

Sygn. akt: KIO 2708/22

WYROK
z dnia 7 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Bogusława Tokarczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 25 października 2022 r. oraz 2 listopada 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 października 2022 r. przez **wykonawcę Apex.IT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale **wykonawcy P. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Evercom P. N. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. **Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów: 2 (kryterium P6 przed modyfikacją), 3 lit. a, c, d, e, f, g oraz 4.**
2. **Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów: 1, 2 (kryterium P3, P5 i P6) oraz 3 pkt 5.1.7 OPZ i nakazuje zamawiającemu:**
 - **usunięcie warunku z Rozdziału X ust. 2 pkt 4) lit. c) SWZ o treści: „jest autoryzowanym partnerem producenta oferowanego rozwiązania oraz jest autoryzowanym partnerem firmy Check Point posiadającym status partnerstwa CCSP.”**
 - **usunięcie następujących poza cenowych kryteriów oceny ofert – Parametr 3, Parametr 5, Parametr 6,**
 - **doprowadzenie wymagania z pkt 5.1.7. OPZ do zgodności z art. 99 ustawy pzp poprzez wyeliminowanie uprzywilejowania jednego z rozwiązań względem pozostałych dopuszczonych postanowieniem pkt 5 zdanie 3 OPZ,**
 - oraz uwzględnienie konsekwencji powyższych zmian w dokumentacji zamówienia oraz ogłoszeniu o zamówieniu.**

3. **Oddala odwołanie w pozostałym zakresie: co do zarzutu 2 (kryterium P1, P2 i P4).**
4. **Kosztami postępowania obciąża zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie w części 5/8 i odwołującego Apex.IT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w części 3/8 i**
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Apex.IT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.
 - 4.2. zasądza od zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy Apex.IT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 11 625 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sześćset dwadzieścia pięć złotych zero groszy) stanowiącą 5/8 uzasadnionych kosztów strony poniesionych tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 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

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2022 r., poz. 1710 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. „*Modernizacja technologiczna infrastruktury zabezpieczeń sieciowych w stykach z Internetem (ANTP)*”, znak sprawy: 6060/ILG 8/11142/04181/22/P. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 października 2022 r., za numerem 2022/S 191- 542104 -2022-PL.

W dniu 14 października 2022 r. odwołanie wniósł wykonawca Apex.IT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 112 ust. 1 w związku z art. 116 i art. 16 pkt 1 ustawy pzp poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający uczciwą konkurencję, ograniczenie kręgu wykonawców do partnerów preferowanego przez Zamawiającego rozwiązania informatycznego,
2. art. 16 pkt 1 w związku z art. 241 ust. 1 ustawy pzp poprzez sformułowanie kryteriów oceny ofert w sposób naruszający uczciwą konkurencję poprzez ograniczenie kręgu wykonawców do podmiotów oferujących preferowane przez Zamawiającego rozwiązania informatycznego,
3. art. 99 ust. 1 i 2 ustawy pzp w związku z art. 16 pkt 1 ustawy pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję, tj. wskazujący na konkretnego producenta rozwiązań informatycznych, a w konsekwencji w sposób uniemożliwiający złożenie oferty wykonawcom oferującym inne rozwiązania informatyczne (innych producentów),
4. art. 99 ust. 1 poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający sporządzenie oferty.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji:

Zarzut 1 odwołania:

1) (a) Ogłoszenia – poprzez zmianę treści Sekcji III.1.4. c) w treści: „jest autoryzowanym partnerem firmy Check Point oraz posiada status partnerstwa CCSP”

na treść:

„jest autoryzowanym partnerem producenta oferowanego rozwiązania”

(b) SWZ – poprzez zmianę odpowiednio do zmiany Ogłoszenia z pkt (b) powyżej.

Zarzut 2 odwołania:

2) SWZ poprzez uchylenie poza cenowych kryteriów oceny ofert zawartych w Rozdziale XX pkt 7.

Zarzut 3 odwołania:

3) SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób następujący:

(a) w pkt 4.9.5 OPZ dodać: „Dopuszcza się realizację przedmiotowej funkcjonalności w module IPS”

(b) w pkt 5.1.7 OPZ dodać: „Dopuszcza się urządzenie wyposażone w redundantne zasilacze AC typu hot-swap, umieszczone w obudowie urządzenia, pozwalające na pracę przy uszkodzeniu jednego zasilacza”.

(c) pkt 5.1.13 OPZ uchylić lub dodać: „Dopuszcza się urządzenie posiadające dwa dedykowane porty do zarządzania (Out of Band Management) i jeden port konsolowy RJ45.”

(d) pkt 5.1.26.11. OPZ wykreślić lub dodać: „Dopuszcza się realizację przedmiotowej funkcjonalności poza modulem IPS”

(e) w pkt 5.1.30.7. OPZ wykreślić pkt lub dodać: „Dopuszcza się realizację przedmiotowej funkcjonalności z poziomu systemu centralnego Zarządzania”

(f) w pkt 6.20 OPZ wykreślić pkt lub dodać: „Dopuszcza się realizację przedmiotowej funkcjonalności z poziomu systemu centralnego Zarządzania lub w inny sposób niż z poziomu urządzenia.”

(g) w pkt 6.23 OPZ wykreślić pkt lub dodać: „Dopuszcza się realizację przedmiotowej funkcjonalności przez system logowania i raportowania uruchomiony na oddzielnej maszynie wirtualnej niż system centralnego zarządzania.”

Zarzut 4 odwołania:

4) SWZ w zakresie wzoru umowy poprzez nadanie § 7 następującej treści:

„§ 7 Warunki Wsparcia

1. Warunki wsparcia określa Rozdział 15 OPZ.

2. Jeżeli okres gwarancji udzielonej Wykonawcy na Przedmiotu Umowy przez ich producenta będzie dłuższy niż okres gwarancji udzielonej Zamawiającemu przez Wykonawcę, wówczas Wykonawca niezwłocznie po upływie okresu gwarancji udzielonej Zamawiającemu przeniesie na Zamawiającego przysługujące mu na podstawie tej gwarancji prawa, w tym poprzez wydanie Zamawiającemu stosownych dokumentów gwarancyjnych. W przypadku, gdy taka gwarancja została udzielona podwykonawcy Wykonawcy, Wykonawca uzyska prawa z takiej gwarancji dla siebie, a następnie przeniesie je na Zamawiającego zgodnie ze zdaniem pierwszym niniejszego ustępu.”

5) ewentualnie, nakazanie Zamawiającemu sformułowania wymagań z pkt 1)-3) powyżej, w inny sposób zapewniający uczciwą konkurencję, tj. umożliwiającą dostarczenie rozwiązań informatycznych innych producentów.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że Zamawiający w postępowaniu faworyzuje jednego producenta, firmę Check Point. Zamawiający w punkcie 5 OPZ wskazał, iż „Producent urządzenia musi być sklasyfikowany jako "Leaders" w raporcie Gartnera "Magic Quadrant for Network Firewalls" przynajmniej dwa razy w ciągu ostatnich 3 lat.” W ramach tak postawionego warunku należy rozpatrywać rozwiązania trzech producentów Fortinet, Check Point oraz Palo Alto Networks – jest to jednak jedynie pozorne dopuszczenie większego grona producentów, o czym świadczą dodatkowe warunki jakie postawił Zamawiający w ramach kwalifikacji wykonawców, oceny ofert oraz technicznego opisu przedmiotu zamówienia. Jedynie rozwiązanie producenta Check Point spełnia łącznie wszystkie techniczne wymagania, Zamawiający zaś nie opisał równoważności w ramach postawionych wymagań.

/dowód: info grafika ze strony <https://www.fortinet.com/blog/business-and-technology/fortinet-named-leader-2021-gartner-magic-quadrant-for-network-firewalls> - na okoliczność, iż Liderami wg powołanego raportu Gartnera są Fortinet, Check Point oraz Palo Alto Networks/

Zarzut 1 odwołania:

Odwołujący podniósł, że faworyzowanie firmy Check Point odbywa się m.in. na poziomie warunków podmiotowych gdzie w Ogłoszeniu w Sekcji III.1.4. w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wymaga, aby wykonawca wykazał, że:

„b) dysponuje personelem (co najmniej dwie osoby), który posiada co najmniej wymienione kwalifikacje:

- i. minimum dwoma inżynierami z certyfikatem poziomu Check Point Security Master Elite;
 - ii. inżynierem z certyfikatem Cisco Certified Internetwork Expert Routing and Switching (CCIE Routing and Switching);
 - iii. minimum dwoma inżynierami z certyfikatem najwyższego poziomu certyfikacji oferowanego rozwiązania;
- c) jest autoryzowanym partnerem firmy Check Point oraz posiada status partnerstwa CCSP.”

Odwołujący wskazał, że w przypadku oferowania przez wykonawcę rozwiązań Palo-Alto lub Fortinet wymóg posiadania partnerstwa z firmą Check Point pozostaje bez związku z przedmiotem zamówienia. Wykonawcy powinni posiadać partnerstwo z producentem rozwiązań które oferują Zamawiającemu albowiem:

- 1) posiadanie partnerstwa decyduje o tym, czy zakup rozwiązania pochodzi z autoryzowanego przez producenta kanału dystrybucji;
- 2) posiadanie partnerstwa decyduje o tym, czy zakup rozwiązania w obszarze oprogramowania jest legalny w rozumieniu przepisów prawa w zakresie własności intelektualnej;
- 3) posiadanie partnerstwa jest także potwierdzeniem przed producenta, iż partner dysponuje odpowiednim poziomem kwalifikacji technicznych oraz posiada niezależne wsparcie techniczne producenta.

Innymi słowy jedyne racjonalne wymaganie w zakresie posiadania partnerstwa powinno odnosić się do partnerstwa z producentem, którego rozwiązania oferuje wykonawca. Zwrócił uwagę, iż zgodnie z Sekcją III.1.4. b) Zamawiający wymaga aby wykonawcy dysponowali:

- 1) 2 inżynierami dla oferowanego rozwiązania;
- 2) 2 inżynierami dla Check Point;
- 3) 2 inżynierami dla Cisco;

- co z uwagi na treść OPZ oznacza, iż aspekt zdolności wykonawcy do wykonania prac w istniejącym środowisku Zamawiającego został przez Zamawiającego uwzględniony wymaganiami co do personelu w Sekcji III.1.4. pkt b) i w tym zakresie oczekiwania Zamawiającego są zaspokojone.

Zarzut 2 odwołania:

Odwołujący wskazał, że Zamawiający ograniczył postępowanie do rozwiązań informatycznych oferowanych przez Fortinet, Check Point oraz Palo Alto Networks, co zawęży ocenę ustalonych przez Zamawiającego poza cenowych kryteriów odbioru do rozwiązań tych trzech producentów. Są to następujące rozwiązania.

1/ Fortinet: FortiGate

2/ Palo Alto Networks: PaloAlto PA54xx

3/ Check Point: CheckPoint QUANTUM SECURITY GATEWAY

Rozwiązanie Fortinet i Palo Alto nie realizują parametrów z poz. Tabeli 2-8 Rozdziału XX ust. 7 SWZ. Natomiast rozwiązanie Check Point spełnia wszystkie 7 punktowanych parametrów.

Wszystkie z 7 wymagań odpowiadają informacjom zawartym w dokumentacji rozwiązania Check Point.

/dowód: dokumentacja Check Point – na okoliczność skopiowania przez Zamawiającego informacji z dokumentacji rozwiązania Check Point dostępna do pobrania pod linkiem:

https://supportcenter.checkpoint.com/supportcenter/portal?action=portlets.DCFileAction&eventSubmit_doGetdcdetails=&fileid=110062/

Parametr ceny (brutto) zapewnia 50% wagi w kryteriach oceny ofert, a 7 parametrów poza cenowych zapewnia pozostałe 50% wagi w kryteriach oceny ofert. Oznacza to że wykonawcy oferujący rozwiązania inne niż Check Point muszą zaoferować swoje rozwiązania o 50% tańsze niż wykonawcy oferujący Check Point co w praktyce wyłącza możliwość konkurowania o przedmiot zamówienia.

Zarzut 3 odwołania:

Odwołujący wskazał, że zarzut odnosi się do 7 wymagań przedmiotowych dla przedmiotu zamówienia. Wszystkie z 7 wymagań odpowiadają informacjom zawartym w dokumentacji rozwiązania Check Point.

/dowód: dokumentacja Check Point – na okoliczność skopiowania przez Zamawiającego informacji z dokumentacji rozwiązania Check Point dostępna do pobrania pod linkiem:

https://supportcenter.checkpoint.com/supportcenter/portal?action=portlets.DCFileAction&eventSubmit_doGetdcdetails=&fileid=110062/

Rozwiązanie Fortinet zapewnia wszystkie funkcjonalności, których zarzut dotyczy, lecz czyni to w inny sposób niż określono w OPZ. Analogicznie sytuacja wygląda w przypadku

rozwiązania PaloAlto, które zapewnia wszystkie funkcjonalności, lecz 6 z nich realizuje w sposób odmienny niż określono w OPZ.

Oznacza to że rozwiązania Fortinet i Palo Alto odpowiadają zapotrzebowaniu Zamawiającego na poszczególne funkcjonalności, lecz Zamawiający bezpodstawnie wymaga realizowania takich funkcjonalności w konkretnie oznaczony sposób charakterystyczny dla konkretnego rozwiązania. Co znamienne, każde z żądań odwołania sprowadza się do dopuszczenia alternatywnego sposobu realizacji poszczególnych funkcjonalności. Odwołujący nie kwestionuje zapotrzebowania Zamawiającego na określone funkcjonalności lecz bezzasadne ograniczenie sposobu ich realizacji do modelu w jakim funkcjonalności są realizowane przez rozwiązanie Check Point. Powyższy opis parametrów technicznych zamawianego rozwiązania informatycznego został dokonany przez Zamawiającego w sposób jednoznacznie wskazujący na jednego producenta, preferowanego przez Zamawiającego, tj. Check Point, a tym samym w sposób utrudniający uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami, co jest niedopuszczalne w świetle przepisu art. 99 ust. 1 i 2 ustawy pzp. W szczególności, wymóg zaoferowania i dostarczenia rozwiązania o wskazanych wyżej parametrach potwierdza, iż Zamawiający preferuje konkretnego producenta, którego rozwiązanie jako jedyne spełnia łącznie wszystkie oczekiwane parametry techniczne. Oznacza to sytuację, w której przedmiot zamówienia jest opisany przez Zamawiającego w oparciu o kryteria obiektywnie dające się usprawiedliwić, jednak ich koniunkcja stanowi w praktyce wyłączenie konkurencyjności. Zamawiający świadomie eliminuje więc z postępowania wykonawców oferujących rozwiązania informatyczne inne niż oczekiwane przez niego. Tymczasem Zamawiający powinien opisywać przedmiot zamówienia w sposób pozwalający na uzyskanie produktu spełniającego jego uzasadnione wymagania, ale jednocześnie nie prowadzący do nieuzasadnionego ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia, co ma miejsce w przypadku opisu przedmiotu zamówienia wskazującego na sprzęt konkretnego producenta, czy konkretny produkt. Jednocześnie, zgodnie z utrwalonym stanowiskiem zajmowanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia na podstawie katalogu jednego producenta jest działaniem utrudniającym uczciwą konkurencję, a zamawiający powinien unikać takiego opisywania przedmiotu zamówienia (w tym przez określanie jego parametrów technicznych), aby spełnienie wymogów dotyczących przedmiotu zamówienia było możliwe wyłącznie przez jednego producenta czy też konkretny produkt możliwy do zaoferowania przez konkretnego producenta. Takie stanowisko zajęto np. w orzeczeniach (wydanych na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych, które są aktualne

również na podstawie przepisów ustawy pzp): wyrok KIO z 19.04.2017 r., KIO 607/17, uchwała KIO z 08.03.2011 r., KIO/KD 17/11, wyrok KIO z 23.03.2012 r., KIO 464/12

Odwołujący podniósł, że jak przyjmuje się w orzecznictwie KIO, do naruszenia zasady uczciwej konkurencji z uwagi na niewłaściwe opisanie przedmiotu zamówienia, wystarczające jest zaistnienie samej możliwości utrudniania uczciwej konkurencji (tak np. w ww. wyroku z dn. 21.10.2011., KIO 2188/11). Zamawiający preferuje konkretnego producenta posiadającego rozwiązanie informatyczne preferowane przez Zamawiającego, a zainteresowani wykonawcy nie mają możliwości zaoferowania rozwiązań informatycznych innych renomowanych producentów. W konsekwencji, Zamawiający prowadzi również postępowanie w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, a tym samym naruszający art. 16 pkt 1 ustawy pzp.

Zarzut 2 i 3 odwołania:

Odwołujący podkreślił kluczowe dla rozpoznania odwołania kwestie, a mianowicie kwestię ciężaru dowodowego oraz kwestię dopuszczalnych warunków stawianych przez Zamawiającego, co do opisu przedmiotu zamówienia, stosowanych kryteriów oceny ofert (szczególnie odnoszących się do wymogów funkcjonalnych oferowanego przedmiotu dostawy). System zamówień publicznych jest systemem godzącym niejako dwie grupy sprzecznych interesów, w interesie Zamawiającego jest dostarczenie mu produktu lub usług zgodnych ze specyfikacją, natomiast interesem wykonawców jest osiągnięcie jak największego zysku za zrealizowane zlecenie. Zamawiający jako podmiot nadający znaczący kształt zawieranej umowie, nie jest jednak w swych uprawnieniach nieograniczony. W szczególności, zamawiający związany jest podstawowymi dla prawa zamówień publicznych zasadami, takimi jak zasada proporcjonalności i uczciwej konkurencji. Odwołujący zauważył, że zamawiający kreują w znacznym stopniu istnienie i funkcjonowanie określonego rynku i w związku z tym muszą czynić to zgodnie z przepisami prawa, w tym poszanowaniem zasad konkurencyjności. Co więcej z przepisów ustawy o informatyzacji wynika, że podmioty sektora publicznego w swych działaniach muszą kierować się zasadą neutralności technologicznej polegającej na równym traktowaniu przez władze publiczne technologii teleinformatycznych i tworzenia warunków do ich uczciwej konkurencji, w tym zapobiegania możliwości eliminacji technologii konkurencyjnych przy rozbudowie i modyfikacji eksploatowanych systemów teleinformatycznych lub przy tworzeniu konkurencyjnych produktów i rozwiązań (por. art. 3 pkt 19 ustawy o informatyzacji). W szczególności, więc każde postanowienie odnoszące się do przedmiotu zamówienia, szczególnie, jeżeli ogranicza konkurencję lub narusza zasadę proporcjonalności, powinno

być uzasadnione z punktu widzenia uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 9.05.2018 r. (sygn. akt KIO 741/18) byłoby przyznaniem zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru oferty najkorzystniejszej ustalenie takiego kryterium oceny ofert, co, do którego nie wykazano, iż ma ono jakiegokolwiek przełożenie na lepsze spełnienie takich potrzeb zamawiającego. W analizowanej sprawie ciężar wykazania tych uzasadnionych potrzeb spoczywał na zamawiającym. Sposób sformułowania opisu przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego ogranicza krąg wykonawców, którzy mogliby ubiegać się o udzielenie zamówienia, a sformułowanie go w sposób de facto wskazujący na konkretnego producenta oraz zawierający wymagania nadmiarowe, nie ma żadnego uzasadnienia w obowiązujących przepisach prawa i narusza zasadę proporcjonalności (art. 16 pkt 1(i 3) ustawy pzp). Z uwagi na sprzeczność interesów uczestników postępowania, konieczne jest zachowanie równowagi między zachowaniem interesu Zamawiającego, a interesów wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych warunków, tak podmiotowych jak i przedmiotowych, mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom dającym rękojmię jego prawidłowej realizacji (tak: wyrok KIO 1081/17 z 19.06.2017 r., wyrok KIO 1030/17 z 8.06.2017 r.). Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 14.03.2017 r. (KIO 371/17), swoboda w kształtowaniu przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu nie jest nieograniczona. Wręcz przeciwnie, Zamawiający jako podmiot dysponujący środkami publicznymi ma obowiązek z jednej strony wydatkować je w sposób oszczędny i efektywny, a z drugiej strony respektować i przestrzegać zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający powinien móc udowodnić, że postawione warunki mają charakter „minimalny”, co oznacza, że brak określonego warunku lub jego złagodzenie nie da mu należytej rękojmi realizacji zamówienia. W doktrynie i orzecznictwie Izby podnosi się, bowiem, że formułując warunki udziału Zamawiający powinien dopuścić do udziału w realizacji zamówienia każdego wykonawcę należycie przygotowanego i obiektywnie zdolnego do jego realizacji, w tym posiadającego odnośne doświadczenie personel, zasoby techniczne, finansowe etc. Choć wyrok ten odnosi się do warunków podmiotowych, to w ten sam sposób należy go odnieść także do wymogów stawianych, co do przedmiotu zamówienia. Oczywistym jest, bowiem, że konkretni wykonawcy „współpracują” z konkretnymi dostawcami i producentami. Postawienie wymogów produktowych w ten sposób, że spełnia je wyłącznie jeden produkt istniejący na rynku, jest, więc sprzeczne z zasadą proporcjonalności i uczciwej konkurencji. Formułując wymogi, co do przedmiotu zamówienia, Zamawiający powinien przestrzegać reguły proporcjonalności, tj. przyjęcia

takich warunków, które uzasadnione są przedmiotem zamówienia, w tym w szczególności jego rozmiarem, złożonością i innymi istotnymi warunkami jego realizacji. Zamawiający winien móc udowodnić, że postawienie określonego wymogu jest uzasadnione. Każdy nadmiarowy, nieproporcjonalny i nieuzasadniony przedmiotem zamówienia warunek nie będzie mógł już być uznany za postawiony w zgodzie z ustawą. Kwestionowane postanowienia SWZ sformułowane zostały w taki sposób, że w praktyce jedynym produktem możliwym do zaoferowania jest rozwiązanie Check Point. Tak zostały opisane wymagania przedmiotowe, że łączne ich spełnienie przez jakiegokolwiek inny produkt będzie niemożliwe. Istotne jest bowiem nie tylko dokonanie oceny pod kątem jednej konkretnej funkcjonalności, ale ich połączenia w jednym produkcie, a to jest możliwe tylko w przypadku wskazanego wyżej produktu. Co więcej ocenie podlegać musi ta sama klasa produktowa, albowiem konkurowanie możliwe jest tylko przez tę samą klasę urządzeń, albowiem tylko wówczas mamy do czynienia z porównywalnością cenową. Zamawiający skupia się opisywaniu sposobu realizowania określonych funkcji, poprzez nadmiarowe i zbyt szczegółowe techniczne wymagania, które nie są istotne z punktu widzenia funkcjonalności i niezawodności urządzenia. Wymagania specyficznych dla danego producenta technologii nie jest obiektywnym kryterium, pozwalającym na uczciwe konkurowanie oferentów w Postępowaniu. Tymczasem inne rozwiązania i produkty, umożliwiają osiągnięcie wymaganych przez Zamawiającego efektów określonych w SWZ. Nie ma żadnego technicznego, ani też innego uzasadnienia dla tak jaskrawego dyskryminowania producentów innych niż Check Point. Zamawiający sformułował szereg wymagań oderwanych od rzeczywistych potrzeb Zamawiającego, a także wymagania te ujęte w zbiorze wskazują, iż jedynie rozwiązanie Check Point spełnia wszystkie zaskarżonego wymagania OPZ a także zapewnia uzyskanie punktacji z poza cenowych kryteriach oceny ofert. Odwołujący wskazał na orzeczenia KIO: KIO/KD 30/16 - uchwała KIO z dnia 13-05-2016, wyrok KIO z 31.08.2017 r., KIO 1670/17, KIO 1112/15 - wyrok KIO z dnia 10-06-2015, KIO 1203/15 - wyrok KIO z dnia 25-06-2015, KIO 765/14 - wyrok KIO z dnia 05-05-2014, KIO 724/16 - wyrok KIO z dnia 19-05-2016, KIO/KD58/16 - uchwała KIO z dnia 30-09-2016

Zarzut 4 odwołania:

Odwołujący podniósł, że Zamawiający określił przedmiot zamówienia w § 1 i 2 wzoru umowy gdzie § 2 ust. 2 stanowi:

„Wykonawca zrealizuje przedmiot Umowy:

1) Etap 1 - Dostawa sprzętu i wdrożenie (Rozdział 3 pkt 1-9 OPZ) – do 30 tygodni od dnia zawarcia Umowy;

2) Etap 2a - Wsparcie techniczne (Rozdział 3 pkt 10-11 OPZ) – 36 miesięcy od dnia odbioru Etapu 1 dla platformy zabezpieczeń sieciowych NGFW (ANTP);

3) Etap 2b – Wsparcie techniczne (Rozdział 3 pkt 10-11 OPZ) – 12 miesięcy od dnia odbioru Etapu 1 dla systemu Anty-DDoS.”

Postanowienie OPZ jednoznacznie wskazuje, że na następujące cechy wsparcia:

1) jednym z istotnych elementów wsparcia technicznego jest usuwanie usterek dostarczonego rozwiązania w terminie 12 godzin/48 godzin od zgłoszenia (pkt 15.4 i 15.5. OPZ);

2) okres wsparcia wynosi odpowiednio 36 i 12 miesięcy bez możliwości przedłużenia (pkt 15.1.1 OPZ);

3) dla świadczenia wsparcia technicznego konieczne jest pozyskanie przez wykonawcę serwisu producenta oferowanego rozwiązania (pkt 15.5, 15.7, 15.9, 15.10, 15.11 OPZ).

Tymczasem w § 7 wzoru umowy Zamawiający wymaga gwarancji jakości w rozumieniu kodeksu cywilnego (§ 7 ust. 2 wzoru umowy) . Zgodnie z art. 581. k.c.: „§ 1. Jeżeli w wykonaniu swoich obowiązków gwarant dostarczył uprawnionemu z gwarancji zamiast rzeczy wadliwej rzecz wolną od wad albo dokonał istotnych napraw rzeczy objętej gwarancją, termin gwarancji biegnie na nowo od chwili dostarczenia rzeczy wolnej od wad lub zwrócenia rzeczy naprawionej. Jeżeli gwarant wymienił część rzeczy, przepis powyższy stosuje się odpowiednio do części wymienionej. § 2. W innych wypadkach termin gwarancji ulega przedłużeniu o czas, w ciągu którego wskutek wady rzeczy objętej gwarancją uprawniony z gwarancji nie mógł z niej korzystać.”

Ponadto zgodnie z § 7 ust. 11 wzoru umowy: „W odniesieniu do wymienionego lub naprawionego elementu Przedmiotu Umowy, termin gwarancji biegnie na nowo od chwili dokonania skutecznej naprawy lub zakończenia wymiany. Z drugiej strony w § 7 ust. 6 znalazł się zapis: „Szczegółowy opis warunków gwarancyjnych został określony w Rozdziale 15 OPZ.” Przepis ten stawia znak równości pomiędzy pojęciem „gwarancja” z pojęciem „wsparcie”.

Odwołujący wskazał, że wobec powyższego zarówno regulacja art. 581 k.c. oraz § 7 ust. 11 będą odnosić się do wsparcia technicznego będące przedmiotem. W konsekwencji każda naprawa usterki w ramach gwarancji będzie naprawą w ramach wsparcia technicznego co spowoduje przerwanie okresu biegu gwarancji oraz okresu wsparcia i rozpoczęcie jego biegu od nowa. W ramach eksploatacji oprogramowania usterki zdarzają

się dość często i są naturalnym zjawiskiem eksploatacyjnym, stąd krótkie terminy usuwania usterek w OPZ. Oznacza to, że bieg okresu gwarancji i wsparcia będzie przerywany wielokrotnie w ciągu każdego roku świadczenia wsparcia a w konsekwencji łączny okres gwarancji i wsparcia jest niemożliwy do określenia. Ma to ten skutek, iż pomimo zapisów umowy i OPZ o 12 i 36 miesięcznym wsparciu technicznym wykonawca musi wycenić koszt wsparcia na znacznie dłuższy okres tj. na okres wynikający z przerwania biegu gwarancji i wsparcia. Na koszty wsparcia składają się:

1/ koszty własne wykonawcy (personel)

2/ serwis producenta

W takim stanie rzeczy wykonawcy mając do czynienia z przepisami umowy, które nie określają maksymalnego okresu świadczenia usługi wsparcia na skutek regulacji § 7, nie mają możliwości wyceny usług wsparcia a tym samym wyceny przedmiotu oferty.

W dniu 25 października 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu 2 odwołania co do kryterium P6 oraz zarzutu 3 odwołania w zakresie pkt 3 lit. a, c, d, e, f oraz zarzutu 4. Ponadto, Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy pzp co do zarzutów, w zakresie których Zamawiający planuje zmianę dokumentacji postępowania: zarzut 1, zarzut 2 co do kryterium P2, zarzut 3 lit. c oraz zarzut 4. W pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania przedstawiając uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

W dniu 25 października 2022 r. wpłynęło pismo procesowe Odwołującego zawierające merytoryczną argumentację w zakresie zarzutu 2 odwołania.

W dniu 25 października 2022 r. na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestnika postępowania Zamawiający oświadczył, że planowane zmiany dokumentacji nie zostały wprowadzone, a modyfikacja zostanie opublikowana do dnia 31 października 2022 r.

Ponadto, na posiedzeniu Odwołujący wycofał zarzut z pkt 3 lit. g odwołania.

W dniu 31 października 2022 r. Zamawiający opublikował modyfikacje dokumentacji postępowania.

W dniu 2 listopada 2022 r. wpłynęło do Izby pismo procesowe Odwołującego przedstawiające dalszą argumentację co do zarzutu 1, zarzutu 2 (kryteria: P1-P6 po modyfikacji kryteriów oceny ofert) oraz zarzutu 3 lit. b.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca P. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Evercom P. N. z siedzibą w Warszawie.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie (dowody nr 1-6) wraz z załącznikami objęta tajemnicą przedsiębiorstwa Zamawiającego, zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami, pismo procesowe Odwołującego z dnia 25 października 2022 r. oraz z dnia 31 października 2022 r. wraz z załącznikami, pismo Przystępującego stanowiące ustosunkowanie się do modyfikacji SWZ dotyczącej zarzutu 4 oraz dowody złożone przez Zamawiającego na rozprawie (dowody nr 7-8). Izba ponumerowała dowody złożone przez Zamawiającego w kolejności ich składania.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

Na wstępie Izba wskazuje, że postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze:

- w zakresie zarzutu 2 odwołania (Parametr 6 przed modyfikacją) oraz zarzutu 3 odwołania (lit. a, d, e, f) na podstawie art. 568 pkt 3 ustawy pzp z uwagi na złożenie przez Zamawiającego oświadczenia o uwzględnieniu powyższych zarzutów,

- w zakresie zarzutu 3 odwołania lit. g na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy pzp, z uwagi na złożenie przez Odwołującego oświadczenia o wycofaniu zarzutu,

- w zakresie zarzutu 3 lit. c oraz 4 odwołania na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy pzp, z uwagi na oświadczenie Zamawiającego o częściowym uwzględnieniu tych zarzutów oraz oświadczenie Odwołującego i Przystępującego, że modyfikacje SWZ wprowadzone w zakresie zarzutu 4 odpowiadają żądaniom odwołania. Ponadto, Zamawiający w zakresie zarzutu 3 lit. c wprowadził modyfikacje SWZ częściowo odpowiadające żądaniu odwołania, a częściowo wprowadził nowe treści SWZ, które w ocenie Izby zmieniają kwestionowane postanowienie OPZ w sposób, który powoduje że brak jest substratu zaskarżenia w odniesieniu do tego postanowienia. Izba nie przytacza treści kwestionowanego postanowienia OPZ przed i po modyfikacji, gdyż stanowi ona tajemnicę przedsiębiorstwa Zamawiającego. Tym samym, rozpoznawanie zarzutu 3 lit. c oraz 4 odwołania stało się bezprzedmiotowe, a więc jak stanowi ustawa pzp – zbędne.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła brzmienie pkt 5 zdanie 3 OPZ (postanowienie nie jest cytowane z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa Zamawiającego).

Zarzut 1

Zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu 1 odwołania Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z Rozdziałem X SWZ (analogicznie Sekcja III.1.3. ogłoszenia o zamówieniu):
KWALIFIKACJA PODMIOTOWA WYKONAWCÓW – PODSTAWY WYKLUCZENIA ORAZ
WARUNKI UDZIAŁU WYKONAWCÓW W POSTĘPOWANIU: „(...) 2. Zgodnie z art. 112 ust.
2 Ustawy, o udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: (...) 4) zdolności technicznej lub zawodowej. w zakresie posiadanej zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że: (...) b) dysponuje personelem (co najmniej dwie osoby), który posiada co najmniej wymienione kwalifikacje:

i. minimum dwoma inżynierami z certyfikatem poziomu Check Point Security Master Elite;

ii. inżynierem z certyfikatem Cisco Certified Internetwork Expert Routing and Switching (CCIE Routing and Switching);

iii. minimum dwoma inżynierami z certyfikatem najwyższego poziomu certyfikacji oferowanego rozwiązania;

c) jest autoryzowanym partnerem producenta oferowanego rozwiązania oraz jest autoryzowanym partnerem firmy Check Point posiadającym status partnerstwa CCSP. (po modyfikacji SWZ z dnia 31 października 2022 r.).

Zgodnie z Rozdziałem XI SWZ – OŚWIADCZENIA I DOKUMENTY, JAKIE POWINNI ZŁOŻYĆ WYKONAWCY, W TYM INFORMACJA O PRZEDMIOTOWYCH ŚRODKACH DOWODOWYCH ORAZ WYKAZ PODMIOTOWYCH ŚRODKÓW DOWODOWYCH pkt 3 lit.

c): „c) w celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w Postępowaniu określonego w Rozdziale X ust. 2 pkt 4 lit. c) SWZ: dokument – oświadczenie firmy Check Point potwierdzające posiadanie statusu partnerstwa.”

Przedmiot sporu w zakresie podniesionego zarzutu sprowadzał się do odpowiedzi na pytanie, czy Zamawiający był uprawniony postawić warunek udziału w postępowaniu ograniczający krąg potencjalnych wykonawców do partnerów rozwiązania Check Point. Izba biorąc pod uwagę stanowiska Stron zaprezentowane w postępowaniu odwoławczym, a także zgromadzony w sprawie materiał dowodowy uznała, że powyższy wymóg jest niezgodny z istotą warunków udziału w postępowaniu oraz w sposób nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego utrudnia uczciwą konkurencję.

Na wstępie wskazania wymaga, że zgodnie z art. 112 ustawy pzp: „1. Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. 2. Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć: 1) zdolności do występowania w obrocie gospodarczym; 2) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów; 3) sytuacji ekonomicznej lub finansowej; 4) zdolności technicznej lub zawodowej.” Natomiast art. 116 ust. 1 ustawy pzp stanowi: „W odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz

systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.” Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r., poz. 2415 ze zm.) określa w § 9 katalog podmiotowych środków dowodowych, których zamawiający może żądać w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej. Ponadto, w myśl art. 16 pkt 1 – 3 ustawy pzp: *„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.”*

Dalej podnieść należy, że zasada proporcjonalności, o której mowa w art. 16 ustawy pzp nakazuje zachowania adekwatnego do danej sytuacji, tym samym musi być ono odpowiednie w okolicznościach danej sprawy, a podejmowane działania muszą odpowiadać założonym celom. W myśl cytowanego wyżej art. 112 ust. 1 ustawy pzp zamawiający jest zobligowany formułować warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe, w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem potrzeb danego zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. W odniesieniu do zasady proporcjonalności Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 października 2019 r., sygn. akt: KIO 1859/19, iż: *„zgodnie z tą zasadą nakaz przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji w należyty sposób, lub dopuszczenia wszystkich rozwiązań istniejących na rynku, w tym nieodpowiadających potrzebom zamawiającego.”* W tym kontekście wskazania wymaga, że ustanowione warunki udziału w postępowaniu muszą spełniać tzw. test proporcjonalności, którego przeprowadzenie ma wykazać, że podejmowane działania są niezbędne i adekwatne do wybranego celu (tak też: wyrok TSUE z dnia 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97).

Warunki udziału Zamawiający winien wyrażać jako minimalne poziomy zdolności co skutkuje tym, iż za zdolnego do wykonania zamówienia uznaje się wykonawcę, który wykaże spełnienie minimalnych wielkości, określonych przez zamawiającego. Należy przy tym uwzględnić specyfikę zamówienia, w tym jego rodzaj, przedmiot, zakres, sposób

wykonania, wartość i sposób płatności. Celem stawiania przez zamawiających warunków udziału w postępowaniu, jest zapewnienie, aby zamówienie zostało powierzone podmiotowi dającemu rękojmię jego należytej realizacji. Zamawiający zobowiązany jest przy tym zachować równowagę pomiędzy jego tak rozumianym interesem, a interesem wykonawców. Chodzi o to, aby poprzez wprowadzenie nadmiernych wymagań, nie nastąpiło wyeliminowanie z postępowania wykonawców, zdolnych do jego należytego wykonania (tak też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 września 2017 r., sygn. akt KIO 1922/17).

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy Izba po pierwsze zauważa, że określony przez Zamawiającego wymóg nie odnosi się w ogóle do zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy w świetle dyspozycji art. 112 w zw. z art. 116 ustawy pzp oraz przepisów wyżej cytowanego Rozporządzenia. Status partnera producenta określonego rozwiązania nie dotyczy ani wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiających realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości ani nie obejmuje spełniania odpowiednich norm zarządzania jakością. Uzyskanie takiego statusu oraz warunki jego uzyskania są regulowane przez zewnętrzny (ale nie niezależny) podmiot – producenta. Status partnera producenta jest zatem potwierdzeniem istnienia pewnej relacji pomiędzy sprzedawcą – partnerem a producentem. W ocenie Izby, wymóg nawiązania przez wykonawcę tego rodzaju relacji z producentem nie mieści się w warunkach udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej jakie dopuszcza ustawa pzp. W ramach warunków udziału w postępowaniu badana jest zdolność wykonawcy do wykonania zamówienia na bazie dotychczasowego doświadczenia, posiadania specjalistycznej kadry czy zasobów technicznych a nie kwestia zawarcia umowy z określonym podmiotem czy też, jak w przedmiotowym postępowaniu – uzyskanie statusu partnera producenta rozwiązania, które wykonawca oferuje. Już z tych powodów ustanowiony warunek udziału w postępowaniu nie może się ostać.

Rozpatrując natomiast ustanowiony wymóg jako odnoszący się do sposobu wykonania zamówienia, w ocenie Izby stanowi on wymaganie nieusprawiedliwione potrzebami Zamawiającego i w sposób oczywisty utrudniający uczciwą konkurencję, prowadząc do wyeliminowania z postępowania wykonawców oferujących inne rozwiązania dopuszczone postanowieniem z pkt 5 zdanie 3 OPZ, dających rękojmię należytego wykonania zamówienia, a nieposiadających statusu partnera producenta Check Point. Izba zwraca uwagę, że spełnienie warunków udziału w postępowaniu – a jako taki wymóg Zamawiający ustanowił wykazanie się partnerstwem producenta Check Point – stanowi zbiór

podstawowych wymagań jakimi musi charakteryzować się potencjalny wykonawca. Izba podziela przy tym stanowisko Zamawiającego, że warunki udziału w postępowaniu określone jako minimalne poziomy zdolności nie muszą dopuścić do postępowania wszystkich wykonawców, a jedynie tych którzy są zdolni do wykonania zamówienia. Niemniej jednak, argumentacja Zamawiającego w tym zakresie zmierzała do uznania, że wykonawca który oferuje inne rozwiązanie dopuszczone przecież postanowieniem pkt 5 zdanie 3 OPZ nieposiadający jednak partnerstwa Check Point już takich minimalnych zdolności nie wykazuje. Z powyższym nie sposób się zgodzić. W ocenie Izby, ustanowienie takiego warunku było nakierowane na nieuzasadnione przedmiotem zamówienia ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców, co stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i proporcjonalności. Zauważenia przy tym wymaga, że kwestionowany warunek powoduje, iż to podmiot zewnętrzny będzie wywierał wpływ na krąg wykonawców, którzy będą mogli złożyć oferty w postępowaniu, gdyż to od producenta określonego przez Zamawiającego rozwiązania będzie zależała decyzja o nadaniu statusu partnera danemu wykonawcy.

Idąc dalej wskazać należy, że Zamawiający uzasadniał postawienie spornego warunku koniecznością wykonania w ramach realizacji zamówienia określonych prac i obawami dotyczącymi wsparcia producenta przy ich wykonywaniu, np. w sytuacjach awaryjnych. W ocenie Izby przywołane przez Zamawiającego powody nie usprawiedliwiają wprowadzenia w dokumentacji wymogu eliminującego wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, a nieposiadających statusu partnera Check Point. Jak słusznie zwrócił uwagę Odwołujący, argumentacja Zamawiającego traci na wiarygodności, biorąc pod uwagę, iż część prac opisanych w OPZ jest związanych z jeszcze innym rozwiązaniem, a w tym zakresie Zamawiający nie wymaga partnerstwa producenta. Izba podziela także stanowisko Odwołującego co do postanowień SWZ dotyczących personelu wykonawcy. To osoby skierowane do wykonania przedmiotowego zamówienia z uwagi na posiadaną wiedzę, doświadczenie i kwalifikacje są gwarantem i nośnikiem odpowiedniej jakości wykonania prac. I w tym zakresie potrzeby Zamawiającego są zabezpieczone poprzez warunek dotyczący personelu – specjalistów posiadających określone certyfikacje. Rację należy przyznać Zamawiającemu w twierdzeniu, że do wykonania określonych prac niezbędne jest dysponowanie przez wykonawcę określonym potencjałem i poziomem kwalifikacji, niemniej jednak te zapewnia warunek wiedzy i doświadczenia wykonawcy oraz potencjał personelu, który Zamawiający określił na wysokim poziomie. Nieuzasadnione jest żądanie partnerstwa producenta od wykonawcy. Co więcej, Zamawiający nie wykazał jakie czynniki jakościowe niesie za sobą partnerstwo producenta Check Point. Zamawiający wyraził jedynie bliżej nieskonkretyzowane obawy co do ewentualnego wsparcia producenta przy realizacji prac,

przy czym nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających tezę, że wykonanie określonych prac rodzi ryzyko braku wsparcia producenta, a posiadanie statusu partnera Check Point jest właściwym i jedynym sposobem na uniknięcie tego ryzyka.

W ocenie Izby, ustanowiony przez Zamawiającego wymóg nie może stanowić warunku udziału w postępowaniu w świetle art. 112 w zw. z art. 116 ustawy pzp, a co więcej utrudnia uczciwą konkurencję w sposób nieuzasadniony. Irrelevantne dla tej oceny pozostają dowody złożone przez Zamawiającego (dowód nr 1- 3 oraz dowód nr 7).

Wskazania wymaga, że Zamawiający dokonując modyfikacji kwestionowanego warunku w dniu 31 października 2022 r. dodał postanowienie o wykazaniu się partnerstwem oferowanego rozwiązania (jak w żądaniu odwołania), jednak nie usunął postanowienia o partnerstwie producenta Check Point, dlatego też modyfikacja nie miała wpływu na istotę zarzutu. Izba nie będąc związana żądaniami odwołania nakazała usunięcie warunku w całości, mając na względzie naruszenie art. 112 ustawy pzp w zw. z art. 116 oraz 16 ustawy pzp.

Zarzut 2

W zakresie grupy zarzutów dotyczących kryteriów oceny ofert Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z Rozdziałem XX: TRYB I SPOSÓB OCENY OFERT: „(...) 7. Oferty zostaną ocenione przez Zamawiającego w oparciu o kryteria (po modyfikacji SWZ z dnia 31 października 2022 r.):

Lp.	Nazwa kryterium oceny ofert	Waga
1	Całkowita cena brutto (C)	55,00%
2	Parametr 1 (P1) - Dostarczona platforma zabezpieczeń sieciowych NGFW (ANTP) firewall jest nadzorowana przez system centralnego zarządzania posiadający możliwość uruchomienia (tego samego oprogramowania, z tego samego obrazu ISO z identycznym kodem źródłowym oprogramowania, po ew. dokupieniu licencji) na wszystkich wymienionych platformach: urządzeniach typu appliance dostarczanych przez producenta bram sieciowych, bezpośrednio bez wirtualizacji na platformie sprzętowej zgodnej z Intel x86, jako maszyny wirtualnej w środowiskach VMware, Hyper-V oraz KVM. Oprogramowanie dostarczanych platform zabezpieczeń sieciowych NGFW umożliwia uruchomienie (tego samego oprogramowania, z tego samego obrazu ISO z identycznym kodem oprogramowania, po ew. dokupieniu licencji) na wszystkich wymienionych platformach: urządzeniach typu appliance dostarczanych przez producenta bram sieciowych, bezpośrednio bez wirtualizacji na platformie sprzętowej zgodnej z Intel x86, jako maszyny wirtualnej w środowiskach VMware, Hyper-V oraz KVM.	10,00%
3	Parametr 2 (P2) - Dostarczane platformy zabezpieczeń sieciowych NGFW są zarządzane poprzez system centralnego zarządzania bramami zapewniający zarządzanie polityką bezpieczeństwa wszystkich elementów dostarczanych bram sieciowych firewall za pomocą dedykowanej aplikacji dla Windows pochodzącej od producenta dostarczonych bram z interfejsem GUI, komunikującej się z centralnym systemem zarządzania w sposób szyfrowany.	10,00%

4	Parametr 3 (P3) - Moduł identyfikacji użytkownika posiada dedykowanego agenta który pozwala na raportowanie i identyfikację użytkownika. Agent umożliwia instalację na komputerach użytkowników poprzez GPO. Działanie agenta polegające na przesyłaniu danych identyfikacyjnych nie wymaga instalacji lub integracji z żadnymi dodatkowymi usługami poza urządzeniami firewall oraz nie wymaga instalacji dedykowanego agenta na serwerach kontrolerów domeny AD.	10,00%
5	Parametr 4 (P4) - Maksymalna wysokość urządzenia firewall nie jest większa niż 3RU.	5,00%
6	Parametr 5 (P5) - Moc pojedynczego zasilacza w zaoferowanym urządzeniu firewall nie może być większa niż 900W.	5,00%
7	Parametr 6 (P6) - System Anty-DDoS pochodzi od tego samego producenta co oferowana platforma zabezpieczeń sieciowych NGFW i obie platformy (Anty-DDoS oraz NGFW) są objęte wsparciem technicznym jednego producenta.	5,00%

Na wstępie, odnosząc się zbiorczo do kryteriów oceny ofert wskazania wymaga, że zgodnie z art. 239 ust. 2 ustawy pzp: *„Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.”* Ocena w oparciu o ustalone w postępowaniu kryteria może być zatem oceną wyłącznie przez pryzmat oszczędności wykonania przedmiotu zamówienia (kryterium cenowe) bądź przez pryzmat efektywności, czyli stosunku jakości do ceny. Celem kryteriów oceny ofert jest wybór oferty przedstawiającej najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny, przy czym oczywistym jest, że premiowane jest oferowanie rozwiązań dodatkowych czy też przekraczających minimalne poziomy ustalone w SWZ, które nie mają charakteru absolutnego, tym samym nie zawsze będą spełnione przez wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w zakresie, który pozwoli na otrzymanie maksymalnej liczby punktów. Istotne jest aby kryteria oceny ofert były związane z przedmiotem zamówienia (art. 241 ust. 1 ustawy pzp). Badanie związku pomiędzy przedmiotem zamówienia a poza cenowym kryterium oceny ofert sprowadza się do odpowiedzi na pytanie, w jaki sposób deklarowany element oferty wykonawcy, premiowany w kryterium oceny ofert, przełoży się na wyższą jakość świadczenia na etapie realizacji zamówienia.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy wskazania wymaga, że Odwołujący kwestionował zasadność ustanowienia poszczególnych poza cenowych kryteriów z uwagi na ich określenie w sposób faworyzujący jedno z trzech możliwych do zaoferowania w postępowaniu rozwiązań, co w jego ocenie utrudnia uczciwą konkurencję premiując sposoby realizacji funkcjonalności właściwe dla jednego rozwiązania, a nie wnoszące dodatkowych aspektów jakościowych, tym samym że ustanowiono kryteria nie związane z przedmiotem zamówienia (naruszenie art. 241 ust. 1 ustawy pzp). Izba w części podzieliła stanowisko Odwołującego (w zakresie kryteriów Parametru 3, 5 i 6).

Na potwierdzenie, że kryteria poza cenowe zostały skopiowane i są adekwatne dla jednego rozwiązania Odwołujący wskazał na link do dokumentacji Check Point. W zakresie poszczególnych Parametrów w kryteriach Odwołujący powoływał się na dokumentację dopuszczonych w postępowaniu rozwiązań, wskazując linki do dokumentów źródłowych w języku angielskim. Odnosząc się zbiorczo do materiału dowodowego powołanego przez Odwołującego Izba wskazuje, że zgodnie z art. 534 ustawy pzp Odwołujący powinien wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne, przy czym w ocenie Izby wskazanie nie może sprowadzać się do odwołania się do obszernych dokumentów bez określenia umiejscowienia treści potwierdzających podniesione twierdzenia. Co więcej, dowody w postępowaniu odwoławczym powinny zostać złożone wraz z tłumaczeniem na język polski (art. 506 ust. 2 ustawy pzp), gdyż postępowanie odwoławcze jest prowadzone w języku polskim (art. 506 ust. 1 ustawy pzp). Z uwagi na brak wskazania na poszczególne treści oraz brak złożenia dowodów wraz z tłumaczeniem na język polski, Izba uznała dowody przywołane przez Odwołującego jako nieprzydatne dla rozstrzygnięcia.

Izba rozstrzygając odnośnie poszczególnych kwestionowanych kryteriów poza cenowych wzięła pod uwagę stanowiska Stron i złożone dowody, w oparciu o które dokonała badania czy opis kryteriów i ich cel znajdzie odzwierciedlenie w wyższej jakości na etapie wykonywania zamówienia, czy też zostały ustanowione w oderwaniu od przedmiotu zamówienia, sprzecznie z celem kryteriów poza cenowych, które mają pozwolić na wybór oferty przedstawiającej najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny.

Parametr 1

Zarzut dotyczący Parametru 1 nie potwierdził się.

W odniesieniu do powyższego parametru Odwołujący wskazywał, że kryterium reguluje aspekt odnoszący się do zainstalowania rozwiązania na dowolnej platformie sprzętowej lub wirtualnej. W zakresie tego kryterium Odwołujący kwestionował wymóg instalacji oprogramowania z jednego obrazu ISO czyli z użyciem tego samego oprogramowania dla instalacji różnego typu. Podnosił, że wymóg ten jest typowy dla rozwiązania Check Point, a pozostałe rozwiązania spełniają funkcjonalność w inny sposób. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący wskazał na dowody w postaci linków do stron internetowych bądź dokumentacji w języku angielskim. Odwołujący nie złożył tłumaczenia przywołanych dowodów, dlatego też Izba wskazane linki uznała za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia. Odwołujący podnosił również, że dla realizacji funkcjonalności wymóg taki pozostaje bez

znaczenia i nie ma przeszkód aby instalacja na różnych platformach odbywała się z odmiennych obrazów ISO (odmiennych kopii instalacyjnych) właściwych dla konkretnej platformy. Wskazywał, że kwestia sposobu instalacji oprogramowania nie ma znaczenia dla walorów użytkownych oprogramowania, gdyż nie wiąże się z odmiennością funkcjonalną.

Zamawiający natomiast wskazywał na premiowanie rozwiązanie – wsparcie wirtualne czy sprzętowe, które pozwoli na zachowanie ciągłości działania i bezpieczeństwo w sytuacjach awaryjnych np. użycia bezpośrednio własnych zasobów sprzętowych do uruchomienia wersji zastępczej, do czasu rozwiązania problemu przez wykonawcę. Podnosił, że używając takiego samego oprogramowania będzie w stanie zwiększyć wydajność rozwiązania dokładając kolejne procesory wirtualne lub użyć mocniejszego sprzętu celem zainstalowania rozwiązania. Zaznaczył, że użycie tego samego pliku zapewnia zgodność z oferowanym systemem.

Odnosząc się do powyższego, w ocenie Izby Zamawiający uzasadnił potrzebę premiowania rozwiązania realizującego funkcjonalność z jednego pliku. Zamawiający wskazał bowiem na większą stabilność, bezpieczeństwo oraz szerszy wachlarz możliwości działania w sytuacjach awaryjnych, co niewątpliwie przekłada się na wyższą jakość sposobu realizacji funkcjonalności, która może być premiowana. Co więcej, Odwołujący nie przedstawił dowodu potwierdzającego stawiane tezy, że irrelevantny jest sposób spełnienia funkcjonalności.

Parametr 2

Zarzut dotyczący Parametru 2 nie zasługiwał na uwzględnienie.

W odniesieniu do Parametru 2 Odwołujący wskazywał, że jest to specyficzne wymaganie dla Check Point, natomiast nie wnoszące żadnych zalet w kontekście zarządzania w porównaniu do zarządzania przez przeglądarkę internetową Web. Podnosił, że zastosowanie aplikacji instalowanej na stacji administratora lub stacji, z której takie zarządzanie miałyby być realizowane powoduje możliwość zaistnienia zagrożenia na dwóch poziomach: oprogramowania oraz systemu operacyjnego, na którym będzie zainstalowane takie oprogramowanie. Podnosił, że oprogramowanie w kontekście rozwiązań Check Point nie pozwala na pełną konfigurację urządzeń NGWF co powoduje i tak konieczność łączenia się przez przeglądarkę WWW w celu konfiguracji np. elementów sieciowych. Wskazywał, że rozwiązanie Check Point posiada także przeglądarkowy system zarządzania o znacznie szerszych możliwościach niż dedykowana aplikacja. Odwołujący na potwierdzenie

powyższego wskazał na link strony [www CheckPoint](http://www.CheckPoint) gdzie znajduje się instrukcja do konsoli zarządczej w języku angielskim.

Zamawiający wskazywał natomiast na większy poziom bezpieczeństwa w przypadku dedykowanej aplikacji niż przeglądarek internetowych. Podnosił, że na przeglądarki internetowe są wykrywane ciągle nowe podatności, a rozwiązanie oparte o aplikację jest mniej podatne na incydenty. Zwracał uwagę, że parametr mówi o zarządzaniu przez aplikację co do części dot. polityki bezpieczeństwa, a nie konfiguracji samego Firewalla.

W ocenie Izby, Zamawiający przedstawił aspekty jakościowe opisanego kryterium mieszczące się w potrzebach Zamawiającego i zgodne z celem kryterium. Niewątpliwie, rozwiązanie oparte o aplikację będzie mniej podatne na incydenty co zostało przez Zamawiającego wykazane dowodem nr 8. Odwołujący wskazywał na konieczność łączenia się aplikacji z przeglądarką celem konfiguracji urządzenia, niemniej jednak kryterium odnosi się wyłącznie do części dotyczącej polityki bezpieczeństwa. W ocenie Izby ustanowienie takiego kryterium jest uzasadnione wyższą jakością. Jak już zostało poniesione, poza cenowe kryteria oceny ofert mają na celu premiowanie rozwiązań lepszych jakościowo, co jednocześnie oznacza, że nie wszystkie rozwiązania oferowane przez wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu i oferujących produkty zgodne z OPZ muszą być premiowane. Ponadto, Odwołujący nie wykazał, że pozostałe rozwiązania nie spełniają powyższego wymogu, a ograniczył się wyłącznie do postawienia tez nie popartych dowodami.

Parametr 3

Zarzut dotyczący Parametru 3 zasługiwał na uwzględnienie

W odniesieniu do powyższego kryterium poza cenowego Odwołujący wskazywał, że dedykowany agent jest rozwiązaniem typowym dla Check Point i w tym zakresie odniósł się poprzez link do dokumentacji Check Point w języku angielskim. Wskazał, że Parametr 3 nie odnosi się do jakiegokolwiek dodatkowej funkcjonalności lecz określa sposób realizacji funkcjonalności „identyfikacja użytkownika”. Zamawiający wymaga aby za identyfikację użytkownika odpowiadał odrębny dedykowany agent co jest cechą charakterystyczną dla Check Point podczas gdy FortiGate potrafi to robić z wykorzystaniem FSSO i FortiAuthenticator (w tym zakresie podał link do dokumentacji w języku angielskim).

Zamawiający w odniesieniu do ustanowionego kryterium podnosił jedynie kwestie bezpieczeństwa i wewnętrznych polityk bezpieczeństwa. Wskazywał, że sposób realizacji

funkcjonalności pozwala na zbierania informacji o użytkownikach na komputerze użytkownika i nie wymaga integracji z systemem domenowym.

W ocenie Izby, Zamawiający nie wykazał jak premiowane kryterium przekłada się na wyższą jakość rozwiązania w kontekście wewnętrznych polityk bezpieczeństwa, na które Zamawiający się powoływał, a których nie złożył. Argument ten traci na wiarygodności biorąc pod uwagę, że kryterium ma punktować dodatkowe aspekty wartościowe ponad opisane w OPZ, a jeśli byłoby tak że punktowane rozwiązanie jest koniecznością w kontekście wymagań polityki bezpieczeństwa Zamawiającego to byłby to aspekt wymagany od wszystkich rozwiązań, a nie dodatkowo premiowany. Zamawiający nie wyjaśnił również dlaczego instalacja na kontrolerach domeny jest niższej jakości niż instalacja na kontach użytkowników. Zamawiający wskazywał na komunikowanie się agenta z firewallami w sposób szyfrowany, co w jego ocenie podnosi jakość rozwiązania, niemniej jednak opis Parametru 3 nie odwołuje się do takiego aspektu jak komunikacja w sposób szyfrowany. Ponadto podnosił, że komunikacja będzie bezpośrednia a nie z wykorzystaniem narzędzi pośrednich, jednak nie wskazał jak przekłada się to na wyższą jakość rozwiązania. Tym samym Izba uznała, że ustanowienie kryterium poza cenowego jest nieuzasadnione, utrudniające uczciwą konkurencję oraz niezgodne z celami kryterium, gdyż nie premiuje wyższej jakości sposobu osiągnięcia funkcjonalności, a odmienność tego sposobu, który nie niesie za sobą dodatkowych wartości.

Parametr 4

Zarzut dotyczący Parametru 4 nie zasługiwał na uwzględnienie.

Odwołujący kwestionował to kryterium w powiązaniu z wymogiem z pkt 5.1.7. OPZ oraz kryterium Parametru 5, wskazując że spełnienie tych wymogów przez inne rozwiązanie niż Check Point będzie wiązało się z większym zapotrzebowaniem na miejsce w szafie co będzie prowadziło do przekroczenia wysokości 3RU i niemożności zdobycia punktów w Parametrze 4. Nie skarżył zatem powyższego kryterium co do jego istoty.

Zamawiający argumentował natomiast, iż wszelkie urządzenia są umieszczane w szafach serwerowych, a powierzchnia serwerowni jest ograniczona, a więc premiowanie urządzeń mniejszych jest uzasadnione.

W ocenie Izby, kryterium oceny ofert z Parametru 4 premiuje rozwiązania zajmujące mniej miejsca w serwerowni, co jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego. Kryterium oceny ofert pozwala na premiowanie tych urządzeń, które zajmują mniej miejsca. Zdaniem Izby

Zamawiający nie naruszył w ten sposób przepisów ustawy pzp, a kryterium jest adekwatne do celu jakemu ma służyć i związane z przedmiotem zamówienia. Kryterium niesie bowiem za sobą określone korzyści dla Zamawiającego na etapie realizacji zamówienia.

Parametr 5

Zarzut w odniesieniu do Parametru 5 potwierdził się.

Odwołujący podnosił w zakresie kryterium 5, dotyczącego maksymalnej mocy zasilaczy, że nie premiuje ono rozwiązań lepszych jakościowo, a wyłącznie faworyzuje jedno rozwiązanie Check Point, gdyż w pozostałych rozwiązaniach zasilaczy jest mniej ale mają wyższą moc. Odwołujący przedstawił zależności, z których wynika, że moc jednostkowa (pojedynczego zasilacza) nie przekłada się na niższe zużycie energii, a tak właśnie Zamawiający uzasadniał zastosowanie spornego kryterium.

Zdaniem Izby, ustanowione kryterium nie premiuje rozwiązań o wyższej jakości, a wyłącznie rozwiązanie producenta Check Point. Jak wynika z dowodu przedłożonego przez Zamawiającego (dowód nr 4) oraz Odwołującego (ulotka techniczna producenta- Check Point) wymóg ten spełnia powyższe rozwiązanie. Niższe zużycie energii, które powołuje Zamawiający mogłoby być premiovane jeśli dotyczyłoby całego urządzenia, a nie pojedynczego zasilacza. Jak wynika z wyliczeń przedstawionych przez Odwołującego zużycie energii jest zależne od tego ile zasilaczy o danej mocy potrzebuje urządzenie aby działać poprawnie. Sposób opisanie kryterium powoduje, że nie odzwierciedla ono i nie premiuje faktycznego niższego zużycia energii, tym samym wyższej jakości, czy efektywności, a więc jest niezgodne z celami kryterium.

Parametr 6

Zarzut potwierdził się.

W zakresie Parametru 6 Odwołujący kwestionował wymaganie kryterium aby System Anty-DDoS pochodził od tego samego producenta co oferowana platforma zabezpieczeń sieciowych NGFW. Podnosił, że CheckPoint jako jedyny z trzech producentów oferuje w swoim rozwiązaniu rozwiązanie Radware pod własną marką. Pozostali producenci nie oferują narzędzia AntyDDoS po własną marką. W konsekwencji nie mają szans na uzyskanie punktów w tym kryterium oceny ofert. Zamawiający natomiast uzasadniał kryterium postulatami w zakresie stabilności i bezpieczeństwa na najwyższym poziomie.

Podkreślał, że stanowi ono zagwarantowanie kompatybilności urządzeń i rozwiązań w środowisku Zamawiającego i podczas wdrożenia i eksploatacji.

W ocenie Izby, Zamawiający w żaden sposób nie wyjaśnił jak pochodzenie rozwiązań AntyDDoS i Firewall od jednego producenta przełoży się na wyższą jakość rozwiązania. Zamawiający posłużył się ogólnikami, jak bezpieczeństwo, stabilność i kompatybilność, ułatwienie w rozwiązywaniu problemów przy wdrożeniu i eksploatacji ale nie wyjaśnił praktycznych aspektów premiowanej wyższej jakości takiego rozwiązania. Zamawiający wskazywał, że zgodnie z jego wiedzą Parametr ten spełniają dwa rozwiązania, niemniej jednak nie przedstawił w tym zakresie dowodów. Zauważyć należy, że wykonawca oferujący rozwiązania AntyDDoS i Firewall od różnych producentów odpowiada za ich prawidłowe wdrożenie i konfigurację. Wymaganie aby pochodziły od jednego producenta nie wnosi dodatkowych korzyści po stronie Zamawiającego, czy wyższej jakości. W obu przypadkach, wykonawca odpowiada za prawidłową realizację zamówienia na tych samych zasadach. Tym samym Izba uznała, że ustanowienie kryterium poza cenowego jest nieuzasadnione, utrudniające uczciwą konkurencję oraz niezgodne z celem kryterium, gdyż nie premiuje wyższej jakości sposobu osiągnięcia funkcjonalności a odmienność tego sposobu.

Zarzut 3 lit. b

Zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

W zakresie podniesionego zarzutu Izba ustaliła brzmienie kwestionowanego pkt 5.1.7. OPZ (postanowienie nie jest cytowane z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa Zamawiającego).

W ocenie Izby opis przedmiotu zamówienia z pkt 5.1.7. w sposób nieuprawniony faworyzuje jedno rozwiązanie, tym samym utrudnia uczciwą konkurencję. Zgodnie z art. 99 ust. 4 ustawy 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 procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.”*

Zamawiający stawiając kwestionowane wymaganie w sposób oczywisty uprzywilejowuje jedno rozwiązanie względem innych rozwiązań, dopuszczonych w postępowaniu postanowieniem pkt 5 zdanie 3 OPZ. Z dowodów przedłożonych przez Zamawiającego (dowody nr 4-6) wynika, że wyłącznie jedno rozwiązanie (dowód nr 4) spełnia powyższy wymóg w standardzie. Zamawiający wskazywał w dowodach nr 5 i 6 na spełnienie, w jego

ocenie, wymogu z pkt 5.1.7. przez pozostałe rozwiązania, ale nie wykazał, że urządzenia innych producentów zaznaczone na zielono w dowodach, spełniają jednocześnie pozostałe wymagania OPZ. Izba zauważa przykładowo, że urządzenie zaznaczone w dowodzie nr 6 nie ma oznaczenia „Yes” w wierszu 11 parametrów technicznych. Ponadto, ze złożonych dowodów wynika, że tylko jedno rozwiązanie w standardzie spełnia kwestionowany punkt opisu przedmiotu zamówienia. Pozostałe rozwiązania muszą zostać zaoferowane z parametrem ponad wymóg z pkt 5.1.7., co niewątpliwie podraża ofertę, a także utrudnia zdobycie punktów w Parametrze 4. Co więcej, Zamawiający uzasadniał wymaganie pkt 5.1.7. OPZ większym bezpieczeństwem z uwagi na określoną redundancję. Niemniej jednak pkt 5.1.7. OPZ nie reguluje poziomu redundancji, a z dowodów przedłożonych przez Zamawiającego nie wynika na jakim poziomie jest redundancja urządzeń spełniających zdaniem Zamawiającego wymóg pkt 5.1.7. OPZ, w tym urządzeń producentów innych niż preferowane wskazanych przez Zamawiającego (zaznaczonych na zielono w dowodach nr 5 i 6), a cechujących się spełnieniem pkt 5.1.7. OPZ ponad parametr nim określony. Zamawiający nie uzasadnił więc realnie dlaczego wartości podane w pkt 5.1.7. OPZ zostały określone na danym poziomie. W ocenie Izby, z powyższych okoliczności jednoznacznie wynika, że wymaganie pkt 5.1.7. OPZ prowadzi do uprzywilejowania rozwiązania preferowanego przez Zamawiającego. Izba, nie będąc związana żądaniami odwołania, nakazała dostosowanie ww. postanowienia do zgodności z art. 99 ustawy pzp, nie narzucając konkretnej treści, a nakazując aby spełnienie wymagania było możliwe przez wszystkie rozwiązania dopuszczone do postępowania pkt 5 zdanie 3 OPZ na równych zasadach.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Zamawiającego w części 5/8 i Odwołującego w części 3/8.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15.000,00 zł oraz koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu

wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł (łącznie 18.600,00 zł). Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18.600,00 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 6.975,00 zł ($18.600,00 \text{ zł} \times 3/8$). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11.625,00 zł, stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiada w świetle jego wyniku.

Przewodniczący: