

WYROK
z dnia 7 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 3 listopada 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 października 2022 r. przez: **ALMA Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu, ul. Wichrowa 1a** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74**

przy udziale wykonawcy **P. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Evercom P. N. z siedzibą w Warszawie, ul. Codzienna 8c** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2770/22 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji pkt. 5.1.7 i 5.1.18.1 Tomu III Opis przedmiotu zamówienia w sposób usuwający uprzywilejowanie jednego z wykonawców wskazanych w pkt. 5 zdanie 3 tomu III OPZ naruszające art. 99 ustawy, w pozostałym zakresie umarza postępowanie,
2. kosztami postępowania obciąża **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę ALMA Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu, ul. Wichrowa 1a** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74** na rzecz kwotę **wykonawcę ALMA Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu, ul. Wichrowa 1a** zł 18 600zł. 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu i zastępstwa

prawnego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. 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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na modernizację technologiczną infrastruktury zabezpieczeń sieciowych w stykach z Internetem, o którym ogłoszono w Dzienniku Urzędowym WE, numer ogłoszenia 2022/S 191-542104.

Pismem z dnia 10 października 2022 r. zamawiający przekazał wykonawcy ALMA spółka akcyjna z siedzibą w Poznaniu Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej OPZ).

W dniu 20 października 2022 r. ALMA spółka akcyjna z siedzibą w Poznaniu wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa udzielonego w dniu 20 października 2022 r. przez prezesa zarządu, zgodnie z zasadami reprezentacji. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 20 października 2022 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz oszacowanie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, a także w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia oraz naruszający uczciwą konkurencję, zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę proporcjonalności, w zakresie w jakim zamawiający w dokumencie OPZ:

1. w sposób niejednoznaczny i nieproporcjonalny oraz preferujący rozwiązania tylko jednego producenta określił dla systemu zarządzania wymagania w pkt 6.22 i 6.23 OPZ;
2. w sposób niejednoznaczny i nieproporcjonalny oraz preferujący rozwiązania tylko jednego producenta określił parametry wydajnościowe urządzenia Firewall, w szczególności w pkt – tajemnica przedsiębiorstwa;
3. wymaga w pkt – tajemnica przedsiębiorstwa;
4. w sposób nieproporcjonalny i nieuzasadniony obiektywnymi potrzebami oraz preferujący rozwiązania tylko jednego producenta wymagając w pkt – tajemnica przedsiębiorstwa.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia przez:

1. Wykreślenie wymagania z pkt 6.23 OPZ;
2. Wykreślenie wymagania z pkt 5.1.18.1 OPZ;

3. Modyfikację pkt 5.1.13 przez dopuszczenie realizacji funkcjonalności w sposób inny niż właściwy tylko dla jednego producenta, tj. przez nadanie wymaganiu z pkt 5.1.13 następującego brzmienia: tajemnica przedsiębiorstwa;

4. Modyfikację pkt 5.1.7 przez dopuszczenie realizacji funkcjonalności w sposób inny niż właściwy tylko dla jednego producenta, tj. przez nadanie wymaganiu z pkt 5.1.7 następującego brzmienia: tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu tego odwołania. W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęte odwołaniem czynności zamawiającego uniemożliwiają odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia, a tym samym dokonanie wyboru jego oferty i uzyskania przedmiotowego zamówienia. Wskazał, że uwzględnienie odwołania doprowadzi do zniesienia postawionych przez zamawiającego niejasnych i nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia ograniczeń kręgu potencjalnych wykonawców, w tym odwołującego, którzy będą mogli złożyć ofertę z realną szansą na uzyskanie zamówienia. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczne z ustawą ww. czynności zamawiającego w sposób negatywny oddziałują na możliwości udziału odwołującego w postępowaniu.

Opis przedmiotu zamówienia – aspekty ogólne.

W związku z brzmieniem art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy (stosowany w odniesieniu do postępowania zgodnie z art. 362 pkt 1 ustawy), aktualny pozostaje dorobek orzecznictwa i doktryny dotyczący art. 29 ust. 1 poprzednio obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r., zgodnie z którym przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, naruszeniem norm art. 99 ustawy, jest nie tylko posługiwanie się w opisie przedmiotu zamówienia nazwami własnymi produktów bez dopuszczenia zaoferowania rozwiązań równoważnych, ale także takie ustalenie wymagań czy zestawienia parametrów, które prowadzi do wyeliminowania możliwości zaoferowania rozwiązań odpowiadających w pozostałym zakresie uzasadnionym potrzebom funkcjonalnym zamawiającego. Jakiegokolwiek wymagania, które mogą prowadzić do ograniczenia konkurencji przez preferowanie określonych rozwiązań lub eliminowanie szeregu innych produktów lub wykonawców, powinny znajdować uzasadnienie w potrzebach zamawiającego - obiektywnych i proporcjonalnych do ograniczenia konkurencji, które powodują.

Potwierdza powyższe, m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 grudnia 2021 r., sygn. KIO 3466/21,

Ponadto, również w myśl art. 16 ustawy, czynności zamawiającego powinny zmierzać do zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców oraz zachowywać zasadę proporcjonalności. W tym postępowaniu zamawiający dopuścił się na-

ruszenia art. 99 ustawy i 16 ustawy, ponieważ sformułował opis przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a także - preferujący rozwiązania jednego producenta i uniemożliwiający zaoferowanie rozwiązań innych producentów oferujących produkty tej samej klasy, co wymagane w postępowaniu.

W zakresie zarzutów nr 2, 3 i 4:

Zamawiający ograniczył krąg producentów, których urządzenia Firewall można zaoferować w postępowaniu, przez jednoznaczne wskazanie klasy urządzeń, co zapewnić ma odpowiednią jakość i bezpieczeństwo oferowanych mu rozwiązań. Wynika to z wymagania na str. 5 OPZ: tajemnica przedsiębiorstwa. Jednakże, jednocześnie zamawiający ustalił takie wymagania opisu przedmiotu zamówienia, które nie są możliwe do spełnienia przez którekolwiek spośród producentów oferujących 6 urządzenia odpowiedniej klasy, za wyjątkiem preferowanego przez siebie producenta Checkpoint. W ten sposób, przez zestawienie wymagań nieposiadających obiektywnego uzasadnienia i nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia, zamawiający wyeliminował w praktyce możliwość jakiegokolwiek konkurencji z preferowanym przez siebie, jednym producentem.

Dotyczy to w szczególności następujących wymagań OPZ:

Tajemnica przedsiębiorstwa

Jednocześnie, w pkt 5.1.18 OPZ zamawiający opisuje w różny sposób parametr wydajności urządzenia, wymagając odpowiedniego poziomu dla różnych trybów/konfiguracji. W szczególności:

Tajemnica przedsiębiorstwa

Spośród powyższych, większość producentów podaje w oficjalnych dokumentach technicznych tylko jedną z dwóch wartości związanych z obsługą realnego ruchu i politykami bezpieczeństwa, czyli ruch w konfiguracji NGFW i Tryb Prevention.

Natomiast, parametr 5.1.18.1 „wydajność w trybie firewall stanowego” nie jest przez producentów podawany, tym bardziej, że jest parametrem czysto „teoretycznym” nie do uzyskania w środowisku produkcyjnym oraz nie zapewnia obecnie odpowiedniego stopnia bezpieczeństwa. W związku z tym, wymaganie zapewnienia przez oferowane urządzenie – platformę Firewall – spełnienia parametru określonego w 5.1.18.1 OPZ jest nieuzasadnione i nie odnosi się do potrzeb funkcjonalnych zamawiającego. Parametr ten jest niemożliwy możliwy do weryfikacji np. przez testy w środowisku produkcyjnym z rzeczywistą polityką bezpieczeństwa zamawiającego. Dodatkowo, wprowadzenie tego parametru do wymagań minimalnych wyraźnie preferuje firmę Checkpoint, gdyż spośród producentów oferujących urządzenia odpowiedniej klasy, tylko ten producent stosuje ww. parametr do opisu urządzeń, a zatem tylko w odniesieniu do jego produktów możliwe jest potwierdzenie i udokumentowanie spełnienia przedmiotowego wymagania.

Wniósł o modyfikację opisu przedmiotu zamówienia, w sposób wymagający zapewnienia spełnienia wyłącznie takich parametrów, których wskazanie/udokumentowanie przez wykonawcę jest możliwe, co jednocześnie pozwoli na zaoferowanie rozwiązań konkurencyjnych do produktów Checkpoint i 7 jednocześnie umożliwi porównanie ofert oraz obiektywne zwerifikowanie spełnienia wymagań.

W szczególności, przez usunięcie wymagania z pkt. 5.1.18.1 OPZ.

Zgodnie z wymaganiem pkt tajemnica przedsiębiorstwa

Zamawiający określił minimalną liczbę zasilaczy w sposób zupełnie arbitralny i nie znajdujący obiektywnych podstaw. Narzucona liczba 3 zasilaczy jest natomiast cechą charakterystyczną produktu firmy Checkpoint. Powoduje to preferowanie rozwiązań tego producenta w sposób naruszający uczciwą konkurencję i nieproporcjonalny. Dostępne są rozwiązania konkurencyjne, które są bardziej ekonomiczne i o mniejszym poborze mocy, gdzie wystarczające jest zastosowanie wyłącznie dwóch redundantnych zasilaczy. Wykonawca powinien mieć możliwość doboru rozwiązań różnych producentów, o liczbie zasilaczy dobranej w sposób odpowiedni dla spełnienia zasadniczego wymagania funkcjonalnego, tj. zapewniających niezawodność rozwiązania, a nie określonej w sposób arbitralny przez zamawiającego.

W związku z powyższym, odwołujący o modyfikację wymagania w pkt 5.1.7 OPZ w następujący sposób: „5.1.7. Urządzenie musi być wyposażone – tajemnica przedsiębiorstwa

Opisane wyżej wymagania ograniczają konkurencję w sposób rażący i nieproporcjonalny do jakichkolwiek potrzeb zamawiającego. Wobec powyższego, konieczne i niezbędne jest dokonanie modyfikacji treści dokumentów zamówienia, która zapewni zgodność prowadzonego postępowania z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Obecnie sformułowane wymagania w zakresie sposobu realizacji zamówienia uniemożliwiają złożenie przez odwołującego oferty na konkurencyjnych warunkach.

W dniu 24 października 2022 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 27 października 2022 r. P. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Evercom P. N. z siedzibą w Warszawie, ul. Codzienna 8c zgłosił swój udział w postępowaniu po stronie zamawiającego.

Przystępujący wskazał, że posiada interes w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, ponieważ przystępujący zamierza złożyć w przedmiotowym postępowaniu ofertę i w jego ocenie treść Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”) nie narusza przepisów ustawy i zapewnia zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 listopada 2013 roku, sygn. akt KIO 712/13.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących punktów 6.22, 6.23 i 5.1.18.1 OPZ.

Żądania odwołującego zmierzają do ułożenia wymagań pod rozwiązanie, które oferuje odwołujący, a nie do poszerzenia konkurencji w przedmiotowym postępowaniu.

Natomiast uwzględnienie odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego pkt. 5.1.18.1 OPZ spowodowałoby obniżenie jakości dostarczanego rozwiązania, które jest kluczowym elementem systemu bezpieczeństwa, przez obniżenie parametrów wydajnościowych.

W ocenie przystępującego postawione w tym zakresie wymagania nie naruszają konkurencji w szczególności ze względu na to, że na rynku istnieją rozwiązania co najmniej kilku producentów oferujących systemy, które spełniają te wymagania. Uwzględnienie w tym zakresie odwołania spowoduje, że po pierwsze - zamawiający nie otrzyma funkcjonalności, która jest mu niezbędna i uzasadniona jego potrzebami i która jest dostępna na rynku, po drugie - wykonawca nie będzie w stanie konkurować na równych zasadach z podmiotem, który zamierza zaoferować rozwiązanie niższej klasy i o niższej jakości. W ocenie przystępującego odwołujący nie wykazał, że wymagania są niezgodne z przepisami PZP i zmierza swoim odwołaniem nie do poszerzenia konkurencji, lecz do ułożenia wymagań pod rozwiązanie, które posiada w swojej ofercie a które nie odpowiada wymaganiom i potrzebom zamawiającego. Postanowienia SWZ, OPZ i ogłoszenia o zamówieniu w obecnej formie są zdaniem przystępującego zgodne z przepisami PZP i umożliwiają konkurowanie przez wykonawców na równych zasadach. Zgłoszenie zostało wniesione przez właściciela firmy. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii przystąpienia stronom.

W dniu 3 listopada 2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o umorzenie na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy odwołania w zakresie zarzutu 3 z uwagi na jego bezprzedmiotowość wobec opublikowania przez zamawiającego w dniu 31 października 2022r. zmiany treści OPZ w sporny punkcie i o oddalenie odwołania w zakresie pozostałych zarzutów oraz wniosków z uwagi na bezzasadność podniesionej przez odwołującego argumentacji. Wniósł nadto o zasądzenie od odwołującego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący cofnął zarzuty odwołania dotyczące pkt. 6.22 i 6.23 oraz 5.1.13.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba ustaliła, że opis przedmiotu zamówienia została przez zamawiającego objęty tajemnicą przedsiębiorstwa zamawiającego. Przy czym Izba oceniła, że przywołanie samych punktów dotyczących poszczególnych postanowień OPZ nie może stanowić ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa zamawiającego, gdyż nie dekoduje ani posiadanego przez zamawiającego rozwiązania, ani przyjętych przez niego projektowanych rozwiązań i sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, w tym wymagań jakościowych postawionych przez zamawiającego.

Izba dopuściła dowód z Tomu III Opis przedmiotu zamówienia:

Z OPZ rozdz. 2 wynika, że obecnie zamawiający pracuje na rozwiązaniach 3 firm, z czego 2 z nich są ujęte w dokumencie, o którym mowa w rozdz. 5 zdanie 3 OPZ. W rozdz. 2 opisano dotychczasowe rozwiązanie, w tym podział na strefy, o których mówił zamawiający na rozprawie, a także rola poszczególnych stosowanych obecnie urządzeń. Izba ustaliła, że zgodnie z wyjaśnieniem zamawiającego z rozprawy zdanie 6 i 7 w pierwszym wystąpieniu zamawiającego zamawiane urządzenia mają zastąpić urządzenia opisane w pkt. 1 i 2 rozdziału 2, zgodnie ze zdaniem 1 rozdz. 4 w wyjątku m. in. obszaru serwerowego, a zatem będą pracować również na styku użytkownik - serwer, a dla tego styku wymagana jest obsługa funkcji, o których mowa w pkt. 4.9.5 w brzmieniu po modyfikacji z dnia 31 października 2022 r., a więc realizowanie także innych funkcji niż wskazane w pkt. 4.3.1. OPZ. Skoro zamawiane urządzenie mają realizować także inne funkcje niż funkcja 4.3.1 Izba nie dała wiary wyjaśnieniom zamawiającego, że informacja o parametrze opisanym w pkt. 5.1.18.1 ma istotne znaczenie dla weryfikacji jakości urządzenia, choć rzeczywiście zamawiający przewiduje w pkt. 5.1.22.3 i 5.1.22.4 selekcjonowanie ruchu, jednak z tego selekcjonowanie nie wynika użycie urządzenia wyłącznie w funkcji z pkt. 4.3.1. W ocenie Izby z żadnego wymagania zamawiającego nie wynika, że zamawiający będzie wyłącznie korzystał w urządzeniu pracującego wyłącznie w funkcji opisanej w pkt. 5.1.18.1. Z rozdz. 2 wynika także potwierdzenie twierdzenia odwołującego o klastrach. Rozdział 3 podaje ogólne informacje o przedmiocie zamówienia, w którym wskazuje się na zabezpieczenia sieciowe i system ochrony. W kolejnym rozdziale opisane są wymagania dotyczące przyszłego rozwiązania. Pkt. 4.3. wymienia funkcje, jakie muszą realizować urządzenia w podpunktach od 4.3.1- 4.3.10. Wśród tych funkcji wymieniona jest funkcja do której odnosi się wymaganie z pkt. 5.1.18.1. Zgodnie z pkt 4.4. zdanie 2 urządzenia muszą pracować w pełnym zakresie możliwości wydajnościowych. W rozdziale 5 zamawiający opisał jak mierzyć spełnienie parametru 5.1.18.2 i 5.1.18.3, natomiast nie opisał, jak mierzyć spełnienie parametru w pkt. 5.1.18.1.

Zamawiający w pkt. 5.1.7. wskazał minimalną ilość wymaganego komponentu oraz jego właściwości, natomiast nie opisał, w jakim stopniu jedna z tych właściwości ma być zapewniona. Zamawiającym w pkt 5.1.7.1 nie dopuścił zastosowania komponentów zewnętrznych.

W pkt. 5.1.18 zamawiający opisał wymogi jakościowe urządzenia przez wskazanie 5 parametrów z przypisaniem ich minimalnego poziomu.

Izba dla ułatwienia weryfikacji faktów ustalonych na podstawie dowodów złożonych przez strony na rozprawie wprowadziła oznaczenia O – dowód odwołującego, Z- dowód zamawiającego, P – dowód przystępującego

Dowód O.2 – to oświadczenie producenta z dnia 31 października 2022 r., z którego wynika, że wymaganie z pkt. 5.1.18.1 nie jest podawane przez tego producenta w odniesieniu do

żadnych urządzeń firewall jego produkcji, nie jest dokumentowany, ani weryfikowany przez użytkowników

Dowód O.2a – jest to wyciąg z tabeli nr 2 i str. 8 „Benchmarking Methodology for Network Security Performance (...), w którym wskazano, jakie cechy bezpieczeństwa są zalecane do testów wydajności, a jakie opcjonalne dla urządzeń nowej generacji bezpieczeństwa sieciowego

Dowód O.2b – jest to wyciąg z dokumentu „Guidelines on Firewalls and Firewall Policy”, który dotyczy tworzenia zestawów reguł wdrażających politykę zapory sieciowej.

Dowód O.3 – jest to wyciąg z wykresu „Magic Quadrant for Network Firewalls” dotyczący producentów urządzeń, o których mowa w pkt. 5 zd. 3 OPZ. Izba ustaliła, że w latach 2020 i 2021 wymaganie z pkt. 5 zd. 3 OPZ spełnia 3 producentów

Dowód O.4 – jest to strona 8 dokumentu opisującego informacje dotyczące urządzeń jednego producenta wymienionego w dowodzie O.3 z której wynika, że urządzenia tego producenta zakładają działanie z dwoma sprawnymi urządzeniami (komponentami), o których mowa w pkt. 5.1.7 OPZ

Dowód Z.1 – dotyczy definicji słowa Redundancja z „Wikipedii”, wynika z tego dowodu, że w inżynierii w celu zmniejszenia prawdopodobieństwa załamania pracy systemu stosuje się zdublowanie krytycznych elementów systemu. W sytuacjach, w których w przypadku awarii zagrożone jest życie ludzi, niektóre części występują potrójnie.

Dowód Z.2 - jest to wyciąg z dokumentacji technicznej konkretnego typu urządzenia jednego z producentów wskazanych w dowodzie O.3 odwołującego, z którego wynika, że producent dla tego urządzenia rozróżnia informacje typu Enterprise i typu Lab i dla typu Enterprise to urządzenie spełnia wymagania 5.1.18.2 i 3 nie spełnia wymagania 5.1.18.1, natomiast dla typu Lab spełnia wymagania 5.1.18.1, 5.1.18.4 i 5.1.18, w dokumencie nie ma informacji o ilości urządzeń opisanych w wymaganiu 5.1.7 OPZ. Z dokumentu tego wynika, że wymagania pkt. 5.1.18.2, 5.1.18.3, 5.1.18.4 i 5.1.18.5 są przez ten konkretny typ urządzenie spełnione w stopniu jedynie minimalnie przekraczającym wymagania zamawiającego opisane w tych punktach.

Dowód Z.3 - jest to wyciąg z dokumentacji technicznej kilku modeli urządzeń jednego z producentów wskazanych w dowodzie O.3 odwołującego, z którego wynika, że urządzenia na str. 1 i 2 nie spełniają łącznie wymagania 5.1.18.1 i 5.1.7 natomiast urządzenia 1, 2 i 4 z tabeli pierwszej na str. 3 spełniają wymagania 5.1.18.1 przewyższając je kilkukrotnie, oraz spełniają wymagania 5.1.7 pod warunkiem, że są to urządzenia redundantne, co nie wynika wprost z przedstawionej dokumentacji, oraz urządzenia 3 i 4 z tabeli 2 na str. 3 spełniają wymagania 5.1.18.1 przewyższając je kilkukrotnie, oraz spełniają wymagania 5.1.7 również je przewyższając, przy czym urządzenie nr 3 może nie spełniać wymagania 5.1.7.1, co wymagałoby ustalenia. Jeśli chodzi o wymagania 5.1.18.2, 5.1.18.3, 5.1.18.4, 5.1.18.5, to urzą-

dzenia na str. 3, które ustalono jako spełniające wymagania 5.1.18.1 i 5.1.7 spełniają wymagania minimalne zamawiającego w sposób wielokrotnie przewyższający te wymagania.

Dowód Z.4 - jest to wyciąg z dokumentacji technicznej konkretnych modeli urządzenia jednego z producentów wskazanych w dowodzie O.3 odwołującego, z którego wynika, że urządzenia w tabeli 1 na str. 1 w kolumnie 1 i 2 spełniają wymaganie 5.1.18.1 przewyższając je kilkakrotnie, spełniają także ponad wymiarowo wymaganie 5.1.7 w tym spełniają wymóg redundantności, urządzenie w kolumnie 3 spełnia według oświadczenia zamawiającego i przystępującego wymóg 5.1.18.1, natomiast nie spełnia wymogu redundantności z pkt. 5.1.7, urządzenia z kolumn 4, 5, 6 i 7 nie spełniają wymagań z pkt. 5.1.18.1 i 5.1.7., urządzenia tabeli 2 ze str. 1 nie spełniają pkt. 5.1.18.1 i 5.1.7, co do ilości urządzeń, urządzenia ze str. 2 żadne z nich nie spełnia wymagania 5.1.18.1, urządzenia 1, 3 -5, 7 nie spełniają wymagania 5.1.7 co do ilości urządzeń Jeśli chodzi o wymagania 5.1.18.2, 5.1.18.3, 5.1.18.4, 5.1.18.5, to urządzenia spełniające wymagania 5.1.18.1 i 5.1.7 spełniają wymagania minimalne zamawiającego w sposób wielokrotnie przewyższający te wymagania.

Dowód Z.5 – oświadczenie jednego z producentów z dnia 2 listopada 2022 r. dotyczące pkt. 5.1.7, z którego wynika, że dla konkretnego modelu urządzenia jednego z producentów wskazanych w dowodzie O.3 odwołującego spełnione jest wymaganie ilości urządzeń z pkt. 5.1.7. i ich redundantności na poziomie $n+2$

Dowód Z.6 – wyciąg z dokumentacji technicznej z którego wynika, że dla konkretnego modelu urządzenia jednego z producentów wskazanych w dowodzie O.3 odwołującego spełnione jest wymaganie ilości urządzeń z pkt. 5.1.7. i ich redundantności na poziomie $n+2$ i dotyczą topologii połączeń w dwóch oddzielnych sieciach energetycznych, z którego wynika, że możliwe jest bezpieczne działanie z pojedynczym urządzeniem, o którym mowa w pkt. 5.1.7

Dowód P.1 – Izba częściowo pominęła ten dowód, gdyż niesporne pomiędzy stronami było, że wykonawcy mogą zaoferować w tym postępowaniu urządzenia tylko 3 producentów. Z tego względu Izba uznała za niecelowe czynienie ustaleń, co do sposobu prezentacji danych technicznych przez innych producentów. Izba pominęła zatem dowody na str. 1- 4 jako nie mające znaczenia dla rozstrzygnięcia. Izba ustaliła, że str. 5 odpowiada str. 3 dowodu Z.3 zamawiającego, str. 6 dotyczy konkretnych modeli urządzeń producenta wskazanego przez odwołującego w dowodzie nr O.3 i wynika z niej, że urządzenia w kolumnie 4 i 5 spełniają wymaganie zamawiającego z pkt. 5.1.18.1, co do wymagania z pkt. 5.1.7 to nie można ustalić ile urządzeń, o których mowa w tym punkcie OPZ te urządzenia z kolumny 4 i 5 posiadają, przy czym wymaganie redundantności zapewniają podtypy tych urządzeń oznaczone jako Plus i Max. Izba ustaliła, że str. 7 odpowiada str. 1 dowodu Z.4.

Urządzenie z kolumny 4 spełnia wymagania zamawiającego w sposób najbardziej zbliżony do minimalnych parametrów opisanych przez zamawiającego w pkt. 5.1.18.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymagania określone w art. 525 ust. 1 – 3 ustawy. Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek z art. 528 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania. Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz oszacowanie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, a także w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia oraz naruszający uczciwą konkurencję, zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę proporcjonalności, w zakresie w jakim zamawiający w dokumencie OPZ:

1. w sposób niejednoznaczny i nieproporcjonalny oraz preferujący rozwiązania tylko jednego producenta określił dla systemu zarządzania wymagania w pkt 6.22 i 6.23 OPZ

Zarzut w tej części nie podlegał rozpoznaniu, z uwagi na jego wycofanie przez odwołującego na etapie posiedzenia z udziałem stron.

2. w sposób niejednoznaczny i nieproporcjonalny oraz preferujący rozwiązania tylko jednego producenta określił parametry wydajnościowe urządzenia Firewall, w szczególności w pkt – tajemnica przedsiębiorstwa i 4. w sposób nieproporcjonalny i nieuzasadniony obiektywnymi potrzebami oraz preferujący rozwiązania tylko jednego producenta wymagając w pkt – tajemnica przedsiębiorstwa.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Izba wzięła pod uwagę następujące okoliczności:

- zamawiający ograniczył dostęp do przedmiotowego postępowania do wykonawców mogących zaoferować urządzenia wyłącznie 3 producentów. Ta okoliczność nie była sporna pomiędzy stronami, odwołujący nie kwestionował także uzasadnionej potrzeby po stronie zamawiającego do dokonania takiego ograniczenia. Jednak istotą zarzutu odwołującego jest to, że postawione przez zamawiającego wymagania powodują, że ofertę może złożyć wyłącznie wykonawca mogący dostarczyć urządzenia wyłącznie jednego z 3 dopuszczonych producentów. Izba nie podziela także podejścia zamawiającego do oceny postawionych zarzutów, jako wyłącznie adresowanych do pojedynczych wybiórczych wymagań opisanych w danym punkcie OPZ. W ocenie Izby temu podejściu przeczy sposób konstrukcji zarzutu. Odwołujący podniósł bowiem jeden zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 w związku z art. 16 pkt. 1 -3 ustawy, ale przejawiający się w czterech elementach tego opisu. Izba zatem nie rozpozna odwołania skupiając się wyłącznie na pkt. 5.1.18.1 czy wyłącznie na pkt. 5.1.7 OPZ, ale jak wynika, to w

ocenie Izby z ustaleń stanu faktycznego, konieczne jest ustalenie, czy rzeczywiście zamawiający konstruując postanowienia OPZ bez uzasadnionej potrzeby doprowadził do utrudnienia uczciwej konkurencji. Izba zwróciła uwagę na brzmienie art. 99 ust. 4 ustawy, który uznaje za niedopuszczalne takie określenie opisu przedmiotu zamówienia, które niekoniecznie eliminuje niektóre produkty, ale także takiego, które uprzywilejowuje produkt dostarczany przez konkretnego wykonawcę. Zgodnie z art. 16 pkt. 1 zamawiający przygotowuje i prowadzi postępowanie w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców. Zgodnie z art. 17 ust. 1 pkt 1 zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację. Ponadto zgodnie z art. 99 ust. 2 ustawy zamawiający może w opisie przedmiotu zamówienia określić cechy dostaw nawet nie będące istotnym elementem, ale muszą one być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do jego wartości i celów. Z powyższych norm wynika zatem, że dobór parametrów opisujących oczekiwany przedmiot zamówienia musi znajdować pokrycie w potrzebach zamawiającego. Izba nie ustaliła z treści OPZ, że zamawiający będzie wykorzystywał urządzenie wyłącznie w funkcji opisanej w pkt. 5.1.18.1. Przeciwnie Izba odnalazła i wskazała w ustaleniach stanu faktycznego postanowienia świadczące o tym, że mechanizmy ochronne będą wykorzystywane przy pracy urządzenia niezależnie od kierunku obsługiwanego ruchu, a nie wyłącznie w jednym kierunku przepływu danych (jak wskazywał zamawiający z zewnątrz). Izba nie ustaliła, że w innych przypadkach te mechanizmy są nadmiarowe. Z tego względu uznała, że zamawiający nie wskazał potrzeby wymagania osiągnięcia minimalnego parametru z pkt. 5.1.18.1 wyłącznie w takiej postaci jak tam opisana. Izba ustaliła, że dwóch z trzech producentów urządzeń podaje w swoich dokumentacjach parametr z pkt. 5.1.18.1 bez uruchomionych dodatkowych mechanizmów, a jeden z nich podaje ten parametr z uwzględnieniem dwóch dodatkowych obciążeń. Przy czym jak wynika ze zgodnego stanowiska zamawiającego i przystępującego takie obciążenia nie rodzą wątpliwości, co do tego, że ten trzeci producent również przy tak obliczonym parametrze posiada urządzenia spełniające wymagania zamawiającego. Tym bardziej zatem niewiarygodne jest twierdzenie zamawiającego, że niezbędna jest mu wydajność wyłącznie czystego parametru opisanego w pkt. 5.1.18.1. Izba stoi na stanowisku, że nie ma przeszkód, aby zamawiający opisał wymaganie z pkt. 5.1.18.1 dopuszczając również spełnienie tego wymagania z włączonymi dwoma mechanizmami, na które wskazuje odwołujący. Przy czym Izba nie podziela argumentacji zamawiającego i przystępującego, że dopuszczenie możliwości wykazania spełnienia tego parametru także w taki sposób, jak robi to trzeci producent wyeliminuje pozostałych. Przeciwnie zamawiający nie musi wykreślać wymagania z pkt. 5.1.18.1 w dotychczasowym brzmieniu. Dla równego traktowania wystarczające jest wskazanie, jakie obciążenia w ocenie zamawiającego nie wpływają na spełnienie wymagania z pkt. 5.1.18.1, podobnie tak w roz-

dziale 5 pkt. 1) i 2) zamawiający zdefiniował, jakie obciążenia będzie brał pod uwagę przy obliczaniu parametru z pkt. 5.1.18.2 i 5.1.18.3. Trudno dziwić się odwołującemu, że dąży do dopuszczenia produktów producenta, którego reprezentuje, a który to producent nie posługuje się parametrem opisanym przez zamawiającego w pkt. 5.1.18.1 w swojej dokumentacji. To, że zamawiający nie żąda przedmiotowych środków dowodowych, nie zmienia zasadności żądania dopuszczenia możliwości szerszego określenia sposobu obliczenia spełnienia parametru niż przewidziana przez zamawiającego. Fakt braku wymagania składania przedmiotowych środków dowodowych nie pozbawia zamawiającego prawa do żądania wyjaśnień treści złożonej oferty, ani nie pozbawia konkurencyjnych wykonawców prawa do podważania spełniania wymogów zamawiającego przy badaniu oferty odwołującego - tak za pomocą zarzutu niezgodności z dokumentacją zamówienia, jak i zarzutu przedstawienia informacji wprowadzających w błąd zamawiającego. W interesie zatem odwołującego jest usunięcie już na obecnym etapie wątpliwości, czy podanie danych potwierdzających spełnianie parametru w dodatkowym obciążeniu, będzie przez zamawiającego uznane za spełniające jego wymagania. Potencjalna możliwość wyeliminowania urządzenia trzeciego producenta tylko z tego powodu, że w inny sposób podaje on informacje, w ocenie Izby należałoby ocenić jako nieproporcjonalne do celów postępowania. Przechodząc do wymogu opisanego w pkt. 5.1.7 Izba ustaliła, że zamawiający wskazał minimalną ilość komponentów oraz wskazał, że mają być redundantne oraz nie dopuścił stosowania komponentów zewnętrznych. Zamawiający przy wskazanej liczbie komponentów nie określił jak ma być spełniona redundantność, czy jest to zasada $n+1$, czy $n+2$, czy może $n+n$. Na rozprawie wskazywał na zasadę $n+2$, ale nie wynika to z postanowień OPZ. Co więcej jak wynika z dowodów Z. 2, Z.5 i Z.6 jedno konkretne urządzenie jednego z producentów spełnia zarówno postanowienia pkt. 5.1.18.1 – 5.1.18.5 na poziomach zbliżonych do minimalnych opisanych przez zamawiającego i spełnia pkt. 5.1.7. tak co do wymaganej dokładnie ilości komponentów jak i zrealizowania zasady $n+2$ dla redundantności. Natomiast pozostali dwaj wykonawcy jeśli nawet spełniają pkt. 5.1.7 dla możliwych do zaoferowania urządzeń, to jednocześnie nie spełniają wymagań z pkt. 5.1.18. – producent, którego dotyczy dowód Z.3, albo spełniają wymagania z pkt. 5.1.18 w sposób zbliżony do wymagań zamawiającego, ale nie spełniają wymagania z pkt. 5.1.7. Oczywiście obaj producenci posiadają w swojej ofercie urządzenia, które mogłyby sprostać wymaganiom zamawiającego, ale spełniałyby te wymagania w sposób znacząco nadmiarowy tak w stosunku do wymagań zamawiającego, jak i produktu trzeciego producenta. W ocenie Izby oznacza to, że zamawiający określając swoje wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty uprzywilejował produkty jednego z producentów umożliwiając mu zaoferowanie urządzenia o najniższych parametrach spełniających wymagania zamawiającego, utrudniając konkurowanie produktom dwóch pozostałych wykonawców. Przy czym Izba w takim uprzywilejowaniu nie znalazła usprawiedliwienia w potrzebach za-

mawiającego. Z tego względu Izba uznała, że zamawiający naruszył zasady opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieutrudniający uczciwej konkurencji bo o ile nie wskazał bezpośrednio, że urządzenia tylko jednego z producentów mogą być zaoferowane w tym postępowaniu, to jednocześnie przez dobór wymaganych parametrów opisał przedmiot w taki sposób, że tylko jedno urządzenie jednego producenta wpisuje się prawie dokładnie w minimalne wymagania zamawiającego i nie musi ich zapewniać na rażąco wyższym poziomie jak w przypadku urządzeń dwóch pozostałych wykonawców. Z tego względu Izba uwzględniła odwołania i nakazała zamawiającemu dokonanie modyfikacji pkt. 5.1.7 i 5.1.18.1 Tomu III Opis przedmiotu zamówienia w sposób usuwający uprzywilejowanie jednego z wykonawców wskazanych w pkt. 5 zdanie 3 tomu III OPZ.

3. wymaga w pkt – tajemnica przedsiębiorstwa

Zarzut w tej części nie podlegał rozpoznaniu, z uwagi na jego wycofanie przez odwołującego na etapie posiedzenia z udziałem stron.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 553 ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2 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) oraz art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2021 r. poz.1129 wraz z późn. zm.) zasądzając na rzecz odwołującego od zamawiającego kwotę 15.000,00 złotych tytułem zwrotu wpisu od odwołania, oraz kosztów zastępstwa prawnego zgodnie ze złożoną fakturą z ograniczeniem do kwoty maksymalnej dopuszczonej przez cytowane rozporządzenie.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.