

Sygn. akt KIO 370/18

WYROK

z dnia 13 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 marca 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2018 r. przez wykonawcę **Konwerga Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Urząd Komisji Nadzoru Finansowego z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **allclouds.pl Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawcy **Comtegra S.A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawcy **Unified Factory S.A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Konwerga Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Konwerga Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Urząd Komisji Nadzoru Finansowego z siedzibą w Warszawie, dalej: „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa przełączników sieciowych*. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 033-071390 w dniu 16 lutego 2018 r.

W dniu 26 lutego 2018 r. wykonawca Konwerga Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, dalej: „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 w związku z art. 30 ust. 9 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wskazanie cech produktów nieadekwatnych do przedmiotu zamówienia i nie dostosowanych do potrzeb wszystkich użytkowników;
2. art. 29 ust. 3 poprzez wskazanie cech produktów (tj. szczególnego procesu) prowadzące do uprzywilejowania jednego z wykonawców, gdy nie jest to uzasadnione specyfiką prowadzonego postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wymogów technicznych odnośnie przełączników szkieletowych poprzez zrównanie ich parametrów określonych w opisie przedmiotu zamówienia w punkcie 9 do parametrów określonych w punkcie 12 dla przełącznika dostępowego oraz wykreślenie wymogu punktu 12 dla przełącznika szkieletowego co spowoduje, iż opis będzie adekwatny do rzeczywistych potrzeb Zamawiającego oraz pozwoli na zachowanie uczciwej konkurencji;
2. wykreślenia wymogu dostarczenia obu typów przełączników od jednego producenta (punkt III opisu przedmiotu zamówienia).

Odwołujący wskazywał, że wymagania dotyczące przełączników szkieletowych są wygórowane i nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego. Kwestionował wymóg dotyczący liczby adresów MAC oraz tras z użyciem protokołów IPv4 i IPv6, podnosząc że w typowej sieci nie występuje wymóg, aby każde urządzenia zapamiętywało adresy

wszystkich urządzeń, a pojedyncza trasa obsługuje całe grupy urządzeń.

Podkreślał, że na podstawie ogólnodostępnych danych przeciętne zatrudnienie u Zamawiającego w roku 2016 wyniosło 911 osób, a więc nawet przy założeniu, że na każdego z użytkowników przypadać będzie nawet kilka urządzeń, to osiągnięcie liczby 128.000 jest całkowicie nierealne. Typowymi wartościami dla tego typu urządzeń są w jego ocenie 8.000, 16.000, czy 32.000. Wartość 128.000 mogłaby mieć znaczenie przy sieciach o niebotycznych rozmiarach. Obecne zamówienie (64 sztuki przełączników) pozwala na przyłączenie ok. 3000 urządzeń.

W zakresie liczby tras wskazywał, że nawet przy bardzo skomplikowanej konfiguracji liczba tras dla tego typu sieci z pewnością nie przekroczy kilkuset, bowiem w przypadku budowy tego typu infrastruktury urządzenia dobiera się w taki sposób, aby zachowywały spójność. Jeżeli zatem w specyfikacji przełącznika dostępowego parametry te są znacznie niższe (odpowiednio 32.000 adresów MAC, 10.000 tras IPv4 oraz 5.000 tras IPv6), to w jego ocenie można z dużym prawdopodobieństwem domniemać, że są one całkowicie wystarczające dla Zamawiającego, spełniając jego obecne i przyszłe potrzeby.

Zdaniem Odwołującego parametry te nie mają żadnego innego praktycznego znaczenia dla Zamawiającego, gdyż poziom wypełnienia tablic danymi dotyczącymi zarówno adresów MAC, jak i tras, nie wpłynie na inne parametry wydajnościowe czy funkcjonalne. Będą one jedynie wolną przestrzenią pamięci, która nigdy nie zostanie wykorzystana. Producenci tego typu urządzeń zaopatrują je w różnej wielkości pamięć przydzielając ją do różnego rodzaju zastosowań, wśród których znajdują się między innymi obszary pamięci wydzielone do zapamiętywania adresów MAC, tras IPv4, tras IPv6, ale także cały szereg innych parametrów nie wymaganych przez Zamawiającego (np. wielkość tablic routingu OSPF, ilość przechowywanych wersji konfiguracji, wielkość buforów pamięci przechowujących pakiety, liczba VLAN-ów, liczba grup multicast). Według Odwołującego, Zamawiający wzorując się na specyfikacji konkretnego produktu, nie eliminując jednocześnie wszystkich innych producentów, a jedynie ich część, dopuszcza się naruszenia art. 29 ust. 3, a także art. 30 ust. 9 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż wykorzystując specyficzne cechy produktu nieadekwatne do jego potrzeb doprowadza do zawężenia grona potencjalnych wykonawców.

Poddawał także w wątpliwość wymóg obsługi skryptów w Pythonie, która to funkcjonalność istnieje w obecnie eksploatowanych urządzeniach Cisco, jak i rozwiązaniach innych producentów, podnosząc że Zamawiający zawarł ww. wymóg tylko w odniesieniu do urządzeń szkieletowych. Co więcej, tak określona funkcjonalność nie definiuje, według Odwołującego, rzeczywistych potrzeb Zamawiającego, a jedynie teoretyczną możliwość osiągnięcia jakiejś bliżej niezdefiniowanej funkcjonalności, którą można również osiągnąć

na wiele innych sposobów (np. z wykorzystaniem systemu zarządzania i protokołu SNMP). Ze względu na brak tak postawionego wymogu w odniesieniu do przełączników dostępowych ww. wymóg staje się jeszcze bardziej wątpliwy w zakresie jego wykorzystania w infrastrukturze Zamawiającego. Podkreślał również, że Zamawiający musiałby dysponować wyspecjalizowanymi programistami, którzy mogliby wytworzyć odpowiednie oprogramowanie używające języka Python. W związku z tym, zdaniem Odwołującego, zachodzi duże prawdopodobieństwo, iż wymóg ten nie jest rzeczywistą potrzebą Zamawiającego, a został przepisany z funkcjonalności konkretnego urządzenia.

Zauważał także, że wymóg, aby dostarczane urządzenia były jednego producenta ogranicza konkurencję, gdyż wymaga posiadania przez danego producenta dwóch różnych urządzeń, które będą spełniały dwa różne zbiory wymagań. Ujednolicenie wymagań we wskazanym powyżej zakresie znacząco zwiększy konkurencję. Nadto, stawianie wymogu dostawy obu urządzeń tego samego producenta nie ma żadnego uzasadnienia. Przy powszechnie stosowanej standaryzacji rozwiązań nie ma żadnych problemów przy współpracy urządzeń różnych producentów w zakresie wszystkich funkcjonalności wskazanych dla przełącznika dostępowego, szkieletowego oraz posiadanego przez Zamawiającego sprzętu typu Cisco Nexus 7000 oraz Cisco Catalyst 6500. Zwracał również uwagę na brak konsekwencji w działaniu Zamawiającego, który z jednej strony dopuścił dostawę przełączników innego producenta niż Cisco i dopuścił rezygnację ze stosowania protokołu EIGRP (dostępnego wyłącznie w rozwiązaniach Cisco), umożliwiając zastosowanie protokołu równoważnego OSPF stosowanego powszechnie przez innych producentów (pkt VI ppkt 3a opisu przedmiotu zamówienia), a z drugiej - narzucił obowiązek dostawy różnych typów urządzeń jednego producenta.

W opinii Odwołującego, powyższe wymogi funkcjonalne wraz z wymogiem dostawy obu urządzeń od jednego producenta stawiają w pozycji uprzywilejowanej jednego, konkretnego producenta i nie są adekwatne do przedmiotu zamówienia, ani do rzeczywistych potrzeb Zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca allclouds.pl Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej również: „Przystępujący”, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Wskazywał, że przełączniki szkieletowe odpowiadają za znacznie większy ruch sieciowy niż dostępowe. Podnosił, że wymóg obsługi skryptów w Pythonie jest zasadny, gdyż umożliwi Zamawiającemu ustalanie automatyzacji i sekwencji czynności. Podkreślał, że dostarczenie rozwiązania jednego producenta umożliwi zarządzanie urządzeniami poprzez dostępność do jednakowej linii komend dla konfiguracji, a w szczególności wpływa na szybkość i łatwość rozwiązywania potencjalnych problemów w sieci. Swoją argumentację rozszerzył w piśmie procesowym z dnia 8 marca 2018 r.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił również wykonawca Comterga S.A. z siedzibą w Warszawie, wnosząc o odrzucenie odwołania z powodu niewykazania interesu w uzyskaniu zamówienia przez Odwołującego, ewentualnie o oddalenie odwołania w całości. Podnosił, że wymogi dotyczące przełącznika szkieletowego są wymogami standardowymi. Korzystając zaś ze skryptów Pythona administrator będzie w stanie sprawnie kierować wszystkimi funkcjonalnościami urządzenia sieciowego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił także wykonawca Unified Factory S.A. z siedzibą w Warszawie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Pismem z dnia 8 marca 2018 r. do Izby wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, który wniósł o jego oddalenie w całości. Podkreślał, iż wymaga, aby nowo dostarczone przełączniki szkieletowe miały klasę i wydajność nie gorszą niż już posiadane urządzenia. Nie określił wymogu obsługi skryptów w języku programowania Python w odniesieniu do przełączników dostępowych, albowiem jego rzeczywistą potrzebą jest jedynie postawienie tego wymogu w stosunku do przełączników szkieletowych. Natomiast wymóg dostarczenia urządzeń od jednego producenta pozwoli zminimalizować ryzyka wystąpienia ewentualnych błędów lub awarii mogących pojawić się na późniejszym etapie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, piśmie procesowym złożonym przez Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 9 marca 2018 r.

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła wnioskowanych przez Odwołującego dowodów z przedstawionych materiałów. Przede wszystkim należy wskazać, że przedłożone na rozprawie dokumenty nie zostały podpisane. Dokument prywatny sporządzony w formie pisemnej albo elektronicznej stanowi dowód tego, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie. W przypadku dokumentu prywatnego nie został ograniczony przedmiot jego osnowy, ani forma sporządzenia. Jediną istotną cechą formalną tego typu dokumentów pozostaje ich podpisanie przez wystawcę (vide: wyrok Sądu

Najwyższego z dnia 2 kwietnia 2008 r., sygn. akt III CSK 299/07). Ponadto, przykładowo złożone przez Odwołującego kserokopie kart katalogowych nie zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem. Przedłożone niepoświadczony kserokopie nie są dokumentem. Kserokopia, jako mająca cechy dowodu wtórnego, wymaga potwierdzenia jej zgodności z oryginałem. Zatem, jeżeli pismo nie może być uznane za dokument, nie może być ono podstawą do prowadzenia dowodu. Dodatkowo, wydruki z Wikipedii dotyczące definicji niektórych pojęć są zaczerpnięte ze źródła, które jest encyklopedią tworzoną przez internautów, nie zawiera zaś odzwierciedlenia stanu wiedzy technicznej.

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła także wnioskowanych przez Przystępującego dowodów z załączonych do pisma procesowego materiałów, a także z wydruków ze strony internetowej HP oraz Juniper. Co do przedłożonej opinii Izba potraktowała ją jako stanowisko własne Przystępującego wyrażone w dokumencie prywatnym. W zakresie załączonych SIWZ z innych przetargów publicznych Izba uznała dowody te za niemające znaczenia dla rozstrzygnięcia, gdyż zostały sporządzone w innych postępowaniach. W zakresie zaś wydruków ze strony internetowej nie zostały one nawet potwierdzone za zgodność z oryginałem.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Zgodnie z pkt 3.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej: „SIWZ”, *w ramach przedmiotu zamówienia Wykonawca dostarczy przełączniki dostępowe w liczbie 62 sztuk oraz przełączniki szkieletowe w liczbie 2 sztuk. Szczegółowa specyfikacja przełączników określona została przez Zamawiającego w pkt III Załącznika nr 1 do Projektu Umowy, stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ.*

Zgodnie z Załącznikiem nr 1 do Umowy – Opis Przedmiotu Zamówienia Zamawiający wymaga, aby dostarczone przełączniki dostępowe i szkieletowe były jednego producenta, fabrycznie nowe, nie starsze niż 6 miesięcy od daty produkcji oraz pochodziły z europejskiego kanału dystrybucji. Ponadto, zgodnie z pkt 9 i 12 dot. przełączników szkieletowych Zamawiający wymaga następujących parametrów:

Obsługa minimum:

- a. 128 000 adresów MAC;*
- b. 64 000 tras IPv4;*
- c. 32 000 tras IPv6.*

Możliwość uruchamiania zdefiniowanych w Pythonie skryptów w chwili zaistnienia określonego zdarzenia.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba nie uwzględniła zarzutu Przystępującego zgłoszonego na posiedzeniu co do braku interesu Odwołującego, co zdaniem Przystępującego skutkuje odrzuceniem odwołania. Katalog przesłanek odrzucenia odwołania jest zamknięty, zatem nie jest możliwe odrzucenie odwołania z innej przyczyny niż wymieniona w ww. przepisie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania. Krąg podmiotów, które mogą korzystać z odwołań od treści SIWZ jest szeroki. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia, a interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu. W przypadku odwołań składanych wobec treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ, które uniemożliwiają, czy choćby utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami ustawy Pzp oferty. W związku z powyższym Izba uznała, że zostały spełnione przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie odstępuje od akceptowanego od lat poglądu, iż uprawnienie zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego określenia wymagań, które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego. Zamawiający powinien działać w granicach określonych art. 353¹ oraz art. 5 Kodeksu cywilnego, co oznacza, że postanowienia nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Nie mogą również przekraczać granic swobody umów, kształtując rażąco nierównomiernie wzajemne prawa i obowiązki.

Nie oznacza to jednak, że wymaga się dopuszczenia wszystkich zainteresowanych zamówieniem. Skonkretyzowane, obiektywne potrzeby zamawiającego mogą usprawiedliwić

utrudnienie uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający może wprowadzić wymogi, ograniczając krąg potencjalnych podmiotów, jednakże zawężenie to następuje nie w celu preferowania określonego wykonawcy i naruszenia zasad konkurencji, ale w celu uzyskania produktu najbardziej odpowiadającego jego potrzebom. Celem bowiem opisu przedmiotu zamówienia jest umożliwienie zaspokojenia uzasadnionych potrzeb zamawiającego w warunkach konkurencji, nie zaś umożliwienie wzięcia udziału w postępowaniu wszystkim wykonawcom działającym na danym rynku.

Zamawiający wykazał istnienie uzasadnionych potrzeb w preferowaniu określonych rozwiązań technicznych (wyższe parametry przełączników szkieletowych niż dostępowych, obsługa skryptów w języku programowania Python w odniesieniu do urządzeń szkieletowych oraz wymóg dostarczenia urządzeń od jednego producenta), dla których przewagi użytkowej i funkcjonalnej przedstawił stosowne uzasadnienie. Zamawiający planuje wprowadzenie szeregu nowych usług dla swoich pracowników, ułatwiających i zwiększających wydajność ich pracy, a co za tym idzie większą skuteczność w wypełnianiu zadań urzędu. Dokonując analizy potrzeb miał na względzie nie tylko bieżące potrzeby, ale także przyszłe, wynikające m.in. ze strategii rozwoju środowiska teleinformatycznego UKNF.

Argumentacja zaś Odwołującego nakierowana na okoliczność, że cechy określonych produktów nie zostały dostosowane do potrzeb wszystkich użytkowników rynku nie przesądza jeszcze, że opis przedmiotu zamówienia narusza zasadę uczciwej konkurencji. Istnienie nawet ograniczonej liczby podmiotów spełniających wymagania zamawiającego ma drugorzędne znaczenie dla oceny, czy naruszono przepisy ustawy Pzp. Jeśli potrzeba zamawiającego jest zobiektywizowana, rzeczywista oraz faktyczna, zarówno w zakresie oczekiwanych funkcjonalności czy też wyszczególnionych parametrów, może on opisać przedmiot zamówienia tak, że tylko ograniczony krąg wykonawców jest w stanie zadość mu uczynić. Celem zamówień publicznych nie powinno być przecież nabycie najtańszego przedmiotu o niskiej jakości. Nie można zasady uczciwej konkurencji pojmować tak, że zamawiający winien zaakceptować każde świadczenie, nawet niezgodne z jego potrzebami, jedynie dlatego, że może je zrealizować większy krąg podmiotów. Taki tok rozumowania sprowadziłby zamówienia publiczne do roli instrumentu pozyskiwania dóbr o przeciętnej, niczym niewyróżniającej się jakości, a nadto o cechach nieuwzględniających usprawiedliwionych potrzeb zamawiających (vide: wyrok KIO z dnia 23 marca 2017 r., sygn. akt KIO 445/17).

Stawianie przedmiotowi zamówienia nawet restrykcyjnych wymagań jest właściwe, o ile po stronie zamawiającego występują obiektywne powody ograniczania kręgu potencjalnych wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia. W niniejszym stanie faktycznym przedmiotem zamówienia są przełączniki dostępne (sztuk 62) oraz szkieletowe (sztuk 2). Jedynie w przypadku urządzeń szkieletowych Zamawiający określił wyższe

parametry, co jest zasadne, gdyż będą one przenosiły cały ruch z lokalizacji dla wszystkich pracowników, nie tylko w dostępie do sieci Internet, ale również do centrów przetwarzania danych urzędu. Nie można mierzyć potrzeb Zamawiającego w zakresie przełączników szkieletowych liczbą obsługiwanych przez te przełączniki adresów MAC. Przełączniki sieciowe są elementami infrastruktury sieciowej, odpowiadającymi za jej wydajność, bezawaryjność oraz stabilność przepływu informacji. Ponadto, skoro adresy MAC przypisane są do konkretnego urządzenia, a nie użytkownika, oraz biorąc pod uwagę fakt, że Odwołujący nawet nie skorzystał z możliwości zadania konkretnych pytań związanych z infrastrukturą Zamawiającego (czy to w trybie uprawnienia określonego w art. 38 ustawy Pzp czy też w trybie dostępu do informacji publicznej), wyliczeń Odwołującego zaprezentowanych na rozprawie nie sposób uznać za wiarygodne.

Odnosząc się do obsługi skryptów w Pythonie należy podkreślić, że wymóg dotyczy jedynie 2 urządzeń szkieletowych. Ponadto, sam Odwołujący potwierdza, że jest to standardowe wymaganie, skoro przyznaje, że funkcjonalność ta istnieje w rozwiązaniach różnych producentów. Oświadczenie Zamawiającego, że zatrudnia specjalistów posiadających wiedzę niezbędną do programowania w języku Python, wykorzystywanym w jego infrastrukturze, również zaprzecza twierdzeniom Odwołującego jakoby wymóg ten nie stanowił rzeczywistej potrzeby Zamawiającego. Izba podzieliła również pogląd, że protokół SNMP (podawany jako przykład przez Odwołującego) bardziej obciąża urządzenia sieciowe niż skrypty wykonywane po stronie przełącznika. Co istotne, Odwołujący nawet na rozprawie nie zmodyfikował swojego żądania poprzez zastąpienie języka Python protokołem SNMP.

Wymaga podkreślenia, że Urząd Komisji Nadzoru Finansowego dbając o stabilne funkcjonowanie i bezpieczny rozwój rynku finansowego, sprawuje nad nim nadzór. W przypadku wymiany tak dużej liczby przełączników, kluczowym jest utrzymanie ciągłości pracy urzędu. Otrzymanie przez Zamawiającego wszystkich przełączników od jednego producenta umożliwi, co podkreślał Zamawiający, administratorom (jeszcze nie znający nowego systemu operacyjnego) naukę obsługi jednego a nie kilka systemów. Okres przełączania sieci stanowi trudny okres, podczas którego należy zapewnić ciągłą, nieprzerwaną pracę sieci komputerowej. Istotne wydaje się zatem, aby minimalizować ryzyka wystąpienia ewentualnych błędów lub awarii nie tylko na etapie realizacji zamówienia, ale również w późniejszej eksploatacji. Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że wymóg dostarczenia urządzeń od jednego producenta nie ma żadnego uzasadnienia. Dopuszczenie możliwości zaoferowania przełączników od różnych producentów może nie zagwarantować pełnej kompatybilności sprzętu i doprowadzić do zachwiania stabilności całej polityki bezpieczeństwa systemów informatycznych urzędu. Opis przedmiotu zamówienia dokonany w taki sposób, by zoptymalizować wydatki środków publicznych i nie ponosić zbędnych

kosztów należy uznać za prawidłowy i uzasadniony. Izba uznała więc, że Zamawiający w niniejszym stanie faktycznym postępowałby co najmniej nieracjonalnie, gdyby dopuszczał do sytuacji udzielenia zamówienia na przełączniki pochodzące od różnych producentów. Zamawiający wykazał, że kwestionowane wymagania mają mu służyć w przyszłości, bowiem będzie mógł konsekwentnie, w sposób spójny, prowadzić dalszą informatyzację urzędu. Nie bez znaczenia pozostaje także okoliczność zmiany siedziby przez Zamawiającego.

Warunki określone w opisie przedmiotu zamówienia dotyczą wszystkich potencjalnych wykonawców, zatem wszystkim podmiotom działającym na rynku postawiono takie same warunki początkowe. Ponadto, Izba podziela stanowisko, że art. 29 ustawy Pzp nie powinien być odnoszony do sytuacji jednego wykonawcy i trudności, jakie mogą u tego wykonawcy wystąpić z uwagi na takie, a nie inne wymagania zamawiającego. Przepis ten nie powinien być również odczytywany w ten sposób, że nakłada na zamawiającego obowiązek uwzględnienia i wyeliminowania z opisu przedmiotu zamówienia uzasadnionych wymagań, które dla wykonawcy mogą stanowić źródło ewentualnych niedogodności czy potrzeby reorganizacji swojej pracy bądź stworzenia nowych rozwiązań dostosowanych do realizacji konkretnego zamówienia (vide: wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2016 r., sygn. akt KIO 1417/16).

W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje, bowiem zgodnie z art. 190 ustawy Pzp to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 r., sygn. akt X Ga 32/09). Odwołujący nie wykazał natomiast na czym miałyby polegać naruszenie art. 30 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, zgodnie z którym w przypadku zamówień na dostawy lub usługi, zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy produktu lub usługi, w szczególności wymaga, adekwatnie do przedmiotu zamówienia, dostosowania projektu do potrzeb wszystkich użytkowników, w tym zapewnienia dostępności dla osób niepełnosprawnych. Ponadto, zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego, dostarczane przełączniki będą obsługiwane przez jego pełnosprawnych pracowników.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 29 ust. 3 ustawy Pzp poprzez rzekome wskazanie cech produktów, tj. szczególnego procesu, prowadzące do uprzywilejowania jednego z wykonawców. Z treści ww. przepisu wprost wynika zakaz opisywania przedmiotu zamówienia przez wskazanie m.in. szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty dostarczane przez konkretnego wykonawcę. W rzeczywistości oznacza to zakaz odwoływania się np. do opisów konkretnych rozwiązań

charakterystycznych dla danego wykonawcy (producenta). Regulacja ta jest konsekwencją motywu 74 dyrektywy klasycznej, zgodnie z którym *specyfikacje techniczne powinny być opracowywane w taki sposób, aby uniknąć sztucznego zawężania konkurencji poprzez wymogi, które faworyzują konkretnego wykonawcę, odzwierciedlając kluczowe cechy dostaw oferowanych zwykle przez tego wykonawcę.*

Odwołujący nie wykazał, że opis przedmiotu zamówienia wskazuje na konkretny produkt, czy powiela specyfikację konkretnego producenta. Nadto, sam przyznaje, że istnieje dwóch producentów przełączników spełniających wymogi określone w SIWZ. Według wiedzy Zamawiającego co najmniej trzy podmioty produkują przełączniki o parametrach opisanych w SIWZ. Przystępujący również wskazywał, że na rynku IT istnieje kilku „głównych” producentów przełączników sieciowych: Cisco, Dell, Juniper, HP i Huawei. Podnosił, że co najmniej trzech z pięciu z ww. producentów (Cisco, Juniper i HP) posiada w swojej ofercie przełączniki o parametrach żądanych przez Zamawiającego. Nie sposób więc uznać, że doszło do naruszenia art. 29 ust. 3 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe w ocenie Izby nie doszło do naruszenia zasad prawa zamówień publicznych opisanych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający prawidłowo opisał przedmiot zamówienia, potwierdzając że równo traktuje wykonawców w postępowaniu, bowiem równe traktowanie wykonawców *oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji (...)* (vide: postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 17 marca 2008 r., sygn. akt VIII Ga 22/08).

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 15 000,00 zł.

Przewodniczący: