

Kraków, 23 września 2022 r.

**Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa**

Zamawiający: Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych, al. Jana Pawła II 13, 00-828 Warszawa, e-mail: zamowienia_publiczne@pfron.org.pl, tel.: +48 225055397, <https://bip.pfron.org.pl/zamowienia-publiczne/>

Odwołujący: Comarch Polska S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków, NIP: 6751387586, KRS: 0000307263, e-mail: aneta.szulim@comarch.pl, reprezentowana przez Anetę Szulim, na podstawie pełnomocnictwa załączonego do odwołania

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę hurtowni danych PFRON – wytworzenie, rozwój i utrzymanie Centralnej Platformy Analitycznej”, nr postępowania ZP/22/22, publikacja ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 września 2022 r. pod numerem: 2022/S 176-498728

ODWOŁANIE

wobec treści dokumentów zamówienia

- Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz załączników do SWZ

Działając na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt. 1, art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej „PZP”), Odwołujący wnosi niniejszym odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia, które Zamawiający sformułował w sposób naruszający:

- 1) **art. 99 ust. 2, 4 i 5 PZP** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia przez odniesienie się do metod produkcji nieproporcjonalnych do celów zamówienia, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, a także poprzez opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego producenta, a wskazaniu takiemu nie towarzyszą wyrazy „lub równoważny”, co może doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców i produktów,
co prowadzi w konsekwencji do naruszenia:
- 2) **art. 241 ust. 1 i 2 PZP** poprzez określenie kryteriów oceny ofert w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia;
a także:

- 3) **art. 99 ust. 1 PZP** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ zgodnie z żądaniami określonymi w uzasadnieniu odwołania.

Termin wniesienia odwołania: ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 września 2022 r., tym samym niniejsze odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

Interes we wniesieniu odwołania: Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 505 ust. 1 PZP oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów Ustawy. W wyniku bezprawnych czynności i zaniechań Zamawiającego wskazanych powyżej, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci braku możliwości złożenia oferty lub braku możliwości konkurencyjności w postępowaniu na uczciwych, zgodnych z przepisami PZP, zasadach, a tym samym – może być pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia.

Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania (dowód w załączniku), wpis od odwołania został uiszczony (dowód w załączniku).

UZASADNIENIE

- 1. Naruszenie art. 99 ust. 2, 4 i 5 PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia przez odniesienie się do metod produkcji nieproporcjonalnych do celów zamówienia, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, a także poprzez opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego producenta, a wskazaniu takiemu nie towarzyszą wyrazy „lub równoważny”, co może doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców i produktów**

1.1. Zgodnie z treścią Załącznika nr 1 do SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia, oferowane rozwiązanie musi być oparte platformę chmurową firmy Microsoft oraz wskazane w Załączniku nr 1 do OPZ Oprogramowanie Standardowe firmy Microsoft (MS Azure). Zamawiający stwierdził również, że Wykonawca nie powinien uwzględniać kosztów licencji oraz Oprogramowania Standardowego, gdyż zostanie ono zapewnione przez Zamawiającego:

1.1.1. Załącznik nr 1 do SWZ – OPZ, pkt 3 – Przedmiot zamówienia: *„Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wdrożenie Systemu składającego się z hurtowni danych, oprogramowania ETL (odpowiedzialnego za zasilanie hurtowni danymi z systemów źródłowych) oraz narzędzia klasy BI w Chmurze publicznej, umożliwiającego generowanie raportów oraz analiz (dla którego wspomniana hurtownia danych będzie źródłem danych) wraz z zapewnieniem Warsztatów oraz świadczeniem Serwisu Utrzymaniowego i Rozwoju (dalej jako „Przedmiot Umowy” lub „Przedmiot Zamówienia”). Określenie szczegółów implementacyjnych następować będzie zgodnie z*

metodyką SCRUM, co oznacza, że podmioty przystępujące do postępowania godzą się na ustalanie szczegółowych wymagań Przedmiotu Zamówienia na każdym Etapie jego wytworzenia, z zastrzeżeniem nieprzekroczenia wymagań OPZ.

Zamawiający dostarczy Wykonawcy środowisko produkcyjne i środowisko testowo-warsztatowe, a także usługi chmurowe (Oprogramowanie Standardowe) wymagane do wykonania Projektu. Oprogramowanie Standardowe będzie dostarczone na Chmurze publicznej **MS Azure** w związku z umową Enterprise Agreement, jaką posiada Zamawiający. Koszt Oprogramowania Standardowego oraz licencji niezbędnych do stworzenia CPA w technologii Chmury publicznej **MS Azure** będzie w pełni pokryty przez Zamawiającego w ramach ww. umowy."

- 1.1.2. Załącznik nr 1 do SWZ – OPZ, pkt 3 – Cel projektu: „Celem Projektu jest wdrożenie Centralnej Platformy Analitycznej w oparciu o technologię Chmury publicznej na posiadanym przez Zamawiającego oprogramowaniu **MS Azure**.”
- 1.1.3. Załącznik nr 1 do SWZ – OPZ, pkt 5.2.1: „PFRON posiada obecnie umowę typu Enterprise Agreement na produkty Microsoft, w ramach której zostanie stworzona Centralna Platforma Analityczna. **Wykonawca oprze swoje rozwiązanie o platformę chmurową firmy Microsoft**, co oznacza, że Wykonawca nie powinien uwzględniać kosztów licencji oraz Oprogramowania Standardowego zawartego w załączniku nr 1 do OPZ.”
- 1.1.4. Załącznik nr 1 do SWZ – OPZ, pkt 4.1 Architektura CPA: „Zamawiający dostarczy Wykonawcy środowisko oraz usługi chmurowe (Oprogramowanie Standardowe) wymagane do wykonania Projektu. **Oprogramowanie Standardowe będzie dostarczone na Chmurze publicznej MS Azure** w związku z umową Enterprise Agreement, jaką posiada Zamawiający. Koszt Oprogramowania Standardowego oraz licencji niezbędnych do stworzenia CPA w technologii Chmury publicznej MS Azure będzie w pełni pokryty przez Zamawiającego w ramach ww. umowy. Specyfikację Oprogramowania Standardowego dostarczanego przez Zamawiającego do wdrożenia Centralnej Platformy Analitycznej zawiera załącznik nr 1 do OPZ.”
- 1.1.5. Załącznik nr 1 do OPZ – Specyfikacja Oprogramowania Standardowego dostarczonego przez Zamawiającego niezbędne do wdrożenia i użytkowania Centralnej Platformy Analitycznej:

„II. Oprogramowanie Standardowe oraz termin jego dostarczenia:

1. Środowisko deweloperskie:

a) Czas dostarczenia: Etap 2:

- Oprogramowanie Standardowe – zakres i parametry:
 - Azure Data Factory(V2) wraz z Self Hosted Integration Runtime pozwalającym na połączenia ze środowiskiem on-premise,
 - Data Lake Storage Gen2, Standard Tier, ZRS, Hierarchical Namespace, 512GB,
 - Azure SQL Database, Single Database, ZRS, S3 100DTU, 250GB;
- Opcjonalne Oprogramowanie Standardowe (jedynie w przypadku, gdy było to uwzględnione w architekturze rozwiązania):
 - Azure Synapse Analytics, Compute Optimized Gen2, DWU200, 1TB, 1TB Serverless SQL Pool, 1 Instance Medium(8 vCores/64GB) Spark Pool;

b) Czas dostarczenia: do 3 miesięcy po rozpoczęciu Etapu 3:

- Oprogramowanie Standardowe – zakres i parametry:

- Zmiana bazy danych z Azure SQL Database S3 100DTU na S6 400DTU oraz zwiększenie pojemności bazy z 250GB na 750GB;
- c) Czas dostarczenia: do 5 miesięcy po rozpoczęciu Etapu 3:
 - Opcjonalne Oprogramowanie Standardowe (jedynie w przypadku, gdy było uwzględnione w architekturze rozwiązania):
 - Azure Analysis Services Standard S1, 100QPU, 25GB,
 - Azure Synapse Analytics, Compute Optimized Gen2, DWU300, 1TB, 1TB Serverless SQL Pool, 1 Instance Medium(8 vCores/64GB) Spark Pool;

2. Środowisko testowo-warsztatowe

- a) Czas dostarczenia: do 6 miesięcy po rozpoczęciu Etapu 3:
 - Oprogramowanie Standardowe:
 - Azure Data Factory(V2) wraz z Self Hosted Integration Runtime pozwalającym na połączenia ze środowiskiem on-premise,
 - Data Lake Storage Gen2, Standard Tier, ZRS, Hierarchical Namespace, 512GB
 - Azure SQL Database, Single Database, ZRS, S4 200DTU, 750GB;
 - Opcjonalne Oprogramowanie Standardowe (jedynie w przypadku, gdy było uwzględnione w architekturze rozwiązania):
 - Azure Analysis Services Standard S1, 100QPU, 25GB,
 - Azure Synapse Analytics, Compute Optimized Gen2, DWU300, 1TB, 1TB Serverless SQL Pool, 1 Instance Medium(8 vCores/64GB) Spark Pool;

3. Środowisko produkcyjne

- a) Czas dostarczenia: do 6 miesięcy po rozpoczęciu Etapu 3:
 - Oprogramowanie Standardowe:
 - Azure Data Factory(V2) wraz z Self Hosted Integration Runtime pozwalającym na połączenia ze środowiskiem on-premise,
 - Data Lake Storage Gen2, Standard Tier, ZRS, Hierarchical Namespace, 512GB,
 - Azure SQL Database, Single Database, ZRS, S6 400DTU, 750GB;
 - Opcjonalne Oprogramowanie Standardowe (jedynie w przypadku, gdy było uwzględnione w architekturze rozwiązania):
 - Azure Analysis Services Standard S1, 100QPU, 25GB,
 - Azure Synapse Analytics, Compute Optimized Gen2, DWU300, 1TB, 1TB Serverless SQL Pool, 1 Instance Medium(8 vCores/64GB) Spark Pool.”

1.2. W pierwszej kolejności należy wskazać, że wymaganie przez Zamawiającego oparcia zamawianego rozwiązania o określoną z nazwy technologię określonego producenta (Microsoft) jest opisaniem przedmiotu zamówienia w sposób istotnie ograniczający konkurencyjność postępowania. **Nie ulega wątpliwości, że firma Microsoft jest wyłącznie jednym z wielu producentów, oferujących oprogramowanie standardowe niezbędne do wykonania chmury publicznej w celach opisanych w Opisie Przedmiotu Zamówienia.** Istnieje wiele innych rozwiązań, które z powodzeniem można zastosować w celu dostarczenia chmury publicznej i zapewnienia funkcjonalności opisanych w OPZ. Na rynku dostępnych jest wiele równoważnych do wskazanego przez Zamawiającego Oprogramowania Standardowego

rozwiązań, które mogą zostać udostępnione zarówno w chmurze publicznej Microsoft Azure, jak i w chmurach publicznych innych dostawców, dla przykładu:

1.2.1. Zestaw Oprogramowania Standardowego producenta IBM - IBM Cloud Pak for Data:

Oprogramowanie dostępne zarówno w chmurze publicznej Microsoft Azure w formie pakietu IBM Cloud Pak for Data license on Azure Marketplace, jak i w chmurach publicznych innych dostawców, np. IBM Cloud (Bluemix);

1.2.2. Zestaw Oprogramowania Standardowego producenta SAS:

Oprogramowanie dostępne zarówno w chmurze publicznej Microsoft Azure w formie gotowych pakietów pakietu SAS 9.4 on SAS Cloud via Microsoft Azure Marketplace, SAS Viya on SAS Cloud on Microsoft Azure Marketplace, jak i w chmurach publicznych innych dostawców, np. Google Cloud, AWS, czy SAS Cloud;

1.2.3. Zestaw Oprogramowania Standardowego producenta Oracle (np. Oracle Business Intelligence, Oracle Database, Oracle Data Integrator:

Zakupiony zestaw narzędzi może być udostępniony na zasobach wybranej chmury publicznej, w tym chmury publicznej dostawcy Microsoft.

1.3. Zgodnie z treścią art. 99 ust. 2 PZP: *Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.* Zgodnie z treścią powołanego przepisu, Zamawiający może zatem opisać przedmiot zamówienia przez odwołanie się do określonego procesu czy metody produkcji, pod warunkiem jednakże, że jest ona związana z przedmiotem zamówienia i proporcjonalna do jego wartości lub celów. **W ocenie Odwołującego można mieć wątpliwości, czy wymaganie wykonania zamówienia w oparciu o konkretne oprogramowanie Microsoft można w ogóle nazwać powołaniem się na metodę produkcji czy też proces – Zamawiający nie opisał bowiem samego procesu czy metody produkcji, lecz po prostu narzucił wykonawcom konieczność wykorzystania określonego produktu, co rzutuje na konieczność zastosowania określonej technologii.** Nawet jednak zakładając, że działanie Zamawiającego można byłoby uznać za odwołanie się do metody produkcji, to z pewnością narzucenie konieczności wykonania zamówienia w określonej technologii konkretnego producenta (Microsoft) nie może być uznane za proporcjonalne do celów zamówienia. Jak bowiem Odwołujący wskazał powyżej, istnieje wiele innych rozwiązań, prowadzących do tego samego celu, który Zamawiający zamierza osiągnąć, a narzucenie wykonawcom konkretnej technologii znacząco utrudnia uczciwą konkurencję.

1.4. Opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję stanowi jednoznaczne naruszenie przepisu art. 99 ust. 4 PZP, zgodnie z którym: *Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.* Jak wskazuje się w komentarzu do art. 99 PZP: *„Zgodnie z motywem 74 dyrektywy 2014/24/UE specyfikacje techniczne sporządzane przez publicznych*

nabywców muszą umożliwić otwarcie zamówień publicznych na konkurencję oraz realizację celów w zakresie zrównoważonego rozwoju. W tym celu należy umożliwić składanie ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych, norm i specyfikacji technicznych na rynku, w tym ofert opracowanych na podstawie kryteriów wykonania związanych z cyklem życia procesu produkcji robót budowlanych, dostaw i usług oraz ich zgodności z zasadą zrównoważonego rozwoju.” (A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych – komentarz, LEX 2022).

1.5. Odpowiadając na zarzuty Odwołującego w tym miejscu Zamawiający z całą pewnością przytoczy szereg orzeczeń i poglądów doktryny, z których wynika, że zakaz ograniczającego konkurencję opisu przedmiotu zamówienia nie ma charakteru bezwzględnego – tzn. opis taki jest uprawniony, gdy jest uzasadniony potrzebami Zamawiającego. Z takim stwierdzeniem co do zasady Odwołujący nie będzie polemizował, ponieważ co do zasady stwierdzenie to jest prawdziwe i nie będzie sporne między stronami postępowania odwoławczego. Istotnie, jak podkreśla się w komentarzu do art. 99 PZP: *„Zakaz negatywnego wpływu na konkurencję nie oznacza konieczności nabywania przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom zarówno co do jakości, jak i funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych. Jednocześnie wiąże się z nim nakaz dopuszczenia konkurencji między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do zamówienia. Stąd bardzo istotną czynnością zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla zamawiającego kluczowe znaczenie. Jak słusznie zauważył SO w Zielonej Górze w wyroku z 15.10.2007 r., V Gaz 90/07, niepubl.: „Uprawnieniem zamawiającego jest bowiem prowadzenie postępowania w celu uzyskania takiego przedmiotu, jaki jest mu dogodny ze względu na posiadane warunki oraz potrzeby i który spełni jego oczekiwania funkcjonalne (...)” (podobnie SO w Warszawie w wyroku z 14.02.2013 r., XXIII Ga 2137/12, niepubl.).” (M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski i in., Prawo zamówień publicznych, Komentarz, LEX 2021).*

1.6. O ile należy zatem zgodzić się z uprawnieniem do ograniczającego konkurencję opisu przedmiotu zamówienia w przypadku, gdy jest to uzasadnione rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego, o tyle należy podkreślić, że w tym konkretnym postępowaniu Zamawiający nie jest uprawniony do narzucania wykonawcom technologii wykonania zamówienia (wykorzystania oprogramowania Microsoft). W tym samym komentarzu podkreśla się bowiem również: *„Jednocześnie zamawiający ma ograniczoną swobodę precyzowania wymagań, w tym sensie, że muszą one mieć uzasadnienie; osiągnięcie określonego celu uzasadnionego potrzebami zamawiającego jest przeciwwagą dla ograniczenia konkurencji. Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z 11.08.2006 r., IX Ga 137/06, niepubl., rozpatrując granice swobody opisu przedmiotu zamówienia, podkreślił: „Prawo zamówień publicznych chroni bowiem z jednej strony interes Zamawiającego (interes publiczny), z drugiej nakazuje przestrzegać zasady równego traktowania potencjalnych wykonawców i uczciwej konkurencji. Formułując SIWZ, Zamawiający musi mieć na uwadze dobra chronione tą ustawą i zachować równowagę pomiędzy rozwiązaniami preferującymi poszczególne interesy”. Ograniczeniem konkurencji będzie dokonywanie opisu w sposób wskazujący na jeden produkt, usługę lub wykonawcę lub też opisanie przedmiotu zamówienia zbyt szczegółowo, nie pozostawiając miejsca dla*

przedstawienia ofert zróżnicowanych co do świadczenia, bez uzasadnienia potrzebami zamawiającego. Słusznie wskazał NSA w wyroku z 8.05.2014 r., II GSK 249/13, LEX nr 1575466: „Naruszenie zasady uczciwej konkurencji określonej w ustawie z uwagi na niewłaściwe opisanie przedmiotu zamówienia zachodzi, między innymi w sytuacji, gdy zamawiający opíše przedmiot zamówienia przez zbytnie dookreślenie przedmiotu powodujące, bez uzasadnienia, wskazanie na konkretny produkt. Naruszenie to polega również na dookreśleniu opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb zamawiającego”. Rozpatrując możliwość ograniczenia uczciwej konkurencji w opisie przedmiotu zamówienia, nie sposób abstrahować od warunków rynku właściwego dla danych dostaw, usług czy robót budowlanych. Otóż m.in. dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia na podstawie katalogów jednego z producentów, dopuszczenie jednej technologii, gdy efekt zastosowania każdej z dostępnych jest porównywalny, podział na pakiety (części), tak że wszystkie produkty w danym pakiecie może dostarczyć tylko jeden wykonawca, lub celowe łączenie w opisie przedmiotu zamówienia kilku dóbr, których uzyskanie jest możliwe oddzielnie (na różnych rynkach), tak by całość zamówienia była poddana mniejszej konkurencji, jest działaniem utrudniającym uczciwą konkurencję.”

1.7.Z informacji zawartych w SWZ wynika, że uzasadnieniem dla narzucenia wykonawcom obowiązku wykorzystania licencji Microsoft i realizacji zamówienia w technologii narzuconej przez Microsoft jest fakt, iż Zamawiający ma zawartą z Microsoft umowę na dostarczanie licencji Microsoft, i że zamierza na tej właśnie podstawie zamówić licencje w celu ich dostarczenia wykonawcy na etapie realizacji zamówienia. Okoliczności, że Zamawiający ma możliwość zamówienia licencji u Microsoft, Odwołujący nie kwestionuje. **Odwołujący kwestionuje jednakże fakt, że Zamawiający zamierza takie licencje zamówić i tym zamiarem, który jest wyłącznie zamiarem, a nie obowiązkiem Zamawiającego, uzasadnia narzucenie wykonawcom obowiązku korzystania z licencji Microsoft i realizacji zamówienia w technologii konkretnego producenta, ograniczając tym samym konkurencyjność postępowania poprzez wykluczenie wszystkich innych technologii i wszystkich innych producentów poza Microsoft.** Żaden przepis prawa nie zobowiązuje bowiem Zamawiającego do zamawiania licencji u Microsoft. Co więcej, działania takie (związanie zamawiających jedną technologią) od dawna jest piętnowane przez Urząd Zamówień Publicznych, Krajową Izbę Odwoławczą, sądy okręgowe orzekające w sprawach zamówień publicznych (za czasów obowiązywania ustawy PZP z 2004 r.), jak i na gruncie obecnie obowiązującej ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych. Dla przykładu wskazać można wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2009/22, zgodnie z którym: *„Izba nie neguje stanowiska Zamawiającego, iż to Zamawiający jako gospodarz postępowania ma prawo opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, który zagwarantuje zaspokojenie jego uzasadnionych potrzeb, adekwatnie do wyznaczonego celu, zachowując jednocześnie obiektywizm i precyzję w formułowaniu tych potrzeb. Naturalnym jest, że dyktowany uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia powodować będzie zawężenie kręgu wykonawców będących w stanie zrealizować zamówienie. Natomiast granicę dozwolonych działań Zamawiającego zakreślają zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców jako nadrzędne zasady systemu zamówień publicznych. Zasady te sprzeciwiają się dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający wykonawcom udział w postępowaniu lub prowadzący do uprzywilejowania niektórych*

wykonawców czy produktów, bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego. (...) Taki sposób opisu przedmiotu zamówienia (a dokładniej jego elementu - wymagań dotyczących integracji systemów), przez wskazanie konkretnego narzędzia (CGM API) charakteryzującego produkty konkretnego producenta (CGM), jest na gruncie art. 99 ust. 4 ustawy Pzp **dopuszczalny tylko wtedy, gdy nie wiąże się to z potencjalnym ryzykiem doprowadzenia do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów i jest uzasadnione przedmiotem zamówienia**. Warto tu przywołać też art. 99 ust. 5 ustawy Pzp wskazujący na dopuszczalność opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeśli nie da się opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, ale przy równoczesnym dopuszczeniu możliwości zaoferowania rozwiązań równoważnych. (...) Izba wskazuje ponadto na wytyczne wynikające z **motywu 74 preambuły dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE** z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz.UE.L Nr 94, str. 65), gdzie zwrócono uwagę, iż "specyfikacje techniczne sporządzane przez publicznych nabywców muszą umożliwiać **otwarcie zamówień publicznych na konkurencję oraz realizację celów w zakresie zrównoważonego rozwoju**. W tym celu **należy umożliwić składanie ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych**, norm i specyfikacji technicznych na rynku, w tym ofert opracowanych na podstawie kryteriów wykonania związanych z cyklem życia procesu produkcji robót budowlanych, dostaw i usług oraz ich zgodności z zasadą zrównoważonego rozwoju. W związku z powyższym specyfikacje techniczne powinny być opracowywane w taki sposób, aby uniknąć sztucznego zawężania konkurencji poprzez wymogi, które faworyzują konkretnego wykonawcę, odzwierciedlając kluczowe cechy dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych zwykle przez tego wykonawcę. Opracowanie specyfikacji technicznych pod względem wymagań wydajnościowych i funkcjonalnych zasadniczo umożliwia optymalne osiągnięcie tego celu. Wymagania funkcjonalne i odnoszące się do wydajności są również odpowiednim **środkiem sprzyjającym innowacji w zamówieniach publicznych i powinny być stosowane jak najszerzej** (...)."

1.8. Odwołujący wnosi zatem o:

- 1.8.1. usunięcie z SWZ (w szczególności z Załącznika zawierającego Opis Przedmiotu Zamówienia) wszelkich postanowień zobowiązujących wykonawców do wykorzystania dostarczonego przez Zamawiającego Oprogramowania Standardowego Microsoft – to jest określenie, że dostarczenie Oprogramowania Standardowego leży po stronie wykonawcy (oraz opisanie wymagań dla Oprogramowania Standardowego w sposób niewskazujący jedynie na oprogramowanie Microsoft) – tak, aby możliwe było wykonanie zamówienia w oparciu o dowolne Oprogramowanie Standardowe (dowolnego producenta), spełniające wymagania Zamawiającego;
- 1.8.2. ewentualnie – na wypadek nieuwzględnienia żądania opisanego w pkt. 1.8.1. - usunięcie z SWZ (w szczególności z Załącznika zawierającego Opis Przedmiotu Zamówienia) wszelkich postanowień zobowiązujących wykonawców do wykorzystania dostarczonego przez Zamawiającego Oprogramowania Standardowego Microsoft i umożliwienie wykonawcom zaoferowania rozwiązania opartego na dowolnym Oprogramowaniu Standardowym, spełniającym wymagania Zamawiającego (opisane

w taki sposób, aby nie wskazywały na rozwiązanie wyłącznie Microsoft), przy pozostawieniu możliwości wykorzystania Oprogramowania Standardowego zapewnionego przez Zamawiającego (Microsoft). Przy czym w takim przypadku Zamawiający powinien na potrzeby oceny ofert określić koszt licencji, które zakupi od Microsoft, i koszt ten winien być doliczony do ceny oferty wykonawców deklarujących wykonanie zamówienia z wykorzystaniem Oprogramowania Standardowego Microsoft dostarczonego przez Zamawiającego. Tylko takie działanie zapewni prowadzenie postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a więc zgodnie ze sformułowaną w art. 16 PZP naczelną zasadą, zgodnie z którą zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

2. Naruszenie art. 241 ust. 1 i 2 PZP poprzez określenie kryteriów oceny ofert w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia

2.1. Konsekwencją opisanego przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest również wadliwe określenie kryteriów oceny ofert.

2.2. Zgodnie z treścią Rozdziału XV SWZ, pkt 2, ppkt c) Zamawiający określił następujące kryterium oceny ofert:

b) Kryterium – Dodatkowe kwalifikacje i doświadczenie Personelu Kluczowego „D” – waga 10% (10% = 10 pkt)

Lp.	Specjalność	Pożądane certyfikaty	Punktacja
A	B	C	D
1.	Kierownik projektu	1) Co najmniej AgilePM Practitioner	Za posiadanie certyfikatu opisanego w kolumnie „C”, posiadane przez specjalistę wymienionego w kolumnie „B” Wykonawca otrzyma 2 pkt . Wykonawca, który nie wykaże posiadania certyfikatów nie otrzyma punktów w tym kryterium
2.	Główny Architekt	1) Azure Solutions Architect (AZ-303 + AZ-304)	Za posiadanie certyfikatu opisanego w kolumnie „C”, posiadane przez specjalistę wymienionego w kolumnie „B” Wykonawca otrzyma 2 pkt . Wykonawca, który nie wykaże

			<i>posiadania certyfikatów nie otrzyma punktów w tym kryterium</i>
3.	<i>Analitik Biznesowy</i>	1) <i>Co najmniej Azure Fundamentals (AZ-900)</i> 2) <i>Co najmniej Data Analyst (DA-100)</i>	<i>Za posiadanie certyfikatu opisanego w kolumnie „C”, posiadane przez specjalistę wymienionego w kolumnie „B” Wykonawca otrzyma 2 pkt. Wykonawca, który nie wykaże posiadania certyfikatów nie otrzyma punktów w tym kryterium</i>
4.	<i>Deweloper Hurtowni Danych oraz procesów ETL</i>	1) <i>Azure Developer (AZ-204)</i> 3) <i>Azure Database Administrator (DP-300)</i>	<i>Za posiadanie certyfikatu opisanego w kolumnie „C”, posiadane przez specjalistę wymienionego w kolumnie „B” Wykonawca otrzyma 2 pkt. Wykonawca, który nie wykaże posiadania certyfikatów nie otrzyma punktów w tym kryterium</i>
5.	<i>Projektant systemów informatycznych klasy BI</i>	<i>1) Data Analyst (DA100)</i>	<i>Za posiadanie certyfikatu opisanego w kolumnie „C”, posiadane przez specjalistę wymienionego w kolumnie „B” Wykonawca otrzyma 2 pkt. Wykonawca, który nie wykaże posiadania certyfikatów nie otrzyma punktów w tym kryterium</i>

Najkorzystniejsza oferta w kryterium – Dodatkowe kwalifikacje i doświadczenie Personelu Kluczowego „D” może uzyskać max. 10 pkt.”

2.3. Jak wynika z powołanych wyżej postanowień SWZ, Zamawiający zamierza przyznawać dodatkowe punkty za wykazanie przez wykonawcę dysponowania osobami posiadającymi m.in. certyfikaty „Data Analyst (DA-100)” (poz. 3 i 5 tabeli powyżej – Analitik biznesowy i Projektant systemów informatycznych klasy BI) oraz „Azure Database Administrator (DP-300)” (poz. 4 tabeli powyżej – Deweloper Hurtowni Danych oraz procesów ETL). Certyfikaty te odnoszą się do konkretnego Oprogramowania Standardowego, które zostało narzucone wykonawcom w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (co zostało opisane przez Odwołującego w pkt. 1 odwołania).

2.4. Certyfikat/egzamin „Data Analyst (DA-100)” potwierdza wiedzę merytoryczną w zakresie Oprogramowania Standardowego **Microsoft Power BI**. Pełna nazwa certyfikatu/egzaminu: “DA-100: Analyzing Data with Microsoft Power BI” (tłumaczenie: DA-100 Analizowanie danych za pomocą Microsoft Power BI). Oprogramowanie Standardowe Microsoft Power BI jest analitycznym oprogramowaniem narzędziowym, którego użycie nie powinno zostać narzucone przez Zamawiającego, co Odwołujący opisał w pkt. 1 odwołania. W konsekwencji nie ma również podstaw do przyznawania punktów za dysponowanie osobami posiadającymi wskazane certyfikaty (byłoby to bowiem jednoznaczne z określeniem kryteriów oceny ofert w sposób nieodnoszący się do przedmiotu zamówienia).

2.5. Podobnie certyfikat/egzamin „Azure Database Administrator (DP-300)” potwierdza wiedzę merytoryczną w zakresie oprogramowania bazodanowego **Microsoft Azure SQL**. Pełna nazwa certyfikatu/egzaminu: “DP-300: Administering Microsoft Azure SQL Solutions” (tłumaczenie: Administracja rozwiązaniami Microsoft Azure SQL). Oprogramowanie Standardowe Microsoft Azure SQL jest oprogramowaniem bazodanowym wchodzącym w skład pakietów Oprogramowania Standardowego wskazanego w Załączniku nr 1 do OPZ. Jego użycie nie powinno zostać narzucone wykonawcom przez Zamawiającego, co Odwołujący opisał w pkt. 1 odwołania. W konsekwencji nie ma również podstaw do przyznawania punktów za dysponowanie osobami posiadającymi wskazane certyfikaty (byłoby to bowiem jednoznaczne z określeniem kryteriów oceny ofert w sposób nieodnoszący się do przedmiotu zamówienia).

2.6. Odwołujący wnosi zatem o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji postanowień SWZ poprzez zmianę kryteriów oceny ofert w zakresie kryterium Dodatkowe kwalifikacje i doświadczenie Personelu Kluczowego „D” – w taki sposób, aby nie był faworyzowany personel posiadający certyfikaty w zakresie Oprogramowania Standardowego jednego producenta – Microsoft, to jest Odwołujący wnioskuję o nadanie postanowieniu SWZ Rozdział XV, pkt 2, ppkt c) następującej treści (analogicznie w ogłoszeniu o zamówieniu):

b) Kryterium – Dodatkowe kwalifikacje i doświadczenie Personelu Kluczowego „D” – waga 10% (10% = 10 pkt)

Lp.	Specjalność	Pożądane certyfikaty	Punktacja
A	B	C	D
1.	Kierownik projektu	1) Co najmniej AgilePM Practitioner	Za posiadanie certyfikatu opisanego w kolumnie „C”, posiadane przez specjalistę wymienionego w kolumnie „B” Wykonawca otrzyma 2 pkt . Wykonawca, który nie wykaże posiadania certyfikatów nie otrzyma punktów w tym kryterium

2.	Główny Architekt	1) Azure Solutions Architect (AZ-303 + AZ-304)	Za posiadanie certyfikatu opisanego w kolumnie „C”, posiadane przez specjalistę wymienionego w kolumnie „B” Wykonawca otrzyma 2 pkt. Wykonawca, który nie wykaże posiadania certyfikatów nie otrzyma punktów w tym kryterium
3.	Analitik Biznesowy	1) Co najmniej Azure Fundamentals (AZ-900) 2) Co najmniej Data Analyst (DA-100) lub certyfikat wydawany przez producenta oferowanego oprogramowania analitycznego potwierdzający wiedzę merytoryczną w dziedzinie analizy danych, w tym projektowania, budowania modeli danych, czyszczenia i przekształcania danych oraz udostępnianie zaawansowanych funkcji analitycznych dla oferowanego rozwiązania.	Za posiadanie certyfikatu opisanego w kolumnie „C”, posiadane przez specjalistę wymienionego w kolumnie „B” Wykonawca otrzyma 2 pkt. Wykonawca, który nie wykaże posiadania certyfikatów nie otrzyma punktów w tym kryterium
4.	Deweloper Hurtowni Danych oraz procesów ETL	1) Azure Developer (AZ-204) 2) Azure Database Administrator (DP-300) lub certyfikat wydawany przez producenta oferowanego oprogramowania bazodanowego potwierdzający wiedzę merytoryczną w dziedzinie planowania i wdrażania zasobów platformy danych, wdrażania bezpiecznego środowiska, monitorowania, konfigurowania i optymalizowania zasobów bazy danych, konfigurowania i	Za posiadanie certyfikatu opisanego w kolumnie „C”, posiadane przez specjalistę wymienionego w kolumnie „B” Wykonawca otrzyma 2 pkt. Wykonawca, który nie wykaże posiadania certyfikatów nie otrzyma punktów w tym kryterium

		<i>zarządzania automatyzacją zadań, planowania i konfigurowania środowiska wysokiej dostępności i odzyskiwania po awarii oferowanej platformy bazodanowej.</i>	
5.	Projektant systemów informatycznych klasy BI	1) Co najmniej Data Analyst (DA-100) lub certyfikat wydawany przez producenta oferowanego oprogramowania analitycznego potwierdzający wiedzę merytoryczną w dziedzinie analizy danych, w tym projektowania, budowania modeli danych, czyszczenia i przekształcania danych oraz udostępnianie zaawansowanych funkcji analitycznych dla oferowanego rozwiązania.	Za posiadanie certyfikatu opisanego w kolumnie „C”, posiadane przez specjalistę wymienionego w kolumnie „B” Wykonawca otrzyma 2 pkt. Wykonawca, który nie wykaże posiadania certyfikatów nie otrzyma punktów w tym kryterium

Najkorzystniejsza oferta w kryterium – Dodatkowe kwalifikacje i doświadczenie Personelu Kluczowego „D” może uzyskać max. 10 pkt.

3. Naruszenie art. 99 ust. 1 PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

3.1. W punkcie 5.3.4 Załącznika nr 1 do SWZ – Opis Przedmiot Zamówienia - Wymagania w zakresie raportów – Zamawiający zamieścił wymagania w zakresie raportów, jakie Wykonawca przygotowuje w ramach realizacji Przedmiotu Zamówienia.

3.2. W wymaganiach tych Zamawiający wskazał:

W pliku:

3.2.1. Raporty_Obszar_Dofinansowanie_refundacja_oraz_wplaty_obowiazkowe.xlsx

(stanowiącym integralną część niniejszego dokumentu) zestawiono zakresy danych do tworzenia raportów dla obszaru tematycznego „Dofinansowanie, refundacja oraz wpłaty obowiązkowe”;

3.2.2.

Raporty_do_migracji_Obszar_Dofinansowanie_refundacja_oraz_wplaty_obowiazkowe .xlsx (stanowiącym integralną część niniejszego dokumentu) zestawiono listę wszystkich raportów, jakie w ramach migracji zostaną przez Wykonawcę przeniesione do nowego

- narzędzia raportowo-analitycznego (będącego jednym z komponentów Systemu, jaki zostanie zaprojektowany i wdrożony w ramach realizacji Przedmiotu Zamówienia);
- 3.2.3. **Raporty_Obszar_Finanse_i_Organizacja_Funduszu.xlsx** (stanowiącym integralną część niniejszego dokumentu) zestawiono zakresy danych do tworzenia raportów dla Obszaru tematycznego „Finanse i Organizacja Funduszu”;
- 3.2.4. **Raporty_Obszar_Kontrola_i_Windykacja_Naleznosci.xlsx** (stanowiącym integralną część niniejszego dokumentu) zestawiono zakresy danych do tworzenia raportów dla Obszaru tematycznego „Kontrola i Windykacja. Zakres tych danych może ulec zmianie w trakcie realizacji Etapu 1 i Etapu 3 realizacji Przedmiotu Zamówienia;
- 3.2.5. **Raporty_do_migracji_Obszar_Kontrola_i_Windykacja_Naleznosci.xlsx** (stanowiącym integralną część niniejszego dokumentu) zestawiono listę wszystkich raportów, jakie w ramach migracji zostaną przez Wykonawcę przeniesione do nowego narzędzia raportowo-analitycznego (będącego jednym z komponentów Systemu, jaki zostanie zaprojektowany i wdrożony w ramach realizacji Przedmiotu Zamówienia);
- 3.2.6. **Raporty_Obszar_Wsparcie_finansowane_ze_srodkow_PFRON.xlsx** (stanowiącym integralną część niniejszego dokumentu) zestawiono do tworzenia raportów dla Obszaru tematycznego „Wsparcie osób niepełnosprawnych finansowane ze środków PFRON”. Zakres tych danych może ulec zmianie w trakcie realizacji Etapu 1 i Etapu 3 realizacji Przedmiotu Zamówienia;
- 3.2.7. **Raporty_do_migracji_Obszar_Wsparcie_finansowane_ze_srodkow_PFRON.xlsx** (stanowiącym integralną część niniejszego dokumentu) zestawiono listę wszystkich raportów, jakie w ramach migracji zostaną przez Wykonawcę przeniesione do nowego narzędzia raportowo-analitycznego (będącego jednym z komponentów Systemu, jaki zostanie zaprojektowany i wdrożony w ramach realizacji Przedmiotu Zamówienia).
- 3.3. Odwołujący w udostępnionej dokumentacji przetargowej nie odnajduje wskazanych przez Zamawiającego, jako integralną część niniejszego dokumentu (OPZ) plików.
- 3.4. **Odwołujący wnosi zatem o udostępnienie plików stanowiących integralną część dokumentacji przetargowej.**
- 3.5. Ponadto w punkcie 5.3.4.5 Załącznika nr 1 do SWZ – OPZ - Raporty dla Zarządu Funduszu, Zamawiający ograniczył się jedynie do ogólnikowego stwierdzenia: *„Raporty dla Zarządu zostaną zbudowane w oparciu o wcześniej zdefiniowane dane z poszczególnych Obszarów tematycznych wyszczególnionych w punkcie 5.3.4.1, 5.3.4.2, 5.3.4.3 oraz 5.3.4.4 Rozdziału 5.”* Przy czym Zamawiający nie określił nawet ilości wymaganych raportów, ani w żaden sposób nie określił ich złożoności. Takie zdefiniowania przedmiotu zamówienia jest w oczywisty sposób niedopuszczalne. Wykonawca na podstawie tak zdefiniowanego wymagania nie jest w żaden sposób w stanie określić wykonanie ilu raportów stanowi przedmiot zamówienia (np. czy będzie to 3 raporty, czy 300 raportów) oraz jak złożone będą wymagane raporty.
- 3.6. **Odwołujący wnosi zatem o szczegółowe określenie ilości i złożoności raportów, których wykonanie stanowi przedmiot zamówienia w ramach pkt 5.3.4.5 OPZ.**

Za Odwołującego:

Załączniki:

1. *Pełnomocnictwo wraz z opłatą;*
2. *Odpis z KRS;*
3. *Dowód uiszczenia wpisu od odwołania;*
4. *Wydruk ogłoszenia o zamówieniu;*
5. *Dowód przekazania Zamawiającemu kopii odwołania.*