

WYROK
z dnia 2 listopada 2021r.

Krajowa Izba Odwoławcza, w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu w dniu 28 października 2021r. na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 października 2021 r. przez wykonawcę **EMCA S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - **Prokuraturę Krajową w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **S&T Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie,
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu uzasadnionych kosztów strony stanowiących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (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.

Przewodniczący :

UZASADNIENIE

Skarb Państwa – Prokuratura Krajowa w Warszawie prowadzi postępowanie na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021r., poz. 1129 ze zm.; dalej: „Pzp”) o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: *„Rozbudowę posiadanych przez Zamawiającego licencji rozwiązania SIEM”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 188-488578 w dniu 28 września 2021r.

Odwołujący – EMCA S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 w związku z art. 99 ust. 4 Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję ze względu na postawienie wymogu, iż oferowane rozwiązanie musi znajdować się w kwadracie liderów Magic Quadrant for Security Information and Event Management (SIEM) Gartner w edycji najbardziej aktualnej na dzień składania ofert, co skutkuje brakiem możliwości złożenia oferty w niniejszym postępowaniu ze względu na fakt, iż postawione wymaganie zawęży krąg podmiotów które mogą brać w nim udział. Odwołujący stwierdził ponadto, że Zamawiający jednocześnie nie posiada sposobność zweryfikowania tych kryteriów. Podstawy wpisu na listę liderów Magic Quadrant for Security Information and Event Management (SIEM) Gartner są bowiem znane jedynie dla ograniczonego kręgu podmiotów, co powoduje wątpliwość co do zasadności przedmiotowego wymagania. Podmiot prowadzący listę liderów Magic Quadrant for Security Information and Event Management (SIEM) jest także komercyjnym przedsiębiorcą analityczno-badawczym, którego opinie nie mogą mieć przełożenia na wybór oferty w postępowaniu.

W oparciu o tak sformułowany zarzut Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”), w tym w szczególności Załącznika nr 1 do SWZ, który jednocześnie stanowi załącznik nr 1 do Umowy – Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia poprzez wykreślenie zapisu: „Oferowane rozwiązanie musi znajdować się w kwadracie liderów Magic Quadrant for Security Information and Event Management (SIEM) Gartner w edycji najbardziej aktualnej na dzień składania ofert” lub w inny sposób zapewniający zachowanie zasad określonych w art. 16 pkt 1 w związku z art. 99 ust. 4 Pzp.

Sygn. akt KIO 2976/21

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest rozbudowa posiadanych przez Zamawiającego licencji rozwiązania SIEM. System informatyczny klasy SIEM służy do zarządzania informacją i zdarzeniami bezpieczeństwa. Celem rozwiązań SIEM jest m.in. zbieranie, analizowanie, raportowanie i zapisywanie danych dzienników zebranych z hostów, aplikacji i urządzeń zabezpieczających w celu zapewnienia wsparcia dla zarządzania zgodnością z politykami bezpieczeństwa oraz obowiązującymi przepisami prawa.

Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 29 września 2021 r. zwrócił się do Zamawiającego o usunięcie kwestionowanego zapisu, jako rażąco ograniczającego konkurencję w niniejszym postępowaniu i jednocześnie uniemożliwiającego uczestnictwo w nim krajowym producentom. Wprowadzenie bowiem tego zapisu w załączniku nr 1 do SWZ – „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia”, ogranicza konkurencję i tym samym pozostaje w sprzeczności z podstawową zasadą udzielania zamówień, o której mowa w art. 16 pkt 1 Pzp. Podkreślił, że na rynku istnieją rozwiązania, które realizują wymagania stawiane przed nimi w ramach przedmiotowego postępowania, ale nie są one obecne w rankingach takich jak Magiczny Kwadrant Gartnera czy Forrester. Dotyczy to chociażby polskich producentów rozwiązań klasy SIEM, którzy ze względów czysto finansowych nie są w stanie używać tego typu narzędzi marketingowych. Odwołujący podkreślił, że powyższe rankingi mają obecnie głównie charakter marketingowy i nie powinno się ich traktować jako narzędzie do weryfikacji dojrzałości rozwiązań informatycznych. Zamawiający w sposób bardzo szczegółowy określił jakie są wymagania funkcjonalne dla rozwiązania SIEM i to właśnie takie wymagania powinny być podstawą do oceny oferowanych rozwiązań. Jednocześnie wskazania wymaga również fakt, iż bezzasadne jest powoływanie się na Magiczny Kwadrat Gartnera, ze względu na to, iż jest on jedynie serią badań rynku prowadzonego przez amerykańską firmę Gartner Inc.. Tym samym nie ma wiarygodnych informacji o przydatności i weryfikowalności takich badań, a zapis ten według Odwołującego w sposób nieuzasadniony ogranicza krąg podmiotów, którzy mogą świadczyć usługę.

W opinii Odwołującego, Zamawiający naruszył także zasadę równego traktowania wykonawców. Zapis, iż oferowane rozwiązanie musi znajdować się w kwadracie liderów Magic Quadrant for Security Information and Event Management (SIEM) Gartner w edycji najbardziej aktualnej na dzień składania ofert w sposób jednoznaczny, ale nieuzasadniony przyczynia się do dyskryminacji oferentów. Odwołujący wskazał, że raport Magic Quadrant for Security Information and Event Management (SIEM) Gartner zawiera informację o pozycji podmiotów z branży IT. Przedstawia zatem subiektywną opinię przedsiębiorcy jakim jest Gartner. Opisuje mocne i słabe strony każdej firmy oraz jej aktualną pozycję. Dostęp do pełnego raportu dostają jedynie klienci Gartnera z wykupioną subskrypcją. Nie jest zatem

Sygn. akt KIO 2976/21

możliwe zapoznanie się z całą jego treścią dla każdego zainteresowanego. Magiczny Kwadrat Gartnera (Gartner Magic Quadrant) to zatem przedstawione w formie graficznej podsumowanie tego raportu. Ukazuje pozycję danego podmiotu na podstawie, znanych tylko autorowi raportu, kryteriów. Tym samym odwołanie się do takiego źródła, do którego treści mają dostęp tylko wybrane podmioty, jest zdaniem Odwołującego całkowicie bezzasadne. Rolą Zamawiającego jest opisanie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu tak, aby dopuścić szeroką konkurencję do udziału w postępowaniu, natomiast wszelkie ograniczenia w dostępie do zamówienia powinny być usprawiedliwione obiektywną potrzebą zamawiającego, a nie jedynie oczekiwaniem jednego z wykonawców dogodniejszych warunków konkurencji. W niniejszej sprawie, nie sposób doszukać się podstaw wprowadzenia skarżonego zapisu. Ponadto, zdaniem Odwołującego sposób, w który Zamawiający opisał przedmiot zamówienia, powołując się na Magiczny Kwadrat Gartnera (Gartner Magic Quadrant) utrudnia uczciwą konkurencję i wyłącza bez uzasadnionej przyczyny pozostałych wykonawców.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości. Podkreślił, że celem przedmiotowego zamówienia jest realizacja projektu budowy centralnej platformy gromadzenia i korelacji logów w skali całej Prokuratury - tj. wspólnej dla systemów informatycznych oraz infrastruktury informatycznej we wszystkich jednostkach Prokuratury w Polsce. Rozwiązanie ma objąć swoim zasięgiem usługę katalogową, pocztę elektroniczną, urządzenia sieciowe, zdarzenia raportowane przez urządzenia fizyczne, logi generowane przez aplikacje biznesowe Zamawiającego oraz usługi działające na warstwie systemu operacyjnego. Platforma SIEM, wprowadza mechanizm nadzoru nad funkcjonowaniem systemów przetwarzania informacji w zakresie bezpieczeństwa informacji, ciągłości działania, wykrywania awarii, wykrywania anomalii ruchu i rozwiązywania problemów. Zamawiający podkreślił, że posiada system i infrastrukturę należącą do jednych z najbardziej wrażliwych w sektorze publicznym oraz, że posiada ponad 300 jednostek na terenie całego kraju, z których dane będą trafiały do rozwiązania pozyskanego w ramach przedmiotowego postępowania. Tym samym, uzasadnioną potrzebą zakupową Zamawiającego jest zbudowanie kluczowego, stabilnego i możliwie trwałego systemu bezpieczeństwa, opartego na sprawdzonym i odpowiednio dojrzałym rozwiązaniu, pochodzącym z zaufanego źródła, którego rozwój, a także dalsze funkcjonowanie, nie będzie niewiadomym lub wątpliwym.

Zamawiający zakwestionował stanowisko Odwołującego wskazując, że dokumentacja zamówienia została sporządzona zgodnie z wymaganiami przepisów ustawy Pzp. Wyjaśnił, że Gartner Inc. jest działającym od lat 70 XX w. uznanym podmiotem analityczno-doradczym, publikującym jedne z najbardziej uznawanych i opiniodawczych treści z branży

Sygn. akt KIO 2976/21

IT. Raporty Gartner Inc. (Gartner Magic Quadrant) z uwagi na ich kompleksowość, przyjęte metody badawcze i zaangażowanie szerokiego grona specjalistów w ich tworzenie są powszechnie uznawanymi źródłami wiedzy o dostępnych w danych dziedzinach IT technologii. Ponadto na raporty i publikacje Gartnera powołują się organy administracji rządowej, w tym Ministerstwo Cyfryzacji, w kluczowych dokumentach związanych ze strategią informatyczną Państwa. Referowanie do raportów Gartnera przyjęte powszechnie jest też na rynku zamówień publicznych, czy to na gruncie wymagań OPZ, czy kryteriów oceny ofert. Wskazał, że Gartner nie jest producentem rozwiązań IT, która to okoliczność mogłaby wpłynąć na ocenę publikowanych przez niego treści, zwłaszcza, że jednym z obszarów jego działalności traktowanych z dużą atencją jest właśnie zapewnienie obiektywizmu czy bezstronności publikowanych raportów, czego wyrazem jest m.in. podawanie kryteriów jakie przyjęte zostały dla dokonania ocen zawartych w publikacjach Gartner Magic Quadrant. Co więcej uwzględnienie danego produktu lub rozwiązania w raporcie Gartnera nie jest limitowane lub ograniczone do danej grupy podmiotów np. wnoszących jakiegokolwiek opłaty w celu ujęcia ich w raporcie.

Referowanie to tego typu jak raporty Gartnera opracowań, jest przyjętą praktyką w branży IT, zwłaszcza wobec różnego rodzaju oprogramowań, dla których nie są co do zasady publikowane normy jakościowe, a posługiwanie się tymi standardami jest więc powszechnie uznawane za miarodajne. Zamawiający wyjaśnił, że wiodącymi kryteriami oceny Gartnera są m.in. posiadanie efektywnego kanału sprzedaży oraz wsparcia przed i po sprzedażowego, możliwości finansowe podmiotu, zdolności do dalszego i długotrwałego rozwoju produktów, w tym z uwzględnieniem zapewnienia ich innowacyjności. Tym samym, produkty wskazane w kwadrancie liderów Magic Quadrant for Security Information and Event Management (SIEM) Gartnera dają potencjalnemu nabywcy pewność, iż zakupione przez niego rozwiązanie pochodzi od wiarogodnego, także finansowo podmiotu, które jest dojrzałe rozwojowo i umożliwi korzystanie przez długi czas. Innymi słowy, ranking Gartnera daje gwarancję, że oferowane rozwiązanie sprawdziło się na szeroką skalę, posiada udokumentowaną „mapę” produktów oraz wizję ich rozwoju i sieć partnerów wdrażających, co daje też nabywcy komfort dostępności alternatywnych dostawców danego rozwiązania w razie, gdyby pierwotny partner nie mógł wywiązać się ze swoich zobowiązań.

Odnosząc się do argumentów dotyczących braku możliwości weryfikacji postawionego wymagania Zamawiający wskazał, że posiada on wyniki zawarte w Raportach Gartnera, które nota bene są w znacznej części publikowane niekomercyjnie przez wspomniany podmiot, w tym na jego stronach internetowych (istotą bowiem działalności Gartner Inc. jako jednostki analityczno-badawczej jest publikowanie wyników swoich badań). Co więcej, podmioty ujęte w Kwadrantach Gartnera, same dzielą się informacjami o

Sygn. akt KIO 2976/21

zamieszczeniu ich samych lub ich produktów w tych raportach, traktując to jako formę rekomendacji, czy wręcz reklamy. Tym samym wiedza jakie podmioty lub produkty znajdują się w tych raportach jest powszechną dla osób działających w branży IT. Ponadto Zamawiający wskazał, że Zamawiający posiada narzędzie służące do weryfikacji przedmiotowego wymagania na wypadek wystąpienia jakichkolwiek wątpliwości w tym zakresie, jak chociażby możliwość wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści jego oferty w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym, same tylko (jakkolwiek nieprawdziwe) sygnalizowane przez Odwołującego potencjalne utrudnienia w weryfikacji przez Zamawiającego nie mogą świadczyć same w sobie o naruszeniu przepisu art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp.

W konsekwencji, zdaniem Zamawiającego, w postępowaniu nie zaistniała okoliczność polegająca na braku równego traktowania Wykonawców lub naruszenia konkurencyjności z uwagi na fakt wystąpienia uzasadnionych potrzeb Zamawiającego.

Przystępujący w piśmie procesowym i na rozprawie przedstawił stanowisko, wnosząc o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

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

odwołanie podlegało oddaleniu.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę. Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę S&T Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie ustalając, że przystąpienie wpłynęło w terminie określonym w art. 525 ust. 1 Pzp.

Wyjaśnić należy, że Izba rozpoznając odwołanie dokonuje oceny w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu, czy postanowienia zawarte przez Zamawiającego w treści SWZ, nie naruszają przepisów Pzp. Zgodnie z art. 99 ust. 4 Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego

Sygn. akt KIO 2976/21

procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Stosownie natomiast do treści z art. 16 pkt 1 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Izba w pełni podziela stanowisko przywołane w wyrokach Sądów Okręgowych i Sądu Apelacyjnego oraz w wyrokach i uchwałach Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którymi: "Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji określonej w ustawie z uwagi na niewłaściwe opisanie przedmiotu zamówienia zachodzi, między innymi w sytuacji, gdy zamawiający opisz przedmiot zamówienia przez zbytne 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 funkcjonalny uregulowaniu potrzeb zamawiającego" (KIO 765/14 z 5 maja 2014r.).

Podobny pogląd Izba wyraziła również w uchwale z 7 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO/KD 40/17: "Opis przedmiotu zamówienia jest jedną z najistotniejszych czynności dokonywanych w toku przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazuje na to ponowienie w ustawie w odniesieniu stricte do opisu przedmiotu zamówienia generalnej zasady zawartej wcześniej w art. 7 ust. 1 Pzp, a obowiązującej w odniesieniu do wszystkich czynności podjętych przez zamawiającego w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, od jego przygotowania i wszczęcia poczynsz, a na zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego skończywszy. Zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Na wagę opisu przedmiotu zamówienia dla prawidłowego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia wskazuje nie tylko ponowienie reguły zawartej w art. 7 ust. 1 Pzp, ale również to, że naruszeniem normy art. 29 ust. 2 Pzp nie jest rzeczywiste, lecz już potencjalne ograniczenie konkurencji w postępowaniu. W świetle przywołanych przepisów swoboda zamawiającego w określaniu cech robót budowlanych, dostaw lub usług, które chce zakupić, jest ograniczona koniecznością zachowania zasad ustalonych w art. 7 ust. 1 Pzp. Opis przedmiotu zamówienia ograniczający możliwość złożenia ofert przez wykonawców, który nie jest podyktowany racjonalnymi i obiektywnie uzasadnionymi potrzebami zamawiającego narusza prawo. Naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest zatem nie tylko opis przedmiotu zamówienia wskazujący wprost na jeden konkretny produkt lub wykonawcę, ale także taki

Sygn. akt KIO 2976/21

opis, który utrudnia dostęp do zamówienia jedynie kilku wybranym wykonawcom działającym w danym obszarze rynku. Z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp należy wywieść zatem zasadę neutralności opisu przedmiotu zamówienia, który powinien być opisany w taki sposób, że charakterystyka wymagań zamawiającego jest tak samo czytelna i zrozumiała dla wszystkich wykonawców i nie pozycjonuje ich szans na uzyskanie zamówienia".

Z przywołanych stanowisk wynika jednoznacznie, iż Zamawiający ma prawo do określenia swoich uzasadnionych, obiektywnych i racjonalnych potrzeb i nabycia przedmiotu zamówienia spełniającego te potrzeby, jednakże nie wolno mu tego czynić poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, utrudniając uczciwą konkurencję i zamykając możliwość ubiegania się o zamówienie pozostałym wykonawcom. Zatem istotnymi a zarazem kluczowymi elementami w ocenie czy nastąpiło utrudnienie uczciwej konkurencji jest łączne spełnienie przesłanek w zakresie eliminacji konkurencji oraz braku uzasadnionej potrzeby Zamawiającego w zakresie jakości, funkcjonalności lub parametrów technicznych urządzeń.

Izba wyraża stanowisko, iż opis przedmiotu zamówienia nie musi być sformułowany w taki sposób, aby umożliwiać ubieganie się o udzielenie zamówienia każdemu zainteresowanemu wykonawcy, jednakże nie oznacza to, iż Zamawiający prowadząc postępowanie w trybie konkurencyjnym, poprzez zapisy SWZ doprowadza do całkowitego wyeliminowania konkurencji w postępowaniu. Jednakże w niniejszej sprawie Izba uznała, że Zamawiający odnośnie postanowienia zawartego w załączniku nr 1 do Umowy – Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia, że: „Oferowane rozwiązanie musi znajdować się w kwadracie liderów Magic Quadrant for Security Information and Event Management (SIEM) Gartner w edycji najbardziej aktualnej na dzień składania ofert” wykazał, iż powyższy wymóg jest uzasadniony jego potrzebami. Podkreślić należy, że skonkretyzowane, obiektywne potrzeby Zamawiającego mogą usprawiedliwić utrudnienie uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający może wprowadzić wymogi, ograniczając krąg potencjalnych podmiotów, jednakże zawężenie to następuje nie w celu preferowania określonego wykonawcy i naruszenia zasad konkurencji, ale w celu uzyskania produktu najbardziej odpowiadającego jego potrzebom. Zamawiający wykazał istnienie uzasadnionych potrzeb w preferowaniu powyższego żądania, dla którego przedstawił stosowne uzasadnienie w odpowiedzi na odwołanie oraz w trakcie rozprawy. Zamawiający wskazał bowiem, że zakup rozwiązania skutecznie minimalizującego wystąpienie ryzyk, które mogłyby w sposób istotny ujemnie wpłynąć na funkcjonowanie Prokuratury w sferze przetwarzania danych. Wyjaśnił, że ujęcie danego rozwiązania w kwadrancie liderów Magic Quadrant for Security Information and Event Management (SIEM) Gartnera świadczy o jego

pochodzeniu z zaufanego źródła, gwarantującego możliwość korzystania z tego rozwiązania przez dłuższy czas, które będzie też rozwijane z uwzględnieniem postępu technologicznego.

Izba za niezasługujące na uwzględnienie uznała stanowisko Odwołującego co do braku możliwości weryfikacji postawionego wymogu, z uwagi na fakt, że podstawy wpisu na listę liderów Magic Quadrant for Security Information and Event Management (SIEM) Gartner są znane jedynie ograniczonemu kręgu podmiotów. Odnosząc się do powyższego wskazać po pierwsze należy, że Zamawiający na potwierdzenie powyższego wymogu oczekuje od wykonawców złożenia jedynie stosownego oświadczenia, nie zaś przedłożenia mu treści całego raportu w celu ustalenia podstawy wpisu na listę liderów. Po drugie natomiast na rozprawie zarówno Zamawiający jak i Przystępujący przedłożyli jako dowód grafikę kwadratu, na podstawie której Zamawiający będzie badał, czy zaoferowane przez wykonawców rozwiązanie znajduje się w kwadracie. Izba jako niewiarygodny uznała dowód złożony przez Odwołującego na potwierdzenie braku możliwości posługiwania się raportem przez podmioty nie posiadające stosownej subskrypcji, bowiem Zamawiający na rozprawie wykazał, że z anglojęzycznej treści dowodu, wybiórczo przetłumaczonego przez Odwołującego, wynika, że możliwe jest posługiwanie się fragmentami raportu, paragrafami lub grafiką. Powyższe potwierdza w ocenie Izby, że Zamawiający będzie miał możliwość weryfikacji wymagania. Ponadto, jak wskazano na rozprawie, każdy z podmiotów znajdujący się na liście liderów Gartnera informację o tym umieszcza w profilu swojej firmy, co również w opinii Izby potwierdza możliwość ustalenia czy dany producent/oprogramowanie znajduje się w magicznym kwadracie. Zauważyć także należy, że pomimo stanowiska Odwołującego, że wprowadzony wymóg dyskryminuje krajowych wykonawców, to jak wynika z dowodu przedłożonego przez Zamawiającego, rozwiązanie oferowane przez Odwołującego w tym kwadracie się znajduje, co już samo w sobie przesądza o niezasadności stanowiska Odwołującego.

Końcowo wskazać należy, że w związku z tym, iż poza rozwiązaniem oferowanym przez Odwołującego w magicznym kwadracie znajduje się jeszcze 5 innych rozwiązań, w ocenie Izby potwierdza stanowisko, że w rozpoznawanym stanie faktycznym nie może być mowy o ograniczeniu konkurencji.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020r. poz. 2437).

Sygn. akt KIO 2976/21

Przewodniczący: