

POSTANOWIENIE
z dnia 19 grudnia 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik
Anna Osiecka-Baran
Aleksandra Patyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników w dniu 19 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 grudnia 2022 r. przez wykonawcę MAXTO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowo-Akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Sąd Apelacyjny we Wrocławiu

przy udziale wykonawcy Omnilogy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego MAXTO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowo-Akcyjna z siedzibą w Warszawie kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:
.....
.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Sąd Apelacyjny we Wrocławiu (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Usługa monitorowania systemów informatycznych przy wykorzystaniu narzędzia klasy APM” (nr ref. Z-2502-37/22). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 31 października 2022 r. pod numerem 2022/S 210-603180. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 5 grudnia 2022 r. wykonawca MAXTO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowo-Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec zmian postanowień SWZ w zakresie:

1. kryteriów oceny ofert (dodatkowe funkcjonalności oraz licencja jednego producenta):
 - 1.1. rozdz. XIII SWZ, Dodatkowe funkcjonalności (F), kryterium Lp. 1 oraz Lp. 1 Załącznika nr 8 do SWZ – w zakresie sformułowania kryterium, które jest nieuzasadnione, niezapewniające uzyskania lepszego jakościowo lub funkcjonalnie rozwiązania i przyznania większej liczby punktów wykonawcy, który dostarczy rozwiązanie spełniające wymaganie „2.3.2. pkt 6) *Oprogramowanie musi rejestrować (automatycznie oraz poprzez API) wgrywanie nowych wersji aplikacji na serwery aplikacyjne. Informacje te muszą być dostępne przy analizie wykrytych problemów bezpośrednio przez interfejs graficzny narzędzia.*”;
 - 1.2. rozdz. XIII SWZ, Dodatkowe funkcjonalności (F), kryterium Lp. 2 oraz Lp. 2 Załącznika nr 8 do SWZ – w zakresie sformułowania nieuzasadnionego kryterium oceny ofert i niezapewniającego uzyskania lepszego jakościowo lub funkcjonalnie rozwiązania i nieuzasadnionego przyznania większej liczby punktów wykonawcy, który dostarczy rozwiązanie spełniające wymaganie „2.3.2. pkt 15) *Oprogramowanie musi umożliwiać automatyczne sprawdzanie dostępności aplikacji poprzez wykonywanie skryptu symulującego pracę użytkownika. Przygotowanie skryptu nie może wymagać od użytkownika umiejętności programistycznych, musi wykorzystywać mechanizm record-replay.*”;
 - 1.3. rozdz. XIII SWZ, Dodatkowe funkcjonalności (F), kryterium Lp. 4 oraz Lp. 4 Załącznika nr 8 do SWZ – w zakresie - w zakresie sformułowania

nieuzasadnionego kryterium oceny ofert i niezapewniającego uzyskania lepszego jakościowo lub funkcjonalnie rozwiązania, i nieuzasadnionego przyznania większej liczby punktów wykonawcy, który dostarczy rozwiązanie spełniające wymaganie „2.3.4. pkt 11) *Oprogramowanie musi umożliwiać monitoring połączeń między poszczególnymi procesami, serwerami i udostępniać automatycznie budowaną mapę połączeń w formie graficznej. W przypadku wykrycia anomalii skutkującej wygenerowaniem alertu serwer musi zostać oznaczony na wizualizacji w sposób jednoznacznie wskazujący na wystąpienie problemu.*”;

- 1.4. rozdz. XIII SWZ, Dodatkowe funkcjonalności (F), kryterium Lp. 6 oraz Lp. 6 Załącznika nr 8 do SWZ – w zakresie sformułowania kryterium, które jest niezrozumiałe, niejednoznaczne, a jednocześnie zupełnie nieuzasadnione, niezapewniające uzyskania lepszego jakościowo lub funkcjonalnie rozwiązania i w zakresie przyznania większej liczby punktów wykonawcy, który dostarczy rozwiązanie spełniające wymaganie „2.3.4. pkt 19) *Oprogramowanie musi w przypadku wykrycia problemu automatycznie wskazać najbardziej prawdopodobną przyczynę wystąpienia problemu.*”;
- 1.5. rozdz. XIII SWZ, Dodatkowe funkcjonalności (F), kryterium Lp. 7 oraz Lp. 7 Załącznika nr 8 do SWZ – w zakresie sformułowania nieuzasadnionego kryterium oceny ofert i niezapewniającego uzyskania lepszego jakościowo lub funkcjonalnie rozwiązania i bezpodstawnego przyznania większej liczby punktów w ramach kryterium wykonawcy, który dostarczy rozwiązanie spełniające wymaganie, które nie ma dla Zamawiającego uzasadnienia i nie spowoduje lepszej jakości oferowanego rozwiązania „2.3.4. pkt 26) *Oprogramowanie musi zapewniać, że monitorowanie pracy użytkownika końcowego (user experience) nie może wymagać instalacji dodatkowych komponentów po stronie użytkownika i nie może wymagać zmian konfiguracji serwerów WWW lub aplikacyjnych. Zmiana konfiguracji czy też włączenie/wyłączenie monitorowania zachowań użytkownika musi odbywać się z centralnego komponentu do zarządzania systemem monitorującym, w sposób automatyczny oraz bez potrzeby restartu serwerów monitorowanego środowiska.*”;
- 1.6. rozdz. XIII SWZ, Dodatkowe funkcjonalności (F), kryterium Lp. 10 oraz Lp. 10 Załącznika nr 8 do SWZ – w zakresie sformułowania nieuzasadnionego kryterium oceny ofert i niezapewniającego uzyskania lepszego jakościowo lub funkcjonalnie rozwiązania i przyznania dodatkowych punktów wykonawcy za oferowanie przez Oprogramowanie pełnego sterowania pracą dziennika zdarzeń poprzez API, a nie poprzez graficzny interfejs użytkownika (GUI);

- 1.7. rozdz. XIII SWZ, Licencja jednego producenta (P) – oraz pkt: Licencja jednego producenta (P) Załącznika nr 8 do SWZ - w zakresie sformułowania nieuzasadnionego kryterium oceny ofert i niezapewniającego uzyskania lepszego jakościowo lub funkcjonalnie rozwiązania, a jednocześnie sformułowanego w sposób niejednoznaczny i niezrozumiały i przyznanie dodatkowych punktów w ramach kryterium wykonawcy, który dostarczy rozwiązanie, którego wszystkie funkcjonalności będą dostarczone w ramach jednej licencji od jednego producenta.
2. Załącznika nr 1 do OPZ – Lista serwerów - w zakresie niejednoznacznego i niewyczerpującego określenia rodzaju monitorowanych serwerów poprzez określenie ich jako „dowolny”.
3. Rozdz. XII pkt 1 SWZ oraz pkt IV.2.2) Ogłoszenia o zamówieniu w zakresie terminu składania ofert.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. w odniesieniu do pkt 1.1-1.7 naruszenie:
 - a) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 2) i pkt 3) ustawy Pzp poprzez określenie nieproporcjonalnych nieuzasadnionych i naruszających uczciwą konkurencję kryteriów oceny ofert, które nie zapewnią wyboru jako najkorzystniejszej oferty przedstawiającej najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny oraz niezapewniający najlepszej jakości i najlepszych efektów zamówienia, w stosunku do poniesionych nakładów;
 - b) art. 240 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1)-3) ustawy Pzp poprzez określenie kryteriów oceny ofert w sposób niejednoznaczny, niezrozumiały, pozostawiający zamawiającemu możliwość arbitralnego decydowania o przyznaniu punktów w ramach kryterium, a tym samym nieograniczonej swobody w wyborze oferty oraz w sposób nieuzasadniony, niezapewniający uzyskania lepszego jakościowo lub funkcjonalnie rozwiązania, uniemożliwiającego faktyczną weryfikację i porównania poziomu oferowanego wykonania zamówienia, a jednocześnie w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez zapewnienie możliwości przyznania wyżej liczby punktów w ramach kryterium oceny ofert za funkcjonalności charakterystyczne dla jednego, konkretnego rozwiązania Dynatrace;
2. w odniesieniu do pkt 2 - naruszenie art. 99 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 2) i 3) ustawy PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprzejrzysty, niejednoznaczny, niewyczerpujący, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nieuwzględniający wszystkich okoliczności mających wpływ na treść oferty, tzn. poprzez brak określenia co

Zamawiający rozumie przez serwer „dowolny”, co w konsekwencji uniemożliwia wykonawcom prawidłowe przygotowanie oferty i kalkulację ceny oferty;

3. w odniesieniu do pkt 3 – naruszenie art. 16 pkt 1) - 3) w zw. z art. 137 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert w sytuacji, gdy wraz z opublikowaniem dokumentacji Postępowania Zamawiający nie udostępnił wykonawcom wszelkich informacji, które są niezbędne do przygotowania i złożenia oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących modyfikacji SWZ:

- 1.1. modyfikację rozdz. XIII SWZ, Dodatkowe funkcjonalności (F), kryterium Lp. 1 oraz Lp. 1 Załącznika nr 8 do SWZ poprzez przyznanie takiej samej liczby punktów za spełnienie wymagań określonych w kolumnie 2 i 4 ewentualnie:
usunięcie z kryterium wymagania z kolumny 2 *„Oprogramowanie musi rejestrować (automatycznie oraz poprzez API) wgrywanie nowych wersji aplikacji na serwery aplikacyjne. Informacje te muszą być dostępne przy analizie wykrytych problemów bezpośrednio przez interfejs graficzny narzędzia”*, i pozostawienie wymagania *„Oprogramowanie musi rejestrować (automatycznie lub poprzez API) wgrywanie nowych wersji aplikacji na serwery aplikacyjne. Informacje te muszą być dostępne przy analizie wykrytych problemów bezpośrednio przez interfejs graficzny narzędzia”* oraz przyznanie 2 punktów w przypadku spełnienia tego wymagania;
- 1.2. modyfikację rozdz. XIII SWZ, Dodatkowe funkcjonalności (F), kryterium Lp. 2 oraz Lp. 2 Załącznika nr 8 do SWZ poprzez przyznanie takiej samej liczby punktów za spełnienie wymagań określonych w kolumnie 2 i 4 ewentualnie:
usunięcie z kryterium wymagania z kolumny 2 *„Oprogramowanie musi umożliwiać automatyczne sprawdzanie dostępności aplikacji poprzez wykonywanie skryptu symulującego pracę użytkownika. Przygotowanie skryptu nie może wymagać od użytkownika umiejętności programistycznych, musi wykorzystywać mechanizm record-replay”*, i pozostawienie wymagania *„Oprogramowanie musi umożliwiać automatyczne sprawdzanie dostępności aplikacji poprzez wykonywanie skryptu symulującego pracę użytkownika. Przygotowanie skryptu nie może wymagać od użytkownika umiejętności programistycznych, musi wykorzystywać mechanizm record-replay lub być zgodne ze specyfikacją Selenium WebDriver Python”* oraz przyznanie 3 punktów w przypadku spełnienia tego wymagania;

- 1.3. modyfikację rozdz. XIII SWZ, Dodatkowe funkcjonalności (F), kryterium Lp. 4 oraz Lp. 4 Załącznika nr 8 do SWZ poprzez przyznanie takiej samej liczby punktów za spełnienie wymagań określonych w kolumnie 2 i 4;
- 1.4. modyfikację rozdz. XIII SWZ, Dodatkowe funkcjonalności (F), kryterium Lp. 6 oraz Lp. 6 Załącznika nr 8 do SWZ poprzez przyznanie takiej samej liczby punktów za spełnienie wymagań określonych w kolumnie 2 i 4;
- 1.5. usunięcie w rozdz. XIII SWZ, Dodatkowe funkcjonalności (F), kryterium Lp. 7 oraz Lp. 7 Załącznika nr 8 do SWZ oraz odpowiednie dostosowanie wag pozostałych kryteriów oceny ofert
ewentualnie:
modyfikację poprzez nadanie wymaganiu z wyżej wymienionego kryterium Lp. 7 w kolumnie 2 następującego brzmienia *„2.3.4. pkt 26) Oprogramowanie musi zapewniać, że monitorowanie pracy użytkownika końcowego (user experience) nie może wymagać instalacji dodatkowych komponentów po stronie użytkownika i nie może wymagać zmian konfiguracji serwerów WWW lub aplikacyjnych. Zmiana konfiguracji czy też włączenie/wyłączenie monitorowania zachowań użytkownika musi odbywać się bez potrzeby restartu serwerów monitorowanego środowiska”*
- 1.6. modyfikację rozdz. XIII SWZ, Dodatkowe funkcjonalności (F), kryterium Lp. 10 oraz Lp. 10 Załącznika nr 8 do SWZ przez umożliwienie zapewnienia ww. funkcjonalności przez graficzny interfejs użytkownika, to jest poprzez dodanie w kolumnie 2 sformułowania „lub poprzez GUI” (w sposób przedstawiony przez Odwołującego w tabeli);
- 1.7. usunięcie w rozdz. XIII SWZ kryterium Licencja jednego producenta (P) – oraz w Załączniku nr 8 do SWZ kryterium Licencja jednego producenta (P) oraz odpowiednie dostosowanie wag pozostałych kryteriów oceny ofert;
2. uzupełnienie Załącznika nr 1 do OPZ – Lista serwerów poprzez jednoznacznie określenie rodzajów serwerów oznaczonych jako „dowolne”, poprzez wskazanie, czy są to serwery aplikacyjne, bazodanowe czy infrastrukturalne;
3. modyfikację rozdz. XII pkt 1 SWZ oraz pkt IV.2.2) Ogłoszenia o zamówieniu poprzez zmianę terminu składania ofert przez przesunięcie go o co najmniej 5 dni roboczych od zmiany SWZ oraz udostępnienia przez Zamawiającego żądanych informacji.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Omnilogy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

Odwołujący w dniu 16 grudnia 2022 r. złożył pismo, w którym w oparciu o art. 520 ust. 1 ustawy Pzp oświadczył, iż cofa w całości odwołanie wniesione w przedmiotowej sprawie.

Zgodnie z art. 520 ustawy Pzp Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy (ust. 1). Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Izby (ust. 2).

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, w myśl którego Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a) 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 2020 r. poz. 2437), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych 90% kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący:

.....

.....