

Zielona Góra 27.03.2023

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

Zamawiający:
AWF Kraków
al. Jana Pawła II 78
31-571 Kraków
e-mail: zamowienia.publiczne@awf.krakow.pl

Odwołujący:
Sygnity Business Solutions S.A.
ul. Dąbrowskiego 12
65-021 Zielona Góra
e-mail: kontakt@sygnitysbs.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji na „**Wdrożenie, dostawa i implementacja Systemu Zarządzania Zasobami Bibliotecznymi wraz z asystą techniczną świadczoną przez okres 36 miesięcy**”, nr sprawy: K-2.381/07/2023, zwanego dalej „**Postępowaniem**”.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego, zgodnie z art. 505 ust. 1 oraz art. 513 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) („ustawa” lub „PZP”), niniejszym wnoszę odwołanie wobec czynności AWF Kraków, dalej jako „Zamawiający”, polegających na niezgodnym z przepisami PZP określeniu jednego z kryteriów oceny oferty określonych w Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”).

Zamawiającemu zarzucam naruszenie przepisów art. 16 ust. 1 w zw. z art. 241 ust. 1 i 3 ustawy PZP poprzez dokonanie modyfikacji w zakresie kryterium oceny ofert i ustanowieniu w zakresie kryterium: „Posiadania przez oferowany SZZB dodatkowych funkcjonalności” dwóch podkryteriów: F1 – Automatyczne aktualizacje rekordów bibliograficznych o wadze 12 pkt oraz F2 – Współpraca z katalogami centralnymi, w

sytuacji, gdy w rzeczywistości ww. podkryteria w istocie preferują wyłącznie jeden podmiot funkcjonujący na rynku, przez co podkryteria te mają charakter dyskryminacyjny i utrudniający uczciwą konkurencję.

Odwołujący niniejszym wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji Ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SWZ w zakresie kryteriów oceny ofert, poprzez *usunięcie z treści ww. dokumentów wskazanych podkryteriów F1 oraz F2 w ramach kryterium oceny ofert: „Posiadania przez oferowany SZSZB dodatkowych funkcjonalności”* i ustanowienie na jego miejsce innych podkryteriów jakościowych nie mających charakteru dyskryminującego, względnie zmianie wagi pozostałych podkryteriów w taki sposób, aby ich łączna waga wynosiła 30%.

Interes prawny Odwołującego

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania. Wyżej wymienione uchybienia w zakresie określenia kryteriów oceny ofert mogą uniemożliwić Odwołującemu skuteczne konkurowanie w ogłoszonym przez Zamawiającego postępowaniu, co może pozbawić Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. Taka sytuacja, a w szczególności naruszenie przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów PZP powoduje również, że Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na nieuzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

Termin

Zmieniona treść ogłoszenia oraz SWZ została opublikowana w dniu 22 marca 2023 r., zatem uznać należy, że odwołanie dotyczące nieprawidłowości w zakresie treści tych dokumentów zostało wniesione z poszanowaniem terminu z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit a) ustawy.

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie na „*Wdrożenie, dostawa i implementacja Systemu Zarządzania Zasobami Bibliotecznymi wraz z asystą techniczną świadczoną przez okres 36 miesięcy*”. W dniu 13 lutego 2023 r. w BZP pod nr 2023/BZP 00131139/01 zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu, zaś na stronie internetowej Zamawiający opublikował treść SWZ. Po uzyskaniu dostępu do treści SWZ Odwołujący uznał, iż w jego ocenie część postanowień SWZ ma charakter naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców i uniemożliwia Odwołującemu skuteczne ubieganie się o zamówienie, z uwagi na ustanowienie wśród kryteriów oceny ofert kryterium dotyczącego „*Posiadanie przez oferowany system funkcjonalności polegającej na współkatalogowaniu w czasie rzeczywistym*”. W swoim odwołaniu Odwołujący wykazał, iż tak sformułowane kryterium ma charakter dyskryminacyjny, gdyż jedynym podmiotem na rynku, który jest w stanie spełnić tak określone kryterium jest wyłącznie firma Ex Libris. Zamawiający w związku z

otrzymaniem odwołania najpierw dokonał zmian treści ogłoszenia i SWZ, w tym w zakresie kwestionowanego kryterium, a następnie uwzględnił odwołanie, skutkiem czego Krajowa Izba Odwoławcza zniósła wyznaczony termin rozprawy i oczekujemy na wydanie postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 723/23. Uwzględniając odwołanie oraz dokonując modyfikacji treści ww. kryteriów Zamawiający jedynie formalnie uczynił zadość żądaniu Odwołującego, dotyczącemu usunięcia spośród kryteriów oceny ofert kwestionowanego kryterium. Co prawda usunął kwestionowane kryterium, ale w jego miejsce wprowadził nowe, które w części dotyczy tych samych podstaw faktycznych związanych z wyłącznością jednego podmiotu, który może spełnić warunki określone przez Zamawiającego. Mając powyższe na uwadze Odwołujący podnosi, co następuje.

Jak wynika z treści zmodyfikowanego Ogłoszenia i SWZ jednym z kryteriów oceny ofert o wadze 30% jest kryterium: „Posiadania przez oferowany SZZB dodatkowych funkcjonalności”. W ramach podanego kryterium zostało określonych 5 odrębnych podkryteriów w zakresie: (F1) Automatyczne aktualizacje rekordów bibliograficznych o wadze do 12 pkt, (F2) Współpraca z katalogami centralnymi o wadze 10 pkt, (F3) Współpraca z systemami zewnętrznymi przy wykorzystaniu API o wadze 3 pkt, (F4) Przygotowanie pliku do wydruku inwentarza o wadze 3 pkt oraz (F5) Konwertowanie danych o wadze 2pkt.

W ocenie Odwołującego, dwa pierwsze podkryteria, które stanowią w sumie 22% wagi całkowitej oceny oferty danego wykonawcy i ok. 70% wagi tego kryterium są sformułowane w sposób, który preferuje jednego wykonawcę, a przez to łamie podstawowe zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Podkryterium (F1) Automatyczne aktualizacje rekordów bibliograficznych

W treści opisu tego podkryterium Zamawiający wskazał następujące zasady przyznawania punktów:

Nazwa i opis dodatkowych funkcjonalności SZZB	Punkty	Potwierdzenie posiadania określonej funkcjonalności
F1 – Automatyczne aktualizacje rekordów bibliograficznych: <i>Punkty będą przyznawane za realizację dodatkowej funkcjonalności SZZB umożliwiającej, oprócz ręcznego, automatyczne, bezobsługowe pobieranie rekordów i modyfikację rekordów bibliograficznych oraz haseł wzorcowych z katalogu Omnis i/lub katalogu NUKAT</i>		
<i>F1a. SZZB umożliwia pobieranie rekordów i modyfikację rekordów bibliograficznych oraz haseł wzorcowych na bieżąco, w czasie rzeczywistym</i>	12	
<i>F1b. SZZB umożliwia pobieranie rekordów i modyfikację rekordów bibliograficznych oraz haseł wzorcowych „w trybie nocnym”</i>	5	
<i>F1c. Brak możliwości automatycznego, bezobsługowego pobierania rekordów i modyfikacji rekordów bibliograficznych oraz haseł wzorcowych</i>	0	

Na pierwszy rzut oka wydawać by się mogło, że wprowadzone podkryterium zostało opisane w sposób odnoszący się do technicznych funkcjonalności posiadanych przez oferowany system. Niestety w rzeczywistości w realiach rynku stwierdzenie takie nie jest prawdziwe, a zastosowanie tak opisanego podkryterium faworyzuje jeden konkretny podmiot – firmę Ex Libris, czyli podmiot realizujący na zlecenie Biblioteki Narodowej prac w ramach projektu OMNIS, a następnie OMNIS2. Jak wynika bowiem z opisu podkryterium: „Punkty będą przyznawane za realizację dodatkowej funkcjonalności SZSZB umożliwiającej, oprócz ręcznego, automatyczne, bezobsługowe pobieranie rekordów i modyfikację rekordów bibliograficznych oraz haseł wzorcowych z **katalogu Omnis i/lub katalogu NUKAT**”. Oba katalogi są budowane przez grupy bibliotek, przy czym powstający od 2018 r. w ramach projektu OMNIS katalog jest zarządzany w głównej mierze przez Bibliotekę Narodową, zaś liderem prowadzonego od 2002 r. projektu NUKAT i tworzonego w ramach jego katalogu jest Biblioteka Uniwersytetu Warszawskiego. Warto przy tym również wspomnieć, że katalog NUKAT był tworzony jako oddolna inicjatywa środowiska bibliotekarskiego, w oparciu o środki własne jego członków, zaś katalog OMNIS jest tworzony w ramach środków budżetowych wspartych również środkami funduszy unijnych pozyskanych przez Bibliotekę Narodową. Odnosząc się do kwestii wymagania Zamawiającego stanowiącego podstawę przyznawania punktów w ramach podkryterium F1 warto więc mieć na uwadze, że uzyskanie punktów w ramach tego kryterium odnosi się do pobieranie rekordów i modyfikacji rekordów bibliograficznych oraz haseł wzorcowych w ramach dwóch katalogów – OMNIS i NUKAT. Aby zrozumieć jakie są możliwości realizacji ww. funkcjonalności odwołać należy się do informacji zawartych w ogólnodostępnych informacjach zawartych odpowiednio na stronach internetowych Biblioteki Narodowej oraz Centrum NUKAT.

Jak wskazuje na swojej stronie Biblioteka Narodowa w zakresie katalogu OMNIS: <https://www.bn.org.pl/dla-bibliotekarzy/narodowy-program-rozwoju-czytelnictwa-2.0/budowa-ogolnokrajowej-sieci-bibliotecznej-poprzez-zintegrowany-system-zarządzania-zasobami-bibliotek/> :

„W 2018 roku Biblioteka Narodowa wdrożyła ogólnopolski system nowej generacji – system Alma i wyszukiwarkę Primo [oba produkty należą do firmy Ex Libris, BN korzysta z nich na mocy uzyskanej licencji – przyp. własny], działające w modelu chmurowym (SaaS). Wdrożenie nastąpiło również w trzech innych dużych bibliotekach: Bibliotece Jagiellońskiej (wraz z bibliotekami jednostek organizacyjnych Uniwersytetu Jagiellońskiego), Wojewódzkiej Bibliotece Publicznej w Lublinie i Wojewódzkiej Bibliotece Publicznej w Kielcach. (...).

*Budowa platformy ogólnokrajowej sieci bibliotecznej będzie odbywać się przez włączanie kolejnych bibliotek do wspólnej platformy informatycznej – systemu Alma i wyszukiwarki Primo, których zaawansowane możliwości technologiczne umożliwiają realizację zadań, zdefiniowanych ustawie z dnia 27 czerwca 1997 r. o bibliotekach, w tym przede wszystkim gromadzenia, opracowania, przechowywania i udostępniania zbiorów, sporządzania i rozpowszechniania informacji bibliograficznych i dokumentacyjnych, wymiany oraz przekazywania materiałów bibliotecznych i informacji. **Największą zaletą integracji bibliotek w ramach ZSZB jest możliwość współkatalogowania w czasie rzeczywistym w jednym systemie informatycznym** – co bezpośrednio wpływa na minimalizację kosztów ponoszonych przez biblioteki*”.

Podsumowując – dostęp do katalogu OMNIS, w ramach którego funkcjonuje system biblioteczny Alma i wyszukiwarka Primo dostarczone przez firmę Ex Libris Deutschland GmbH realizuje w pełni funkcjonalność realizacji wymaganych czynności składających się na ideę współkatalogowania w czasie rzeczywistym, przy czym żaden inny system biblioteczny niż Alma firmy Ex Libris nie ma dostępu do katalogu OMNIS.

Z kolei w odniesieniu do katalogu tworzonego w ramach Centrum NUKAT, jak wynika z informacji dostępnych na stronie tej organizacji: <https://centrum.nukat.edu.pl/pl/poznaj-nukat/pobieranie-danych> :

„Pobieranie danych

Format zapisu danych

- MARC 21

Format wymiany danych

- ISO 2709

Kodowanie znaków

- UTF-8 (Unicode)

Kopie Centralnej Kartoteki Haseł Wzorcowych są prowadzone:

- w systemie Alma, odpowiedzialna Biblioteka Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego
- w systemie Aleph, odpowiedzialna Biblioteka Publiczna m. st. Warszawy
- w systemie Prolib, odpowiedzialna Biblioteka Uniwersytetu Śląskiego
- w systemie MAK/Koha, odpowiedzialna Federacja FIDES

Dane z katalogu NUKAT mogą być pobierane:

- 1) *przez pracowników instytucji współpracujących z Centrum NUKAT*
 - *za pomocą klienta systemu Virtua (rekordy bibliograficzne i rekordy kartoteki haseł wzorcowych, zob. dział Szkolenia),*
 - *w plikach ze strony www NUKAT (rekordy kartoteki haseł wzorcowych, zob. dział Warsztat >> Rekordy),*
 - *w plikach z serwera ftp NUKAT (rekordy bibliograficzne i rekordy kartoteki haseł wzorcowych oraz pliki kontrolne),*
 - *za pomocą protokołu Z39.50 w kliencie oprogramowania innego niż system Virtua (dostęp limitowany)*
- 2) *przez pozostałych użytkowników*
 - *za pomocą Schowka na stronie www NUKAT (rekordy bibliograficzne i rekordy kartoteki haseł wzorcowych),*
 - *za pomocą wyszukiwarki KaRo - Katalog Rozproszony Polskich Bibliotek (tylko rekordy bibliograficzne)”.*

Jak wynika z powyższego wymiana danych z katalogu NUKAT jest realizowana na różne sposoby, przy czym potencjalna możliwość realizacji idei współkatalogowania w czasie rzeczywistym istnieje wyłącznie w oparciu o tzw. klienta systemu Virtua (pozostałe metody nie są realizowane automatycznie, a „ręcznie”). W rzeczywistości metoda ta opiera się poprzez instalację oprogramowania systemu Virtua, tzw. klient Virtua na komputerach bibliotek współpracujących z Centrum NUKAT. Oprogramowanie klienta Virtua ma możliwość bezpośredniego połączenia się z bazami danych katalogu NUKAT a tym samym współpracy z katalogiem NUKAT w czasie rzeczywistym. Są biblioteki, które użytkują system Virtua na potrzeby zarządzania własnymi zasobami, np. biblioteka Zamawiającego tj. AWF Kraków, biblioteka Politechniki Gdańskiej itp. (lista takich bibliotek dostępna jest na stronie Centrum NUKAT: <https://centrum.nukat.edu.pl/pl/biblioteki>). Biblioteki te mogą więc współpracować z katalogiem NUKAT w czasie rzeczywistym. Posiadają bowiem oprogramowanie klienta Virtua, które jest częścią użytkowanego przez nie systemu bibliotecznego. Pozostałe biblioteki, użytkujące inne systemy biblieczne takie jak PROLIB, Sowa, Horizon, Aleph, itp. otrzymały od Centrum

NUKAT oprogramowanie klienta Virtua. Dzięki temu mogą współtworzyć katalog NUKAT z którego rekordy bibliograficzne i wzorcowe, narzędziami automatycznej dystrybucji rekordów, wprowadzane są do lokalnych katalogów tych bibliotek. Nie jest to jednak współpraca w czasie rzeczywistym.

Warto zauważyć, że sposób działania obu katalogów jest podobny, zarówno OMNIS i NUKAT opierają się bowiem o wybrany system biblioteczny, odpowiednio Alma i Virtua przy czym różnica w możliwości współpracy z tymi katalogami polega na tym, że biblioteki chcące korzystać z katalogu NUKAT, a użytkujące inne systemy biblioteczne, otrzymują bezpłatnie oprogramowanie klienta Virtua i nadal pracują w użytkowanym systemie. W przypadku katalogu OMNIS, zarządzająca nim Biblioteka Narodowa, nie udostępnia bezpłatnie dostępu do oprogramowania systemu Alma, a jedynie oferuje wybranym bibliotekom pełną migrację do tego systemu.

Biblioteka Narodowa utrzymuje swoje stanowisko pomimo posiadania przez system Alma firmy Ex Libris odpowiednich interfejsów programistycznych, które umożliwiałyby stworzenie warunków technicznych do współkatalogowania w czasie rzeczywistym bibliotekom użytkującym inne systemy informatyczne. Pomimo więc tego, że już od momentu podpisania przez Bibliotekę Narodową umowy z firmą Ex Libris na zakup systemu w ramach projektu OMNIS 1, biblioteki, ale też i producenci polskich systemów próbowali uzyskać informacje od Zamawiającego dotyczące możliwości dołączenia do wspólnego katalogu utrzymywanego w środowisku systemu Alma. Wnioski takie już od 2019 r. składał również do Biblioteki Narodowej Odwołujący zwracając się z wnioskiem o umożliwienie dostępu do środowiska integracyjnego systemu ALMA w celu przygotowania rozwiązań technicznych, które mogłyby urzeczywistnić ideę współkatalogowania w czasie rzeczywistym w systemie Alma użytkowanym przez Bibliotekę Narodową. Dopiero na jeden z ostatnich wniosków Odwołujący otrzymał odpowiedź, z której jednoznacznie wynika, że Biblioteka Narodowa nie udostępni niezbędnych narzędzi z uwagi na ochronę praw autorskich producenta rozwiązania systemu Alma (firmy Ex Libris).

Dowody:

- *wniosek Odwołującego do BN o udostępnienie API Key do środowiska Sandbox systemu ALMA oraz odpowiedź Biblioteki Narodowej na wniosek Odwołującego.*

W konsekwencji należy podsumowując stwierdzić, że w zakresie proponowanego podkryterium maksymalną liczbę punktów mogą uzyskać jedynie producenci systemu Alma oraz systemu Virtua. Tymczasem, na co warto zwrócić w tym kontekście uwagę, producentem systemu Virtua wykorzystywanego do współtworzenia katalogu NUKAT jest firma Innovative Interfaces Inc., której aktualnym właścicielem jest firma Clarivate, będąca jednocześnie właścicielem firmy Ex Libris – producenta systemu Alma wykorzystywanego w projekcie OMNIS. Mając na względzie, że budowanie katalogu OMNIS jest dla właściciela obu tych firm korzystniejsze niż budowanie katalogu NUKAT, choćby z uwagi na faktyczny monopol w dostępie do tego katalogu, należy spodziewać się, że o przedmiotowe zamówienie będzie ubiegał się jedynie producent systemu Alma, tym bardziej że złożenie ofert w tym samym postępowaniu przez dwie spółki z jednej grupy kapitałowej co do zasady jest niedopuszczalne.

Wyżej opisane okoliczności jasno wskazują zatem, że żaden inny podmiot niż Spółka Ex Libris nie ma możliwości składając ofertę uzyskać maksymalnej liczby punktów, co już na starcie powoduje uzyskanie

istotnej różnicy punktowej w ramach tego podkryterium (równej niemal łącznej liczbie punktów możliwych do uzyskania w ramach podkryteriów F3, F4 oraz F5).

Podkryterium (F2) Współpraca z katalogami centralnymi

W ramach z kolei tego podkryterium punkty mają zostać przyznane w następujący sposób:

Nazwa i opis dodatkowych funkcjonalności SZZB	Punkty	Potwierdzenie posiadania określonej funkcjonalności poprzez zaznaczenie wybranej opcji znakiem „x”
F2 – Współpraca z katalogami centralnymi: <i>Punkty będą przyznawane za realizację dodatkowej funkcjonalności SZZB umożliwiającej współpracę z katalogami, tj. wprowadzanie i pobieranie wszystkich typów nowych rekordów w formacie MARC21, wprowadzanie i pobieranie modyfikacji wszystkich typów rekordów w formacie MARC21 w poniższych katalogach</i>		
<i>F2a. współpraca z katalogami NUKAT i Omnis</i>	<i>10</i>	
<i>F2b. współpraca wyłącznie z katalogiem Omnis</i>	<i>5</i>	
<i>F2c. współpraca wyłącznie z katalogiem NUKAT</i>	<i>1</i>	

Jak widać z treści ww. podkryterium Zamawiający zamierza oceniać w jego ramach de facto współpracę oferowanego systemu z katalogami NUKAT oraz OMNIS. Jak wskazaliśmy powyżej, co wynika również z informacji publikowanych przez Bibliotekę Narodową współpraca jakiegokolwiek innego systemu bibliotecznego z OMNIS poza systemem ALMA jest niemożliwa, a przyłączenie poszczególnych bibliotek do katalogu OMNIS dokonuje się wyłącznie poprzez rezygnację z dotychczasowego systemu bibliotecznego i rozpoczęcie korzystania (odpłatnie lub nie) z systemu firmy Ex Libris. O ile więc teoretycznie w ramach tego podkryterium możliwe jest uzyskanie punktów zarówno za współpracę z katalogiem OMNIS, jak i z katalogiem NUKAT, to w praktyce wszyscy producenci systemów bibliecznych poza firmą Ex Libris mają możliwość uzyskania w ramach tego podkryterium jedynie 1 pkt, podczas gdy firma Ex Libris uzyska w tym kryterium maksymalną ilość – 10 pkt. Oznacza to, że tak sformułowane podkryterium faworyzuje wyłącznie jednego wykonawcę, który może ubiegać się o to zamówienie, jednocześnie utrudniając lub uniemożliwiając w praktyce skuteczne konkurowanie w tym postępowaniu.

Jak wyraźnie wskazano powyżej oba nowo sformułowane podkryteria zostały sformułowane przez Zamawiającego w sposób oczywiście preferujący jeden konkretny podmiot – firmę Ex Libris. Tym niemniej odnieść należy się także do argumentacji Zamawiającego podniesionej w piśmie zawierającym uwzględnienie odwołania w sprawie odwoławczej o sygn. akt: KIO 723/23. Argumentacja ta sprowadza się do wynikającej z przytaczanych w piśmie orzeczeń Izby zasady, w imię której Zamawiający ma prawo do określania przedmiotu zamówienia zgodnie ze swoimi potrzebami. A te – jak wskazuje – polegają na „prowadzeniu jednolitej działalności bibliecznej i informacyjnej oraz efektywnym współdziałaniu w ramach ogólnokrajowej sieci bibliecznej”. Odnosząc się do tego stanowiska Odwołujący pragnie zaznaczyć, iż co do zasady zgadza się z formułowaną przez Zamawiającego tezę dotyczącą przyznaniu mu prawa do określania przedmiotu

zamówienia, w tym także kryteriów oceny ofert, zgodnie ze swoimi potrzebami. Tym niemniej należy zwrócić uwagę, iż z opisu przedmiotu zamówienia nie wynikają wprost jakiejkolwiek potrzeby, jakie Zamawiający zamierza zaspokoić poprzez tak a nie inaczej sformułowane podkryteria oceny ofert. Trudno bowiem, aby w sytuacji w której OPZ dopuszcza zarówno współkatalogowanie zarówno w oparciu o OMNIS, jak i w oparciu o NUKAT, nie oprzeć się wrażeniu, iż preferencja Zamawiającego jest wynikiem chęci wybrania jednego konkretnego rozwiązania. Zresztą okoliczność ta de facto wprost wynika z treści OPZ, w którym w ostatnim wersie pkt 1 OPZ (str. 3) zawarto następujące stwierdzenie: „**Biblioteka w przyszłości ma zamiar przystąpić do współkatalogowania zbiorów w ramach współpracy i na zasadach określonych przez Bibliotekę Narodową w Warszawie**”. Jeśli tak jest, i jeśli jak wskazywał Odwołujący jedyną możliwością przystąpienia do współkatalogowania w ramach współpracy określonych przez BN, a zatem do projektu OMNIS jest nabycie systemu Alma firmy Ex Libris, to w istocie jasne stają się motywy działania Zamawiającego. Wątpliwość jednak jaka powstaje wiąże się z tym, czy oczekiwania i „potrzeby” Zamawiającego w tym zakresie mają charakter obiektywny? Jeśli bowiem uznać, że potrzeba dołączenia do projektu OMNIS jest potrzebą o charakterze obiektywnym, a jednocześnie potrzebę tą można zrealizować wyłącznie poprzez nabycie systemu Alma, to w rzeczywistości Zamawiający nie powinien ogłaszać konkurencyjnego postępowania, a podpisać z wykonawcą Ex Libris umowę w trybie z wolnej ręki. Tymczasem Zamawiający na działanie takie się nie zdecydował. Co więcej – w przypadku niezłożenia oferty przez firmę Ex Libris jest gotów zawrzeć umowę z producentem innego systemu bibliotecznego, który nie ma żadnych szans na zapewnienie mu rozwiązania integrującego je z katalogiem OMNIS Biblioteki Narodowej. Jeśli tak, to należałoby zatem dojść do wniosku, że ewentualne „potrzeby” Zamawiającego, na które powołuje się on przy formułowaniu spornych podkryteriów nie mają charakteru obiektywnego i służą wyłącznie wybraniu określonego wykonawcy. Tymczasem w wyroku z dnia 1 lipca 2021 r., sygn. akt: KIO 1607/21: „Izba zwraca uwagę, że już w tym krótkim fragmencie Trybunał podkreślił, że swoboda zamawiającego w doborze kryteriów oceny ofert kończy się chwilą, gdy kryterium zaczyna godzić w uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Trybunał spośród cech jakimi charakteryzować się powinno dobrze skonstruowane kryterium oceny ofert wskazał, że dobre kryterium to takie, które nie ogranicza konkurencji i nie wprowadza nieuzasadnionych preferencji dla określonych grup dostawców (np. dla dużych firm). Również przepis art. 240 ust. 2 ustawy wskazuje, że kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach”. Podobne stanowisko Izba zajęła w następujących orzeczeniach:

- 1) uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2022-04-08, KIO/KD 13/22

„Izba nie kwestionuje prawa Zamawiającego do ustalenia takich kryteriów oceny ofert, które są niezbędne do dokonania wyboru oferty w największym stopniu spełniającej jego oczekiwania. Takie uprawnienie Zamawiającego wynika z art. 242 ust. 2 ustawy Pzp, który - nie określając zamkniętego katalogu kryteriów, jakimi można się kierować przy wyborze oferty - zezwala na ich dowolne ustalenie. Jednakże w kontekście zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców swoboda ustalania kryteriów oceny ofert doznaje dalszych ograniczeń. Zasada powyższa wyraża się bowiem m.in. w obowiązku jednakowego traktowania wszystkich wykonawców (a więc również oceny ich ofert wg tych samych zasad) oraz określeniu kryteriów oceny ofert w sposób nieprowadzący do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji, takiego, które nie da się usprawiedliwić obiektywnie uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego. W doktrynie uznaje się, iż zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania bez stosowania przywilejów i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji.”.

2) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 października 2020 r., sygn. akt: KIO 2602/20

„Zamawiający uwzględnił w całości uprzednio wniesione przez Odwołującego odwołanie, w którym Odwołujący wskazywał na opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na radiotelefon producenta Motorola i jednocześnie dyskryminujący wykonawców oferujących inne radiotelefony. Obecnie Zamawiający przepisał te same funkcjonalności, jednakże określił je w kryteriach oceny ofert, nie zmieniając zatem w żaden sposób warunków postępowania przetargowego - w dalszym ciągu, bez uzasadnienia ze strony Zamawiającego, nie mają możliwości uzyskania zamówienia radiotelefony innych producentów, poza producentem Motorola. Zamawiający zatem, wbrew zacytowanemu powyżej twierdzeniu, ograniczył konkurencyjność w postępowaniu. Jak wskazano, Zamawiający ograniczył konkurencyjność w taki sposób, że żaden inny wykonawca (poza oferującym radiotelefony producenta Motorola) nie jest w stanie wziąć udziału w postępowaniu na równych, racjonalnych warunkach (nie narażając się na zarzut rażąco niskiej ceny)”.

3) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 stycznia 2018 r., sygn. akt: KIO 26/18

„Jak już Izba wskazywała, zadaniem kryterium oceny ofert nie jest równe traktowanie wykonawców, ale wybór oferty najkorzystniejszej, czyli najlepszej w przyjętych kryteriach oceny ofert. Z tego względu oczywiście kryteria oceny ofert zawierają w sobie element dyskryminujący, jednak w ocenie Izby aby mogło dojść do wyboru wykonawcy korzystniejszego oferty poddawanych ocenie wykonawców muszą być porównywalne, zatem muszą dotyczyć tego samego zakresu przedmiotowego. Jak ustaliła Izba wyżej

zaoferowanie nowego systemu centralnego i wszystkich jego modułów i podsystemów wraz z urządzeniami i sprzętem nie jest tym samym, co integracja dotychczasowych modułów i systemów wraz z urządzeniami i sprzętem w celu stworzenia systemu centralnego, zwłaszcza w sytuacji, w której zamawiający nie zapewnia wykonawcom możliwości realizowania integracji na jednakowych warunkach. Tym samym skoro rozwiązania nie są porównywalne nie jest w ocenie Izby dopuszczalne preferowanie jednego z rozwiązań przewidzianych przez zamawiającego. Prowadzi to bowiem, nie do zaspokojenia potrzeb zamawiającego, ale do utrzymania dotychczasowego kręgu dostawców i producentów. W ocenie Izby premiowanie takiego ograniczenia nie może być rozpatrywane przez pryzmat oszczędności środków publicznych czy trudności adaptacyjnych personelu zamawiającego. Izba stoi na stanowisku, że nie zadbanie przez zamawiającego o instrumenty umożliwiające wykonawcom wykonanie integracji na podobnych warunkach powoduje, że zamawiający sam naraził się na konieczność dopuszczenia rozwiązania opartego o budowę całości nowego systemu opartego o nowopowstałe moduły, podsystemy, urządzenia i sprzęt. Izba zaś oceniła, że tylko takie rozwiązanie jest jedynym zapewniającym uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Tym samym kryterium oparte o rozwiązanie niekonkurencyjne nie jest kryterium ustalonym zgodnie z przepisami ustawy i dlatego Izba nakazała jego wykreślenie".

Mając pod uwagę wszystkie podniesione zarzuty wnosimy o ich uwzględnienie.

podpis osoby uprawnionej

Załączniki:

- 1) Pełnomocnictwo,
- 2) Odpis z KRS,
- 3) Dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
- 4) Dowód doręczenia kopii Odwołania Zamawiającemu,
- 5) Pismo Sygnity Business Solutions S.A. z dnia 4 marca 2022 r.,
- 6) Odpowiedź Biblioteki Narodowej z dnia 18 marca 2022 r.