

Sygn. akt: KIO 634/10

**WYROK**  
**z dnia 6 maja 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Paweł Trojan**

**Członkowie:** **Justyna Tomkowska**

**Bogdan Artymowicz**

**Protokolant:** **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Telekomunikacja Polska S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Narodowe Centrum Sportu Spółka z o.o., Al. Księcia J. Poniatowskiego 1, 03-901 Warszawa**.

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Telekomunikacja Polska S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaści tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Telekomunikacja Polska S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Telekomunikacja Polska S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa** na rzecz **Narodowe Centrum Sportu Spółka z o.o., Al. Księcia J. Poniatowskiego 1, 03-901 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa procesowego przed KIO.

Stosownie do art. 198a i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze 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:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

**UZASADNIENIE**

**do wyroku z dnia 6 maja 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO 634/10**

Zamawiający – Narodowe Centrum Sportu Spółka z o.o., Al. Ks. J. Poniatowskiego 1, 03-901 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. "Dostawa, instalacja i konfiguracja urządzeń aktywnych i oprogramowania zarządzającego sieci teleinformatycznej Stadionu Narodowego w Warszawie".

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte przez Zamawiającego w dniu 31.03.2010 r. poprzez przekazanie do publikacji ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Ogłoszenia zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 03.04.2010 r. Nr 2010/S 66-099423.

Termin realizacji przedmiotu zamówienia został określony przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówienia w okresie od 05.07.2010 r. do 31.07.2012 r.

W dniu 03.04.2010 r. w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 03.04.2010 r. Nr 2010/S 66-099423. upublicznione zostało ogłoszenia o zamówieniu dotyczące przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z wyjaśnień Zamawiającego złożonych w toku rozprawy wynika, iż w tym samym dniu Zamawiający udostępnił na swojej stronie internetowej treść SIWZ.

W dniu 13.04.2010 r. wykonawca Telekomunikacja Polska S. A. z siedzibą w Warszawie wniósł do Prezesa KIO odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na sporządzeniu SIWZ z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, a w szczególności dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretne rozwiązania techniczne, a tym samym ograniczający konkurencję w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego Narodowe Centrum Sportu Sp. z o.o., którego przedmiotem jest „Dostawa,

instalacja i konfiguracja urządzeń aktywnych i oprogramowania zarządzającego sieci teleinformatycznej Stadionu Narodowego w Warszawie".

Opisanej powyżej czynności Odwołujący zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretne rozwiązania techniczne, a tym samym ograniczający konkurencję.

Odwołujący wskazał, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów jego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego, Odwołujący mógłby złożyć prawidłową ofertę w postępowaniu i uzyskać przedmiotowe zamówienie. Powyższe okoliczności, zdaniem Odwołującego, niezbicie dowodzą naruszenia interesu prawnego Odwołującego w uzyskaniu zamówienia i stanowią wystarczającą przesłankę do skorzystania przez niego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu doprowadzenie postępowania do jego zgodności z przepisami ustawy poprzez odpowiednią modyfikację treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób wskazany w treści uzasadnienia oraz przedłużenie terminu składania ofert.

W treści odwołania Odwołujący wskazał, iż ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 kwietnia 2010 r. Nr S 66 pod poz. 99423. Odwołujący podniósł, iż wnosząc odwołanie w dniu 13 kwietnia 2010 r. zachował termin określony w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy, wynoszący 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretne rozwiązania techniczne, a tym samym ograniczający konkurencję Odwołujący w uzasadnieniu odwołania podniósł, że Specyfikacja techniczna urządzeń, których dostawy Zamawiający wymaga od Wykonawcy, w szczególności w odniesieniu do firewall i IPS, wskazuje na urządzenia Cisco - model 5580-20 do węzłów IXP, model 5580-40 do węzłów CPD (na podstawie materiałów zamieszczonych na stronie internetowej: [www.cisco.com/en/US/products/ps6120/prod\\_models\\_comparison.html](http://www.cisco.com/en/US/products/ps6120/prod_models_comparison.html)).

Zdaniem Odwołującego analiza wymagań i parametrów technicznych pozwala na wysunięcie tezy, iż część opisu przedmiotu zamówienia dotycząca tych urządzeń stanowi kopię broszury informacyjnej producenta.

Odwołujący wskazał, iż taki sposób dokonania opisu przedmiotu zamówienia skutkuje ograniczeniem uczciwej konkurencji z uwagi na praktyczne dopuszczenie zaoferowania urządzeń jednego producenta (Cisco), a co stanowi również naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Należy stwierdzić, iż analiza opisu przedmiotu zamówienia, a także potrzeb Zamawiającego związanych z realizacją przedmiotowego zamówienia wskazuje, iż wiele z opisanych przez Zamawiającego parametrów technicznych wynika z charakterystyki dobranych konkretnych urządzeń, nie zaś z rzeczywistych potrzeb Zamawiającego związanych z budową sieci teleinformatycznej dla Stadionu Narodowego. Zasadne jest podnieść, iż urządzenia zostały wyskalowane pod względem funkcjonalno-wydajnościowym (wydajność firewall, liczba i rodzaj interfejsów), a następnie w specyfikacji technicznej urządzeń dodano obszerną listę dodatkowych funkcji, nie mających charakteru funkcji krytycznych, niezbędnych, np. pamięć FLASH i DRAM, ilość nowych sesji na sekundę - 150k nowych sesji na sekundę. Przykładowo - ten ostatni parametr jest wymagany na brzegu sieci operatorskiej operatora komórkowego, gdzie charakterystyczne jest pojawianie się dużej ilości krótkich sesji na sekundę przy często wielu milionach klientów mobilnych. Dla instalacji stadionowej, nawet w przypadku dużego stadionu, jest to znacząco przewymiarowane. Podobnie wymóg konieczny rozdzielenia systemów firewall i IPS - w przypadku ich instalacji szeregowej - z innymi parametrami przepływnościowymi oraz rodzajami interfejsów, wynika raczej z charakterystyki platformy, a nie rzeczywistych potrzeb Zamawiającego dotyczących przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał ponadto, iż dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia ogranicza możliwość zaoferowania sprzętu różnych producentów. Na uzasadnienie przytoczył postanowienie pkt 2.3.1. Załącznika nr 2 do SIWZ - Opis sieci teleinformatycznej. Zamawiający wymaga, by system dostępu bezprzewodowego był oparty o jednolite technologie w pełni kompatybilne z główną siecią teleinformatyczną Stadionu Narodowego. Zapis ten, zdaniem Odwołującego, ogranicza możliwość budowania rozwiązania w oparciu o rozwiązania i systemy kilku producentów, w szczególności sieci WLAN, która ma być jednolita z częścią LAN.

Odwołujący przywołał również postanowienie Załącznika nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia - pkt 14 Infrastruktura WLAN, Punkty dostępowe wewnętrzne, gdzie Zamawiający stawia tam następujące wymagania:

„a) punkt dostępowy umożliwiający pracę klientów w standardach 802.11 a/b/g/n”,

„4. Obudowa przystosowana do pracy w trudnych warunkach środowiskowych (...) temperatura pracy od -20 do 50 st. C"

Powyższe parametry, zdaniem Odwołującego, jednoznacznie wskazują na konkretnego producenta punktów dostępowych (tj. Cisco Aironet 1250 – w załączeniu przekazał broszurę informacyjną).

Odwołujący wskazał także, że urządzenia oferowane przez innych producentów, spełniające wymagania określone w Załączniku nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt 2.3.1, nie spełniają jednocześnie powołanych wyżej parametrów. Jako przykład wskazał urządzenia Enterasys 3610/3620 oraz Alcatel Lucent OmniAccess AP120/121 (broszury informacyjne przekazał w załączeniu).

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł ponadto, iż wymagania określone w Załączniku nr 3 w pkt 13. Infrastruktura IXP, ppkt b) stanowiące, iż moduły liniowe muszą być wzajemnie wymienne pomiędzy poszczególnymi urządzeniami szkieletowymi i dystrybucyjnymi zastosowanymi w rozwiązaniu, zmusza Wykonawców do zastosowania we wszystkich tych obszarach sieci urządzeń tego samego producenta. Według najlepszej wiedzy Odwołującego, jedynym producentem sprzętu, który dysponuje w swoim portfolio urządzeniami mogącymi spełnić łącznie wszystkie wymagania opisane w Załączniku nr 3, punkt II. Infrastruktura LAN, podpunkty: 1) przełączniki rdzeniowe, 2) Przełączniki dystrybucyjne Access I, 3) Access II oraz 4) Access III - czego wymaga Zamawiający - jest firma Cisco.

Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem Odwołującego, zasadne jest dokonanie przez Zamawiającego modyfikacji treści SIWZ w celu umożliwienia zastosowania w oferowanym rozwiązaniu urządzeń innych producentów. Modyfikacji wymagają, co najmniej następujące postanowienia specyfikacji (Załącznik nr 3), czego niniejszym zażądał Odwołujący:

#### 1. Przełącznik rdzeniowe

10. obsługa routingu IPv4 statycznego i dynamicznego (RIP, OSPF i BGP) - min. 500 tysięcy tras (zamiast 1 miliona) – Odwołujący wskazał, iż w sieci LAN praktycznie nie jest spotykane aby używana była aż tak duża tablica rotuingu, wymaganie to wskazuje na sugerowanie się parametrami technicznymi konkretnego urządzenia (Cat6500) i nie wynika bezpośrednio z potrzeb Zamawiającego;

11. obsługa routingu IPv6 statycznego i dynamicznego (RIPng, OSPFv3 i MP-BGP) - min. 256 tysięcy (zamiast 500 tysięcy) – Odwołujący wskazał, iż w sieci LAN praktycznie nie jest spotykane aby używana była aż tak duża tablica rotuingu, wymaganie to wskazuje na sugerowanie się parametrami technicznymi konkretnego urządzenia (Cat6500) i nie wynika bezpośrednio z potrzeb Zamawiającego;

15. wysyłanie statystyk ruchu zgodnie z netFlow lub J-Flow lub S-Flow lub równoważnym - składowanie 200 tyś. wpisów lokalnie bądź eksportowane na zewnętrznym kolektorze – Odwołujący wskazał, iż eksport wpisów na zewnętrzny kolektor nie zmniejsza funkcjonalności rozwiązania w porównaniu ze składowaniem lokalnym.

#### Przełączniki dystrybucyjne typu ACCESS I

h) min. 1 port USB przeznaczony do dołączenia zasobów do przechowywania konfiguracji lub obrazów systemu operacyjnego – Odwołujący wnioskował o wykreślenie tego punktu, gdyż funkcjonalność ta nie wpływa bezpośrednio na działanie sieci i funkcje przechowywania konfiguracji lub obrazów systemu operacyjnego mogą zostać zastąpione poprzez systemy zarządzania siecią;

j) obsługa min. 48 instancji STP (zamiast 3000) - zgodnie ze standardem 802.1Q-2005 maksymalna liczba instancji STP wynosi 64 ("Support the Common and Internal Spanning Tree (CIST) plus a stated maximum number of Multiple Spanning Tree Instances (MSTIs), where that number is at least 2 and at most 64"). Odwołujący wskazał, iż wykroczenie poza tę liczbę sugeruje użycie rozwiązań producenckich, nie mieszczących się w standardach. Ponadto obsługa tylu instancji STP nie jest praktycznie spotykana w sieciach LAN;

s 9) definiowanie skryptów określających polityki przekazywania zdarzeń do systemów zarządzających – Odwołujący wnioskował o wykreślenie tego punktu, gdyż nie wpływa on bezpośrednio na działanie sieci.

#### ACCESS III

h) obsługa tunelowania GRE – Odwołujący wnioskował o wykreślenie tego punktu, gdyż obsługa GRE na tak małych przełącznikach jest rzadko spotykaną funkcją u producentów sprzętu;

l 9) definiowanie skryptów określających polityki przekazywania zdarzeń do systemów zarządzających – Odwołujący wnioskował o wykreślenie tego punktu, gdyż nie wpływa on bezpośrednio na działanie sieci;

#### 7. Przełączniki agregujące (CPD)

l 6) definiowanie skryptów określających polityki przekazywania zdarzeń do systemów zarządzających – Odwołujący wnioskował o wykreślenie tego punktu, gdyż nie wpływa on bezpośrednio na działanie sieci;

117) wysyłanie statystyk ruchu zgodnie z netFlow lub J-Flow lub S-Flow lub równoważnym - składowanie 100 tyś. wpisów lokalnie bądź eksportowane na zewnętrznym kolektorze – Odwołujący wskazał, iż eksport wpisów na zewnętrzny kolektor nie zmniejsza funkcjonalności rozwiązania w porównaniu ze składowaniem lokalnym



## 8. Przełączniki serwerowe (CPD)

l) - definiowanie skryptów określających polityki przekazywania zdarzeń do systemów Zarządzających – Odwołujący wnioskował o wykreślenie tego punktu, gdyż nie wpływa on bezpośrednio na działanie sieci.

Reasumując przedstawioną powyżej argumentację Odwołujący stwierdził, iż postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest przez Zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy i wobec powyższego wnioskowanie o jego doprowadzenie do zgodności z prawem jest zasadne.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia, który zdaniem Odwołującego narusza uczciwą konkurencję.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami SIWZ, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ww. ustawą nowelizującą.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby w przypadku odwołania dotyczącego postanowień SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia podmiotem posiadającym interes we wniesieniu środka ochrony prawnej jest każdy zainteresowany wykonawca.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ wraz z załącznikami oraz ze stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w trakcie rozprawy.

W odniesieniu do stanu faktycznego będącego przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia Izba jako zasadniczy dowód uznała dokumentację przedmiotowego postępowania w postaci treści ogłoszenia o zamówieniu, postanowień SIWZ oraz wyjaśnień i oświadczeń stron złożonych na rozprawie.

Izba pominęła dowód z dokumentu w postaci specyfikacji technicznych urządzeń Enterasys, Cisco oraz Alcatel dołączonych przez Odwołującego wraz z odwołaniem. Zgodnie z treścią § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. z 2010 r. Nr 48, poz. 280) wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. Powyższe specyfikacje techniczne w postaci wydruków ze stron internetowych producentów poszczególnych urządzeń zostały sporządzone w języku angielskim.

Z identycznego powodu Izba pominęła dowody w postaci przedstawionych na rozprawie przez Zamawiającego specyfikacji technicznych urządzeń (końcówek WLAN, przełączników, zapory Firewall, urządzenia IPS oraz przełączników Access III).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp Izba uznała, iż nie zasługuje on na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie ww. zarzutu.

Po pierwsze Izba uznała w zakresie podniesionego zarzutu, tj. wskazanego przez Odwołującego naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretne rozwiązania techniczne, a tym samym ograniczający konkurencję, iż samo wskazanie konkretnego

rozwiązania technicznego nie stanowi podstawy do uznania, iż opis przedmiotu zamówienia narusza ww. przepisy ustawy Pzp. Wszakże wskazanie przez Zamawiającego konkretnego rozwiązania technicznego jest domeną i uprawnieniem tego ostatniego, tym samym stanowi ono istotę opisu przedmiotu zamówienia. Dopiero pośrednie lub bezpośrednie wskazanie określonego produktu lub producenta może powodować naruszenie uczciwej konkurencji.

Skład Izby w odniesieniu do podniesionego na rozprawie poglądu Odwołującego, iż wystarczające jest jedynie uprawdopodobnienie naruszenia uczciwej konkurencji wskazuje, że powyższe nie zwalnia Odwołującego od konieczności wykazania, iż to sposób opisanego przedmiotu zamówienia mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. To na stronie, która z tego faktu wywodzi skutki prawne, ciąży obowiązek wykazania i udowodnienia, iż w przedmiotowym postępowaniu doszło poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia do określonej sytuacji (pośredniego lub bezpośredniego wskazania określonego urządzenia), która to sytuacja w konsekwencji może sprzyjać naruszeniu zasad uczciwej konkurencji. Istotna w tym aspekcie jest treść art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, który wskazuje, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W tym zakresie nie jest konieczne wykazanie, iż sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretny produkt prowadzi do naruszenia uczciwej konkurencji, lecz konieczne jest wykazanie, iż opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia w sposób bezsprzeczny zaoferowanie większej liczby produktów lub równoważnych rozwiązań technologicznych. Analiza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie wskazuje, iż sposób i treść merytoryczna opisu przedmiotu zamówienia musi być sformułowana w ten sposób, iż przy określonych realiach rynkowych i gospodarczych (tj. w określonej sytuacji rynkowej) dochodzi do faktycznego monopolu jednego wykonawcy, producenta, dystrybutora (monopolu podmiotowego) lub monopolu jednego określonego rodzaju produktu (monopolu przedmiotowego). W takim wypadku, tj. w przypadku wykazania takiego monopolu stosownie do treści art. 29 ust. 2 ustawy Pzp nie jest konieczne wykazanie i udowodnienie przez podmiot podnoszący taki zarzut implikacji takiej sytuacji, a więc jej przewidywanych następstw w postaci możliwości utrudnienia uczciwej konkurencji. W tym zakresie wystarczające jest już samo uprawdopodobnienie, iż następstwem takiego opisu przedmiotu zamówienia może być np. stosowanie nieuczciwych praktyk monopolistycznych, czynów nieuczciwej konkurencji, w szczególności kreujących określone monopole lub ograniczających dostęp do rynku innych wykonawców lub preferowanych przez nich produktów. Jednakże, jak wyżej zostało wskazane, naruszenie uczciwej konkurencji lub tylko podejrzenie takiego naruszenia musi być następstwem nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia i ten ostatni fakt wymaga udowodnienia. Tym samym, zdaniem Izby, powyższe nie zwalnia Odwołującego od konieczności wykazania, iż w przedmiotowym postępowaniu doszło faktycznie i bezsprzecznie do takiego sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia,

poprzez który Zamawiający wskazał pośrednio lub bezpośrednio na jeden określony typ urządzenia (w tym wypadku wskazane przez Odwołującego urządzenia Cisco).

Zamawiający w załączniku nr 2 do umowy określił założenia techniczne systemu wskazując, że sieć teleinformatyczna Stadionu Narodowego ma pełnić rolę wydajnego, zintegrowanego szkieletu komunikacyjnego dla wielu systemów projektowanych w ramach sieci niskoprądowych obejmującego w szczególności:

- dostęp do Internetu;
- transmisję danych na potrzeby aplikacji merytorycznych;
- obsługę komunikacji głosowej i wideokonferencji HD;
- monitoring wizyjny (CCTV);
- dystrybucję cyfrowego sygnału wideo HD (transmisja telewizyjna ze stadionu, dystrybucja sygnału telewizyjnego na stadionie);
- system automatyki budynku;
- system bezpieczeństwa budynku.

Ponadto w ww. załączniku zostało wskazane, iż sieć teleinformatyczna Stadionu Narodowego musi być jednorodna i w pełni zarządzana. Oznacza to zgodność protokołów komunikacji i zarządzania dla wszelkich funkcjonalności dostarczonych w ramach niniejszej procedury elementów i systemów. Zamawiający wymagał również, aby sieć zapewniała funkcjonalności kluczowe dla jednoczesnej obsługi kilku systemów, takie jak:

- wysoką wydajność, zarówno poszczególnych połączeń, jak i zagregowaną;
- wysoki poziom bezpieczeństwa, zarówno z punktu widzenia odporności na awarię, dostępności, jak też możliwości logicznej segmentacji architektury;
- obsługę nowoczesnych standardów komunikacyjnych (protokoły IPv4 i IPv6);
- elastyczne kreowanie usług dla różnych środowisk i łatwą integrację nowych usług;
- obsługę mechanizmów różnicowania ruchu i zapewnienia jakości transmisji (QoS);
- możliwości skalowania i rozbudowy.

Powyższe założenia techniczne systemu jednoznacznie wskazują, iż przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest skomplikowany, zintegrowany z innymi elementami infrastruktury system, dla którego zostały założone wysokie wymagania funkcjonalne, jakościowe i dotyczące bezpieczeństwa. Ponadto jest on systemem dotyczącym obiektu inwestycyjnego o niespotykanej dotychczas w Polsce skali, co jednoznacznie przedkłada się na założenia techniczne dotyczące jego parametrów.

Zdaniem Izby wskazane przez Odwołującego i kwestionowane parametry techniczne poszczególnych urządzeń nie są parametrami charakterystycznymi dla określonej marki czy typu urządzeń. Nie są przedmiotem patentów, wzorów przemysłowych lub innych chronionych prawem rozwiązań technicznych, projektowych lub wzorniczych. Odwołujący nie wykazał również, że parametry te stanowiły wsparcie dla stosowanego wyłącznie przez jednego producenta rozwiązania systemowego, czy też indywidualnego i specyficznego standardu, które powodowałyby niekompatybilność urządzeń innych producentów i uniemożliwiały techniczną konfigurację całego systemu przy użyciu urządzeń innych producentów. Zdaniem Izby z wyjaśnień Zamawiającego wynika, iż decydują one jedynie o technicznej sprawności i funkcjonalności poszczególnych urządzeń lub całego systemu i nie sposób uznać, iż pojedynczo lub wspólnie mogą one wpłynąć na ograniczenie konkurencji poprzez bezpośrednio lub pośrednio wskazanie na określone typy urządzeń lub ich zespoły. W art. 23 ust. 8 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi wskazano, że: „Jeżeli nie uzasadnia tego przedmiot zamówienia, specyfikacje techniczne nie mogą zawierać odniesienia do konkretnej marki ani źródła ani też do żadnego szczególnego procesu, znaku handlowego, patentu, typu, pochodzenia lub produkcji, które mogłyby prowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania pewnych przedsiębiorstw albo produktów. Odniesienie takie jest dopuszczalne wyłącznie w wyjątkowych sytuacjach, gdy dostatecznie precyzyjny i zrozumiały opis przedmiotu zamówienia, zgodny z ust. 3 i 4, nie jest możliwy; odniesieniu takiemu towarzyszą słowa "lub równoważny"”. Jak wynika z wyżej przytoczonego przepisu Dyrektywy niedozwolone odniesienia specyfikacji technicznych muszą więc wskazywać na określony produkt, które to wskazanie i odniesienie poprzez właśnie takie sformułowanie parametrów granicznych mogłoby prowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania pewnych produktów lub wykonawców. Z powyższego wynika, iż z niedozwolonym opisem przedmiotu zamówienia mamy do czynienia jedynie wtedy, gdy wskazanie określonego produktu lub specyficznej technologii jest niewątpliwe, jednoznaczne i możliwe do wykazania za pomocą dopuszczalnych środków dowodowych.

Zakres zarzutów technicznych sformułowanych przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania odnosi się w przeważającej części do pojedynczych parametrów technicznych pojedynczych urządzeń systemu. Tym samym, zdaniem Izby, Odwołujący powinien wykazać, że te jednostkowe parametry wskazują tylko i wyłącznie na konkretne urządzenia Cisco, czego Odwołujący nie wykazał. Przy stosowanym przez Zamawiającego sposobie opisu przedmiotu zamówienia niewystarczające jest wykazanie, iż te konkretne parametry nie mogą być spełnione przez dostępne na rynku jednostkowe urządzenia, tym samym

niewystarczające jest wskazanie jednego typu urządzenia, które je spełnia. Powyższe jest konsekwencją faktu, iż przy zaawansowanych technicznie systemach na rynku istnieć będą urządzenia, które spełniają wartości graniczne, jak i takie które ich nie spełniają. Jednakże z powyższego nie sposób wyprowadzić bardziej ogólnego twierdzenia, iż istnienie na rynku urządzenia które opowiada opisowi przedmiotu zamówienia powoduje, iż opis wskazuje na to konkretne urządzenie.

I tak w pkt 1 uzasadnienia Odwołujący w zakresie urządzenia Firewall zarzucił Zamawiającemu, iż wprowadził on dodatkowe wymagania, nie mające charakteru funkcji krytycznych i niezbędnych, jak pamięć Flash (co najmniej 1 GB), pamięć DRAM (co najmniej 12 GB) oraz ilość nowych sesji na sekundę (min. 150.000 połączeń na sekundę). Izba pragnie wskazać, iż dla urządzenia Firewall Zamawiający określił w pkt 9 załącznika nr 3 do umowy ponad 60 wartości granicznych oraz funkcjonalności, w tym 7 wartości dla samej wydajności urządzenia.

Izba za istotny przyjęła argument Zamawiającego, iż pełne wdrożenie systemu nastąpi w okresie 2 lat od wszczęcia przedmiotowego postępowania, tym samym wskazane w SIWZ parametry techniczne urządzeń uwzględniają planowane potrzeby Zamawiającego, jak również przewidywany wzrost wymagań dla systemu. Na powyższe wskazuje zapis pkt 11 (termin realizacji zamówienia) części II SIWZ – przedmiot zamówienia i termin jego realizacji, z którego wynika, że istotnym i nie podlegającym modyfikacji jest termin zakończenia realizacji przedmiotu zamówienia, tj. 31.07.2012 r.

Kolejnym istotnym aspektem, zdaniem Izby, wymuszającym postawienie dla systemu i jego poszczególnych urządzeń wysokich wymagań funkcjonalnych jest konieczność jego optymalizacji z następującymi systemami:

- systemem kontroli dostępu;
- systemem biletowym;
- systemem SSWiN;
- systemem telefonicznym VIP;
- systemem parkingowym;
- systemem monitoringu CCTV;
- systemem automatyki BAS

we współpracy z osobami trzecimi wskazanymi przez Zamawiającego, jako poszczególnymi dostawcami wymienionych powyżej rozwiązań, w celu zapewnienia funkcjonalności systemu określonej w dokumentacji technicznej. Konieczność zapewnienia optymalizacji parametrów z ww. systemami została wskazana w pkt 6 ppkt 6.1. lit. e części II SIWZ (przedmiot

zamówienia i termin jego realizacji) oraz w projekcie umowy (załącznik nr 8 do SIWZ) w art. 2 – postanowienia ogólne pkt 2.1. – przedmiot umowy ppkt 2.1.1. lit. e).

Izba za istotny aspekt uznała także, iż Zamawiający wymagał, aby sieć teleinformatyczna zapewniała możliwość jej późniejszej rozbudowy. Powyższe wskazuje, iż poszczególne, z punktu widzenia obecnej jej struktury, parametry i funkcjonalności mogą znaleźć zastosowanie dopiero w przyszłości i ich żądanie na tym etapie tworzenia systemu może wydawać się uzasadnione. Możliwość rozszerzenia funkcjonalności i możliwość rozbudowy istniejącego systemu w przyszłości może bowiem przesądzać o jej obecnym kształcie i poszczególnych rozwiązaniach technicznych.

Należy wskazać, iż dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który dyskryminuje jakikolwiek produkt stanowiący element składowy zamówienia, lub eliminuje jakąkolwiek technologię bez uzasadnionej przyczyny stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli dokonanie takiego opisu nastąpiło bez uzasadnionej przyczyny.

Izba nie podziela argumentu podniesionego przez Odwołującego w toku rozprawy, iż zawarty w załączniku numer 2 do umowy na str. 11 wymóg, który stanowi aby urządzenia były jednolite pod względem technicznym i kompatybilne z siecią główną, wskazuje, że doszło tym samym do naruszenia uczciwej konkurencji. Kompatybilność jest cechą pożądaną takich przedmiotów jak systemy informatyczne i sieci teleinformatyczne, zatem nie sposób uznać tego rodzaju sformułowania za niewłaściwe i naruszające uczciwą konkurencję.

Samo wskazanie przez Odwołującego urządzeń jednego producenta, które spełniają wymagania Zamawiającego nie potwierdza zasadności zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Nie potwierdza go również wskazanie pojedynczych urządzeń nie spełniających warunków granicznych. Rynek tego typu urządzeń jest szeroki i tym samym nie nasuwa trudności wskazanie zarówno urządzeń spełniających poszczególne parametry techniczne, jak również urządzeń, które poszczególnych parametrów nie spełniają. Zamawiający odpierając zarzuty Odwołującego przyznał, że postawił wysokie wymagania dla elementów systemu. Jednakże swoją decyzję motywował tym, iż zostało to wymuszone przeznaczeniem i skalą inwestycji, powierzchnią obiektu, ilością użytkowników obiektu, koniecznością integracji zamawianego systemu z innymi systemami, datą wdrożenia systemu a także przewidywanymi przez niezależne instytucje badawcze zmianami aktywności użytkowników sieci teleinformatycznych, w tym Internetu i łączności bezprzewodowej.

W odniesieniu do zarzutu Odwołującego, iż jednym z parametrów ograniczających zakres spełniających je urządzeń jest wymagany dla punktów dostępowych wewnętrznych (pkt 14 załącznika nr 3 do SWIZ – Infrastruktura WLAN, punkty dostępowe wewnętrzne) parametr, aby obudowa tychże urządzeń była przystosowana do pracy w trudnych warunkach środowiskowych (...) temperatura pracy od -20 do 50 st. C Izba uznała, iż w tym zakresie za wiarygodne należy uznać wyjaśnienia Zamawiającego. Zamawiający wskazał bowiem, iż punkty dostępowe wewnętrzne, pomimo swojej nazwy, zostaną umiejscowione wewnątrz bryły obiektu, gdzie występowanie temperatury od -25 do +40 C jest bardzo prawdopodobne, czemu Odwołujący nie zaprzeczył. Tym samym Izba uznała, iż w tak specyficznym obiekcie, jakim jest stadion nawet wewnątrz bryły obiektu mogą panować silne wahania temperatury zbliżone do tej panującej na zewnątrz obiektu. Ponadto Zamawiający w powyższym zakresie podniósł w toku rozprawy, iż na rynku dostępne są obudowy do istniejących urządzeń, które zwiększają zakres temperaturowy ich pracy. Jako przykład wskazał obudowy producenta TeraWave do urządzeń Alcatel AP120 wskazując jednocześnie, iż nie wykluczał możliwości takiego upgrade'u.

Zamawiający w toku rozprawy odniósł się do poszczególnych zarzutów technicznych wskazując, że w zakresie przełączników rdzeniowych przyjęta ilość 1 mln. tras została określona w oparciu o międzynarodowe standardy, na dowód czego przedstawia publikowane przez IANA przewidywany przyrost tabeli wpisów BGP protokołu IPv4. Wskazuje, iż poziom żądany przez odwołującego zostanie już przekroczony w 2012 r. W zakresie protokołu IPv6 zamawiający wskazał, iż ze względu na zmianę systemu w latach 2011-2012 proponowana przez odwołującego minimalna ilość zostanie przekroczona. W zakresie routingu IPv6 i możliwości spełnienia żądanego parametru zamawiający podniósł, iż także urządzenia innych producentów spełniają żądane parametry. Zamawiający wyjaśnił ponadto, iż przejście z systemu IPv4 na IPv6 wynika z niezależnej od niego decyzji instytucji zajmującej się zarządzaniem zasobami adresowymi Internetu. Wobec powyższego uczynienie zadość żądaniom odwołującego doprowadziłoby do budowy sieci niezgodnej z międzynarodowymi standardami i afunkcjonalnej w chwili jej produkcyjnego uruchomienia. W zakresie zarzutu dotyczącego wpisów na zewnętrznym kolektorze, zamawiający powołał się na pytanie udzielone w toku postępowania, które wskazuje, iż wyraził on zgodę na rozwiązanie takie jakiego żąda Odwołujący. W zakresie przełączników Access 1 wyjaśnił, iż udzielił odpowiedzi na pytanie w toku postępowania i dopuścił rozwiązanie sugerowane przez Odwołującego jako system zarządzania siecią (dopuścił rozwiązanie programowe przy zachowaniu wymaganej w SIWZ funkcjonalności). W zakresie proponowanego dla instancji STP minimalnego zakresu 48 zamiast 3.000 wskazał, iż dopuścił w odpowiedziach na pytania zmniejszenie tego zakresu do 64, to jest ilości zgodnej ze standardem 802.1Q-2005. Zamawiający w zakresie zarzutu zawartego na stronie 5 odwołania dotyczącego punktów



S9, L9, L6 oraz 8L motywował, iż wymóg ten jest konieczny ze względu na funkcję obiektu oraz umożliwia przeprogramowanie 8.700 punktów pracujących jednocześnie w przypadku zaistnienia konieczności nagłej zmiany charakteru ich pracy. Na poparcie swoich twierdzeń Zamawiający przytoczył argumentację zawartą w wyroku KIO z dnia 3 lutego 2009r. o sygn. KIO/UZP 91/09 i 92/09, w oparciu o którą wskazuje, że rezygnacja z pewnej funkcjonalności nie może doprowadzić do zmniejszenia z wpływów finansowych do zamawiającego. W zakresie punktu H dotyczącego przełącznika Access III wskazał, iż funkcjonalność tunelowania GRE jest niezbędna ze względu na ilość punktów dostępowych i umożliwia łączenie urządzeń niestandardowych w zakresie automatyki z centralnym systemem zarządzania budynkiem. Wyjaśnił również, iż bez tej funkcji niemożliwe jest funkcjonowanie takiego obiektu jak Stadion Narodowy, zaś przełączniki Access III są dostępne z tą funkcjonalnością u innych producentów.

Odwołujący w toku rozprawy wskazał, iż sposób prezentacji i treść dowodów w postaci specyfikacji technicznych przedstawionych przez Zamawiającego na rozprawie potwierdza, że parametry techniczne spełnione są wybiórczo przez poszczególne urządzenia, lecz brak jest urządzeń jednego producenta spełniających je wszystkie jednocześnie. Pomimo pominięcia dowodów powołanych w tym zakresie przez Zamawiającego Izba nie uznała samej argumentacji przedstawionej w toku rozprawy przez Odwołującego w tym zakresie. Izba nie podziela poglądu reprezentowanego przez Odwołującego, gdyż jak ustalono brak jest w SIWZ oraz Dokumentacji Technicznej Systemu wymagań, aby cały system składał się z urządzeń jednego producenta. Konfiguracja tego rodzaju systemu nie wyklucza, a wręcz wymusza konieczność stosowania różnego rodzaju rozwiązań, w tym urządzeń pochodzących od różnych producentów. Wymusza to pewnego rodzaju aktywność wykonawców w konfiguracji urządzeń, nie ułatwia negocjacji cen z jednym dystrybutorem, lecz nie uniemożliwia tym samym konfiguracji systemu jako całości z urządzeń różnych producentów. Powyższe potwierdza pośrednio przywołana jako dowód przez Odwołującego korespondencja pomiędzy Odwołującym a dystrybutorami urządzeń, gdzie zostało niejednokrotnie wskazane, że nie jest możliwe oparcie systemu na urządzeniach jednego producenta, co nie wyklucza konfiguracji mieszanej, tj. zastosowania urządzeń różnych producentów.

Wszakże w części II SIWZ (przedmiot zamówienia i termin jego realizacji) w pkt 6 ppkt 6.1. został zawarty następujący zapis: „Jeżeli w SIWZ oraz w załącznikach wskazane są znaki towarowe lub producent danych urządzeń lub materiałów Zamawiający dopuszcza w to miejsce zaoferowanie urządzeń lub materiałów równoważnych. Zaoferowanie urządzeń lub materiałów równoważnych nie może prowadzić do zmiany projektu oraz/lub zmniejszenia parametrów technicznych, jakościowych i funkcjonalnych założonych w Dokumentacji

Technicznej Systemu". Powyższe wskazuje, iż Zamawiającemu nie zależy na konkretnych urządzeniach, lecz na określonych w SIWZ rozwiązaniach funkcjonalnych i technicznych.

Powyższe wskazuje, iż Zamawiający decyzję, czy cały system zostanie oparty o jednolite rozwiązanie jednego producenta, czy też o urządzenia oferowane przez różnych wytwórców pozostawił wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego.

Na powyższe wskazuje także odpowiedź Zamawiającego na pytanie 124 (numer na stronie internetowej – 155). W pytaniu tym jeden z wykonawców wniósł o wyjaśnienie, czy zapisy „Sieć teleinformatyczna Stadionu Narodowego musi być jednorodna i w pełni zarządzana. Oznacza to zgodność protokołów komunikacji i zarządzania dla wszelkich funkcjonalności dostarczonych w ramach niniejszej procedury elementów mi systemów” oraz „System dostępu bezprzewodowego jest oparty o jednolite technologie w pełni kompatybilne z główną siecią teleinformatyczna Stadionu Narodowego” zawarte w załączniku 2 do SWIZ (opis sieci), wyklucza stosowanie urządzeń różnych producentów przy zachowaniu wymaganej funkcjonalności aplikacyjnej? W odpowiedzi na powyższe Zamawiający wyjaśnił, iż zapisy SIWZ dopuszczają zastosowanie urządzeń dostawców spełniających wymogi techniczne i funkcjonalne.

Jednocześnie Zamawiający w związku z powyższym pytaniem doprecyzował zapisy SIWZ wskazując, że: „poprzez jednolite mechanizmy/technologie Zamawiający rozumie jednolite standardy komunikacyjne (IEEE, IETF takie jak np. IP, Ethernet, 802.1q, 802.1x, CAPWAP, RADIUS, NTP, SNMP oraz 802.11 a/b/g/n). Przez zgodność protokołów zarządzania Zamawiający rozumie system zarządzający umożliwiający dostęp do zarządzania urządzeniami za pomocą jednolitego interfejsu. Np. w przypadku oferowania systemu zarządzania siecią LAN składającego się z kilku rozdzielnych modułów należy zapewnić ich zintegrowanie, aby funkcjonalności systemu były dostępne z jednego nadrzędnego poziomu”. Zdaniem Izby powyższe wyjaśnienia oraz modyfikacje i doprecyzowanie treści SIWZ jedynie potwierdzają stanowisko reprezentowane przez Zamawiającego na etapie rozprawy. Zdaniem Izby, pomimo faktu postawienia dość wysokich wymagań sprzętowych, konfiguracyjnych i funkcjonalnych (celem zapewnienia integralności wewnętrznej i zewnętrznej systemu oraz zapewnienia jego wysokiego poziomu w momencie oddania do użytkowania), Zamawiający kieruje się obiektywnymi, z punktu widzenia równego dostępu do zamówienia, kryteriami funkcjonalnymi i technicznymi.

Izba wskazuje ponadto, iż z powyższym nie stoi w sprzeczności próba analizy przez Odwołującego dostępnych na krajowym rynku urządzeń. Odwołujący na potwierdzenie twierdzenia, iż żaden ze znanych mu dostawców nie jest w stanie dostarczyć jednocześnie wszystkich urządzeń o wymaganych parametrach wchodzących w skład systemu powołał dowody w postaci pisemnej i elektronicznej korespondencji z dystrybutorami urządzeń Alcatel, Hewlett Packard, Check Point Software Technologies oraz Sequence. Analiza

odpowiedzi udzielonych przez poszczególnych dystrybutorów wskazuje i jednocześnie potwierdza, zdaniem Izby, iż jest możliwa konfiguracja całego systemu w oparciu o urządzenia różnych producentów. Dystrybutorzy urządzeń Alcatel, Hewlett Packard, Check Point Software Technologies oraz Sequence wskazali, iż nie są w stanie jednocześnie dostarczyć całego pakietu urządzeń o wymaganych przez Zamawiającego parametrach technicznych. Brak możliwości zrealizowania kompleksowej dostawy urządzeń tylko jednego producenta nie wskazuje, iż doszło w przedmiotowym postępowaniu do naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Tak samo jak możliwość skonfigurowania całego systemu w oparciu o urządzenia jednego producenta, przy jednoczesnej możliwości konfiguracji mieszanej w oparciu o urządzenia pozostałych producentów obecnych na rynku nie powoduje automatycznie uprzywilejowania wykonawcy oferującego tego rodzaju urządzenia w postępowaniu, w którym jedynym kryterium oceny ofert jest cena. Ponadto wskazanie w powyższych pismach, iż poszczególne wymagania zawarte w SIWZ nie znajdują uzasadnienia, zaś ich spełnienie może nastąpić w inny sposób potwierdzają tylko, iż istotne są w tym zakresie cechy funkcjonalne systemu. Wszakże Zamawiający wyjaśnił w odpowiedzi na pytanie nr 124 (numer odpowiedzi na stronie internetowej – 155), iż zapisy SIWZ dopuszczają zastosowanie urządzeń dostawców spełniających wymogi techniczne i funkcjonalne. Jeżeli Odwołujący miał wątpliwości, czy rozwiązania techniczne i oferowane przez innych producentów funkcjonalności zostaną uznane przez Zamawiającego za równoważne mógł skierować na etapie postępowania zapytanie do treści SIWZ na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp. Z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego nie wynika, aby Odwołujący poczynił starania skierowane na wyjaśnienie powyższych wątpliwości.

Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał bezspornie, iż nie jest możliwe skonfigurowanie całego systemu przy użyciu urządzeń różnych producentów, zaś tego rodzaju sposób realizacji przedmiotu zamówienia nie tylko nie został wykluczony przez Zamawiającego, lecz treść wyjaśnień SIWZ wskazuje, iż został wręcz dopuszczony jako alternatywny sposób spełnienia wymagań funkcjonalnych i technicznych. Powoduje to, zdaniem Izby, iż istnieje kilka alternatywnych sposobów konfiguracji systemu stanowiącego przedmiot zamówienia. Przywołane przez Odwołującego jako dowód odpowiedzi na pytanie nr 104 (pismo z dnia 22.04.2010 r.) oraz nr 30 (pismo z dnia 23.04.2010 r.) wskazują jedynie, iż Zamawiający postanowił utrzymać w mocy dotychczasowe postanowienia SIWZ. Dowody te nie wskazują na to, że sam opis przedmiotu zamówienia zawarty w SIWZ wskazuje na konkretny produkt lub rozwiązanie oferowane tylko przez jednego producenta.

Jak wynika z literalnej wykładni art. 29 ust. 2 ustawy użyty w treści tego przepisu zwrot „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję” wskazuje, iż dla uznania naruszenia

ustanowionego w powyższej normie prawnej zakazu wystarczające jest jedynie takie działanie zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio. Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. W przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 ustawy wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia. Jednakże nie zwalania to podmiotu podnoszącego ww. zarzut od wykazania, iż to opis przedmiotu zamówienia w sposób pośredni lub bezpośredni prowadzi w sposób bezsprzeczny i nie pozostawiający żadnych wątpliwości do uznania, iż działania Zamawiającego w zakresie formułowania postanowień SIWZ sprzyjają nieuczciwym praktykom w zakresie konkurencji. Z przepisu tego wynika jedynie zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który mógłby potencjalnie zagrozić uczciwej konkurencji, nie zaś zakaz sporządzenia opisu w taki sposób, iż istnieją na rynku produkty oferowane przez innych wykonawców niż podnoszący ten zarzut, które spełniają te wymagania, zaś produkty oferowane przez podnoszącego zarzut tych wymagań nie spełniają.

Skład orzekający wskazuje na wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r. (sygn. akt II Ca 587/05), w którym Sąd wyjaśnił, iż „Zakazane jest formułowanie warunków postępowania uniemożliwiających swobodny dostęp do udziału w postępowaniu w celu złożenia oferty. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby eliminować konkretnych wykonawców uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych”.

Dyskryminacja wykonawców może wynikać z użycia przy opisie przedmiotu zamówienia oznaczeń konkretnego producenta lub konkretnego produktu (dyskryminacja bezpośrednia) lub posługiwania się parametrami wskazującymi na konkretnego producenta lub konkretny produkt (dyskryminacja pośrednia). Jako formę dyskryminacji pośredniej przyjmuje się również ustalanie wymagań na tyle rygorystycznych, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia do jednego wykonawcy lub ogranicza krąg wykonawców do podmiotów mogących zaoferować urządzenia tylko jednego producenta.

Jednakże w odniesieniu do powyższego Izba pragnie wskazać, iż przedmiotem niniejszego postępowania jest kompletny system sieci teleinformatycznej, w zakres którego wchodzi dostawa, instalacja i konfiguracja urządzeń aktywnych i oprogramowania zarządzającego. System ten jest na tyle złożonym przedmiotem, zaś jego realizacja

i ostateczna konfiguracja zdeterminowana czynnikami wewnętrznymi (wewnętrzna kompatybilnością) jak również zewnętrznymi (jego kompatybilnością zewnętrzną), że determinuje to i wymusza konieczność wprowadzenia pewnych założeń, które w sposób naturalny ograniczają pełną dowolność i swobodę wykonawców w doborze urządzeń i stosowanych rozwiązań technologicznych. Ograniczenia te są wynikiem zarówno zależnych od Zamawiającego czynników, jak również czynników od niego niezależnych (konieczność integracji z systemami realizowanymi przez inne podmioty, wymuszonymi przez czynniki zewnętrzne założeniami projektowymi oraz wytycznymi międzynarodowych organizacji). Tym samym pozostawienie całkowitej swobody wykonawcom w możliwości konfiguracji i realizacji systemu byłoby ze względu na powyższe czynniki, zdaniem Izby, założeniem nieracjonalnym i niepożądanym.

Zdaniem Izby Odwołujący, a na nim w tym aspekcie ciąży obowiązek udowodnienia faktów, z których wywodzi skutki prawne, nie wykazał, iż sporządzony przez Zamawiającego opis przedmiotu wskazuje na jeden określony produkt i uniemożliwia wykonanie przedmiotu zamówienia w oparciu o urządzenia innych producentów, zarówno w konfiguracji mieszanej, jak również jednolitej. Tym samym brak jest podstaw do wskazania, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogło dojść do naruszenia zasady uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 7 ust. 1 i doprecyzowanej w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest więc na tyle rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia do jednego wykonawcy lub jednego produktu. Niewątpliwie najdalej posuniętą formą eliminacji innych wykonawców jest eliminacja wszystkich potencjalnych wykonawców, poza jednym lub wszystkich produktów poza jednym. Zdaniem Izby Odwołujący w toku postępowania odwoławczego nie wykazał w sposób bezsprzeczny i nie budzący wątpliwości, iż do takiej sytuacji doszło w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Sam fakt braku możliwości zrealizowania całego przedmiotu zamówienia przez poszczególnych wykonawców, jak również brak możliwości zaoferowania kompleksowego rozwiązania sprzętowego przez jednego wytwórcę nie wskazują, iż w przedmiotowym postępowaniu opis przedmiotu zamówienia został sporządzony w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Opis przedmiotu zamówienia nie musi być sporządzony w sposób umożliwiający jego realizację przez każdego zainteresowanego wykonawcę. Powyższe pozwala również na stwierdzenie, iż nawet wysokie wymagania dotyczącego przedmiotu zamówienia są dopuszczalne o ile są one uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego.

Specyfika sprzętu informatycznego i systemów informatycznych powoduje, iż istotny wpływ na opis ma jego przewidywane zastosowanie. A więc szczególnie preferowane w opisie przedmiotu zamówienia będą wymagania funkcjonalne, na które niewątpliwie wpływ mają również wartości graniczne poszczególnych parametrów systemu. Z takim sposobem sprecyzowania przedmiotu zamówienia mam do czynienia w niniejszym stanie faktycznym. Zamawiający wartości graniczne dla poszczególnych elementów systemu uzasadnił na etapie rozprawy własnymi prognozami, czym dowiódł, iż ich ustalenie na określonym poziomie nie było dziełem przypadku czy też, jak wskazuje Odwołujący, zamiarem uprzywilejowania określonego produktu. Zdaniem Izby przekonujące są wyjaśnienia Zamawiającego, z których wynika, iż dokonał on analizy otoczenia, w jakim system będzie pracował w przyszłości (od momentu jego zakończenia w lipcu 2012 r.) na dowód czego przedstawił dokumenty w postaci tabeli przyrostu wpisów BGP protokołu IPv4 według danych Internet Assigned Numbers Authority (IANA) oraz zestawienia założeń projektowych w zakresie wymagań funkcjonalnych sieci teleinformatycznej Stadionu Narodowego.

W oparciu o zgromadzony materiał dowodowy Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał, iż sporządzony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia wskazuje na określony produkt i uniemożliwia wykonanie przedmiotu zamówienia z zastosowaniem urządzeń innych producentów, zarówno w konfiguracji mieszanej lub jednolitej sprzętowo.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1 i § 5 ust. 4.

\* *niepotrzebne skreślić*