ, a także niegodności z przedstawionymi przez Zgłaszającego Przystąpienie dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie referencyjnych projektów.

Dodatkowo wskazał, że data wskazana w złożonym oświadczeniu wg wzoru z Załącznika nr 12 do SIWZ, jest datą zakończenia projektu „Rozszerzenia Systemu SKUP na pojazdy MZK Tychy”. Natomiast w zakresie projektów na rozwój, modyfikacje, serwis i utrzymanie oraz świadczenie usług wsparcia eksperckiego dla Systemu Śląskiej Karty Usług Publicznych (dalej: „System ŚKUP”), realizowanych przez Asseco Data System SA (dalej: „ADS”) w roli podwykonawcy Asseco Poland S.A., podanie daty zakończenia nie było możliwe, ponieważ projekty te są nadal realizowane.

Zgłaszający Przystąpienie podkreślił, że Conduent w tym miejscu odwołania używa poprawnie pojęcia „projekt”, jako desygnatu pojęcia użytego przez Zamawiającego w opisie referencyjnego warunku udziału w postępowaniu, a nie zaś pojęcia „dostawa”, jak robi to Conduent w innych miejscach uzasadnienia do stawianych zarzutów.

Powyższe wskazuje – według Przystępującego - to, że Conduent próbuje manipulować pojęciami użytymi w SIWZ w celu uprawdopodobnienia swoich zarzutów.

2)Odnosnie tezy Conduent postawionej w pkt V.6 odwołania:

„Co jednak istotne, zakres projektu nr 3 opisany w „ Wykazie dostaw” (tj. Systemu Poboru Opiat) istotnie odbiega od treści referencji wystawionej na rzecz ADS przez Górnośląsko — Zagłębiowską Metropolię”.

Tu również Zgłaszający Przystąpienie wskazał, że jest to twierdzenie nieprawdziwe.

W opinii Przystępującego - wskazany pogląd Odwołującego jest konsekwentną próbą manipulacji treścią dostarczonej przez Zgłaszającego Przystąpienie referencji od Górnośląsko — Zagłębiowskiej Metropolii (dalej: „GZM”).

Podkreślił, że zakres projektu nr 3 opisany w „Wykazie dostaw” stanowi wskazanie cech i parametrów Projektu Podobnego, a nie zakres projektu o nazwie „System Poboru Opiat”.

Niezależnie od powyższego przedmiotowa referencja od GZM - w ocenie Zgłaszającego Przystąpienie - wskazuje jednoznacznie na spełnienie kryteriów opisanych w SIWZ pkt. V.2.3) lit a). W celu potwierdzenie spełnienia warunku Zgłaszający Przystąpienie opisał Projekt Podobny (a w celu wykazania jego należytego wykonania przedłożył referencje) potwierdzający realizację wielu projektów (realizowanych wielu umów, zleceń, zamówień publicznych), których suma spełnia kryteria wskazane w pozycji 3 oświadczenia wg wzoru z Załącznika nr 12 do SIWZ. Zgłaszający Przystąpienie użył pojęcia „System Poboru Opiat” jako powszechnie stosowanego terminu (również przez Odwołującego) dla opisu informatycznych systemów obsługujących transport publiczny.

3)Odnosnie tezy Conduent postawionej w pkt V.7 odwołania:

„Z porównania obu tych dokumentów oraz z informacji jakie posiada Odwołujący jednoznacznie wynika bowiem, że ADS wchodzące w skład Konsorcjum ASSECO nie dostarczyło Systemu Poboru Opiat, który zawierałby wszystkie elementy wskazane w „ Wykazie dostaw”.

W ocenie Odwołującego - twierdzenie jest nieprawdziwie, co zostało wykazane w treści niniejszego pisma w odniesieniu do zarzutów z pkt V.5 i V.6 odwołania.

4)Odnosnie tezy Conduent postawionej w pkt V.8 odwołania:

„W szczególności z treści referencji wystawionej przez Górnośląsko — Zagłębiowską Metropolię można wywnioskować, że elementy, które Konsorcjum ASSECO wskazało w „Wykazie dostaw” w ramach projektu nr 3 potencjalnie mógłby zawierać cały system Śląskiej Karty Usług Publicznych. Co jednak istotne przetarg na budowę tego systemu został ogłoszony w 2011 r., zaś umowa na jego wdrożenie została podpisana 9 stycznia 2012 r. z innymi wykonawcami (tj. bez udziału ADS). W sposób oczywisty wyklucza to możliwość jego wykonania przez ADS w dniu 20 lutego 2020 r.”.

Zdaniem Przystępującego - twierdzenie powyższe również jest nieprawdziwe.

Zgłaszający Przystąpienie wyjaśnił analizując zarzut z pkt V.5. odwołania, że wskazana w „Wykazie dostaw” data

20.02.2020 r., jest datą zakończenia projektu wykonywanego samodzielnie przez ADS o nazwie „Rozszerzenia Systemu SKUP na pojazdy MZK Tychy”.

Zapewniał, że w żadnym miejscu oświadczenia „Wykaz dostaw”, ADS nie powołuje się na wykonanie Systemu Śląskiej Karty Publicznej. Nie wynika to również z treści referencji wystawionej przez GZM.

Zgłaszający Przystąpienie zwrócił uwagę na konstrukcję przywoływanego listu referencyjnego. Składa się on wyraźnie z dwóch odrębnych punktów, gdzie w punkcie I wskazano rozpoczęty i zakończony projekt wdrożeniowy (nazwa projektu, okres realizacji, jego wybrane elementy oraz osiągnięte funkcjonalności wraz z podsumowaniem i podaniem kwoty), natomiast w punkcie II wskazano projekty wykonane lub wykonywane.

Cytując dosłownie treść punktu II przywołanej referencji:

„...II. Asseco Data Systems Od roku 2017 wykonuje z należytą starannością jako podwykonawca Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie (członka konsorcjum Asseco Poland SA i mBank SA), tj. rozwija, modyfikuje, serwisuje, utrzymuje i świadczy usługi wsparcia eksperckiego dla Systemu Śląskiej Karty Usług Publicznych oraz Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej, w tym w zakresie Systemu SKUP:...”

Według Odwołującego - z przywołanej treści wprost wynika, że są to projekty, które ADS wykonuje (zresztą Odwołujący Conduent w żaden sposób tego nie kwestionuje). Stwierdził przy tym, że wskazano wyraźnie, że przedmiotowe projekty są realizowane od 2017 roku. Można też wprost odczytać, że są to projekty odrębne od realizacji projektu System SKUP (inni wykonawcy, inne daty). Tym samym teza jakoby ADS wskazała, że wdrożyła „cały system Śląskiej Karty Usług Publicznych” nie znajduje potwierdzenia w przywołanym przez Odwołującego punkcie referencji.

5) Odnosnie tezy Conduent postawionej w pkt V.9 odwołania:

„Nadto, z samej treści referencji oraz z informacji, jakie posiada Odwołujący wynika, że zakres prac jakie wykonywało ADS w związku z systemem Śląskiej Karty Usług Publicznych był ograniczony wyłącznie do jego rozszerzenia na obszar MZK Tychy. Rozszerzenie to polegało zaś głównie na dostawie urządzeń wraz z ich oprogramowaniem (tj. komputery pokładowe, walidatory, kasowniki, tablety, system łączności, etc.) oraz na usłudze integracji z centralnym systemem Śląskiej Karty Usług Publicznych, który został zbudowany i wdrożony dużo wcześniej, przez innych wykonawców”.

Zdaniem Odwołującego - twierdzenie jest nieprawdziwe, bowiem sformułowane zarzuty są całkowicie niezgodne z rzeczywistością i wskazują na brak wiedzy Odwołującego o zakresie realizowanych projektów przez ADS.

Wobec tego wyjaśnił, że w ramach projektu na rozbudowę Systemu Śląskiej Karty Usług Publicznych poprzez wprowadzenie systemu Śląskiej Karty Usług Publicznych (SKUP) w komunikacji organizowanej: przez MZK Tychy wraz z obsługą karty płatniczej zostały dostarczone i wdrożone m.in. następujące produkty:

- oprogramowanie urządzeń (kasowników, komputerów pokładowych, urządzeń kontrolerskich) dostarczonych w ramach projektu;
- oprogramowanie centralne monitorujące infrastrukturę objętą wdrożeniem;
- oprogramowanie centralne obsługujące wszystkie transakcje wykonywane przy pomocy dostarczonych urządzeń i zapisujące dane o wszystkich transakcjach w systemie centralnym, w tym transakcje wykonywane kartą SKUP oraz kartami EMV, a także naliczające i obsługujące naliczanie opłat za transport publiczny w modelu MIT;
- moduł raportowy udostępniający informacje o wykonywanych transakcjach EMV w dowolnym przekroju,
- szereg zmian w modułach Systemu SKUP, wynikających z wprowadzenia nowej formy płatności kartami EMV (w tym zmian na portalu klienta, module reklamacji).

Jako dowody powołał się na następujące dokumenty:

1. Pismo z GZM dnia 11.12.2020 r., pkt. III, str. od 3 do 6, na okoliczność wykazania rzeczywistego zakresu prac w projekcie dla MZK Tychy oraz kontocentryczności systemu dla MZK Tychy (2 akapit na str. 3) — Załącznik nr 3.

2. Protokół odbioru Etapu I projektu dla MZK Tychy z dnia 06.12.2019 r., na okoliczność wykazania rzeczywistego zakresu prac w projekcie dla MZK Tychy — Załącznik nr 4.

3. Protokół odbioru Etapu II projektu dla MZK Tychy z dnia 20.02.2020 r., na okoliczność wykazania rzeczywistego zakresu prac w projekcie dla MZK Tychy — Załącznik nr 5.

Zgłaszający Przystąpienie podkreślił, że całkowicie nieprawdziwe jest twierdzenie Conduent: „zakres prac jakie wykonywało ADS w związku z systemem Śląskiej Karty Usług Publicznych był ograniczony wyłącznie do jego rozszerzenia na obszar MZK Tychy. Oprócz wykazanego i opisanego wyżej projektu dla MZK Tychy, Asseco Data Systems realizując umowę na Dostawę, Wdrożenie i Utrzymanie Systemu Śląska Karta Usług Publicznych w charakterze podwykonawcy Asseco Poland S.A. wykonało i wykonuje wiele innych zadań związanych zarówno z rozwojem i modyfikacjami Systemu SKUP, jak i dostarczając zupełnie nowe produkty istotnie rozszerzające funkcjonalność rozwiązania używanego przez GZM.

Podobnie, wykonując samodzielnie umowę DSI/5/PS/167/DO/190/2018 z dnia 22.06.2018 r., Asseco Data Systems S.A oświadczył, że zrealizował m.in. wymagania zamawiającego dotyczące kontocentryczności, czy też wymagania związane z realizacją funkcjonalności bilingowych, co potwierdzają następujące dowody:

1.Pismo GZM z dnia 11.12.2020, pkt. I, str. 1, na okoliczność wykazania rzeczywistego zakresu prac związanego z rozwojem i modyfikacjami Systemu SKUP — Załącznik nr 3.

2.Pismo GZM z dnia 11.12.2020, pkt. I, str. 2 ppkt. b., oraz pkt. I I, str. 2 oraz 3, na okoliczność wykazania tezy o dostarczaniu nowych produktów do Systemu SKUP istotnie rozszerzających jego funkcjonalność, w tym obejmujące rozszerzenia dot. bilingu (pkt. I, str. 2, pierwszy akapit oraz pkt. II, str. 2, ppkt. b) — Załącznik nr 3.

3.Umowa DSI/5/PS/167/DO/190/2018 zawarta w dniu 22.06.2018, na okoliczność wykazania tezy o dostarczaniu przez Asseco Data Systems nowych produktów do Systemu SKUP istotnie rozszerzających jego funkcjonalność — Załącznik nr 6.

4.„Wymagania dla modyfikacji” z 10.07.2018 r. - zakres funkcjonalny platformy integracyjnej zrealizowanej w ramach umowy DSI/5/PS/167/DO/190/2018, na okoliczność wykazania tezy o dostarczaniu nowych produktów do Systemu SKUP istotnie rozszerzających jego funkcjonalność, w tym zapewniające kontocentryczność systemu SKUP (str. 2, akapit oznaczony kolorem żółtym) — Załącznik nr 7.

5.„Wymagania dla modyfikacji” z dnia 02.08.2018 r. - Zakres integracji platformy integracyjnej z systemem SDIP zrealizowany w ramach umowy DSI/5/PS/167/DO/190/2018, na okoliczność wykazania tezy o dostarczaniu nowych produktów do Systemu SKUP istotnie rozszerzających jego funkcjonalność — Załącznik nr 8.

6.„Wymagania dla modyfikacji” z dnia 02.08.2018 r. - zakres zmian w oprogramowaniu komputera pokładowego i modułu Data Broker zrealizowany w ramach umowy DSI/5/PS/167/DO/190/2018, na okoliczność wykazania tezy o dostarczaniu nowych produktów do Systemu SKUP istotnie rozszerzających jego funkcjonalność — Załącznik nr 9.

7.„Wymagania dla modyfikacji” z dnia 13.07.2018 r. - zakres zmian w oprogramowaniu Modułu reklamacji Systemu SKUP zrealizowany w ramach umowy DSI/5/PS/167/DO/190/2018, na okoliczność wykazania tezy o dostarczaniu nowych produktów do Systemu SKUP istotnie rozszerzających jego funkcjonalność, w tym związane z realizacją funkcjonalności bilingowych (pkt. 1.1, str. 1 i 2, akapit oznaczony kolorem żółtym) — Załącznik nr 10.

8.„Wymagania dla modyfikacji” z dnia 13.07.2018 r. zakres oprogramowania do zdalnego zarządzania Kartą SKUP zrealizowany w ramach umowy DSI/5/PS/167/DO/190/2018, na okoliczność wykazania tezy o dostarczaniu nowych produktów do Systemu SKUP istotnie rozszerzających jego funkcjonalność, — Załącznik

9.„Wymagania dla modyfikacji” z dnia 17.07.2018 r. - zakres oprogramowania Aplikacja Mobilna zrealizowany w ramach umowy DSI/5/PS/167/DO/190/2018, na okoliczność wykazania tezy o dostarczaniu nowych produktów do Systemu SKUP istotnie rozszerzających jego funkcjonalność, w tym w szczególności nowego oprogramowania obsługującego funkcjonalności bilingowe (str. 3, pierwszy myślnik, pierwszy tiret oznaczony kolorem żółtym) — Załącznik nr 12.

10.„Wymagania dla modyfikacji” z dnia 13.07.2018 r. - zakres zmian w oprogramowaniu Portalu Klienta zrealizowany w ramach umowy DSI/5/PS/167/DO/190/2018, na okoliczność wykazania tezy o dostarczaniu nowych produktów do Systemu SKUP istotnie rozszerzających jego funkcjonalność, w tym związane z realizacją funkcjonalności bilingowych (str.2 pkt. a) tiret 1 oznaczony kolorem żółtym) — Załącznik

11.Rejestr zmian istotnych w Systemie SKUP potwierdzonych przez GZM, o których mowa w punkcie I b. pisma GZM z dnia 11.12.2020 r., na okoliczność wykazania tezy o dostarczaniu nowych produktów do Systemu SKUP istotnie rozszerzających jego funkcjonalność w ramach realizacji Umowy na Dostawę, Wdrożenie i Utrzymanie Systemu SKUP, w tym związanych z realizacją funkcjonalności bilingowych (pozycje 4,7,8 oraz 9 tabeli) — Załącznik nr 14.

12.Rejestr zmian w Systemie SKUP potwierdzonych przez Asseco Poland SA, na okoliczność wykazania tezy o dostarczaniu nowych produktów do Systemu SKUP istotnie rozszerzających jego funkcjonalność w ramach realizacji Umowy na Dostawę, Wdrożenie i Utrzymanie Systemu SKUP, w tym związanych z realizacją funkcjonalności bilingowych — Załącznik nr 15.

13.„Wymagania dla Metrobiletu i Mobilnej Aplikacji Kontrolera. Załącznik do pisma RŚ.042.16.2.31.2018.DM”, oprogramowanie zrealizowane w ramach zmian istotnych SKUP, na okoliczność wykazania tezy o dostarczaniu nowych produktów do Systemu SKUP istotnie rozszerzających jego funkcjonalność w ramach realizacji Umowy na Dostawę, Wdrożenie i Utrzymanie Systemu SKUP, w szczególności jako nowe oprogramowanie będące nowym źródłem operacji bilingowych — Załącznik nr 16.

14.Protokół odbioru Mobilnej Aplikacji Kontrolera z dnia 06.06.2019 r, na okoliczność wykazania tezy o dostarczaniu nowych produktów do Systemu SKUP istotnie rozszerzających jego funkcjonalność w ramach realizacji Umowy na

Dostawę, Wdrożenie i Utrzymanie Systemu ŚKUP, w szczególności jako nowe oprogramowanie będące nowym źródłem operacji bilingowych — Załącznik nr 17.

15. Protokół odbioru Metrobiletu z dnia 31.05.2019 r., na okoliczność wykazania tezy o dostarczaniu nowych produktów do Systemu ŚKUP istotnie rozszerzających jego funkcjonalność w ramach realizacji Umowy na Dostawę, Wdrożenie i Utrzymanie Systemu ŚKUP, w szczególności jako nowe oprogramowanie będące nowym źródłem operacji bilingowych — Załącznik nr 18.

6) Odnosnie tezy Conduent postawionej w pkt V.10 odwołania:

„W sposób jednoznaczny wyklucza to więc scenariusz, w którym ADS dostarczyło (a więc zbudowało i wdrożyło) kompleksowy system poboru opłat zawierający elementy określone przez Zamawiającego w SIWZ i powielone przez Konsorcjum ASSECO w „Wykazie dostaw”. Za taki system potencjalnie mógłby bowiem zostać uznany wyłącznie cały system Śląskiej Karty Usług Publicznych, a nie jego rozszerzenie na MZK Tychy”.

Według Przystępującego - twierdzenie nie jest prawdziwe.

Zamawiający - w przekonaniu Przystępującego - przy analizie warunku udziału w postępowaniu, nie wymagał - co sugeruje Conduent — „dostarczenia (a więc budowy i wdrożenia) kompleksowego systemu poboru opłat zawierającego elementy określone przez Zamawiającego w SIWZ”, bowiem wymaganie dotyczyło wskazania Projektów Podobnych realizowanych lub zrealizowanych przez wykonawców, które mają spełniać wskazane w SIWZ kryteria dla tych projektów, co też Zgłaszający Przystąpienie uczynił w swojej ofercie.

Przekonywał, że jest to podejście w pełni zgodne z przytoczonymi wyżej definicjami SIWZ, a także potwierdzone dodatkowo przez Zamawiającego odpowiedzią z 05.05.2020 r. udzieloną na pytanie N359 w trakcie procesu ofertowego:

Nr pytania: N359 do SIWZ pkt V.2.3) lit a)

Pytanie: O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy (...) Spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące: (...) Zdolności technicznej i zawodowej

Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że: w okresie ostatnich trzech lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, wykonał lub wykonuje co najmniej jeden Projekt Podobny, który spełnia co najmniej kryteria Projektu Podobnego wymienione poniżej(...)

Projekt Podobny to projekt lub suma projektów o różnych funkcjonalnościach (biling, aplikacja mobilna etc) zrealizowanych przez Wykonawcę lub zasoby w oświadczeniu Zobowiązanie podmiotów trzecich do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia złożonym Wykonawcę-Warunek został sformułowany nieprecyzyjnie.

Z treści zacytowanego warunku udziału w Postępowaniu wynika, że na Projekt Podobny może składać się nawet kilka różnych projektów. Każdy z nich może spełniać pojedyncze kryteria. Ich suma musi jednak „pokrywać” wszystkie wymienione funkcjonalności.

Wnoszę o potwierdzenie, że Zamawiający dopuszcza możliwość wykazywania spełnienia tego warunku w ten sposób, że Wykonawca przedstawi kilka projektów o różnych funkcjonalnościach, które łącznie będą spełniały wszystkie kryteria Projektu Podobnego.

Odpowiedź: Zgodnie z zapisami przytoczonego pkt SIWZ Zamawiający potwierdza.

Dodatkowo, Przystępujący sprostował twierdzenie Odwołującego, że projekt realizowany dla MZK Tychy (dalej: „Projekt Tyski”) był jedynie rozszerzeniem Systemu ŚKUP.

Wyraził pogląd, że Projekt „Rozszerzenie Systemu SKUP na pojazdy MZK Tychy”, choć w nazwie jest użyty termin „rozszerzeniem Systemu ŚKUP”, w istocie polegał na budowie nowego, kontocentrycznego systemu poboru opłat, w nowej technologii, na nowych urządzeniach, którego styk z Systemem SKUP został zapewniony jedynie za pośrednictwem platformy integracyjnej API, zbudowanej w ramach realizacji projektów (o których mowa w referencji od GZM), rozbudowanej na potrzeby projektu dla Tychów. Zadaniem wykonawcy Projektu Tyskiego było zapewnienie, aby w tym nowym systemie, dostępne dla pasażerów były również usługi ŚKUP (zapewnione poprzez integrację z tym systemem).

Jako dowód przywołał pismo od GZM z dnia 11.12.2020 r. cały pkt. III, na okoliczność obalenia tezy Odwołującego Thales, że Asseco Data Systems nie dostarczyło systemu poboru opłat zawierającego kryteria określone przez Zamawiającego w SIWZ — Załącznik nr 3.

7) Odnosnie tezy Conduent postawionej w pkt V.11 odwołania:

„W opinii Odwołującego na szczególną uwagę zasługuje również sposób redakcji referencji wystawionej na rzecz ADS przez Górnśląsko — Zagłębiowską Metropolię. Można wręcz odnieść wrażenie, że została ona stworzona stricte pod postępowanie prowadzone przez Innobaltica. Świadczy o tym choćby opis funkcjonalności bilingowych zamieszczony na str. 3 w pkt II (tj. 300.000 kont pasażerskich, 28.000.000 transakcji) oraz definicja „transakcji”, które

powielają treść warunku udziału w Postępowaniu".

Zgłaszający Przystąpienie potwierdził, że przedmiotowa referencja została pozyskana na potrzeby postępowania.

Wyjaśnił, że Asseco Data Systems S.A. chciał w ten sposób jednoznacznie potwierdzić, że posiada doświadczenie zawodowe i techniczne zgodne z wymaganiami Zamawiającego, aby uniknąć jakichkolwiek wątpliwości interpretacyjnych. Takie działanie nie jest zabronione przez przepisy prawa, ani w żaden inny sposób nie pomniejsza wartości przedmiotowej referencji. Zarzut należy uznać za całkowicie chybiony, pozbawiony podstaw i wartości dowodowej.

8)Odnosnie tezy Conduent postawionej w pkt V.12 odwołania:

„W tym kontekście musi więc dziwić fakt, że opis ujęty na str. 3 w pkt II został wyodrębniony z pkt I referencji, dotyczącego dostawy zrealizowanej na potrzeby MZK Tychy. Należy zatem sądzić, że opis ten (w szczególności funkcjonalności billingowe realizowane dla 300.000 kont pasażerskich oraz 28.000.000 transakcji) nie dotyczy projektu zrealizowanego na potrzeby MZK Tychy, lecz innej umowy, która nie została wskazana w „Wykazie dostaw”.

Zgłaszający Przystąpienie zaprzeczył, że w „Wykazie Dostaw” należało wskazać umowy. Jest to twierdzenie nieprawdziwe. Zamawiający jednoznacznie określił, że w wykazie należało wskazać projekt lub projekty o określonych cechach i parametrach, które składają się na Projekt Podobny. Tak też uczynił Zgłaszający Przystąpienie.

Według Przystępującego referencja wskazuje na wiele projektów, których suma wypełnia wymagane cechy i parametry Projektu Podobnego opisane w SIWZ pkt. V.2.3) lit a), w tym funkcjonalności billingowe realizowane dla 300.000 kont pasażerskich oraz 28.000.000 transakcji w okresie jednego roku (12 następujących po sobie miesiącach).

Zgłaszający Przystąpienie zgodnie ze złożonym oświadczeniem potwierdził, że wskazane parametry dotyczą innych projektów wykazanych w referencji od GZM (w pkt. II), a nie dotyczą jedynie Projektu Tyskiego.

9)Odnosnie tezy Conduent postawionej w pkt V.13 odwołania:

„Świadczą o tym m.in. różne okresy realizacji prac opisanych w pkt I referencji (20.11.2018 - 20.02.2020) oraz w pkt II referencji (2017 r.) oraz różne podmioty, na rzecz których zostały one wykonane w pkt I referencji (MZK Tychy) oraz w pkt II referencji (konsorcjum Asseco Poland S.A. oraz mBank S.A. dla którego ADS jest podwykonawcą).”

Zgłaszający Przystąpienie potwierdził, zgodnie z treścią referencji od GZM, że Projekt Tyski realizowany był w okresie 20.11.2018 r. - 20.02.2020 r., i taka data została wpisana do „wykazu dostaw” jako data zakończenia tego projektu. Natomiast projekty związane z rozwojem, utrzymaniem i serwisem Systemu ŚKUP są wykonywane przez Asseco Data Systems S.A. w charakterze podwykonawcy Asseco Poland S.A. od roku 2017 — i trwają nadal.

Ponadto Zgłaszający Przystąpienie zwrócił uwagę, że takie opisanie realizowanych projektów zostało dopuszczone przez Zamawiającego przy opisie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu.

10)Odnosnie tezy Conduent postawionej w pkt V.14 odwołania:

„Nadto, prace opisane w pkt II referencji, jakie ADS ma wykonywać od 2017 r., są usługami, co wyklucza możliwość uznania ich za dostawę w rozumieniu SIWZ oraz „Wykazu dostaw”.

Zgłaszający Przystąpienie zwrócił uwagę, że Zamawiający nie wymagał jako warunku referencyjnego „wykonania dostaw”. Zamawiający wyraźnie w punkcie pkt. V.2.3) lit a) SIWZ wymagał potwierdzenia wykonania lub wykonywania projektów składających się na 4. co najmniej jeden Projekt Podobny, który zgodnie z przytoczoną wyżej definicją to tymczasowe przedsięwzięcie mające na celu dostarczenie unikalnych produktów, usług bądź rezultatów.

Zarzucał, że Odwołujący wprowadził autorską — w swej istocie sprzeczną z treścią SIWZ (w tym wyjaśnieniami Zamawiającego interpretację zapisów SIWZ, sprowadzając doświadczenie zawodowe wykonawców do wykonania dostaw, co jest nieuprawnione zawężenie warunku udziału w postępowaniu, które służyć ma jedynie potwierdzeniu, nieuzasadnionej dokumentacją postępowania, tezie stawianej przez Odwołującego.

11)Odnosnie tezy Conduent postawionej w pkt V.15 odwołania:

„Powyższe rozróżnienie na I i II część referencji jest szczególnie istotne, bowiem fragmenty referencji mówiące o realizacji funkcjonalności billingowych dla 300.000 kont pasażerskich oraz dla 28.000.000 transakcji, będące dokładnym odwzorowaniem dwóch elementów warunku udziału w Postępowaniu, odnoszą się wyłącznie do projektu opisanego w pkt II referencji, który z przyczyn opisanych powyżej nie może zostać uwzględniony przez Zamawiającego w celu wykazania przez Konsorcjum ASSECO spełnienia warunku udziału w Postępowaniu”.

Podkreślił, że Conduent de facto potwierdza, że Asseco Data Systems S.A. wykonuje projekt opisany w pkt. II referencji od GZM, który zgodnie z kryteriami dla Projektu Podobnego realizuje funkcjonalności billingowe dla 300.000 kont pasażerskich oraz dla 28.000.000 transakcji, co potwierdza spełnienie wymagań określonych w SIWZ.

12)Odnosnie tezy Conduent postawionej w pkt V.16 odwołania:

„Parametry te i tak odnoszą się zresztą do funkcjonalności billingowych całego systemu Śląskiej Karty Usług Publicznych, a nie wyłącznie do prac, które rzekomo zrealizowało ADS dla MZK Tychy”.

Wyjaśnił, że kryteria dotyczące ilości realizowanych funkcjonalności billingowych zarówno w odniesieniu do kont klientów jak i liczby transakcji, zgodnie z oświadczeniem Zgłaszającego Przystąpienie potwierdzonym referencją od GZM, są realizowane w projektach wskazanych w punkcie II tej referencji. Nie odnoszą się tylko do Projektu Tyskiego, a dotyczą również projektów realizowanych na rzecz GZM bezpośrednio przez Asseco Data Systems S.A. lub w charakterze podwykonawcy Asseco Poland S.A.

A zatem, jest to w pełni zgodne z wymaganiami postawionymi przez Zmawiającego dla Projektu Podobnego, którego wykonaniem lub wykonywaniem należało się wykazać w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Powołał się na definicje billingu, realizacji transakcji bilingowych oraz transakcji powołanych przez Zamawiającego w SIWZ, gdyż są one bezpośrednio ze sobą związane i jedno pojęcie jest definiowane przez drugie. Zgodnie SIWZ (str. 4):

- Billing — system naliczający i obsługujący naliczanie opłat za transport publiczny,
- Realizacja funkcjonalności bilingowej, czyli realizacja naliczania i obsługi naliczania opłat, dla co najmniej 28 000 000 transakcji,

- Transakcja - za transakcję rozumiemy wszystkie czynności realizowane przez system bilingowy niezbędne do zarejestrowania usługi transportowej, weryfikacji uprawnień do usługi transportowej w ramach kontroli, pobrania opłaty za usługi transportowe, weryfikacji salda oraz wszystkie inne niezbędne do obsługi pasażera oraz pozostałych interesariuszy Systemu Biletowego, m.in. sprzedaż biletu, nadanie uprawnień do przejazdu, założenie konta pasażera, zarejestrowanie odbycia podróży przez pasażera etc.

Argumentował, że tak rozumiana definicja billingu oznacza wielowątkowe procesy biznesowe generujące zapisy do bazy danych systemu, realizowane w ramach wielu funkcjonalności związanych z zarówno z obsługą podróży, pasażera, innych użytkowników systemu i jego interesariuszy, rozproszonych po całym systemie, dotyczących zarówno oprogramowania urządzeń jak i oprogramowania back office. Zatem każda zmiana takiego procesu np. o rozszerzenie o nowe urządzenie generujące transakcje, rozszerzenie zakresu dostępnych produktów i usług na urządzeniu, rozszerzenie o funkcjonalności dostępu do danych o wykonanych transakcjach czy też rekonfiguracja istniejących procesów w systemie ingeruje bezpośrednio w proces billingowy którego taka zmiana dotyczy. Każdy kto w sposób odpowiedzialny w ten proces ingeruje poprzez wprowadzenie zmiany do procesu istniejącego, bierze odpowiedzialność za jego poprawność. W tym sensie można mówić o wzięciu pełnej odpowiedzialności za realizację zmienionych procesów billingowych realizowanych w systemie.

Nie ulega wątpliwości dla Przystępującego, że w świetle przedstawionych poniżej dowodów, że Zgłaszający Przystąpienie wykonał lub wykonuje projekty, w wyniku których realizowane są funkcjonalności bilingowe w ilościach wymaganych w SIWZ, mając bezpośredni wpływ na procesy biznesowe, które te transakcje realizują.

Zauważył, że wśród dowodów przedstawionych na str. 9 znajduje się w pozycji 14 „Rejestr zmian istotnych w systemie ŚKUP” będący wykazem opracowanych i wdrożonych zmian i rozszerzeń systemu ŚKUP zawierających nowe, istotne cechy lub funkcjonalności.

Przykładowo już wprowadzona w 2017 istotna zmiana (jedna z wielu) tj. „koszyk zakupów dla urządzeń SAD i MUPOS oraz portalu klienta” (zmiana istotna nr 4 w rejestrze „Zmian Istotnych”), jest przekrojową zmianą dotyczącą każdego elementu systemu, polegającą na dodaniu nowego produktu w trzech kanałach sprzedaży, a więc zmieniające istniejące procesy bilingowe począwszy od zakupu usługi, a skończywszy na jej rozliczeniu.

Wyjaśnił, że podobne cechy mają zmiany istotne nr 7 oraz 8 (wdrożenie Metrobiletu w Kolejach Śląskich, jako nowego produktu w systemie SKUP wraz z dołączeniem do systemu nowego podmiotu tj. Kolei Śląskich dla którego realizowane są funkcjonalności billingowe oraz mobilnej aplikacji kontrolera wspierającej obsługę Metrobiletu).

Również wskazana w „Rejestrze zmian istotnych” zmiana nr 9, polegająca na zmianie konfiguracji Systemu ŚKUP oraz systemu Agenta Rozliczeniowego w związku z przyłączeniem do systemu ŚKUP poprzez platformę integracyjną API systemu realizowanego dla MZK Tychy jest przykładem dodania do istniejących procesów billingowych w Systemie ŚKUP nowych procesów.

13) Odnosnie tezy Conduent postawionej w pkt V.17 odwołania:

„Poprzez takie sformułowanie „Wykazu dostaw” oraz referencji, Konsorcjum ASSECO próbuje wytworzyć wrażenie, że poprzez:

- a.rozszerzenie systemu Śląskiej Karty Usług Publicznych na MZK Tychy, polegające w głównej mierze na dostawie urządzeń oraz ich oprogramowania, a nie centralnego systemu informatycznego poboru opłat — pkt I referencji oraz

- b.bliżej nieokreślone usługi rozwojowe, serwisowe, utrzymaniowe, wsparcia eksperckiego, etc. — pkt II referencji,

Konsorcjum ASSECO zbudowało i wdrożyło cały system Śląskiej Karty Usług Publicznych. Tylko bowiem jako całość system ten potencjalnie mógłby posłużyć Konsorcjum ASSECO do wykazania spełnienia warunku udziału w

Postępowaniu".

W pierwszej kolejności stwierdził, że Zgłaszający Przystąpienie nie próbuje wytworzyć żadnego wrażenia, lecz przedstawia dokumenty potwierdzające niepodważalne fakty. Zgodnie z wymaganiami postawionymi w SIWZ, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego Zgłaszający Przystąpienie złożył oświadczenie wg wzorca z Załącznika nr 12, który wypełnił zgodnie z wymaganiami dotyczącymi spełnienia warunku udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Po wtóre Zgłaszający Przystąpienie zaprzeczył, że „zrealizowany Projekt Tyski polegał w głównej mierze na dostawie urządzeń oraz ich oprogramowania, bowiem zakres tego projektu był znacznie szerszy i został opisany i poparty dowodami w odpowiedzi z pkt. V.9 odwołania.

Podkreślił, że zgodnie z wymaganiami Zamawiającego w celu spełnienia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu było wskazanie zrealizowanych lub realizowanych projektów, co Zgłaszający Przystąpienie wykonał wskazując projekty wykonywane lub wykonane na rzecz GZM.

Przekonywał, że nie są to, wbrew twierdzeniom Condunet bliżej nieokreślone prace rozwojowe, a konkretne, istotne modyfikacje i rozszerzenia, na które dowody przedstawiono w odpowiedzi na zarzut w punkcie V.9 odwołania, poświadczające zawodowe i techniczne doświadczenie Zgłaszającego Przystąpienie w zakresie wymaganym przez SIWZ.

Przyznał, że Zgłaszający Przystąpienie w swoim oświadczeniu „Wykaz dostaw”, nie twierdził, że zbudował i wdrożył cały System SKUP (nie wskazuje również na to referencja od GZM). System SKUP zbudowało i wdrożyło konsorcjum Asseco Poland S.A. i mBank S.A.

Zgłaszający Przystąpienie powołał się natomiast na projekty realizowane przez ADS na rzecz GZM wskazane w oświadczeniu i referencji (pkt II), obejmujące swoim zakresem cały System SKUP.

Zdaniem Przystępującego - wskazane powyżej fakty i okoliczności w pełni potwierdzają, że Zgłaszający Przystąpienie składając oświadczenie zgodne z wzorcem z Załącznika nr 12 do SIWZ, wypełnił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Stwierdził, że cały zarzut Odwołującego opiera się na przyjęciu autorskiej, zawężającej wykładni przedmiotowego warunku, a takie działanie nie jest uprawnione i należy pamiętać, że zgodnie z przyjętą w orzecznictwie regułą, w przypadku wątpliwości, należy przyjąć interpretację korzystną dla wykonawcy, co oznacza, że nie jest dozwolone, w tym przypadku przy interpretacji warunku udziału w postępowaniu, stosowanie wykładni zawężającej.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 PZP i art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez wykluczenia Asseco, pomimo tego, że wykonawca ten, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunek udziału w Postępowaniu określony w rozdziale V pkt 2 ppkt 3 lit. a) SIWZ - dalej jako: „ZARZUT#2”, oświadczył, że zarzut jest niezasadny i winien podlegać oddaleniu.

Teza o wprowadzeniu przez Zgłaszającego Przystąpienie w błąd Zamawiającego zasadzona jest na nieuprawnionej, zawężającej interpretacji warunku udziału w postępowaniu dokonanej przez Odwołującego i opiera się ona na stwierdzeniu, że Asseco nie spełniła warunku udziału w postępowaniu.

Zdaniem Zgłaszającego Przystąpienie - staranie i jednoznacznie wyjaśnił w pkt II niniejszego pisma w jaki sposób został opisany przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu przez Zamawiającego oraz w jaki sposób warunek ten został przez Asseco spełniony.

Zaznaczył przy tym, że podmioty ubiegające się wspólnie o zamówienie, które są profesjonalnymi podmiotami, które wielokrotnie brały udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego i składając ofertę ze szczególną uwagą zbadały treść warunków udziału w postępowaniu oraz kwestię ich spełniania.

Ze wskazanych powyżej powodów stwierdził, że skoro Odwołujący nie wykazał i nie udowodnił, że Zgłaszający Przystąpienie nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, nie może być skutecznie podnoszony zarzut wprowadzenia w błąd Zamawiającego.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum ASSECO do wyjaśnień w zakresie projektu wskazanego przez ASSECO w pkt 3 „Wykazu dostaw” na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej określonego w rozdziale V pkt 2 ppkt 3 lit. a) SIWZ, pomimo tego, że na podstawie przedłożonego „Wykazu dostaw” oraz referencji wystawionej na rzecz ADS przez Górnśląsko - Zagłębiowską Metropolię, Zamawiający dochowując należytej staranności powinien co najmniej powziąć wątpliwość co do zakresu prac wykonanych przez ADS, co obligowało Zamawiającego do zwrócenia się o udzielenie stosownych wyjaśnień w tym zakresie dalej jako: „ZARZUT#3”, oświadczył, że zarzut jest niezasadny i winien podlegać oddaleniu.

Zdaniem Zgłaszającego Przystąpienie - nie zachodzą przesłanki do tego, aby Zamawiający był zobligowany do zwrócenia się do Zgłaszającego Przystąpienie o udzielenie stosownych wyjaśnień w tym zakresie.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako: „UZNK”) poprzez zaniechanie odtajnienia oświadczeń i dokumentów złożonych przez Asseco w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 PZP w postaci:

1) „Wykazu osób”,

2) „Informacji z banku potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy”,

3) „Dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej - polisy OC wraz z dowodem opłacenia składek”, pomimo tego, że powyższe dokumenty i oświadczenia nie spełniają przesłanek, od spełnienia których zależy możliwość ich skutecznego zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa - dalej jako: „ZARZUT#4”, oświadczył, że zarzut winien podlegać odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 PZP jako złożony po upływie terminu przewidzianego przepisami prawa.

Asseco wskazał, że Krajowa Izba Odwoławcza winna odrzucić odwołanie (lub zarzut odwołania) jeśli stwierdzi, że odwołanie lub zarzut zostały wniesione po upływie terminu określonego w przepisach prawa. Terminy na wnoszenie odwołań, uzależnione są od wartości zamówienia, a także czynności bądź zaniechania której dotyczy i zostały określone w art. 182 PZP. Zważywszy na wartość zamówienia w przedmiotowej sprawie winna mieć zastosowanie norma określona w art. 182 ust. 3 pkt 1 PZP, zgodnie z którą wobec czynności lub zaniechania, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

W związku z tym Przystępujący przedstawił następujący stan faktyczny:

1) W dniu 1 czerwca 2020 r. nastąpiło otwarcie ofert. Zgodnie z art. 8 ust. 3 PZP Asseco wraz z ofertą złożyła zastrzeżenie, że część jej oferty, w tym wskazane przez Odwołującego dokumenty i oświadczenia, nie mogą być udostępniane innym podmiotom oraz wykazała, iż informacje zawarte w tych dokumentach i oświadczeniach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Zgłaszającego Przystąpienie.

2) W dniu 13 lipca 2020 roku Asseco złożyła odwołanie na czynność zaniechania odtajnienia przez Odwołującego oraz Thales Polska Sp. z o. o. — lider; Revenue Collection System (dalej: „Thales”) części zastrzeżonych dokumentów i oświadczeń przez Odwołującego i Thales. W efekcie złożonego odwołania Zamawiający uznał część zarzutów, a w pozostałym zakresie Krajowa Izba Odwoławcza uznała odwołanie za zasadne i nakazała odtajnienie ofert Odwołującego i Thales (syg. akt KIO 1615/20). W trakcie rozprawy, która odbywała się w dniu 21 sierpnia 2020 r. Zamawiający poinformował, a Odwołujący w czasie rozprawy potwierdził, że w dniu 20 sierpnia 2020 r. otrzymał od Zamawiającego treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa części oferty Asseco.

3) Biorąc powyższe pod uwagę należy uznać, że w dniu 01 czerwca 2020 roku Odwołujący powziął lub mógł informację o fakcie zastrzeżenia jawności części oferty przez Asseco, bowiem zgodnie z treścią art. 86 ust. 1 PZP od tego dnia uczestnicy postępowania odwoławczego uzyskują uprawnienie do zapoznania się treścią ofert. W dniu 20 sierpnia 2020 roku Odwołujący otrzymał uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Ze względu na treść przepisów art. 189 ust. 3 pkt 1 PZP oraz art. 182 PZP podniósł, że Odwołujący nie dochował należytej staranności w celu ochrony swojego interesu prawnego.

Wobec nieprzekazania przez Zamawiającego część zastrzeżonej oferty Asseco, Odwołujący winien złożyć odwołanie, którego przedmiotem winno być nakazanie Zamawiającemu zdjęcia klauzuli „zastrzeżone” z oferty Asseco, najpóźniej w dniu 31 sierpnia 2020 r., kiedy upływał termin wskazany w art. 182 ust. 3 pkt PZP. Tymczasem Odwołujący wnosi odpowiedni zarzut dopiero w dniu 27 listopada 2020 r., a więc daleko po terminie w którym powziął lub przy zachowaniu należytej staranności mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania.

Zauważył, że Odwołujący usiłując przywrócić sobie termin na skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego, kwestionuje prawidłowość badania dokonanego przez Zamawiającego, wskazując, że było to badanie i ocena in abstracto, jedynie w oparciu o uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy i bez odniesienia do zawartości konkretnego dokumentu lub oświadczenia.

Wskazał, że zarzut Odwołującego jest zupełnie chybiony, albowiem prawidłowe jest działanie Zamawiającego polegające na badaniu przesłanek do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w oparciu o treść pisma zawierającego takie uzasadnienie bezpośrednio po jego otrzymaniu od wykonawcy.

Według Przystępującego - przesłanki zastrzeżenia nie zaistniały dopiero w momencie przedłożenia odpowiednio wykazu osób, polisy OC wraz z dowodem jego opłacenia, czy też informacji z banku, ale w momencie ich przedłożenia

Zamawiającemu. Dokumenty takie jak wykaz osób, polisa OC wraz z dowodem jej opłacenia, czy też informacja z banku co do zasady mają przewidywalną treść (co do istoty sprawy), zatem prawidłowość ich zastrzeżenia można i należy badać właśnie mając na uwadze wykazanie przesłanek zastrzeżenia. Żaden z przedłożonych przez Zgłaszającego Przystąpienie dokumentów i oświadczeń nie „zaskoczył” Zamawiającego, treść żadnego z dokumentów nie zawierała treści innych niż zastrzeżone pismem złożonym wraz z ofertą.

Zwrócił uwagę, że argumenty podniesione przez Odwołującego w związku z przedmiotowym zarzutem oprócz rzekomego badania i oceny in abstracto, o czym była mowa powyżej, odnoszą się wprost do treści zastrzeżenia (argumenty dotyczące rzekomego braku udowodnienia przesłanek, braku możliwości zastrzeżenia treści dokumentów w całości, braku udowodnienia próby „podkupowania” pracowników), z którym to zastrzeżeniem i przesłankami Odwołujący zapoznał się już 20 sierpnia 2020 r., zatem niewątpliwie termin na podniesienie przedmiotowego zarzutu upłynął.

Zgłaszający Przystąpienie wskazał, że tylko on złożył odwołanie w dniu 13 lipca 2020 roku, którego przedmiotem było zaniechanie przez Zamawiającego odtajnienia części oferty innych uczestników postępowania o zamówienie publiczne w tym Odwołującego (sygn. akt KIO 1615/20).

Wówczas Odwołujący, próbował (nieskutecznie) podnieść zarzut przekroczenia terminu na wniesienie odwołania przez Asseco, co oznacza, że Odwołujący miał świadomość, że zaniechanie wniesienia odwołania skutkować będzie odrzuceniem odwołania lub w tym przypadku zarzutu. Dlatego też celem uniknięcia odrzucenia odwołania, Odwołujący winien liczyć termin do złożenia odwołania od możliwie najwcześniejszego terminu, nawet jeśli działanie takie wiązałoby się z ryzykiem oddalenia odwołania jako przedwczesnego. Uchybienie terminowi na wniesienie odwołania spowoduje brak możliwości ochrony interesów Odwołującego, natomiast uzyskanie wyroku oddalającego odwołanie z powodu jego przedwczesności, nie zamyka drogi do ponownego zaskarżenia wadliwej czynności lub zaniechania Zamawiającego w terminie późniejszym.

Z przyczyn wskazanych powyżej wnosił o odrzucenie „ZARZUTU#4”.

W przypadku, gdyby jednak Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zarzut winien podlegać rozpoznaniu, oświadczył, że „ZARZUT#4” jest niezasadny i winien podlegać oddaleniu.

Zgłaszający Przystąpienie wskazał, że przepis art. 8 ust. 3 PZP stanowi, iż 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 PZP.

Z kolei, zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz. U. z 2020 r., poz. 1913) (dalej: UZNK), przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Mając na uwadze treść art. 11 ust. 4 UZNK stwierdził, iż aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa niezbędne jest spełnienie co najmniej dwóch przesłanek:

- 1) przesłanka dotycząca charakteru informacji (informacje posiadająca wartość gospodarczą;
- 2) przesłanka dotycząca podjęcia przez przedsiębiorcę działań w celu ochrony danych.

Według Przystępującego - dochował wszystkich warunków określonych przez przepisy prawa, aby uznać, że oferta w zakresie wnioskowanym przez Odwołującego, powinna podlegać ochronie przed dostępem dla innych podmiotów za wyjątkiem Zamawiającego.

Jest to uprawniona forma ochrony swojego interesu prawnego przez Asseco, bowiem Zgłaszający Przystąpienie złożył odpowiednią informację o zastrzeżonych informacjach razem z ofertą, a więc przed 1 czerwca 2020 r.

Przedłożył również szczegółowe uzasadnienie, w którym wyłożył i wyjaśnił, które informacje i z jakich przyczyn stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a zatem podlegają ochronie przewidzianej w art. 8 ust. 3 PZP.

Z tej przyczyny wnosił o oddalenie „ZARZUTU#4”.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 PZP poprzez wybór oferty Asseco jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, pomimo tego, że zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert za najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta Odwołującego - dalej jako: „ZARZUT#5”, oświadczył, że jego oferta winna zostać uznana za najkorzystniejszą. Jedyną okolicznością wskazaną przez Odwołującego dla poparcia swojej tezy jest twierdzenie wskazane w pkt 53:

„53. Powyższe argumenty prowadzą bowiem do wniosku, że Konsorcjum ASSECO powinno zostać wykluczone z Postępowania zaś jego oferta odrzucona, co oznacza, że wybór oferty Konsorcjum ASSECO był nieprawidłowy.”.

Zgłaszający Przystąpienie wskazał w przedmiotowym piśmie procesowym, że nie ma podstaw do wykluczenia Asseco z przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne, zatem nie jest prawdziwa teza wyjściowa Odwołującego.

Zdaniem Przystępującego - wybór oferty Asseco został dokonany zgodnie z obowiązującymi przepisami, a jego oferta spełnia wszystkie wymagania określone w SIWZ.

Dodatkowo wskazał, że nie wykazał również Odwołujący związku przyczynowo skutkowego pomiędzy „wykluczeniem z postępowania Asseco”, a „zaniechaniem wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej”.

Odwołujący nie mógł takiego związku przyczynowego wskazać, bo takiego związku nie ma.

Przyjmując nawet teoretycznie, że Asseco zostanie wykluczona z postępowania, nie oznacza to, że oferta Odwołującego ma zostać uznana automatycznie za najkorzystniejszą.

Według Odwołującego - w takim bowiem przypadku, Odwołujący zostanie wezwany do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 1 PZP, i dopiero po sprawdzeniu przez Zmawiającego czy te dokumenty i oświadczenia spełniają wszystkie wymagania przewidziane w SIWZ, mogłoby dojść do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Z tej przyczyny żądanie na obecnym etapie przedmiotowego postępowania uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą, jest żądaniem przedwczesnym.

Z tej przyczyny wnosił o oddalenie „ZARZUTU#5”.

Do przedmiotowego pisma procesowego przedłożył kopie następujących dokumentów:

1. List referencyjny wystawiony przez Asseco Poland SA z 05.11.2020 r.
2. Oświadczenie Asseco Poland SA z dnia 20.06.2016 r.
3. Pismo GZM z 11.12.2020 r. „Potwierdzenie wykonanych prac (nr IN.1333.2.3.2020 RKW-4418-2020)
4. Protokół odbioru Etapu I projektu dla MZK Tychy z dnia 06.12.2019 r.
5. Protokół odbioru Etapu II projektu dla MZK Tychy; (dokument: Dowód 3 Protokół Odbioru Tychy Etap II.pdf);
6. Umowa DSI/5/PS/167/DO/190/2018 zawarta w dniu 22.06.2018
7. „Wymagania dla modyfikacji” z 10.07.2018 r. - zakres funkcjonalny platformy integracyjnej zrealizowanej w ramach umowy DSI/5/PS/167/DO/190/2018
8. „Wymagania dla modyfikacji” z dnia 02.08.2018 r. - Zakres integracji platformy integracyjnej z systemem SDIP zrealizowany w ramach umowy DSI/5/PS/167/DO/190/2018
9. „Wymagania dla modyfikacji” z dnia 02.08.2018 r. zakres zmian w oprogramowaniu komputera pokładowego i modułu Data Broker zrealizowany w ramach umowy DSI/5/PS/167/DO/190/2018
10. „Wymagania dla modyfikacji” z dnia 13.07.2018 r. - zakres zmian w oprogramowaniu Modułu reklamacji Systemu SKUP zrealizowany w ramach umowy DSI/5/PS/167/DO/190/2018,
11. „Wymagania dla modyfikacji” z dnia 13.07.2018 r. - zakres oprogramowania do zdalnego zarządzania Kartą SKUP zrealizowany w ramach umowy DSI/5/PS/167/DO/190/2018
12. Wymagania dla modyfikacji” z dnia 17.07.2018 r. - zakres oprogramowania Aplikacja Mobilna zrealizowany w ramach umowy DSI/5/PS/167/DO/190/2018
13. „Wymagania dla modyfikacji” z dnia 13.07.2018 r. - zakres zmian w oprogramowaniu Portalu Klienta zrealizowany w ramach umowy DSI/5/PS/167/DO/190/2018,
14. Rejestr zmian istotnych w Systemie SKUP potwierdzonych przez GZM, o których mowa w punkcie I b. pisma GZM z dnia 11.12.2020 r.
15. Rejestr zmian w Systemie SKUP potwierdzonych przez Asseco Poland SA,
16. „Wymagania dla Metrobiletu i Mobilnej Aplikacji Kontrolera. Załącznik do pisma RŚ.042.16.2.31.2018.DM”, oprogramowanie zrealizowane w ramach zmian istotnych SKUP
17. Protokół odbioru Mobilnej Aplikacji Kontrolera z dnia 06.06.2019 r.
18. Protokół odbioru Metrobiletu z dnia 31.05.2019 r.

KIO 3119/20

Zamawiający przesłał Odwołującemu: wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: Thales Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Reyenue Collection Systems France SAS, Zonę Industrielle Les Bordes, 91220 Le Plessis- Pâté, Francja informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Asseco Data System S.A. i AEP Ticketing Solutions s.r.l. zwanych dalej łącznie

„Asseco” lub „Przystępującym” oraz opublikował ją na swojej stronie internetowej w dniu 17 listopada 2020 r.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 27 listopada 2020 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego polegających na:

1)wyborze oferty „Asseco” jako najkorzystniejszej w postępowaniu;

2)przyjęciu, że Asseco w sposób prawidłowy i skuteczny zastrzegło jako tajemnicę swojego przedsiębiorstwa następujące dokumenty:

a)Wykaz osób,

b)Informacja z banku potwierdzająca wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową,

c)Dokument potwierdzający ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej - polisa OC wraz z dowodem opłacenia składek, co skutkowało zaniechaniem odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu tych dokumentów;

3)niewykonaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 października 2020 r. (sygn. akt: KIO 1615/20, KIO 1660/20, KIO 1687/20, KIO 1688/20) w zakresie ponownego badania ofert złożonych w Postępowaniu, a w ramach tej czynności zaniechaniu wykluczenia Asseco i Conduent Business Solutions (France) SAS (dalej jako „Conduent”) z udziału w postępowaniu, pomimo tego że wykonawcy wprowadzili lub mogli wprowadzić Zamawiającego w błąd co do podstaw wykluczenia ich z postępowania;

a co najmniej na

zaniechaniu wezwania Asseco i Conduent do wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 10 Pzp, celem umożliwienia im wykazania, że ich udział w przygotowaniu postępowania nie zakłócił konkurencji;

4)niewykonaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 października 2020 r. (sygn. akt: KIO 1615/20, KIO 1660/20, KIO 1687/20, KIO 1688/20) w zakresie ponownego badania ofert złożonych w postępowaniu, a w ramach tej czynności zaniechaniu wezwania Asseco i Conduent do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp w zakresie istotnych części składowych ceny zawartych w pkt 6 tabeli cenowej zawartej w ofertach wykonawców;

5)zaniechaniu wykluczenia Asseco z udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy wykonawca Asseco wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu;

a co najmniej na

zaniechaniu wezwania wykonawcy Asseco do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp i błędnym przyjęciu, że Asseco spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlegała wykluczeniu z udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy Wykonawca nie przedłożył dokumentów potwierdzających wykonanie wszystkich, deklarowanych dostaw, uwzględniających wymagane przez Zamawiającego funkcjonalności ewentualnie

zaniechaniu do wezwania Asseco do wyjaśnień z art. 26 ust. 4 Pzp w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w zakresie dotyczącym usługi realizowanej w ramach projektu ŚKUP, albowiem przedłożona referencja nie wskazuje, aby warunek został spełniony wykazaną usługą;

6)zaniechaniu wezwania Asseco w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia dokumentów lub do udzielania wyjaśnień, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania, w zakresie, w jakim dokumenty przedstawione w odniesieniu do AEP Ticketing Solutions S. R. L. są niekompletne i budzą wątpliwości co do prawidłowości wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 13,14 i 21 ustawy Pzp.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisu:

1)art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 Pzp oraz w zw. z art 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dalej jako: „u.z.n.k.”, w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez niezasadne przyjęcie, że informacje zawarte w następujących dokumentach:

a)Wykaz osób,

b)Informacja z banku potwierdzająca wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową,

c)Dokument potwierdzający ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej - polisa OC wraz z dowodem opłacenia składek,

stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Asseco, a w ślad za tym zaniechanie udostępnienia wskazanych dokumentów Odwołującemu, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia naczelnej zasady prawa zamówień publicznych, tj. zasady jawności postępowania, a także utrudnia wykonawcom udział w postępowaniu, pozbawiając ich możliwości weryfikacji spełnienia przez Asseco warunków udziału w postępowaniu, co jednocześnie prowadzi do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz jest niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;

2)art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niewykonanie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 października 2020 r. (sygn. akt: KIO 1615/20, KIO 1660/20, KIO 1687/20, KIO 1688/20) w zakresie ponownego badania ofert złożonych w Postępowaniu, a w ramach tej czynności zaniechanie wykluczenia Asseco i Conduent z udziału w postępowaniu pomimo tego, że wykonawcy wprowadzili Zamawiającego w błąd co do podstaw wykluczenia ich z postępowania;

względnie (na wypadek niemożności przypisania Wykonawcy działania w sposób zamierzony lub w wyniku rażącego niedbalstwa)

art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niewykonanie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 października 2020 r. (sygn. akt: KIO 1615/20, KIO 1660/20, KIO 1687/20, KIO 1688/20) w zakresie ponownego badania ofert złożonych w postępowaniu, mogących mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego podejmowane przez niego w Postępowaniu, a w ramach tej czynności zaniechanie wykluczenia Asseco i Conduent z udziału w postępowaniu pomimo tego, że wykonawcy przedstawili w JEDZ informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego co do ich zaangażowania w przygotowanie postępowania, a tym samym do braku podstaw do wykluczenia wykonawców z postępowania;

względnie (na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę wyżej wymienionego zarzutu)

3)art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 10 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niewykonanie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 października 2020 r. (sygn. akt: KIO 1615/20, KIO 1660/20, KIO 1687/20, KIO 1688/20) w zakresie ponownego badania ofert złożonych w Postępowaniu, a w ramach tej czynności zaniechanie wezwania Asseco i Conduent do wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 10 Pzp, celem umożliwienia im wykazania, że ich udział w przygotowaniu postępowania nie zakłócił konkurencji;

4)art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1a w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niewykonanie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 października 2020 r. (sygn. akt: KIO 1615/20, KIO 1660/20, KIO 1687/20, KIO 1688/20) w zakresie ponownego badania ofert złożonych w postępowaniu, a w ramach tej czynności zaniechanie wezwania Asseco i Conduent do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp w zakresie istotnych części składowych ceny zawartych w pkt 6 tabeli cenowej zawartej w ofertach wykonawców, a dokładnie:

a)w przypadku Asseco - w pkt 6.1.2 i 6.2.2 tabeli cenowej zawartej w ofercie tego wykonawcy,

b)w przypadku Conduent - w pkt 6.1.3, 6.1.4 i 6.2.4 tabeli cenowej zawartej w ofercie tego wykonawcy;

5)art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Asseco z postępowania w sytuacji, gdy Asseco, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy (doświadczenie);

względnie (na wypadek nie uznania przez Izbę wyżej wymienionego zarzutu)

6)naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Asseco z postępowania w sytuacji, gdy Asseco, co najmniej w wyniku niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego co do spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy (doświadczenie), mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu;

względnie (na wypadek nie uznania przez Izbę wyżej wymienionego zarzutu)

7)naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp w związku z art. 25 ust. 1 Pzp i art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Asseco do udzielenia wyjaśnień dotyczących zakresu prac wykonanych w ramach zadania „Rozszerzenie systemu SKUP na pojazdy MZK Tychy” lub do uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie i ukończenie przez niego dostaw przedstawionych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy dokumenty przedstawione przez Asseco okoliczności tych nie potwierdzały; względnie (przy braku uwzględnienia wyżej wymienionych zarzutów dotyczących warunku udziału w postępowaniu)

8)naruszenie art. 26 ust. 4 Pzp poprzez brak wezwania do wyjaśnień w zakresie warunku udziału w postępowaniu, na poczet którego Asseco przedłożyło usługę realizowaną w ramach projektu ŚKUP, a z przedłożonej referencji, jak i z powszechnie dostępnej dokumentacji z tego projektu nie wynika, aby usługi objęte warunkiem w niniejszej sprawie był realizowane w ramach tego projektu w ostatnich 3 latach;

9)art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 13,14 i 21 Pzp w zw. z art. 7 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Asseco w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia dokumentów lub do udzielania wyjaśnień, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania, w zakresie, w jakim dokumenty przedstawione w odniesieniu do AEP Ticketing Solutions S. R. L. są niekompletne i budzą wątpliwości co do prawidłowości wykazania spełnienia warunków

udziału w postępowaniu w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 13, 14 i 21 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, wnosił o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert;

2) przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności wykluczenie Asseco i Conduent z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp;

i względnie, (w przypadku uznania przez Izbę braku podstaw do wykluczenia Asseco lub Conduent z postępowania);

3) przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności;

a) nakazanie Zamawiającemu udostępnienia Odwołującemu całości dokumentów złożonych przez Asseco w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 30 października 2020 r. do złożenia aktualnych na dzień złożenia dokumentów w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz w zakresie niepodlegania wykluczeniu, w tym w szczególności nakazanie Zamawiającemu udostępnienia Odwołującemu informacji zawartych w załącznikach nr 14, 15 i 16 do pisma Asseco z dnia 9 listopada 2020 r., tj.:

- Wykazu osób,

- Informacji z banku potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową,

- Dokumentu potwierdzający ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej - polisa OC wraz z dowodem opłacenia składek

a co najmniej następujących informacji:

- Dane ubezpieczającego,

- Dane ubezpieczyciela,

- Suma ubezpieczenia,

- Okres ubezpieczenia,

- Przedmiot ubezpieczenia,

- Inne informacje zawarte w tych dokumentach, które potwierdzają spełnianie przez Asseco warunków udziału w postępowaniu i posiadania przez tego wykonawcę odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej.

b) nakazanie Zamawiającemu wezwania Asseco i Conduent do wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 10 Pzp,

c) nakazanie Zamawiającemu wezwania Asseco i Conduent do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, w tym do złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny zaoferowanej przez:

- Asseco w pkt 6.1.2 i 6.2.2 tabeli cenowej zawartej w ofercie tego wykonawcy;

- Conduent w pkt 6.1.3, 6.1.4 i 6.2.4 tabeli cenowej zawartej w ofercie tego wykonawcy,

d) nakazanie Zamawiającemu wezwania Asseco do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 Pzp dotyczących zakresu prac wykonanych w ramach zadania „Rozszerzenie systemu SKUP na pojazdy MZK Tychy” lub do uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie i ukończenie przez niego dostaw przedstawionych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy dokumenty przedstawione przez Asseco okoliczności tych nie potwierdzały,

e) nakazanie Zamawiającemu wezwania Asseco w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia dokumentów lub do udzielania wyjaśnień w zakresie, w jakim dokumenty przedstawione w odniesieniu do AEP Ticketing Solutions S. R. L. są niekompletne i budzą wątpliwości co do prawidłowości wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 13, 14 i 21 ustawy Pzp.

Odwołujący stwierdził, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania.

Wskazał, że pismem z dnia 17 listopada 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty Asseco jako oferty najkorzystniejszej, za którą pierwotnie Zamawiający uznał ofertę Odwołującego i tym samym pismem Zamawiający poinformował także o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Zauważył, że w motywach swojej decyzji Zamawiający odwołał się do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 października 2020 r., który zapadł w sprawach toczących się pod sygnaturami: KIO 1615/20, KIO 1660/20, KIO 1687/20, KIO 1688/20, w którym Izba nakazała Zamawiającemu m.in. odrzucenie oferty Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego - Zamawiający wykonał wyrok Izby w sposób niepełny, odczytując wybiórczo stanowisko Izby, czym doprowadził do nierównego traktowania wykonawców w Postępowaniu.

Zaznaczył, że w wyżej wymienionym wyroku Izba nakazała bowiem przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert, czyli wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, a zatem w ramach tych czynności Zamawiający winien był więc wziąć pod uwagę także dalsze rozważania i stanowiska Izby wyrażone między innymi w odniesieniu konieczności

odebrania od wykonawców wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, czy też przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania, gdzie Izba stwierdziła w tym zakresie naruszenia po stronie Zamawiającego, co (przynajmniej pośrednio) wiązało się z decyzją Izby o nakazaniu odrzucenia oferty Odwołującego.

W związku z tym, Odwołujący wywodził, że skoro Izba przesądziła, jak (w ramach niniejszego postępowania) należy rozumieć pojęcie „istotnej części składowej ceny”, i uznała, że pozycje z pkt 6.1 i 6.2 formularza ofertowego należy uznać za istotne części składowe ceny, to Zamawiający winien to stanowisko wziąć pod uwagę przy badaniu i ocenie ofert Asseco i Conduent, czego nie uczynił.

Z uwagi na zaoferowane przez Conduent i Asseco ceny w tej części formularza ofertowego Zamawiający powinien był zastosować się do ustaleń Izby i wezwać wykonawców do wyjaśnień ceny, czego nie uczynił.

Według Odwołującego - podobnie Zamawiający nie wziął pod uwagę stanowiska Izby w zakresie wcześniejszego udziału wykonawców w dialogu technicznym i jego potencjalnego wpływu na naruszenie konkurencji w postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego - wybiórcze wykonanie wyroku Izby z dnia 14 października 2020 r. skutkowało między innymi wyborem oferty Asseco jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy w zakresie oferty Asseco (a być może także w odniesieniu do oferty Conduent) zaistniały podstawy do ich odrzucenia lub do wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniu. W takim przypadku, istniałyby podstawy do unieważnienia postępowania i ponownego jego ogłoszenia. To z kolei umożliwiłoby Odwołującemu ponowne złożenie oferty i ubieganie się o udzielenie zamówienia.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący wyjaśnił, że szczegółowa analiza dokumentów przedłożonych przez Asseco wskazuje na to, że Asseco nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a nawet że przekazało w tym zakresie Zamawiającemu nieprawdziwe informacje, a to z kolei winno skutkować wykluczeniem Asseco z postępowania. W takim przypadku, wobec wyższej ceny od Asseco, zaoferowanej przez Conduent, istniałoby prawdopodobieństwo, że Zamawiający będzie zmuszony unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, co również, w przypadku ponownego ogłoszenia postępowania, otwierałoby Odwołującemu drogę do złożenia najkorzystniejszej oferty w kolejnym postępowaniu.

Z powyższego wnioskował, że Odwołujący miał interes we wniesieniu niniejszego odwołania i ma nadal interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, mimo odrzucenia oferty Odwołującego przez Zamawiającego, bowiem zaskarżył do Sądu Okręgowego w Gdańsku wyrok Izby w sprawach KIO 1615/20, KIO 1660/20, KIO 1687/20, KIO 1688/20, w wykonaniu którego Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego.

W pierwszej kolejności zarzucił nieskuteczne zastrzeżenie przez Asseco tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zwrócił uwagę, że pismem z dnia 9 listopada 2020 r., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 30 października 2020 r. do złożenia aktualnych na dzień złożenia dokumentów w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz w zakresie niepodlegania wykluczeniu, Asseco przedłożyło szereg dokumentów, zaznaczając jednocześnie, że „wszelkie informacje zawarte w Załącznikach 14, 15, 16 do niniejszego pisma stanowią tajemnicę handlową i tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, podlegają ochronie prawnej i jako takie nie mogą być udostępnione innym uczestnikom postępowania. Uzasadnienie dla zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa oraz pełnomocnictwo do podpisania niniejszego pisma zostało dostarczone wraz z Ofertą.”

Z powyższego oświadczenia Odwołujący wywnioskował, że Asseco podjęło próbę utajnienia treści następujących dokumentów:

- 1) Wykazu osób;
- 2) Informacji z banku potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową;
- 3) Dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej - polisa OC wraz z dowodem opłacenia składek.

Tymczasem, podniósł, że zgodnie z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. 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.

Obecnie więc dla uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą wystąpić trzy przesłanki łącznie:

- 1) są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą;
- 2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób;

3)uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W związku z tym podkreślił, że rolą Zamawiającego w postępowaniu jest zbadanie, czy informacje zawarte w dokumentach przedstawianych przez wykonawców spełniają przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k., a zatem, czy mogą stanowić przedmiot skutecznego zastrzeżenia w trybie art. 8 ust. 3 Pzp.

Zdaniem Odwołującego - oceny, o której mowa powyżej, Zamawiający dokonuje przede wszystkim przez przyzmat przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia dokonywanego zastrzeżenia.

Odwołujący zwrócił jednak uwagę, że takie zastrzeżenie wiąże Zamawiającego tylko wówczas, gdy spełnione są przesłanki z art. 8 ust. 3 Pzp. Zamawiający winien więc ocenić, czy Wykonawca wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, i w jakim zakresie tajemnicę utrzymać.

Zaznaczył przy tym, że obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie przez niego, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Po dokonaniu analizy uzasadnienia dokonanego przez Asseco zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa stwierdził, że Asseco nie sprostало ciężarowi udowodnienia, że informacje zawarte w zastrzeganych dokumentach rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy. Zdaniem Odwołującego, Asseco nie wykazało:

1)wartości gospodarczej zastrzeganych informacji;

2)a także podejmowanych działań, celem utrzymania zastrzeganych informacji w poufności; co uzasadnia się w dalszych punktach niniejszego odwołania.

Zdaniem Odwołującego - Asseco nie wykazało, aby informacje zawarte w Wykazie osób miały dla jego przedsiębiorstwa wartość gospodarczą. Swoją argumentację wykonawca skupił na wyłącznie na ogólnikowych stwierdzeniach, że w Wykazie osób zawarte są dane dotyczące wysokiej klasy specjalistów i że ujawnienie danych dotyczących tych osób mogłoby skłonić konkurencyjne względem Asseco przedsiębiorstwa do pozyskania tych osób na własne potrzeby. Asseco nie wykazało przy tym, aby rzeczywiście takie ryzyko istniało. Nie wykazało, że doświadczyli podobnych, negatywnych zjawisk w przeszłości. Asseco nie wykazało również, aby w stosunku do swoich współpracowników podejmowało jakiegokolwiek działania mające na celu minimalizację ryzyka nawiązania przez nich współpracy z konkurencją Asseco, np. poprzez stosowanie w umowach popularnych klauzul o zakazie konkurencji, połączonych z dotkliwymi sankcjami finansowymi dla osób, które zakaz ten złamią.

Podniósł, że argumentacja Asseco sprowadza się więc do kilku ogólnych stwierdzeń wykonawcy i przytoczenia kilku orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, które zresztą w ostatnim czasie straciły już na aktualności. Z całą pewnością nie jest to wystarczające do uznania, że Asseco skutecznie zastrzegło informacje zawarte w Wykazie osób jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący przytoczył okoliczność, że w tym samym postępowaniu, tyle tylko że w odniesieniu do informacji zawartych w Wykazie osób, jaki został złożony przez Odwołującego, Asseco wskazywało na brak podstaw do utajnienia tych dokumentów przez Odwołującego.

Przypomniął, że w związku z tym Zamawiający nie odtajnił Wykazu osób złożonego przez Odwołującego, w następstwie czego Asseco wniosło odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wskazując między innymi, że: „w przypadku „Wykazu osób” zastrzeżenie informacji dotyczących kwalifikacji zawodowych, wykształcenia i doświadczenia zawodowego, zakresu wykonywanych czynności i podstawy do dysponowania personelem Thales, jest nieuprawnione.

Wyjaśnił, że powyższe informacje wskazują, jakim personelem Thales zamierza obsadzić kluczowe stanowiska na kontrakcie, o udzielenie którego się ubiega - jakim personelem dysponuje i w jaki sposób dobiera go do poszczególnych kontraktów, w jaki sposób nawiązuje z tymi osobami stosunki umowne (czy zatrudnia je jako personel własny na podstawie umowy o pracę, umowy zlecenia, umowy o świadczenie usług/współpracy, czy jako potencjał podmiotu trzeciego, a jeśli tak to, z jakim podmiotem współpracuje w celu uzyskania danego zamówienia).”.

Wobec powyższego działania wykonawcy Asseco, który w odniesieniu do tej samej kategorii danych, tego samego dokumentu, składanego w tym samym postępowaniu, prezentuje zupełnie różne stanowisko, Odwołujący wyraził zdziwienie.

Zarzucił, że w sytuacji, gdy analogicznego zastrzeżenia dokonuje konkurent Asseco, zastrzeżenie jest niedopuszczalne, ale gdy dokonuje go Asseco, to zastrzeżenie informacji jest w pełni uzasadnione, bowiem informacje te stanowią informacje o charakterze organizacyjnym, posiadającym istotną wartość gospodarczą. Okoliczności te Zamawiający także pominął.

Odnosząc się jeszcze do przywołanego przez Asseco orzecznictwa, które miało wspomóc argumentację Asseco, Odwołujący ponownie zacytował fragment odwołania Asseco z dnia 13 lipca 2020 r., gdzie Asseco podkreślało zmianę linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej. W swoim odwołaniu Asseco wskazywało: „Dodatkowo należy podkreślić, że nie

można zgodzić się ze stwierdzeniem, że istnieje utrwalona linia orzecznicza popierająca argumentację Thales. Trzeba podnieść, że Thales wskazał orzecznictwo (najstarsze orzeczenie z 2014 roku), które w ostatnich latach uległo zmianie. Dla przykładu Odwołujący wskazuje orzeczenie z dnia 09 stycznia 2018 roku (sygn. KIO 2633/17), gdzie wskazano, odmawiając waloru tajemnicy przedsiębiorstwa, m.in. „Powyższe zdaniem Izby nie jest żadną szczególną sytuacją w postępowaniach przetargowych, ma odpowiednie odniesienie niemal do każdego postępowania. Izba uznała, że Przystępujący przy doborze odpowiednich słów chce wyrzucić wrażenie zagrożenia, że jeśli udostępniłby nazwiska osób podanych w Wykazie, to natychmiast osoby te zostały by „podkupione” przez konkurencję. KIO w szeregu orzeczeniach wskazywała, że co do zasady brak jest podstaw do obejmowania tajemnicą przedsiębiorstwa wykazu osób dedykowanych do pełnienia określonych funkcji w postępowaniu przetargowym (por. wyrok dnia 13 marca 2017 r. sygn. KIO 385/17). Wykonawca ma inne różne możliwości ewentualnego zabezpieczenia się przed rezygnacją osób wskazanych w ofercie z udziału w realizacji zamówienia, chociażby poprzez zawieranie umów cywilno-prawnych w których możliwe byłoby ustalenie odszkodowania dla wykonawcy w przypadku rezygnacji osoby z udziału w postępowaniu. Stwierdzić należy, że ze względu na fakt, iż jawność postępowania jest zasadą, to jej ograniczenia poprzez objęcie części oferty tajemnicą przedsiębiorstwa, wydaje się być możliwe tylko wtedy, jeśli brak jest innej możliwości zabezpieczenia interesów wykonawcy.”.

Ponownie wyraził swoje zdziwienie wobec bardzo różnej oceny orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej w kwestii dopuszczalności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w Wykazie osób.

Odwołujący dodał również, że zastrzegając informacje zawarte w Wykazie osób, Asseco również odwoływało się do starszego orzecznictwa Izby (tak jak Odwołujący), po czym nieco ponad miesiąc później dostrzegając już nieaktualność wcześniejszych orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie.

Podniósł, że w tych okolicznościach zachowanie Zamawiającego było zastanawiające, który, widząc „płynne” stanowisko Asseco, zaniechał odtajnienia informacji zawartych w Wykazie osób.

Zauważył przy tym, że Zamawiający uczestniczył w postępowaniu odwoławczym, które toczyło się przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawie KIO 1615/20 w związku z odwołaniem wniesionym przez Asseco i:

1)uwzględnił odwołanie Asseco - dzieląc argumentację Asseco co do braku podstaw utajnienia informacji zawartych w Wykazie osób złożonym przez Thales;

2)był na ogłoszeniu wyroku w tej sprawie i zapoznał się ze stanowiskiem Izby, która rozpoznawała sprawę w związku ze sprzeciwem złożonym przez Odwołującego i wykonawcę Conduent - Izba uwzględniła odwołanie Asseco i nakazała udostępnienie zastrzeżonych dokumentów.

Ponadto, wskazał, że w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 października 2020 r. Izba, oceniając skuteczność dokonanego przez Thales zastrzeżenia informacji zawartych w Wykazie osób jako tajemnicę przedsiębiorstwa, wskazywała że: „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. [...] 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 naraża wykonawcę na nadmierne trudności. Z pewnością tak jest w przypadku przesłanki podjęcia działań w celu utrzymania zastrzeganych informacji w poufności.” (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 października 2020 r., sygn. akt: KIO 1615/20, KIO 1660/20, KIO 1687/20, KIO 1688/20).

W związku z tym uznał, że Zamawiający winien także z uwzględnieniem powyższych wytycznych Izby dokonać oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Asseco, czego jednak Zamawiający zaniechał.

Według Odwołującego - przy merytorycznie zbliżonych motywach zastrzeżenia informacji zawartych w Wykazie

osób jako tajemnicę przedsiębiorcy przez dwóch wykonawców, biorących udział w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, różne zachowanie Zamawiającego i brak konsekwentnego udostępnienia Wykazu osób złożonego przez Asseco innym wykonawcom, należy uznać za przejaw skrajnie nierównego traktowania wykonawców w postępowaniu i faworyzowanie jednego wykonawcy, co stanowi naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Pzp.

Takie działanie Zamawiającego jest wyrazem utrudniania pozostałym wykonawcom kontroli działań Zamawiającego w postępowaniu i decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, co należy uznać za niedopuszczalne.

Argumentował, że nie ulega także wątpliwości, że jedynym powodem, dla którego Asseco podjęło próbę zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji z banku potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową, jest chęć utrudnienia pozostałym wykonawcom skontrolowania, czy Asseco spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej wykonawcy.

W tym przypadku również Asseco nie wykazało w przekonujący sposób, że informacje zawarte w tych dokumentach mają dla wykonawcy wartość gospodarczą, bowiem uzasadniając zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca wskazał jedynie, że „Udostępnienie takich danych podmiotom konkurencyjnym może mieć negatywne konsekwencje dla Wykonawcy - m.in. poprzez fakt, iż podmioty te posiadają informacje pokazujące, jaki jest potencjał finansowy oraz kondycja spółki w danym momencie i w jakich postępowaniach (na jakie kwoty) może ona uczestniczyć.”.

Zarzucił, że Asseco nie wykazało jednak, na czym potencjalne, negatywne konsekwencje dla Asseco, mają polegać. Na czym mogłyby polegać szkoda wykonawcy, który pokazuje swój potencjał finansowy? W jaki sposób wiedza o tym, o jakie postępowanie Asseco mogłoby się ubiegać, zagraża Asseco?

Zdaniem Odwołującego - z samego faktu, że wykonawca jest zdolny bądź nie jest zdolny do wzięcia udziału w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie wynika żadna szczególnie cenna wiedza dla innych konkurentów. Taka informacja nie ma żadnej wartości gospodarczej. Jej ujawnienie do wiadomości publicznej ani nie wpływa na konkurencyjność oferty Asseco, nie wpływa na jego politykę cenową, nie może być też wykorzystana przez konkurentów Asseco ze szkodą dla wykonawcy, tym bardziej że przepisy PZP pozwalają na wykorzystanie potencjału finansowego innych podmiotów poprzez zobowiązanie lub zawiązanie konsorcjum. Wiedza o potencjale finansowym Asseco może być co najwyżej wyznacznikiem tego, czy o udzielenie danego zamówienia Asseco może ubiegać się samo, czy też musi korzystać z potencjału podmiotu trzeciego, co jest wiedzą całkowicie obojętną z punktu widzenia konkurentów Asseco. Informacja ta z pewnością nie ma wartości gospodarczej.

Odwołujący zwrócił przy tym uwagę, że zaniechanie ujawnienia informacji złożonych przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter wyjątku od ogólnej zasady jawności postępowania. Powoływanie się przez wykonawcę na tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być spowodowane wyłącznie chęcią utrudnienia pozostałym wykonawcom skontrolowania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez tego wykonawcę. Tymczasem z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w tym postępowaniu i co jednoznacznie wspiera Zamawiający.

Zauważył, że stanowisko Odwołującego znajduje zresztą poparcie w najnowszym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, gdzie wskazuje się (tu akurat w odniesieniu do opinii bankowej), że: „Za tajemnicę przedsiębiorstwa nie można uznać również opinii bankowej przedkładanej Zamawiającemu, bowiem dokument ten zawiera jedynie bardzo ogólne informacje, potwierdzające, że dany wykonawca posiada zdolność kredytową na poziomie wymaganym przez Zamawiającego, których ujawnienie nie może spowodować żadnej szkody po stronie Advatech.” (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 czerwca 2019 r., sygn. akt: KIO 1034/19, LEX nr 2711607).

W przekonaniu Odwołującego - zarówno bowiem informacja o zdolności kredytowej wykonawcy, jak i o środkach zgromadzonych na jego rachunku bankowym, nie mają dla wykonawcy żadnej wymiernej wartości gospodarczej, zwłaszcza że jest to jedynie obraz stanu faktycznego, który przecież może w każdym momencie ulec zmianie, a tym samym nie ma charakteru uniwersalnego. Okoliczność ta tym bardziej uniemożliwia wykonawcom skuteczne zastrzeżenie takich informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący zwrócił także uwagę, że całkowicie chybiona jest próba uzasadnienia wartości gospodarczej informacji z banku potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy tajemnicą bankową. Fakt, że określone informacje są objęte tajemnicą bankową, nie potwierdza wartości gospodarczej tych informacji w rozumieniu art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Co więcej, adresatem przepisu art. 104 Prawa bankowego jest szeroko rozumiany bank (w tym także jego pracownicy, byli pracownicy czy też osoby, za pośrednictwem których bank dokonuje czynności bankowych), a nie klient tego banku.

Podmiot, którego dotyczą dane objęte tajemnicą bankową, jest ich dysponentem i ma prawo rozpowszechniać i upubliczniać informacje stanowiące tajemnicę bankową, które go dotyczą (B. Bajor, Prawo banków. Komentarz do przepisów cywilnoprawnych, WKP 2020). Dlatego też Asseco nie może zasłaniać się tajemnicą bankową, która go w

żaden sposób nie wiąże.

W ocenie Odwołującego - z punktu widzenia oceny skuteczności zastrzeżenia informacji z banku potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Asseco istotne jest zatem przede wszystkim ustalenie, czy zastrzegane informacje mają rzeczywiście dla Asseco wartość gospodarczą.

Zdaniem Odwołującego - temu obowiązki Asseco nie sprostало, a zatem Zamawiający winien był udostępnić Odwołującemu dokumenty, stanowiące załącznik nr 15 pisma Asseco z dnia 9 listopada 2020 r.

Zarzucił zaniechanie wykazania wartości gospodarczej informacji zawartych w dokumencie potwierdzającym ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej - polisa OC wraz z dowodem opłacenia składek.

Zauważył również, że analogiczne zarzuty Odwołujący formułuje w odniesieniu do próby zastrzeżenia przez Asseco informacji zawartych w dokumencie potwierdzającym ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej - polisa OC wraz z dowodem opłacenia składek. Również i w tym przypadku Asseco nie sprostало ciężarowi wykazania, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa, a przede wszystkim nie wykazało wartości gospodarczej wszystkich informacji, jakie znajdują się w tych dokumentach.

Zdaniem Odwołującego - za zbyt ogólnikowe należy uznać stwierdzenie Asseco, że „szczegółowe zasady odpowiedzialności ubezpieczyciela jak i wysokość górnej granicy jego odpowiedzialności ma wartość gospodarczą, gdyż takie informacje często decydują o tym, czy potencjalny klient podpisze z wykonawcą umowę, albowiem gwarancją należytego wykonania umowy może być właśnie polisa od odpowiedzialności cywilnej”.

Według Odwołującego - taka, sprowadzająca się do jednego zdania konstatacja, nie potwierdza, że informacja ta ma dla Asseco wartość gospodarczą. Jeżeli tak, to Asseco winno ją było wykazać, odnieść do realnej sytuacji Asseco, wykazać, w jaki sposób ujawnienie tych informacji mogłoby negatywnie wpłynąć na interes tego wykonawcy. Polisy przedkładane na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie są tożsame z objęciem ochroną ubezpieczeniową przedmiotu przyszłej umowy i nie mają znaczenia z punktu widzenia „zabezpieczenia” samego kontraktu.

Zaznaczył, że fakt uzyskania polisy na określoną sumę nie jest także równoznaczny z tym, że jest to maksymalna suma ubezpieczenia, o jakie może skutecznie ubiegać się wykonawca, więc ujawnienie tych informacji w żaden sposób nie zagraża możliwości ubiegania się przez Asseco o udzielenie kolejnych zamówień.

Zarzucił, że Asseco nie wskazało nawet, że przedłożona polisa zawierała w ogóle takie informacje jak „szczegółowe zasady odpowiedzialności ubezpieczyciela”, które w wielu przypadkach znajdują się jednak w Ogólnych Warunkach Ubezpieczenia danego ubezpieczyciela i są jawne. Kwestia ta w ogóle nie została poruszona przez Wykonawcę, a całość uzasadnienia wskazuje raczej na teoretyczne rozważania Asseco, bez odniesienia się do sytuacji tego wykonawcy.

Z uwagi na ogólnikowy charakter dokonanego przez Asseco zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Odwołujący stanął na stanowisku, że jest ono nieskuteczne w odniesieniu do całego dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej, czyli polisa OC wraz z dowodem opłacenia składek.

Z ostrożności procesowej, na wypadek uznania przez Izbę, że część informacji zawartych w tych dokumentach może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, Odwołujący wskazał, że nie jest zasadne objęcie klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa” wszystkich informacji zawartych w tym dokumentach.

Z powyższych względów Odwołujący uznał, że co najmniej następujące informacje powinny zostać udostępnione Odwołującemu, tj.:

- 1) Dane ubezpieczającego;
- 2) Dane ubezpieczyciela;
- 3) Suma ubezpieczenia;
- 4) Okres ubezpieczenia;
- 5) Przedmiot ubezpieczenia;
- 6) Inne informacje, zawarte w tych dokumentach, które potwierdzają spełnianie przez Asseco warunków udziału w postępowaniu i zdolność tego wykonawcy do bycia ubezpieczonym i do zapłaty składki ubezpieczeniowej.

Powyższe informacje nie mogą mieć bowiem wartości gospodarczej dla Asseco, a stanowią wyłącznie potwierdzenie, że wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący przyjął również zapatrywanie, że Asseco nie wykazało, że podejmuje działania mające na celu utrzymanie informacji zastrzeganych jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przyznał, że Asseco co prawda zamieściło w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa listę działań i środków, jakie podejmuje, jednak nie dołączyło do tego pisma żadnego dokumentu lub innego dowodu, który potwierdzałby twierdzenia wykonawcy.

Wskazał, że w treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Asseco oświadcza między innymi, że:

1) „zobowiązuje swoich pracowników, współpracowników oraz kontrahentów do zachowania poufności, a także poprzez ustalenie obowiązku zapłaty wysokich kar umownych w przypadku naruszenia klauzul dotyczących poufności”;

2) stosuje „klauzule poufności w umowach z pracownikami oraz osobami i instytucjami współpracującymi, klauzule poufności w umowach handlowych, które dotyczą kontrahentów, jak i pracowników oraz osoby współpracujące z kontrahentami”, ale w żaden sposób nie potwierdza, że takie działania rzeczywiście mają miejsce.

W ocenie Odwołującego - potwierdzenie tych okoliczności byłoby pewnym minimum staranności ze strony Asseco, mające na celu rzeczywiste wykazanie, że określone działania są podejmowane.

Mając na uwadze powyższe, stwierdził, że nie sposób uznać skuteczności wykazania przez wykonawcę Asseco podjęcia, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania w poufności zastrzeganych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji.

Odwołujący stanął również na stanowisku, że Zamawiający nie wykonał wyroku Izby z dnia 14 października 2020 r. w zakresie, w którym Izba nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert w części dotyczącej oceny udziału wykonawcy w dialogu technicznym poprzedzającym postępowanie i jego wpływu na zachowanie konkurencji w postępowaniu.

Odwołujący zwrócił przy tym uwagę, że w wyroku z dnia 14 października 2020 r. Izba stwierdziła kategorycznie, że w orzecznictwie przyjmuje się, że udział w dialogu technicznym traktuje się jako udział w przygotowaniu postępowania (vide: str. 38 wyroku Krajowej Izby z dnia 14 października 2020 r.).

Zauważył, że w dalszej części uzasadnienia wyroku Izba wskazała także, że okoliczność brania udziału w przygotowaniu postępowania przez wykonawcę lub wskazane w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp osoby oznacza powstanie domniemania zakłócenia konkurencji postępowaniu.

Ponadto, wyjaśnił, że Izba uznała przy tym za zasadny sformułowany przez Asseco zarzut (wówczas kierowany względem Thales) naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 10 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w związku z niewezwaniem Thales, pomimo tego że członek jego personelu brał udział w dialogu technicznym poprzedzającym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego (obecnie toczy się powtórne postępowanie na ten przedmiot zamówienia).

Wyraził pogląd, że biorąc pod uwagę stanowisko Izby i nakazanie przez Izbę powtórzenia czynności badania i oceny ofert, nieuwzględnienie przez Zamawiającego stanowiska Izby w kontekście wpływu udziału wykonawców w dialogu technicznym na konkurencję w postępowaniu, świadczy o niewykonaniu wyroku Izby w tym zakresie.

Podkreślił okoliczność, że poza Odwołującym, w dialogu technicznym, który został ogłoszony w dniu 20 listopada 2017 r., brał udział między innymi Conduent i Asseco Data Systems S.A.

Co istotne, Odwołujący dopatrywał się, że zarówno w treści formularza JEDZ złożonego przez Conduent, jak i Asseco Data System SA, nie ma informacji o ich udziale w dialogu technicznym. W treści formularza JEDZ, w odpowiedzi 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, wykonawcy udzielili odpowiedzi negatywnych.

Fakt, że obaj wykonawcy brali udział w dialogu technicznym, nie powinien budzić wątpliwości.

Powołał się w tym zakresie, że informacje w tym zakresie znajdują się na stronie internetowej Zamawiającego: .

Przytoczył przepis art. 31a ust. 1 Pzp, który stanowi, że Zamawiający, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, może poinformować wykonawców o planach i oczekiwaniach dotyczących zamówienia, w szczególności może przeprowadzić dialog techniczny, zwracając się do ekspertów, organów władzy publicznej lub wykonawców o doradztwo lub udzielenie informacji w zakresie niezbędnym do przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub określenia warunków umowy.

Jak z kolei stanowi ust. 2 powołanego przepisu prawa: Dialog techniczny prowadzi się w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie potencjalnych wykonawców i oferowanych przez nich rozwiązań.

Następnie, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę: który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu.

W związku z tymi negatywnymi odpowiedziami obu wykonawców na pytanie dotyczące ich zaangażowania w przygotowanie postępowania stwierdził, że powstaje więc wątpliwość co do prawdziwości informacji przekazywanych

Zamawiającemu przez wykonawców.

Podkreślił, że zgodnie z instrukcją wypełniania JEDZ, zamieszczoną na stronie internetowej UZPW tym miejscu formularza wykonawca składa oświadczenie odnośnie zaangażowania w ramach przygotowania danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W przypadku zaistnienia takiego zaangażowania prowadzącego do zakłócenia konkurencji w postępowaniu formularz wymaga od niego podania szczegółowych informacji na ten temat.

Następnie, zaznaczył, że w Instrukcji wskazuje się przy tym wprost, że ustawodawca w art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp wprowadził w tym zakresie obligatoryjną przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Zwrócił uwagę, że w wyroku Izby z dnia 14 października 2020 r. Izba, motywując swoje stanowisko, odwołała się do innego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, w którym wskazano, że: „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.” (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2020 r., sygn. akt: KIO 2591/19, LEX nr 2911808).

Wobec tego wywoził, że skoro więc w związku z tym samym postępowaniem, Izba wyraziła swoje stanowisko związane z udziałem w dialogu technicznym i jego potencjalnym wpływem na konkurencję w postępowaniu, to Zamawiający, mając tę wiedzę i będąc przez Izbę zobligowanym do ponownego zbadania i oceny wszystkich ofert w tym postępowaniu, powinien zbadać ofertę Asseco i Conduent również pod kątem podstaw do wykluczenia wykonawców z postępowania.

Nie ulega wątpliwości dla Odwołującego, że Zamawiający powinien zbadać, czy w stosunku do Asseco i Conduent zachodzą przesłanki do wykluczenia ich z postępowania z uwagi na przepis art. 24 ust. 1 pkt 16, 17 i 19 Pzp, czego nie uczynił.

Zdaniem Odwołującego - powinien on ocenić, czy podana informacja była niezgodna z obiektywnie ustalonym stanem faktycznym.

Mając na uwadze wyrażone w orzecznictwie stanowisko co do oceny udziału wykonawcy w dialogu technicznym z punktu widzenia przesłanki wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp, dla Odwołującego nie sposób inaczej ocenić oświadczenia obu wykonawców zawarte w JEDZ, jak tylko jako przekazanie Zamawiającemu informacji nieprawdziwych. Informacja o ich udziale w dialogu technicznym bezsprzecznie winna znaleźć się w JEDZ - dokumencie stanowiącym wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że w niniejszej sprawie może być mowa nawet o celowym wprowadzeniu Zamawiającego w błąd, bowiem mówimy tutaj o bezpośrednim udziale w dialogu wykonawców (Conduent i Lidera konsorcjum Asseco), czyli niewątpliwie świadomych swojej aktywności w dialogu technicznym. Stąd też miara należytej staranności Wykonawcy jest tu jeszcze bardziej podniesiona.

Zdaniem Odwołującego - na gruncie przedmiotowej sprawy zarówno Asseco, jak i Conduent jednoznacznie oświadczyli nieprawdę, składając oświadczenie, w którym nie ujawnili swojego uczestnictwa w dialogu technicznym.

Z tego właśnie względu Odwołujący w pierwszej kolejności postawił najdalej idący zarzut dotyczący wprowadzenia przez wykonawców (w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa) w błąd Zamawiającego przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu. Tym samym, sankcją, jaką powinien zastosować w takiej sytuacji

Zamawiający (który zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 14 października 2020 r. został zobligowany do ponownego zbadania i oceny wszystkich ofert w tym postępowaniu), jest więc sankcja wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp.

Alternatywnie, w przypadku nie podzielenia twierdzeń Odwołującego odnośnie zamierzonego (lub w wyniku rażącego niedbalstwa) wprowadzenia w błąd Zamawiającego przez Asseco i Conduent, Odwołujący wskazał, że zachowanie wykonawców wypełniało co najmniej znamiona lekkomyślności lub niedbalstwa, w wyniku których wykonawcy przedstawili informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Profesjonalny charakter podmiotów biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia zobowiązuje do weryfikowania każdej informacji składanej w postępowaniu, jak również takiej jej prezentacji, która nie będzie wprowadzać w błąd Zamawiającego. Informacje podane przez wykonawcę powinny być rzetelne i przedstawiać prawdziwy stan faktyczny. Przepisy Pzp nie przewidują bowiem żadnej możliwości sanowania nieprawdziwej informacji i nie zawierają obowiązku zamawiającego do wzywania wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe do złożenia informacji niewadliwych. Informacje wprowadzające w błąd to informacje nieprawdziwe lub błędne. Znaczenie ma więc różnica pomiędzy stanem faktycznym a informacjami przedstawionymi przez wykonawcę. Podobnie wygląda sytuacja w przypadku zmanipulowania sposobu przekazu prawdziwych informacji. Wykonawca w takiej sytuacji uważnie dobiera wybrane do przedstawienia informacje lub dokonuje takiego jej przedstawienia, by wywołać u zamawiającego wyobrażenie, iż podane przez niego informacje odpowiadają wymaganiom zamawiającego, podczas gdy w rzeczywistości informacją nieprzetworzoną w ten sposób przez wykonawcę wskazywałaby na niespełnianie wymagań stawianych w określonym postępowaniu.

Tym samym, minimalną sankcją, jaką powinien zastosować w takiej sytuacji Zamawiający, była - zdaniem Odwołującego - sankcja wykluczenia Asseco i Conduent z Postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Dyspozycja wskazanego przepisu powinna być bowiem zastosowana zawsze, gdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, nie wykazując profesjonalizmu wymaganego od uczestnika rynku zamówień publicznych, przedstawia informacje niezgodne z rzeczywistością, które mogą mieć wpływ na decyzje podejmowane w ramach postępowania przez zamawiającego. Powołany przepis ma bowiem na celu ochronę uczciwej konkurencji i sprzyja wykonawcom zachowującym należyta staranność w toku przygotowywania się do udziału w procedurze udzielania zamówienia.

Podkreślił przy tym, iż z treści art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, który wskazuje, że z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wypływają istotne w kontekście omawianego stanu faktycznego konsekwencje.

Po pierwsze, dla przypisania wykonawcy odpowiedzialności na podstawie rzeczzonego przepisu wystarczającym jest możliwość przypisania mu winy nieumyślnej, która zgodnie z nauką prawa cywilnego może przybrać formę lekkomyślności lub niedbalstwa. Działanie lub zaniechanie nieumyślne może być przypisane wykonawcy, który nie dochował należytej staranności. Z kolei zgodnie z definicją zawartą w art. 355 § 1 ustawy Kodeks cywilny należyta staranność to staranność ogólnie wymagana w stosunkach danego rodzaju. Oznacza to, że dłużnik ma obowiązek zachowywać stosowną pilność, uwagę, ostrożność, zdrowy rozsądek oraz troskę o zrealizowanie swojego zamiaru. Staranność ta wyznacza zatem sposób, w jaki dłużnik powinien wykonać zobowiązanie.

Przekładając powyższe na analizowany stan faktyczny, przekonywał, że skoro wykonawcy brali udział w dialogu technicznym poprzedzającym postępowanie, mieli tego świadomość, udzielali w JEDZ wprost odpowiedzi na ich ewentualne zaangażowanie w przygotowanie postępowania, więc powinni byli odnieść się do okoliczności wcześniejszego brania udziału w dialogu technicznym. W związku z czym zachowania wykonawców wypełniają co najmniej znamiona niedbalstwa.

Po drugie, Odwołujący przywołał pogląd, że za informacje wprowadzające w błąd zamawiającego uważa się takie informacje, które nie są zgodne z rzeczywistością, istniejącym stanem faktycznym. Są więc to informacje nieprawdziwe, oddające fałszywie stan faktyczny, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji zamawiający pozostaje w błędzie, czyli ma mylne wyobrażenie o rzeczywistości lub też brak jakiegokolwiek wyobrażenia o niej.

Przypomniał, że wykonawcy Asseco i Conduent oświadczyli w JEDZ, że nie doradzali Zamawiającemu i nie byli w inny sposób zaangażowani w przygotowanie postępowania. To z kolei ma istotny wpływ z punktu widzenia konkurencji w postępowaniu.

Po trzecie, wskazał, że niezgodne z rzeczywistością informacje, którymi posługuje się dany wykonawca, powinny być informacjami „mogącymi mieć wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu”.

W kontekście analizowanego stanu faktycznego, przekonywał, że ciężko wyobrazić sobie istotniejsze informacje niż decydujące o podstawach do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Dokonując pewnego uogólnienia, zawsze, choć nie wyłącznie, informacjami mogącymi mieć wpływ na decyzje Zamawiającego podejmowane w toku postępowania będą te, stanowiące podstawę do wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy czy odrzucenia jego oferty.

Odwołujący wskazał przy tym, że zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem Izby informacji nieprawdziwych, wprowadzających Zamawiającego w błąd nie można zastąpić, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, informacjami prawdziwymi.

W przypadku więc, gdyby Izba uznała, że zarzuty podniesione przez Odwołującego w zakresie wprowadzenia w błąd są zasadne, to brak byłoby – w ocenie Odwołującego - podstaw do zobowiązania Zamawiającego do zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 Pzp i wezwania Conduent i Asseco do wyjaśnienia ujawnionych wątpliwości dotyczących informacji zawartych w Wykazie osób.

Jedynie z ostrożności, na wypadek niemożności stwierdzenia, że wykonawcy wprowadzili lub mogli wprowadzić Zamawiającego w błąd, Odwołujący wnosil o zobowiązanie Zamawiającego do zwrócenia się do Asseco i do Conduent o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 10 Pzp.

Przytoczył fragment wyroku Izby z dnia 14 października 2020 r.: „ 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 i winno nastąpić w trybie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp.” (vide: str. 39 wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 października 2020 r.).

W odniesieniu do zarzutu zaniechania wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wyjaśnił, że w rozdziale III ust. 1 pkt 2 lit. c SIWZ Zamawiający zastrzegł, że w ramach prawa opcji przedmiot zamówienia, o którym mowa w ust. 1 pkt 1, może zostać rozszerzony o usługę dostępu do zasobów infrastrukturalnych i aplikacyjnych platformy chmurowej - Architektura Infrastrukturalna proponowanego rozwiązania dla Architektury testowej, developerskiej, podstawowej i rozszerzonej. Zamawiający ową Architekturę ocenia w ramach kryterium F -podejście do skalowalności i rozbudowy rozwiązania (rozdział XIV ust. 4 SIWZ).

Stwierdził, że w ramach kryterium oceny ofert F wykonawcy oferowali więc cenę za usługi dostępu do „rozwiązań chmurowych” - Architektury Infrastrukturalnych (w podziale na dwa okresy - okres wdrożenia i okres realizacji, w ramach których wykonawcy wyceniali poszczególne rodzaje Architektury).

Wskazał, że wycenom poszczególnych pozycji w ramach kryterium oceny ofert F odpowiadały pozycje zawarte w punktach 6.1-6.2 tabeli cenowej zawartej w formularzu oferty.

Zwrócił uwagę, że kwestia istotnej części składowej oferowanej przez wykonawców w tym Postępowaniu była przedmiotem analizy przez Krajową Izbę Odwoławczą i została szeroko opisana w wyroku Izby z dnia 14 października 2020 r. Izba wskazała wówczas, że ceny jednostkowe zaoferowane przez wykonawców w ramach kryterium oceny ofert F stanowią istotną część składową ceny, oferowanej przez wykonawców za realizację przedmiotu zamówienia.

W związku z tym przywołał następujący fragment powyższego orzeczenia Izby: „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 uwzględnić 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 odpowiadające 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.”.

Odwołujący zauważył, że wyrokiem z dnia 14 października 2020 r. Izba nakazała Zamawiającemu między innymi powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w tym postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego - Zamawiający co prawda dokonał ponownego badania i oceny ofert wykonawców, jednak nie uczynił tego w sposób zgodny z wyrokiem Izby z dnia 14 października 2020 r., bowiem skoro Izba przesądziła, że usługi dostępu do zasobów Architektury stanowią istotną część składową ceny (rozważania Izby należy bowiem odnosić do wszystkich rodzajów Architektury), to Zamawiający, chcąc prawidłowo wykonać wyrok Izby, winien był zbadać oferty wykonawców, w tym także ceny zaoferowane przez nich w pkt 6.1. i 6.2. formularza oferty, pod kątem możliwości zaoferowania przez nich rażąco niskiej ceny.

Podniósł przy tym, że z dokumentów postępowania, jakie Zamawiający udostępnił Odwołującemu, nie wynika, aby Zamawiający, w ramach ponownego badania ofert wykonawców, wzywał Asseco lub Conduent do wyjaśnień ceny w odniesieniu do istotnych części składowych.

Tymczasem analiza ofert złożonych przez Asseco i Conduent doprowadziła Odwołującego do wniosku, że:

1)w przypadku oferty Asseco - wątpliwości Zamawiającego powinny wzbudzić co najmniej ceny zaoferowane przez Asseco w dwóch pozycjach tj. 6.1,2 i 6.2.2.;

2)w przypadku oferty Conduent - wątpliwości Zamawiającego powinny wzbudzić co najmniej ceny zaoferowane przez Conduent w trzech pozycjach tj. 6.1.3,6.1.4 i 6.2.4.

W swoim odwołaniu przedstawił zestawienie złożonych przez wykonawców cen, wraz z wskazaniem procent średniej arytmetycznej wszystkich ofert dla każdej pozycji, twierdząc, że we wszystkich przywołanych przez Odwołującego pozycjach tabeli cenowej zaoferowane przez wykonawców ceny, mające charakter istotnych części składowych ceny, są niższe o ponad 30% (w dwóch przypadkach ponad 60%) od średniej arytmetycznej cen zaoferowanych w tych samym pozycjach przez pozostałych wykonawców.

W ocenie Odwołującego - już same dane liczbowe obrazujące wysokość poszczególnych cen jednostkowych powinny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do ich realności i możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego za zaoferowane ceny, co z kolei winno skutkować wezwaniem wykonawców do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, w tym do złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny.

Zasadnym jest przy tym odwoływanie się do wskazanego w art. 90 ust. 1a Pzp progu różnicy w cenach również w przypadku cen jednostkowych.

W związku z tym, że Izba w wyroku z dnia 14 października 2020 r. przesądziła, że ceny wskazane w pkt 6 formularza ofertowego należy uznać za istotne części składowe ceny, a Zamawiający został zobowiązany do powtórzenia czynności badania i oceny ofert wszystkich wykonawców, to Zamawiający – zdaniem Odwołującego - powinien był, widząc wysokość poszczególnych cen jednostkowych zaoferowanych przez Asseco i Conduent, wezwać ich do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, czego nie uczynił. Tym samym za zasadny należy uznać zarzut Odwołującego związany z niewykonaniem wyroku Izby z dnia 14 października 2020 r. w zakresie wezwania wykonawców do wyjaśnień ceny.

W odniesieniu do zarzutu niewykazania przez Asseco spełnienia warunku udziału w postępowaniu zwrócił uwagę, że w uzupełnionym Wykazie, Asseco oświadczyło, że dostarczyło:

- 1)Aplikację mobilną (na smartfony i tablety);
- 2)Portal Pasażera;
- 3)System Poboru Opłat o określonych cenach.

Zauważył, że na potwierdzenie wykonanych dostaw, Asseco przedłożyło referencje, w tym dokument z dnia 14 maja 2020 r., podpisany przez J. B., działającego w imieniu Górnośląsko - Zagłębiowskiej Metropolii (GZM), która w wyniku na mocy zawartego porozumienia z dnia 20 grudnia 2018 r. w sprawie przekazania praw i obowiązków wynikających z Umowy 39/2018 na rozszerzenie systemu SKUP na pojazdy MZK Tychy przejęła wszelkie prawa i obowiązki Zamawiającego tj. Miejskiego Zarządu Komunikacji Gminy Miasta Tychy wynikające z wyżej wymienionej umowy oraz będącej następcą prawnym KZK GOP w obszarze organizacji transportu zbiorowego, w tym utrzymania i rozwoju systemu Śląskiej Karty Usług Publicznych.

Według Odwołującego – istotnym była, i powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego okoliczność, że zakres zadania „Rozszerzenie systemu SKUP na pojazdy MZK Tychy” w znaczący sposób odbiega od treści przedstawionych przez Asseco referencji z dnia 14 maja 2020 r.

W opinii Odwołującego - analiza przedłożonych przez Asseco dokumentów i dokumentacji zadania „Rozszerzenie systemu SKUP na pojazdy MZK Tychy” wskazuje, że Asseco nie potwierdziło spełnienia warunków udziału w

postępowaniu, o których mowa w Rozdziale V ust. 2 pkt 3 SWIZ. W zakresie zadania „Rozszerzenie systemu ŚKUP na pojazdy MZK Tychy” Asseco, wbrew swoim oświadczeniom:

1)nie dostarczyło Systemu poboru opłat, a tym bardziej nie dostarczyło systemu o następujących cechach: system kontocentryczny, rozumiany jako system informatyczny, gdzie wszystkie informacje o ruchu pasażerów, o nabywaniu uprawnień do korzystania z usług transportowych są zapisywane w Systemie Centralnym w czasie zbliżonym do rzeczywistego;

2)nie dostarczyło Systemu poboru opłat o następujących cechach: system, który daje możliwość dokonywania oraz otrzymywania wpłat między innymi przez Internet pomiędzy osobami lub instytucjami;

3)nie dostarczyło Systemu poboru opłat o następujących cechach: realizacja funkcjonalności billingowych, dla co najmniej 300 000 kont pasażerskich nazwanych, w których miały miejsce transakcje w przeciągu pełnego roku (12 miesięcy następujących po sobie).

4)nie dostarczyło Systemu poboru ... opłat o następujących cechach: realizacja funkcjonalności billingowych, dla co najmniej 28 000 000 transakcji zrealizowanych w przeciągu pełnego roku (12 miesięcy następujących po sobie) dotyczących usług transportowych, między innymi w modelu jednorazowych biletów.

Odwołujący przypominał, że celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykonawca miał wykazać, że zrealizował, w okresie ostatnich 3 lat, co najmniej jeden Projekt Podobny. Według definicji samego Zamawiającego, Projekt Podobny to projekt lub suma projektów o różnych funkcjonalnościach (billing, aplikacja mobilna etc.) zrealizowanych przez Wykonawcę lub zasoby wskazane w oświadczeniu „Zobowiązanie podmiotów trzecich do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia”.

Dla oddania istoty zarzutów Odwołującego względem doświadczenia Asseco zdobytego przez Asseco w ramach zadania: „Rozszerzenie systemu SKUP na pojazdy MZK Tychy” koniecznym jest – według Odwołującego - odwołanie się do dawnego zadania, z którym bezpośrednio wiąże się zadanie wskazane przez Asseco. Tym zadaniem jest Śląska Karta Usług Publicznych, zwana dalej „ŚKUP”.

Wyjaśnił, że ŚKUP był projektem Komunikacyjnego Związku Komunalnego Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego w ramach zamówienia pod nazwą: Dostawa, wdrożenie i utrzymanie systemu „ Śląska Karta Usług Publicznych”. Projekt jest już wdrożony i funkcjonuje na Górnym Śląsku.

Projekt ten był realizowany przez Asseco Poland S.A. i Bre Bank S.A. (obecnie mBank SA) od 2011 r., a uruchomienie ŚKUP nastąpiło w październiku 2015 r.

Wskazał, że przedmiotem tamtego zamówienia (pierwotnego ŚKUP) była dostawa, wdrożenie i utrzymanie Systemu „Śląska Karta Usług Publicznych” (ŚKUP) oraz inne niezbędne czynności związane z funkcjonowaniem Systemu. Przedmiot Umowy określa w sposób szczegółowy Załącznik nr 1 do Umowy. Zadanie było podzielone na dwie części:

1)Część pierwsza zamówienia - obejmowała dostawę, wdrożenie i utrzymanie w okresie wdrażania Systemu, przy czym zgodnie z brzmieniem §2 wzoru umowy: Wdrożenie Systemu obejmuje dostawę całości Sprzętu i Oprogramowania, jego instalację oraz uruchomienie, szkolenia użytkowników, uruchomienie POK-ów, w efekcie czego możliwe będzie odebranie w pełni działającego Systemu. Część pierwsza obejmuje również w tym okresie utrzymanie serwisowe Sprzętu i Oprogramowania, utrzymanie POK-ów w celu wydawania kart i obsługi klientów oraz świadczenie usług autoryzacji i rozliczeń;

2)Część druga Zamówienia - obejmowała usługę utrzymania Systemu, która będzie świadczona w tzw. „okresie trwałości Projektu” trwającym przez 65 miesięcy od podpisania „Protokołu odbioru końcowego wdrożenia Systemu (pierwszej części przedmiotu umowy)”.

Argumentował, że zgodnie z OPZ zamówienia na pierwotny ŚKUP: „Celem projektu jest udostępnienie nowych e-usług publicznych wraz z Systemem wspomagania zarządzania usługami publicznymi w obszarze pobierania opłat oraz rozliczeń i kontroli, przy wykorzystaniu ICT (Technologie Komunikacyjne i Informacyjne). Osiągnięcie tego celu nastąpi dzięki realizacji Projektu Śląska Karta Usług Publicznych, który wpłynie na rozwój elektronicznych usług publicznych poprzez stworzenie i wdrożenie systemu informatycznego na poziomie ponadlokalnym, zwiększając zakres oraz dostępność usług świadczonych drogą elektroniczną. Implikuje to utworzenie organizacyjnego i technicznego środowiska świadczenia usług drogą elektroniczną z zastosowaniem nowoczesnych technologii informacyjno - komunikacyjnych usług (front-office). Realizacja tego celu rozwiązuje kluczowy problem związany z brakiem rozwiązań w zakresie kompleksowego wspomagania zarządzania usługami publicznymi a w szczególności zintegrowanego systemu elektronicznego pobierania opłat oraz rozliczeń i kontroli na terenie aglomeracji górnośląskiej. Główne funkcje Karty ŚKUP związane są z dokonywaniem masowych mikropłatności (w tym danin publicznych) oraz identyfikacji tych płatności (każda karta ma unikalny numer umożliwiający identyfikację miejsca, czasu i wartości płatności) i użytkownika Karty (w przypadku

Karty spersonalizowanej). Projekt ma charakter ponadlokalny - będzie realizowany na terenie gmin należących do KZK GOP oraz Tychów i Jaworzna. Beneficjentem Projektu ŚKUP są 22 podmioty - Strony Umowy o realizacji wspólnego Projektu „Śląska Karta Usług Publicznych”. Beneficjentami pośrednimi są mieszkańcy województwa śląskiego oraz turyści i przyjezdni.”.

W ocenie Odwołującego – w ramach tego zadania zbudowany więc został cały system, zwany ŚKUP. Co istotne, w projekcie tym od początku brały udział Tychy i system ŚKUP funkcjonuje tam od lat, co potwierdza załącznik nr 6 zamówienia pod nazwą dostawa, wdrożenie i utrzymanie Systemu „Śląska Karta Usług Publicznych” – OPZ.

Zaznaczył również, że na stronie internetowej karty ŚKUP - , system ŚKUP opisuje się w następujący sposób:

ŚKUP to złożony informatyczny system, służący między innymi do kontroli, rozliczeń finansowych i nadzoru nad całym systemem komunikacyjnym. Celem projektu było utworzenie na poziomie ponadlokalnym systemu informatycznego, który zwiększy zakres oraz dostępność usług świadczonych przez instytucje publiczne drogą elektroniczną. Dla użytkowników karta jest użyteczna nie tylko w autobusach czy tramwajach, ale można nią zapłacić również za parkowanie, może być używana w bibliotekach, instytucjach sportu i kultury oraz w urzędach miast i gmin. Dzięki Śląskiej Karcie Usług Publicznych powstał system elektronicznych mikropłatności w administracji publicznej.

[...] Śląska Karta Usług Publicznych może służyć jako nośnik biletów abonamentowych (komunikacji miejskiej oraz innych instytucji), ale jest również nośnikiem instrumentu płatniczego, na którym jest przechowywany pieniądz elektroniczny. System umożliwił wprowadzenie nowej taryfy z bardziej elastycznymi cennikami. Jako pierwsze uruchamiane były funkcje elektronicznych biletów okresowych oraz elektronicznej portmonetki. Następnie wprowadzano możliwość wnoszenia poprzez SKUP opłat za parkowanie, natomiast w ostatniej fazie uruchomione były możliwości korzystania z pozostałych usług, m.in. kultury czy gminnych.

Jako ważną okoliczność wskazał, że System ŚKUP został zbudowany, a następnie wdrożony w 2015 r., a Wykonawca tego Systemu nie był wykonawcą Asseco.

Dalej, Odwołujący wyjaśnił, że w 2018 r. zostało ogłoszone postępowanie na udzielenie innego zamówienia tj. zamówienia pod nazwą: „Rozszerzenie systemu ŚKUP na pojazdy MZK Tychy”.

Przyznał, że zadanie to wykonał już wykonawca Asseco, gdzie zgodnie z OPZ tego zadania: Przedmiotem zamówienia jest rozszerzenie systemu SKUP na pojazdy MZK Tychy wraz z wprowadzeniem obsługi karty płatniczej. Zamówienie obejmuje:

I. Dostawę, instalację i uruchomienie sprzętu w pojazdach MZK Tychy wraz z niezbędnym osprzętem i okablowaniem, jak również oprogramowaniem dla tego sprzętu.

II. Dostawę i uruchomienie kontrolerek wraz z oprogramowaniem.

III. Przygotowanie podstawowego Centrum Przetwarzania Danych (CPD) na serwerach fizycznych i wirtualnych w chmurze.

IV. Uruchomienie zapasowego CPD w chmurze, będącego odwzorowaniem podstawowego CPD.

V. Dostawę oprogramowania centralnego wymaganego do właściwej pracy infrastruktury wyniesionej oraz zapewniającego integrację z systemami zewnętrznymi wraz z jego instalacją w obu centrach przetwarzania danych.

VI. Dostawę systemu łączności z urządzeniami za pomocą wydzielonej sieci APN, jak również łączności pomiędzy serwerowniami oraz z systemami zewnętrznymi (system SKUP, system Agenta rozliczeniowego kart płatniczych) za pomocą bezpiecznych łączy.

VII. Szkolenia użytkowników systemu.

Zauważył, że podobnie, jak w przypadku zamówienia na pierwotny SKUP, również i w tym przypadku, zadanie zostało podzielone część „wdrożenia” i część „utrzymania”.

Wyjaśnił przy tym, że zgodnie z OPZ, etap wdrożenia obejmował: uruchomienie funkcjonalności systemu SKUP opisanej niniejszą umową. Obejmuje dostawę całości sprzętu opisanego niniejszą umową wraz z oprogramowaniem niezbędnym do jego pracy (zarówno na nim zainstalowanym, jak i oprogramowaniem centralnym wraz z jego integracją z systemem SKUP), jego uruchomienie w zakresie funkcjonalności systemu SKUP wraz z uruchomieniem CPD, systemu łączności. W tym celu Wykonawca zainstaluje komplet sprzętu w 169 pojazdach, wraz z okablowaniem, z zastrzeżeniem że w 64 pojazdach (49 pojazdach PKM Sp. z o. o. i 15 pojazdach TLT Sp. z o. o.) znajduje się już okablowanie, które Wykonawca zweryfikuje w zakresie możliwości jego wykorzystania w niniejszym projekcie oraz wykona ewentualne poprawki i naprawy, jeżeli będą wymagane. Aktualny wykaz taboru stanowi załącznik nr 4 do Umowy. Ponadto w tym Etapie zostaną przeprowadzone szkolenia dotyczące uruchamianego zakresu. Drugi etap obejmuje całość części pierwszej zamówienia, nieuwzględnionej w poprzednim etapie. W szczególności obejmuje uruchomienie funkcjonalności

obsługi i rozliczania transakcji dokonywanych kartą płatniczą w pojazdach i kontrolerkach oraz funkcjonalność pobierania opłat przewoźnego i opłat dodatkowych kartą płatniczą w kontrolerkach. Zamawiający zastrzega sobie prawo do zgłoszenia do okablowania i instalacji w Etapie 1 lub 2 w sumie nie więcej niż 21 pojazdów, m.in. z powodu zakupów nowych pojazdów. Ponadto Etap 2 obejmuje szkolenia użytkowników w uruchamianym zakresie, jak również utrzymanie zakresu odebranego w Etapie 1.

Z powyższego opisu przedmiotu zamówienia wnioskował, że Asseco zbudowało więc pewną platformę integracyjną, dzięki której zapewniono łączność i podłączenie do już istniejącego systemu ŚKUP dostarczanych w ramach tego zadania urządzeń.

Argumentował, że powyższe znajduje również oparcie w dokumentach przygotowanych przez GZM (zamawiający) opracowanych na potrzeby planowanego zamówienia i przeprowadzanego w ramach tego zadania szacowania wartości zamówienia.

Wskazał, że w otrzymanej przez Odwołującego w listopadzie 2020 r. od GZM dokumentacji znajduje się między innymi następująca informacja dotycząca rzeczywistego zakresu zadania zrealizowanego przez Asseco:

„W trakcie eksploatacji ŚKUP została zrealizowana platforma integracyjna tzw. API ŚKUP (umożliwiająca podłączanie do systemu urządzeń innych producentów i innych systemów), oraz nastąpiło jego rozszerzenie o komunikację organizowaną przez dawne MZK Tychy (południowy obszar GZM). Uruchomienie produkcyjne tego systemu nastąpiło w dniu 06.12.2019 r. Okres utrzymania tego systemu kończy się w dniu 20.02.2022 r. System dla MZK wykorzystuje otwartą platformę API ŚKUP, nowoczesne kasowniki z ekranem dotykowym i obsługą kart EMV oraz wiele innych nowoczesnych rozwiązań. Przedmiotem innego postępowania będzie m.in. utrzymanie w okresie przejściowym platformy API ŚKUP (od dnia 23.03.2021 r.) oraz systemu ŚKUP MZK (od dnia 21.02.2022 r.).”.

W związku z tym powołał dowód z dokumentu: Szacowanie wartości zamówienia - Załącznik nr 1 - Ogólny opis przedmiotu zamówienia pdf (strona 2).

Zaprzeczył, że wykonawca Asseco wykonał Projekt Podobny, cechujący się określonymi funkcjonalnościami.

Ad. 1 Kwestia dostawy Systemu i kwestia kontocentryczności:

Zwrócił uwagę, że pierwszą z wymaganych przez Zamawiającego funkcjonalności, składających się na Projekt Podobny, jest kwestia systemu kontocentrycznego.

Wobec tego wyjaśnił, że Zamawiający wymagał od wykonawców następującej funkcjonalności:

System kontocentryczny, rozumiany jako system informatyczny, gdzie wszystkie informacje o ruchu pasażerów o nabywaniu uprawnień do korzystania z usług transportowych są zapisywane w Systemie Centralnym w czasie zbliżonym do rzeczywistego.

Zgodnie z treścią Wykazu dostaw, Asseco deklaruje, że wykonało zadanie: „Rozszerzenie systemu ŚKUP na pojazdy MZK Tychy”, którego przedmiot (przedmiot dostawy) obejmował: System poboru opłat o cechach: system kontocentryczny, rozumiany jako system informatyczny, gdzie wszystkie informacje o ruchu pasażerów, o nabywaniu uprawnień do korzystania z usług transportowych są zapisywane w Systemie Centralnym w czasie zbliżonym do rzeczywistego.

Tymczasem, z treści przedłożonych przez Asseco referencji wynika, że Asseco, w okresie od 20 listopada 2018 r. do 20 lutego 2020 r. wykonało (w znaczeniu dostarczyło) nie tyle system o określonych parametrach, co rozbudowę Systemu Śląskiej Karty Usług Publicznych poprzez wprowadzenie systemu Śląskiej Karty Usług Publicznych (ŚKUP) w komunikacji organizowanej przez MZK Tychy wraz z obsługą karty płatniczej oraz zapewnienie właściwego funkcjonowania dostarczonego podsystemu.

W związku z tym zaprzeczył, aby Asseco dostarczyło system, zbudowało go i wdrożyło.

Podkreślił, że sam system ŚKUP został uruchomiony w 2015 roku i obejmuje swym zasięgiem całą aglomerację śląską. W swoim zadaniu, Asseco jedynie rozbudowało istniejący system ŚKUP, co stanowi istotną różnicę.

Przekonywał, że wykonanie zadania: „Rozszerzenie systemu ŚKUP na pojazdy MZK Tychy” nie uprawnia Asseco do deklarowania, że wykonawca wykonał System poboru opłat (rozumiany jako cały system), o czym świadczą następujące argumenty:

1) Zakres zamówienia:

a) Dostawę, instalację i uruchomienie sprzętu w pojazdach MZK Tychy wraz z niezbędnym osprzętem i okablowaniem, jak również oprogramowaniem dla tego sprzętu,

b) Dostawę i uruchomienie kontrolerek wraz z oprogramowaniem,

c) Przygotowanie podstawowego Centrum Przetwarzania Danych (CPD) na serwerach fizycznych i wirtualnych w chmurze,

d) Uruchomienie zapasowego CPD w chmurze, będącego odwzorowaniem podstawowego CPD,

e) Dostawę oprogramowania centralnego wymaganego do właściwej pracy infrastruktury wyniesionej oraz zapewniającego integrację z systemami zewnętrznymi wraz z jego instalacją w obu centrach przetwarzania danych,

f) Dostawę systemu łączności z urządzeniami za pomocą wydzielonej sieci APN, jak również łączności pomiędzy serwerowniami oraz z systemami zewnętrznymi (system ŚKUP, system Agenta rozliczeniowego kart płatniczych) za pomocą bezpiecznych łączów,

g) Szkolenia użytkowników systemu,

h) Utrzymanie w okresie wdrażania,

i) Zapewnienie funkcjonowania dostarczonego przedmiotu umowy przez okres utrzymania;

2) Nazwa zamówienia zdefiniowana przez GZM jako „Rozszerzenie systemu ŚKUP na pojazdy MZK Tychy”.

Podniósł, że Zamawiający - GZM oczekiwał jedynie rozszerzenia istniejącego już od 2015 roku systemu SKUP na pojazd komunikacji miejskiej w mieście Tychy, co potwierdza OPZ zadania: „Rozszerzenie systemu. SKUP na pojazdy MZK Tychy”.

Dla Odwołującego z powyższego dokumentu wynika jednoznacznie, że przedmiotem tego zadania nie była budowa systemu, a dokonana rozbudowa nie obejmowała swym zakresem funkcjonalności i zakresu objętego warunkiem w niniejszym postępowaniu.

Stwierdził, że Asseco zrealizowało jedynie rozbudowę już wcześniej istniejącego na obszarze Tychów Systemu ŚKUP o nowe funkcjonalności (platformę integracyjną), dzięki którym zapewniono łączność i podłączenie do już istniejącego systemu ŚKUP dostarczanych w ramach tego zadania urządzeń, Asseco nie może zatem przypisywać sobie dostawy „Systemu” o określonych parametrach, bowiem wszelkie istotne funkcjonalności powstały lub powstawały znacznie wcześniej, czyli nie w okresie ostatnich 3 lat, a istotą warunku jest, aby wykonać system obejmujący wskazane w warunku funkcjonalności w tym okresie.

Stanął na stanowisku, że wcześniejsze istnienie ŚKUP w określonym zakresie i jedynie jego zmodyfikowanie w późniejszym okresie powoduje, że każda usługa realizowana po jego powstaniu nie będzie powodować, że w okresie rozwoju ŚKUP będzie można twierdzić, że ŚKUP jest systemem spełniającym warunki, bo był modyfikowany.

Przyznał, że system ten mógł być modyfikowany w nieznacznym zakresie, który nie był (jak w niniejszym przypadku) związany z funkcjonalnościami objętymi warunkiem w niniejszej sprawie.

Referował, że powyższe znajduje również oparcie w dokumentach przygotowanych przez GZM (zamawiający) opracowanej na potrzeby planowanego zamówienia i przeprowadzanego w ramach tego zadania szacowania wartości zamówienia.

Zaznaczył, że w otrzymanej w listopadzie 2020r. od GZM dokumentacji znajduje się między innymi następująca informacja dotycząca rzeczywistego zakresu zadania zrealizowanego przez Asseco:

„W trakcie eksploatacji ŚKUP została zrealizowana platforma integracyjna tzw. API ŚKUP (umożliwiająca podłączanie do systemu urządzeń innych producentów x innych systemów), oraz nastąpiło jego rozszerzenie o komunikację organizowaną przez dawne MZK Tychy (południowy obszar GZM). Uruchomienie produkcyjne tego systemu nastąpiło w dniu 06.12.2019 r. Okres utrzymania tego systemu kończy się w dniu 20.02.2022 r. System dla MZK wykorzystuje otwartą platformę API ŚKUP, nowoczesne kasowniki z ekranem dotykowym i obsługą kart EMV oraz wiele innych nowoczesnych rozwiązań. Przedmiotem innego postępowania będzie m.in. utrzymanie w okresie przejściowym platformy API ŚKUP (od dnia 23.03.2021 r.) oraz systemu ŚKUP MZK (od dnia 21.02.2022 r.).”.

W powyższym zakresie oparł się na dowodzie z dokumentu: Szacowanie wartości zamówienia - Załącznik nr 1 - Ogólny opis przedmiotu zamówienia.pdf (strona 2).

Zaprzeczył, że nie jest zgodne z prawdą twierdzenie Asseco o dostarczeniu przez Asseco rozwiązania obejmującego system kontocentryczny rozumiany według deklaracji Asseco, jako „system informatyczny, gdzie wszystkie informacje o ruchu pasażerów, o nabywaniu uprawnień do korzystania z usług transportowych są zapisywane są zapisywane w Systemie Centralnym w czasie zbliżonym do rzeczywistego”, skoro już choćby z referencji przedłożonych przez Asseco wynika, że koncepcja systemu kontocentrycznego realizuje się wyłącznie w zakresie procesów korzystania z uprawnień na przejazd w oparciu o Karty Płatnicze EMV. Tymczasem karty płatnicze nie są jedynym narzędziem służącym do korzystania z uprawnień na przejazd. W ramach projektu ŚKUP, będzie to przede wszystkim Śląska Karta Usług Publicznych, która już nie realizuje koncepcji systemu kontocentrycznego w zakresie korzystania z uprawnień.

Wywodził, że Zamawiający nie bez powodu w warunkach udziału w postępowaniu wymagał funkcjonalności „systemu kontocentrycznego”, rozumianego jako system informatyczny, gdzie wszystkie informacje (czyli także te, pochodzące z kart NFC, czyli np. Karty ŚKUP) o ruchu pasażerów o nabywaniu uprawnień do korzystania z usług transportowych są zapisywane w Systemie Centralnym w czasie zbliżonym do rzeczywistego. Takie jest bowiem założenie projektu, który ma zostać zrealizowany w ramach tego zamówienia.

Zwrócił przy tym uwagę, że zgodnie z pkt 4.1. OPZ (Założenia projektu): Dostarczony przez dostawcę system PZUM ma spełnić oczekiwania interesariuszy projektu (jednostek samorządu terytorialnego, pasażerów, przewoźników), uwzględniać najlepsze praktyki wdrożone w Polsce, w Europie i na świecie, jednocześnie będąc gotowym na implementację ciągle powstających nowych, innowacyjnych technologii. PZUM powinien być systemem(...)

•kontocentrycznym, gdzie wszystkie informacje o pasażerach przechowywane są w systemie centralnym, a karty NFC/telefon/karta EMV (bankowa)/kod QR są jedynie nośnikami informacji koniecznymi do identyfikacji pasażera.

Wyjaśnił, że podstawowym założeniem systemu kontocentrycznego jest więc konieczność zapisywania wszelkich danych wyłącznie w systemie centralnym, a nie np. na karcie NFC. Karta, którą posługuje się pasażer, ma więc wyłącznie umożliwić jego identyfikację przez system. Rodzaj kupowanego biletu, trasa, na którą bilet jest wykupiony, itp. mają zapisywać się w systemie (na serwerach Zamawiającego/wykonawcy), nie zaś na karcie pasażera. Takie rozwiązanie systemowe, jednoznacznie wskazane przez Zamawiającego, niewątpliwie usprawnia cały proces podróży, jest nowoczesnym i efektywnym rozwiązaniem.

Według Odwołującego - praktyce, w podobnych projektach, obok systemów kontocentrycznych (jako rozwiązanie alternatywne), stosuje się także systemy kartocentryczne, gdzie kodowanie danych ma miejsce nie w systemie centralnym, a na karcie.

Wyraził przekonanie, że w przypadku wskazanego przez Asseco zadania: „Rozszerzenie systemu SKUP na pojazdy MZK Tychy” oferuje rozwiązanie kontocentryczne, ale wyłącznie w zakresie kart płatniczych, ale już nie w przypadku karty SKUP, stąd też Asseco nie ma podstaw do twierdzenia, że dostarczone przez niego rozwiązanie zapewniło system kontocentryczny, rozumiany jako system informatyczny, gdzie wszystkie informacje o ruchu pasażerów, o nabywaniu uprawnień do korzystania z usług transportowych są zapisywane w Systemie Centralnym w czasie zbliżonym do rzeczywistego, skoro nie wszystkie informacje o ruchu pasażera, a jedynie te, pochodzące z kart płatniczych, są zapisywane w Systemie Centralnym.

Mając na uwadze zapisy w dokumencie udostępnionym przez GZM na potrzeby planowanego postępowania, pn. Szacowanie wartości zamówienia - Załącznik nr 1 - Ogólny opis przedmiotu zamówienia, gdzie „Podstawowym założeniem dla modernizowanego systemu SKUP jest działanie całego systemu online tzn. w czasie zbliżonym do rzeczywistego oraz kontocentryczność oparta o identyfikatory.”, Odwołujący założył, że skoro GZM jest gotów ponieść koszt takiej funkcjonalności w ramach kolejnego postępowania, to obecny system SKUP nie jest systemem kontocentrycznym.

Ad.2 Kwestia możliwości dokonywania i otrzymywania wpłat między innymi przez internet.

W zakresie kolejnej z wymaganych przez Zamawiającego funkcjonalności, składających się na Projekt Podobny, dotyczącej Operatora płatności wskazał na wymaganie Zamawiającego od wykonawców następującej funkcjonalności: „Operator płatności - system, który daje możliwość dokonywania oraz otrzymywania wpłat między innymi przez Internet pomiędzy osobami lub instytucjami.”.

Zaznaczył, że zgodnie z treścią Wykazu dostaw, Asseco zadeklarował, że wykonało zadanie: „Rozszerzenie systemu SKUP na pojazdy MZK Tychy”, którego przedmiot (przedmiot dostawy) obejmował System poboru opłat o cechach: Operator płatności - system, który daje możliwość dokonywania oraz otrzymywania wpłat między innymi przez Internet pomiędzy osobami lub instytucjami.

Tymczasem, zauważył, że Opis Przedmiotu Zamówienia zadania: „Rozszerzenie systemu SKUP na pojazdy MZK Tychy” wskazuje na rozwiązanie, które nie zapewnia możliwości zakupu biletu przez Internet, a wyłącznie przy użyciu karty płatniczej, co potwierdzają następujące zapisy OPZ tamtego zadania:

„Ad. 2 Zapewnienie prawidłowej obsługi funkcjonalności kart płatniczych, w tym wymiana danych z systemem Agenta rozliczeniowego dla kart płatniczych

Po stronie Wykonawcy jest zapewnienie obsługi płatności kartą płatniczą w pojazdach i kontrolerkach. Ponieważ w systemie SKUP nie zaimplementowano obsługi kart płatniczych w pojazdach, stąd też całość funkcjonalności niezbędnych do ich prawidłowej obsługi musi być zaimplementowana w oprogramowaniu dostarczanym przez Wykonawcę. Dotyczy to zarówno oprogramowania centralnego, jak i oprogramowania instalowanego w pojazdach i kontrolerkach. Jednym z elementów jest wykonanie integracji dostarczanego oprogramowania z oprogramowaniem Agenta rozliczeniowego kart płatniczych. Dane pomiędzy systemami muszą być przekazywane w sposób bezpieczny, w tym z ich szyfrowaniem. Zamawiający oczekuje opisanie w dokumentacji powykonawczej sposobu integracji oprogramowania Wykonawcy z systemem Agenta rozliczeniowego.

Ad. 3 Wymiana danych z systemem windykacyjnym MZK Tychy

Kontroler będzie miał możliwość przyjęcia zapłaty karta płatniczą za wystawioną opłatę dodatkową. Dane o

pobranych opłatach będą musiały trafiać do systemu windykacyjnego MZK Tychy - EGC System. Oprogramowanie to posiada interfejsy, umożliwiające przyjmowanie tego typu danych. Zakres przekazywanych danych zostanie ustalony przez Strony w trakcie realizacji Etapu I."

W związku z powyższą okolicznością powołał się na dowód z OPZ zadania: „Rozszerzenie systemu SKUP na pojazdy MZK Tychy”, 18_05_15_zal_nr4_SIMZ.pdf (strona 31).

Powyższe zapisy doprowadziły Odwołującego do wniosku, że w ramach zadania: „Rozszerzenie systemu SKUP na pojazdy MZK Tychy” GZM (zamawiający) wymagał dostarczenia urządzeń do pojazdów i urządzeń kontrolerskich, umożliwiających zakup biletu przy użyciu karty płatniczej oraz integrację tych urządzeń z systemem Agenta rozliczeniowego kart płatniczych. W ramach tego rozszerzenia umożliwiono więc płatność przy użyciu kart płatniczych.

Natomiast, wbrew twierdzeniom Asseco, możliwości, aby pasażer dokonał zakupu biletu przez Internet – według Odwołującego - nie zostały zaimplementowane w ramach rozszerzenia systemu SKUP, wykonanego przez Asseco.

Ad. 3 Kwestia funkcjonalności billingowych dla co najmniej 300 000 kont pasażerskich nazwanych.

Zaznaczył, że jako następną wymaganą przez Zamawiającego funkcjonalność, składającą się na Projekt Podobny, jest funkcjonalność billingowa, dla określonej przez Zamawiającego liczby kont pasażerskich, czyli 300 000, gdzie Zamawiający wymagał od wykonawców następującej funkcjonalności: Realizacja funkcjonalności billingowych, dla co najmniej 300 000 kont pasażerskich nazwanych, w których miały miejsce transakcje w przeciągu pełnego roku (12 miesięcy następujących po sobie).

Zwrócił przy tym uwagę, że zgodnie z treścią Wykazu dostaw, Asseco zadeklarował, że wykonało zadanie: „Rozszerzenie systemu SKUP na pojazdy MZK Tychy”, którego przedmiot (przedmiot dostawy) obejmował System poboru opłat o cechach: Realizacja funkcjonalności billingowych, dla co najmniej 300 000 kont pasażerskich nazwanych, w których miały miejsce transakcje w przeciągu pełnego roku (12 miesięcy następujących po sobie).

Wobec tego Odwołujący podniósł, że Asseco przypisuje sobie rozwiązanie, które nie dotyczy zrealizowanego przez Asseco zadania realizowanego w Tychach, bowiem Asseco podał funkcjonalności billingowe odnoszące się do całego systemu SKUP (uruchomionego dla całej aglomeracji śląskiej), a nie dla realizowanej przez siebie rozbudowy SKUP w Tychach.

W ocenie Odwołującego - deklaracja Asseco co do funkcjonalności billingowych, dla co najmniej 300 000 kont pasażerskich nazwanych, w których miały miejsce transakcje w przeciągu pełnego roku (12 miesięcy następujących po sobie) odnosiła się do całego systemu SKUP, a nie do rozbudowy SKUP w Tychach, co wynika z treści przedłożonych referencji:

„...II. Asseco Data Systems od roku 2017 wykonuje z należytą starannością jako podwykonawca Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie (członka konsorcjum Asseco Poland SA i mBank SA), tj. rozwija, modyfikuje, serwisuje, utrzymuje i świadczy usługi wsparcia eksperckiego dla Systemu Śląskiej Karty Usług Publicznych oraz Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej, w tym w zakresie Systemu SKUP:

a. Rozwiązanie zrealizowało w 2019 roku funkcjonalności billingowe dla co najmniej 300 000 kont pasażerskich nazwanych w których miały miejsce transakcje w przeciągu pełnego roku (12 miesięcy następujących po sobie)...”.

W świetle przywołanych już wcześniej dokumentów przygotowanych przez GZM (zamawiający), opracowanych na potrzeby planowanego zamówienia i przeprowadzanego w ramach tego zadania szacowania wartości zamówienia, stwierdził, że uruchomienie produkcyjne systemu w Tychach nastąpiło w dniu 06 grudnia 2019 r., a zatem nie jest możliwe, aby system w 2019 roku (jak twierdzi Asseco) zrealizował funkcjonalności billingowe, o których mowa w przeciągu pełnego roku (12 miesięcy następujących po sobie), skoro do końca roku 2019 (od uruchomienia w dniu 06.12.2019r.) system funkcjonował mniej niż 1 miesiąc.

Odwołujący wyjaśnił, że w potocznym słownictwie technicznym, „uruchomienie produkcyjne” systemu informatycznego oznacza rozpoczęcie jego użytkowania przez użytkowników i stanowi zwieńczenie procesu wdrażania systemu (dowód:).

Zdaniem Odwołującego - z literalnego brzmienia referencji wynika, że w odniesieniu do całego Systemu SKUP rozwiązanie zrealizowało w 2019 roku funkcjonalności dla co najmniej 300 000 kont pasażerskich, a nie rozwiązanie wdrożone przez Asseco w Tychach. Asseco próbuje więc przypisywać sobie doświadczenie, które na pewno nie zostało przez Asseco zdobyte w ramach zadania: „Rozszerzenie systemu SKUP na pojazdy MZK Tychy”.

Według Odwołującego - taka sytuacja znajduje również potwierdzenie w przywołanych w referencji Asseco ramach czasowych, bowiem Projekt „Rozszerzenie systemu SKUP na pojazdy MZK Tychy” był realizowany od 20.11.2018 - 20.02.2020, tymczasem przywoływane przez wykonawcę Asseco prace w zakresie rozwoju, modyfikacji, serwisu i utrzymania Systemu SKUP rozpoczęły się już w roku 2017 r., przy czym treść referencji sugeruje już jednak, że były to usługi świadczone przez Asseco, a nie dostawy.

Ad. 4 Kwestia funkcjonalności billingowych, dla co najmniej 28 000 000 transakcji.

Wskazał, że następną wymaganą przez Zamawiającego funkcjonalnością, składającą się na Projekt Podobny, jest kwestia funkcjonalności billingowych, dla określonej przez Zamawiającego liczby transakcji, czyli 28 000 000, gdzie Zamawiający wymagał od wykonawców następującej funkcjonalności: Realizacja funkcjonalności billingowych, dla co najmniej 28 000 000 transakcji zrealizowanych w przeciągu pełnego roku (12 miesięcy następujących po sobie) dotyczących usług transportowych, między innymi w modelu jednorazowych biletów.

Wyjaśnił, że zgodnie z treścią Wykazu dostaw, Asseco zadeklarował, że wykonało zadanie: „Rozszerzenie systemu ŚKUP na pojazdy MZK Tychy”, którego przedmiot (przedmiot dostawy) obejmował System poboru opłat o cechach: Realizacja funkcjonalności billingowych, dla co najmniej 28 000 000 transakcji zrealizowanych w przeciągu pełnego roku (12 miesięcy następujących po sobie) dotyczących usług transportowych, między innymi w modelu jednorazowych biletów.

Zarzucił, że podobnie, jak w przypadku funkcjonalności dotyczących kont nazwanych, także w odniesieniu do liczby transakcji Asseco przypisuje sobie doświadczenie w zakresie określonej funkcjonalności, którego w rzeczywistości nie zdobył.

Stwierdził, że już wcześniej dowiedziono datę uruchomienia produkcyjnego systemu w Tychach w dniu 06.12.2019 r., a zatem nie jest możliwe, aby system w 2019 roku (jak twierdzi Asseco) zrealizował funkcjonalności billingowe o których mowa w przeciągu pełnego roku (12 miesięcy następujących po sobie), skoro do końca roku 2019 (od uruchomienia w dniu 06.12.2019r.) system funkcjonował mniej niż 1 miesiąc.

Z omawianej treści referencji wyprowadził wniosek, że dane dotyczące liczby transakcji, odnoszą się do liczby transakcji zrealizowanych w 2019 w całym ŚKUP, a nie tylko w Tychach, na co wskazuje następujący zapis przedłożonych przez Asseco referencji:

„...II. Asseco Data Systems od roku 2017 wykonuje z należytą starannością jako podwykonawca Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie (członka konsorcjum Asseco Poland SA i mBank SA), tj. rozwija, modyfikuje, serwisuje, utrzymuje i świadczy usługi wsparcia eksperckiego dla Systemu Śląskiej Karty Usług Publicznych oraz Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej, w tym w zakresie Systemu ŚKUP:

a.Rozwiązanie zrealizowało w 2019 roku funkcjonalności billingowe dla co najmniej 300 000 kont pasażerskich nazwanych w których miały miejsce transakcje w przeciągu pełnego roku (12 miesięcy następujących po sobie)

b.Rozwiązanie zrealizowało w 2019 roku funkcjonalności billingowe dla co, najmniej 28 000 000 transakcji które miały miejsce w przeciągu 12 miesięcy następujących po sobie dotyczących usług transportowych, między innymi w modelu jednorazowych biletów. Za transakcję rozumie się wszystkie czynności realizowane przez system billingowy niezbędne do zarejestrowania usługi transportowej, weryfikacji uprawnień do usługi transportowej w ramach kontroli, pobrania opłaty za usługi transportowe, weryfikacji salda oraz wszystkie inne niezbędne do obsługi pasażera oraz pozostałych Interesariuszy systemu biletowego m.in. sprzedaż biletu, nadanie uprawnień do przejazdu, założenie konta pasażera, zarejestrowanie odbycia podróży przez pasażera etc.”.

Oczywistym dla Odwołującego jest przy tym, że skoro, zadanie „Rozszerzenie systemu ŚKUP na pojazdy MZK Tychy”, według deklaracji samego Asseco, zostało zakończone w lutym 2020 r., to nie jest możliwe, aby w 2019 r. w samych Tychach zrealizowano 28 000 000 transakcji.

Przyznał, że według przywoływanego już dokumentu GZM przygotowanego na potrzeby szacowania wartości planowanego zamówienia, uruchomienie produkcyjne rozbudowanego przez Asseco Systemu ŚKUP w Tychach nastąpiło w dniu 6 grudnia 2019 r., to nadal nie jest możliwe, aby w niespełna miesiąc, w Tychach zostało zrealizowane 28 000 000 transakcji (dowód: dokument: Szacowanie wartości zamówienia - Załącznik nr 1 - Ogólny opis przedmiotu zamówienia.pdf (strona 4)).

Również i w tym przypadku Asseco nie było uprawnione do wykazywania się doświadczeniem w zakresie omawianej funkcjonalności.

Powyższe doprowadziło Odwołującego do wniosku, że Asseco nie wykazało, że spełnia warunek wzięcia udziału w postępowaniu albo wskazana usługa budzi wątpliwości w świetle art. 26 ust. 4 Pzp, bowiem wskazywany przez Asseco Projekt Podobny nie zawiera następujących funkcjonalności, których wymagał Zamawiający tj.:

1)System kontocentryczny, rozumiany jako system informatyczny, gdzie wszystkie informacje o ruchu pasażerów o nabywaniu uprawnień do korzystania z usług transportowych są zapisywane w Systemie Centralnym w czasie zbliżonym do rzeczywistego;

2)Operator płatności - system, który daje możliwość dokonywania oraz otrzymywania wpłat między innymi przez Internet pomiędzy osobami lub instytucjami;

3) Realizacja funkcjonalności billingowych, dla co najmniej 300 000 kont pasażerskich nazwanych, w których miały miejsce transakcje w przeciągu pełnego roku (12 miesięcy następujących po sobie);

4) Realizacja funkcjonalności billingowych, dla co najmniej 28 000 000 transakcji zrealizowanych w przeciągu pełnego roku (12 miesięcy następujących po sobie) dotyczących usług transportowych, między innymi w modelu jednorazowych biletów.

W zakresie zarzutu związanego z podaniem Zamawiającemu nieprawdziwych informacji podniósł, że wskazane, podane przez Asseco informacje w Wykazie dostaw nie są zgodne z prawdą, bowiem realizowane przez Asseco zadanie: „Rozszerzenie systemu SKUP na pojazdy MZK Tychy”:

1) nie polegało na budowie Systemu a jedynie pewnej platformy (interfejsu);

2) nie obejmowało systemu kontocentrycznego, w którym wszystkie informacje o ruchu pasażerów, o nabywaniu uprawnień do korzystania z usług są zapisywane w Systemie Centralnym;

3) nie obejmowało funkcjonalności billingowych na co najmniej 300 000 kont pasażerskich nazwanych w 2019 r.;

4) nie obejmowało funkcjonalności billingowych dla co najmniej 28 000 000 transakcji zrealizowanych w 2019 r.

Zarzucił, że Asseco manipuluje informacjami dotyczącymi swojego doświadczenia w ten sposób, że w treści referencji znajdują się nawiązania do wcześniejszego projektu ŚKUP, które wywołują wrażenie, jakby wszystkie te funkcjonalności zostały osiągnięte dzięki Asseco i na skutek zadania: „Rozszerzenie systemu ŚKUP na pojazdy MZK Tychy”.

Zdaniem Odwołującego - referencje zostały tak zredagowane, aby utrudnić rozróżnienie, co tak naprawdę było przedmiotem zadania dotyczącego rozbudowy systemu ŚKUP w Tychach, a co objęte było pierwotnym zadaniem dotyczącym budowy systemu ŚKUP.

Odwołujący uznał, że wykazał już wcześniej, że część informacji zawartych w Wykazie dostaw przedłożonym przez Asseco nie odpowiada rzeczywistości, a zatem są to informacje nieprawdziwe.

Wykazując spełnienie przesłanek wykluczenia Asseco z postępowania Odwołujący, nie chcąc powielać jej w całości, odwołał się do argumentacji zawartej w pkt III niniejszego odwołania (dotyczącym udziału w dialogu technicznym), którą należy odnieść odpowiednio do niniejszego punktu.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że zachowanie Asseco, połączone z wyjątkowo kreatywnym sposobem sformułowania referencji dotyczących zadania: „Rozszerzenie systemu SKUP na pojazdy MZK Tychy”, wskazują na celowe wprowadzenie w błąd Zamawiającego, bowiem Asseco podał dane dotyczące projektu, który bezpośrednio realizował, a zatem niewątpliwie wykonawca wiedział, jaki był zakres realizowanego zadania, co z kolei determinuje miarę należytej staranności wykonawcy, która powinna być jeszcze bardziej podniesiona.

Odwołujący przy tym wyraził przekonanie, że nawet jeżeli nie można przypisać Asseco działania umyślnego lub w wyniku rażącego niedbalstwa, to można tu mówić o lekkomyślności lub niedbalstwie Asseco.

W świetle powyższego, zdaniem Odwołującego - wykonawca Asseco powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp.

Jedynie z ostrożności, na wypadek niemożności stwierdzenia, że wykonawcy wprowadzili lub mogli wprowadzić Zamawiającego w błąd, Odwołujący wnosił o zobowiązanie Zamawiającego do wezwania Asseco do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, ewentualnie do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp.

W odniesieniu do zarzutu niewykazania niekaralności członków zarządu AEP Ticketing Solutions S. R. L. Odwołujący podniósł, że dokumenty przedstawione w odniesieniu do AEP Ticketing Solutions S. R. L. są niekompletne i budzą wątpliwości co do prawidłowości wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 13, 14 i 21 ustawy Pzp, a zatem konieczne jest nakazanie Zamawiającemu wezwania Asseco w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia dokumentów lub do udzielania wyjaśnień, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Odwołujący zarzucił, że Asseco nie przeprowadziło analizy prawno – porównawczej wymaganych dokumentów dotyczących karalności w warunkach, gdy we Włoszech nie wydaje się dokumentu z rejestru odpowiadającego krajowym wymogom stosowanym w niniejszym postępowaniu, a zatem Asseco powinno zostać wezwane w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do przedłożenia oświadczeń złożonych przed notariuszem lub do wyjaśnienia przedstawionych tu wątpliwości.

Zwrócił uwagę, że dokumenty dotyczące AEP Ticketing Solutions S. R. L.: Asseco przedstawiło wraz z pismem z dnia 9 listopada 2020 r. elektroniczny folder pn. „Odpowiednik KRK”, w którym przedstawiono dokumenty w podziale na daty ich wystawienie: 27 maja 2020 r. oraz 6 listopada 2020 r. przez Prokuraturę Republiki Florencji (Zaświadczenia o toczących się postępowaniach) oraz Ministerstwo Sprawiedliwości (Zaświadczenia o niekaralności z Rejestru Karnego) wraz z tłumaczeniami, w odniesieniu do spółki, jak i wskazanych w dokumentach rejestrowych członków zarządu.

Stwierdził, że Asseco nie przytoczyło jednak żadnych dowodów na poparcie twierdzenia, jakoby powyższe dokumenty odpowiadały polskim wymogom.

Zarzucił, że Wykonawca nie udowodnił też, z jakich konkretnie przepisów prawa włoskiego (obowiązujących co najmniej w okresie 6 miesięcy poprzedzających upływ terminu składania ofert) wynika, że jedną z możliwych sankcji za popełnienie przez włoską osobę prawną bliżej nieokreślonego przestępstwa administracyjnego, jest sankcja w postaci zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia, w zakresie, w jakim jest to wymagane przez polskiego ustawodawcę na gruncie ustawy Pzp dla wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. To samo tyczy się zaświadczeń osób fizycznych.

Podniósł, że dokumenty wydane przez Ministerstwo Sprawiedliwości (Zaświadczenia o niekaralności z Rejestru Karnego) w zakresie spółki AEP (osoby prawnej) odwołują się do art. 31 Dekretu Prezydenta Republiki nr 313 z 14 listopada 2002 r.), który stanowi, że zaświadczenie o wpisie do rejestru sankcji administracyjnych uzależnionych od przestępstwa oraz do rejestru oczekujących na rozpatrzenie zarzutów dotyczących przestępstw administracyjnych uzależnionych od przestępstwa, o które wnioskuje dany podmiot

1. Zainteresowany podmiot ma prawo do uzyskania zaświadczenia o wpisie do rejestru sankcji administracyjnych uzależnionych od przestępstwa oraz do rejestru toczących się postępowań w sprawie zarzutów dotyczących przestępstw administracyjnych uzależnionych od przestępstwa, bez konieczności uzasadniania wniosku.

2. Zaświadczenie zawiera, odpowiednio, istniejące wpisy w rejestrze sankcji administracyjnych uzależnionych od przestępstwa oraz w rejestrze toczących się postępowań w sprawie zarzutów dotyczących przestępstw administracyjnych uzależnionych od przestępstwa, z wyjątkiem tych, które odnoszą się do środków stosowania sankcji na wniosek oraz środków stosowania sankcji pieniężnej po zakończeniu postępowania na mocy dekretu.

W ocenie Odwołującego - dokument ten odnosi się wyłącznie do sankcji administracyjnych, a tymczasem zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 21 Pzp, należy wykazać, że wobec wykonawcy będącego podmiotem zbiorowym, sąd nie orzekł zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne na podstawie ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz. U. z 2019 r. poz. 628 i 1214).

Zauważył, że Polska ustawa bezwzględnie odnosi się do odpowiedzialności karnej, a nie administracyjnej, a zatem złożone zaświadczenie nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Według najlepszej wiedzy Odwołującego, włoski porządek prawny obejmuje ustawę, która regulowałaby kwestię odpowiedzialności podmiotu zbiorowego za czyny zabronione pod groźbą kary, i jest to Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231, czyli dekret (z mocą ustawy) z dnia 8 czerwca 2001 r.

Przyznał, że włoska i polska ustawa odmiennie podchodzą do kwestii karalności podmiotów zbiorowych.

Odwołujący zwrócił przy tym uwagę np. na przepis art. 9 ust. 2 lit. c Dekretu, który stanowi, że:

Art. 9

2. Le sanzioni interdittive sono:

c) il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio:

co należy przetłumaczyć w następujący sposób:

Art. 9

3. Sankcjami zakazującymi są: c) zakaz zawierania umów z administracją publiczną, z wyjątkiem uzyskania świadczenia usługi publicznej.

Według Odwołującego - podkreślony przez Odwołującego fragment przepisu wskazuje jednoznacznie, że we włoskim porządku prawnym nie można np. orzec zakazu zawarcia umowy na rzecz administracji rządowej lub samorządowej w zakresie dostaw, usług lub robót budowlanych, jeżeli dotyczą one usług publicznych, w znaczeniu - służących zaspokajaniu celu publicznego. Wyjaśniając to na przykładzie, włoskie sądy mogą zakazać zawierania umowy na dostawę tonerów do drukarek na wewnętrzne potrzeby ministerstwa, ale nie mogą zakazać świadczeń zaspokajających cel publiczny, np. dostaw biletomatów.

Przekonywał, że we włoskim porządku prawnym, w przeciwieństwie do polskiego (vide art. 8 ust. 1 lit. a Dekretu), nie jest również konieczny prejudykat, tzn. nie jest wymagane uprzednie skazanie osoby fizycznej, np. pracownika spółki, aby można było orzec następnie przestępstwo przeciwko tej spółce.

Odwołujący zwrócił także uwagę, że dokumenty wydane przez Ministerstwo Sprawiedliwości (zaświadczenia o niekaralności z Rejestru Karnego) w zakresie osób fizycznych odwołują się do art. 24 Dekretu Prezydenta Republiki nr 313 z 14 listopada 2002 r.), z którego z kolei wynika, jakie wpisy nie są ujawniane w rejestrze, z którego pochodzi

zaświadczenie:

Art. 24. Zaświadczenie o karalności wymagane przez daną osobę

01. Osoba zainteresowana ma prawo do uzyskania zaświadczenia bez podania przyczyn.

1. Zaświadczenie zawiera istniejące wpisy w rejestrze karnym, z wyjątkiem tych, które go dotyczą:

a) wyroki skazujące, co do których wydano postanowienie o nieumieszczaniu wzmianki w zaświadczeniu zgodnie z art. 175 kodeksu karnego, pod warunkiem że świadczenie nie zostało cofnięte;

b) wyroki skazujące na karę grzywny tylko grzywną i wyroki za przestępstwa, które wygasły zgodnie z art. 167 akapit pierwszy kodeksu karnego;

c) do wyroków skazujących za przestępstwa, w przypadku których wystąpiła szczególna przyczyna wymarcia określona w art. 556 Kodeksu karnego;

d) do wyroków skazujących, w stosunku do których amnestia została ostatecznie zastosowana i tych, w stosunku do których ogłoszono resocjalizację, przy czym nie zostały one później uchylone;

e) środki przewidziane w art. 445 kodeksu postępowania karnego, jeżeli nałożona kara nie przekracza dwóch lat pozbawienia wolności, sama lub w połączeniu z grzywną, oraz dekrety w sprawie karnej;

f) wyroki skazujące za czyny, które przestały być uznawane przez prawo za przestępstwa, jeżeli odpowiedni wpis nie został usunięty;

f-bis) postanowienia sądu, który uznał przestępstwo za niekaralne na podstawie art. 131-bis kodeksu karnego, jeżeli odpowiedni wpis nie został usunięty;

g) środki dotyczące środków bezpieczeństwa wynikające z uniewinnienia lub decyzji o zaniechaniu działania, po uchyleniu tych środków;

h) środki dotyczące stosowania środków mających na celu zapobieganie specjalnemu nadzorowi, proste lub z zakazem lub obowiązkiem pobytu;

i) nakazy sądowe wydane przez „Sędziów Pokoju”;

l) nakazy sądowe dotyczące przestępstw podlegających jurysdykcji Trybunału Sprawiedliwości dla Pokoju wydane przez inny sąd, ograniczone do wpisów odnoszących się do takich przestępstw;

m) zarządzenia o zrzeczeniu się praw, zrzeczeniu się praw i pomocy technicznej, po ich odwołaniu;

m-bis) środki, które zgodnie z art. 464-4 kodeksu postępowania karnego przewidują zawieszenie postępowania;

m-ter) do wyroków, które zgodnie z art. 464 §§ kp.k. uznają przestępstwo za wygasłe ze względu na pozytywny wynik procesu;

1 -bis. Zaświadczenie dotyczące obywatela włoskiego zawiera również zaświadczenie o istnieniu lub nieistnieniu wpisów do europejskich rejestrów karnych.

Zauważył, że zgodnie z powyższym, część przestępstw nie jest ujawniana w rejestrze na takich zasadach, jak ma to miejsce w polskim systemie prawnym, zatem nie wykazano, że członek zarządu spółki AEP nie został prawomocnie skazany za przestępstwa określone w art. 24 ust. 1 pkt 13 Pzp, np. poprzez nałożenie na niego kary grzywny, co nie jest odnotowane w rejestrze włoskim.

W opinii Odwołującego - dokumenty wydane przez Prokuraturę Republiki Florencji (Zaświadczenia o toczących się postępowaniach) nie odnoszą się do prawomocnych skazań, a jedynie do toczących się postępowań, zatem nie mają zastosowania w polskiej procedurze.

Poza tym, wskazał, że „Certificato dei carichi pendenti” zawiera informacje o toczących się postępowaniach karnych przed Sądem Prokuratury oraz o postępowaniach toczących się przed „Procura distrettuale antimafia” (biuro prokuratora okręgowego ds. Walki z mafią).

Zdaniem Odwołującego - na ten moment, uzyskiwane zaświadczenia dotyczą wyłącznie postępowań, toczących się przed właściwym sądem prokuratury, w którym ma miejsce zamieszkania zainteresowany, co oznacza, że zaświadczenie nie potwierdza informacji o braku toczących się postępowań w ogóle, a jedynie o braku postępowań przed konkretnym sądem w postępowaniu karnym.

Powyższe wskazuje więc na istotne różnice między danymi zawartymi w dokumentach przedłożonych przez Asseco w odniesieniu do krajowych przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W ocenie Odwołującego - dokumenty wydane przez Ministerstwo Sprawiedliwości tj. zaświadczenie o niekaralności z Rejestru Karnego nie potwierdzają jednocześnie, że wobec wykonawcy nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne w zakresie, jaki wyznacza ustawa z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary.

W końcu, zaznaczył, że w odniesieniu do osób fizycznych, zaświadczenia o niekaralności nie obejmują informacji o określonych przestępstwach i karach, w tym przede wszystkim informacji o skazaniu na karę grzywny, czy też o skazaniu

na karę pozbawienia wolności nieprzekraczającą dwóch lat.

Z uwagi na powyższe rozbieżności, celem jednoznacznego rozwiązania wątpliwości i wykazania braku podstaw do wykluczenia, Asseco winien – według Odwołującego - dodatkowo dostarczyć stosowane oświadczenia złożone przed notariuszem.

Przyznał, że z uwagi na fakt, że Asseco nie było wzywane w powyższym zakresie do uzupełnienia lub wyjaśniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, dlatego przedwczesnym byłoby wnioskowanie o wykluczenie tego wykonawcy, choć jeśli nie potwierdzi on spełniania warunków wobec przedstawionych wątpliwości, wykluczenie będzie konsekwencją tych czynności.

W dniu 30 listopada 2020 r. zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Asseco Data Systems S. A. z siedzibą w Gdyni, AEP Ticketing Solutions S. R. L. z siedzibą w Signa (Włochy), zwany dalej Przystępującym lub Zgłaszającym Przystąpienie wykonawca Conduent Business Solutions (France) SAS, 1 Rue Claude Chappe 07500 Guilherand-Granges (Francja) po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 14 grudnia 2020 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie z powodu braku interesu Odwołującego w jego wniesieniu.

Względnie – w przypadku uznania, iż Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu odwołania, i tym samym odwołanie będzie podlegać dalszemu rozpoznaniu, Zamawiający wskazał, iż zarzuty i twierdzenia podniesione w odwołaniu, mają wyłącznie walor czystych hipotez i domysłów Odwołującego, nie popartych żadnymi dowodami.

Dodał również, że określone zarzuty powinny zostać odrzucone.

Zamawiający brak interesu w uzyskaniu zamówienia po stronie Odwołującego tłumaczył okolicznością odrzucenia jego oferty na podstawie powyższego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 października 2020 r.

W odniesieniu do zarzutu odnoszącego się do bezpodstawnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (zarzut odwołania nr 1) stwierdził, że jest on chybiony na podstawie art.182 ust.3 pkt 1 ustawy Pzp, albowiem Odwołujący nie zachował terminu do zgłoszenia tego zarzutu.

Poza tym, Zamawiający wyjaśnił, że zakończył badanie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa już na etapie badania i oceny ofert tj. do dnia 8 lipca 2020 r.

W związku z tym wskazał, że Odwołujący w tej materii nie zachował należytej staranności by powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania.

Podobnie zgłosił zastrzeżenie co do terminowości wniesienia środka ochrony prawnej, jeżeli chodzi o zarzuty opisanych w pkt 2-5 odwołania, twierdząc, że o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący dowiedział się w dniu 4 czerwca 2020 r. podczas udostępnienia ofert.

W części zarzutów nr 6-7 Zamawiający zapewniał, że dokładnie przeanalizował dokumenty złożone na podstawie art.26 ust.1 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu nr 8 Zamawiający podniósł, że treść referencji może odbiegać od wymagań opisanych w OPZ, dlatego dla Zamawiającego istotny jest zapis w załączniku nr 12 do SIWZ.

Zwrócił uwagę, że przepisy nie określają treści referencji. Jedyne, co musi z nich wynikać, to właśnie należyte wykonanie dostaw lub usług albo należyte wykonanie, zgodnie ze sztuką budowlaną i prawidłowo ukończone roboty budowlane.

Zarzut nr 9 Zamawiający ocenił jak nieuzasadniony z uwagi na treść § 7 ust.1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Pismem z dnia 13 grudnia 2020 r. Przystępujący zawnioskował o odrzucenie zarzutów wskazanych w piśmie procesowym lub o oddalenie w całości odwołania.

Przystępujący wnosił o oddalenie przedmiotowego odwołania w całości z uwagi na fakt, że Odwołujący nie wykazał interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia ani sensu stricte, ani sensu largo.

Zwrócił uwagę, że aktualnie Odwołujący upatruje swój interes w doprowadzeniu do unieważnienia postępowania i ponownego jego ogłoszenia, co teoretycznie umożliwiałoby Odwołującemu ponowne złożenie oferty i ubieganie się o udzielenie zamówienia, ale tylko teoretycznie.

Zdaniem Przystępującego założenie czynione przez Odwołującego jest błędne i powinno skutkować oddaleniem odwołania na podstawie przepisu art. 179 ust. 1 ustawy PZP, bowiem Odwołujący zakłada, że w przypadku unieważnienia postępowania dojdzie do jego ponownego ogłoszenia.

Podniósł, że fakty są takie, że w przypadku unieważnienia przedmiotowego postępowania do jego powtórzenia nie dojdzie z uwagi na brak zapewnienia finansowania projektu.

W ocenie Przystępującego - intencje Odwołującego zmierzają jedynie do unieważnienia postępowania, co jest działaniem destrukcyjnym, nie zasługującym na ochronę prawną.

Zauważył, że Odwołujący został przez Zamawiającego odrzucony z przedmiotowego postępowania w wyniku przeprowadzenia badania i oceny ofert na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 i 5 PZP ze względu na brak równoważności i brak spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności. Ponadto oferta Odwołującego została odrzucona przez Zamawiającego w wyniku wykonania wyroku z dnia 14.10.2020 r. KIO 1615/202, KIO 1660/20, KIO 1687/20, KIO 1688/20, gdzie Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu dokonanie czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) i 3) PZP w związku z zaferowaniem w ramach prawa opcji ceny 0,00 zł za architekturę rozszerzoną w okresie wdrożenia oraz za architekturę podstawową w okresie 1 roku eksploatacji, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Oferta ze względu na powyższe została również odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP, albowiem z postanowień SIWZ przewidujących sposób przydzielania punktów w kryterium oceny ofert F wynikało, że zaferowana cena nie mogła wynosić 0 zł. Przewidziana przez Zamawiającego formuła matematyczna nie była skomplikowana i niedopuszczalność podania ceny 0 zł była od razu widoczna, do czego wykonawcy musieli się zastosować.

Zaznaczył przy tym, że Odwołujący złożył skargę na wyrok KIO dnia 14.10.2020 r. KIO 1615/202, KIO 1660/20, KIO 1687/20, KIO 1688/20, jednakże skorzystanie przez Odwołującego ze środka ochrony prawnej nie spowodowało wstrzymania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty wykonawcy z przedmiotowego postępowania.

Argumentował, że wyrok Sądu Okręgowego rozstrzygający skargę przez Odwołującego nie zapadł do dnia rozprawy przed KIO, zatem brak jest podstaw do stwierdzenia, że są przesłanki na podstawie których Zamawiający miałby unieważnić czynność odrzucenia oferty Odwołującego.

W opinii Przystępującego - Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu stracił walor uczestnika postępowania, a dalsze korzystanie ze środków ochrony prawnej odbywa się bez wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia z pobudek destrukcyjnych.

Przekonywał, że twierdzenie Zgłaszającego Przystąpienie o braku możliwości powtórnego ogłoszenia postępowania oparte jest o analizę umowy zawartą przez Innobattica z CUPT na dofinansowanie projektu PZUM. Umowa główna zawarta z CUPT przez InnoBaltica, § 7 ust. 2 i ust. 3 „Kwalifikowalność wydatków,” wskazuje: „Należy wydatki kwalifikowane zakończyć do 30 września 2022 oraz rozpocząć fazę operacyjną projektu od 30 września 2022”.

Z § 8 ust. 21 umowy wynika, że wydatki poniesione niezgodnie z treścią umowy o dofinansowanie (czyli np. po terminie) mogą zostać uznane za niekwalifikowane lub częściowo zaliczone jako kwalifikowane. Co więcej, § 8 ust. 23 (strona 16) „Forma i warunki przekazania dofinansowania” wskazuje: „Opóźnienie w harmonogramie (w realizacji projektu) może spowodować wstrzymanie dofinansowania.”

Przystępujący wskazał, że w OPZ postępowania (załącznik nr 4 do SIWZ) na stronie 175 znajduje się tabela nr 6 zawierająca kamienie milowe harmonogramu projektu, gdzie na podstawie poniższej tabeli można dostrzec (LP.4), że maksymalny czas wykonywania prac został przewidziany przez Zamawiającego na 21 miesięcy od dnia podpisania umowy o zamówienie.”

W związku z tym stwierdził, że przyjmując (optymistycznie), że umowa zostanie podpisana do dnia 1 stycznia 2021 r., to oczekiwany czas realizacji umowy wyznacza 21 miesięcy od jej podpisania — czyli data 30 września 2022 r. Jednocześnie jest to ostateczny termin rozliczenia umowy zawartej z CUPT.

Zwrócił też uwagę, że jest to moment przedstawienia zadania do odbioru ze strony wykonawcy, zaś jako środki wydatkowane (wydatki kwalifikowane) uwzględniane są tylko te zapłacone (przelane). Tym samym należy przyjąć, że już obecnie Zamawiający będzie zmuszony rozliczyć część prac jako środki niekwalifikowane. Wynika to § 5 ust. 2 umowy, który wskazuje wartości wynagrodzenia za poszczególne etapy.

Wskazał również, że zgodnie z tabelą nr 6 — zagrożone jest rozliczenie kamieni milowych nr 4 (Etap XI) za które Zamawiający przewidział 20% wynagrodzenia Wykonawcy oraz co najmniej kamienie nr 6 i 7 (etap od VI do X) za które Zamawiający przewidział łącznie 45% wynagrodzenia Wykonawcy (zgodnie z § 5 ust. 2 wg Wzoru Umowy z Wykonawcą).

Według Odwołującego - łącznie oznacza to zagrożenie brakiem kwalifikowalności minimum 65% łącznego wynagrodzenia Wykonawcy.

Jednocześnie zwrócił uwagę, że już obecnie nie mieszczący się w terminach umowy z CUPT etap XII obejmuje 20% wynagrodzenia, tym samym łączna kwota wydatków, które potencjalnie mogą być wydatkiem niekwalifikowanym w tym projekcie to 85% (20% + 45% + 20%).

Argumentował, że przyjmując tylko kwotę proporcjonalnie dofinansowania za samo wykonanie projektu PZUM (nie

uwzględniając nawet fakt, że proporcjonalnie spowoduje też ograniczenie dofinansowania w innych częściach umowy) można zauważyć, że przy 85% procentowym ryzyku związanym z brakiem kwalifikowalności kosztów projektu i planowanym dofinansowaniu na poziomie 78 302 000 zł, ryzyko utraty finansowania w przypadku przesunięcia ogłoszenia postępowania przekłada się na kwotę 66 556 700 zł (czyli taką kwotę musiałaby by prawdopodobnie pokryć Innobaltica przy dalszym przesunięciu terminu podpisania umowy i przy nowym, postępowaniu). Takie „ryzyko wystąpi już w przypadku gdy postępowanie zostanie ogłoszone 1 stycznia 2021 r., zaś czas jaki upłynie do podpisania umowy z nowym wykonawcą przekroczy 5 miesięcy.

Odnosnie zarzutu wyboru oferty Asseco jako najkorzystniejszej w postępowaniu - dalej jako: „ZARZUT nr 1” oświadczył, że zarzut jest niezasadny i winien podlegać oddaleniu, bowiem Odwołujący nie wykazał i nie udowodnił, że czynność wyboru oferty Asseco jako najkorzystniejszej w postępowaniu została dokonana z naruszeniem przepisów obowiązującego prawa. Wskazane w odwołaniu zarzuty winny podlegać odrzuceniu lub oddaleniu.

Odnosnie zarzutu przyjęcia, że Asseco w sposób prawidłowy i skuteczny zastrzegło jako tajemnicę swojego przedsiębiorstwa następujące dokumenty:

- a) Wykaz osób,
- b) Informacja z banku potwierdzająca wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową,
- c) Dokument potwierdzający ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej - polisa OC wraz z dowodem opłacenia składek, co skutkowało zaniechaniem odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu tych dokumentów - dalej jako: „ZARZUT nr 2”, oświadczył, że zarzut winien podlegać odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 PZP jako złożony po upływie terminu przewidzianego przepisami prawa.

Asseco wskazał, że Krajowa Izba Odwoławcza winna odrzucić odwołanie (lub zarzut odwołania) jeśli stwierdzi, że odwołanie lub zarzut zostały wniesione po upływie terminu określonego. Terminy na wnoszenie odwołań, uzależnione są od wartości zamówienia, a także czynności bądź zaniechania której dotyczą i zostały określone w art. 182 PZP. Zważywszy na wartość zamówienia w przedmiotowej sprawie wino mieć zastosowanie norma określona w art. 182 ust. 3 pkt 1 PZP, zgodnie z którą wobec czynności lub zaniechania odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Wyjaśnił, że w przedmiotowej sprawie stan faktyczny przedstawia się następująco:

1) W dniu 01 czerwca 2020 r. nastąpiło otwarcie ofert. Zgodnie z art. 8 ust. 3 PZP Asseco wraz z ofertą złożyła zastrzeżenie, że część jej oferty, w tym wskazane przez Odwołującego dokumenty i oświadczenia, nie mogą być udostępniane innym podmiotom oraz wykazała, iż informacje zawarte w tych dokumentach i oświadczeniach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Zgłaszającego Przystąpienie.

2) W dniu 13 lipca 2020 roku Asseco złożyła odwołanie na czynność zaniechania odtajnienia przez Odwołującego oraz Conduent Business Solutions (France) (dalej: „Conduent”) części zastrzeżonych dokumentów i oświadczeń przez Odwołującego i Conduent. W efekcie złożonego odwołania Zamawiający uznał część zarzutów, a w pozostałym zakresie Krajowa Izba Odwoławcza uznała odwołanie za zasadne i nakazała odtajnienie ofert Odwołującego i Conduent (sygn. akt KIO 1615/20).

3) Biorąc powyższe pod uwagę należy uznać, że w dniu 1 czerwca 2020 roku Odwołujący powziął lub mógł powziąć informację o fakcie zastrzeżenia jawności części oferty przez Asseco, bowiem zgodnie z treścią art. 86 ust. 1 PZP od tego dnia uczestnicy postępowania odwoławczego uzyskują uprawnienie do zapoznania się treścią ofert. Zatem już 01 czerwca 2020 r. Odwołujący mógł wystąpić o udostępnienie oferty Asseco, a w przypadku nieuzyskania części oferty, Odwołujący winien złożyć odwołanie na zaniechanie Zamawiającego, przedstawiając argumentację tożsamą z przywołaną w przedmiotowym odwołaniu. Odwołujący nie zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie (8 treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a będąc podmiotem profesjonalnym i dbając o swój interes w przedmiotowym postępowaniu powinien był się o taki dokument zwrócić. Brak staranności w tym zakresie nie może powodować stanu, w którym Odwołującemu przysługuje uprawnienie do wnoszenia środków ochrony prawnej w bez marta 5 miesięcy od upływu terminu ustawowego. Taka okoliczność powodowała by brak pewności co do litery prawa oraz brak równości praw uczestników postępowania.

W związku z powyższymi okolicznościami, ze względu na treść przepisów art. 189 ust. 3 pkt 1 ustawy PZP oraz art. 182 PZP, stwierdził, że Odwołujący nie dochował należytej staranności w celu ochrony swojego interesu prawnego. Wobec nieprzekazania przez Zamawiającego części zastrzeżonej oferty Asseco, Odwołujący winien złożyć odwołanie, którego przedmiotem winno być nakazanie Zamawiającemu zdjęcia klauzuli „zastrzeżone” z oferty Asseco, najpóźniej w terminie 10 dni od daty nieotrzymania odpowiednich oświadczeń i dokumentów, kiedy upływał termin wskazany w art. 182 ust. 3 pkt 1 PZP.

Zarzucił, że Odwołujący wniósł odpowiedni zarzut dopiero w dniu 27 listopada 2020 r., a więc prawie 5 miesięcy po terminie, w którym powziął lub przy zachowaniu należytej staranności mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania.

Zwrócił uwagę, że Odwołujący w odwołaniu potwierdził, że prawidłowe jest działanie Zamawiającego polegające na badaniu przesłanek do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w oparciu o treść pisma zawierającego takie uzasadnienie bezpośrednio po jego otrzymaniu od wykonawcy.

Zauważył, że Odwołujący w swoim piśmie wskazał, że: „Oceny, o której mowa powyżej, Zamawiający dokonuje przede wszystkim przez przyzmat przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia dokonywanego zastrzeżenia.

Odwołujący zwrócił uwagę, że takie zastrzeżenie wiąże Zamawiającego tylko wówczas, gdy spełnione są przesłanki z art. 8 ust. 3 PZP. Zamawiający winien więc ocenić, czy Wykonawca wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, i w jakim zakresie tajemnicę utrzymać., a zatem Odwołujący sam przyznał, że przedmiotem badania jest treść zastrzeżenia, które to Zgłaszający Przystąpienie przedłożył wraz z ofertą i wówczas przesłanki te były przedmiotem badania Zamawiającego.

Przystępujący wskazał, że przesłanki zastrzeżenia nie zaistniały dopiero w momencie przedłożenia Zamawiającemu odpowiednio wykazu osób, polisy OC wraz z dowodem jego opłacenia, czy też informacji z banku, ale w momencie ich przedłożenia Zamawiającemu. Dokumenty te co do zasady mają przewidywalną treść (co do istoty sprawy), zatem prawidłowość ich zastrzeżenia można i należy badać właśnie mając na uwadze wykazanie przesłanek zastrzeżenia, co przyznał Odwołujący (cytat powyżej). Żaden z przedłożonych przez Przystępującego dokumentów czy oświadczeń nie „zaskoczył” Zamawiającego, treść żadnego z dokumentów nie zawierała treści innych niż zastrzeżone pismem złożonym wraz z ofertą.

Zaznaczył, że argumenty podniesione przez Odwołującego w związku z przedmiotowym zarzutem odnoszą się wprost do treści zastrzeżenia (argumenty dotyczące rzekomego braku udowodnienia wartości gospodarczej zastrzeżonej informacji, rzekomego zaniechania wykazania działań, mających na celu utrzymanie zastrzeganych informacji w poufności, braku udowodnienia próby „podkupowania” pracowników), z którym to zastrzeżeniem i przesłankami Odwołujący mógł zapoznać się już w lipcu 2020 roku, zatem niewątpliwie termin na podniesienie przedmiotowego zarzutu upłynął.

Zgłaszający Przystąpienie wskazał, że tylko on złożył odwołanie w dniu 13 lipca 2020 roku, którego przedmiotem było zaniechanie przez Zamawiającego odtajnienia części oferty innych uczestników postępowania o zamówienie publiczne w tym Odwołującego (sygn. akt KIO 1615/20). Wówczas Odwołujący, próbował (nieskutecznie) podnieść zarzut przekroczenia terminu na wzniesienie odwołania przez Asseco, co oznacza, że Odwołujący miał świadomość, że zaniechanie wniesienia odwołania skutkować będzie odrzuceniem odwołania lub w tym przypadku zarzutu. Dlatego też celem uniknięcia odrzucenia odwołania, Odwołujący winien liczyć termin do złożenia odwołania od możliwie najwcześniejszego terminu, nawet jeśli działanie takie wiązałoby się z ryzykiem oddalenia odwołania jako przedwczesnego. Uchybienie terminowi na wniesienie odwołania spowoduje brak możliwości ochrony interesów Odwołującego, natomiast uzyskanie wyroku oddalającego odwołanie z powodu jego przedwczesności, nie zamyka drogi do ponownego zaskarżenia wadliwej czynności lub zaniechania Zamawiającego w terminie późniejszym.

Z przyczyn wskazanych powyżej wnosil o odrzucenie Zarzutu nr 2.

W przypadku, gdyby jednak Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zarzut winien podlegać rozpoznaniu, oświadczył, że zarzut nr 2 jest niezasadny i winien podlegać oddaleniu.

Zgłaszający Przystąpienie wskazał, że przepis art. 8 ust. 3 PZP stanowi, iż 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 ustawy PZP. Z kolei, zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Dz.U. z 2018 r. poz. 419) — dalej „uznk”, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Mając na uwadze treść art. 11 ust. 4 uznk stwierdził, iż aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa niezbędne jest spełnienie co najmniej dwóch przesłanek:

- 1)przesłanka dotycząca charakteru informacji (informacje posiadająca wartość gospodarczą);
- 2)przesłanka dotycząca podjęcia przez przedsiębiorcę działań w celu ochrony danych.

Zgłaszający Przystąpienie wskazał również, że Asseco dochowało wszystkich warunków określonych przez

przepisy prawa, aby uznać, że oferta w zakresie wnioskowanym przez Odwołującego, winna podlegać ochronie przed dostępem dla innych podmiotów za wyjątkiem Zamawiającego. Jest to uprawniona forma ochrony swojego interesu prawnego przez Asseco, bowiem Zgłaszający Przystąpienie złożył odpowiednią informację o zastrzeżonych informacjach razem z ofertą, a więc przed 1 czerwca 2020 r.

Zgłaszający Przystąpienie zadeklarował, że przedłożył również szczegółowe uzasadnienie, w którym wyłożył i wyjaśnił, które informacje i z jakich przyczyn stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a zatem podlegają ochronie przewidzianej w art. 8 ust. 3 PZP, powołując się na wyrok KIO sygn. akt. KIO 1615/20, KIO 1660/20, KIO 1687/20 oraz KIO 1688/20 i z tej przyczyny wnosił o oddalenie Zarzutu nr 2.

Odnosnie zarzutu niewykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 października 2020 r. (sygn. akt: KIO 1615/20, KIO 1660/20, KIO 1687/20, KIO 1688/20) w zakresie ponownego badania ofert złożonych w postępowaniu, a w ramach tej czynności zaniechanie wykluczenia Asseco z udziału w postępowaniu, pomimo tego że wykonawcy wprowadzili lub mogli wprowadzić Zamawiającego w błąd co do podstaw wykluczenia ich z postępowania; a co najmniej na zaniechaniu wezwania Asseco do wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 10 PZP, celem umożliwienia im wykazania, że ich udział w przygotowaniu postępowania nie zakłócił konkurencji - dalej jako: „ZARZUT nr 3”, oświadczył, że zarzut winien podlegać odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 PZP jako złożony po upływie terminu przewidzianego przepisami prawa.

Asseco wskazał, że Krajowa Izba Odwoławcza winna odrzucić odwołanie (lub zarzut odwołania) jeśli stwierdzi, że odwołanie lub zarzut zostały wniesione po upływie określonego terminu. Terminy na wnoszenie odwołań, uzależnione są od wartości zamówienia, a także czynności bądź zaniechania której dotyczą i zostały określone w art. 182 PZP. Zważywszy na wartość zamówienia w przedmiotowej sprawie winna mieć zastosowanie norma określona w art. 182 ust. 3 pkt 1 PZP, zgodnie z którą wobec czynności lub zaniechania odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Przedstawił stan faktyczny w przedmiotowej sprawie:

1)W dniu 8 lipca 2020 roku Zamawiający zamieścił na stronie „Zawiadomienia o wynikach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”, w którym to za najkorzystniejszą uznała ofertę Odwołującego.

2)W dniu 17 lipca 2020 r. Asseco złożyła odwołanie, które zostało wyrokiem z dnia 14 października 2020 roku uznane za zasadne, w efekcie czego oferta Odwołującego została odrzucona (sygn. akt. KIO 1615/20).

3)W dniu 20 lipca 2020 r. Odwołujący, pomimo faktu, że jego oferta została uznana za najkorzystniejszą, także złożył odwołanie, w którym wnosił m.in. o odrzucenie oferty Asseco (sygn. akt KIO 1687/20). Odwołujący cofnął odwołanie na rozprawie.

4)W dniu 12 listopada 2020 r. Odwołujący złożył skargę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt. KIO 1615/20, KIO 1660/20, KIO 1687/20 oraz KIO 1688/20 z 14 października 2020 r., co oznacza, że Odwołujący zapoznał się treścią ww. wyroku w dniu 5 listopada 2020 r.

Według Przystępującego - wykazane wyżej okoliczności wskazują, że Odwołujący już w dniu 20 lipca 2020 roku winien wnosić przedmiotowy zarzut.

Na potwierdzenie takiego rozumienia rzeczy wskazał, że Odwołujący w tym dniu wniósł odwołanie, w którym zarzucał Zamawiającemu m.in. brak odrzucenia oferty Asseco. Odwołujący już wówczas był w posiadaniu informacji, które podnosi w przedmiotowym odwołaniu.

W opinii Przystępującego - złożenie odwołania w dniu 27 listopada 2020 r. w sposób ewidentny stanowi przekroczenie dopuszczanego przepisami 10 dniowego terminu na taką czynność.

Z ostrożności Zgłaszający Przystąpienie podniósł, że gdyby przyjąć bardzo korzystną dla Odwołującego wykładnię przepisu art. 182 ust. 3 pkt 1 PZP należałoby wskazać, że o uwzględnieniu przez skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zarzutu Asseco dotyczącego wykluczenia Odwołującego — na który to Odwołujący się teraz powołuje, tj. zarzutu zaburzenia konkurencji przez udział osoby występującej po stronie Odwołującego w przygotowaniu oferty, a na etapie przygotowania postępowania po stronie Zamawiającego, Odwołujący powziął wiadomość w dniu 14 października 2020 roku tj. w dniu wydania wyroku przez Krajową Izbę Odwoławczą (sygn. akt: KIO 1615/20, KIO 1660/20, KIO 1687/20, KIO 1688/20), a o treści uzasadnienia ww. wyroku Odwołujący powziął wiadomość w dniu 05 listopada 2020 roku.

Dlatego termin na złożenie odwołania z przedmiotowym zarzutem minął 24 października 2020 r., a najpóźniej 15 listopada 2020 r.

Dlatego ze względu na treść przepisów art. 189 ust. 3 pkt 1 PZP oraz art. 182 PZP, stwierdził, że Odwołujący nie dochował należytej staranności w celu ochrony swojego interesu prawnego wnosząc odpowiedni zarzut dopiero w dniu 27

listopada 2020 r., a więc daleko po terminie w którym powziął lub przy zachowaniu należytej staranności mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania.

Z przyczyn wskazanych powyżej wnosił o odrzucenie Zarzutu nr 3.

W przypadku, gdyby jednak Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zarzut winien podlegać rozpoznaniu, oświadczył że zarzut nr 3 jest niezasadny i winien podlegać oddaleniu.

Wskazał, że Odwołujący sformułował zarzut tylko i wyłącznie opierając się na wyroku wydanym przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 14 października 2020 r. (sygn. akt: KIO 1615/20, KIO 1660/20, KIO 1687/20, KIO 1688/20).

Zdaniem Przystępującego - Odwołujący całkowicie pominął treść zarzutu postawionego przez Zgłaszającego Przystąpienie w odwołaniu z dnia 17 lipca 2020 r. oraz przedstawione wówczas okoliczności na uzasadnienie swojej tezy (Kopia odwołania wniesionego przez Asseco w dniu 17 lipca 2020 r. — Załącznik nr 1).

Podniósł, że zarzut oznaczony w odwołaniu z dnia 17 lipca 2020 roku jako nr 10 został oparty o przepis art. 24 ust. 10 PZP, który nakazuje wykluczyć wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Następnie, referował, że Asseco podniósł, że w tworzeniu oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego (Thales) uczestniczyła osoba, która brała udział w tworzeniu koncepcji systemu objętego przedmiotem zamówienia po stronie Zamawiającego, a więc osoba która brała udział w przygotowaniu przedmiotowego postępowania. Następnie Asseco przedstawił szczegółowo okoliczności oraz dowody na to, że działanie osoby po stronie Odwołującego (Thales) przy przygotowaniu postępowania (w tym w dialogu technicznym reprezentując Zamawiającego), a następnie działanie w imieniu Thales na etapie przygotowania oferty, miało wpływ na zaburzenie konkurencji.

Tymczasem Odwołujący w swoim odwołaniu z 27 listopada 2020 r. nie wskazał okoliczności, ani dowodów na potwierdzenie tezy, że Asseco biorąc udział w dialogu technicznym, naruszyła dyspozycję przepisu art. 24 ust. 10 PZP.

W przekonaniu Przystępującego - sam fakt udziału w dialogu technicznym nie może i nie jest okolicznością, która może stanowić podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Zadeklarował, że sytuacja Zgłaszającego Przystąpienie jest skrajnie odmienna od sytuacji Odwołującego, bowiem ani Asseco, a w szczególności żaden pracownik podmiotów wchodzących w skład konsorcjum Asseco lub współpracownik tych podmiotów nie brał udziału w przygotowaniu postępowania po stronie Zamawiającego.

Za pozbawione podstaw potraktował twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający został wprowadzony w błąd co do faktu udziału Asseco u w dialogu technicznym, bowiem Zamawiający wiedział, że Asseco brała udział w opisanym przepisami prawa dialogu technicznym, sam bowiem był organizatorem tego dialogu.

Zdaniem Przystępującego - argumentacja Odwołującego w przedmiotowym zarzucie jest sprowadzona do absurdu:

- udział w dialogu technicznym powinien być penalizowany przez zamawiających w postaci wykluczenia biorących w nim udział wykonawców z postępowania (a przecież wiadomo, że koszt udziału w dialogu technicznym leży po wyłącznej stronie wykonawcy, który nieodpłatnie dzieli się z zamawiającym wiedzą z własnej woli i na swój koszt, aby zamawiający mógł w najbardziej optymalny sposób z wykorzystaniem najnowszych technologii opisać przedmiot zamówienia),

- zrównuje oficjalny udział w dialogu technicznym z posłużeniem się osobami przygotowującymi opis przedmiotu zamówienia do sporządzenia oferty,

- twierdzi, że organizator dialogu technicznego był nieświadomy uczestnictwa Przystępującego w dialogu,

- Zgłaszający Przystąpienie oszukał Zamawiającego co do faktu udziału w dialogu technicznym.

Dlatego dla Przystępującego za zupełnie niezrozumiałą należy uznać zarzut, iż Zamawiający nie wykonał wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 października 2020 r. (sygn. akt: KIO 1615/20, KIO 1660/20, KIO 1687/20, KIO 1688/20).

Przekonywał, że z taką sytuacją mielibyśmy do, czynienia, gdyby Zamawiający zaniechał wykluczenia Odwołującego (Thales) z postępowania w oparciu o art. 24 ust.10 PZP.

Zdaniem Zgłaszającego Przystąpienie - jedynym logicznym uzasadnieniem dla powołania się na okoliczność „niewykonania wyroku KIO” jest próba odsunięcia od siebie sankcji odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 PZP jako złożonego po upływie terminu przewidzianego przepisami prawa. Zgłaszający Przystąpienie wskazał jednak powyżej nawet przyjmując najkorzystniejszy sposób liczenia dla terminu „złożenia odwołania”, że Odwołujący dokonał tej czynności po terminie.

Odnosnie zarzutu niewykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 października 2020 r. (sygn. akt: KIO

1615/20, KIO 1660/20, KIO 1687/20, KIO 1688/20) w zakresie ponownego badania ofert złożonych w postępowaniu, a w ramach tej czynności zaniechaniu wezwania Asseco do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 PZP w zakresie istotnych części składowych ceny pkt 6 tabeli cenowej zawartej w ofertach wykonawców - dalej jako: „ZARZUT nr 4”, oświadczył, że zarzut winien podlegać odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 3 PZP jako złożony po upływie terminu przewidzianego przepisami prawa.

Asseco wskazał, że Krajowa Izba Odwoławcza winna odrzucić odwołanie (lub zarzut odwołania) jeśli stwierdzi, że odwołanie lub zarzut zostały wniesione po upływie określonego terminu.

Terminy na wnoszenie odwołań, uzależnione są od wartości zamówienia, a także czynności bądź zaniechania której dotyczą i zostały określone w art. 182 PZP. Zważywszy na wartość zamówienia w przedmiotowej sprawie winno mieć zastosowanie norma określona w art. 182 ust. 3 pkt 1 PZP, zgodnie z którą wobec czynności lub zaniechania odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

W przedmiotowej sprawie przedstawił następujący stan faktyczny:

1)W dniu 8 lipca 2020 roku Zamawiający zamieścił na stronie „Zawiadomienia o wynikach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”, w którym to za najkorzystniejszą uznała ofertę Odwołującego.

2)W dniu 17 lipca 2020 r. Asseco złożyła odwołanie, które zostało wyrokiem z dnia 14 października 2020 roku uznane za zasadne, w efekcie czego oferta Odwołującego została odrzucona (sygn. akt. KIO 1615/20);

3)W dniu 20 lipca 2020 r. Odwołujący, pomimo faktu że jego oferta została uznana za najkorzystniejszą, także złożył odwołanie, w którym wnosił m.in. o odrzucenie oferty Asseco (sygn. akt KIO 1687/20). Odwołujący cofnął odwołanie na rozprawie.

4)W dniu 12 listopada 2020 r. Odwołujący złożył skargę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt. KIO 1615/20, KIO 1660/20, KIO 1687/20 oraz KIO 1688/20 z 14 października 2020 r., co oznacza, że Odwołujący zapoznał się treścią ww. wyroku w dniu 5 listopada 2020 r.

Według Przystępującego - wykazane wyżej okoliczności wskazują, że Odwołujący już w dniu 20 lipca 2020 roku winien wnosić przedmiotowy zarzut.

Na potwierdzenie takiego rozumienia rzeczy wskazał, że Odwołujący w tym dniu wniósł odwołanie, w którym zarzucał Zamawiającemu m.in. brak odrzucenia oferty Asseco.

Odwołujący już wówczas był w posiadaniu informacji, które podnosi w przedmiotowym odwołaniu.

Zdaniem Odwołującego - złożenie odwołania w dniu 27 listopada 2020 r. w sposób ewidentny stanowi przekroczenie dopuszczonego przepisami 10 dniowego terminu na taką czynność.

Z ostrożności Zgłaszający Przystąpienie podniósł, że gdyby przyjąć bardzo korzystną dla Odwołującego wykładnię przepisu art. 182 ust. 3 pkt 1 PZP, należałoby wskazać, że o uwzględnieniu przez skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zarzutu Asseco dotyczącego wykluczenia Odwołującego - na który to, Odwołujący się teraz powołuje, tj. zarzutu zaburzenia konkurencji przez udział osoby występującej po stronie Odwołującego w przygotowaniu oferty, a na etapie przygotowania postępowania po stronie Zamawiającego, Odwołujący powziął wiadomość w dniu 14 października 2020 roku tj. w dniu wydania wyroku przez Krajową Izbę Odwoławczą (sygn. akt: KIO 1615/20, KIO 1660/20, KIO 1687/20, KIO 1688/20), a o treści uzasadnienia ww. wyroku Odwołujący powziął wiadomość w dniu 5 listopada 2020 roku. Dlatego termin na złożenie odwołania z przedmiotowym zarzutem minął 24 października 2020 r., a najpóźniej 15 listopada 2020 r. Dlatego ze względu na treść przepisów art. 189 ust. 3 pkt 1 PZP oraz art. 182 PZP stwierdził, że Odwołujący nie dochował należytej, staranności w celu ochrony swojego, interesu prawnego wnosząc odpowiedni zarzut dopiero w dniu 27 listopada. 2020 r., a więc daleko po terminie w którym powziął lub przy zachowaniu należytej staranności mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania.

Zdaniem Zgłaszającego Przystąpienie - jedynym logicznym uzasadnieniem dla powołania się na okoliczność „niewykonania wyroku KIO” jest próba odsunięcia od siebie sankcji odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 PZP, jako złożonego po upływie terminu przewidzianego przepisami prawa. Zgłaszający Przystąpienie wskazał jednak powyżej, że nawet przyjmując najkorzystniejszy sposób liczenia dla terminu złożenia Odwołujący dokonał tej czynności po terminie.

Z przyczyn wskazanych powyżej wnosił o odrzucenie Zarzutu nr 4.

W przypadku, gdyby jednak Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zarzut winien podlegać rozpoznaniu, oświadczył, że Zarzut nr 4 jest niezasadny i winien podlegać oddaleniu.

Wskazał, że Odwołujący sformułował zarzut tylko i wyłącznie opierając się na wyroku wydanym przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 14 października 2020 r. (sygn. akt: KIO 1615/20, KIO 1660/20, KIO 1687/20, KIO 1688/20), gdzie całkowicie pominął on treść zarzutu postawionego przez Zgłaszającego Przystąpienie w odwołaniu z dnia 17 lipca 2020 r.

oraz przedstawione wówczas okoliczności na uzasadnienie swojej tezy.

Przede wszystkim stwierdził, że zarzut podniesiony wówczas przez Asseco a uwzględniony przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 14 października 2020 r. (sygn. akt: KIO 1615/20, KIO 1660/20, KIO 1687/20, KIO 1688/20) dotyczący rażąco niskiej ceny dotyczył oferty złożonej przez Thales.

Dlatego podnoszenie okoliczności „niewykonania orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej” mogłoby „dotyczyć wyłącznie sytuacji, gdyby Zamawiający nie zastosował sankcji wskazanej w wyżej przytoczonym wyroku wobec Thales. Nie może dotyczyć to z całą pewnością Asseco.

Niezależnie od powyższego stwierdził, że głównym zobowiązaniem wykonawcy realizującym przedmiotowe zamówienie jest wytworzenie, przetestowanie, a następnie uruchomienie i eksploatawanie elektronicznej Platformy Zintegrowanych Usług Mobilności” (w treści SIWZ nazywany „PZUM” lub „Systemem PZUM”).

Wyjaśnił, że jednym z elementów koniecznym dla wykonania zamówienia jest zapewnienie środowiska infrastrukturalnego (w SIWZ nazywanego „Architektura Infrastrukturalna”), tj. między innymi serwerów o wystarczającej mocy obliczeniowej, pamięci o odpowiedniej pojemności i szybkości działania, co na potrzeby niniejszego wywodu można porównać do serwerowni. Przy czym owo zapewnienie środowiska infrastrukturalnego ma mieć formę usługi świadczonej w postaci „chmury obliczeniowej”.

Zwrócił uwagę, że „Zgodnie zapisami pkt. 4.10.1 Opisu Przedmiotu Zamówienia (str. 176-177):

„4.10.1. Infrastruktura rozwiązania w modelu chmurowym:

„Infrastruktura centralna wraz z Oprogramowaniem Podstawowym dostarczona w modelu usługowym (chmura) i możliwa do udostępnienia dostawcy systemu PZUM. Wykonawca systemu PZUM będzie mógł wykorzystać usługi, przypadkach koniecznych rozbudować je o komponenty systemu PZUM. Zamawiający, oczekuje od oferentów przedstawienia wymagań na zapotrzebowanie infrastrukturalne oraz Oprogramowanie Podstawowe przy wykorzystaniu rozwiązania Azure lub Oracle Cloud i załączyć go jako załącznik do załącznika nr 1 do SIWZ”.

Zauważył, że zgodnie z SIWZ, w szczególności Opiszem Przedmiotu Zamówienia i Wzorem Umowy, zadaniem Zamawiającego jest udostępnienie wykonawcy wyżej wymienionych niezbędnych zasobów „serwerowni”.

Jednak Zamawiający zastrzegł, że ma prawo do przeniesienia na wykonawcę tego zobowiązania, poprzez skorzystania z prawa opcji w tym zakresie. W tym celu zobowiązał wszystkich wykonawców składających oferty do zaproponowania cen dla poszczególnych opcji usługi „udostępnienia Architektury Infrastrukturalnej”, dodatkowo wskazując, że ceny za te usługi będą oceniane jako jedno z kryterium oceny ofert (Kryterium „Kryterium F podejścia do skalowalności i rozbudowy rozwiązania.”).

Zaznaczył, że w tym celu Zamawiający określił w SIWZ specjalny algorytm.

Podkreślił, że z uwagi na fakt, iż parametry Architektury Infrastrukturalnej nie mogą i nie są uniwersalne dla wszystkich wykonawców, bowiem wynikają wprost z indywidualnych wymagań i możliwości dla oferowanych przez poszczególnych wykonawców aplikacji i urządzeń Zamawiający nie mógł i nie nałożył jednego standardu w tym zakresie (dla jednych wykonawców ta narzucona „moc obliczeniowa” mogłaby niewystarczająca, dla innych nadmiarowa). W szczególności nie było możliwe narzucenie przez Zamawiającego standardu dla Architektury Developerskiej, gdzie różni wykonawcy mogą mieć zupełnie odmienne metodyki realizacji prac deweloperskich i w związku z tym odmienne wymagania.

Wskazane wyżej fakty i okoliczności – zdaniem Przystępującego - wskazują, że nie jest możliwe porównanie ofert poszczególnych wykonawców, w tym szczególności cen na usługi „mocy obliczeniowej”.

Z tej przyczyny uznał, że Odwołujący formułując przedmiotowy zarzut popełnia błąd metodologiczny i logiczny, podnosząc, iż punktem wyjścia dla oceny czy dana cena jest przez Asseco skalkulowana należycie, odnosząc się do cen innych wykonawców. Tak zbudowany wywód jest wadliwy, bowiem przyjmuje jako punkt wyjścia fałszywą tezę, że punktem wyjścia dla oceny takiej ceny jest jednakowy zakres usługi.

Podkreślił przy tym, że stanowisko identyczne z przedstawionym powyżej przez Zgłaszającego Przystąpienie w trakcie postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt: KIO 1615/20, KIO 1660/20, KIO 1687/20, KIO 1688/20 Odwołujący dowodził i podtrzymał swoje stanowisko w skardze do sądu na ww. orzeczenie, że zaproponowane ceny za usługi udostępnienia to „moc obliczeniowa”.

Z przyczyn wskazanych powyżej Zgłaszający Przystąpienie wnosił o oddalenie odwołania.

Z ostrożności, z uwagi na okoliczność, iż w przypadku zarzutu złożenia rażąco niskiej ceny, ciężar dowodu spoczywa na wykonawcy składającym ofertę, a więc w sprawie na Zgłaszającym Przystąpienie, w osobnym dokumencie przedłożył kalkulację i dowody dotyczące zaoferowanej ceny dla udostępnienia Architektury Infrastrukturalnej dla Architektury deweloperskiej w okresie wdrożenia (6.1.2) oraz Architektury deweloperskiej w okresie eksploatacji (6.2.2)

wraz z dowodami, które stanowią Załącznik nr 2 i 3 do niniejszego pisma.

Ponadto, Zgłaszający Przystąpienie wyjaśnił, że Zamawiający zażądał w SIWZ (pkt. 4 od strony 19), aby wraz z ofertą, każdy z wykonawców przedstawił swoje wymagania (swoją konfigurację dla danego środowiska):

4. Kryterium F podejścia do skalowalności i rozbudowy rozwłazania Waga kryteriów łącznie: 9,3

4.1. F.1 Architektura Infrastrukturalna proponowanego rozwiązania w wersji testowej, developerskiej, podstawowej i rozszerzonej w trakcie wdrożenia

Waga kryteriów łącznie: 4.65

Zamawiający ma możliwość udostępnienia na rzecz projektu infrastrukturę chmurowej w technologii Azure.

Zamawiający oczekuje przedstawienia wymagań i wyceny na architekturę rozwiązania w trakcie wdrożenia wykonaną przy wykorzystania kalkulatora Azure (<https://azure.microsoft.com/pl/pricing/calculator/>) lub kalkulatora Oracle Cloud (<https://www.oracle.com/cloud/cost-estimator.html>)....

4.2.F.2 Architektura Infrastrukturalna proponowanego rozwiązania w wersji testowej, developerskiej, podstawowej i rozszerzonej w trakcie eksploatacji

Waga kryteriów łącznie: 4.65

Zamawiający ma możliwość udostępnienia na rzecz projektu infrastrukturę chmurową w technologii Azure lub Oracle.

Zamawiający oczekuje przedstawienia wymagań i wyceny na architekturę rozwiązania w trakcie eksploatacji wykonaną przy wykorzystania kalkulatora Azure () lub kalkulatora Oracle (<https://www.oracle.com/cloud/cost-estimator.html>)....

Wskazał, że Zamawiający oczekiwał przedstawienia konfiguracji każdego ze środowisk, a w związku z tym to po stronie danego wykonawcy było określenie przedmiotu oferty dla ww. zakresu prawa.

Zdaniem Przystępującego - zaproponowane ceny muszą być odzwierciedleniem oferowanego rozwiązania usług chmurowych, których parametry techniczne należało opisać w plikach konfiguracyjnych każdej z usług.

Zgłaszający Przystąpienie złożył wraz ze swoją ofertą komplet plików konfiguracyjnych dla wymaganego przez siebie (Architektury Infrastrukturalnej) w szczególności złożyło Pliki o nazwach:

- „architektura_deweloperska wdrozenie.xlsx”

- „architektura_deweloperska eksploatacja.xlsx”, w których zawarł zestawienie (konfiguracje) usług dostępu do „chmury obliczeniowej” zwymiarowanej na potrzeby oferowanego rozwiązania.

Wyjaśnił, że zakres parametrów usługi dotyczących Architektury Infrastrukturalnej dla obszaru Architektury Deweloperskiej, czyli tej w ramach, której wytwarzane jest finalna wersja konfiguracji oprogramowania na potrzeby projektu Systemu PZUM związany jest wprost z indywidualnymi wymaganiami i własną metodyką prowadzenia tych prac przez Zgłaszającego Przystąpienie.

Zauważył, że Zamawiający wymagał, aby usługa dostępu usług dostępu do „chmury obliczeniowej” może być świadczona w oparciu środowiska udostępnianie przez jednego z dwóch wiodących dostawców tego typu usług. tj. Microsoft - usługa Azure lub Oracle - usługa OracleCloud (OPŻstrona 130 punkt 3.16.1.2 3.16.1.2). Byli to jedyni dopuszczeni dostawcy dla tej usługi. Asseco złożyło swą ofertę w oparciu o usługi Microsoft Azure. Zgodnie z wymaganiem Zamawiającego, Zgłaszający Przystąpienie przedstawił pliki wygenerowane wykorzystaniem narzędzia udostępnionego przez Microsoft na stronie. (<https://azure.microsoft.com/pl/pricing/calculator/>) oraz przedstawił w formularzu cenowym oferty dla tych usług uwzględnieniem przysługujących wszelkich rabatów i zniżek. Decyzja o wyborze jako dostawcy usług firmy Microsoft, wynikała zarówno ze względów technologicznych jak również ekonomicznych, tj. z faktu, iż Asseco Data Systems S.A. posiada status partnera firmy Microsoft, co przekłada się znaczące upusty od cen cennikowych.

Zgłaszający Przystąpienie stwierdził, że przedłożył dowody na okoliczność, że oferowana cena usługi udostępnienia Architektury Infrastrukturalnej dla Architektury deweloperskiej w okresie wdrożenia (6.1.2) oraz Architektury deweloperskiej w okresie eksploatacji (6.2.2).

Według Odwołującego - cena jest skalkulowana prawidłowo, z uwzględnieniem wszystkich elementów kosztotwórczych, ryzyka i marży w postaci kalkulacji wyceny tej usługi oraz oferty otrzymanej przez Asseco Data Systems SA na przedmiotową usługę świadczoną przez Microsoft.

W tym zakresie powołał się na następujące dowody:

1.Kalkulacja wyceny usługi udostępnienia Architektury Infrastrukturalnej dla Architektury deweloperskiej w okresie wdrożenia (6.1.2) oraz Architektury deweloperskiej w okresie eksploatacji (6.2.2) — Załącznik nr 2.

2.Oferta dostawcy usługi Microsoft — Załącznik nr 3.

Jednocześnie w piśmie procesowym zastrzegł jawność informacji znajdujących w dowodach wskazanych w pkt

20, z którymi zapoznać mogą się wyłącznie Zamawiający i skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej.

Zastrzegł, że przedmiotowe dokumenty (informacje w dokumentach) na podstawie przepisu art. 8 ust. 3 PZP jako tajemnicę przedsiębiorstwa Zgłaszającego Przystąpienie, w szczególności Asseco Data Systems S.A.

Przywołał przepis art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Dz.U. z 2018 r. poz. 419), zgodnie z którym 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.

Podniósł, że określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, gdy łącznie zaistnieją trzy przesłanki, tj.:

a) informacja taka ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą,

b) informacje 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,

c) podjęto w stosunku do niej przy zachowaniu należytej staranności działania w celu zachowania poufności.

Argumentował, że wszystkie informacje wymienione na wstępie niniejszego zastrzeżenia zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż nie były udostępniane nigdy w sposób publiczny i nie zostały również zamieszczone na żadnych stronach internetowych podmiotów wchodzących w skład Konsorcjum i ich podwykonawców.

Przekonywał, że Asseco Data Systems SA w szczególny sposób zadbał o zachowanie poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, między innymi poprzez zobowiązania swoich pracowników, współpracowników oraz kontrahentów do zachowania poufności, a także poprzez ustalenie obowiązku zapłaty wysokich kar umownych w przypadku naruszenia klauzul dotyczących poufności. Działania takie podyktowane są również stosowaniem następujących zasad ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa:

a) system zarządzania jakością ISO 9001;

b) system zarządzania bezpieczeństwem informacji ISO 27001;

c) klauzule poufności w umowach z pracownikami oraz osobami i instytucjami współpracującymi, klauzule poufności w umowach handlowych, które dotyczą kontrahentów, jak i pracowników oraz osoby współpracujące z kontrahentami;

d) politykę bezpieczeństwa informacji.

Ponadto, zadeklarował, że Asseco Data Systems S.A. podejmując działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeganych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, zapewnił również wskazane poniżej środki techniczne oraz organizacyjne takie jak:

a) system kontroli dostępu do pomieszczeń,

b) system monitoringu,

c) całodobowa ochrona fizyczna,

d) system alarmowy,

e) wszyscy użytkownicy komputerów pracują w środowisku domenowym Windows,

f) pełna identyfikacja i rozliczalność (unikatowe loginy, uwierzytelnianie na podstawie bezpiecznego hasła, historia logowań),

g) kontrola zainstalowanego oprogramowania,

h) zapory sieciowe, firewalle (filtrowanie ruchu),

i) system antywirusowy,

j) serwer proxy (filtrowanie i monitorowanie ruchu),

k) transmisja do wewnętrznych systemów jest szyfrowana (hasła są szyfrowane)

l) do zasobów mają dostęp tylko osoby, które potrzebują ich do wykonywania obowiązków służbowych

m) transmisja (klient-serwer),

n) wiadomości na serwerze są zaszyfrowane,

o) możliwość szyfrowania treści całej wiadomości (podpisy cyfrowe),

p) serwery są umieszczone w bezpiecznych pomieszczeniach.

Wskazał również, że Zgłaszający Przystąpienie zastrzegł kalkulację ceny oraz ofertę na dostawę usługi Microsoft, a więc informacje, które ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, traktuje jako „inne informacje posiadające wartość gospodarczą”, bowiem nie można odmówić takim dokumentom (informacjom) jak oferta z wyceną usługi, która zawiera upusty i zniżki przysługujące Asseco Data Systems S.A., sposób wyliczenia ceny i nałożona na usługę marża handlowa,

znamion informacji o wartości gospodarczej. W szczególności ofercie otrzymanej przez Asseco Data Systems na usługi Microsoft. Każdy z podmiotów bowiem w łatwy sposób, porównując standardową cenę na oferowane usługi (dostępną w kalkulatorze), porównać z ceną otrzymaną przez Asseco Data Systems SA i w ten sposób dowiedzieć się o wynagrodzanych przez Asseco Data Systems SA zniżkach na produkty i oferty Microsoft.

Takie działanie – w przekonaniu Przystępującego - w sposób oczywisty pozbawi Asseco Data Systems S.A. przewagi konkurencyjnej, w których elementem cenowym są usługi Microsoft. Jest to przesłanka „szczególnie sprzyjających warunków wykonania zamówienia”, o której stanowi art. 90 ust. 1 pkt 1 PZP, jako podstawy do wskazania, że oferowana przez danego wykonawcę cena nie ma charakteru „rażąco niskiej”.

Z tej przyczyny Zgłaszający Przystąpienie uznał, że ma prawo chronić swoją przewagę handlową.

Dodatkowo podkreślił, że przedkładana oferta zawiera klauzulę dostawcy „Niniejsza oferta zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa. Przeznaczona jest wyłącznie dla osoby lub podmiotu, do którego jest adresowana i zawiera informacje o charakterze poufnym”.

Nie sposób także odmówić znamion „wartości gospodarczej” samej kalkulacji usługi.

Po pierwsze kalkulacja zawiera cenę od dostawcy usługi Microsoft, zatem brak zastrzeżenia jawności kalkulacji powodowałoby de facto odtajnienie oferty otrzymanej przez Asseco Data Systems S.A. od dostawcy.

Po wtóre kalkulacja zawiera inne wskazane przez Asseco koszty oraz marżę handlową uwzględnioną w cenie ofertowej dla Zamawiającego. Wysokość przyjętych dodatkowych kosztów oraz wysokość marży przy kształtowaniu oferty składanej podmiotom przez Asseco Data Systems SA stanowią z całą pewnością informację posiadającą „wartość gospodarczą”.

Zauważył przy tym, że Zgłaszający Przystąpienie znając linię orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej, która zwraca uwagę, że ochrona jawności ofert winna być wyjątkiem, ograniczył swoje żądanie zastrzeżenia jawności oferty do absolutnego minimum: oferty dostawy usługi Microsoft oraz kalkulacji oferty.

Odnosnie zarzutu zaniechania wykluczenia Asseco z udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy wykonawca Asseco wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, a co najmniej na zaniechaniu wezwania wykonawcy Asseco do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 PZP i błędnym przyjęciu, że Asseco spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlegała wykluczeniu z udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy Wykonawca nie przedłożył dokumentów potwierdzających wykonanie wszystkich, deklarowanych dostaw, uwzględniających wymagane przez Zamawiającego funkcjonalności ewentualnie zaniechaniu do wezwania Asseco do wyjaśnień z art. 26 ust. 4 PZP w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w zakresie dotyczącym usługi realizowanej w ramach projektu SKUP, albowiem przedłożona referencja nie wskazuje, aby warunek został spełniony wykazaną usługą; dalej jako: „ZARZUT nr 5”, oświadczył, że Odwołujący formułując zarzut podniósł (str. 33 odwołania):

„Analiza przedłożonych przez Asseco dokumentów i dokumentacji zadania „Rozszerzenie systemu SKUP na pojazdy MZK Tychy” wskazuje, że Asseco nie potwierdziło spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w Rozdziale V ust. 2 pkt 3 SWIZ. W zakresie zadania „Rozszerzenie systemu SKUP na pojazdy MZK Tychy” Asseco, wbrew swoim oświadczeniom:

1)nie dostarczyło Systemu poboru opłat, a tym bardziej nie dostarczyło systemu o następujących cechach: system kontocentryczny, rozumiany jako system informatyczny, gdzie wszystkie informacje o ruchu pasażerów, o nabywaniu uprawnień do korzystania z usług transportowych są zapisywane są zapisywane w Systemie Centralnym w czasie zbliżonym do rzeczywistego;

2)nie dostarczyło Systemu poboru opłat o następujących cechach: system, który daje możliwość dokonywania oraz otrzymywania wpłat między innymi przez Internet pomiędzy osobami lub instytucjami;

3)nie dostarczyło Systemu poboru opłat o następujących cechach: realizacja funkcjonalności billingowych, dla co najmniej 300 000 kont pasażerskich nazwanych, w których miały miejsce transakcje w przeciągu pełnego roku (12 miesięcy następujących po sobie).

4)nie dostarczyło Systemu poboru opłat o następujących cechach: realizacja funkcjonalności billingowych, dla co najmniej 28 000 000 transakcji zrealizowanych w przeciągu pełnego roku (12 miesięcy następujących po sobie) dotyczących usług transportowych, między innymi w modelu jednorazowych biletów.”

Przystępujący stanął na stanowisku, że powyższa teza Odwołującego jest nieprawdziwa.

Asseco podkreślił, że w celu analizy zarzutu, w pierwszej kolejności należy odwołać się warunku udziału w postępowaniu postawionego przez Zamawiającego.

Wskazał, że wykonawca w celu wykazania zdolności technicznej i zawodowej, zgodnie z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) w pkt. V.2.3) lit a). miał wykazać że:

„W okresie ostatnich trzech lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, wykonał lub wykonuje co najmniej jeden Projekt Podobny, który spełnia co najmniej kryteria Projektu Podobnego wymienione poniżej:

- System kontocentryczny, rozumiany jako system informatyczny, gdzie wszystkie informacje o ruchu pasażerów o nabywaniu uprawnień do korzystania z usług transportowych są zapisywane w Systemie Centralnym w czasie zbliżonym do rzeczywistego.

- Operator płatności - system, który daje możliwość dokonywania oraz otrzymywania wpłat między Innymi przez Internet pomiędzy osobami lub instytucjami.

- Billing — system naliczający i obsługujący naliczanie opłat za transport publiczny. Realizacja funkcjonalności billingowych, dla co najmniej 300 000 kont pasażerskich nazwanych, w których miały miejsce transakcje w przeciągu pełnego roku (12 miesięcy następujących po sobie).

- Realizacja funkcjonalności billingowych, dla co najmniej 28 000 000 transakcji zrealizowanych w przeciągu pełnego roku (12 miesięcy następujących po sobie) dotyczących usług transportowych, między innymi w modelu jednorazowych biletów.

Za transakcję rozumiemy wszystkie czynności realizowane przez system billingowy niezbędne do zarejestrowanie usługi transportowej, weryfikacji uprawnień do usługi transportowej w ramach kontroli, pobrania opłaty za usługi transportowe, weryfikacji salda oraz wszystkie inne niezbędne do obsługi pasażera oraz pozostałych interesariuszy Systemu Biletowego, m.in. sprzedaż biletu, nadanie uprawnień do przejazdu, założenie konta pasażera, zarejestrowanie odbycia podróży przez pasażera etc.

Instalacja co najmniej 500 walidatorów w pojazdach lub na obiektach PTZ z obsługą nośników NFC lub EW.

- Aplikacja mobilna (na smartfony i tablety) umożliwiająca zaplanowanie i zakup usług związanych z publicznym transportem zbiorowym lub Aplikacja mobilna (na smartfony i tablety) realizująca funkcjonalności z obszaru dynamicznej informacji pasażerskiej i planera podróży dla publicznego transportu zbiorowego,

- Aplikacja organizatora transportu umożliwiająca monitorowanie systemowe infrastruktury PTZ

- Portal Pasażera - portal obsługujący internetową sprzedaż biletów oraz dostęp do informacji o transakcjach i ich historii, a także informacji o planie podróży.”.

Dodatkowo zaznaczył, że Zamawiający zdefiniował w jaki sposób należy rozumieć pojęcie „Projektu Podobnego”:

„Projekt Podobny to projekt lub suma projektów o różnych funkcjonalnościach (biling, aplikacja mobilna, etc.) zrealizowanych przez Wykonawcę lub zasoby wskazane w oświadczeniu „Zobowiązanie podmiotów trzecich do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia” złożonym przez Wykonawcę”.

Dostrzegł jednak, że Zamawiający nie zdefiniował natomiast pojęcia „projekt”. Zważywszy, że nie istnieje legalna definicja tego pojęcia, z tej przyczyny zdaniem Asseco, uprawnione jest odwołanie się do definicji „projektu” zawartych w metodykach zarządzania projektami, których znajomość i stosowanie wymagane jest przez Zamawiającego w SIWZ (Prince2 albo PMBOK).

Zgodnie z definicją metodyki PMBOK: „Projekt to tymczasowe przedsięwzięcie mające na celu dostarczenie unikalnych produktów, usług bądź rezultatów” (za Project Management Institute, Newtown Square, Pennsylvania 19073-3299 USA, A Guide to the Project Management Body of Knowledge (PMBOK^E Guide) — Fifth EditionXVII, str. 3).

Za kluczowe do interpretacji przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu należy także uznać wykładnię przedmiotowego warunku, której dokonał Zamawiający, odpowiadając na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ - pytanie N359 w dniu 06.02.2020 r. (pismo ZP/PN/03/19)

Nr pytania: N359 do SIWZ pkt V.2.3) lit a)

Pytanie: O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy (...) Spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące: (...) Zdolności technicznej i zawodowej

Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że: w okresie ostatnich trzech lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, wykonał lub wykonuje co najmniej jeden Projekt Podobny, który spełnia co najmniej kryteria Projektu Podobnego wymienione poniżej(...)

Projekt Podobny to projekt lub suma projektów o różnych funkcjonalnościach (biling, aplikacja mobilna etc) zrealizowanych przez Wykonawcę lub zasoby w oświadczeniu Zobowiązanie podmiotów trzecich do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia złożonym Wykonawcą-Warunek został sformułowany nieprecyzyjnie.

Z treści zacytowanego warunku udziału w Postępowaniu wynika, że na Projekt Podobny może składać się nawet kilka różnych projektów. Każdy z nich może spełniać pojedyncze kryteria. Ich suma musi jednak „pokrywać” wszystkie wymienione funkcjonalności.

Wnoszę o potwierdzenie, że Zamawiający dopuszcza możliwość wykazywania spełnienia tego warunku w ten sposób, że Wykonawca przedstawi kilka projektów o różnych funkcjonalnościach, które łącznie będą spełniały wszystkie kryteria Projektu Podobnego.

Odpowiedź: Zgodnie z zapisami przytoczonego pkt SIWZ Zamawiający potwierdza.

Zdaniem Przystępującego - przedstawiony powyżej stan faktyczny wskazuje, że Zamawiający sformułował warunek w sposób rozbudowany, wymagając od wykonawców referencyjnego potwierdzenia zdolności realizacji Projektu Podobnego. Jednocześnie Zamawiający definiując pojęcie „Projektu Podobnego”, określił sposób wypełnienia tego warunku. Zamawiający jednoznacznie wskazał, że referencyjny „Projekt Podobny” może składać się z jednego projektu lub dowolnej ilości projektów realizowanych przez danego wykonawcę lub podmiot, na którego zasobach polega dany wykonawca, które przedstawi dany wykonawca, a które łącznie będą spełniały wszystkie kryteria Projektu Podobnego.

W związku z powyższym, Przystępujący powołał się na złożony przez Zgłaszającego Przystąpienie „Wykaz dostaw” wg wzoru, o którym mowa w pkt.VII.5. 1) SIWZ.

W pierwszej kolejności wskazał, że wzór oświadczenia „Wykaz dostaw” został narzucony przez Zamawiającego, a rolą danego wykonawcy było wypełnienie go treścią w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Za nieuprawniony dla Przystępującego jest wniosek, że posługując się pojęciem „dostawa” Zamawiający narzucił rozumienie realizacji warunku udziału w postępowaniu. Warunek ten w sposób wiążący dla wykonawców został zdefiniowany jako projekt, a nie „dostawa”, czyli w sposób znacznie szerszy i wymagającym większego doświadczenia niż sama dostawa produktów.

Po wtóre wskazał, że należy analizować treść oświadczenia „Wykaz dostaw” złożonego przez Asseco, która to odnosząc się do warunku udziału w postępowaniu, wskazywała wymagany zakres doświadczenia zawodowego wykonawcy (zdolności technicznej wykonania zamówienia). Analizie winna podlegać więc tylko treść oświadczenia wykazana (uzupełniona) przez Asseco wraz z załączonymi do niego referencjami.

Wobec tego wyjaśnił sposób wypełnienia przez Asseco oświadczenia wg wzoru z Załącznika nr 12 do SIWZ „Wykaz dostaw”, gdzie w kolumnie nr 2, dla poszczególnych pozycji tabeli zawartej w tymże załączniku, Przystępujący wskazał kryteria Projektu Podobnego (wymienione w SIWZ pkt. V.2.3) lit a), wymagane przez Zamawiającego dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Wywodził, że przyjmując wykładnię językową przytoczonych powyżej postanowień SIWZ Asseco wykazała listę projektów, które wykonała lub wykonuje, a. które łącznie spełniają kryteria wskazane przez Zamawiającego w SIWZ pkt. V.2.3) lit a).

Tak więc, zgodnie z definicją Projektu Podobnego przytoczoną powyżej Zgłaszający Przystąpienie wskazał następujące projekty, które łącznie spełniają kryteria wymagane przez Zamawiającego:

1)w pozycji 1 — projekt zrealizowany przez TransData s.r.o. dla Dopravny podnik mesta Prešov, o funkcjonalności aplikacja mobilna

2)w pozycji 2 — projekt zrealizowany przez TransData s.r.o. dla Dopravny podnik mesta Prešov, o funkcjonalności portal pasażera

3)w pozycji 3 — zgodnie z treścią załączonej referencji udzielonej przez Górnośląską Zagłębiowską Metropolię zrealizowanych lub realizowanych kilka projektów składających się na Projekt Podobny, w tym m.in:

- projekt „Rozszerzenia Systemu SKUP na pojazdy MZK Tychy”, realizowany przez Asseco Data Systems S.A. (dalej „ADY”)

- wykonywane projekty na rozwój, modyfikacje, serwis i utrzymanie oraz świadczenie usług wsparcia eksperckiego dla Systemu Śląskiej Karty Usług Publicznych, realizowane bezpośrednio lub jako podwykonawca Asseco Poland S.A., członka Konsorcjum Asseco Poland S.A. oraz mBank S.A., ujmując je pod wspólną nazwą Projektu Podobnego pn. „System Poboru Opłat”, jako powszechnie stosowanego pojęcia dla informatycznych systemów obsługujących transport publiczny.

Zaznaczył, że Thales jako głównego argumentu używa tezy, że Zgłaszający Przystąpienie posłużył się pojęciem „System Poboru Opłat”, co nie ma żadnego wpływu na ocenę spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu, bowiem Zamawiający nie wymagał wykazania się doświadczeniem na dostawę produktów, a doświadczeniem w wykonaniu lub wykonywaniu co najmniej jednego Projektu Podobnego.

Według Odwołującego - ujęcie zacytowanych wprost z SIWZ grupy kryteriów mających być podstawą do oceny

zdolności technicznej i zawodowej pod wspólną nazwą referencyjnego Projektu Podobnego „System Poboru Opłat”, nie stanowi deklaracji dostawy produktu o nazwie „System Poboru Opłat”.

W konsekwencji tak sformułowany przez Odwołującego zarzut nie może być uznany – w ocenie Odwołującego – za zasadny, bowiem nie wykazuje niezgodności z wymaganiami SIWZ, a także niegodności z przedstawionymi przez Zgłaszającego dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie referencyjnych projektów.

Reasumując:

- Asseco w sposób prawidłowy, zgodny z wytycznymi Zamawiającego i stanem faktycznym wypełnił oświadczenie wg wzoru z Załącznika nr 12 do SIWZ;

- Zamawiający nie wymagał w SIWZ przedstawienia dowodów na dostawę produktów a na wykonanie lub wykonywanie co najmniej jednego Projektu Podobnego;

- ujęcie zacytowanych wprost z SIWZ grupy kryteriów mających być podstawą do oceny zdolności technicznej i zawodowej pod wspólną nazwą System Poboru Opłat w pozycji 3 tabeli wg wzoru z Załącznika nr 12 do SIWZ, nie stanowi deklaracji dostawy produktu o nazwie System Poboru Opłat, a opisuje tylko i wyłącznie, które kryteria są spełnione poprzez wykonywanie lub wykonanie projektów opisanych w referencji od GZM.

Zarzucił, że Thales, chcąc uwiarygodnić postawione przez siebie tezy opisuje kontekst biznesowy projektów realizowanych przez Asseco dla Górnośląsko-Zagłębiowskiej Metropolii (dalej: „GZM”) popełnił przy tym szereg błędów co do opisu stanu prawnego i stanu faktycznego. Błędów zamierzonych bądź też wynikających z niewiedzy.

Wskazał, że bezpośrednio po sformułowaniu zarzutów Odwołujący na str. 33 pisze:

„Odwołujący przypomina, że celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykonawca miał wykazać, że zrealizował, w okresie ostatnich 3 lat, co najmniej jeden Projekt Podobny”.

W opinii Przystępującego - warunek, na który powołuje się Odwołujący dotyczy nie tylko projektów zrealizowanych, ale również realizowanych w okresie ostatnich trzech lat.

Zarzucił, że Odwołujący opisując projekt Śląskiej Karty Usług Publicznych (dalej: „Projekt SKUP”), wykonywany przez Konsorcjum Asseco Poland S.A. i mBank, podaje w jego podsumowaniu nieprawdziwe twierdzenie (str. 35 odwołania) o treści „W ramach tego zadania zbudowany więc został cały system, zwany SKUP. Co istotne, w projekcie tym od początku brały udział Tychy i system ŚKUP funkcjonuje tam od lat.” .

W związku z tym argumentował, że gdyby prawdą było stwierdzenie Odwołującego, nie byłoby potrzeby powoływania 3 lata po zakończeniu wdrożenia Systemu ŚKUP projektu o nazwie „Rozszerzenie Systemu SKUP na pojazdy MZK Tychy”.

Przekonywał, że z chwilą wdrożenia systemu ŚKUP w pojazdach MZK Tychy nie została uruchomiona żadna infrastruktura ŚKUP, nie został zaimplementowany w tym systemie żaden element związany z działalnością MZK Tychy, ani rozkłady jazdy, ani taryfa, ani też jakiegokolwiek inne informacje umożliwiające prace tego organizatora transportu.

Jedyną możliwością jaką miały osoby podróżujące środkami komunikacji miejskiej MZK Tychy było posiadanie karty ŚKUP i wylegitymowanie się tą kartą u kontrolera oraz korzystanie z tradycyjnych biletów papierowych.

Kolejna nieprawdziwa teza mająca uprawdopodobnić zarzuty Odwołującego jest – zdaniem Przystępującego - ta postawiona po zacytowaniu postanowień SIWZ dotyczącego projektu realizowanego przez Asseco Data Systems dla Górnośląsko-Zagłębiowskiej Metropolii, gdzie na str. 36 Thales pisze: „Asseco zbudowało więc pewną platformę integracyjną, dzięki której zapewniono łączność i podłączenie do już istniejącego systemu ŚKUP dostarczanych w ramach tego zadania urządzeń.”.

W ramach projektu o nazwie: „Rozszerzenie Systemu ŚKUP na pojazdy MZK Tychy” wykonane i wdrożone zostały m.in. następujące produkty:

- oprogramowanie urządzeń (kasowników, komputerów pokładowych, urządzeń kontrolerskich) dostarczonych w ramach projektu;

- oprogramowanie centralne monitorujące infrastrukturę objętą wdrożeniem;

- oprogramowanie centralne obsługujące wszystkie transakcje wykonywane przy pomocy dostarczonych urządzeń, i zapisujące dane o wszystkich transakcjach w bazie danych oprogramowania centralnego, w tym transakcje wykonywane kartą SKUP oraz kartami EMV, a także naliczające i obsługujące naliczanie opłat za transport publiczny w modelu MTT, oprogramowanie to również kolekcjonuje wszystkie inne transakcje wykonywane w systemie, w tym wykonywane kartą SKUP i przekazuje je do Systemu ŚKUP,

- moduł raportowy udostępniający informacje o wykonywanych transakcjach EMV w dowolnym przekroju,

- szereg zmian w modułach Systemu SKUP, wynikających z wprowadzenia nowej formy płatności kartami EMV (w tym zmian na portalu klienta, module reklamacji).

W ocenie Przystępującego - projekt „Rozszerzenie Systemu ŚKUP na pojazdy MZK Tychy”, choć z nazwy jest

rozszerzeniem Systemu ŚKUP, w istocie polegał na budowie nowego systemu poboru opłat, w nowej technologii, na nowych urządzeniach, którego styk z systemem SKUP został zapewniony jedynie za pośrednictwem API, zbudowanym w ramach realizacji projektów, o których mowa w referencji od GZM, rozbudowanym w ramach projektu dla Tychów.

Podniósł, że zadaniem wykonawcy Projektu tyeskiego było zapewnienie, aby w tym nowym systemie, dostępne dla pasażerów były również usługi ŚKUP, co potwierdzają następujące dowody:

1. Pismo GZM z 11.12.2020 r. „Potwierdzenie wykonanych prac (nr IN.1333.2.3.2020 RKW4418-2020), pkt. III, str. od 3 do 5, na okoliczność wykazania rzeczywistego zakresu prac w projekcie dla MZK Tychy oraz kontocentryczności systemu dla MZK Tychy (2 akapit na str. 3) - Załącznik nr 4;

2. Protokół odbioru Etapu I projektu dla MZK Tychy z dnia 06.12.2019 r., na okoliczność wykazania rzeczywistego zakresu prac w projekcie dla MZK Tychy — Załącznik nr 5;

3. Protokół odbioru Etapu II projektu dla MZK Tychy z dnia 20.02.2020 r., na okoliczność wykazania rzeczywistego zakresu prac w projekcie dla MZK Tychy — Załącznik nr 6.

W celu uniknięcia wątpliwości, który z projektów realizowanych bądź zrealizowanych przez Asseco Data Systems SA był lub jest wykonywany na skutek realizacji umów zawartych bezpośrednio z Górnośląsko-Zagłębiowską Metropolią lub jej poprzednikami prawnymi, a który był lub jest wykonywany w charakterze podwykonawcy wyjaśnił, że na projekty w pozycji 3 Załącznika 12, składają się:

1) Umowa nr „Rozszerzenia Systemu ŚKUP na pojazdy MZK Tychy” zawarta Między Miejskim Zakładem Komunikacji Tychy a ADS (prześlonej na drodze cesji do GZM);

2) Umowa nr DS/5/PS/167/DO/190/2018 zawarta między Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego (poprzednika GZM) a ADS;

3) Umowa nr DS/1/PZ/1/DO/1/2012 z dnia 09.01.2012 na Dostawę, Wdrożenie i Utrzymanie Śląskiej Karty Usług Publicznych zawarta między GZM a konsorcjum Asseco Poland S.A. oraz mBank S.A., której wykonanie w okresie trwałości projektu, na mocy zawartej umowy podwykonawczej spółka Asseco Poland SA powierzyła ADS Tym samym od dnia 1 lipca 2016 r. wszystkie zobowiązania Asseco Poland S.A. wynikające z ww. umowy są faktycznie realizowane przez ADS, która jako jedyny podmiot w Grupie Asseco posiada odpowiednie zasoby i kompetencje do wykonania tej umowy, dalej zwane „Projektami Referencyjnymi”.

Taki stan faktyczny poświadczą – według zapytywania Przystępującego - pismo GZM z dnia 11.12.2020 r. potwierdzające kwestionowane przez Odwołującego doświadczenie zawodowe i techniczne Zgłaszającego Przystąpienie, poprzez realizację ww. projektów w wyniku których dostarczono rozwiązanie charakteryzujące się cechami wymaganymi w SIWZ

W powyższym zakresie powołał się na dowody:

1) List referencyjny wystawiony przez Asseco Poland SA z 05.11.2020 r. na okoliczność tezy o przejęciu wszystkich zobowiązań przez Asseco Data Systems od Asseco Poland S.A., Załącznik nr 7;

2) Oświadczenie Asseco Poland SA z dnia 20.06.2016 r. na okoliczność tezy o faktycznym przejęciu przez ADS wszystkich zobowiązań od Asseco Poland S.A., w tytule realizacji umowy zawartej z GZM DS/1/PZ/1/DO/1/2012 na „Dostawę, Wdrożenie i Utrzymanie Śląskiej Karty Usług Publicznych” - Załącznik nr 8,

3) Pismo GZM z 11.12.2020 r. „Potwierdzenie wykonanych prac (nr IN.1333.2.3.2020 RKW4418-2020) na okoliczność realizacji wymienionych wyżej projektów — Załącznik nr 4.

Przechodząc do argumentacji Odwołującego dotyczącej poszczególnych sformułowanych zarzutów dotyczących spełnienia określonych wymagań w zakresie funkcjonalności wskazanych w warunku udziału w postępowaniu funkcjonalności podniósł, co następuje:

1) Kwestia dostawy Systemu i kwestia kontocentryczności.

Podkreślił, że Odwołujący rozpoczął swój wywód od „autorskiej” i oderwanej od treści warunku interpretacji, czym jest, system zrealizowany dla MZK Tychy, przywołując ponownie argumenty rzekomo mające świadczyć o tym, że Asseco Data Systems S.A. zrealizowało „jedynie” rozszerzenie Systemu SKUP, a nie dostarczyło odrębnego systemu poboru opłat (str. 37 odwołania Thales, twierdzenie o treści: „Tymczasem, z treści przedłożonych przez Asseco referencji wynika, że Asseco, w okresie od 20 listopada 2018 r. do 20 lutego 2020 r. wykonało (w znaczeniu dostarczyło) nie tyle system o określonych parametrach, co rozbudowę Systemu Śląskiej Karty Usług Publicznych”).

Zarzucił, że Odwołujący ponownie posłużył się wybiórczą interpretacją SIWZ, mówiącą o rzekomej konieczności wykazania się „dostawą”, podczas gdy warunkiem wykazania doświadczenia technicznego i zawodowego było wykonanie lub wykonywanie Projektu Podobnego. Tę kluczową różnicę w sposobie rozumienia warunku udziału w postępowaniu Zgłaszający Przystąpienie wyjaśnił już powyżej i w tym zakresie tam odsyła.

Podobnie, niezgodnie z warunkami określonymi w SIWZ Odwołujący błędnie interpretuje sposób, który przyjął

Zgłaszający Przystąpienie wypełniając „Wykaz dostaw” wg wzoru z Załącznika nr 12 do SIWZ.

W związku z tym podtrzymał, że Zgłaszający Przystąpienie, nie zadeklarował w swoich dokumentach dostawy produktu o nazwie własnej „System Poboru Opłat”, co Thales wskazuje str. 38 odwołania „...wykonanie zadania: „Rozszerzenie systemu ŚKUP na pojazdy MZK Tychy” nie uprawnia Asseco do deklarowania, że wykonawca wykonał System poboru opłat (rozumiany jako cały system)...”).

Wyjaśnił, że Zgłaszający Przystąpienie zadeklarował wykonanie lub wykonywanie projektów, które opisane zostały w treści załączonych do „Wykazu dostaw” referencji.

Następnie, zwrócił uwagę, że Odwołujący wywodzi, że dostarczony przez ADS system dla MZK Tychy nie spełnia warunków kontocentryczności w sposób opisany w SIWZ posługując się dwoma bliskoznacznymi definicjami z SIWZ:

- System kontocentryczny, rozumiany jako system informatyczny, gdzie wszystkie informacje o ruchu pasażerów o nabywaniu uprawnień do korzystania z usług transportowych są zapisywane w Systemie Centralnym w czasie zbliżonym do rzeczywistego (SIWZ, pkt. ...) oraz

- (...) kontocentrycznym, gdzie wszystkie informacje o pasażerach przechowywane są w systemie centralnym, a karty NFC/telefon/karta EMV (bankowa)/kod QR są jedynie nośnikami informacji koniecznymi do identyfikacji pasażera (POZ, pkt. 4.1), twierdząc na str. 40 swojego odwołania, że „Podstawowym założeniem systemu kontocentrycznego jest więc konieczność zapisywania wszelkich danych wyłącznie w systemie centralnym, a nie np. na karcie NFC.”

Wobec tego wskazał, że Odwołujący pominął w swojej argumentacji wyjaśnienia Zamawiającego udzielone w dniu 05.05.2020 r.:

„Zamawiający informuje, że w zakresie:(...)”

2. Załącznika 4 do SIWZ (OPZ) Rozdziału 4.1 zapisu „...kontocentrycznym, gdzie wszystkie informacje o pasażerach przechowywane są w systemie centralnym, a karty NFC/telefon/karta EMV (bankowa)/kod QR są jedynie nośnikami informacji koniecznymi do identyfikacji pasażera,” dopuści digitalizację biletu na karcie oraz w aplikacji mobilnej telefonów przy wykorzystaniu NFC i zamieszczenie dodatkowych informacji na nośniku, jeżeli będzie to wspierało proces autentykacji oraz będzie wykorzystywane jako redundantny mechanizm zabezpieczający w zakresie ograniczenia fraudów oraz ograniczenie braku dostępności sieci GSM.

W związku z tym Zgłaszający Przystąpienie oświadczył, że w projekcie (systemie) zrealizowanym dla MZK Tychy, wszystkie informacje, zarówno te wykonywane przy użyciu karty ŚKUP jak i te wykonywane kartami EMV są zapisywane w bazie danych tyskiego systemu centralnego w czasie zbliżonym do rzeczywistego, co oznacza literalne spełnienie wymagań Zamawiającego sformułowane w SIWZ dotyczącego kontocentryczności.

W powyższym zakresie powołał się na dowód w postaci pisma GZM z 11.12.2020 r. „Potwierdzenie wykonanych prac (nr IN.1333.2.3.2020 R KW-44182020), pkt. III, str. od 3 do 5, na okoliczność wykazania rzeczywistego zakresu prac w projekcie dla MZK Tychy oraz kontocentryczności systemu dla MZK Tychy (2 akapit na str. 4) — Załącznik nr 4.

2)Kwestia możliwości dokonywania i otrzymywania wpłat między innymi przez Internet.

Zwrócił uwagę, że Odwołujący Thales dowodzi posługując się kryterium Projektu Podobnego, o którym mowa w SIWZ pkt. V.2.3) lit a) o treści:

„Operator płatności - system, który daje możliwość dokonywania oraz otrzymywania wpłat między innymi przez Internet pomiędzy osobami lub instytucjami” oraz postanowieniami OPZ Zamówienia pt. „Rozszerzenie Systemu SKUP na pojazdy MZK Tychy” nie spełnienia ww. wymagania przez system zrealizowany na rzecz MZK Tychy, ponieważ w systemie tym cyt. „nie zaimplementowano funkcjonalności zakupu biletu przez Internet” (str. 42 odwołania Thales).

Zdaniem Przystępującego - takiego kryterium, jakie podnosi Odwołujący Zamawiający nie postawił wobec Projektu Podobnego.

Zauważył, że wymaganie referencyjne postawione w przedmiotowym postępowaniu stawia następujący wymóg: „możliwości dokonywania oraz otrzymywania wpłat między innymi przez internet pomiędzy osobami lub instytucjami”.

Wyjaśnił, że wdrożone rozwiązanie w Projekcie Tyskim przez ADS udostępnia następujące usługi:

- dokonywanie płatności (wpłat) wykonywanych przez pasażerów w procesie zakupu;
- przekazywanie otrzymanych wpłat na konto Zamawiającego;
- regulowanie przez Wykonawcę należności związanych z kartami, które zostały zadłużone w ramach procesów MIT/PaYGo;

- ww. usługi są realizowane automatycznie z wykorzystaniem połączeń Internet, które spełniają wymagania przedstawione dla Operatora Płatności.

Jako dowód powołał się na pismo GZM z 11.12.2020 r. „Potwierdzenie wykonanych prac (nr IN.1333.2.3.2020 R KW-44182020), pkt. III, str. 4, czwarty akapit— Załącznik nr 4.

W ocenie Przystępującego - o spełnieniu przez Zgłaszającego Przystąpienie warunku, świadczy również umowa wykonawcza zawarta w ramach Projektu Tyskiego z dnia 01.02.2020 r. między Górnśląską Zagłębiowską Metropolią, Asseco Data Systems, Alior Bankiem, a podmiotem pełniącym rolę operatora płatności tj. Polskie ePłatności.

Wskazał, że w pkt. 1.1 wyraźnie określa się zakres usług świadczonych przez tego operatora, tj. przyjmowanie zapłaty za transakcje przy użyciu instrumentów płatniczych oraz w punktach handlowo-usługowych, a także rolę Alior Banku jako podmiotu rozliczającego transakcje finansowe, w tym podmiotu zobowiązującego się do przekazania zlecenia płatniczego posiadaczy karty płatniczej do wydawcy karty (pkt 1.2) oraz przekazywania kwot należnych za zrealizowane usługi na rachunki podmiotów te usługi wykonującej (pkt. 1.3).

Ww. umowa jest realizacją zobowiązań Asseco Data Systems S.A. wynikających z umowy wykonywanej dla MZK Tychy. a koszty usług Alior Banku i Polskich ePłatności w całości pokrywane są przez Asseco Data Systems S.A.

Jako dowód w tym zakresie powołał się na kopia umowy z dnia 01.02.2020 r. zawartej między Górnśląską Zagłębiowską Metropolią, Asseco Data Systems, Alior Bankiem, Polskimi ePłatnościami, na okoliczność spełnienia wymagania dokonywania oraz otrzymywania wpłat między innymi przez internet pomiędzy osobami lub instytucjami. — Załącznik nr 9.

Ponadto wskazał, że Zgłaszający Przystąpienie w ramach odrębnego kryterium (strona 4 SIWZ): „Portal Pasażera - portal obsługujący internetową sprzedaż biletów oraz dostęp do informacji o transakcjach i ich historii, a także informacji o planie podróży”, wskazał projekt, w ramach którego możliwy jest zakup biletów przez Internet.

Zgłaszający Przystąpienie podkreślił przy tym, że wskazana funkcjonalność „zakup biletu przez internet” została wskazana przez Zamawiającego w opisie innego kryterium niż „Operator Płatności”, tj. „Portal Pasażera”.

3)Kwestia funkcjonalności bilingowych dla co najmniej 300 000 kont pasażerskich nazwanych.

Zarzucił, że Odwołujący po raz kolejny błędnie interpretuje treść i sposób wypełnienia „Wykazu dostaw” sporządzonego wg Załącznika 12 przez Zgłaszającego Przystąpienie.

W związku z tym przypomniał, że w kolumnie nr 2, dla poszczególnych pozycji tabeli zawartej w tymże załączniku, Zgłaszający Przystąpienie wskazał wymagane Projektu Podobnego wymagane w SIWZ pkt. V.2.3) lit a), załączając w postaci załączników do każdej pozycji tabeli referencję jako dowód nie tylko potwierdzający należyte wykonanie, ale także spełnienie poszczególnych wymogów warunku udziału w postępowaniu.

Zgłaszający Przystąpienie podkreślił, że referencja od GZM składa się z dwóch odrębnych części, gdzie jedna z nich (część I referencji) wskazuje na należyte wykonanie projektu „Rozszerzenie Systemu SKUP na pojazdy MZK Tychy, podczas gdy druga część wskazuje na wykonywanie projektów (rozwoju, utrzymania, serwisu), które realizują funkcjonalności bilingowe realizowane dla ponad 300.000 kont pasażerskich oraz ponad 28.000.000 transakcji.

Zgłaszający Przystąpienie przyznał, że nigdy nie oświadczył, że wymóg referencyjny dotyczący funkcjonalności bilingowych w ww. ilościach kont pasażerskich został osiągnięty jedynie w ramach projektu Tyskiego, co podnosi Odwołujący.

Zgłaszający Przystąpienie stwierdził, że wykonuje lub wykonał Projekty Referencyjne, które realizują funkcjonalności bilingowe dla ww. ilości kont pasażerskich, wykonując jednocześnie dostawy, wdrożenia, istotne zmiany funkcjonalne, modyfikacje oprogramowania i architektury Systemu SKUP związane z realizacją funkcjonalności bilingowych, które zostały wskazane w piśmie GZM do Asseco Data Systems z dnia 11.12.2020 (punkty I. a i b, II oraz III), co potwierdza dowód z pisma GZM z 11.12.2020 r. „Potwierdzenie wykonanych prac (nr IN.1333.2.3.2020 RKW-44182020) — Załącznik nr 4.

Powołał się na definicję billingu, realizacji transakcji bilingowych oraz samej definicji transakcji powołanych przez Zamawiającego w SIWZ, gdyż są one bezpośrednio ze sobą związane i jedno pojęcie jest definiowane przez drugie, gdzie zgodnie z SIWZ (str. 4):

- Billing — system naliczający i obsługujący naliczanie opłat za transport publiczny,
- Realizacja funkcjonalności bilingowej, czyli realizacja naliczania i obsługi naliczania opłat, dla co najmniej 28 000 000 transakcji,

- Transakcja — Za transakcję rozumiemy wszystkie czynności realizowane przez system bilingowy niezbędne do zarejestrowanie usługi transportowej, weryfikacji uprawnień do usługi transportowej w ramach kontroli, pobrania opłaty za usługi transportowe, weryfikacji salda oraz wszystkie inne niezbędne do obsługi pasażera oraz pozostałych interesariuszy Systemu Biletowego, m.in. sprzedaż biletu, nadanie uprawnień do przejazdu, założenie konta pasażera, zarejestrowanie odbycia podróży przez pasażera etc.

Według Przystępującego - tak rozumiana definicja billingu oznacza wielowątkowe procesy biznesowe generujące zapisy do bazy danych systemu, realizowane w ramach wielu funkcjonalności związanych z zarówno z obsługą podróży, pasażera, innych użytkowników systemu i jego interesariuszy, rozproszonych po całym systemie, dotyczących zarówno

oprogramowania urządzeń jak i oprogramowania back office. Zatem każda zmiana takiego procesu np. o rozszerzenie o nowe urządzenie generujące transakcje, rozszerzenie zakresu dostępnych produktów i usług na urządzeniu, rozszerzenie o funkcjonalności dostępu do danych o wykonanych transakcjach czy też rekonfiguracja istniejących procesów w systemie ingeruje bezpośrednio w proces billingowy którego taka zmiana dotyczy. Każdy kto w sposób odpowiedzialny w ten proces ingeruje poprzez wprowadzenie zmiany do procesu istniejącego, bierze odpowiedzialność za jego poprawność. W tym sensie można mówić o wzięciu pełnej odpowiedzialności za realizację zmienionych procesów billingowych realizowanych w systemie.

Nie ulega dla Przystępującego wątpliwości w świetle przedstawionych poniżej dowodów, że Zgłaszający Przystąpienie wykonał lub wykonuje projekty, w wyniku których realizowane są funkcjonalności billingowe w ilościach wymaganych w SIWZ, mając bezpośredni wpływ na procesy biznesowe, które te transakcje realizują.

Zwrócił uwagę, że wśród dowodów przedstawionych poniżej znajduje się w pozycji 18 „Rejestr zmian istotnych w systemie ŚKUP” będący wykazem opracowanych i wdrożonych zmian i rozszerzeń systemu ŚKUP zawierających nowe, istotne cechy lub funkcjonalności.

Wyjaśnił, że już pierwsza zmiana istotna wprowadzonych od roku 2017 tj. koszyk zakupów dla urządzeń SAD i MUPOS oraz portalu klienta (zmiana istotna nr 4) jest przekrojową zmianą dotyczącą każdego elementu systemu, polegającą na dodaniu nowego produktu w trzech kanałach sprzedaży, a więc zmieniające istniejące procesy billingowe począwszy od zakupu usługi, a skończywszy na jej rozliczeniu.

Podobne cechy mają zmiany istotne nr 7 oraz 8 (wdrożenie Metrobiletu w Kolejach Śląskich, jako nowego produktu w systemie ŚKUP wraz z dołączeniem do systemu nowego podmiotu tj. Kolei Śląskich dla którego realizowane są funkcjonalności billingowe oraz mobilnej aplikacji kontrolera wspierającej obsługę Metrobiletu).

Również wskazana w „Rejestrze zmian istotnych” zmiana nr 9, polegająca na zmianie konfiguracji Systemu ŚKUP oraz systemu Agenta Rozliczeniowego w związku z przyłączeniem do systemu ŚKUP poprzez platformę integracyjną API systemu realizowanego dla MZK Tychy jest przykładem dodania do istniejących procesów billingowych w Systemie ŚKUP nowych procesów.

Odnosił się do stwierdzenia Odwołującego, jakoby „Asseco próbuje więc przypisywać sobie doświadczenie, które na pewno nie zostało przez Asseco zdobyte w ramach zadania: „Rozszerzenie systemu ŚKUP na pojazdy MZK Tychy”.

Z powodu takiego stanowiska Odwołującego podniósł, że tamten próbuje tym samym zdyskredytować doświadczenie zawodowe i techniczne, jakie nabył Zgłaszający Przystąpienie realizując projekty wskazane w punkcie II referencji od GZM.

W opinii Przystępującego - sprowadzanie kwestii rozwoju i rozbudowy Systemu ŚKUP jedynie do projektu realizowanego dla MZK Tychy świadczy o zupełnym braku wiedzy o stanie faktycznym (fakt notoryjny znany z prasy codziennej), a wnioski wysnuwane z tego błędnego założenia należy uznać tym samym za spekulacje lub manipulacje.

W związku z tym oświadczył, że oprócz opisanego wyżej projektu dla MZK Tychy Asseco Data Systems realizując Umowę na Dostawę, Wdrożenie i Utrzymanie Systemu Śląska Karta Usług Publicznych w charakterze podwykonawcy Asseco Poland S.A. wykonało i wykonuje wiele innych zadań związanych zarówno z rozwojem i modyfikacjami Systemu ŚKUP jak i dostarczając zupełnie nowe produkty i świadcząc usługi istotnie rozszerzające funkcjonalność rozwiązania używanego przez Górnośląsko-Zagłębiowską Metropolię.

Analogicznie, Przystępujący zadeklarował, że wykonując samodzielnie na rzecz GZM umowę DSI/5/PS/167/DO/190/2018 zawartą dnia 22.06.2018, zrealizował w szczególności wymagania Zamawiającego dotyczące kontocentryczności, jak też wymagania związane z realizacją funkcjonalności billingowych (wcześniej określane jako Projekty Referencyjne).

Zaznaczył przy tym, że szczegółowy zakres ww. prac został potwierdzony pismem GZM z dnia 11.12.2020 r., co dokładnie potwierdza zdolność zawodową ADS do realizacji projektów podobnych i zaprzecza nie mającym pokrycia w rzeczywistości argumentom Odwołującego.

W tym względzie powołał się na następujące dowody:

1.Pismo GZM z 11.12.2020 r. „Potwierdzenie wykonanych prac (nr IN. 1333.2.3.2020 RKW-4418-2020), pkt. I, str. 1 — Załącznik nr 4,

2.Pismo GZM z 11.12.2020 r. „Potwierdzenie wykonanych prac (nr IN.1333.2.3.2020 RKW-4418-2020), pkt. II, str. 2 oraz 3- Załącznik nr 4,

3.Umowa DSI/5/PS/167/DO/190/2018 zawarta w dniu 22.06.2018, na okoliczność wykazania tezy o dostarczaniu przez Asseco Data Systems nowych produktów do Systemu ŚKUP istotnie rozszerzających jego funkcjonalność - Załącznik nr 10,

4. „Wymagania dla modyfikacji” z 10.07.2018 r. - zakres funkcjonalny platformy integracyjnej zrealizowanej w ramach umowy DSI/5/PS/167/DO/190/2018, na okoliczność wykazania tezy o dostarczaniu nowych produktów do Systemu ŚKUP istotnie rozszerzających jego funkcjonalność, w tym zapewniające kontocentryczność systemu ŚKUP (str. 2, akapit oznaczony kolorem żółtym) Załącznik nr 11,

5. „Wymagania dla modyfikacji” z dnia 02.08.2018 r. Zakres integracji platformy integracyjnej z systemem SDIP zrealizowany w ramach umowy DSI/5/PS/167/DO/190/2018, na okoliczność wykazania tezy o dostarczaniu nowych produktów do Systemu ŚKUP istotnie rozszerzających jego funkcjonalność Załącznik nr 12,

6. „Wymagania dla modyfikacji” z dnia 02.08.2018 r. - zakres zmian w oprogramowaniu komputera. pokładowego i modułu Data Broker zrealizowany w ramach umowy DSI/5/PS/167/DO/190/2018, na okoliczność wykazania tezy o dostarczaniu nowych produktów do Systemu ŚKUP istotnie rozszerzających jego funkcjonalność Załącznik nr 13,

7. „Wymagania dla modyfikacji” z dnia 13.07.2018 r. - zakres zmian w oprogramowaniu Modułu reklamacji Systemu ŚKUP zrealizowany w ramach umowy DSI/5/PS/167/DO/190/2018, na okoliczność wykazania tezy o dostarczaniu nowych produktów do Systemu ŚKUP istotnie rozszerzających jego funkcjonalność, w tym związane z realizacją funkcjonalności bilingowych (pkt. 1.1, str. 1 i 2, akapit oznaczony kolorem żółtym) — Załącznik nr 14,

8. Wymagania dla modyfikacji” z dnia 13.07.2018 r. - zakres oprogramowania do zdalnego zarządzania Kartą ŚKUP zrealizowany w ramach umowy DSI/5/PS/167/DO/190/2018, na okoliczność wykazania tezy o dostarczaniu nowych produktów do Systemu ŚKUP istotnie rozszerzających jego funkcjonalność, — Załącznik nr 15,

9. Wymagania dla modyfikacji” z dnia 17.07.2018 r. - zakres oprogramowania Aplikacja Mobilna zrealizowany w ramach umowy DSI/5/PS/167/DO/190/2018, na okoliczność wykazania tezy o dostarczaniu nowych produktów do Systemu ŚKUP istotnie rozszerzających jego funkcjonalność, w tym w szczególności nowego oprogramowania obsługującego funkcjonalności bilingowe (str. 3, pierwszy myślnik, pierwszy tiret oznaczony kolorem żółtym) — Załącznik nr 16,

10. „Wymagania dla modyfikacji” z dnia 13.07.2018 r. - zakres zmian w oprogramowaniu Portalu Klienta zrealizowany w ramach umowy DSI/5/PS/167/DO/190/2018, na okoliczność wykazania tezy o dostarczaniu nowych produktów do Systemu ŚKUP istotnie rozszerzających jego funkcjonalność, w tym związane z realizacją funkcjonalności bilingowych (str.2 pkt. a) tiret 1 oznaczony kolorem żółtym) — Załącznik nr 17,

11. Rejestr zmian istotnych w Systemie SKUP potwierdzonych przez GZM, o których mowa w punkcie I b. pisma GZM z dnia 11.12.2020, na okoliczność wykazania tezy o dostarczaniu nowych produktów do Systemu ŚKUP istotnie rozszerzających jego funkcjonalność w ramach realizacji Umowy na Dostawę, Wdrożenie i Utrzymanie Systemu SKUP, w tym związanych z realizacją funkcjonalności bilingowych (pozycje 4, 7,8 oraz 9 tabeli) — Załącznik nr 18.

12. Rejestr zmian w Systemie ŚKUP potwierdzonych przez Asseco Poland S.A. na okoliczność wykazania tezy o dostarczaniu nowych produktów do Systemu ŚKUP istotnie rozszerzających jego funkcjonalność w ramach realizacji Umowy na Dostawę, Wdrożenie i Utrzymanie Systemu ŚKUP, w tym związanych z realizacją funkcjonalności bilingowych — Załącznik nr 19,

13. „Wymagania dla Metrobiletu i Mobilnej Aplikacji Kontrolera. Załącznik do pisma RŚ.042.16.2.31.2018.DM”, oprogramowanie zrealizowane w ramach zmian istotnych ŚKUP, na okoliczność wykazania tezy o dostarczaniu nowych produktów do Systemu ŚKUP istotnie rozszerzających jego funkcjonalność w ramach realizacji Umowy na Dostawę, Wdrożenie i Utrzymanie Systemu ŚKUP, w szczególności jako nowe oprogramowanie będące nowym źródłem operacji bilingowych — Załącznik nr 20,

14. Protokół odbioru Mobilnej Aplikacji Kontrolera z dnia 06.06.2019 r., na okoliczność wykazania tezy o dostarczaniu nowych produktów do Systemu ŚKUP istotnie rozszerzających jego funkcjonalność w ramach realizacji Umowy na Dostawę, Wdrożenie i Utrzymanie Systemu ŚKUP, w szczególności jako nowe oprogramowanie będące nowym źródłem operacji bilingowych — Załącznik nr 21,

15. Protokół odbioru Metrobiletu z dnia 31.05.2019 r., na okoliczność wykazania tezy o dostarczaniu nowych produktów do Systemu ŚKUP istotnie rozszerzających jego funkcjonalność w ramach realizacji Umowy na Dostawę, Wdrożenie i Utrzymanie Systemu ŚKUP, w szczególności jako nowe oprogramowanie będące nowym źródłem operacji bilingowych — Załącznik nr 22.

Odnosząc się do następującego stwierdzenia Odwołującego: „przy czym treść referencji sugeruje już jednak że były to usługi świadczone przez Asseco a nie dostawy” (str. 43 odwołania), Przystępujący zwrócił uwagę, że Zamawiający nie wymagał potwierdzenia wykonania dostaw. Zamawiający w punkcie pkt. V.2.3) lit a) SIWZ wymagał potwierdzenia wykonania projektu lub sumy projektów składających się na co najmniej jeden Projekt Podobny. Projekt jest pojęciem znacznie szerszym i bardziej skomplikowanym niż „dostawa”.

Dlatego dla Przystępującego niezrozumiały jest wniosek Odwołującego, że wykonywanie usług nie może

potwierdzać zdolności zawodowej i technicznej wykonawców ubiegających się o zamówienie.

4) Kwestia funkcjonalności billingowych, dla co najmniej 28 000 000 transakcji.

Wskazał, że Odwołujący Thales rozpoczął swój wywód w tym punkcie odwołania od próby manipulacji postanowieniami SIWZ dla zbudowania swojej tezy. Już w drugim akapicie na str. 43 odwołania oświadczył:

„Zamawiający wymagał od wykonawców następującej funkcjonalności: Realizacja funkcjonalności billingowych, dla co najmniej 28 000 000 transakcji zrealizowanych w przeciągu pełnego roku (12 miesięcy następujących po sobie) dotyczących usług transportowych, między innymi w modelu jednorazowych biletów.”.

W ocenie Odwołującego - jest to twierdzenie nieprawdziwe i przeczą mu faktyczne wymagania SIWZ, które stanowią nie o „wymaganiu od wykonawców następującej funkcjonalności”, a konieczności wykazania przez wykonawców wykonania lub wykonywania projektu, w wyniku którego realizowane są funkcjonalności billingowe dla ww. ilości transakcji w przeciągu roku. To podstawowa i zasadnicza różnica w interpretacji SIWZ przez Odwołującego względem rzeczywistej treści przedmiotowego warunku, mająca fundamentalny wpływ doboru referencyjnych projektów przez Zgłaszającego Przystąpienie.

W przekonaniu Przystępującego - Odwołujący błędnie interpretuje sposób wypełnienia „Wykazu dostaw” sporządzony przez Zgłaszającego Przystąpienie wg wzoru z Załącznika 12 do SIWZ.

Przypomniał, że w kolumnie nr 2 tego oświadczenia, dla poszczególnych pozycji tabeli zawartej w tymże załączniku, Asseco wskazała wymagane cechy Projektu Podobnego wymienione w SIWZ pkt. V.2.3) lit a), załączając w postaci załączników do każdej pozycji tabeli referencję nie tylko dowód należytego wykonania projektów, ale także dowód spełnienia tych kryteriów.

Asseco wskazał, że złożona referencja od GZM składa się z dwóch odrębnych części. Jedna z nich (część I referencji) stanowi o wykonaniu projektu „Rozszerzenie Systemu SKUP na pojazdy MZK Tychy”, w wyniku którego system ma cechy wymienione w tej referencji, druga część natomiast mówi o wykonywaniu projektów (rozwoju, utrzymania, serwisu), które realizują funkcjonalności billingowe realizowane dla ponad 300.000 kont pasażerskich oraz ponad 28.000.000 transakcji.

Zadeklarował, że Zgłaszający Przystąpienie nie oświadczył, że wymóg referencyjny dotyczący funkcjonalności billingowych w ww. ilościach kont pasażerskich został osiągnięty jedynie w ramach Projektu Tyskiego, co podnosi Odwołujący.

Zgłaszający Przystąpienie przekonywał, że wykonuje lub wykonał Projekty Referencyjne, które realizują funkcjonalności billingowe dla ww. ilości kont pasażerskich, wykonując jednocześnie dostawy, wdrożenia, istotne zmiany funkcjonalne, modyfikacje oprogramowania i architektury Systemu SKUP związane z realizacją funkcjonalności billingowych, które zostały wskazane w piśmie GZM do Asseco Data Systems z dnia 11.12.2020 r. (punkty I. a i b, II oraz III), co potwierdziło pismo z GZM dnia 11.12.2020 Potwierdzenie wykonanych prac (nr IN.1333.2.3.2020 RKW-4412020) - Załącznik nr 4.

Przystępujący stanął na stanowisku, że w przypadku wątpliwości, należy przyjąć interpretację korzystną dla wykonawcy, co oznacza, że nie jest dozwolone, w tym przypadku przy interpretacji warunku udziału w postępowaniu, stosowanie wykładani zawężającej.

Zdaniem Przystępującego - nie zachodzi również przesłanka, która, zgodnie z art. 26 ust. 3 PZP, nakazywałaby Zamawiającemu wezwać Przystępującego do uzupełnienia oferty, bowiem wykazano wyżej, że nie jest prawdziwe twierdzenie, iż Zgłaszający Przystąpienie nie spełnił warunku udziału w postępowaniu w zakresie kwestionowanym przez Odwołującego.

Według Przystępującego - na gruncie rozpoznawanej sprawy odwoławczej zaistnienie okoliczności uzasadniających wykluczenie Zgłaszającego Przystąpienie - powinno zatem zostać udowodnione przez Odwołującego. W kontekście przedstawionego stanowiska Przystępującego, stwierdził, że Odwołujący nie udowodnił podnoszonych tez.

W związku z powyższą argumentacją Przystępujący podniósł, że zarzut o wprowadzeniu przez Zgłaszającego Przystąpienie w błąd Zamawiającego zasadzony jest na nieuprawnionej, zawężającej interpretacji warunku udziału w postępowaniu dokonanej przez Odwołującego i opiera się ona na stwierdzeniu, że Asseco nie spełniła warunku udziału w postępowaniu.

Ze wskazanych powyżej powodów Przystępujący przyjął, że skoro Odwołujący nie wykazał i nie udowodnił, że Zgłaszający Przystąpienie nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, nie może być skutecznie podnoszony zarzut wprowadzenia w błąd Zamawiającego.

Odnosnie zarzutu zaniechaniu wezwania Asseco w trybie art. 26 ust. 3 PZP do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia dokumentów lub do udzielania wyjaśnień, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub

udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania, w zakresie, w jakim dokumenty przedstawione w odniesieniu do AEP Ticketing Solutions S. R. L. są niekompletne i budzą wątpliwości co do prawidłowości wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 13, 14 i 21 PZP - dalej jako: „ZARZUT nr 6”, oświadczył, że zarzut jest niezasadny i winien podlegać oddaleniu.

Wyjaśnił, że Zgłaszający Przystąpienie składa się z dwóch podmiotów, które w celu realizacji określonego przedsięwzięcia gospodarczego, w tym przypadku realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, wspólnie ubiegają się o zamówienie. Konsorcjum składa się z podmiotu polskiego — spółka Asseco Data Systems SA oraz podmiotu włoskiego - AEP Ticketing Solutions s.r.l.

Zwrócił uwagę, że w celu wykazania, że Zgłaszający Przystąpienie nie podlega wykluczeniu z postępowania, każdy z podmiotów (Asseco Data Systems SA oraz AEP Ticketing Solutions s.r.l.) zobowiązany były do złożenia dokumentów i oświadczeń przewidzianych w SIWZ oraz w obowiązujących przepisach.

Zważywszy, że spółka AEP Ticketing Solutions s.r.l. ma siedzibę we Włoszech, a osoby zarządzające spółką mieszkają we Włoszech, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia należało odwołać się do § 7 ust. 1 pkt. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (tj. Dz.U. z 2020 r. poz. 1282) - dalej: „Rozporządzenie o dokumentach”.

Zgodnie z tym przepisem, jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza Polską, zamiast informacji z Krajowego Rejestru Karnego dany wykonawca winien w pierwszej kolejności złożyć informację z odpowiedniego rejestru w tym przypadku występującego w obrocie prawnym (zasada pierwszeństwa dokumentów urzędowych). Jeżeli zatem w kraju miejsca zamieszkania lub siedziby wykonawcy wydaje się dokumenty z odpowiednich rejestrów, wykonawca jest zobowiązany te dokumenty złożyć. Wówczas, podobnie jak w przypadku dokumentów określonych dla wykonawcy krajowego, dokumenty te mają charakter wyłączny i wykonawca nie może wykazywać braku podstaw do wykluczenia innymi dowodami, w tym oświadczeniami własnymi. Zgłaszający Przystąpienie ten warunek spełnił i przedłożył jedyne występujące w obrocie prawnym we Włoszech dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia w zakresie braku karalności z odpowiednich rejestrów. Dokumenty te powinny być wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, który to warunek również został przez Zgłaszającego Przystąpienie spełniony.

Podkreślił przy tym, że dopiero w przypadku braku odpowiednich rejestrów, wykonawca zagraniczny może przedłożyć inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dotyczy informacja albo dokument, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 13, 14, 21 oraz ust. 5 pkt. 5 i 6 PZP.

Zgłaszający Przystąpienie zwrócił uwagę, że przy analizie zarzutu należy mieć przede wszystkim na uwadze różnice w poszczególnych systemach prawa. Nie można wymagać, aby katalog przestępstw wpisywanych do rejestrów karnych był taki sam w każdym kraju.

Potwierdzenie takiego sposobu rozumienia rzeczy Przystępujący doszukał się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, w tym pogląd wskazany z wyroku KIO z 14.11.2012 r., (sygn. akt. KIO 2362/12) „ustawodawca uwzględnił fakt, iż istnieją różnice w systemach prawnych każdego z państw, nie nakładając jednocześnie na zamawiającego obowiązku badania tych różnic. Odmienne wykładnia tego przepisu prowadziłaby w praktyce do braku możliwości żądania dokumentu urzędowego. Trudno bowiem przyjąć, że na podstawie przepisów państwa obcego wydaje się dokumenty o tożsamej treści, co dokumenty krajowe”.

Dodatkowo, zauważył, że w wyroku w wyroku KIO z dnia 16 stycznia 2015 r. (sygn. KIO 2708/14, KIO 2717/14, KIO 2720/14, KIO 2723/14), wskazano, że „rodzaje przestępstw uwidacznianych w prowadzonych przez poszczególne państwa wchodzące w skład Unii Europejskiej rejestrach zostały ujednolicone na podstawie przepisów odrębnych i obejmują porównywalny z polskim Krajowym Rejestrem Karnym zasób informacji, co kategorii przestępstw”.

Przywołał także orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z 9 sierpnia 2016 r. (sygn. akt KIO 1381/16), w którym skład orzekający rozstrzygał kwestię związaną z dokumentami włoskiego podmiotu składanymi na okoliczność potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia. Zarzuty postawione przez Odwołującego w tamtej sprawie były zbieżne z zarzutami sformułowanymi przez Thales. Krajowa Izba Odwoławcza po raz kolejny wskazała na istotę przepisu PZP, a więc sankcję, która w danym kraju wyklucza podmiot z postępowania o zamówienie publiczne:

„Izba jednocześnie stwierdza, że okoliczność, iż w prawie włoskim mogą być nałożone wyłącznie sankcje administracyjne wynikające z przestępstw popełnionych przez członków ich organów, a nie sankcje karne, na co zwracał uwagę przystępujący, powołując się na pismo włoskiego adwokata z 1 czerwca 2011 r., nie ma znaczenia. Należy

wskazać, że oczywistym jest iż systemy prawne w poszczególnych krajach mogą się różnić. Nie jest zatem wymagane, aby zakres zagranicznego zaświadczenia był identyczny z zaświadczeniami wydawanymi z polskiego Krajowego Rejestru Karnego. Oczywiście jest bowiem, że porządki prawne poszczególnych państw różnią się rodzajem sankcji administracyjnych czy karnych, czy też katalogiem czynów zabronionych, kwalifikowaniem ich jako wykroczenie lub przestępstwo, przesłankami popełnienia czynu, jak też wysokością kary. Przepis § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane wskazuje wyraźnie, że podmiot w pierwszej kolejności zobowiązany jest przedłożyć zaświadczenie wydane przez właściwy organ. Tym samym, ustawodawca dał pierwszeństwo dokumentom urzędowym wystawianym w różnych państwach nie nakładając na zamawiających obowiązku badania ich pełnej zgodności z polskim rejestrem karnym, co w oczywisty sposób każdorazowo prowadziłoby do stwierdzenia różnic pomiędzy poszczególnymi porządkami prawnymi, czyniąc przepis martwym. Należy zatem przyjąć, że ustawodawca uwzględnił różnice w systemach prawnych każdego z państw”.

Wskazał, że w orzecznictwie podkreśla się również, iż sam fakt informacji na dokumencie, że dana osoba lub podmiot nie figuruje w rejestrze karnym danego państwa przesądza o braku karalności za przestępstwa wskazane w PZP.

Zdaniem Przystępującego - takim stanem rzeczy mamy do czynienia w sprawie, bowiem Zgłaszający Przystąpienie przedłożył dokumenty dotyczące AEP Ticketing Solutions s.r.l. i osób zarządzających tym podmiotem:

„Certificato del Casellario Giudiziale”

„Certificato dei Carichi Pendenti”

„Certificato dell'Anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato”

„Certificato dell' anagrafe dei carichi pendenti degli illeciti amministrativi” z odpowiednio występujących w obrocie prawnym we Włoszech rejestrów.

W ocenie Odwołującego - przedłożone dokumenty w swoim zakresie przedmiotowym idą nawet dalej bowiem wskazują, że ani wobec samego podmiotu ani wobec osób zarządzających nie ma żadnych postępowań w toku.

W tym zakresie zaświadczenia wydane przez Prokuraturę Republiki Florencji należy uznać – według Odwołującego - jako zaświadczenia uzupełniające do tych wydanych przez Ministerstwo Sprawiedliwości.

Nieuprawnionym dla Przystępującego jest twierdzenie Odwołującego, iż zaświadczenia wydane przez Prokuraturę Republiki Florencji dotyczą wyłącznie postępowań karnych toczących się przed Sądem Prokuratury, w którym ma miejsce zamieszkania zainteresowany oraz tych, które toczą się przed prokuratorem okręgowym ds. walki z mafią. Dane zawarte w zaświadczeniach są bowiem danymi, które wynikają z danych krajowych, a także te które odnoszą się do istnienia wpisów do Europejskiego Rejestru Karnego dla obywateli włoskich. Byłoby nielogiczne, gdyby obywatele lub przedsiębiorstwa musieli udawać się do każdego z prokuratur regionalnych w celu uzyskania zaświadczenia dotyczącego całego terytorium kraju, a te wydawałby zaświadczenie ograniczone do swojego okręgu.

W tym zakresie powołał się na dowód z opinii włoskiego adwokata Pana N. G. wraz z tłumaczeniem na język polski - Załącznik nr 23 do pisma.

Zgłaszający Przystąpienie wskazał, że w przedmiotowym zarzucie ciężar dowodu spoczywa na Odwołującym, który powinien wykazać, że spółka AEP Ticketing Solutions s.r.l. lub osoby zarządzające tym podmiotem podlegają wykluczeniu lub wykazać, że wskazane przez Zgłaszającego Przystąpienie dokumenty nie pochodzą z odpowiednich rejestrów. Przedstawiona w odwołaniu argumentacja skupia się na wykazaniu różnic pomiędzy odpowiednimi aktami prawnymi w Polsce i we Włoszech, pomijając treść § 7 ust. 1 pkt. 1 Rozporządzenia o dokumentach i wyrażoną tam zasadę pierwszeństwa dokumentów urzędowych.

Do pisma procesowego Przystępujący złożył następujące załączniki:

1.Kopia odwołania wniesionego przez Asseco w dniu 17 lipca 2020 r.,

2.Kalkulacja wyceny usługi udostępnienia Architektury Infrastrukturalnej dla Architektury deweloperskiej w okresie wdrożenia (6.1.2) oraz Architektury deweloperskiej w okresie eksploatacji (6.2.2) — (Tylko do wiadomości Zamawiającego i Składu orzekającego KIO),

3.Oferta dostawcy usługi Microsoft — (Tylko do wiadomości Zamawiającego i Składu orzekającego KIO),

4.Pismo GZM z 11.12.2020 r. „Potwierdzenie wykonanych prac (nr IN.1333.2.3.2020 RKW-44182020,

5.Protokół odbioru Etapu I projektu dla MZK Tychy z dnia 06.12.2019 r. 6. Protokół odbioru Etapu II projektu dla MZK Tychy z dnia 20.02.2020 r.,

7.List referencyjny wystawiony przez Asseco Poland SA z 05.11.2020 r.,

8.Oświadczenie Asseco Poland SA z dnia 20.06.2016 r.,

9.Kopia umowy z dnia 01.02.2020 r. zawartej między Górnośląsko-Zagłębiowską Metropolią, Asseco Data Systems, Alior Bankiem, Polskimi ePłatnościami,

10. Umowa DSI/5/PS/167/DO/190/2018 zawarta w dniu 22.06.2018 r.,
11. „Wymagania dla modyfikacji” z 10.07.2018 r. - zakres funkcjonalny platformy integracyjnej zrealizowanej w ramach umowy DSI/5/PS/167/DO/190/2018,
12. „Wymagania dla modyfikacji” z dnia 02.08.2018 r. - Zakres integracji platformy integracyjnej z systemem SDIP zrealizowany w ramach umowy DSI/5/PS/167/DO/190/2018,
13. „Wymagania dla modyfikacji” z dnia 02.08.2018 r. zakres zmian w oprogramowaniu komputera pokładowego i modułu Data Broker zrealizowany w ramach umowy DSI/5/PS/167/DO/190/2018,
14. „Wymagania dla modyfikacji” z dnia 13.07.2018 r. - zakres zmian w oprogramowaniu 'Modułu reklamacji Systemu SKUP zrealizowany w ramach umowy DSI/5/PS/167/DO/190/2018,
15. Wymagania dla modyfikacji” z dnia 13.07.2018 r. - zakres oprogramowania do zdalnego zarządzania Kartą SKUP zrealizowany w ramach umowy DSI/5/PS/167/DO/190/2018,
16. Wymagania dla modyfikacji” z dnia 17.07.2018 r. - zakres oprogramowania Aplikacja Mobilna zrealizowany w ramach umowy DSI/5/PS/167/DO/190/2018,
17. „Wymagania dla modyfikacji” z dnia 13.07.2018 r. - zakres zmian w oprogramowaniu Portalu Klienta zrealizowany w ramach umowy DSI/5/PS/167/DO/190/2018,
18. Rejestr zmian istotnych w Systemie SKUP potwierdzonych przez GZM, o których mowa w punkcie I b. pisma GZM z dnia 11.12.2020 r.
19. Rejestr zmian w Systemie SKUP potwierdzonych przez Asseco Poland S.A.,
20. „Wymagania dla Metrobiletu i Mobilnej Aplikacji Kontrolera. Załącznik do pisma RŚ.042.16.2.31.2018.DM”, oprogramowanie zrealizowane w ramach zmian istotnych SKUP,
21. Protokół odbioru Mobilnej Aplikacji Kontrolera z dnia 06.06.2019 r.,
22. Protokół odbioru Metrobiletu z dnia 31.05.2019 r.,
23. Opinia włoskiego adwokata Pana N. G. wraz z tłumaczeniem na język polski.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

KIO 3118/20

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, oferty Przystępującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Asseco Data Systems S. A. z siedzibą w Gdyni, AEP Ticketing Solutions S. R. L. z siedzibą w Signa (Włochy), zwanego dalej Przystępującym, Jednolitych Dokumentów Zamówienia, zwanych dalej JEDZ wystawionych dla powyższych konsorcjantów, zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wraz z uzasadnieniem z dnia 29 maja 2020 r. dokonanego przez tego Przystępującego, wezwania Zamawiającego z dnia 30 października 2020 r. w trybie przepisu art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, pisma Przystępującego z dnia 9 listopada 2020 r. i złożonych przez przy tym piśmie załącznika nr 13 do SIWZ – Wykaz osób, opinii bankowych z dnia 13 maja 2020 r. i z dnia 12 października 2020 r., polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z dnia 26 marca 2020 r. wraz z dowodami opłacenia składek, załącznika nr 12 do SIWZ – wykaz dostaw, listu referencyjnego z dnia 14 maja 2020 r. wystawionego przez Górnośląsko - Zagłębiowską Metropolię, zawiadomienia Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 17 listopada 2020 r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 14 grudnia 2020 r., pisma procesowego Przystępującego z dnia 13 grudnia 2020 r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestników wyjaśnień i dowodów Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

W pierwszej kolejności należało odnieść się do zastrzeżeń Zamawiającego i Przystępującego dotyczących spóźnienia zarzutów Odwołującego skierowanych przeciwko uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i przeciwko zastrzeżeniu przez Przystępującego powołanych wyżej dokumentów.

W tej mierze, Izba doszła do przekonania, że została zaskarżona ponowna czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 17 listopada 2020 r. i od dnia następującego po tej dacie powinien być liczony termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Wymaga wskazania, że jeżeli chodzi o czynność badania przez Zamawiającego skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spornych dokumentów, to Zamawiający w ogóle takiej czynności wcześniej nie dokonał i dopiero w dniu 20 listopada 2020 r. podjął w postępowaniu czynność odmowy udostępnienia zastrzeżonych przez Przystępującego dokumentów przez co wyraził swój stosunek do treści tych dokumentów uznając je za skutecznie zastrzeżone.

Wobec powyższego, Izba nie mogła rozstrzygnąć o odrzuceniu poszczególnych zarzutów odwołania, jako, że odwołanie zostało wniesione w dniu 27 listopada 2020 r., tj. w terminie określonym w przepisie art.182 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp.

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania sprawy, po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego, Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1, art.8 ust.3, art.26 ust.3, art.91 ust.1 ustawy Pzp.

Natomiast Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust.1 pkt 12 w związku z art.22 ust.1 pkt 2, a także art.24 ust.1 pkt 16 i pkt 17 ustawy Pzp, jako, że zarzuty te zostały zgłoszone przedwcześnie w warunkach, gdy Zamawiający nie dokonał uprzednio prawidłowego badania i w konsekwencji oceny oferty Przystępującego w zakresie spełnienia spornego warunku udziału w postępowaniu opisanego w SIWZ.

Dodatkowo wymaga zauważenia, że Odwołujący zgłosił powyższe zarzuty w formule przyjmującej dopuszczalność ewentualnego rozstrzygnięcia grupy zarzutów dalej idących - zarzutu#1 a. i zarzutu#2 b. odnoszących się do okoliczności niespełnienia przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu i podania Zamawiającemu nieprawdziwych informacji lub zarzutu #3 c, który dotyczył zaniechania Zamawiającego wyjaśnienia powyższych okoliczności, które doprowadziły do wadliwej decyzji Zamawiającego.

W rozpoznawanej sprawie były do rozstrzygnięcia dwa zagadnienia prawne: pierwsze odnosiło się do oceny czynności Zamawiającego w zakresie prawnej skuteczności zastrzeżenia przez Przystępującego klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa wykazu osób, opinii bankowej i polisy OC wraz z dowodami opłacenia składki OC, drugie odnosiło się do oceny prawidłowości badania przez Zamawiającego spełniania przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale V pkt 2.3) lit. a.

W zakresie niezbędnym do ustalenia faktów pozwalających na dokonanie rozpoznania przedmiotowej sprawy Izba ustaliła, że w rozdziale V SIWZ Zamawiający opisał następujące warunki udziału w postępowaniu w ten sposób:

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

1.Nie podlegają wykluczeniu;

Brak podstaw do wykluczenia zostanie wstępnie zweryfikowany na podstawie przedłożonego wraz z ofertą Jednolitego Dokumentu Zamówienia.

1)Zamawiający może wykluczyć Wykonawcę na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

2)Zamawiający może na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia może uznać, że Wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych Wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze Wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

3)Wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16–20 lub ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się, jeżeli wobec wykonawcy, będącego podmiotem zbiorowym, orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu.

4)Wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp.

5)W przypadkach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp, przed wykluczeniem wykonawcy, zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Zamawiający wskazuje w protokole sposób zapewnienia konkurencji.

2.Spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

1)Kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;

Zamawiający nie wyznacza warunku w tym zakresie.

2)Sytuacji ekonomicznej i finansowej.

a)Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na sumę gwarancyjną 40.000.000,00 zł.

b)Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 60.000.000,00 zł.

3) Zdolności technicznej i zawodowej

Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że:

a) w okresie ostatnich trzech lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, wykonał lub wykonuje co najmniej jeden Projekt Podobny, który spełnia co najmniej kryteria Projektu Podobnego wymienione poniżej:

- System kontocentryczny, rozumiany jako system informatyczny, gdzie wszystkie informacje o ruchu pasażerów o nabywaniu uprawnień do korzystania z usług transportowych są zapisywane w Systemie Centralnym w czasie zbliżonym do rzeczywistego.

- Operator płatności - system, który daje możliwość dokonywania oraz otrzymywania wpłat między innymi przez Internet pomiędzy osobami lub instytucjami.

- Billing – system naliczający i obsługujący naliczanie opłat za transport publiczny.

- Realizacja funkcjonalności billingowych, dla co najmniej 300 000 kont pasażerskich nazwanych, w których miały miejsce transakcje w przeciągu pełnego roku (12 miesięcy następujących po sobie).

- Realizacja funkcjonalności billingowych, dla co najmniej 28 000 000 transakcji zrealizowanych w przeciągu pełnego roku (12 miesięcy następujących po sobie) dotyczących usług transportowych, między innymi w modelu jednorazowych biletów.

Za transakcję rozumiemy wszystkie czynności realizowane przez system billingowy niezbędne do zarejestrowanie usługi transportowej, weryfikacji uprawnień do usługi transportowej w ramach kontroli, pobrania opłaty za usługi transportowe, weryfikacji salda oraz wszystkie inne niezbędne do obsługi pasażera oraz pozostałych interesariuszy Systemu Biletowego, m.in. sprzedaż biletu, nadanie uprawnień do przejazdu, założenie konta pasażera, zarejestrowanie odbycia podróży przez pasażera etc.

- Instalacja co najmniej 500 walidatorów w pojazdach lub na obiektach PTZ z obsługą nośników NFC lub EMV.

- Aplikacja mobilna (na smartfony i tablety) umożliwiająca zaplanowanie i zakup usług związanych z publicznym transportem zbiorowym,

- Aplikacja organizatora transportu umożliwiająca monitorowanie systemowe infrastruktury PTZ.

- Portal Pasażera - portal obsługujący internetową sprzedaż biletów oraz dostęp do informacji o transakcjach i ich historii, a także informacji o planie podróży.

Projekt Podobny to projekt lub suma projektów o różnych funkcjonalnościach (biling, aplikacja mobilna etc) zrealizowanych przez Wykonawcę lub zasoby wskazane w oświadczeniu „Zobowiązanie podmiotów trzecich do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia” złożonym przez Wykonawcę. Wykonawca, aby móc wykazać się, że spełnia warunek udziału w postępowaniu polegający na wykonaniu Projektu Podobnego posługując się referencjami innego podmiotu, musi złożyć zobowiązanie o udostępnieniu według wzoru załącznika nr 9 do SIWZ.

Jednocześnie Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt VII SIWZ - Wykaz oświadczeń i dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia postanowił, co następuje:

1. W celu wstępnego wykazania braku podstaw do wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 oraz 24 ust. 5 ust. 1 ustawy Pzp, wraz z ofertą należy złożyć:

Wypełniony Jednolity Europejski Dokumentu Zamówienia – według załącznika nr 8 do SIWZ (plik w rozszerzeniu.xml)

2. W celu wstępnego wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, wraz z ofertą należy złożyć:

Wypełniony Jednolity Europejski Dokumentu Zamówienia – według załącznika nr 8 do SIWZ (plik w rozszerzeniu.xml)

3. Wykonawca, w terminie 3 dni od dnia zamieszczenia na stronie internetowej informacji z otwarcia ofert, o której mowa w art. 86 ust. 5 ustawy Pzp, przekazuje Zamawiającemu oświadczenie o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt. 23 ustawy Pzp. Wraz ze złożeniem oświadczenia, Wykonawca może przedstawić dowody, że powiązania z innym Wykonawcą nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wzór oświadczenia stanowi Załącznik nr 2 do SIWZ.

4. Wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu, w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia, na wezwanie Zamawiającego, złoży następujące dokumenty:

1) odpis z właściwego rejestru lub centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt. 1 ustawy Pzp.

2)informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 13, 14 i 21 ustawy Pzp, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;

3)oświadczenie wykonawcy o braku wydania wobec niego prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne albo – w przypadku wydania takiego wyroku lub decyzji – dokumenty potwierdzające dokonanie płatności tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłat tych należności – oświadczenie według wzoru Załącznika nr 10 do SIWZ;

4)oświadczenia wykonawcy o braku orzeczenia wobec niego tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne – oświadczenie według wzoru Załącznika nr 11 do SIWZ.

5.Wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, na wezwanie Zamawiającego, złoży następujące dokumenty:

1)Wykaz dostaw - według wzoru załącznika nr 12 do SIWZ - wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne dokumenty.

2)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 na załącznika nr 13 do SIWZ.

3)Informację z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert, na sumę określoną w pkt. V.2.2) b) powyżej.

4)Dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną w pkt. V.2.2) a) powyżej.

Dalej, Izba stwierdziła, że Przystępujący wymagane przez Zamawiającego dokumenty złożył stosownie do powołanych wyżej wymagań Zamawiającego.

Dokonując rozpoznania zarzutu#1 a. i zarzutu#2 b. Izba uznała je za przedwczesne, a przez to nieuzasadnione, bowiem do stwierdzenia przez Izbę wystąpienia naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przy tych zarzutach przepisów obowiązującego prawa konieczne byłoby ustalenie uprzedniego istnienia określonego zachowania Zamawiającego zmierzającego do wyjaśnienia oświadczenia Przystępującego zawartego w wykazie dostaw i oświadczenia zawartego w liście referencyjnym z dnia 14 maja 2020 r. wystawionego przez Górnośląsko - Zagłębiowską Metropolię.

Mając na uwadze, że Zamawiający takich czynności w trybie przepisu art.26 ust.3 ustawy Pzp nie podjął, to należało przyjąć, że ocena spornego warunku przez Zamawiającego nastąpiła w sposób naruszający ten przepis.

W ocenie Izby – załączony przez Przystępującego list referencyjny z dnia 14 maja 2020 r. zawiera niejednoznaczne informacje mające wpływ na ocenę spełniania podmiotowego warunku, o którym mowa w pkt. V.2.3) lit. a) SIWZ, również w aspekcie deklaracji Przystępującego zawartej w przedmiotowym wykazie dostaw.

Izba ustaliła, że w poz.3 wykazu dostaw Przystępujący oświadczył, że wykonał w ciągu ostatnich 3 lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie przedmiot dostawy System Poboru Opłat, o cechach poniżej:

- System kontocentryczny, rozumiany jako system informatyczny, gdzie wszystkie informacje o ruchu pasażerów o nabywaniu uprawnień do korzystania z usług transportowych są zapisywane w Systemie Centralnym w czasie zbliżonym do rzeczywistego.

- Operator płatności - system, który daje możliwość dokonywania oraz otrzymywania wpłat między innymi przez Internet pomiędzy osobami lub instytucjami.

- Billing – system naliczający i obsługujący naliczanie opłat za transport publiczny.

- Realizacja funkcjonalności billingowych, dla co najmniej 300 000 kont pasażerskich nazwanych, w których miały miejsce transakcje w przeciągu pełnego roku (12 miesięcy następujących po sobie).

- Realizacja funkcjonalności billingowych, dla co najmniej 28 000 000 transakcji zrealizowanych w przeciągu pełnego roku (12 miesięcy następujących po sobie) dotyczących usług transportowych, między innymi w modelu jednorazowych biletów.

- Instalacja co najmniej 500 walidatorów w pojazdach lub na obiektach PTZ z obsługą nośników NFC lub EMV.
- Aplikacja organizatora transportu umożliwiająca monitorowanie systemowe infrastruktury PTZ
- Aplikacja mobilna (na smartfony i tablety) umożliwiająca zaplanowanie i zakup usług związanych z publicznym transportem zbiorowym.

Jako dowód określający czy te dostawy zostały wykonane należycie Przystępujący przedstawił oświadczenie Górnośląsko-Zagłębiowskiej Metropolii z dnia 14 maja 2020 r., gdzie podmiot ten oświadczył, że działając w imieniu Górnośląsko-Zagłębiowskiej Metropolii (GZM), która na mocy zawartego porozumienia z dnia 20 grudnia 2018 w sprawie przekazania praw i obowiązków wynikających z Umowy 39/2018 na rozszerzenie systemu SKUP na pojazdy MZK Tychy przejęła wszelkie prawa i obowiązki Zamawiającego tj. Miejskiego Zarządu Komunikacji Gminy Miasta Tychy wynikające z ww. umowy oraz będąca następcą prawnym KZK GOP w obszarze organizacji transportu zbiorowego w tym utrzymania i rozwoju systemu Śląskiej Karty Usług Publicznych, niniejszym zaświadcza że:

I. Asseco Data Systems S.A. z siedzibą w Gdyni, w okresie od 20.11.2018 do 20.02.2020, wykonał z należytą starannością zamówienie na rozbudowę Systemu Śląskiej Karty Usług Publicznych poprzez wprowadzenie systemu Śląskiej Karty Usług Publicznych (SKUP) w komunikacji organizowanej przez MZK Tychy wraz z obsługą karty płatniczej oraz zapewnienie właściwego funkcjonowania dostarczonego systemu, które obejmuje w szczególności:

1. Dostawę, instalację i uruchomienie sprzętu w pojazdach operatorów wraz z niezbędnym osprzętem i okablowaniem, jak również oprogramowaniem dla tego sprzętu. Dostawa sprzętu dotyczy 190 pojazdów i obejmuje w szczególności:

a. 190 szt. komputerów pokładowych typu tablet do pojazdów wraz z wbudowanym radiomodemem WiFi krótkiego zasięgu, urządzeniem do transmisji GSM/4G w standardzie LTE, sensorem GPS oraz drukarką umożliwiającą wydruk papierowych biletów z kodem QR wraz z aplikacją wspierającą kierowcę w planowaniu i realizacji kursów (m.in. wybór kursu, prezentacja rozkładu jazdy, opóźnienia/przyspieszenia, monitorowanie stanu systemu pojazdu, przekazywanie pozycji GPS oraz wiadomości do dyspozytora, wysyłanie wiadomości SOS, sprzedaż biletu, blokadę kasowników), zintegrowaną z oprogramowaniem kasowników i kontrolerek, wymieniającą dane z systemem centralnym w czasie bliskim rzeczywistemu,

b. 560 szt. modułów do pobierania opłat za przejazd (walidatorów - kasowników) z obsługą nośników NFC takich jak Karta SKUP (w zgodzie z regulacjami wydawcy Karty SKUP) lub bezstykowych kart płatniczych EMV (w zgodzie z regulacjami organizacji EMV, realizując model MTT/Pay-As-You-Go) zintegrowanych z oprogramowaniem komputera pokładowego (wymiana danych w czasie rzeczywistym) oraz systemem centralnym (wymiana danych w czasie bliskim rzeczywistemu za pomocą oprogramowania komputera pokładowego).

2. Dostawę i uruchomienie 170 mobilnych urządzeń typu tablet (PAX A920 Mobile Tablet) wraz z aplikacją mobilną na platformie Android umożliwiającą prezentację i zakup usług związanych z publicznym transportem zbiorowym (rozumianych jako wniesienie opłat dodatkowych), także z wykorzystaniem kart płatniczych EMV, odczytującą nośniki z kodem QR, prezentującą stan uprawnień na przejazd pasażera (dla Karty SKUP jak i w modelu kontocentrycznym dla Kart EMV). Wdrożona aplikacja mobilna posiada dwie zasadnicze grupy bezpośrednich użytkowników tj. Kontrolerzy ZTM dla których aplikacja udostępnia funkcjonalności realizacji usług związanych z transportem zbiorowym takich jak kontrola uprawnień na przejazd, obsługa opłat dodatkowych oraz Pasażerowie dla których aplikacja umożliwia zakup usług związanych z publicznym transportem zbiorowym (wniesienie opłaty dodatkowej u kontrolera za pomocą Karty EMV).

3. Przygotowanie podstawowego Centrum Przetwarzania Danych (CPD) chmurze i integracja z fizycznym centrum przetwarzania danych Zamawiającego

4. Uruchomienie zapasowego CPD w chmurze, będącego logicznym odwzorowaniem podstawowego CPD

5. Dostawę oprogramowania centralnego wymaganego do właściwej pracy infrastruktury wyniesionej oraz zapewniającego integrację z systemami zewnętrznymi wraz z jego instalacją w obu centrach przetwarzania danych

6. Dostawę systemu łączności z urządzeniami za pomocą wydzielonej sieci APN, jak również łączności pomiędzy serwerowniami oraz z systemami zewnętrznymi za pomocą bezpiecznych łącz

7. Szkolenia użytkowników systemu

Powstałe w wyniku realizacji umowy rozwiązanie, dzięki zbudowanej przez Asseco Data Systems platformie integracyjnej charakteryzuje się następującymi cechami:

1. Realizuje koncepcję systemu kontocentrycznego w zakresie procesów korzystania z uprawnień na przejazd w oparciu o Karty Płatnicze EMV, gdzie wszystkie informacje o ruchu pasażerów i nabywaniu uprawnień do korzystania z usług transportowych są zapisywane w Systemie Centralnym w czasie zbliżonym do rzeczywistego a do prawidłowego działania systemu nie jest konieczne przechowywanie na karcie (nośniku identyfikacji) żadnych danych za wyjątkiem

niezbędnych do realizacji procesu autentykacji

2.Realizuje procesy bilingu — system naliczający i obsługujący naliczanie opłat za transport publiczny, zintegrowany z zewnętrznymi systemami finansowo-księgowymi oraz systemami agentów rozliczeniowych (okresowa, dwustronna wymiana raportów rozliczeniowych)

3.Realizuje procesy operatora płatności tj. daje możliwość dokonywania oraz otrzymywania wpłat między innymi przez Internet, pomiędzy osobami lub instytucjami

4.Udostępnia aplikację dla organizatora transportu umożliwiającą monitorowanie systemowe infrastruktury publicznego transportu zbiorowego

5.Integruje usługi Portalu Pasażera w zakresie internetowej sprzedaży biletów Systemu SKUP wraz z dostępem do informacji o transakcjach i ich historii, a także udostępnia na tym portalu wszelkie niezbędne informacje o transakcjach wykonywanych kartami EMV oraz zapewnia dostęp do informacji o planie podróży dzięki zintegrowaniu się z wdrożonym w ramach innego projektu Zamawiającego narzędziem do planowania podróży tj. .

6.Udostępnia możliwość wnoszenia opłat za przejazd w transporcie zbiorowym za pomocą nośników NFC, w szczególności Karty SKUP jak i Karty Płatniczej EMV zarówno w taryfie strefowo-czasowej jak i taryfie odległościowej w modelu CheckIn - CheckOut.

7.Jest zintegrowany z wdrożonymi u zamawiającego modułami systemu SKUP oraz systemami Agentów Rozliczeniowych za pomocą platformy integracyjnej realizującej automatyczną, dwustronną wymianę danych z wykorzystaniem otwartych interfejsów i usług komunikacyjnych (tzw. Open API) w zakresie m.in wymiany informacji o taryfie, przystankach, rozkładach jazdy, pojazdach, urządzeniach, modułach SAM, kierowcach, kontrolerach, nośnikach zastrzeżonych (blacklist), stanie konta klienta, transakcjach sprzedaży, skasowaniach biletów, kontrolach uprawnień na przejazd, pozycjach GPS pojazdu, wiadomościach kierowców, realizacji kursu przez kierowcę.

Wartość brutto prac wykonywanych Asseco Data Systems S.A. na podstawie Umowy wraz z Aneksami, wynosi 14 313 644,68 PLN, na co składa się m.in. wykonanie instalacji, opracowanie i wdrożenie oprogramowania (obejmującego zakresem m.in. aplikację komputera pokładowego, aplikację biznesową kasownika, aplikację płatniczą kasownika, aplikację biznesową kontrolerki, aplikację płatniczą kontrolerki, podsystem zarządzania urządzeniami, podsystem płatności i rozliczeń MTT, zmodyfikowany Portal Klienta SKUP, zmodyfikowany Moduł Reklamacji SKUP).

II. Asseco Data Systems od roku 2017 wykonuje z należytą starannością jako podwykonawca Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie (członka konsorcjum Asseco Poland SA i mBank SA), tj. rozwija, modyfikuje, serwisuje, utrzymuje i świadczy usługi wsparcia eksperckiego dla Systemu Śląskiej Karty Usług Publicznych oraz Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej, w tym w zakresie Systemu SKUP:

a.Rozwiązanie zrealizowało w 2019 roku funkcjonalności bilingowe dla co najmniej 300 000 kont pasażerskich nazwanych w których miały miejsce transakcje w przeciągu pełnego roku (12 miesięcy następujących po sobie)

b.Rozwiązanie zrealizowało w 2019 roku funkcjonalności bilingowe dla co najmniej 28 000 000 transakcji które miały miejsce w przeciągu 12 miesięcy następujących po sobie dotyczących usług transportowych, między innymi w modelu jednorazowych biletów. Za transakcję rozumie się wszystkie czynności realizowane przez system bilingowy niezbędne do zarejestrowania usługi transportowej, weryfikacji uprawnień do usługi transportowej w ramach kontroli, pobrania opłaty za usługi transportowe, weryfikacji salda oraz wszystkie inne niezbędne do obsługi pasażera oraz pozostałych interesariuszy systemu biletowego m.in. sprzedaż biletu, nadanie uprawnień do przejazdu, założenie konta pasażera, zarejestrowanie odbycia podróży przez pasażera etc.

Według zapatrywania Izby – na tle powyższych oświadczeń powstają wątpliwości dotyczące spełniania przez Przystępującego opisanego w pkt. V.2.3) lit. a) SIWZ warunku udziału w postępowaniu, które powinien również dostrzec sam Zamawiający.

Przed wszystkim Izba analizując pojęcie Projektu lub sumy Projektów stanowiących referencyjne dostawy uznała, że wykonawcy byli zobowiązani wykazać się wykonaniem żądanych funkcjonalności, tj. system kontocentryczny, system operatora płatności, system billingowy, realizację funkcjonalności billingowych, dla co najmniej 300 000 kont pasażerskich nazwanych, w których miały miejsce transakcje w przeciągu pełnego roku (12 miesięcy następujących po sobie), realizację funkcjonalności billingowych, dla co najmniej 28 000 000 transakcji zrealizowanych w przeciągu pełnego roku (12 miesięcy następujących po sobie) dotyczących usług transportowych, między innymi w modelu jednorazowych biletów, instalację co najmniej 500 walidatorów w pojazdach lub na obiektach PTZ z obsługą nośników NFC lub EMV, aplikację organizatora transportu umożliwiającą monitorowanie systemowe infrastruktury PTZ, aplikację mobilną (na smartfony i tablety) umożliwiającą zaplanowanie i zakup usług związanych z publicznym transportem zbiorowym.

Natomiast, z powyższego poświadczenia Górnośląsko-Zagłębiowskiej Metropolii wynika, że Asseco Data Systems

S.A. z siedzibą w Gdyni, w okresie od 20.11.2018 do 20.02.2020, wykonał z należytą starannością zamówienie na rozbudowę Systemu Śląskiej Karty Usług Publicznych poprzez wprowadzenie systemu Śląskiej Karty Usług Publicznych (ŚKUP) w komunikacji organizowanej przez MZK Tychy.

Ponadto, wystawca referencji stwierdził, że Asseco Data Systems od roku 2017 wykonuje z należytą starannością jako podwykonawca Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie (członka konsorcjum Asseco Poland SA i mBank SA), tj. rozwija, modyfikuje, serwisuje, utrzymuje i świadczy usługi wsparcia eksperckiego dla Systemu Śląskiej Karty Usług Publicznych oraz Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej, w tym w zakresie Systemu ŚKUP.

Z treści tej referencji wynika zatem, że prace referencyjne były realizowane na podstawie umowy 39/2018 na rozszerzenie systemu ŚKUP na pojazdy MZK Tychy, podczas gdy dalej Górnośląsko-Zagłębiowska Metropolia powołuje się na bliżej nieokreślone prace dla systemu ŚKUP (brak wskazania stron umowy) realizowane od 2017 r.

Z zestawienia powyższych informacji trudno wywnioskować czy w ramach wykonywanego od 2017 r. projektu modyfikującego system ŚKUP Przystępujący wykonał powyższe referencyjne funkcjonalności.

Istotne jest bowiem dla oceny spełniania przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. V.2.3) lit a) SIWZ ustalenie jakie wymagane treścią SIWZ powyższe funkcjonalności zostały osiągnięte w ramach systemu MZK Tychy.

Za niedopuszczalne Izba uznała takie rozumienie SIWZ, które dawałoby możliwość zaliczenia w poczet doświadczenia (zdolności zawodowej) Przystępującego zbudowanie systemu ŚKUP, w których ten nie był stroną umowy lub nie był formalnym podwykonawcą.

W przekonaniu Izby - w ramach takiej umowy doświadczenie (zdolność zawodowa) musi być osiągnięte poprzez bezpośredni udział tej strony umowy w wykonaniu zobowiązania.

Jeżeli zatem Przystępujący nie był stroną umowy z dnia 9 stycznia 2012 r. lub podwykonawcą i nie wykonał systemu ŚKUP w zakresie spornych funkcjonalności, to obecnie nie może skorzystać z dobrodziejstwa dołączenia tego wcześniejszego projektu do tego realizowanego od 2017 r. projektu rozbudowującego istniejący już system dla MZK Tychy.

W kontekście powyższego wymaga wskazania, że powyższe projekty nie podlegają zsumowaniu, jako, że były realizowane przez zupełnie inne podmioty.

Zaprezentowane stanowisko Izby potwierdziła również odpowiedź pełnomocnika Zamawiającego na pytanie członka Składu Orzekającego, gdzie ten wyjaśnił, że przyjął, iż warunek spełnia modyfikacja dokonana przez Asseco Data Systems 2018-2020.

W przekonaniu Izby - istotna jest również okoliczność przyznania przez pełnomocnika Przystępującego, że jeśli chodzi o system ŚKUP to on został wbudowany przez innego wykonawcę Asseco Poland.

Powyższego poglądu Izby nie zmieniają przedłożone przez Zamawiającego i Przystępującego dowody, które jedynie mogą potwierdzać, że określonej treści oświadczenia wiedzy i woli zostały złożone, jednak nie mają one wpływu na ocenę zaniechania Zamawiającego przeprowadzenia procedury w trybie przepisu art.26 ust.3 ustawy Pzp wyjaśniającej powyższe sprzeczności pomiędzy oświadczeniami Przystępującego z wykazu i z referencji.

Mając powyższe wskazania na uwadze Zamawiający będzie zobowiązany do zastosowania przepisu art.26 ust.3 ustawy Pzp, który stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Przechodząc do rozstrzygnięcia zarzutu#4 d dotyczącego skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Izba wzięła pod uwagę przyznanie Zamawiającego, który na posiedzeniu przed Składem Orzekającym Krajowej Izby Odwoławczej przyznał, że nie ma dokumentu potwierdzającego czynność badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Jednocześnie Zamawiający na tym posiedzeniu wyjaśnił, iż dokonał weryfikacji zasadności i zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę Asseco dokumentów złożonych w dniu 8 lipca 2020 r.

Wskazując na powyższe okoliczności, Izba uznała, że Zamawiający nie wyraził w jakikolwiek sposób, zewnętrze powyższej oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, co oznacza brak możliwości przyjęcia poglądu, że czynność taka została przez niego w ogóle dokonana.

Należy przypomnieć, że powyższy pogląd o obowiązku badania przez Zamawiającego skuteczności zastrzeżenia przez wykonawców tajemnicy przedsiębiorstwa złożonych przez nich dokumentów został wyrażony w Uchwale Sądu

Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. (sygn. III CZP 74/05), gdzie przyjęto zapatrywanie, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177 z późn. zm.), - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający w ogóle nie dokonał badania skuteczności przedmiotowego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 29 maja 2020 r., a także zastrzeżonych spornych dokumentów (Wykaz osób, opinie bankowe z dnia 13 maja 2020 r. i z dnia 12 października 2020 r., polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z dnia 26 marca 2020 r. wraz z dowodami opłacenia składek).

Wymaga podkreślenia, że jedną z zasad postępowania o udzielenie zamówienia jest jego jawność wyrażona w art.8 ust.1 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 8 ust.2 ustawy Pzp zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Taki przypadek został określony w art.8 ust.3 ustawy Pzp zgodnie z którym, 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 otwarcie ofert ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.

Natomiast, w myśl przepisu art.11 ust.2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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, zwanej dalej ustawą o znk.

W związku z powyższym Zamawiający jest zobowiązany do oceny treści powyższego zastrzeżenia wraz z oceną informacji zawartych w powyższych zastrzeżonych dokumentach pod kątem spełniania przez informacje w nich zawarte przesłanek określonych w przepisie powołanego wyżej art.11 ust.2 ustawy o znk, która to ocena zostanie wyrażona w sposób trwały umożliwiający weryfikację motywacji Zamawiającego.

Jednocześnie, dokonując badania skuteczności dokonanego przez Przystępującego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający weźmie pod uwagę treść wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 października 2020 r., sygn. akt KIO 1615/20, KIO 1660/20, KIO 1687/20, KIO 1688/20 w zakresie oceny skuteczności zastrzeżenia wykazu osób przez Przystępującego.

Nadto, Zamawiający zastosuje się również do wniosków płynących z wydanego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1384/14, wyroku z dnia 2 października 2019 r., sygn. akt KIO 1791/19, KIO 1807/19, wyroku z dnia 6 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2138/19, wyroku z dnia 14 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2189/19, wyroku z dnia 10 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2376/19, a także z wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 13 listopada 2014 r. sygn. akt V Ca 2953/14 w zakresie dotyczącym skuteczności zastrzeżenia wykazu osób.

Odnośnie informacji pochodzących z banku Zamawiający powinien uwzględnić okoliczność, że sporne dokumenty wystawione przez bank nie zawierały wskazania konkretnych kwot obrotów, a także stanowisko przedstawione w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 24 czerwca 2019 r., sygn. akt KIO 1034/19.

Podobnie, Zamawiający weźmie pod uwagę treść wynikającą z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 6 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 102/17, KIO 110/17 w zakresie odnoszącym się do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów ubezpieczeniowych.

Z tych wszystkich przyczyn Izba uznała zaniechanie Zamawiającego za naruszające przepis art.8 ust.3 w związku z art.7 ust.1 ustawy Pzp.

Ostatecznie, wszystkie przytoczone wyżej nieprawidłowości w działaniach Zamawiającego i w jego zaniechaniach – zdaniem Izby – przesądzają o konieczności uznania naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.91 ust.1 ustawy Pzp odnośnie oceny oferty Przystępującego.

KIO 3119/20

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, oferty Przystępującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o

udzielenie zamówienia: Asseco Data Systems S. A. z siedzibą w Gdyni, AEP Ticketing Solutions S. R. L. z siedzibą w Signa (Włochy), zwanego dalej Przystępującym, Jednolitych Dokumentu Zamówienia, zwanych dalej JEDZ wystawionych dla powyższych konsorcjantów, zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wraz z uzasadnieniem z dnia 29 maja 2020 r. dokonanego przez tego Przystępującego, wezwania Zamawiającego z dnia 30 października 2020 r. w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, pisma Przystępującego z dnia 9 listopada 2020 r. i złożonych przy tym piśmie załącznika nr 13 do SIWZ – Wykaz osób, opinii bankowych z dnia 13 maja 2020 r. i z dnia 12 października 2020 r., polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z dnia 26 marca 2020 r. wraz z dowodami opłacenia składek, załącznika nr 12 do SIWZ – wykaz dostaw, listu referencyjnego z dnia 14 maja 2020 r. wystawionego przez Górnośląsko - Zagłębiowską Metropolię, zawiadomienia Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 17 listopada 2020 r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 14 grudnia 2020 r., pisma procesowego Przystępującego z dnia 13 grudnia 2020 r., pisma procesowego Przystępującego: Conduent Business Solutions (France) SAS, 1 Rue Claude Chappe 07500 Guilhaing-Granges (Francja), załącznika do protokołu Odwołującego z dnia 13 grudnia 2020 r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestników wyjaśnień i dowodów Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

W pierwszej kolejności należało odnieść się do zastrzeżeń Zamawiającego i Przystępującego dotyczących spóźnienia zarzutów Odwołującego skierowanych przeciwko uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i przeciwko zastrzeżeniu przez Przystępującego powołanych wyżej dokumentów.

W tej mierze, Izba doszła do przekonania, że została zaskarżona ponowna czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 17 listopada 2020 r. i od dnia następującego po tej dacie powinien być liczony termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art.182 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp.

Wymaga wskazania, że jeżeli chodzi o czynność badania przez Zamawiającego skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, to Zamawiający w ogóle takiej czynności wcześniej nie dokonał i dopiero w dniu 20 listopada 2020 r. podjął w postępowaniu czynność odmowy udostępnienia zastrzeżonych przez Przystępującego dokumentów przez co wyraził swój stosunek do treści tych dokumentów uznając je za skutecznie zastrzeżone.

Wobec powyższego, Izba nie mogła rozstrzygnąć o odrzuceniu poszczególnych zarzutów odwołania jako, że odwołanie zostało wniesione w dniu 27 listopada 2020 r., tj. w terminie określonym w przepisie art.182 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności pojawiło się stanowisko Zamawiającego i Przystępującego o braku posiadania przez Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia.

Stosownie do przepisu art. 179 ust.1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Nie podlega kwestii, że Odwołujący, pomimo okoliczności odrzucenia jego oferty wskutek wydanego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej nakazującego Zamawiającemu dokonanie takiej czynności, miał interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia o czym świadczy jego udział w przetargu, a w szczególności złożenie przez niego oferty.

Istnieje również możliwość, że Odwołujący w następstwie określonych naruszeń prawa przez Zamawiającego może ponieść szkodę.

Dodatkowo, na ocenę posiadania przez Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia nie może mieć wpływu – według Izby - hipotetyczne założenie Zamawiającego, że nie będzie on w stanie zrealizować zamówienia z uwagi na wpływ okresu umożliwiającego skorzystanie z dofinansowania ze środków zewnętrznych.

Wobec powyższego, Izba doszła do wniosku, że Odwołujący ma zdolność do wniesienia środka ochrony prawnej w tym postępowaniu odwoławczym w rozumieniu cyt. przepisu art.179 ust.1 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1, art.8 ust.3, art.24 ust.10, art.26 ust.3, art.90 ust.1 i ust.1a, art.91 ust.1 ustawy Pzp.

Natomiast Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust.1 pkt 12, a także art.24 ust.1 pkt 16, 17 ustawy Pzp, jako, że zarzuty te zostały zgłoszone przedwcześnie w warunkach, gdy Zamawiający nie dokonał uprzednio prawidłowego badania i w konsekwencji oceny oferty Przystępującego w zakresie spełniania spornego warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby – nie doszło również do naruszenia przepisów art.24 ust.1 pkt 13, 14, 21 ustawy Pzp z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu, a także art.192 ust.3 pkt 1 ustawy Pzp jako, że przepis ten jest adresowany do Krajowej Izby Odwoławczej, a nie do Zamawiającego.

W rozpoznawanej sprawie były do rozstrzygnięcia następujące zagadnienia prawne: pierwsze odnosiło się do oceny czynności Zamawiającego w zakresie oceny prawnej skuteczności zastrzeżenia przez Przystępującego klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa wykazu osób, opinii bankowej i polisy OC wraz z dowodami opłacenia składki OC, drugie odnosiło się do oceny prawidłowości badania przez Zamawiającego spełniania przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale V pkt 2.3) lit. a.

Poza tym, Izba była zobowiązana rozważyć czy nie zachodziły podstawy do przeprowadzenia przez Zamawiającego procedury zmierzającej do wyjaśnienia udziału wykonawcy Conduent Business Solutions (France) SAS, 1 Rue Claude Chappe 07500 Guilherand-Granges (Francja) i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Asseco Data Systems S. A. z siedzibą w Gdyni, AEP Ticketing Solutions S. R. L. z siedzibą w Signa (Włochy) w dialogu technicznym w celu zapewnienia tym wykonawcom możliwości udowodnienia, że ich udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji.

Ponadto, zagadnieniem wymagającym oceny była kwestia czy Zamawiający powinien zażądać wyjaśnienia istotnych części składowych ceny zaoferowanych przez wykonawcę Conduent Business Solutions (France) SAS, 1 Rue Claude Chappe 07500 Guilherand-Granges (Francja) i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Asseco Data Systems S. A. z siedzibą w Gdyni, AEP Ticketing Solutions S. R. L. z siedzibą w Signa (Włochy) w zakresie rażąco niskiej ceny.

Izba w swoim rozstrzygnięciu oparła się o ustalenia faktyczne dokonane na podstawie zebranego materiału dokumentacyjnego, a w szczególności tego wynikającego z akt prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, opisanego w części uzasadnienia dotyczącego sprawy KIO 3118/20.

Dokonując rozstrzygnięcia zarzutu nr 1 dotyczącego skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Izba wzięła pod uwagę przyznanie Zamawiającego, który na posiedzeniu przed Składem Orzekającym Krajowej Izby Odwoławczej przyznał, że nie ma dokumentu potwierdzającego czynności badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Jednocześnie Zamawiający na tym posiedzeniu wyjaśnił, iż dokonał weryfikacji zasadności i zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę Asseco dokumentów złożonych w dniu 8 lipca 2020 r.

Wskazując na powyższe okoliczności, Izba uznała, że Zamawiający nie wyraził w jakikolwiek sposób, zewnętrze powyższej oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, co oznacza brak możliwości przyjęcia poglądu, że czynność taka została przez niego w ogóle dokonana.

Należy przypomnieć, że powyższy pogląd o obowiązku badania przez Zamawiającego skuteczności zastrzeżenia przez wykonawców tajemnicy przedsiębiorstwa złożonych przez nich dokumentów został wyrażony w Uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. (sygn. III CZP 74/05), gdzie przyjęto zapatrywanie, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177 z późn. zm.), - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający w ogóle nie dokonał badania skuteczności przedmiotowego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 29 maja 2020 r., a także zastrzeżonych spornych dokumentów (Wykaz osób, opinie bankowe z dnia 13 maja 2020 r. i z dnia 12 października 2020 r., polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z dnia 26 marca 2020 r. wraz z dowodami opłacenia składek).

Wymaga podkreślenia, że jedną z zasad postępowania o udzielenie zamówienia jest jego jawność wyrażona w art.8 ust.1 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 8 ust.2 ustawy Pzp zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Taki przypadek został określony w art.8 ust.3 ustawy Pzp zgodnie z którym, 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 otwarcie ofert ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.

Natomiast, w myśl przepisu art.11 ust.2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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, zwanej dalej ustawą o znk.

W związku z powyższym Zamawiający jest zobowiązany do oceny treści powyższego zastrzeżenia wraz z oceną informacji zawartych w powyższych zastrzeżonych dokumentach pod kątem spełniania przez informacje w nich zawarte przesłanek określonych w przepisie powołanego wyżej art.11 ust.2 ustawy o znk, która to ocena zostanie wyrażona w sposób trwały umożliwiający weryfikację motywacji Zamawiającego.

Jednocześnie, dokonując badania skuteczności dokonanego przez Przystępującego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający weźmie pod uwagę treść wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 października 2020 r., sygn. akt KIO 1615/20, KIO 1660/20, KIO 1687/20, KIO 1688/20 w zakresie oceny skuteczności zastrzeżenia wykazu osób przez Przystępującego.

Nadto, Zamawiający zastosuje się również do wniosków płynących z wydanych wyroków Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1384/14, wyroku z dnia 2 października 2019 r., sygn. akt KIO 1791/19, KIO 1807/19, wyroku z dnia 6 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2138/19, wyroku z dnia 14 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2189/19, wyroku z dnia 10 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2376/19, a także z wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 13 listopada 2014 r. sygn. akt V Ca 2953/14 w zakresie dotyczącym skuteczności zastrzeżenia wykazu osób.

Odnośnie informacji pochodzących z banku Zamawiający powinien uwzględnić okoliczność, że sporne dokumenty wystawione przez bank nie zawierały wskazania konkretnych kwot obrotów, a także stanowisko przedstawione w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 24 czerwca 2019 r., sygn. akt KIO 1034/19.

Podobnie, Zamawiający weźmie pod uwagę treść wynikającą z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 6 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 102/17, KIO 110/17 w zakresie odnoszącym się do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów ubezpieczeniowych.

Z tych wszystkich przyczyn Izba uznała zaniechanie Zamawiającego za naruszające przepis art.8 ust.3 w związku z art.7 ust.1 ustawy Pzp.

W części dotyczącej zarzutu nr 3 - zaniechania wezwania Asseco i Conduent do wyjaśnień w trybie art.24 ust.10 ustawy Pzp, celem umożliwienia tym wykonawcom wykazania, że ich udział w przygotowaniu postępowania nie zakłócił konkurencji, Izba uznała go za trafny.

Dowody przedstawione przez Odwołującego w postaci zrzutu z ekranu ze strony internetowej oraz wyciągu z protokołu z dialogu technicznego potwierdzają udział tych podmiotów w dialogu technicznym u Zamawiającego.

W związku z faktem nie zadeklarowania przez tych wykonawców udziału w tym dialogu technicznym w JEDZ, a wobec tego z wystąpieniem potencjalnej możliwości zakłócenia konkurencyjności przedmiotowego zamówienia zasadnym było skorzystanie przez Zamawiającego z dyspozycji przepisu art.24 ust.10 ustawy Pzp, który stanowi, że w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 19, przed wykluczeniem wykonawcy, zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Zamawiający wskazuje w protokole sposób zapewnienia konkurencji.

Dopiero wyczerpanie powyższego trybu postępowania skutkującego nieudowodnieniem przez wykonawców, że ich udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji Zamawiający może uruchomić przepis art.24 ust.1 pkt 19 ustawy Pzp, w myśl którego z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania wezwania Asseco i Conduent do wyjaśnień w trybie art.90 ust.1 ustawy Pzp w zakresie istotnych części składowych ceny zawartych w tabeli w pkt 6 tabeli cenowej tych wykonawców.

Izba ustaliła, że wartości cen w pkt. 6.1.2. i 6.2.2. tabeli cenowej Asseco oraz w pkt. 6.1.3., 6.1.4. i 6.2.4. tabeli cenowej Conduent, stanowiących istotne części składowe ceny głównej są niższe o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 90 ust.1 cyt. wyżej ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wycenienia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

1a. W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Izba ustaliła, że Zamawiający na zasadzie wskazanej w powołanych wyżej przepisach takiego postępowania wyjaśniającego rażąco niską cenę nie przeprowadził.

W ocenie Izby powyższe rozbieżności cenowe powinny wzbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny w powyższych pozycjach cenowych Asseco i Conduent, a zatem powinien on przeprowadzić postępowanie w trybie przepisu art. 90 ust. 1 i ust. 1a ustawy Pzp wyjaśniającego możliwość wystąpienia rażąco niskiej ceny w tych spornych pozycjach.

Powyższa procedura ma na celu udowodnienie, że wykonawcy ci zaoferowali cenę realną, gwarantującą należyte wykonanie przedmiotu zamówienia.

Według zapatrywania Izby nie potwierdziły się również zarzuty nr 2, nr 5 i nr 6 jako, że zarzuty te zostały zgłoszone przedwcześnie w warunkach, gdy Zamawiający nie dokonał uprzednio prawidłowego badania i w konsekwencji oceny oferty Przystępującego w zakresie spełnienia spornego warunku SIWZ.

W odniesieniu do zarzutów nr 7, nr 8 Izba za podstawę ustaleń faktycznych wzięła pod uwagę dwa oświadczenia Przystępującego – z poz. 3 wykazu dostaw i referencji Górnośląsko-Zagłębiowskiej Metropolii, które zostały wskazane w części uzasadnienia do sprawy o sygn. akt KIO 3118/20.

Według zapatrywania Izby – na tle powyższych oświadczeń powstają wątpliwości dotyczące spełniania przez Przystępującego opisanego w pkt. V.2.3) lit. a) SIWZ warunku udziału w postępowaniu, które powinien również dostrzec sam Zamawiający.

Przed wszystkim Izba analizując pojęcie Projektu lub sumy Projektów stanowiących referencyjne dostawy uznała, że wykonawcy byli zobowiązani wykazać się wykonaniem żądanych funkcjonalności, tj. system kontocentryczny, system operatora płatności, system billingowy, realizację funkcjonalności billingowych, dla co najmniej 300 000 kont pasażerskich nazwanych, w których miały miejsce transakcje w przeciągu pełnego roku (12 miesięcy następujących po sobie), realizację funkcjonalności billingowych, dla co najmniej 28 000 000 transakcji zrealizowanych w przeciągu pełnego roku (12 miesięcy następujących po sobie) dotyczących usług transportowych, między innymi w modelu jednorazowych biletów, instalację co najmniej 500 walidatorów w pojazdach lub na obiektach PTZ z obsługą nośników NFC lub EMV, aplikację organizatora transportu umożliwiającą monitorowanie systemowe infrastruktury PTZ, aplikację mobilną (na smartfony i tablety) umożliwiającą zaplanowanie i zakup usług związanych z publicznym transportem zbiorowym.

Natomiast, z powyższego poświadczenia Górnośląsko-Zagłębiowskiej Metropolii wynika, że Asseco Data Systems S.A. z siedzibą w Gdyni, w okresie od 20.11.2018 do 20.02.2020, wykonał z należytą starannością zamówienie na rozbudowę Systemu Śląskiej Karty Usług Publicznych poprzez wprowadzenie systemu Śląskiej Karty Usług Publicznych (ŚKUP) w komunikacji organizowanej przez MZK Tychy.

Ponadto, wystawca referencji stwierdził, że Asseco Data Systems od roku 2017 wykonuje z należytą starannością jako podwykonawca Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie (członka konsorcjum Asseco Poland SA i mBank SA), tj. rozwija, modyfikuje, serwisuje, utrzymuje i świadczy usługi wsparcia eksperckiego dla Systemu Śląskiej Karty Usług Publicznych oraz Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej, w tym w zakresie Systemu ŚKUP.

Z treści tej referencji wynika zatem, że prace referencyjne były realizowane na podstawie umowy 39/2018 na

rozszerzenie systemu ŚKUP na pojazdy MZK Tychy, podczas gdy dalej Górnośląsko-Zagłębiowska Metropolia powołuje bliżej nieokreślone prace dla systemu ŚKUP (brak wskazania stron umowy) realizowane od 2017 r.

Z zestawienia powyższych informacji trudno wywnioskować czy w ramach wykonywanego od 2017 r. projektu modyfikującego system ŚKUP Przystępujący wykonał powyższe referencyjne funkcjonalności.

Istotne jest bowiem dla oceny spełniania przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. V.2.3) lit a) SIWZ ustalenie jakie wymagane treścią SIWZ powyższe funkcjonalności zostały osiągnięte w ramach systemu MZK Tychy.

Za niedopuszczalne Izba uznała takie rozumienie SIWZ, które dawałoby możliwość zaliczenia w poczet doświadczenia (zdolności zawodowej) Przystępującego zbudowanie systemu ŚKUP, w których ten nie był stroną umowy lub jest formalnym podwykonawcą.

W przekonaniu Izby - w ramach takiej umowy doświadczenie (zdolność zawodowa) musi być osiągnięte poprzez bezpośredni udział tej strony umowy w wykonaniu zobowiązania.

Jeżeli zatem Przystępujący nie był stroną umowy z dnia 9 stycznia 2012 r. lub podwykonawcą i nie wykonał systemu ŚKUP w zakresie spornych funkcjonalności, to obecnie nie może skorzystać z dobrodziejstwa dołączenia tego wcześniejszego projektu do tego realizowanego od 2017 r. projektu rozbudowującego istniejący już system dla MZK Tychy.

W kontekście powyższego wymaga wskazania, że powyższe projekty nie podlegają zsumowaniu, jako, że były realizowane przez zupełnie inne podmioty.

Zaprezentowane stanowisko Izby potwierdziła również odpowiedź pełnomocnika Zamawiającego na pytanie członka Składu Orzekającego, gdzie ten wyjaśnił, że przyjął, iż warunek spełnia modyfikacja dokonana przez Asseco Data Systems 2018-2020.

W przekonaniu Izby - istotna jest również okoliczność przyznania przez pełnomocnika Przystępującego, że jeśli chodzi o system ŚKUP to on został wbudowany przez innego wykonawcę Asseco Poland.

Powyższego poglądu Izby nie zmieniają przedłożone przez Zamawiającego i Przystępującego dowody, które jedynie mogą potwierdzać, że określonej treści oświadczenia wiedzy i woli zostały złożone, jednak nie mają one wpływu na ocenę zaniechania Zamawiającego przeprowadzenia procedury w trybie przepisu art.26 ust.3 ustawy Pzp wyjaśniającej powyższe sprzeczności pomiędzy oświadczeniami Przystępującego z wykazu i z referencji.

Mając powyższe wskazania na uwadze Zamawiający będzie zobowiązany do zastosowania przepisu art.26 ust.3 ustawy Pzp, który stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W zakresie zarzutu nr 9 dotyczącego włoskiego dokumentu KRK należy wskazać iż we włoskim porządku prawnym wydawany jest dokument urzędowy ekwiwalentny do informacji z Krajowego Rejestru Karnego obowiązującej w polskim porządku prawnym, a wobec tego zbędne jest oświadczenie złożone przed notariuszem.

Powyższą materię reguluje przepis § 7 ust.1 pkt 1) rozporządzenie Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. , tj. z dnia 29 czerwca 2020 r. , który stanowi, że jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w składa informację z odpowiedniego rejestru albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dotyczy informacja albo dokument, w zakresie określonym w i 21 oraz ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy.

Natomiast stosownie do ust.3 cyt. wyżej przepisu jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument dotyczy, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, zastępuje się je dokumentem zawierającym odpowiednio oświadczenie wykonawcy, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji, lub oświadczenie osoby, której dokument miał dotyczyć, złożone przed notariuszem lub przed organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania wykonawcy lub miejsce zamieszkania tej osoby. Przepis ust. 2 stosuje się.

Przedstawiony przez Odwołującego wywód prawny wskazuje jedynie na istniejące różnice w porządkach prawnych Republiki włoskiej i RP w zakresie rejestracji czynów karalnych, które rodzą określone wątpliwości prawne wskazujące na

konieczność dodatkowego żądania przez Zamawiającego od Przystępującego dokumentu zawierającego odpowiednio oświadczenie wykonawcy, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji, lub oświadczenie osoby, której dokument miał dotyczyć, złożone przed notariuszem.

Izba nie podziela takiego zapatrywania uznając, że istniejące Rejestr Karny Ministra Sprawiedliwości Republiki Włoskiej i Rejestr Republiki Florencji stanowią odpowiednie rejestry w rozumieniu przepisu § 7 ust.1 pkt 1) rozporządzenia Ministra Rozwoju i nie dają podstawy do zastąpienia ich przez odpowiednie zaświadczenie złożone przed notariuszem.

Powyższe stanowisko Izby wzmacnia pogląd Składu Orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej wyrażony w wyroku z dnia 27 września 2011 r. sygn. akt: KIO 1979/11, gdzie stwierdzono, że „...zasadną jest konstatacja, iż we włoskim porządku prawnym wydawany jest dokument urzędowy stanowiący odpowiednik polskiej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy.”.

Wobec powyższego Izba nie uznała za właściwe skierowanie do Przystępującego wezwania w trybie art.26 ust.3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu w postaci zaświadczenia złożonego przez notariuszem o braku karalności.

KIO 3118/20

KIO 3119/20

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła oba odwołania uwzględnić.

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

Przewodniczący:.....

.....

.....