Sygn. akt: KIO 1567/19

WYROK

z dnia 27 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 sierpnia 2019 r. przez wykonawcę S&T Services Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Małopolskie, ul. Basztowa 22, 31-156 Kraków

przy udziale wykonawcy Sil Sp. z o. o, al. Niepodległości 69, 02-626 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1567/19 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę S&T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę S&T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1567/19

Uzasadnienie

Zamawiający: Województwo Małopolskie z siedzibą w Krakowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zaprojektowanie, wdrożenie i utrzymanie Systemu składającego się z Hurtowni Danych, Business Intelligence oraz Otwarte Dane, wraz z dostawą licencji, zapewnieniem szkoleń oraz świadczeniem Serwisu Utrzymaniowego i Usług Rozwoju, w związku z realizacją Projektu pn. „Zintegrowany System Informatyczny - narzędzia IT wspomagające zarządzanie Województwem Małopolskim", znak sprawy:IS. 1.272.10.2019 (dalej: „Postępowanie" lub

„Zamówienie") Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2 sierpnia 2019 r. pod numerem 2019/S 148-364739, pod adresem.: HTML&tabId=O

Odwołujący S&T Services Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł dnia 12 sierpnia 2019 r. odwołanie dotyczące postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie:

a. niezgodnej z p.z.p. czynności Zamawiającego polegającej na określeniu pozacenowego kryterium oceny ofert w XXI pkt 1 SIWZ „Dojrzałość technologiczna systemu analitycznego Business Intelligence".

II. zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzuca naruszenie przepisów:

a. art. 91 ust. 2d oraz z art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 pzp przez wprowadzenie niejednoznacznego i dyskryminacyjnego kryterium oceny ofert „Dojrzałość technologiczna systemu analitycznego Business Intelligence" (kryterium K2), które zostało sformułowane:

i. w sposób jednoznacznie faworyzujący określonego producenta (Microsoft),

ii. w sposób uniemożliwiający uzyskanie punktacji w omawianym kryterium przez producentów, którzy są notowani w raportach równoważnych do raportu Gartner wskazanego przez Zamawiającego,

iii. w sposób uniemożliwiający prawidłowe porównanie ofert,

b. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 pzp przez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na opisanie kryterium oceny ofert w sposób, który bezpodstawnie preferuje dane oprogramowanie i uniemożliwia dobór produktów odpowiednich do sformułowanego przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji uniemożliwia złożenie

konkurencyjnych ofert wykonawcom, którzy oferują inne rozwiązania, niż preferowane w ramach kwestionowanego kryterium K2;

III. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
a. modyfikację XXI pkt 1 SIWZ przez wykreślenie Kryterium K2 „Dojrzałość technologiczna systemu analitycznego Business Intelligence" i ustalenie kryteriów oceny ofert w następujący sposób: „Cena oferty brutto" - waga 80%, „Realizacja scenariusza testowego dla modułu e-Rejestry w formie zrzutów ekranu oraz dołączonego filmu" - waga 20%, ewentualnie Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania w myśl art. 179 ust. 1 pzp, ponieważ jest zainteresowany udziałem w Postępowaniu i zamierza złożyć ofertę, a kryterium K2 w swoim obecnym brzmieniu może się znacznie przyczynić do nieuzasadnionego ograniczenia dostępu do zamówienia, czego skutkiem będzie poniesienie przez Odwołującego szkody w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby z uzyskania zamówienia.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

1. Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiot wskazano na wstępie.

2. W rozdziale XXI SIWZ Zamawiający ustanowił pozacenowe kryterium oceny ofert, w myśl którego wykonawcy otrzymają dodatkowe punkty w sytuacji, gdy zaoferowany przez wykonawcę system analityczny Business Intelligence jest umiejscowiony „w danej ćwiartce Garnter Magie Ouadrant for Analytics and Business Intelligence Platforms, opublikowanym w lutym 2019 lub raporcie równoważnym oceniającym BI (wersja opublikowana nie wcześniej niż w 2018 r.) przygotowanym przez niezależną organizację badawczą, prowadzącą działalność w krajach co najmniej Europy; Ameryki Północnej i Azji. W przypadku powołania się na raporty równoważne wykonawca musi udowodnić ich równoważność.

3. Za u umiejscowienie systemu w danej ćwiartce Gartner Magie Ouadrant, przypisuje się odpowiednią liczbę kryterium jakości:

- na poziomie Leaders -100 punktów
- na poziomie Challengers - 50 punktów
- na poziomie Visioners - 25 punktów
- na poziomie Niche Players lub brak podania w formularzu poziomu - 0 punktów"

4. Przepisy pzp nakładają na Zamawiającego obowiązek opisania przedmiotu zamówienia zgodnie ze swoimi uzasadnionymi potrzebami nie ograniczając przy tym m.in. zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający nie może jednak w sposób dowolny kreować postanowień SIWZ, lecz muszą one wynikać z jego uzasadnionych potrzeb.

5. W ocenie Odwołującego nie sposób uznać za uzasadnione i zgodne z zasadami uczciwej konkurencji, będącymi fundamentalnymi zasadami polskiego i europejskiego systemu zamówień publicznych - takie ukształtowanie pozacenowego kryterium oceny ofert, które w bezpośredni sposób wskazuje na jeden, konkretny i subiektywny raport - w konsekwencji faworyzując wskazanych tam producentów systemów analitycznych Business Intelligence.

6. W przedmiotowym Postępowaniu w pełni zgodne z treścią SIWZ i wymogami Zamawiającego dla systemu analitycznego Business Intelligence jest zaoferowanie oprogramowania pochodzącego od innych producentów niż uznanych za „Leaders" w Raporcie Garntera, będących wiodącymi producentów oprogramowania Business Intelligence jak np. SAP, Oracle, SAS, IBM, a którzy na podstawie Raportu Gartnera będą przez Zamawiającego niżej punktowani.

7. Kryteria oceny ofert służą otrzymaniu przez Zamawiającego najkorzystniejszej ekonomicznie oferty. Opisane przez Zamawiającego pozacenowe kryterium oceny ofert dotyczące dojrzałości technologicznej systemu analitycznego Business Intelligence uniemożliwi złożenie konkurencyjnych ofert wykonawcom, którzy za korzystniejszą cenę są w stanie dostarczyć Zamawiającego System oparty o system analityczny BI innych niż premiowanych przez raport firmy Gartner. Ponadto wskazane kryterium umożliwia manipulacje ceną poprzez zaoferowanie wyższej ceny przez wykonawców oferujących systemy wysoko punktowane na podstawie Raportu.

8. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza, „określenie przez Zamawiającego kryterium oceny ofert, z którego już na etapie publikacji SIWZ wynika, że konkretny wykonawca otrzyma maksymalną ilość punktów w danym kryterium narusza przepisy art. 91 ust 2 w zw. z art. 7 ust 1 p.z.p., tj. obowiązek określenia kryteriów oceny ofert powiązanych z przedmiotem zamówienia z poszanowaniem zasady jawności, równego traktowania, zapewnienia uczciwej konkurencji i proporcjonalności. Podkreślenia wymaga, że zamawiający nie posiada w tym zakresie nieograniczonej swobody wyboru. Kryteria oceny ofert nie mogą dyskryminować wykonawców, zdolnych do realizacji przedmiotu zamówienia oraz muszą zapewniać wykonawcom możliwość efektywnej i uczciwej konkurencji" Dokładnie z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu - Zamawiający formułując przedmiotowe kryterium K2, z góry wskazał, które produkty (możliwe do zidentyfikowania z nazwy) uzyskają określoną punktację.

9. W ocenie Odwołującego pozostawienie Kryterium K2 bazującego na subiektywnym Raporcie Gartnera nie gwarantuje Zamawiającemu otrzymania przedmiotu zamówienia wyższej jakości, a wyłącznie umożliwia złożenie droższych ofert wykonawcom, którzy premiowani będą za zaoferowanie systemów analitycznych BI wysoko punktowanych na podstawie tego kryterium. Zamawiający powinien tymczasem wskazać konkretne i obiektywne cechy przedmiotu zamówienia, za posiadanie których przyznane zostaną punkty w kryterium.

10. Analizując Kryterium K2, należy przede wszystkim zwrócić uwagę na fakt, że tak opisane kryterium w oczywisty sposób stawia na pierwszym miejscu raport firmy Gartner i systemy najwyżej ocenione w tym raporcie. Zamawiający wskazał nawet konkretną wersję raportu - raport z lutego 2019 r., co sugerowałoby, że Zamawiającego interesuje nie tyle sposób i rzetelność przygotowania raportu przez firmę Gartner, co wyniki konkretnej edycji raportu.

11. Firma Gartner to amerykańska spółka akcyjna, która zajmuje się analizą technologii oraz strategii zarządzania technologią. Należy mieć zatem świadomość subiektywnej oceny i swobody doboru jej kryteriów w ramach wewnętrznej struktury tego przedsiębiorstwa. Kryteria te nie zostały wyraźnie zdefiniowane, a przynajmniej nie są publicznie dostępne. Nie są też jednolite z kryteriami innych organizacji tego typu. Tym samym Zamawiający opiera swoją ocenę ofert na opinii zagranicznego przedsiębiorcy.

12. W opinii Odwołującego, dopuszczenie równoważnych raportów oceniających BI ma charakter pozorny, bowiem nawet jeżeli wykonawca przedstawi raport równoważny, to Zamawiający przyzna w omawianym kryterium punkty tylko i wyłącznie wtedy, gdy oferowany przez tego wykonawcę system zostanie uwzględniony w odpowiedniej ćwiartce Gartner Magie Ouadrant (co wynika z treści opisu kryterium). Zamawiający dopuszcza zatem każdy równoważny raport niezależnej organizacji badawczej, o ile zawiera on w sobie Gartner Magie Ouadrant. Oznacza to, że w rzeczywistości dopuszcza wyłącznie raport jednej firmy i premiuje wyłącznie przedsiębiorców oferujących systemy ocenione na poziomie

Leaders w tym raporcie.

13. Ustawa nakłada na Zamawiającego obowiązek precyzyjnego określenia, co rozumie przez równoważność. W przedmiotowym kryterium Zamawiający ograniczył się do stwierdzenia, iż można posłużyć się raportem równoważnym oraz do zakreślenia trzech właściwości raportu równoważnego raportowi autorstwa firmy Gartner, który powinien być: opublikowany nie wcześniej niż w 2018 r.; przygotowany przez niezależną organizację badawczą, prowadzącą działalność w krajach co najmniej Europy, Ameryki Północnej i Azji.

14. Równocześnie Zamawiający stwierdził, że na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania równoważności raportu, a brzmienie opisu kryterium nie pozwala na uznanie, że każdy raport, który został opublikowany nie wcześniej, niż w 2018 r, został przygotowany przez niezależną organizację badawczą, prowadzącą działalność na zdefiniowanym terytorium, zostanie uznany za równoważny. Zamawiający nie zdefiniował też pojęcia „niezależności" organizacji badawczej, więc wykonawcy nie są w stanie przewidzieć, jak pojęcie to będzie interpretowane (w szczególności czy ma być to niezależność polityczna, niezależność od producentów, technologii czy inna).

15. Zamawiający nie wziął pod uwagę okoliczności, że raporty przygotowywane przez niezależne organizacje badawcze, których obszar działania spełnia geograficzne wymogi

Zamawiającego, w znaczący sposób różnią się kryteriami oceny, formą, systematyką, czy chociażby liczbą i nazewnictwem poszczególnych kategorii systemów. Kategorie o nazwach Leaders, Challengers, Visioners, Niche Players są charakterystyczne jedynie dla raportów Gartner, natomiast w pozostałych organizacjach przyjęto odmienną nomenklaturę. Co więcej, ta sama nazwa określenie, np. „Challenger" w różnych raportach może być rozumiana inaczej. Tym samym przy tak ogólnie sformułowanych kryteriach równoważności, na etapie oceny ofert niemożliwe będzie jednoznaczne określenie, który raport spełnia wymogi, co będzie miało decydujący wpływ na rozstrzygnięcie postępowania.

16. Należy podkreślić, że w ocenie Odwołującego, kryterium K2 w obecnym brzmieniu pozostaje nieprzydatne dla Zamawiającego w kontekście oceny ofert. Kryterium przyznające punkty w oparciu o wyniki raportów przygotowywanych przez różne, niezależne od siebie organizacje, uniemożliwia rzetelną ocenę ofert przy zachowaniu zasady równego traktowania wykonawców. W oparciu o powyższe, wnosi jak w petitum.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

W jego ocenie żądanie wykonawcy jest tendencyjne i zmierzające do takiego ukształtowania pozacenowych kryteriów oceny oferty, które umożliwi mu uzyskanie maksymalnej liczby punktów w tym kryterium, lub pozbawienia tego kryterium znaczenia.

Zamawiający zwrócił uwagę, że odwołanie dotyczy kryterium oceny ofert, nie zaś obligatoryjnych warunków udziału w postępowaniu wskazanych w r. XI siwz. Uznał, że siwz nie ogranicza odwołującemu dostępu do zamówienia, a jeżeli rozwiązanie przedstawione będzie inne, iż wskazane w kryterium K2, odwołujący co najwyżej nie otrzyma punktów w tym kryterium, ale jego oferta nie zostanie odrzucona. Okoliczność ta nie jest sporna między stronami. Jak stwierdził zamawiający, pod pojęciem „dyskryminacyjnego opisu kryterium oceny ofert" odwołujący rozumie ewentualność przyznania mniejszej ilości punktów danemu wykonawcy.

Zamawiający podkreślił, że zastosowane kryterium było stosowane przez wielu innych zamawiających i wskazał przykłady takich postępowań.

Wskazał także na swoje obowiązki wydatkowania środków publicznych zgodnie z przepisami ustawy o finansach publicznych.

Stwierdził, że zgodnie z art. 29 i 7 pzp opisał przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Z uwzględnieniem tych zasad opisał również w rozdziale XXI trzy kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty. Podkreślił, że odwołujący upatruje naruszenia uczciwej konkurencji w ustaleniu kryteriów oceny ofert.

W ocenie zamawiającego zarzut wprowadzenia niejednoznacznego i dyskryminacyjnego kryterium oceny ofert w istocie sprowadza się do tego, ze odwołujący obawia się, że nie dostanie maksymalnej liczby punktów w tym kryterium, bądź też w skrajnym wypadku, nie dostanie ich wcale. Żądanie odwołania ocenia jako chęć wprowadzenia kryteriów całkowicie formalnych w miejsce merytorycznych. Tak ocenia żądanie, aby niosący za sobą wartość merytoryczną fakt bycia uwzględnionym w określonym miejscu powszechnie

akceptowanego, zewnętrznego i obiektywnego raportu standaryzacyjnego zastąpić formalnym kryterium przesłania zrzutów ekranu oraz dołączenia filmu.

Przypomina, że ustawa zobowiązuje do stosowania kryteriów oceny także pozacenowych, uzasadnionych obiektywnymi, rzeczywistymi potrzebami zamawiającego.

Odnośnie samego kryterium „Dojrzałość technologiczna systemu analitycznego Business Intelligence" zamawiający wskazał, że celowo posłużył się jako punktem odniesienia raportem firmy Gartner ze względu na możliwość odniesienia się do obiektywnej oceny sporządzonej przez niezależnych ekspertów, pozwalającej ocenić dojrzałość technologiczną rozwiązania oferowanego przez wykonawcę. Przy wielu sposobach takiej oceny wskazał, że raport Gartnera dokonuje oceny użyteczności i prostoty w użytkowaniu danego rozwiązania w zestawieniu z ilością funkcjonalności, jakie ono ofertuje. Ostatecznie dojrzałość technologiczna rozwiązania pozwala na szybszą reakcję na zmieniające się otoczenie, co jest istotne z punktu widzenia racjonalnego gospodarowania pieniędzmi przez zamawiającego.

Zamawiający podkreślił, że sporne kryterium nie faworyzuje jednoznacznie tylko jednego producenta (Microsoft), gdyż przedmiotowy raport wskazuje na 4 technologie, które są tzw. liderami tj. oprócz wskazanego Microsoft, także Tableau. ThoughtSpot i Głlik. Ponadto punktowane są także miejsca w dwóch innych ćwiartkach kwadratu. Jednocześnie jest to jedno z trzech kryteriów z wagą 30%. Wg wiedzy zamawiającego, oprogramowanie, które posiada w ofercie odwołujący tj. SAP jest rozwiązaniem technologicznym także ocenionym w raporcie Gartnera i wykonawca otrzymałby w tym kryterium punkty choć nie najwięcej. Natomiast odwołujący domaga się całkowitego usunięcia kryterium.

Ponadto zamawiający stwierdził, że w odpowiedzi na zarzuty odwołania modyfikuje zapisy siwz poprzez usunięcie w pkt XXI. 1.2 siwz zapisów dotyczących przyznania punktów w kryterium K2 na podstawie umiejscowienia oferowanego przez wykonawcę systemu analitycznego Business Intelligence w raporcie równoważnym oceniającym BI. W konsekwencji zamierza przyznać w tym kryterium punkty na podstawie umiejscowienia oferowanego przez wykonawcę systemu BI w danej ćwiartce Gartner Magie Oadrant, prezentowanym w raporcie firmy Gartner Magie Ouadrant for Analytics and Business Intelligence Platforms, opublikowanym w lutym 2019 r. Wyjaśnił, że wybrał konkretną wersję raportu jako najnowszą dot. rozwiązań BI i wskazującą szerszych zakres technologii będących tzw. Leaders.

Zamawiający stwierdził również, iż żądanie wykreślenia kryterium K2 i ustalenie kryteriów przez wskazanie ceny z wagą 80% i Kryterium realizacji scenariusza testowego dla modułu e-Rejestry w formie zrzutów ekranu oraz dołączonego filmu z wagą 20% jest niezgodne z art. 91 ust. 2a ustawy pzp określającym warunki dopuszczenia przekroczenia wartości kryterium ceny ponad 60%.

Zamawiający stwierdził, że raporty Gartnera uznawane są obecnie za jedne z najbardziej obiektywnych publikacji na temat technologii informatycznych ukazujących się od prawie 40 lat. Wskazany raport nie stanowi niszowego opracowania mało znanej firmy, a powszechnie znany i uznawany na całym świecie raport jest wartościowym źródłem danych na temat rozwiązań IT, oceniającym systemy BI przez pryzmat ich użytkowników, na który powołują się analitycy z całego świata IT. Świadczyć o tym mogą liczne odniesienia w prasie oraz oficjalnych komunikatach formułowanych przez przedstawicieli Ministerstwa Cyfryzacji, którego przedstawiciele powołują się na wyniki badań analityków firmy Gartner.

Wskazał na niezależność firmy w zakresie metod badań, monitorowania jakości treści, harmonogramów publikacji. Stwierdził, że Gartner Inc. Jest uznaną firmą analityczno-doradczą, która specjalizuje się w tematyce doradztwa strategicznego i wykorzystywania technologii informatycznych i zarządzania nimi. Firma oferuje wiele różnych programów doradczych, które można wykupić na zasadzie subskrypcji. Część wyników udostępnia się bezpłatnie. Każdy element badań podlega rygorystycznemu procesowi weryfikacji recenzowania przez analityków na całym świecie. Najbardziej popularnymi i uważanymi za najbardziej wiarygodne są publikowane coroczne raporty z badań rynku rozwiązań IT, zwane Gartner Magie Ouadrant ukazujące rynek IT w kontekście dostępnych na rynku technologii w danej kategorii będącej przedmiotem zainteresowania potencjalnego zamawiającego. Ze względu na globalny zasięg i bezstronność raportów, zamawiający zdecydował się na wykorzystanie raportów Gartner do oceny jakościowej proponowanych przez oferentów rozwiązań. Zamawiający jest zainteresowany nowoczesnym i sprawdzonym rozwiązaniem potwierdzonym przez profesjonalnych analityków.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Sil sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wnosząc o oddalenie odwołania.

Przystępujący stwierdził, że zmiana kryteriów oceny ofert na mniej odpowiadające przedmiotowi zamówienia, jak również wykreślenie kryterium odnoszącego się do standardów jakościowych oraz ustanowienie kryterium cenowego na poziomie 80% naruszałoby art. 91 ust. 2a ustawy pzp. Wykonawcy wybierając określone oprogramowanie są w stanie jednoznacznie określić jego dojrzałość technologiczną, w oparciu o dane znanego i uznanego ośrodka badawczego, jakim jest Gartner Inc. Kryteria oceny ofert budowane w oparciu o dane niezależnych ośrodków badawczych są powszechnie stosowane. Taki dobór kryterium jakościowego, ze wskazaniem konkretnego, niezależnego ośrodka badawczego bardziej sprzyja równemu traktowaniu wykonawców niż ewentualna uznaniowość zamawiającego w zakresie oceny jakości złożonych ofert. Odwołanie w zakresie dopuszczenia raportów równoważnych jest wewnętrznie sprzeczne, skoro z jednej strony odwołujący wskazuje na pozorność dopuszczenia równoważności w tym zakresie, ale z drugiej strony ocenia, że jego zdaniem dopuszczenie raportów innych podmiotów uniemożliwiałoby porównanie złożonych ofert.

Strony i uczestnik postępowania odwoławczego przedstawili w trakcie rozprawy stanowiska.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający zapowiedział zmianę SIWZ, lecz nie powoduje to zmiany zarzutów. Zauważył, że kwestionowane kryterium nadal jest niejednoznaczne, np. wobec możliwości oferowania rozwiązania równocześnie umiejscowionego w różnych ćwiartkach kwadratu. Jest jednocześnie dyskryminujące, gdyż w rzeczywistości oznacza najwyższe punktowania dla rozwiązania Microsoft. Złożył graficzne zobrazowanie w Kwadracie Gertnera pozycji określonych firm. Zauważył, że Gartner jest firmą komercyjną. Złożył wyciąg z Wikipedii dotyczący Gartner Magie Ouadrant i zauważył, że informacje z kwadratu nie zawsze są miarodajne dla nabywców, co potwierdza sam Gartner - na tę okoliczność złożył opracowanie zamieszczone na stronie firmy z zaznaczeniem uwagi dotyczącej korzystania z kwadratu, gdzie wskazano, że „/.../ skupianie się na kwadrancie liderów nie zawsze jest najlepszym rozwiązaniem. Istnieją dobre powody, aby rozważyć kandydatów na rynku. Niszowy gracz może lepiej zaspokoić Twoje potrzeby niż Lider rynku. Wszystko zależy od tego, jak dany dostawca dostosuje się do twoich celów biznesowych.” Zamiar oceny na podstawie jedynej metody wskazanej w specyfikacji odwołujący ocenił jako potwierdzający niekonkurencyjny charakter postępowania. Złożył do akt opracowanie innej instytucji wskazując na odmienne pozycje produktów ze wskazaniem na s. 10 raportu BARĆ. Odnośnie wskazania przez zamawiającego na inne postępowania o udzielenie zamówienia stwierdził, że żadne z nich nie dotyczyło Business Intelligence (BI). Podkreślił, że wyciąg przedstawiający miejsca na wykresie Gartnera jest produktem niekomercyjnym i nieodnoszącym się do konkretnego produktu i potrzeby rynkowej zamawiającego (specyfiki danego projektu).

Podkreślił dyskryminacyjny charakter kwestionowanego kryterium, co do którego usunięcia oczekuje. Zauważył, że sformułowane przez niego żądania w zakresie wag poszczególnych

kryteriów nie jest wiążące dla składu orzekającego. Stwierdził, że na rynku funkcjonują różne firmy dokonujące ocen produktów, natomiast zamawiający oparł się na jednym wybranym raporcie, co jest decyzją mającą znamiona dyskryminacji i naruszenia konkurencji.

Zamawiający podtrzymał stanowisko przedstawione w pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Wskazał, że żądanie odwołania przyjęcia kryterium ceny w wysokości 80% pozostaje w kolizji z przepisem art. 91 ustęp 2a pzp. Zanegował tezę, iż kryterium K2 premiuje tylko jednego producenta. Stwierdził, że inne raporty, w tym przedstawiony przez odwołującego na rozprawie, są nieporównywalne ze wskazanym w specyfikacji, stąd dokonuje zmiany w tym zakresie. Złożył specyfikację stosowaną w innym postępowaniu, gdzie na stronie 15-17 opisano kryterium oparte na raporcie Gartnera.

Zauważył, że raport Gartnera dotyczy technologii dojrzałych systemów BI i można go uznać za najbardziej profesjonalny na rynku, także z uwagi na potencjał firmy, okres funkcjonowania, zasięg raportów i ich rodzaje oraz ilość. Stwierdził, że dokonane przez firmę oceny uwidocznione w kwadratach są obiektywne. Stwierdził, iż niemożliwa jest kolizja wynikająca z umiejscowienia oferowanych rozwiązań jednocześnie w dwóch ćwiartkach kwadratu. Stwierdził, że zdecydował się oprzeć ocenę ofert na jednym powszechnie dostępnym raporcie, co gwarantuje traktowanie oferowanych rozwiązań na równych zasadach. Wskazał na ryzyko sporów w razie dopuszczenia innych raportów, które byłyby nieporównywalne w toku badania i oceny ofert.

Stwierdził, że opracowania Gartnera są wykorzystywane nie tylko na rynku zamówień

publicznych, ale także komercyjnych.

Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego. Odnośnie przedstawionego raportu BARĆ stwierdził, że ma on charakter niszowy, nie jest udostępniony publicznie i opisuje mniej produktów. Zauważył, że w raporcie wskazanym przez SIWZ najwyższe oceny otrzymały 4 rozwiązania. Podkreślił profesjonalne stanowisko zamawiającego w prowadzonym postępowaniu poprzedzonym dialogiem technicznym. Stwierdził, że na rynku raporty Gartnera wykorzystywane są nagminnie. W postępowaniu zastosowane są 3 kryteria, a zatem przewaga w kryterium kwestionowanym nie musi oznaczać najwyższej oceny oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk przedstawionych na piśmie i do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba dokonała w pierwszej kolejności badania spełnienia przez Odwołującego przesłanek

określonych w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, to jest kwestii posiadania przezeń legitymacji do

wniesienia odwołania. Posiadanie legitymacji czynnej przez wykonawcę korzystającego ze środków ochrony prawnej podlega badaniu przez Izbę z urzędu w celu ustalenia dopuszczalności wniesienia odwołania. Dysponowanie taką legitymacją przez odwołującego jest w sprawie niesporne; można stwierdzić, że na etapie oceny poprawności postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego taką legitymacją dysponuje.

Oceniając zarzuty odwołującego S&T Services Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie dotyczące postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia skład orzekający zauważa, że stosownie do przedstawionego stanu faktycznego dotyczą one określenia pozacenowego kryterium oceny ofert w XXI pkt 1 SIWZ „Dojrzałość technologiczna systemu analitycznego Business Intelligence" określonego w odróżnieniu od dwóch pozostałych niekwestionowanych kryteriów, jako K2. Odwołujący wskazał na wprowadzenie tego kryterium jako niejednoznacznego i dyskryminacyjnego uznając, że zostało sformułowane w sposób jednoznacznie faworyzujący określonego producenta (Microsoft) i w sposób uniemożliwiający uzyskanie punktacji w omawianym kryterium przez producentów, którzy są notowani w raportach równoważnych do raportu Gartner wskazanego przez Zamawiającego, a w konsekwencji w sposób uniemożliwiający prawidłowe porównanie ofert.

Z opisu kwestionowanego kryterium odwołujący wywodzi naruszenie przepisów art. 91 ust. 2d oraz z art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy pzp.

Skład orzekający uznaje w tym miejscu, że wobec braku zarzutów podniesionych w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia, zarzut naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 ustawy pzp jest oczywiście bezzasadny, jako że przepis wskazany dotyczy sposobu opisu przedmiotu zamówienia z zastrzeżeniem, że nie może ten sposób utrudniać uczciwej konkurencji. W odwołaniu natomiast nie podniesiono zarzutu co do dokonanego opisu przedmiotu zamówienia.

Tym samym Izba rozpatruje zarzut naruszenia art. 91 ust. 2d oraz z art. 7 ust. 1 ustawy pzp, z których pierwszy stanowi o określeniu kryteriów oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, kolejny zaś ustanawia zasadę zobowiązującą zamawiającego do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Jednocześnie należy zauważyć, że jak wynika z treści odwołania, odwołujący żąda nakazania Zamawiającemu wykreślenia kwestionowanego kryterium i zmiany tzw. wag pozostałych kryteriów, co jest okolicznością dodatkową, jako że Izba, stosownie do art. 192 ust. 7 pzp, nie jest przy rozstrzyganiu zarzutów związana żądaniami odwołującego.

Za zrozumiałe skład orzekający uznaje oczekiwanie potencjalnego oferenta, by szeroko rozumiane warunki udziału w postępowaniu, w tym opis przedmiotu zamówienia, inne warunki przedmiotowe oraz podmiotowe, a nadto kryteria oceny ofert zostały sformułowane przez zamawiającego w sposób, który pozwala wykonawcy złożyć ofertę, która zostanie wybrana jako najkorzystniejsza i uzyskać przez niego zamówienie, o które się ubiega.

Jednocześnie oczywiste jest, że tak rozumiane warunki zamawiający kształtuje w celu uzyskania oczekiwanego rezultatu rozumianego jako zaspokojenie jego uzasadnionych potrzeb. Zamawiający jest przy tym związany przepisami prawa, w tym zasadami udzielania zamówień publicznych. W sprawie rozpatrywanej za niesporne uznać należy, że opis spornego kryterium został sformułowany jednoznacznie i zrozumiale, zarzuca się natomiast zamawiającemu niejednoznaczne i dyskryminacyjne sformułowanie treści kryterium faworyzujące konkretnego producenta, a pod pojęciem „dyskryminacyjnego opisu kryterium oceny ofert" odwołujący rozumie ewentualność przyznania mniejszej liczby punktów danemu wykonawcy.

W ocenie Izby zarzut polega na obawie wykonawcy, że nie uzyska on maksymalnej liczby punktów w kryterium.

Odnośnie zarzutu, skład orzekający uznaje, że kwestionowane kryterium pozacenowe jest uzasadnione obiektywnymi, rzeczywistymi potrzebami zamawiającego.

Posłużenie się jako punktem odniesienia raportem firmy Gartner ze względu na możliwość odniesienia się do obiektywnej oceny sporządzonej przez niezależnych ekspertów, pozwalającej ocenić dojrzałość technologiczną rozwiązania oferowanego przez wykonawcę należy ocenić jako uzasadnione. Gartner Inc. to uznana firmą analityczno-doradcza, która specjalizuje się w tematyce doradztwa strategicznego i wykorzystywania technologii informatycznych i zarządzania nimi w znacznej części udostępniająca wyniki niekomercyjnie, w tym dotyczy to opracowań użytych przez zamawiającego, z których popularnymi i uważanymi za wiarygodne są publikowane coroczne raporty z badań rynku rozwiązań IT, zwane Gartner Magie Ouadrant ukazujące rynek IT w kontekście dostępnych na rynku technologii w danej kategorii będącej przedmiotem zainteresowania potencjalnego zamawiającego. W ocenie składu orzekającego decyzja zamawiającego o wykorzystaniu raportów Gartner do oceny jakościowej proponowanych przez oferentów rozwiązań znajduje uzasadnienie w jego rzeczywistych potrzebach i nie narusza zasad uczciwej konkurencji oraz równości wykonawców. Tym samym kryterium zakwestionowane nie narusza przepisów ustawy pzp wskazanych przez odwołującego. Należy przy tym zauważyć, że nie ma podstaw do twierdzenia, że potencjalny wykonawca powinien mieć zapewnione takie warunki udziału w postępowaniu, tak przedmiotowe, jak i podmiotowe, oraz tak sformułowane kryteria pozacenowe, które zapewnią mu najlepszą pozycję przy ocenie ofert. Teza taka z założenia jest błędna.

W takim stanie rzeczy, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: .....