Sygn. akt: KIO 794/22

KIO 795/22

WYROK

z dnia 13 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik
Piotr Kozłowski
Emil Kuriata

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie 8 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 21 marca 2022 roku przez:

1) Pentacomp Systemy Informatyczne spółkę akcyjną z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 794/22),

2) Asseco Poland spójkę akcyjną z siedzibą w Rzeszowie (sygn. akt KIO 795/22),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Główny

Inspektorat Transportu Drogowego z siedzibą w Warszawie, przy udziale:

1) wykonawcy Asseco Poland spójki akcyjnej z siedzibą w Rzeszowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 794/22 po stronie Zamawiającego,

2) wykonawcy Pentacomp Systemy Informatyczne spółki akcyjnej z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 795/22 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

sygn. akt KIO 794/22

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutów wskazanych w pkt I.5 petitum odwołania dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt a) w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp oraz w punkcie I.6 petitum odwołania dotyczącego naruszenia art.

226 ust. 1 pkt 2 ppkt a) w związku z art. 109 ust.1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp wobec ich wycofania.

2. Oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą.

sygn. akt KIO 795/22

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą.

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

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 794/22

KIO 795/22

UZASADNIENIE

Skarb Państwa - Główny Inspektorat Transportu Drogowego z siedzibą w Warszawie, (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Budowę, utrzymanie i rozwój Systemu Teleinformatycznego Centralnej Ewidencji Naruszeń 2.0", numer sprawy BDG.ZPB.230.76.2020.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 1 grudnia 2021 r. pod numerem 2021/S 233-613965.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), dalej jako „ustawa Pzp".

sygn. akt KIO 794/22

W postępowaniu tym wykonawca Pentacomp Systemy Informatyczne spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący Pentacomp") 21 marca 2022 roku złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

1) zaniechania odtajnienia części oferty złożonej przez Asseco w zakresie:

a) pkt 9 tiret pierwszy, formularza ofertowego (w zakresie nazw podwykonawców);

b) wykazu doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia (w zakresie imienia i nazwiska osób, nazwa projektu zakończonego wdrożeniem produkcyjnym oprogramowania oraz podmiot, dla którego był wykonywany);

c) wykazu wykonanych usług (w zakresie nazwy i adresu podmiotu na rzecz, którego zamówienie było realizowane, nazwa projektu, dat realizacji zamówienia wraz z dowodami, że usługi te zostały wykonane należycie);

d) wykazu doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia (w zakresie imienia i nazwiska, nazwy projektu oraz podmiotu, dla którego był wykonywany);

e) dokumentów Podmiotu użyczającego zasoby (Podwykonawcy) Asseco tj.:

i. informacja z Krajowego Rejestru Karnego;

ii. zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego;

iii. zaświadczenie właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych;

iv. odpis z Krajowego Rejestru Sądowego;

v. oświadczenie Podmiotu o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu JEDZ;

vi. Pełnomocnictwo Podmiotu;

f) danych Podmiotu użyczającego zasoby (Podwykonawcy) Wykonawcy wymienione w pkt 9 tiret pierwszy, formularza ofertowego wraz z dokumentami tego Podmiotu tj.:

i. Zobowiązanie Podmiotu do oddania zasobów do dyspozycji Wykonawcy;

ii. Oświadczenie JEDZ/ESPD Podmiotu oddającego zasoby do dyspozycji Wykonawcy;

iii. Inne dokumenty Podmiotu oddającego zasoby do dyspozycji Wykonawcy;

g) załączników do Koncepcji rozwiązania, tj.: 4a_ Koncepcja rozwiązania, 4b_ Dane gromadzone w systemie;

h) klauzul poufności w umowach z pracownikami i osobami współpracującymi stanowiące załącznik numer 1 do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa Asseco;

1) załączników 12a do Uzasadnienie objęcia oferty tajemnicą przedsiębiorstwa - tajemnica przedsiębiorstwa zawarta na stronach 1-4;

które to dokumenty w rzeczywistości nie zawierają, zdaniem Odwołującego Pentacomp, informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z

dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913,

dalej: „uznk”), zaś Asseco nie wykazało przesłanek koniecznych dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i informacje te winny podlegać odtajnieniu,

co stanowi naruszenie art. 16 ust. 1 i 2 w zw. art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 11 ust. 2 uznk;

2) niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu Pentacomp zapoznania się z całością oferty Asseco, która powinna podlegać odtajnieniu w całości,

co stanowi naruszenie art. 16 ust. 1 i 2 w zw. art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 11 ust. 2 uznk;

3) błędnego przyznania 5 punktów w kryterium Koncepcja rozwiązania Odwołującemu Pentacomp, podczas gdy opracowana przez Odwołującego Pentacomp Koncepcja rozwiązania spełnia wszelkie wymagania Zamawiającego określone w części II SWZ w punkcie B ppkt 8.4 (tabela punkt 4) tj. koncepcja rozwiązania wykazuje bardzo dobre zrozumienie celów projektu i jego specyfiki, zawiera nowatorskie, dostosowane

specyficznie do projektu istotne propozycje mogące podnieść prawdopodobieństwo należytego zrealizowania projektu, w związku z tym faktem winna otrzymać 22 pkt zamiast 5 pkt,

co stanowi naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp;

4) wyboru oferty wykonawcy Asseco jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, podczas gdy oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu,

co stanowi naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp;

5) zaniechania odrzucenia oferty Asseco, podczas gdy oferta Asseco winna zostać odrzucona z powodu podlegania wykluczeniu przez Asseco, z powodu podania informacji wprowadzających w błąd, że Asseco spełnia warunki udziału w postępowaniu, a usługa pn. „Budowa i wdrożenie Podkarpackiego Systemu

Informacji Medycznej" - znak sprawy OR-IV.272.1.75.2012 dotyczy utrzymania systemu, o czym mowa w części II SWZ lit A ust. 1.4. ppkt 2, gdyż w rzeczywistości nie dotyczyła ona utrzymania systemu,

co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp

6) zaniechania odrzucenia oferty Asseco, podczas gdy oferta Asseco winna zostać odrzucona z powodu podlegania wykluczeniu przez Asseco, z powodu podania informacji wprowadzających w błąd, że Asseco spełnia warunki udziału w postępowaniu, a usługa pn. „Dolnośląskie e-Zdrowie etap 2 - Elektroniczna Dokumentacja Medyczna" nie zakończyła się w dniu 30 września 2017 r., tylko najpóźniej mogła zakończyć się w dniu 27 kwietnia 2016 r. i miała odmienny zakres,

co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp

W związku z powyższymi zarzutami, Odwołujący Pentacomp wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Asseco,

2) odtajnienie wskazanych w punkcie I.1 odwołania, dokumentów Asseco i przekazanie ich Odwołującemu Pentacomp,

3) dokonanie ponownego badania i oceny ofert w Postępowaniu,

4) odrzucenie oferty Asseco,

5) dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty Odwołującego.

Odwołujący Pentacomp wskazał, że nie jest w stanie podnieść zarzutów dotyczących części oferty Asseco zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa i nieodtajnionej przez Zamawiającego. Odwołujący Pentacomp podkreślił, że podnoszenie zarzutów dotyczących nieodtajnionych dokumentów byłoby w obecnej chwili przedwczesne. W przypadku uwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą zarzutów dotyczących nieprawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Asseco, Odwołujący Pentacomp zastrzegł możliwość podniesienia kolejnych zarzutów względem odtajnionej części oferty Asseco.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący Pentacomp wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący Pentacomp wskazał, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący Pentacomp wskazał, że zaniechanie Zamawiającego objęte odwołaniem może uniemożliwić mu uzyskanie zamówienia. Odwołujący Pentacomp argumentował, iż w wyniku ww. zaniechania przez Zamawiającego podjęcia czynności wymaganych przepisami Prawa zamówień publicznych może ponieść szkodę, polegającą na zaniechaniu wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Odwołujący Pentacomp wyjaśnił, że ze względu na złożenie oferty jest uczestnikiem postępowania, przez co powinien być uprawniony do zapoznania się

z treścią ofert konkurencyjnych, w szczególności z tymi elementami tych ofert, które mają wpływ na ich ocenę zgodnie z ustalonymi przez Zamawiającego kryteriami oceny ofert. Informacje zawarte w części oferty zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Asseco mogą zawierać nieprawidłowości, które mogłyby stanowić podstawę do odrzucenia oferty Asseco. Ponadto przyznanie zbyt małej liczby punktów Odwołującemu Pentacomp za Koncepcję rozwiązania, uniemożliwiło mu uzyskanie zamówienia, wskutek czego może ponieść realną szkodę, gdyż jego oferta nie została uznana za ofertę najkorzystniejszą w Postępowaniu.

Ad pkt I.1 i 2 zarzut zaniechania odtajnienia części oferty złożonej przez Asseco oraz uniemożliwienie Odwołującemu zapoznanie się z całością oferty Asseco.

Odwołujący Pentacomp wskazał, że Zamawiający 7 lutego 2022 r. dokonał otwarcia ofert. Tego samego dnia Odwołujący Pentacomp zwrócił się o przesłanie ofert wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu. Następnie w dniu 11 lutego 2022 r. Odwołujący Pentacomp wniósł do Zamawiającego, że w przypadku zakończenia przez Zamawiającego procesu badania skuteczności utajnienia informacji przez Asseco i podjęcia decyzji w przedmiocie ich odtajnienia przed terminem wyboru oferty najkorzystniejszej o niezwłoczne przesłanie odtajnionych części oferty. Do dnia dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający nie poinformował Odwołującego Pentacomp o zakończeniu badania skuteczności utajnienia informacji przez Asseco.

Zdaniem Odwołującego Pentacomp, nieodtajnienie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Asseco objętych niniejszym odwołaniem narusza zasady prawa zamówień publicznych sformułowane w art. 16 ustawy Pzp, stanowiące, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób przejrzysty, zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Brak odtajnienia przez Zamawiającego części oferty Asseco zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa, w sposób rażący narusza powyższe zasady.

Odwołujący Pentacomp wskazał, że naczelną zasadą postępowania o udzielenie zamówienia jest jego jawność. Ustawodawca jedynie w wyjątkowych sytuacjach zezwala na utajnienie ofert wykonawców. Zgodnie z zasadą jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający winien udostępnić Odwołującemu do wglądu dokumenty, których ujawnienia Odwołujący żąda w niniejszym odwołaniu. Bezpodstawne utrudnienie dostępu do informacji w Postępowaniu nie pozwala na urzeczywistnienie zasad jawności, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Powyższe stanowisko Odwołującego, potwierdza również orzecznictwo KIO, Odwołujący Pentacomp wskazał na wyrok z dnia 28 czerwca 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1633/21.

Odwołujący Pentacomp podkreślił, że na Zamawiającym spoczywa obowiązek rzetelnej oceny zastrzeżonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, czego w ocenie Odwołującego Pentacomp Zamawiający nie dokonał. Gdyby Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, pod kątem spełniania wszystkich przesłanek pozwalających na skuteczne zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, bez wątpienia podzieliłby stanowisko Odwołującego Pentacomp i odtajniłby w całości ofertę Asseco.

Odwołujący Pentacomp wskazał, że w przypadku gdy dany wykonawca chce skorzystać z możliwości zastrzeżenia części oferty, jako tajemnica przedsiębiorstwa zobowiązany jest on do wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W celu wykazania skuteczności zastrzeżenia danych informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać łącznie wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk - przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Jak wskazał odwołujący Pentacomp powyższe znajduje potwierdzenie w orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. w sprawie o sygn. akt I CKN 304/00. Odwołujący Pentacomp podkreślił, że aktualne brzmienie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp nie pozostawia wątpliwości, że ciężar dowodu w powyższym zakresie leży wyłącznie na wykonawcy, który winien bez wezwania udowodnić Zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 18 ust. 3 ustawy Pzp ochrony, co aktualizuje po stronie

Zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Odwołujący Pentacomp wskazał na stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 28 czerwca 2021 r. w

sprawie o sygn. akt KIO 1633/21.

Odwołujący Pentacomp wskazał, że przedstawione przez Asseco uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa jest lakoniczne, a załączone dokumenty do niego, nie pozwalają na uznanie, że Asseco wykazało skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Asseco przedstawiło jedynie ogólne, możliwe do sporządzenia w zasadzie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia i przez każdego wykonawcę, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący Pentacomp wskazał na stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 20 lipca 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1530/21)

Wykazy osób

Odwołujący Pentacomp podniósł, że Asseco podało lakoniczne uzasadnienie indywidualnego charakteru organizacyjnego i wartości gospodarczej wykazów osób na potrzeby spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz oceny kryteriów oceny ofert.

Całość uzasadnienia Asseco w powyższym zakresie dotyczy tak naprawdę jedynie faktu, że Asseco musi chronić te informacje w celu uniemożliwienia „podkupienia" jej pracowników przez pozostałych wykonawców. W celu próby potwierdzenia możliwości zaistnienia takiej sytuacji, Asseco oświadczyło, że miało miejsce podkupienie jej pracowników przez innego wykonawcę.

W pierwszej kolejności Odwołujący Pentacomp zwrócił uwagę w jaki sposób Asseco traktuje informacje o swoich pracownikach w ramach całości swoich działań na rynku IT. Asseco podkreśla w swoim uzasadnieniu jak istotne są informacje o jej pracownikach i w jak rzekomo kompleksowy sposób chroni te informacje.

Zdaniem Odwołującego Pentacomp nie jest to prawda, a zastrzeżenie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa w niniejszym postępowaniu ma za zadanie jedynie uniemożliwić konkurencji weryfikację prawidłowości informacji wskazanych w utajnionej części oferty Asseco.

Skoro Asseco obawia się utraty swoich pracowników, to w ocenie Odwołującego Pentacomp informacje o jej pracownikach winny być zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa w każdym postępowaniu. Jednakże Asseco zastrzega te informacje w sposób niekompletny - na przykład w postępowaniu pn.: Rozwój systemu pansautm do nowej wersji oraz usługa wsparcia technicznego" prowadzonym przez Polską Agencję Żeglugi Powietrznej, Asseco nie zastrzegło żadnego dokumentu jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący Pentacomp podkreślił należy, że w ww. postępowaniu Asseco przedłożyło nie tylko wykaz osób na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, ale również na potrzeby oceny kryterium oceny ofert. Odwołujący Pentacomp porównał zakresy obu postępowań i wynika z niego jasno, że doświadczenie potrzebne na stanowisku Senior Developer oraz Kierownik Projektu jest porównywalne z wymaganiami Zamawiającego w Postępowaniu na stanowiskach Główny Programista/Programista i Koordynator

Powyższa okoliczność potwierdza dwie kwestie: Asseco wybiórczo stosuje zastrzeganie tajemnicy przedsiębiorstwa i służy to jedynie uniemożliwieniu weryfikacji informacji przez konkurencję. Po drugie nie obowiązuje w Asseco system ochrony informacji (na potrzeby przygotowywania ofert w postępowaniach o zamówienia publiczne), który w pełni chroni te dane - skoro w innych postępowaniach ujawnia informacje o swoich pracownikach oraz podwykonawcach. Przedmiotowe stanowisko potwierdza również jakość przedstawionych „dowodów" do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, która nie pozwala na stwierdzenie, że Asseco posiada odpowiednie procedury zachowania informacji w poufności.

Odwołujący Pentacomp zwrócił również uwagę, że Asseco nie wykazało jakoby miało dojść do przejęcia jego pracowników na rzecz konkurencji, co stoi w sprzeczności z obowiązkiem wykazania tych okoliczności przez wykonawcę. Odwołujący Pentacomp powołał się na stanowisko Izby wyrażone w wyroku KIO z dnia 2 października 2019 r. w sprawach o sygn. akt KIO 1791/19 i KIO 1807/19.

Ponadto w przypadku obawy Asseco przed podkupieniem jego pracowników (lub jego podwykonawcy), Asseco powinno zadbać o odpowiednie dokumenty w tym zakresie, które uniemożliwią przejście tych osób do konkurencji w celu realizacji przedmiotu zamówienia. Odwołujący Pentacomp wskazał na stanowisko Izby wyrażone w wyroku KIO z dnia 12 stycznia 2015 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2784/12 oraz w wyroku KIO z 23 listopada 2018

r. w sprawie o sygn. akt KIO 2295/18.

Dane o podwykonawcy wraz z jego dokumentami

Odwołujący Pentacomp wyjaśnił, że Asseco zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje o podmiocie trzecim, na którego zasobach polega w Postępowaniu wraz ze wszystkimi jego dokumentami. Ponownie całość uzasadnienia w tym zakresie jest ogólnikowa i nie pozwala na stwierdzenie, że Asseco wykazało wartość gospodarczą zastrzeganych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący Pentacomp wskazał, że informacje o podwykonawcach w ogóle nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie ma możliwości zastrzegania informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, które po zakończeniu postępowania będą możliwe do uzyskania w drodze dostępu do informacji publicznej. Informacja o podwykonawcach Asseco będzie stanowić informację publiczną i każdy będzie mógł zapoznać się z tymi informacjami. Odwołujący Pentacomp nie widzi zatem możliwości zastrzegania tego typu informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazał na stanowisko Izby zawarte w postanowieniu KIO z dnia 23 grudnia 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2521/19 oraz w wyroku KIO z dnia 7 listopada 2019 w sprawie o sygn. akt KIO 2222/18.

Wykazując wartość gospodarczą Asseco ponownie powołało się na możliwość podkupienia podwykonawcy lub jego pracowników. Jeśli w rzeczywistości Asseco obawia się możliwości podkupienia podwykonawcy lub jego personelu, to powinno o to zadbać przed złożeniem oferty w Postępowaniu, poprzez zwarcia odpowiednich umów z tym podmiotem. Skoro informacja o podwykonawcy zostanie upubliczniona po zakończeniu Postępowania, to ryzyko podkupienia podwykonawcy lub jego pracowników w dalszym ciągu pozostanie taka sama (choćby na potrzeby innych postępowań). Tym samym utajnianie tej informacji jest pozbawione jakiejkolwiek logiki i służy jedynie utrudnieniu konkurencji weryfikacji poprawności złożonej oferty przez Asseco.

W związku z powyższym Odwołujący Pentacomp jest zdania, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy i nieuprawniony uznał informacje o podwykonawcy wraz z jego dokumentami, jako informacje skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący Pentacomp podniósł, że przedstawione przez Asseco dowody nie potwierdzają, że podjęto w stosunku do zastrzeżonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, niezbędne działania w celu zachowania poufności. W związku z powyższym nie została spełniona przesłanka niezbędna do uznania, że informacje zastrzeżonej przez Asseco jako tajemnica przedsiębiorstwa, stanowią w rzeczywistości tajemnicę przedsiębiorstwa.

Asseco w uzasadnieniu wskazała na następujące „dowody":

1. klauzule poufności w umowach z pracownikami i osobami współpracującymi

2. Certyfikowany System Zarządzania ISO/IEC 27001:2013 (Załącznik nr 2),

3. Certyfikowany System Zarządzania ISO 22301:2012 (Załącznik nr 3),

4. zasada wiedzy uzasadnionej - dostęp do informacji jest nadzorowany i udzielany tylko i wyłącznie na potrzeby realizacji obowiązków służbowych.

W ocenie Odwołującego Pentacomp Asseco nie sprostało udowodnieniu, że w rzeczywistości podejmuje niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Odwołujący Pentacomp podniósł, że klauzule poufności wskazane przez Asseco w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa są jedynie wzorami, które rzekomo Asseco stosuje w swoich umowach. Jednakże Asseco nie wykazało w żaden sposób, że osoby wskazane w wykazach osób faktycznie je podpisały. Odwołujący Pentacomp zwraca uwagę, że to Asseco winno wykazać, że osoby wskazane w wykazach osób, podpisały umowy zawierające przedmiotowe klauzule poufności. Brak takiego wykazania powoduje, że treść tych klauzul i fakt ich stosowania pozostaje jedynie jednostronnym oświadczeniem Asseco.

Odwołujący Pentacomp wskazał, że ww. klauzule zostały również utajnione w sposób niezgodny z ustawą Pzp, gdyż Asseco nie przedstawiło żadnego merytorycznego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa treści tych klauzul. Niewątpliwie zatem Zamawiający winien je odtajnić.

Ponadto dowody w postaci certyfikatów ISO nie mogą stanowić dowodu działania

Asseco mającego na celu ochronę informacji poufnych. W treści uzasadnienia nie ma żadnej wzmianki o tym w jaki sposób procedury ISO miałyby chronić informacje wskazane w ofercie. Podkreślić należy, że przedstawiane dowody w ramach uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa winny bezwzględnie dotyczyć informacji, które dany wykonawca zamierza chronić, a nie powoływać się na ogólnikowe procedury lub dokumenty.

Odwołujący Pentacomp wskazał, że takie stanowisko prezentuje również KIO i powołał się na wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2972/20.

Ostatni z „dowodów" tj. zasada wiedzy uzasadnionej - pozostaje jedynie oświadczeniem Asseco, pozbawionym jakichkolwiek walorów merytorycznych.

Koncepcja rozwiązania wraz z załącznikami

Odwołujący Pentacomp wskazał, że przedstawione w odwołaniu argumenty w sposób jednoznaczny potwierdzają, że Asseco nie dopełniło wszystkich przesłanek pozwalających na uznanie, że skutecznie zastrzegło część oferty jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do kwestii związanej ze złożoną przez Asseco Koncepcją rozwiązania, Odwołujący Pentacomp, że poza brakiem wykazania podjęcia niezbędnych działań mających na celu zachowaniu poufności Koncepcji rozwiązania, to Asseco nie wykazało również wartości gospodarczej Koncepcji rozwiązania.

Odwołujący Pentacomp wskazał, że koncepcja nie stanowi przedmiotu zamówienia. Przygotowanie koncepcji ma jedynie za zadanie wykazać zrozumienie pracy inspektora drogowego i nic więcej. Koncepcja rozwiązania nie będzie stanowić podstawy do realizacji całości przedmiotu zamówienia. W związku z tym faktem Asseco w swoim lakonicznym uzasadnieniu nie wykazało jaką wartość gospodarczą posiada dla niego Koncepcja rozwiązania.

Ponadto wbrew twierdzeniom Asseco, Koncepcja rozwiązania nie zawiera żadnych innowacyjnych rozwiązań, autorskich pomysłów, które mogłyby ewentualnie posiadać jakąkolwiek wartość gospodarczą. Potwierdza to fakt, że Asseco otrzymało jedynie 6,43 punktów za Koncepcję rozwiązania. Oznacza to, że Koncepcja rozwiązania pokazuje dostateczne zrozumienie celów projektu i jego specyfiki, lecz nie wnosi istotnych propozycji

mogących przynieść wartość dodaną w zakresie realizacji projektu (zgodnie z

uzasadnieniem przyznania punktacji w punkcie B ppkt 8.4, tabela punkt 2 SWZ).

Koncepcja rozwiązania nie może mieć znaczenia poza tym Postępowaniem, gdyż odnosi się do potrzeb konkretnego Zamawiającego, który opracował własne, szczegółowe założenia, z którymi powinny być weryfikowane koncepcje pod kątem ich spełnienia. Nie ma zatem możliwości skorzystania z Koncepcji rozwiązania w ramach innych postępowań, co prowadzi do wniosku, że pozycja Asseco na rynku nie pozostaje w żaden sposób zagrożona.

W związku z powyższym Asseco nie wykazało wartości gospodarczej jaką miałaby Koncepcja rozwiązania.

Przedstawiona argumentacja prowadzi do wniosku, że doszło do niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności polegającej na zaniechania odtajnienia części oferty złożonej przez Asseco w zakresie wskazanym w punkcie I.1 oraz uniemożliwieniu Odwołującemu zapoznania się z całością oferty Asseco, która powinna podlegać odtajnieniu w całości, co stanowi naruszenie art. 16 ust. 1 i 2 w zw. art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 11 ust. 2 uznk.

Wykaz usług

Odwołujący Pentacomp wskazał, że złożony przez Asseco wykaz usług również powinien zostać odtajniony. Asseco nie przedstawiło żadnej realnej wartości gospodarczej informacji w nim wskazanych. Nie przedstawiło w jaki sposób informacje te miałby realnie wpłynąć na pozycję spółki na rynku. Twierdzenia Asseco, że informacje zawarte w wykazie usług na „zdradziłyby" informacje o potencjale techniczny, organizacyjny itd., są pozbawione logiki. Skoro wymagania Zamawiającego w stosunku do wykonawców chcących wziąć udział w Postępowaniu są jawne, to wykonawcy składający oferty w Postępowaniu muszą je spełniać. Widać zatem jaki potencjał techniczny i technologiczny posiadają wykonawcy,

skoro mogą wziąć udział w Postępowaniu.

Odwołujący Pentacomp odwołał się do uzasadnienia Asseco, w którym wskazano, że:

Analogicznie, dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zawierają w swojej treści informacje o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym lub handlowym, które nie są ujęte w umowach.

Zdaniem Odwołującego Pentacomp treść referencji i zakres przekazanych informacji można ustalić w taki sposób, aby nie przekazać żadnych danych technicznych, które miałyby rzekomo narazić spółkę na stratę.

Odwołujący Pentacomp podkreślił jak niezbędne jest, aby konkurencja mogła zapoznać się z całością dokumentów Asseco, gdyż jak wynika z zarzutów 5 oraz 6 - Asseco podaje nieprawdziwe informacje w swoich wykazach. Odwołujący zapoznając się jedynie z odtajnioną częścią wykazu usług był w stanie zweryfikować aż dwie nieprawdziwe informacje.

Biorąc pod uwagę, że ostatnia z przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 uznk również nie została spełniona poprzez brak udowodnienia, że podjęto w stosunku do zastrzeżonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, niezbędne działania w celu zachowania poufności - to wykaz usług winien zostać ujawniony.

Ad I.3 i 4 Zarzut błędnego przyznania punktów Wykonawcy w kryterium Koncepcja rozwiązania oraz wybór oferty wykonawcy Asseco jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Odwołujący Pentacomp podniósł, że przygotowana przez niego Koncepcja rozwiązania (zwana dalej „Koncepcją") spełnia wszelkie wymagania Zamawiającego wskazane w punkcie w B ppkt 8.4, tabela punkt 4 SWZ, a Zamawiający dokonał nieprawidłowej analizy treści Koncepcji rozwiązania.

Przygotowana Koncepcja przez Odwołującego Pentacomp wykracza poza ramy przedstawionego przez Zamawiającego zadania.

W Koncepcji wskazano na jakiej podstawie odbywa się oddelegowanie inspektorów do zadań oraz w jaki sposób otrzymują oni informacje o miejscu przeprowadzeniu kontroli. Odwołujący wprowadził w Koncepcji ułatwienia dla inspektorów tak aby wykorzystać dane takie jak plan kontroli i powiadomienie o miejscu pracy do zautomatyzowania wypełniania danych kontroli i w konsekwencji - protokołu kontroli. Powyższe potwierdza bardzo dobre zrozumienie kontekstu pracy inspektorów oraz kontekstu organizacyjnego i biznesowego Zamawiającego oraz proponuje innowacyjne wykorzystanie danych wcześniej już zarejestrowanych.

Następnie Wykonawca opisał w Koncepcji innowacyjne i nowatorskie rozwiązanie, dzięki któremu użytkownik systemu będzie mógł wykonywać funkcje w przeglądarce internetowej mimo braku połączenia stacji roboczej z internetem (m.in. strona 3 Koncepcji, ostatni akapit). Koncepcja pokazuje, że brak połączenia z systemem centralnym (w szczególności brak połączenia internetowego) nie blokuje pracy inspektora. Jednocześnie Wykonawca wskazuje na pewne ograniczenia wbudowane w system, które są niezbędne dla zwiększenia jego bezpieczeństwa oraz zapobiegają nadużyciom. Należy do nich m.in. nieusuwalne ryzyko wystawienia mandatu/protokołu i pobrania kaucji na poczet kary administracyjnej przy użyciu końcówki klienckiej pracującej w trybie offline bez przekazania tej informacji do centrali - przy czym wymaga to zniszczenia komputera (a przynajmniej danych na dysku). Innym istotnym elementem zapewnienia bezpieczeństwa nieopisanym w SWZ, jest konieczności uwierzytelnienia użytkownika również w trybie off-line i ograniczenie maksymalnego czasu, w jakim możliwa jest praca użytkownika bez kontaktu z serwerem centralnym sytemu CEN.

Niewątpliwie powyższe informacje potwierdzają, że Wykonawca wykazał bardzo dobre zrozumienie celów projektu i jego specyfiki, a Koncepcja zawiera nowatorskie, dostosowane do specyfiki projektu istotne propozycje mogące podnieść prawdopodobieństwo należytego zrealizowania projektu.

Ponadto w Koncepcji Wykonawca przedstawił ułatwienie dla pracy inspektora, który

realizuje kilka kontroli drogowych w jednej lokalizacji (strona 4, akapit 1). Zaproponowane

rozwiązanie pozwoli ograniczyć zakres wprowadzonych informacji. Inspektor tylko raz zarejestruje miejsce wykonywania kontroli i nie będzie musiał tego powtarzać przy każdej kolejnej kontroli wykonywanej, w tym samym miejscu. Dodatkowo Wykonawca wskazuje, że

proces ten może być zautomatyzowany tzn. automatycznie zostaną wypełnione dane o lokalizacji oraz automatycznie nastąpi weryfikacja przez system CEN wpisanej lokalizacji na wypadek jej zmiany. Jednocześnie Wykonawca wyjaśnił w Koncepcji jak inspektor będzie mógł postąpić w przypadku braku internetu w momencie wprowadzania danych o miejscu kontroli, aby móc mimo to rejestrować informacje związane z procesem kontrolnym.

Kolejnym przejawem, że Wykonawca w Koncepcji wykazał się bardzo dobrą znajomością wymagań oraz celów stawianych przed systemem jest rozumienie potrzeby jak największej automatyzacji pracy inspektora podczas wprowadzania danych, co jednocześnie wpływa na podniesienie jakości danych w systemie. W Koncepcji (strona 4, akapit 2) wskazano na możliwość automatycznego pobierania danych o lokalizacji urządzenia, co ułatwi i przyspieszy kontrole.

W Koncepcji Wykonawca opisał również niezwykle istotne zagadnienie, które nie było wskazane w SWZ, a jest niezwykle ważne dla inspektorów. Odwołujący przy budowie nowego systemu pragnie zwrócić większą uwagę na dokumentowanie przebiegu i wyniku kontroli, a nie na bezpośrednie wypełnianie protokołu. W trakcie jednej kontroli może dojść do sytuacji, w której zakres kontroli i ujawnione naruszenia skutkować będą sporządzeniem więcej niż jednego protokołu. Zakres kontroli nie jest przez system ograniczany z góry i w każdym momencie kontroli Inspektor ma możliwość jego rozszerzenia.

Na stronie piątej (akapit 1) Koncepcji, Wykonawca ponownie wykazał się bardzo dobrą znajomością celu projektu, tj. wskazał na automatyczne wprowadzanie danych ale z możliwością korekty oraz znajomość atrybutów rejestrowanych podczas kontroli oraz konieczności i kolejności ich wprowadzania. W kolejnym akapicie Koncepcji opisana została automatyzacja ułatwiająca inspektorowi prace poprzez uruchomienie formularza wprowadzania danych w zakresie wskazanym przez jego plan na bieżący dzień, a także co się dzieje z danymi w przypadku rezygnacji z któregokolwiek zakresu kontroli. Powyższe propozycje poprawiają komfort pracy inspektora i skracają czas rejestrowania danych.

Formularze numer 2, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 zawarte w Koncepcji pokazują istotne dane/atrybuty wprowadzane przez inspektora podczas kontroli. Zaprojektowane formularze grupują je pod względem logicznym, biznesowym i procesowym na poszczególnych zakładkach formularza kontroli drogowej. Zagadnienia te nie są ujęte w SWZ i potwierdzają wprowadzenie nowatorskich rozwiązań przez Wykonawcę, a także podnoszą prawdopodobieństwo należytego wykonania projektu.

W Koncepcji (strona 7, pod rysunkiem nr 4) Wykonawca zaproponował wprowadzanie oczywistych danych o pojeździe zanim nawet kierowca przekaże odpowiedni komplet dokumentów. Na tej podstawie system może zacząć przeszukiwać referencyjne bazy danych. System automatycznie wyszukuje dane w bazach referencyjnych, dzięki czemu minimalizuje konieczność ręcznego wprowadzania danych a ponadto poprawia jakość danych. Koncepcja uszczegóławia sposób (dwukierunkowej) integracji z rejestrem CEPiK, co potwierdza bardzo dobrą znajomość zagadnienia i projektu. Warto zwrócić uwagę, że w dotychczasowym systemie, w trakcie wyszukiwania przez inspektora w rejestrze CEPiK blokowana była praca użytkownika w systemie. W Koncepcji Wykonawca zaproponował korzystne rozwiązanie, w ramach którego użytkownik będzie mógł w czasie wykonywania prac wykonywać inne czynności, skracając cały proces kontroli pojazdu.

Ponadto na stronie 8 Koncepcji wskazano na nowatorskie oraz ergonomiczne rozwiązania dotyczące pobierania danych z bazy ST CEN oraz aktualizacji danych systemu CEN2. Znajdują się tam informacje m.in. o tym, że w systemie mogą znajdować się nieaktualne dane o pojazdach, zmianach dowodu rejestracyjnego. Udowadnia to bezsprzecznie, że Wykonawca posiada bardzo dużą wiedzę na temat funkcjonowania systemu i wie jakie wyzwania na niego czekają w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Na tej samej stronie znajdują się niezwykle istotne informacje o przebiegu kolejnych etapów prowadzenia kontroli przez inspektora (od połowy strony 8) oraz proces automatyzacji wprowadzania danych kierowcy, co ponownie potwierdza bardzo dobre zrozumienie specyfiki projektu i zwiększa prawdopodobieństwo należytego wykonania projektu.

Wykonawca w przygotowanej Koncepcji (strona 9 pod rysunkiem oraz strona 10) zawarł również niezbędne informacje o bazach referencyjnych CEN oraz zaprezentował sposoby krzyżowego przeszukiwana baz i wykorzystania ich zawartości, co wprowadza element innowacyjny i jednocześnie potwierdza bardzo dobrą wiedzę Wykonawcy o przedmiocie zamówienia.

Na rysunku 7 na stronie 10 Koncepcji Wykonawca zaprezentował funkcję pozwalającą na kontekstową rejestrację naruszeń - tj. dodanie naruszenia automatycznie zawierającymi dane, podmiotu, który dopuścił się naruszenia. Wykonawca przygotowując Koncepcję przewidział dodatkowe ułatwienia dla pracy inspektora, które pozwolą mu na przyspieszenie pracy przy zapewnieniu dbałości o zachowanie kontroli nad spójnością

danych w systemie. Na stronie 12 pod rysunkiem, Wykonawca opisał sposób uzupełniania informacji o naruszeniach. Naruszenia są sztandarowym przykładem słownikowania wartości w celu zapewnienia najwyższej jakości danych - inspektor nie tylko nie będzie musiał wprowadzać danych ręcznie, ale przede wszystkim nie popełni błędu, który mógłby później spowodować podważenie decyzji administracyjnej wydanej na podstawie protokołu kontroli.

W pierwszym akapicie na stronie 13 Koncepcji określono nowatorski sposób obsługi słowników, który w żadnym stopniu nie został określony w SWZ. Zdaniem Wykonawcy jest to kluczowa kwestia gdy system będzie uruchomiony na komputerze bez dostępu do internetu. Ponadto w Koncepcji wskazano na kolejne ułatwienie dla pracy inspektorów, tj. dostarczanie przez system predefinowanych opisów naruszeń, które w razie potrzeby mogą być uzupełniane przez inspektora.

Przykładem bardzo dobrego zrozumienia zagadnień projektowych przez Wykonawcę jest wskazanie, iż podczas wystawiania mandatów przez inspektorów, jest niezwykle istotne zarządzanie pulą mandatów poprzez likwidowanie przerw w ich numeracji mandatów oraz zarządzaniem mikrorachunkami. W SWZ w ogóle nie przewidziano tego typu prac, a są one niezbędne dla jak najlepszego funkcjonowania systemu. Potwierdza to tym samym zarówno bardzo dobrą wiedzę Wykonawcy jak również wprowadzenie nowatorskich rozwiązań do Koncepcji.

Wykonawca doskonale rozumie pracę inspektorów i jakie obowiązki muszą oni wypełniać, dlatego na stronie 13 (przedostatni akapit) wskazał on m.in. na informacje dodatkowe jakie inspektor będzie musiał wprowadzać do protokołu np. ze względu statystycznych. SWZ wskazuje generalnie potrzebę zbierania danych statystycznych, ale nie dostarcza żadnych szczegółów w tym zakresie. Natomiast Koncepcja uszczegółowia część z nich.

W ostatnim akapicie na stronie 13 Wykonawca wykazał się znajomością specyficznych ścieżek procesu kontroli oraz wskazał, że system pozwoli na generowanie dodatkowych dokumentów oraz automatyczne przekaże niezbędne dane do rejestrów, z którymi jest zintegrowany. Dodatkowo w pierwszym akapicie na stronie 14 Koncepcji Wykonawca opisał w jaki sposób system będzie wspomagał inspektora we wprowadzaniu wymaganych danych. Jednocześnie Wykonawca przewidział problem zbyt dużego usztywnienia i blokowania pracy, więc przedstawił również sposób na jego rozwiązanie. Wykonawca wykazał się w tym zakresie zastosowaniem dobrych praktyk projektowania graficznego interfejsu użytkowania (GUI).

Na stronie 14 Wykonawca zadbał o ochronę danych i możliwość kontynuowania pracy po awarii urządzenia inspektora, które dotychczas powodowały duże zakłócenia w pracy inspektorów i powodowały opóźnienia wpływające na jakość pracy.

Mając na uwadze powyższe, całość Koncepcji zawiera szereg nowatorskich rozwiązań, przewiduje gdzie inspektorzy mogą napotkać największe problemy i je rozwiązuje. Wykonawca wykazał, że posiada bardzo dobre zrozumienie celów projektu i jego specyfiki, a Koncepcja zawiera dostosowane specyficznie do projektu istotne propozycje mogące podnieść prawdopodobieństwo należytego zrealizowania projektu.

W przypadku dokonania prawidłowej oceny oferty Odwołującego, jego oferta otrzymałaby większą ilość punktów niż oferta Asseco. Prowadzi to do wniosku, iż Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem art. 239 ustawy Pzp, gdyż wybrał ofertę, która - gdyby Zamawiający dokonał prawidłowej oceny oferty Odwołującego - nie posiada najwyższej liczby punktów w Postępowaniu.

Ad I.5 i 6 Zarzut zaniechania odrzucenia Asseco, podczas gdy oferta ta winna zostać odrzucona z powodu podlegania wykluczeniu Asseco poprzez podanie nieprawdziwych informacji.

Zamawiający konstruując warunki podmiotowe konieczne do spełnienia przez podmioty uczestniczące w niniejszym Postępowaniu, wskazał w części II SWZ lit A ust. 1.4. iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy spełniający warunki, o których mowa w art. 112 ustawy Pzp dotyczące zdolności zawodowej w zakresie wiedzy i doświadczenia przyjmując, iż:

Wykonawca spełni powyższy warunek, jeżeli wykaże, że w ciągu ostatnich pięciu (5) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych wykonuje, co najmniej:

(...)

2) 1 (jedno) zamówienie o wartości nie mniejszej niż 500.000 złotych brutto, polegające na świadczeniu minimum nieprzerwanej usługi utrzymania systemu informatycznego o architekturze rozproszonej, wykorzystującej relacyjną bazę danych, z których może korzystać jednocześnie zalogowanych minimum 500 użytkowników.

(...)

Uwaga!!! Przez jedno zamówienie rozumie się zamówienie w ramach jednej umowy, przy czym jeśli:

- Wykonawca wykonywał zamówienie wspólnie z innym wykonawcą (np. jako konsorcjum) uprawniony jest wykazać jedynie swoje własne doświadczenie,

(.).

Asseco w wykazie usług (Formularz DP.2) wskazało w poz. 4 zamówienie realizowane dla Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podkarpackiego na „Budowę i wdrożenie Podkarpackiego Systemu Informacji Medycznej" - znak sprawy OR-IV.272.1.75.2012.

Przedmiotem wskazanego powyżej zamówienie była budowa i wdrożenie Podkarpackiego Systemu Informacji Medycznej wraz z dostawą Oprogramowania, urządzeń sieciowych, serwerów, stacji roboczych i urządzeń wielofunkcyjnych oraz innych wymienionych w Załączniku nr 1 do SIWZ, którego Beneficjentem bezpośrednim było Województwo Podkarpackie oraz osiem wskazanych podmiotów leczniczych. Termin realizacji całego zamówienia został określony na 12 miesięcy (pkt. 4.1. SIWZ oraz §3 ust. 1 IPU zawartych w załączniku nr 17 do SIWZ).

Odwołujący wskazuje, iż zamówienie to nie obejmowało świadczenia usług utrzymania. Wykonawca został jedynie zobowiązany do udzielania gwarancji jakości i rękojmi za wady (pkt. 3.7.6. SIWZ) na zasadach określonych we wzorze umowy w sprawie zamówienia publicznego (załącznik nr 17 do SIWZ).

W ramach przedmiotowej Umowy wykonawca Asseco zgodnie z §15 ust. 1 udzielił Zamawiającemu gwarancji jakości i rękojmi za wady (dalej: Gwarancja) na System PISM na okres 5 lat, z zastrzeżeniem okresów Gwarancji na poszczególne komponenty wskazane w tabeli Nr 1, dla których okres Gwarancji został ustalony w sposób odrębny.

Podkreślić należy, iż Gwarancja stanowi dobrowolne, nieodpłatne zapewnienie, że wytworzone oprogramowanie posiada wysoką jakość, zaś zobowiązany z tytułu udzielonej gwarancji w okresie jej obowiązywania zobowiązany jest usuwać wszelkie wady oprogramowania objęte Gwarancją.

Nie można Gwarancji utożsamiać z usługą utrzymania, która jest świadczeniem odpłatnym, wzajemnym a przy tym obejmuje szerszy zakres świadczeń realizowanych przez dostawcę takiej usługi. W ramach usługi utrzymania nie tylko naprawia się stwierdzone wady, ale realizuje się w szczególności prace:

1) administracyjne systemów informatycznych gwarantujące sprawne, niezawodne, bezpieczne i wydajne funkcjonowanie systemów;

2) aktualizacyjne i wdrożeniowe dla nowych wersji systemów;

3) monitorujące funkcjonowanie systemów;

4) zarządzania bezpieczeństwem i ciągłością działania systemów.

W związku z powyższym Asseco nie zrealizowało usługi utrzymania jakiej wymagał Zamawiający w Postępowaniu, a podane przez Asseco informacje są nieprawdziwe.

Identyczna sytuacja ma miejsce w przypadku podania przez Asseco w wykazie usług, informacji o tym, że usługa pn.: „Dolnośląskie e-Zdrowie etap 2 - Elektroniczna Dokumentacja Medyczna" zakończyła się w dniu 30 września 2017 r.

Zgodnie z §1 ust. 12 umowy numer Zp/7/PN-7/15 dotyczącej ww. usługi, zakres podstawowy miał zostać zrealizowany przez Asseco do dnia 15 czerwca 2015 r. Następnie w aneksie numer 1 do umowy dokonano zmiany terminu realizacji etapu podstawowego na dzień 25 września 2015 r. Zakres rozszerzony miał zostać zrealizowany w ciągu 12 miesięcy od dnia podpisania umowy tj. do 27 kwietnia 2016 r.

W części II SWZ, lit. A - Informacja o warunkach udziału w postępowaniu i podstawach wykluczenia oraz wykaz podmiotowych środków dowodowych, ust 1. pkt. 1.4 -

warunki dot. Zdolności zawodowej - w zakresie wiedzy i doświadczenia, Zamawiający żądał:

Wykonawca spełni powyższy warunek, jeżeli wykaże, że w ciągu ostatnich pięciu (5) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje, co najmniej: (...)

Ponadto w wykazie usług każdy z wykonawców musiał złożyć następujące oświadczenie:

Ubiegając się o udzielenie zamówienia publicznego na: „Budowę, utrzymanie i rozwój Systemu Teleinformatycznego Centralnej Ewidencji Naruszeń 2.0" oświadczam, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - to w tym okresie wykonaliśmy/wykonujemy* następujące zamówienia odpowiadające wymaganiom Zamawiającego:

Powyższe informacje jednoznacznie potwierdzają, że po pierwsze: Asseco przedstawiło nieprawdziwe w zakresie okresu realizacji usługi - zamiast daty 30 września 2017 r. powinna znajdować się data (najpóźniej) 27 kwietnia 2016 r., a także nieprawdziwe informacje dotyczącego jej zakresu.

Po drugie ww. usługa - pomimo oświadczenia Asseco - nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu przez Asseco, gdyż nie mieści w żądanym przez Zamawiającego terminie, tj. 5 lat przed terminem składania ofert.

W związku z przedstawioną powyżej argumentacją, dotyczącą podania nieprawdziwych informacji przez Asseco w wykazie usług, stwierdzić należy, że Asseco winno zostać odrzucone z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Nie ulega bowiem wątpliwości, że Asseco przynajmniej w wyniku rażącego niedbalstwa podało nieprawdziwe informacje w wykazie usług. Podkreślenia wymaga fakt, że Asseco dopuściło się tego czynu dwukrotnie w tym samym wykazie.

Asseco jako profesjonalny wykonawca, biorący udział w licznych postępowaniach przetargowych, musi mieć świadomość konsekwencji podawania nieprawdziwych informacji. Przed przystąpieniem do postępowania przetargowego, winno zweryfikować posiadane doświadczenie, w szczególności w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przedstawione przez Odwołującego dokumenty jednoznacznie przesądzają, że informacje podane przez Asseco są nieprawdziwe. Ponadto są one na tyle łatwe do zweryfikowania, że zdaniem Odwołującego, podanie nieprawdziwych informacji mogło mieć charakter zamierzonego działania Asseco lub przynajmniej rażącego niedbalstwa. Odwołujący powołał się na stanowiskiem wyrażone w wyroku z dnia 25 czerwca 2021 r., w sprawie o sygn. akt KIO 1434/21).

Odwołujący Pentacomp wskazał, że podstawa wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. 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. Zamiar bezpośredni występuje wtedy, gdy wykonawca chce wprowadzić zamawiającego w błąd, natomiast zamiar ewentualny wtedy, gdy nie chce, ale przewidując możliwość wprowadzenia w błąd, godzi się na to. Poza tym ta podstawa wykluczenia może być zastosowana także wtedy, gdy działanie wykonawcy charakteryzuje rażące niedbalstwo. Nie jest to już wina umyślna, lecz kwalifikowana postać winy nieumyślnej zakładająca, że osoba podejmująca określone działania powinna przewidzieć ich skutki. Od zwykłej winy nieumyślnej różni się tym, że przewidzenie było tak oczywiste, iż graniczy z celowym działaniem. (wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 656/21)

Krajowa Izba Odwoławcza wypracowała stanowisko, które wskazuje na okoliczności stanowiące podstawę zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp:

Zatem, dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. muszą zostać kumulatywnie spełnione następujące przesłanki: przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd; błąd polegał na przyjęciu przez zamawiającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu; przedstawienie informacji jest wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. (wyrok KIO z dnia 16 kwietnia 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 577/21)

W niniejszej sprawie mamy, zdaniem Odwołującego Pentacomp do czynienia z podaniem informacji niezgodnych z rzeczywistością, które wprowadziły Zamawiającego w błąd. Zamawiający uznał w Postępowaniu, że Asseco spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty Asseco. Przedstawienie informacji, które są w posiadaniu Asseco, gdyż to ten podmiot

realizował te usługi oraz możliwość łatwej weryfikacji zakresów oraz dat realizacji, prowadzi do wniosku, że do podania tych informacji doszło przynajmniej na skutek rażącego niedbalstwa.

Odwołujący Pentacomp z ostrożności wskazał, że opisany powyżej stan faktyczny może również odpowiadać dyspozycji art. 109. ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Odrzucenie oferty wykonawcy, który podlega wykluczeniu za przedstawienie informacji wprowadzających w błąd może nastąpić po spełnieniu trzech przesłanek i są nimi: przekazanie informacji wprowadzających w błąd, działanie takie było wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy oraz działanie takie mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

24 marca 2022 r. przystąpienie do przedmiotowego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Asseco Poland spójka akcyjna z siedzibą w Rzeszowie (dalej: Przystępujący Asseco).

W odpowiedzi na odwołanie wniesionej pismem z 4 kwietnia 2022 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

sygn. akt KIO 795/22

Wykonawca Asseco Poland spójka akcyjna z siedzibą w Rzeszowie (dalej: Odwołujący Asseco) 21 marca 2022 roku złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności polegającej na wyborze oferty Odwołującego Asseco jako najkorzystniejszej na podstawie m.in. jednego kryterium oceny ofert, tj. określonego w Części II SWZ, Warunki Szczególne (WSZ), lit. B „Kryteria oceny ofert", pkt 8.4 „Kryterium Koncepcja rozwiązania" i dokonanie w oparciu o to kryterium oceny w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także w sposób nieprzejrzysty i nieproporcjonalny.

Odwołujący Asseco zarzucił Zamawiającemu przez dokonanie ww. czynności naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp i wadliwą ocenę Koncepcji rozwiązania Asseco, w ramach kryterium oceny ofert „Koncepcja rozwiązania" i przyznanie z tego tytułu zaledwie 6,43 pkt, zamiast w maksymalnie przewidzianej w SWZ wysokości 22 pkt, a w konsekwencji wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej Asseco z łączną punktacją 78,91 zamiast prawidłowej wysokości 94,48.

W związku z powyższym Odwołujący Asseco wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,

2) powtórzenie badania i oceny oferty Odwołującego Asseco wyłącznie w zakresie kryterium „koncepcja rozwiązania" przez przyjęcie, że koncepcja ta wykazuje bardzo dobre zrozumienie celów projektu i jego specyfiki, a jego koncepcja zawiera nowatorskie, dostosowane specyficznie do projektu istotne propozycje mogące podnieść prawdopodobieństwo należytego zrealizowania projektu,

ewentualnie, na wypadek nie uwzględnienia żądania z pkt 2):

3) powtórzenie badania i oceny oferty Odwołującego Asseco wyłącznie w zakresie kryterium „koncepcja rozwiązania" przez przyjęcie, że koncepcja ta wykazuje dobre zrozumienie celów projektu i jego specyfiki, a jego koncepcja zawiera nowatorskie,

dostosowane specyficznie do projektu istotne propozycje mogące podnieść prawdopodobieństwo należytego zrealizowania projektu,

4) ponowny wybór oferty Asseco jako najkorzystniejszej z uwzględnieniem prawidłowej punktacji w oparciu o wszystkie wymagane kryteria oceny ofert.

Odwołujący Asseco wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść

szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący Asseco argumentował, że posiada interes we wniesieniu odwołania mimo, że oferta Asseco została wybrana jako najkorzystniejsza, ponieważ do czasu „uprawomocnienia się" czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odwołujący Asseco może w przyszłości ponieść szkodę jeśli pozostałby bierny wobec przyznania mu punktacji w sposób nieprawidłowy. Odwołujący Asseco wskazał, że drugi z wykonawców, tj. Pentacomp Systemy Informatyczne spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie może również wnieść odwołanie i zaskarżyć m.in. ten sam aspekt sprawy, tj. sposób oceny jego oferty w kryterium oceny „kryteria rozwiązania".

Następnie w treści uzasadnienia odwołania, Odwołujący Asseco opisał stan faktyczny sprawy, wskazując na treść części II SWZ, Warunków Szczególnych (WSZ), lit. B „Kryteria oceny ofert", str. 71-76 oraz opisał wynik postępowania o udzielenie zamówienia podany w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Odwołujący nie zgodził się z wynikiem oceny swojej oferty dokonanym przez Zamawiającego w kryterium „Koncepcja rozwiązania" i przedstawił w tym zakresie obszerną argumentację, która ze względu na okoliczność iż w całości dotyczy treści zastrzeżonej tajemnicą przedsiębiorstwa, nie zostanie w tym miejscu zreferowana.

24 marca 2022 r. przystąpienie do przedmiotowego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Pentacomp Systemy Informatyczne spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: Przystępujący Pentacomp).

W odpowiedzi na odwołanie wniesionej pismem z 4 kwietnia 2022 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującym zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ ubiegają się o to zamówienie publiczne.

Izba uznała, że przystąpienia zgłoszone przez Przystępującego Pentacomp oraz przez Przystępującego Asseco zostały dokonane skutecznie.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453)).

Z uwagi na wycofanie przez Odwołującego Pentacomp zarzutów wskazanych pkt I.5 i I.6 petitum odwołania (sygn. akt KIO 794/22), postępowanie odwoławcze zostało w tym zakresie umorzone.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Na podstawie treści SWZ, Izba ustaliła, że przedmiotowe postępowanie jest prowadzone z zastosowaniem procedury, o której mowa w art. 139 ustawy Pzp.

Jak wynika z treści pkt 12.5 SWZ wybór oferty najkorzystniejszej odbywał się w postępowaniu w oparciu o kryteria oceny ofert opisane w części II SWZ. W części II SWZ, litera B „Kryteria oceny oferty", Zamawiający wskazał, że ocena ofert będzie przebiegać zgodnie z następującymi kryteriami:

Cena 50%

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

Doświadczenie Personelu 18%

Koncepcja rozwiązania 22%

Maksymalna liczba punktów możliwa do uzyskania przez Wykonawcę wynosi 100. Zamawiający wskazał, że: „Realizacja zamówienia zostanie powierzona Wykonawcy, którego oferta odpowiadać będzie wszystkim wymaganiom przedstawionym w ustawie Pzp

oraz w SWZ i zostanie oceniona jako najkorzystniejsza w oparciu o podane kryteria wyboru.

6. Każdorazowo ocena oferty w ramach danego kryterium zaokrąglona będzie do setnych części punktu, zgodnie z zasadą, iż części 1/1000, 2/1000, 3/1000, 4/1000 zaokrąglane będą „w dół", a części 5/1000, 6/1000, 7/1000, 8/1000, 9/1000 zaokrąglane będą „w górę". 7.

Ocena końcowa oferty w ramach wszystkich kryteriów oceny ofert stanowi sumę ocen cząstkowych uzyskanych w ramach poszczególnych kryteriów oceny ofert.

Ocena oferty = Ocena POF + Ocena Cena brutto 1 rbh za usługi rozwoju + Ocena Kryterium Doświadczenie Personelu + Ocena Koncepcja rozwiązania."

Sporne kryterium, w zakresie którego obaj Odwołujący kwestionują przyznaną im punktację, tj. kryterium „koncepcja rozwiązania", zostało opisane w następujący sposób:

„8.4. Kryterium Koncepcja rozwiązania

Maksymalnie za kryterium Koncepcja rozwiązania możliwe jest uzyskanie 22 punktów.

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

drogowej.

Kontrola transportu drogowego oraz kontrola stanu technicznego na podstawie wskazanych

w OPZ powszechnie obowiązujących przepisów w zakresie odpowiadającym kontroli drogowej, o której mowa poniżej. Przedstawiona koncepcja powinna prezentować poszczególne elementy/etapy/procesy kontroli drogowej wraz z odniesieniem do czynności w tle oraz jej produkty końcowe, a także umożliwiać gromadzenie danych, o których mowa w art. 80 ustawy z dnia 6 września 2001 o transporcie drogowym.

W dniu 15.02.2021 r. o godz. 10:55 na drodze krajowej Nr 1 w km 156 w m. Karwiany (Punkt Poboru Opłat) został zatrzymany do kontroli pojazd wykonujący przewóz krajowy rzeczy (nr licencji 654321) marki SCANIA (wyposażony w tachograf cyfrowy) o nr rej ABC503AG ciągnący naczepę marki PEZZAIOLI o nr rej XYZ5066A. Właścicielem pojazdów jest LEASINGODAWCA.PL Spółka akcyjna. W dniu kontroli pojazd poruszał się po drodze z ładunkiem, który nie powoduje przekroczenia masy i wymiarów kontrolowanego pojazdu, co zostało stwierdzone przez kontrolującego na podstawie okazanego dokumentu przewozowego podczas kontroli - nie dokonano kontroli pomiarów. Kierującym był obywatel Polski: Jan Kowalski, nr PESEL 22222222222 realizujący przejazd w ramach umowy o pracę zawartą z przewoźnikiem, który siedzibę posiada na terenie RP i prowadzi działalność w ramach TRANSPORT ABC Sp. z o. o., NIP 0123456789. W trakcie kontroli, kierujący nie okazał dowodu rejestracyjnego naczepy, zaś bezpośrednim powodem wytypowania pojazdu do kontroli było to, że pojazd w warunkach ograniczonej widoczności (mgła) poruszał się po drodze publicznej na światłach do jazdy dziennej. W trakcie kontroli kierowca okazał do kontroli następujące dokumenty:

- Karta kierowcy
- Wypis z licencji na wykonywanie międzynarodowego zarobkowego przewozu drogowego rzeczy
- wykresówki

Czynności były prowadzone w ramach zespołu kontrolnego z Wojewódzkiego Inspektoratu Transportu Drogowego w Łodzi składającego się z inspektora Jan Iks oraz Pawła Zet. Czynności kontrolne wobec zatrzymanego pojazdu, prowadził Jan Iks - straszy inspektor transportu drogowego. Kontrola trwała 75 minut. Obejmowała ona swoim zakresem kontrolę

przepisów z zakresu transportu drogowego oraz wstępną kontrolę stanu technicznego. W jej wyniku stwierdzono następujące naruszenia:

a) Brakujące lub obluzowane śruby lub nakrętki koła ciągnika

b) Znaczące uszkodzenie lub przecięcie opony ciągnika

c) Nieokazanie wymaganego dokumentu przewozowego w związku z wykonywanym przewozem drogowym, o którym mowa w art. 87 ustawy o transporcie drogowym

d) Wykonywanie przewozu drogowego przez kierowcę, który nie posiada orzeczenia lekarskiego o braku przeciwwskazań zdrowotnych do wykonywania pracy na stanowisku kierowcy oraz nie posiada orzeczenia psychologicznego o braku przeciwwskazań psychologicznych do wykonywania pracy na stanowisku kierowcy.

e) Niestosowanie się podczas jazdy do obowiązku używania wymaganych przepisami świateł

w warunkach zmniejszonej przejrzystości powietrza.

Wykonawca przedstawi:

a) Makiety UI/UX

W ramach tego zadania Zamawiający oceni jakość zaprojektowanych makiet - ekranów dla widoku użytkownika przeprowadzającego kontrolę drogowej - Inspektora Transportu Drogowego. Punkty przyznawane będą na podstawie oceny szaty graficznej, przejrzystości ekranów oraz uwzględnienia wymagań dla realizacji procesu opisanych w OPZ.

b) Automatyzacja

W ramach tego zadania Wykonawca dostarczy koncepcję - opis przedstawiający sposób wypełniania oraz źródło danych dla pól z makiet przedstawionych w punkcie a) w trakcie prowadzonej kontroli. Punktowane będą proponowane rozwiązania ograniczające do minimum konieczność ręcznego wprowadzania danych przez użytkownika - Inspektora Transportu Drogowego.

c) Jakość danych

W ramach tego zadania Wykonawca przedstawi koncepcję - opis przedstawiający rozwiązania techniczne, procesowe i organizacyjne pozwalające w jak największym stopniu zabezpieczyć spójność i jakość danych w realizacji procesu kontroli drogowej, biorąc przede wszystkim pod uwagę charakter pracy tj. prowadzenie kontroli drogowej „na drodze” oraz ograniczenia technologicznie (np. brak zasięgu i konieczność tymczasowej pracy „offline”). „Koncepcję rozwiązania” należy złożyć wraz z ofertą. Oferta, która nie będzie zawierała „Koncepcji rozwiązania” zostanie odrzucona na podstawie art. 226. ust 1 pkt 5). Brak jakiegokolwiek elementu „Koncepcji rozwiązania” oznacza przyznanie 0 punktów za to kryterium, ale nie powoduje odrzucenia oferty. Zamawiający dokona oceny ofert w przedmiotowym kryterium w oparciu o następujące zasady:

Jak dobrze Wykonawca rozumie cele projektu oraz jego specyfikę

1. Koncepcja rozwiązania nie pokazuje adekwatnego zrozumienia celów projektu i jego specyfiki, nie wnosi istotnych propozycji mogących przynieść wartość dodaną w zakresie realizacji projektu. - ocena: 0

2. Koncepcja rozwiązania pokazuje dostateczne zrozumienie celów projektu i jego specyfiki, lecz nie wnosi istotnych propozycji mogących przynieść wartość dodaną w zakresie realizacji projektu. - ocena: 5

3. Koncepcja rozwiązania wykazuje dobre zrozumienie celów projektu i jego specyfiki, zawiera wiele istotnych propozycji mogących podnieść prawdopodobieństwo należytego zrealizowania projektu. - ocena: 15

4. Koncepcja rozwiązania wykazuje bardzo dobre zrozumienie celów projektu i jego specyfiki, zawiera nowatorskie, dostosowane specyficznie do projektu istotne propozycje mogące podnieść prawdopodobieństwo należytego zrealizowania projektu. - ocena: 22.

Zamawiający oceni ofertę Wykonawcy w tym kryterium zgodnie z poniższym wzorem:

PKR= W2 * (PBO / PMAX)

gdzie:

PKR - liczba punktów jakie otrzyma badana oferta za kryterium „Koncepcja rozwiązania”,
PBO - liczba punktów uzyskanych przez badaną ofertę obliczona jako średnia arytmetyczna wyliczona z ocen cząstkowych przyznanych badanej ofercie przez każdego członka Komisji Przetargowej,

PMAX - maksymalna możliwa do uzyskania liczba punktów tj. 22,

W2 - oznacza wagę kryterium „Koncepcja rozwiązania”.”

W postępowaniu zostały złożone dwie oferty, tj. przez Odwołującego Pentacomp oraz przez Odwołującego Asseco. W kryterium „Koncepcja rozwiązania” oferta Odwołującego Pentacomp uzyskała 5 pkt, natomiast oferta Odwołującego Asseco 6,43 pkt.

Ponadto Izba ustaliła, że składając ofertę Odwołujący Asseco zastrzegł tajemnicą przedsiębiorstwa m.in. następującą jej treść, której dotyczą zarzuty odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 794/22:

1) Formularz OF.1 (wykaz osób); Formularz OF.0 (dane na temat wykonawcy użyczającego zasoby), wraz ze zobowiązaniem tego podmiotu, oświadczenie JEDZ/ESPD tego podmiotu i inne dokumenty tego podmiotu; załącznik 4a Koncepcja rozwiązania i załącznik 4b dane gromadzone w systemie - składając w tym zakresie stosowne uzasadnienie podpisane 4 lutego 2022 r.

2) Formularz DP.2 (wykaz usług w zakresie zamówień niepublicznych, wraz z dowodami, że usługi te zostały należycie wykonane); dokumenty podmiotu użyczającego zasoby (informacja z KRK, zaświadczenie naczelnika US, zaświadczenie ZUS, odpis KRS, oświadczenie o aktualności informacji zawartych w JEDZ, pełnomocnictwo), Formularz DP.3 (wykaz doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia) - składając w tym zakresie stosowne uzasadnienie podpisane 28 lutego 2022 r.

Izba zważyła co następuje.

sygn. akt KIO 794/22

Odwołanie podlegało oddaleniu z następujących powodów.

Ad zarzutów naruszenia art. 16 ust. 1 i 2 w zw. art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 11 ust. 2 uznk wskazanych w pkt I.1) oraz I.2) petitum odwołania.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że co do zasady postępowania o udzielenie zamówienia jest jawne (vide: art. 18 ust. 1 ustawy Pzp). Zasada jawności doznaje jednak ograniczeń w przypadkach określonych ustawą (vide: art. 18 ust. 2 ustawy Pzp) i do takich można niewątpliwie zaliczyć możliwość objęcia przez wykonawcę biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia tajemnicą przedsiębiorstwa określnych informacji. Zgodnie z treścią art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się bowiem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak wynika natomiast z treści art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. (Dz.U. Nr 47, poz. 211) tj. z dnia 8 października 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913) o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „uznk”) 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.

Wskazać też należy, że odwołujący w przypadku kwestionowania zaniechań zamawiającego lub czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, każdorazowo w ramach stawianego zarzutu jest zobowiązany wskazać nie tylko podstawę prawną ale również szczegółowo opisać okoliczności faktyczne, z których wywodzi

skutki prawne. W sytuacji podważania zasadności powołania się przez wykonawcę na tajemnicę przedsiębiorstwa należy co najmniej podjąć polemikę z kwestionowanym

uzasadnieniem.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego Pentacomp, jakoby uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępującego Acceco było lakoniczne i ogólnikowe (vide: str. 7 przedostatni akapit uzasadnienia odwołania). Przystępujący Asseco zastrzegał tajemnicę przedsiębiorstwa przy każdorazowym przekazywaniu takich informacji, przedstawiając w tym zakresie stosowne uzasadnienie. Każde z dwóch uzasadnień jest obszerne, a jego treść odnosi się do poszczególnych informacji objętych tajemnicą i nie pomija żadnego aspektu wskazanego w treści art. 11 ust. 2 uznk. Odnosząc się więc do treści samych uzasadnień przedstawionych przez Przystępującego Asseco Izba wskazuje, że spełniają one wymogi, o jakich mowa w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Ponadto w ocenie Izby zastrzeżone informacje spełniają przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Izby z dnia 21 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 18/22, zgodnie z którym: „Przesłanka „posiadający wartość gospodarczą" odnosi się nie tylko do informacji „innej", ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Nie wystarcza więc stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów.

Badaniu przez Izbę podlega czynność Zamawiającego polegająca na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba nie docieka natomiast, czy zastrzeżone informacje obiektywnie stanowią lub mogą stanowić informacje podlegające ochronie. Nie jest rolą Zamawiającego ocena, czy określone informacje mogą potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, zadaniem Zamawiającego jest natomiast zbadanie, czy wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji, gdyż to jakość tego uzasadnienia decyduje o tym, czy w jawnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określone informacje mogą pozostać niejawne." Ponadto, odnosząc się do obowiązku „wykazania", o którym mowa w art. 18 ust. 3 Pzp, wskazać należy, że rozumieć przez to należy nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Zastrzec jednak należy, że nie można w tym upatrywać bezwzględnego obowiązku dowiedzenia zaistnienia każdej z przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 2 uznk. Przykładowo poszukiwanie dowodów potwierdzających okoliczność negatywną, tj. nieujawnienia informacji do publicznej wiadomości, wydaje się problematyczne. Inaczej oceniać należy jednak chociażby kwestię wykazania, że podjęte zostały niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, które przybierają najczęściej materialną postać (wprowadzanie polityk bezpieczeństwa informacji, zawieranie odpowiednich klauzul w umowach z pracownikami lub kontrahentami wykonawcy, etc.).

Odnosząc powyższe do okoliczności przedmiotowej sprawy, w ocenie Izby Przystępujący Asseco sprostał powyższemu obowiązkowi „wykazania". Przystępujący Asseco wskazał wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji (o czym szerzej będzie mowa w dalszej części uzasadnienia) oraz przedstawił stosowne dowody, z których wynika że chroni zastrzeżone informacje. Przedstawione dowody są w ocenie Izby wystarczające dla stwierdzenia, że Przystępujący Asseco podjął starania w celu zachowania zastrzeżonych informacji w poufności.

<u>Wykazy osób</u>.

W treści uzasadnienia zarzutu (vide: str. 8 i 9 uzasadnienia) Odwołujący Pentacomp podniósł, że Przystępujący Asseco podał „lakoniczne uzasadnienie indywidulanego charakteru organizacyjnego i wartości gospodarczej wykazów osób" oraz zakwestionował argumentację Przystępującego Asseco dotyczącą możliwości „podkupienia" pracowników wskazując że nie jest powszechną praktyką Odwołującego Pentacomp zastrzeganie wykazów osób w postępowaniach przetargowych oraz wskazał na przykład postępowania, gdzie Przystępujący Asseco takiego zastrzeżenia w wykazie osób nie poczynił. Ponadto Odwołujący Pentacomp powołał liczne wyroki Izby na poparcie swojego stanowiska.

Odnosząc się do ww. uzasadnienia zarzutu Izba wskazuje, że stanowisko Odwołującego Pentacomp nie jest zasadne oraz że Odwołujący skoncentrował się tylko na części argumentacji Przystępującego Asseco pomijając, że w treści obu uzasadnień zostało podane obszerne stanowisko na potwierdzenie wartości gospodarczej zastrzeżonych wykazów wyrażającej się w przewadze jaką dzięki temu uzyskuje Asseco, w tym możliwości konkurowania na rynku zamówień publicznych. W ocenie Izby przedstawione uzasadnienie jest rzeczowe, szczegółowe, przekonujące i spełnia ustawowe wymogi. Odnosząc się do argumentacji Odwołującego Pentacomp jakoby wobec tego Przystępujący Asseco powinien

konsekwentnie zastrzegać tego rodzaju wykazy we wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówienia Izba wskazuje, że nie zgadza się z tym stanowiskiem. Przede wszystkim o tym, czy dana kategoria informacji zasługuje na taką ochronę w pierwszej kolejności decyduje dysponent takiej informacji z uwzględnieniem swojej sytuacji. Jak wskazał Przystępujący Asseco w tym postępowaniu każdy specjalista ma posiadać łącznie doświadczenie w realizacji 5 projektów spełniających opisane przez Zamawiającego w treści SWZ wymagania. Izba dała wiarę, że dla Przystępującego Asseco kadra posiadająca takie doświadczenie przedstawia wartość uzasadniającą zastrzeżenie tajemnicą przedsiębiorstwa informacji na jej temat. Izba podziela też stanowisko wyrażone w orzecznictwie, a przywołane przez

Odwołującego Pentacomp, zgodnie z którym co do zasady objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa informacji na temat kadry nie jest najtrafniejszym środkiem zmierzającym do zatrzymania kadry, szczególnie w sytuacji gdy pracownicy nie są zobowiązani do zachowania w poufności samego faktu zatrudnienia w danym podmiocie, czy też informacji na temat swoich kompetencji. Jednak dostrzeżenia również wymaga, że w tym postępowaniu Zamawiający opisał precyzyjnie wymagane doświadczenie, a w złożonych wykazach wykonawcy mieli wskazać konkretne projekty wykonane przez osoby skierowane do realizacji zamówienia, natomiast Odwołujący Pentacomp nie wykazał, aby pracownicy Przystępującego Asseco po pierwsze, tak szczegółowo opisywali swoje doświadczenie na portalu Linkedln oraz po drugie, nie wykazał aby był w stanie chociażby potencjalnie dotrzeć do osób o kompetencjach niezbędnych w tym postępowaniu. Natomiast złożony dowód 1 pokazuje tylko, że wskazani w nim pracownicy publikują informację na temat zatrudnienia u Przystępującego Asseco i nie mógł przesądzić o uwzględnieniu odwołania w omawianym zakresie.

Reasumując: w okolicznościach tej sprawy Izba nie znalazła podstaw do zakwestionowania wyniku oceny Zamawiającego co do zasadności zastrzeżenia przez Przystępującego Asseco tajemnicą przedsiębiorstwa wykazów osób.

Dane o podwykonawcy wraz z jego dokumentami.

W uzasadnieniu zarzutu Odwołujący Pentacomp wskazał, że całość uzasadnienia w tym zakresie jest ogólnikowa i nie pozwala na stwierdzenie, że Przystępujący Asseco nie wykazał wartości gospodarczej oraz podniósł, że informacje o podwykonawcach nie mogą być obejmowane tajemnicą przedsiębiorstwa ponieważ na etapie realizacji zamówienia będą to informacje jawne. Ponadto Odwołujący Pentacomp nie zgodził się z zasadnością objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów rejestrowych, pełnomocnictw czy zobowiązania podwykonawcy. Odwołujący Pentacomp przywołał orzecznictwo Izby.

Z powyższym stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Jak bowiem wynika z uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawionego przez Przystępującego Asseco w tym zakresie Przystępujący Asseco argumentował, że dzięki nawiązaniu współpracy z tym podwykonawcą mógł ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, a złożone w toku postępowania dokumenty powyższe twierdzenie potwierdzają (powołanie się na potencjał podmiotu trzeciego). Uzasadnienie przedstawione w tym zakresie przez Przystępującego Asseco jest w ocenie Izby konkretne i wyczerpujące. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego Pentacomp jakoby wartość gospodarcza chronionych informacji nie została wykazana. Nie można pominąć, że Przystępujący Asseco dzięki nawiązanej z podmiotem trzecim współpracy mógł skompletować zespół do realizacji tego zamówienia, wobec czego nie sposób dostrzec że objęcie omawianych informacji na temat podmiotu trzeciego tajemnicą przedsiębiorstwa ściśle wiąże się z zastrzeżeniem tą tajemnicą wykazów osób. Izba w tym miejscu wskazuje, że co do zasady podziela stanowisko, zgodnie z którym pełnomocnictwa, dokumenty rejestrowe, czy urzędowe jak zaświadczenie naczelnika US lub KRK są co do zasady jawne, jednak nie można pominąć, że w okolicznościach tej sprawy zastrzeżenie ich tajemnicą przedsiębiorstwa jest konsekwencją ochrony nazwy podmiotu trzeciego i ma na celu udaremnienie próby identyfikacji tego podmiotu.

Z tych względów Izba uznała dokonaną przez Zamawiającego ocenę powyższego zakresu informacji zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa jako trafną i nie znalazła podstaw do zakwestionowania jej wyniku.

Koncepcja rozwiązania wraz z załącznikami.

Odwołujący Pentacomp argumentował, że Przystępujący Asseco nie wykazał, że podjął niezbędne działania mające na celu zachowanie poufności Koncepcji rozwiązania oraz że nie wykazał wartości gospodarczej. Ponadto Odwołujący Pentacomp wskazał, że koncepcja ta nie stanowi przedmiotu zamówienia lecz służyć miała wykazaniu zrozumienia pracy inspektora drogowego oraz że nie będzie stanowić podstawy do realizacji całości przedmiotu zamówienia. Ponadto, z okoliczności że koncepcja ta została przez Zamawiającego oceniona na 6,43 pkt Odwołujący Pentacomp wywiódł, że nie zawiera ona

żadnych innowacyjnych rozwiązań i autorskich pomysłów, które mogłyby posiadać wartość gospodarczą.

Izba nie podziela powyższego stanowiska Odwołującego Pentacomp. Jak już wcześniej wskazano, Izba uznała, że Przystępujący Asseco wykazał, że podjął środki celem zachowania w poufności informacji zastrzeżonych w tym postępowaniu tajemnica przedsiębiorstwa, natomiast jak wynika z załącznika 1 do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa odnoszącego się do Koncepcji rozwiązania, wykazana została również wartość gospodarczą.

Niewątpliwie koncepcja sporządzona w ramach kryterium oceny ofert ma autorski charakter i zawiera rozwiązania indywidulanie proponowane przez wykonawców. Celem tej koncepcji było pokazanie zrozumienia pracy inspektora drogowego i choć miała zostać ona sporządzona z uwzględnieniem opisanego w SWZ stanu faktycznego to każdy z wykonawców miał zaproponować swoje rozwiązania i pomysły a te niewątpliwie wynikają z posiadanej przez wykonawcę wiedzy i doświadczenia oraz know-how. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego Pentacomp jakoby koncepcja ta nie służyła realizacji przedmiotu umowy oraz aby pewne pomysły nie mogły być następnie wykorzystane w innym postępowaniach. Choć samo przedstawienie koncepcji służyć miało ocenie w kryterium, to jednak nie może ujść uwadze że następnie dojdzie do realizacji zamówienia. W ocenie Izby przedstawione w koncepcji pomysły i rozwiązania mogą na tym etapie zostać wykorzystane.

Mając na uwadze Izba uznała, że ocena Zamawiającego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego Asseco w odniesieniu do „Koncepcji rozwiązania" wraz z załącznikami była prawidłowa.

Wykaz usług.

Jest okolicznością bezsporną między Stronami i Przystępującym Asseco, że wykaz usług zastrzeżony tajemnicą przedsiębiorstwa zawierał dane na temat realizacji projektów na rzecz podmiotów prywatnych. W ocenie Izby przestawione przez Przystępującego Asseco uzasadnienie jest wystarczające dla uznania, że informacje zawarte w wykazie usług zostały zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa w sposób prawidłowy oraz że wbrew stanowisku Odwołującego Pentacomp, Przystępujący Asseco wykazał wartość gospodarczą tych informacji, co szczegółowo zostało wykazane w załączniku 1 do uzasadnienia (tajemnica przedsiębiorstwa).

Wobec powyższego Izba uznała dokonaną przez Zamawiającego ocenę powyższego zakresu informacji zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa jako trafną i nie znalazła

podstaw do zakwestionowania jej wyniku.

Reasumując, w ocenie Izby ocena skuteczności zastrzeżenia przez Przystępującego Asseco powyższych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa dokonana przez Zamawiającego była prawidłowa, a przedstawione w odpowiedzi na odwołanie stanowisko Zamawiającego potwierdza że ocena ta była wnikliwa i poprzedzona szczegółową analizą. Przywołane przez Zamawiającego argumenty potwierdzają zasadność dokonanej oceny.

Z tych względów zarzut nie został uwzględniony.

sygn. akt KIO 794/22 i sygn. akt KIO 795/22

Z uwagi na podobieństwo zarzutów podniesionych przez obu Odwołujących w zakresie oceny w kryterium „koncepcja rozwiązania", Izba przedstawi wspólne uzasadnienie. Ponadto z uwagi na okoliczność, ze obie koncepcje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołujących, uzasadnienie zostanie sporządzone na dużym poziomie ogólności.

W pierwszej kolejności odnotować należy, że sporne kryterium było przedmiotem

oceny Izby w wyroku z dnia 5 stycznia 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3627/21, gdzie

orzekając w granicach podniesionego zarzutu Izba wyraziła następujące stanowisko: „W ocenie Izby zaproponowany przez zamawiającego i opisany sposób oceny ofert umożliwia przygotowanie w postępowaniu konkurencyjnych ofert. Zamawiający w ramach kryterium

koncepcji określił kilka podkryteriów, w których rozgraniczył ilość przyznawanych punktów wskazując, jakie elementy będzie brał pod uwagę przy ocenie.

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

Jak wynika z opisu omawianego kryterium zawartego w części II SWZ, litera B, pkt 8.4, ocenie w ramach kryterium podlegało jak dobrze wykonawca rozumie cele projektu oraz jego specyfikę w zakresie przeprowadzenia kontroli drogowej. Ocena odbywała się przez przyznanie przez poszczególnych członków komisji przetargowej punktacji, a następnie obliczenie średniej z przyznanych punktów, która stanowiła końcową ocenę w ramach tego kryterium. Punktacja była przyznawana za to, czy koncepcja rozwiązania „nie pokazuje adekwatne" albo czy pokazuje dostateczne/dobre/bardzo dobre zrozumienie celów projektu i jego specyfiki. Ponadto ocenie podlegało to, czy koncepcja rozwiązania „nie wnosi istotnych propozycji mogących przynieść wartość dodaną w zakresie realizacji projektu", bądź czy „zawiera wiele istotnych propozycji mogących podnieść prawdopodobieństwo należytego zrealizowania projektu", bądź też czy „zawiera nowatorskie, dostosowane specyficznie do projektu istotne propozycje mogące podnieść prawdopodobieństwo należytego zrealizowania projektu." Zatem ocena była dokonywana przez pryzmat pojęć nieostrych, nie mierzalnych w łatwy sposób i ocennych.

Podkreślić należy, że zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 10 marca 2022 r. nie zawiera oceny w sposób opisowy, w każdym z kryteriów została wskazana liczba przyznanych punktów, ponadto przyznane punkty nie były uzależnione od ujęcia w treści koncepcji zagadnień wyspecyfikowanych przez Zamawiającego (np. w formie check listy, tj. Zamawiający nie wskazał w treści SWZ co musi zawierać koncepcja aby uznać że „pokazuje dostateczne/dobre/bardzo dobre zrozumienie), lecz jak wspomniano wyżej punkty były przyznawane za „pokazanie zrozumienia celów i specyfiki projektu", przy czym to Zamawiający (tj. poszczególni członkowie komisji przetargowej) oceniał czy jest to na poziomie adekwatnym, dostatecznym, dobrym albo bardzo dobrym. Ponadto ocenie podlegały „propozycje mogące podnieść prawdopodobieństwo należytego zrealizowania projektu" i tutaj również ocena czy są to propozycje „istotnie mogące podnieść wartość dodaną w zakresie realizacji projektu" albo czy koncepcja zawiera „wiele istotnych propozycji" albo „zawiera nowatorskie, dostosowane specyficznie do projektu istotne propozycje" była, wbrew stanowisku Odwołującego Asseco wskazanego w pkt 28 i 29 uzasadnienia odwołania, subiektywną oceną Zamawiającego (tj. członków komisji przetargowej). Zgodnie z treścią SWZ, Zamawiający w treści zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej nie musiał nawet podać uzasadnienia przyznanej punktacji, a żadne z Odwołujących nie uczynił mu z tego zarzutu. Z tego też względu na etapie postępowania odwoławczego obaj Odwołujący kwestionowali tylko wysokość przyznanych im punktów, a sama argumentacja w ramach podniesionych zarzutów sprowadza się do twierdzenia o przedstawieniu koncepcji rozwiązania prezentującej jeśli nie bardzo dobre to przynajmniej dobre zrozumienie celów projektu i jego specyfiki. Dopiero tak naprawdę z treści odpowiedzi na odwołania obydwaj Odwołujący zapoznali się z uzasadnieniem oceny przyznanej przez Zamawiającego.

W tym miejscu wskazać należy, że jak zauważyła Izba w przywołanym wyżej wyroku wydanym w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia, ocena tego kryterium nosiła znamiona pewnej swobody i uznania członków komisji przetargowej. Innymi słowy była to ocena subiektywna. Odwołujący nie kwestionowali, żeby ocena wykraczała poza zasady opisane w treści SWZ. Podjęta przez Odwołujących polemika ze stanowiskiem Zamawiającego pokazuje, że w obszarach kwestionowanych przez Zamawiającego w obu koncepcjach, kwestia poziomu pokazania przez Odwołujących rozumienia celów projektu oraz jego specyfiki w zakresie przeprowadzenia kontroli drogowej była co najmniej dyskusyjna. Innymi słowy Odwołujący usiłowali przekonać, że prawidłowo odczytali kazus i zaprezentowana przez każdego z nich koncepcja uwzględnia okoliczności z niego wynikające. Jednak sam fakt, że dla Zamawiającego nie było to oczywiste i Zamawiający dostrzegł pewne luki czy niuanse w każdej z koncepcji pokazuje, że koncepcje w kwestionowanych przez Zamawiającego obszarach nie prezentowały dobrego ani bardzo dobrego zrozumienia celów projektu i jego specyfiki. Nie zmienia tego w ocenie Izby okoliczność, że dwóch członków komisji przetargowej oceniło koncepcję Odwołującego Asseco na poziome dobrym. Zdaniem Izby taka ocena była uprawniona mając na uwadze

subiektywny jej charakter. Podkreślenia wymaga, że wykonawcy oddali koncepcje rozwiązania pod ocenę Zamawiającego, a ocenie podlegała nie tylko treść koncepcji lecz również sposób prezentacji tej treści. Jeśli pojawiły się więc kwestie dyskusyjne, które Zamawiający odebrał inaczej niż chcieli tego Odwołujący, oznacza to, że treść nie została zaprezentowała w sposób dostateczne jasny. Z drugiej natomiast strony, z porównania stanowiska Zamawiającego podanego w odpowiedziach na odwołania wynika, że dokonana przez Zamawiającego ocena choć subiektywna, nie była oceną dowolną ponieważ Zamawiający w sposób równy potraktował obu Odwołujących, stosując tę sama miarę.

Z tych względów omówione w tej części uzasadnienia zarzuty nie zostały uwzględnione.

O kosztach postępowania orzeczono w obu sprawach stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 w związku § 5 pkt 1 i 2 lit b) w związku z § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: .....