

WYROK

z dnia 10 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie **6 września 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **23 sierpnia 2021 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Predictive Solutions sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie**

w postępowaniu pn. *Dostawa aktualizacji do najnowszej wersji posiadanego przez Zamawiającego oprogramowania SPSS* (nr postępowania IS-WAZ.271.6.2021)

prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Centrum Informatyki Statystycznej z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz dokonanie badania i oceny złożonych ofert.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Centrum Informatyki Statystycznej z siedzibą w Warszawie {dalej: „CIS” lub „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Dostawa aktualizacji do najnowszej wersji posiadanego przez Zamawiającego oprogramowania SPSS* (nr postępowania IS-WAZ.271.6.2021)

Ogłoszenie o tym zamówieniu 23 lipca 2021 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 021/BZP-00125325/01.

Wartość tego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

18 sierpnia 2021 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o unieważnieniu powyższego postępowania.

23 sierpnia 2021 r. Predictive Solutions sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie {dalej również: „Odwołujący” lub „PS”} wniosło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 255 pkt 6 ustawy pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie w sytuacji, w której postępowanie nie było obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.
2. Powtórzenia oceny ofert złożonych w postępowaniu i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert spełniających wymogi specyfikacji warunków zamówienia {dalej: „SWZ” lub „specyfikacja”}.

Odwołujący sprecyzował powyższy zarzut w szczególności przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

Okoliczności faktyczne.

Zgodnie z treścią SWZ przedmiotem zamówienia była dostawa oprogramowania wskazanego z nazwy, określonego słownym znakiem towarowym – oprogramowania IBM

SPSS. Szczegółowy wykaz oprogramowania znajdował się w pkt 1. załącznika nr 1 do SWZ. W pkt 4. załącznika nr 1 do SWZ Zamawiający określił wymagania funkcjonalne dla oprogramowania równoważnego.

Pismem z 27 lipca 2021 r. PS zwrócił się do Zamawiającego o potwierdzenie, że wymogi dla oprogramowania równoważnego, określone w pkt 4. załącznika nr 1 do SWZ, odnoszą się również do oprogramowania wskazanego z nazwy – IBM SPSS.

Pismem z 30 lipca 2021 roku Zamawiający potwierdził tę okoliczność.

Zamawiający unieważnił postępowanie powołując się na art. 255 pkt 6 pzp. W ocenie Zamawiającego postępowanie obciążone jest wadą, albowiem nie jest możliwe dostarczenie oprogramowania wymienionego z nazwy – IBM SPSS, które zawierałoby wszystkie funkcjonalności wymienione w pkt 4. załącznika nr 1 do SWZ, co prowadzi do wniosku, że świadczenie wykonawcy jest obiektywnie niemożliwe, a zatem umowa podlegałaby unieważnieniu.

Standardowe oprogramowanie IBM SPSS Statistics nie posiada wszystkich funkcjonalności wskazanych w pkt 4. załącznika 1 do SWZ, jednak dysponuje funkcjonalnościami umożliwiającymi profesjonalnym dostawcom tego oprogramowania opracowywanie rozszerzeń i dodatków funkcjonalnych.

IBM jako producent oprogramowania IBM SPSS Statistics, zachęca użytkowników tego oprogramowania oraz swoich partnerów do opracowywania rozszerzeń i udostępniania ich innym użytkownikom. W tym celu menu oprogramowania IBM SPSS Statistics zawiera „Centrum Rozszerzeń”, umożliwiające dodawanie rozszerzeń realizujących funkcjonalności, których standardowe oprogramowanie nie dysponuje.

PS przygotował takie i inne rozszerzenia oprogramowania IBM SPSS Statistics i zaoferował je wraz z tym oprogramowaniem w ramach autorskiego rozwiązania o nazwie PS IMAGO PRO, które opracowuje i dystrybuje w oparciu o umowy zawarte z firmą IBM.

Zaoferowane przez PS oprogramowanie równoważne spełniało wszystkie wymogi zawarte w SWZ, w tym w szczególności wszystkie wymogi wskazane dla oprogramowania równoważnego, wymienione szczegółowo w pkt 4 załącznika nr 1 do SWZ.

Okoliczności prawne.

Zgodnie z ustalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej wymogi dla przedmiotu zamówienia równoważnego nie powinny być bardziej rygorystyczne niż dla przedmiotu wskazanego z nazwy. Jak wskazała Izba w uzasadnieniu wyroku z 7 kwietnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 254/08: *Produkt równoważny to taki, który ma te same cechy funkcjonalne, co konkretny produkt wskazany w SIWZ z nazwy lub pochodzenia. Z kolei w*

wyroku z 2 września 2010 r. sygn. akt KIO 1775/10 Izba uznała, że naruszeniem zasady uczciwej konkurencji w zamówieniach publicznych jest taki opis przedmiotu zamówienia, który *powodowałby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych.*

Wyjaśnienia treści SWZ stanowią integralną jej część i są wiążące zarówno dla zamawiającego, jak i dla wszystkich wykonawców. *Należy podkreślić, że wszystkie wyjaśnienia treści SWZ udzielone wykonawcom w toku postępowania, a także dokonane zmiany treści SWZ wiążą zarówno zamawiającego, jak i wykonawców. Traktowane są one bowiem jak integralna część SWZ. Zamawiający w toku postępowania nie może odstąpić od interpretacji treści SWZ, jaką zaprezentował poprzez udzielanie wyjaśnień, wykonawcy natomiast muszą brać pod uwagę udzielone wyjaśnienia i nie mogą powoływać się na własną wykładnię treści SWZ – odmienną od zaprezentowanej przez zamawiającego w wyjaśnieniach* [D. Grześkowiak-Stojek, *Komentarz do Prawa zamówień publicznych* pod red. Jaworska, 2021, wyd. 2, program komputerowy Legalis, wyd. C. H. Beck]. W takim kierunku idą też orzeczenia Izby (por np. wyrok z 9 stycznia 2020 r. sygn.. akt KIO 2589/19, opubl Legalis).

Zastosowanie art. 255 pkt 6 pzp jako podstawy prawnej wymaga stwierdzenia łącznie trzech warunków. Chodzi o ustalenie, że zamawiający naruszył przepisy postępowania, wada ta jest nieusuwalna i brak możliwości zawarcia umowy, która nie ulegałaby unieważnieniu.

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że żadna z trzech przesłanek wynikających z art. 255 pkt 6 pzp nie wystąpiła.

Po pierwsze, Zamawiający na etapie formułowania wymogów dla przedmiotu zamówienia nie dopuścił się naruszenia żadnego przepisu. Sam Zamawiający nie określił zresztą w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania, jaki to przepis miałby być naruszony.

Zamawiający tak określił wymogi oprogramowania, że obiektywnie mogły one być spełnione przez wykonawców. Treść SWZ w tym zakresie była przez Zamawiającego wyjaśniona w ramach odpowiedzi na pytania wykonawców. Żaden z trzech uczestniczących w postępowaniu wykonawców nie zakwestionowało treści SWZ i złożyło oferty, a tym samym potwierdziło, że świadczenie jest możliwe. Opracowanie i udostępnienie rozszerzeń wymaganych przez Zamawiającego jest możliwe, o ile wykonawca samodzielnie przygotuje wymagane rozszerzenia.

Po drugie, skoro nie ma wady, nie może być mowy o jej nieusuwalności.

Po trzecie, dostawa oprogramowania spełniającego wymogi SWZ, w tym te z pkt 4

załącznika nr 1 do SWZ, jest możliwa, skoro PS złożył taką ofertę. Tym samym jest możliwe zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu.

W odpowiedzi na odwołanie z 3 września 2021 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, przedstawiając następującą argumentację.

Okoliczności faktyczne.

Przedmiotem zamówienia była dostawa oprogramowania IBM SPSS – wskazanego przez Zamawiającego na zasadach wynikających z art. 99 ust. 5 oraz 6 ustawy pzp w pkt 3 załącznika nr 1 do SWZ (zawierającego opis przedmiotu zamówienia).

30 lipca 2021 r. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 1 potwierdził, że wymagania wskazane w pkt 4. załącznika nr 1 do SWZ odnoszą się również do oprogramowania określonego znakiem handlowym.

Oprogramowania IBM SPSS nie posiada funkcjonalności wskazanych w pkt 4. załącznika nr 1 do SWZ w następującym zakresie: 1) wykres radarowy, 2) wykresy tabelowe, które umożliwiają połączenie wykresu (do wyboru co najmniej słupkowy, szeregu, histogram) i tabeli prezentującej statystyki (do wyboru co najmniej minimum, maksimum, średnia, mediana, odchylenie standardowe) w ramach jednego obiektu raportowego.

Produkt zaoferowany przez PS spełnia wymagania określone w pkt 4. załącznika nr 1 do SWZ.

Formularze ofertowe z pozostałych ofert nie zawierają określenia, czy oferowane oprogramowanie IBM SPSS zawiera powyższe funkcjonalności.

Okoliczności prawne.

W przypadku określenia przedmiotu zamówienia znakiem towarowym, a zatem w przypadku wskazania konkretnego, istniejącego w określonej postaci produktu, nie jest możliwe uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia o kolejne cechy, których dany produkt nie posiada, gdyż nie będzie to wówczas już ten produkt, który został określony znakiem handlowym.

Wymagania dla równoważnego produktu nie powinny być bardziej rygorystyczne niż dla przedmiotu wskazanego danym znakiem towarowym.

Określona w art. 255 pkt 6 ustawy pzp podstawa unieważnienia nie wymaga wskazania przepisu, który został przez zamawiającego naruszony, a konieczne jest jedynie stwierdzenie takiej wady postępowania, która uniemożliwia zawarcie umowy, które nie podlegałyby unieważnieniu.

Zgodnie z art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego {dalej: „kc”} umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna.

Zgodnie z art. 2 ust. 1 Prawa autorskiego opracowanie cudzego utworu, a zatem dokonanie jego przeróbki jest przedmiotem osobnego prawa autorskiego, a korzystanie z niego jest możliwe w oparciu o udzielenie prawa zależnego.

W tych okolicznościach Zamawiający wywiódł, co następuje.

Potwierdzenie przez Zamawiającego, że postanowienia pkt 3. i 4. opisu przedmiotu zamówienia należy traktować łącznie, doprowadziło do sytuacji, w której przedmiotem zamówienia stał się produkt (oprogramowanie) nieistniejące, gdyż nie jest możliwe zawarcie umowy na oprogramowanie IBM SPP zawierające wszystkie funkcjonalności wymagane dla oprogramowania równoważnego. Tym samym przedmiot umowy obejmowałby świadczenie niemożliwe do spełnienia, a taka umowa według art. 387 § 1 kc jest nieważna.

Niezależnie od powyższej wady wystąpiła druga, polegająca na tym, że określono nadmierne wymagania w odniesieniu do produktu równoważnego.

O ile jest możliwe spełnienie wszystkich wymagań opisu przedmiotu zamówienia, o tyle nie przez dostawę oprogramowania IBM SPSS, a przez wytworzenie innego oprogramowania, do którego prawa przysługują innemu podmiotowi.

Odwołujący próbuje wykorzystać omyłkę Zamawiającego w celu zagwarantowania sobie uzyskania zamówienia, gdyż z jednej strony twierdzi, że jest możliwe zaoferowanie oprogramowania IBM SPSS z przedmiotowymi funkcjonalnościami, a z drugiej przyjmuje, że pozostałe złożone oferty tych funkcjonalności nie obejmują.

Do postępowania odwoławczego w tej sprawie nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska i argumentację.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje

wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż unieważnienie tego postępowania uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Załącznik nr 1 do SWZ zawiera w szczególności opis przedmiotu zamówienia w następującym brzmieniu.

Dostawa aktualizacji do najnowszej wersji posiadanego przez Zamawiającego oprogramowania SPSS. Zamawiający dopuszcza dostawę nowej licencji na oprogramowanie równoważne obejmujące funkcjonalność statystyczną, prezentacyjną i obsługową na nie niższym stopniu zaawansowania statystycznego i prezentacyjnego oraz programowania niż najnowsza dostępna wersja oprogramowania SPSS. Oprogramowanie równoważne musi spełniać wymagania określone w pkt 4.

(...)

3. Szczegółowa specyfikacja oprogramowania aktualizowanego

Zadanie polega na dostarczeniu Zamawiającemu bezterminowych licencji sieciowych, pozwalających na uruchomienie w środowisku terminalowym najnowszej dostępnej wersji oprogramowania SPSS zgodnie z określonym zapotrzebowaniem:

| <i>kod</i> | <i>nazwa</i> | <i>ilość licencji</i> |
|------------------|---|-----------------------|
| <i>D0ELQLL</i> | <i>IBM SPSS Statistics Base concurrent user perpetual license</i> | <i>30</i> |
| <i>D0ELLLL</i> | <i>IBM SPSS Advanced Statistics concurrent user perpetual license</i> | <i>4</i> |
| <i>D0EL9LL</i> | <i>IBM SPSS Complex Samples concurrent user perpetual license</i> | <i>4</i> |
| <i>D0ELULL</i> | <i>IBM SPSS Custom Tables concurrent user perpetual license</i> | <i>16</i> |
| <i>D0EMELL-1</i> | <i>IBM SPSS Exact Tests concurrent user perpetual license</i> | <i>4</i> |
| <i>D0EM8LL</i> | <i>IBM SPSS Forecasting concurrent user perpetual license</i> | <i>2</i> |
| <i>D0ELL1L</i> | <i>IBM SPSS Regression concurrent user perpetual license</i> | <i>2</i> |

4. Wymagania dla oprogramowania równoważnego

Oprogramowanie równoważne musi spełniać poniższe wymagania:

4.1. Wymagania ogólne:

- 1) Licencja ważna na czas nieoznaczony.*
- 2) Licencja na jednoczesnych użytkowników.*

3) Wersja oprogramowania instalowana na serwerze terminalowym.

4) Oprogramowanie musi umożliwiać logowanie domenowe z wykorzystaniem mechanizmu Active Directory, bez konieczności kolejnego logowania.

5) Wersja oprogramowania możliwa do zarządzania poprzez serwer licencji.

6) Pełne wsparcie dla systemu Windows 10.

7) Roczny serwis techniczny dla licencji.

Serwis techniczny musi obejmować dostarczenie nowej wersji oprogramowania, jeśli ta pojawi się w okresie 1 roku od dnia podpisania Umowy.

8) Oprogramowanie musi być wyposażone w samouczek – czyli zestaw lekcji multimedialnych umożliwiający samodzielną naukę programu.

9) Oprogramowanie musi:

a. pracować na danych zapisanych w formacie SPSS (pliki z rozszerzeniem „sav”),

b. wykorzystywać komendy języka SPSS i pliki poleceń SPSS (pliki z rozszerzeniem „sps”),

c. otwierać (także do edycji) oraz zapisywać raporty w formacie SPSS (pliki z rozszerzeniem „spv”),

d. umożliwiać korzystanie i edycję skryptów utworzonych w SPSS (pliki z rozszerzeniem „sbs”).

4.2. Wymagania w zakresie operacji na danych.

1) Oprogramowanie musi umożliwiać import danych w różnych formatach, w tym co najmniej: Excel (XLS, XLSX), SAS (SAS7BDAT), SPSS (SAV), oraz plików tekstowych za pomocą dedykowanego kreatora (TXT, DBF, ASCII, CSV).

2) Oprogramowanie musi zapewniać możliwość tworzenia wykresów z wykorzystaniem interaktywnego kreatora – obsługiwanego za pomocą mechanizmu „przeciągnij i upuść” zapewniającego podgląd układu wykresu w trakcie tworzenia.

3) W ramach interfejsu oprogramowanie powinno zapewniać, co najmniej przygotowanie następujących wykresów:

a. słupkowy,

b. histogram (w tym piramida populacyjna)

c. liniowy,

d. kołowy, pierścieniowy,

e. skrzynkowy,

f. rozrzutu, wielowymiarowy wykres rozrzutu,

g. radarowy, szeregu,

h. punktowy,

i. na mapach Polski (mapa gradientów, słupkowe, kołowe, liniowe). Podział na województwa, gminy i powiaty,

j. tabelowe, które umożliwiają połączenie wykresu (do wyboru co najmniej słupkowy, szeregu, histogram) i tabeli prezentującej statystyki (do wyboru co najmniej minimum, maksimum, średnia, mediana, odchylenie standardowe) w ramach jednego obiektu raportowego,

4) Oprogramowanie musi zapewniać dostęp do danych gromadzonych w ramach popularnych systemów bazodanowych za pomocą sterowników ODBC lub mechanizmu OLE DB. Dostęp do baz danych powinien być realizowany za pomocą kreatora pozwalającego tworzyć i zapisywać kwerendy w języku SQL.

5) Oprogramowanie musi dawać możliwość przeszukiwania i zastępowania w zbiorze danych określonych wartości (i ciągów tekstowych).

6) Musi istnieć możliwość zarządzania brakami danych co najmniej w zakresie:

a. zastępowanie braków danych wartościami średniej, mediany, dominanty,

b. wykorzystania mechanizmu wielokrotnej imputacji braków danych,

c. wyłączenia wszystkich obserwacji z brakami.

7) Oprogramowanie musi zapewniać możliwość definiowania różnych rodzajów braków danych, w tym co najmniej braków odpowiadających odpowiedziom kwestionariuszy: „nie wiem”, „nie dotyczy” i „odmowa odpowiedzi”.

8) Oprogramowanie musi zapewniać możliwość kopiowania własności zmiennych w obrębie jednego zbioru danych oraz kopiowania własności pomiędzy zbiorami danych.

9) Musi być możliwe tworzenie zestawów wielokrotnych odpowiedzi, tj. obiektów łączących wartości pochodzących z różnych zmiennych, w których zakodowane są odpowiedzi na pytania wielokrotnego wyboru.

10) Oprogramowanie musi zapewniać możliwość podglądu z poziomu kreatora podstawowych informacji o zmiennej (typ zmiennej, etykieta zmiennej, poziom pomiaru, kategorie zmiennej – w przypadku zmiennych nominalnych i porządkowych). Utworzony zestaw wielokrotnych odpowiedzi musi być możliwy do użycia przy konstruowaniu obiektów tabelarycznych i budowaniu wykresów.

11) Oprogramowanie musi zapewniać następujące funkcjonalności w zakresie przekształcania i przygotowania danych:

a. Sortowanie rekordów na podstawie jednej lub większej liczby zmiennych.

b. Podział zbioru danych na części, tak by analizy były automatycznie wykonywane dla różnych grup jednostek analizy (np. jednostek terytorialnych).

c. Identyfikacja powtarzających się rekordów na podstawie pojedynczej zmiennej lub zestawu wybranych zmiennych.

d. Wyszukiwanie i usuwanie duplikatów rekordów oraz duplikatów zmiennych w zbiorze danych.

- e. Selekcja losowa i warunkowa rekordów, permanentna lub tymczasowa – bez utraty zawartości zbioru danych (niewybrane rekordy pozostają nieaktywne – nie są brane pod uwagę podczas przekształcania danych i analizy).
- f. Operacje wykonywane wg. zmiennych takie jak: zliczanie wystąpień określonych wartości lub przedziałów wartości w zestawie zmiennych, sumowanie wartości po zmiennych, wyciąganie wartości maksymalnej i minimalnej z zestawu zmiennych, wyliczanie średniej, mediany, odchylenia standardowego dla grup zmiennych.
- g. Sprawdzanie poprawności danych poprzez:
 - i. weryfikację poprawności obserwacji obejmuje sprawdzenie identyfikatorów pod względem występowania braków danych i duplikatów oraz oznaczenie pustych obserwacji,
 - ii. weryfikację poprawności zmiennych obejmuje między innymi oznaczenie zmiennych z dużą ilością braków danych i zmiennych z dużą liczbą kategorii mało licznych,
 - iii. poszukiwanie błędów logicznych i wartości spoza dopuszczalnego zakresu,
 - iv. wyliczanie dla każdej obserwacji indeksu anomalii, który mierzy nietypowość obserwacji z uwzględnieniem jej przynależności do grupy o zbliżonych wartościach.
- h. Restrukturyzacja zbioru danych, w tym co najmniej możliwe jest przekształcenie wybranych zmiennych w grupy powiązanych ze sobą obserwacji, przekształcenie grup obserwacji w zmienne oraz pełna transpozycja zbioru danych.
- i. Agregacja zbioru danych z użyciem co najmniej takich miar jak: suma, średnie, mediana, minimum, maksimum, odchylenie standardowe, liczba agregowanych rekordów, pierwsza i ostatnia w grupie. W przypadku agregacji oprogramowanie powinno dawać możliwość przypisania jako nowych zmiennych do istniejącego zbioru danych miar wyliczonych z wykorzystaniem funkcjonalności agregacji.
- j. Rekodowanie wartości zmiennych na podstawie liczebności kategorii w zbiorze danych, w taki sposób, że w wyniku rekodowania cecha najliczniej reprezentowana w danych otrzymuje najniższą/najwyższą wartość na nowej liście wartości, a kolejne wartości cechy w zależności od liczności uzyskują kolejne wartości numeryczne.
- k. Automatyczne rekodowanie cech małowartościowych w oparciu o zdefiniowane przez użytkownika kryteria, w celu ułatwienia analizy i bardziej przejrzystej prezentacji wyników. Na przykład kategorie cech, których reprezentacja w zbiorze jest mniejsza niż założona przez użytkownika zostają zgrupowane do kategorii „inne” (np. wszystkie wartości stanowiące poniżej X%, zostają zgrupowane w ramach oddzielnej kategorii).
- l. Kategoryzacja wizualna zmiennych ilościowych z możliwością automatycznego wyboru punktów podziału (w oparciu o wyznaczenie równolicznych kategorii, percentyli, punktów przedstawiających miary odchylenia standardowego) i możliwością tworzenia etykiet opisujących granice przedziałów dla utworzonych kategorii.

m. Automatyczne przekształcanie zmiennych tekstowych w zmienną numeryczną, gdzie kolejnym wartościom tekstowym np. „{Zmienna-A X” , „Zmienna-A Y”, „Zmienna-A Z” itd. są przypisywane kolejne wartości 1,2,3 itd. Jednocześnie z wartości tekstowych są automatycznie tworzone etykiety wartości.

n. Kodowanie dychotomiczne, które pozwala w oparciu o wartości wybranej cechy przyjmującej określone wartości utworzyć zestaw zmiennych dychotomicznych, zawierających wartość informacyjną cechy wyjściowej.

o. Operacje na datach wyciągnię z daty: dni, miesiący, kwartałów, roku, dnia tygodnia, dnia w roku, tygodnia. Tworzenie daty z oddzielnych zmiennych reprezentujących dzień, miesiąc, rok.

p. Kreator wyliczania nowych zmiennych przy użyciu funkcji arytmetycznych, daty i czasu, logicznych, statystycznych.

q. Ważenie rekordów wartościami wybranej zmiennej i zakresie rekordów na podstawie wybranych zmiennych.

r. Standaryzacji lub też normalizacji zmiennych poprzez wskazanie odpowiednio wartości średniej i odchylenia standardowego dla zmiennych standaryzowanych lub wartości minimalnej i maksymalnej dla zmiennych normalizowanych.

12) Oprogramowanie musi zapewniać co najmniej następujące techniki analityczne:

a. regresja liniowa, estymacja krzywej regresji,

b. tabele krzyżowe z możliwością prezentacji miar współzależności zmiennych (liczebności obserwowane i liczebności oczekiwane, test proporcji kolumnowych, skorelowane zmienne V-Cramera),

c. jednoczynnikowa analiza wariancji,

d. korelacja zmiennych,

e. porównywanie średnich,

f. statystyki ilorazowe dla zmiennych ilościowych,

g. analiza dyskryminacyjna,

h. testy nieparametryczne: McNemara, Kołmogorowa-Smirnowa, Kendalla,

i. hierarchiczna analiza skupień i analiza skupień metodą k-średnich,

j. analiza czynnikowa i analiza głównych składowych,

k. analizy symulacyjne,

l. analiza miar nierówności.

13) Oprogramowanie musi umożliwiać konstruowanie tabel wykorzystujących trzy wymiary prezentacji danych: wiersze, kolumny i warstwy, w oparciu o interaktywny kreator – obsługiwany przy pomocy mechanizmu „przeciągnij i upuść” zapewniający podgląd układu tabeli w trakcie jej tworzenia. W ramach interfejsu oprogramowanie powinno zapewniać,

co najmniej:

- a. możliwość sortowania wierszy etykiet lub statystyk,*
- b. możliwość prezentowania zestawów wielokrotnych odpowiedzi, obejmująca tworzenie tabel dla pytań kwestionariusza z możliwością wyboru wielu odpowiedzi,*
- c. możliwość umieszczania w tabeli więcej niż jednej zmiennej poprzez ustawianie zmiennych obok siebie i ich zagnieżdżanie,*
- d. umieszczania w wierszach, kolumnach i warstwach podsumowań w zależności od prezentowanych statystyk (liczebności, procenty, statystyki opisowe).*

14) Oprogramowanie musi zapewniać następujące możliwości edycji utworzonych tabel i wykresów:

- a. edycji graficznej poszczególnych elementów tabeli oraz wykresu: wyświetlanie nagłówków, komentarzy, linii referencyjnych i innych elementów,*
- b. automatyczne kolorowanie komórek tabeli (gradientowe - w zależności od natężenia cechy oraz warunkowe – dla ustalonych wartości, a także pomijania kolorowania przekątnej),*
- c. edytowania tabel oraz wykresów w zakresie: zmiany porządku kategorii (sortowanie na podstawie wartości, etykiet, statystyki, itp.),*
- d. możliwość tworzenia szablonów tabel i wykresów użytkownika oraz korzystania z predefiniowanych szablonów wizualizacji, umożliwiającą automatyzację raportowania z zachowaniem jednolitego standardu graficznego prezentacji wyników,*
- e. edytowanie elementów tabeli oraz wykresu i prezentowania statystyk w zależności od typu i charakteru wybranych zmiennych.*

15) Oprogramowanie musi zapewniać możliwość importowania map.

16) Wymagane jest, aby oprogramowanie dysponowało możliwością wizualizacji na mapach Polski, co najmniej w podziale na województwa i powiaty.

17) Oprogramowanie musi zapewniać wygodny eksport obiektów wynikowych (tabel i wykresów), co najmniej do dokumentu Ms-Word, MS-Excel, MS-PowerPoint oraz do obiektów HTML. W przypadku wykresów konieczne jest z zachowanie formatowania (kolory, linie i obramowania), a w przypadku tabel posiadających warstwy, zachowanie możliwości wyboru czy eksportowana ma być tylko pierwsza widoczna warstwa tabeli, czy wszystkie warstwy jako kolejne tabele.

18) Oprogramowanie musi zapewniać następujący wachlarz zaawansowanych technik analitycznych takich jak:

- a. regresja liniowa,*
- b. uogólnione modele liniowe,*
- c. regresja logistyczna,*
- d. uogólnione równania estymujące,*

e. procedury ANOVA,

f. liniowe modele mieszane,

g. ogóle modele wielowymiarowych tabel kontyngencji dostępne z poziomu języka polecań (syntax),

19) Oprogramowanie daje możliwość wykonywania testów dla jednej, dwu i k prób (zarówno zależnych, jak i niezależnych), testy zgodności, także testy miary siły związków.

4.3. Wymagania w zakresie raportowania.

1) Oprogramowanie musi umożliwiać tworzenie raportów.

2) Oprogramowanie musi umożliwiać użycie komentarzy i notatek dodawanych do obiektów wynikowych jako opisów w treści raportu.

3) Musi istnieć możliwość eksportu gotowych raportów do formatu, przynajmniej: HTML i PDF.

5. Wsparcie

1) Dostarczone oprogramowanie objęte będzie dwunastomiesięcznym wsparciem technicznym producenta oprogramowania.

2) Wsparcie musi być dostępne w języku polskim.

3) Wsparcie obejmować będzie dostarczenie nowej wersji oprogramowania w razie jej opublikowania przez producenta oprogramowania.

W ramach pytania PS zawarł w piśmie z 27 lipca 2021 r. również wyczerpujący następujący opis sytuacji.

W pkt. 4 Załącznika (Wymagania dla oprogramowania równoważnego) wymienione są funkcjonalności, które nie są dostępne w oprogramowaniu wyspecyfikowanym w pkt. 3 Załącznika (Szczegółowa specyfikacja oprogramowania aktualizowanego) np.:

- wykres radarowy,
- wykresy tabelowe, które umożliwiają połączenie wykresu (do wyboru co najmniej słupkowy, szeregu, histogram) i tabeli prezentującej statystyki (do wyboru co najmniej minimum, maksimum, średnia, mediana, odchylenie standardowe) w ramach jednego obiektu raportowego.

Rozłączna interpretacja pkt. 3 i pkt. 4 prowadziłaby do nierównego traktowania podmiotów ubiegających się o uzyskanie zamówienie publicznego, jako że stawiałaby wyższe wymagania dostawcom oprogramowania równoważnego (pkt. 4) stawiając ich w gorszej sytuacji, niż dostawców oprogramowania wskazanego z nazwy / znaku towarowego (pkt. 3).

Taka sytuacja jest niezgodna z przepisami o zamówieniach publicznych. Odmienne i bardziej rygorystyczne wymagania dla przedmiotu zamówienia, który ma spełniać kryterium równoważności prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i, tym samym,

przepisów art. 16 pkt 1) i art. 99 ust. 4 i ust. 5 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych.

W wyroku z dnia 7 kwietnia 2008 roku (KIO/UZP 254/08, program Legalis) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że: „Produkt równoważny to taki, który ma te same cechy funkcjonalne, co konkretny produkt wskazany w SIWZ z nazwy lub pochodzenia.”

Z kolei w wyroku z dnia 2 września 2010 roku (KIO 1775/10, uzp.gov.pl) Izba uznała, że naruszeniem zasady uczciwej konkurencji w zamówieniach publicznych jest taki opis przedmiotu zamówienia, który „powodowałby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych”.

Zamawiający w ramach wyjaśnień treści SWZ z 30 lipca 2021 r. w odpowiedzi na pytanie PS *de facto* potwierdził, że zakres określonych przez niego dla oprogramowania równoważnego wymagań funkcjonalnych jest obowiązujący, niezależnie od tego, jakiego pochodzenia oprogramowanie zostanie zaoferowane. Dzięki temu usunięty został dotychczasowy dualizm opisu przedmiotu zamówienia, który z jednej strony zawierał kompleksowy opis funkcjonalny, a z drugiej strony dopuszczał zaoferowanie oprogramowania IBM SPSS, które standardowo nie obejmuje wszystkich funkcjonalności wymaganych przez Zamawiającego.

Poza wszelkim sporem jest okoliczność, że przy tak skorygowanym opisie przedmiotu zamówienia można było złożyć ofertę, która jest w pełni z nim zgodna. W oczywisty sposób oznacza to, że opis przedmiotu zamówienia nie wskazywał na świadczenie obiektywnie niemożliwe do spełnienia.

Co więcej, nie zostało zaprzeczone, że bazując na oprogramowaniu IBM SPSS, możliwe jest wykonanie przy użyciu dostępnych w nim narzędzi rozszerzeń o funkcjonalności, których dodatkowo oczekiwał Zamawiający.

W zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania Zamawiający nie był w stanie sprecyzować wady opisu przedmiotu zamówienia, która nie pozwalałaby na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie tego zamówienia.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołanie jest zasadne.

Brzmienie art. 99 pzp określającego w ust. 1-7 zasady dotyczące opisu przedmiotu zamówienia:

1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności

mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

2. 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.

3. Do opisu przedmiotu zamówienia stosuje się nazwy i kody określone we Wspólnym Słowniku Zamówień.

4. 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.

5. Przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

6. Jeżeli przedmiot zamówienia został opisany w sposób, o którym mowa w ust. 5, zamawiający wskazuje w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności.

7. Zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia konieczność przeniesienia praw własności intelektualnej lub udzielenia licencji.

Z powyższych przepisów wynika, że co do zasady odwołanie się do znaku towarowego jest uważane za przykład opisu przedmiotu zamówienia utrudniającego uczciwą konkurencję, stąd jest dopuszczone wyłącznie na zasadzie wyjątku, w sytuacji gdy zamawiający nie może w inny sposób wystarczająco precyzyjnie i zrozumiale opisać świadczenia, które zaspokoi jego potrzeby. W konsekwencji należy uznać, że tym bardziej dopuszczalne jest coś mniej, czyli odwołanie się do znaku towarowego wyłącznie w zakresie, w jakim niemożliwe jest sprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zgodnie z art. 255 pkt 6 pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą

uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przy czym w art. 457 ust 1. pzp wyszczególniono 5 sytuacji, w których umowa podlega unieważnieniu związanych z naruszeniem konkretnie wskazanych tam przepisów ustawy pzp dotyczących prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, co należy pochylić za sprecyzowanie niemożliwych do usunięcia wad tego postępowania, o których mowa w art. 255 pkt 6 pzp.

Przyjmując, że zamawiający powinien mieć również możliwość uniknięcia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, która z innych powodów niż wąsko określone w art. 457 ust. 1 pzp mogłaby podlegać unieważnieniu, tym bardziej powinien to odpowiednio uzasadnić pod względem prawnym i faktycznym, jeżeli czyni to dopiero po otwarciu ofert.

Po pierwsze, zgodnie z art. 260 ust. 1 pzp o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Po drugie, z art. 256 pzp wynika, że wyłącznie przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert, zamawiający może unieważnić postępowanie, jeżeli wystąpiły okoliczności powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione.

W tej sprawie Zamawiający w sposób nieuzasadniony dopatruje się wady prowadzonego postępowania, bez uprzedniego ustalenia treści opisu przedmiotu zamówienia, jaki ostatecznie ukształtował w wyniku udzielonych w trybie przewidzianym ustawą pzp wyjaśnień treści SWZ. Tymczasem SWZ wraz z udzielonymi wyjaśnieniami wiąże zarówno zamawiającego, jak i wykonawców, którzy mogą i powinni się z nimi zapoznać, a jeżeli mają w związku z tym jakieś wątpliwości, powinni je zgłosić w drodze zadania pytania, jak to uczynił w stosowanym czasie Odwołujący.

Jednocześnie Zamawiający antycypuje niedopuszczalny i nieusuwalny negatywny wpływ dokonanej czynności na wynik postępowania wyłącznie na podstawie przeprowadzenia swoistego wstępnego badania ofert, choć z zawiadomienia o unieważnieniu postępowania, nie wynika, że uprzednio dokonał badania złożonych ofert.

Przed wszystkim w okolicznościach niniejszej sprawy brak jest prawnych podstaw dla uchylecia się przez Zamawiającego od przeprowadzenia badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty. W tym badaniu złożonych ofert pod kątem zgodności ich treści z treścią opisu przedmiotu zamówienia, ukształtowanym przez Zamawiającego w ten, a nie inny sposób, do którego wszyscy wykonawcy mieli dostęp na równych zasadach, a następnie skonfrontowania uzewnętrznionego wyniku tych

czynności ze stanowiskiem zainteresowanych uzyskaniem zamówienia wykonawców uczestniczących w postępowaniu.

Oczywiście bezzasadne jest powoływanie się przez Zamawiającego na niemożliwość świadczenia. Co prawda zgodnie z art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego {dalej: „kc”} umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna, jednakże w doktrynie i orzecznictwie panuje zgodność, że w przepisie tym świadczenie niemożliwe oznacza takie zachowanie, którego żadna osoba nie może zrealizować (tak też Sąd Najwyższy w wyrokach wydanych: 22 listopada 1973 r. sygn. akt III CRN 255/73, 8 maja 2002 r. sygn. akt III CKN 1015/99, 8 stycznia 2009 r. sygn. akt I CSK 239/08, 20 marca 2009 r. sygn. akt II CSK 611/08, 12 sierpnia 2009 r. sygn. akt IV CSK 81/09, 18 maja 2011 r. sygn. akt III CSK 217/10). W przypadku świadczeń opisanych skutkowo chodzi o taki stan rzeczy, którego żadna osoba nie jest w stanie osiągnąć w sposób wskazany w umowie, a jeżeli umowa nie wskazuje sposobu realizacji świadczenia – w żaden sposób.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 255 pkt 6 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia – wobec czego – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b nowej ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania, orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 nowej ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 7 ust. 1 pkt 1 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 od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając nimi Zamawiającego. Izba nie uwzględniła natomiast wniosku Odwołującego o zasądzenie od Zamawiającego kosztów przejazdu na posiedzenie przed Izbą wobec nieprzedstawienia w tym zakresie do zamknięcia rozprawy rachunków lub spisu kosztów, co jest wymagane zgodnie z § 5 pkt 2 tego rozporządzenia.