

WYROK
z dnia 27 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 20 i 25 maja 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 maja 2022 r. przez odwołującego Wingu Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Narodowy Bank Polski w Warszawie przy udziale wykonawcy IT Solution Factor Sp. z o.o. w Warszawie przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących naruszenia art. 16 pkt 1 p.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 z.n.k. oraz art. 99 ust. 5 i 6 p.z.p. poprzez nieprawidłowe ukształtowanie dokumentacji w przedmiocie: warunku udziału w postępowaniu z pkt 1 rozdziału 8 SWZ (lit. a), punktu 1.1.4 załącznika nr 5 do SWZ (lit. b), punktu 1.1.5 załącznika nr 5 do SWZ (lit. c), punktu 3.3.1 załącznika nr 5 do SWZ (lit. o), punktu 3.3.2 załącznika nr 5 do SWZ (lit. p), punktu 4.4.2 załącznika nr 5 do SWZ (lit. q), punktu 4.4.3 załącznika nr 5 do SWZ (lit. r) i § 8 ust. 12 załącznika nr 6 do SWZ (lit. u),

2. częściowo uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu modyfikację dokumentacji postępowania poprzez usunięcie: punktu 1.1.8 lit. a) tiretu 11 załącznika nr 5 do SWZ (lit. d), punktu 1.1.16 załącznika nr 5 do SWZ (lit. e), punktu 1.1.17 lit. g) załącznika nr 5 do SWZ (lit. f), punktu 1.1.26 załącznika nr 5 do SWZ (lit. i), punktu 1.1.27 załącznika nr 5 do SWZ (lit. j), punktu 1.1.23 załącznika nr 5 do SWZ (lit. k), punktu 1.1.29 lit. b) załącznika nr 5 do SWZ (lit. l), punktu 1.1.32 lit. c), g), h) załącznika nr 5 do SWZ (lit. m i n), punktu 3.3.3 załącznika nr 1 do umowy (lit. s) i wprowadzenie w tym zakresie innych kryteriów równoważności wraz ze wskazaniem obiektywnych i jasnych zasad ich weryfikacji, a także zmianę punktu 3.3.7 załącznika nr 1 do umowy (lit. t) poprzez precyzyjne wskazanie jakie polityki bezpieczeństwa będą podlegać konfiguracji lub migracji,
3. w pozostałym zakresie oddać odwołanie,
4. kosztami postępowania odwoławczego w części 11/12 obciąża zamawiającego Narodowy Bank Polski w Warszawie oraz w części 1/12 obciąża odwołującego Wingu Sp. z o. o. w Warszawie i:
 - 4.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego Wingu Sp. z o. o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 4.2. zasądza od zamawiającego Narodowego Banku Polskiego w Warszawie na rzecz odwołującego Wingu Sp. z o. o. w Warszawie kwotę 17 050,00 zł (siedemnaście tysięcy pięćdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze 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:

.....

U z a s a d n i e

wyroku z dnia 27 maja 2022 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1262/22

Zamawiający – Narodowy Bank Polski ul. Świętokrzyska 11/21, 00-919 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wymiana loadbalancerów sprzętowych w Data Center”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 27 kwietnia 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 082-220503, dalej zwane „postępowaniem”.

Postępowanie na dostawę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 9 maja 2022 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca Wingu Sp. z o. o. ul. Broniewskiego 3, 01-785 Warszawa (dalej zwany „odwołującym”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 i ust. 1 pkt 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. 1993 Nr 47, poz. 211, t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1913), dalej zwanej „ustawą ZNK”, poprzez opisanie szczegółowych warunków zamówienia w sposób, który zapewnia przewagę wykonawcy oferującemu rozwiązania wyłącznie jednego, konkretnego producenta, a tym samym naruszający uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców;
2. art. 16 pkt 2 oraz art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprzejrzysty, niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez użycia dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;
3. art. 16 pkt 3 ustawy Pzp poprzez opisanie szczegółowych warunków zamówienia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia;
4. art. 99 ust. 5 i ust. 6 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, przy wskazaniu, że takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”, przy jednoczesnym określeniu warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności w sposób, który znacznie utrudnia lub uniemożliwia wykonawcom oferującym produkty równoważne udział w Postępowaniu.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji dokumentacji postępowania poprzez:

- a) zmianę warunku udziału w postępowaniu wskazanego w rozdziale 8, pkt 1 SWZ w ten sposób, że zamawiający dopuści do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy wykażą należyte wykonanie, w ciągu ostatnich 3-ch lat, licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, co najmniej 2-ch zamówień / umów obejmujących dostawę urządzeń sieciowych takich jak: loadbalancerów, deszyfratorów ruchu SSL/TLS, firewalli, IPS-ów itp. wraz z ich instalacją i wdrożeniem a wartość każdego zamówienia w zakresie dostawy tych urządzeń wraz z ich instalacją i wdrożeniem wynosiła co najmniej 500 000 pln brutto,
- b) zmianę załącznika nr 5 do SWZ, pkt 1 poprzez usunięcie podpunktu 1.4,
- c) zmianę załącznika nr 5 do SWZ, pkt 1 poprzez zmianę brzmienia podpunktu 1.5 na "System musi posiadać funkcje przywiązywania sesji (Session persistence) przy wykorzystaniu co najmniej następujących atrybutów: Cookie (wstawione przez load-balancer lub ustawione na poziomie serwera aplikacyjnego)",
- d) zmianę załącznika nr 5 do SWZ, pkt 1 poprzez usunięcie podpunktu 1.8,
- e) zmianę załącznika nr 5 do SWZ pkt 1, poprzez usunięcie podpunkt 1.16,
- f) zmianę załącznika nr 5 do SWZ pkt 1, poprzez usunięcie podpunkt 1.17 lit. g) lub dopisanie jako dopuszczalnego rozwiązania polegającego na przełączeniu się na węzeł pracujący na innej wersji oprogramowania,
- g) zmianę załącznika nr 5 do SWZ, pkt 1 poprzez usunięcie podpunktu 1.18 lit. a),
- h) zmianę załącznika nr 5 do SWZ pkt 1 podpunkt 1.19 poprzez zmianę jego treści na: "Dostarczone rozwiązanie musi posiadać funkcję definiowania i edycji szablonów konfiguracji aplikacji. Szablony powinny służyć do optymalizacji procesu wdrażania systemu zarówno dla znanych aplikacji biznesowych, jak i własnych aplikacji klienta.",
- i) zmianę załącznika nr 5 do SWZ pkt 1, poprzez usunięcie podpunkt 1.26,
- j) zmianę załącznika nr 5 do SWZ pkt 1, podpunkt 1.27 w ten sposób, że zamawiający dopuści rozwiązanie, w którym klaster wysokiej dostępności musi zapewniać kopiowanie informacji o sesji SSL i stanu sesji TCP pomiędzy urządzeniami lub obsługę session tickets,
- k) zmianę załącznika nr 5 do SWZ pkt 1, podpunkt 1.23 w ten sposób, że zamawiający dopuści rozwiązanie, wspierające minimum 500 partycji administracyjnych oraz 500 jednoczesnych domen routingu,
- l) zmianę załącznika nr 5 do SWZ punkt 1 podpunkt 1.29 w ten sposób, że wykrycie awarii urządzeń w klastrze odbywać się musi przy użyciu, co najmniej następujących metod: a) Weryfikacja stanu pracy urządzenia poprzez analizę aktywności w sieci (Network failover) b) Weryfikacji stanu pracy urządzenia poprzez interfejs szeregowy lub interfejs sieciowy,

- m) zmianę załącznika nr 5 do SWZ pkt. 1 podpunkt 1.32 lit. g) poprzez dopuszczenie rozwiązania zakładającego wydajność kompresji 7 Gbps,
- n) zmianę załącznika nr 5 do SWZ pkt 1 podpunkt 1.32 lit. h) na „Ochrona DDoS: 18 milionów SYN cookies na sekundę”,
- o) zmianę załącznika nr 5 do SWZ pkt 3, podpunkt 3.1 poprzez nakazanie zamawiającemu przedłużenia terminu do 14 dni oraz o uzupełnienie SWZ o informacje dotyczące dokładnych kryteriów „właściwego współdziałania” ze środowiskiem zamawiającego oraz o precyzyjne wskazanie wszelkich niezbędnych informacji o posiadanym przez zamawiającego środowisku sprzętowo-programowym, które pozwolą wykonawcom na ustosunkowanie się do tego wymagania, na potrzeby badania spełniania warunków równoważności,
- p) zmianę załącznika nr 5 do SWZ pkt 3, podpunkt 3.2 poprzez jego uzupełnienie o podanie dokładnych kryteriów „właściwego współdziałania” ze środowiskiem zamawiającego oraz o precyzyjne wskazanie wszelkich niezbędnych informacji o posiadanym przez zamawiającego środowisku sprzętowo-programowym, które pozwolą wykonawcom na ustosunkowanie się do tego wymagania,
- q) zmianę załącznika nr 5 do SWZ pkt 4, podpunkt 4.2 poprzez jego usunięcie albo uzupełnienia treści SWZ przez podanie wszelkich istotnych informacji o posiadanym przez zamawiającego oprogramowaniu, którego wykorzystanie w stosunku do będących przedmiotem zamówienia load-balancerów, zamawiający planował,
- r) zmianę załącznika nr 5 do SWZ pkt 4, poprzez usunięcie podpunkt 4.3,
- s) zmianę załącznika nr 1 do umowy poprzez usunięcie punkt 3, podpunkt 3.1,
- t) zmianę załącznika nr 1 do umowy punkt 3, podpunkt 3.7 poprzez precyzyjne wskazanie, jakie polityki bezpieczeństwa mają podlegać konfiguracji lub migracji, albo poprzez usunięcie tego podpunktu,
- u) zmianę §8 ust. 12 załącznika nr 6 do SWZ, poprzez dodanie po dotychczasowej jego treści, następującego postanowienia: „Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności z tytułu korzystania przez Zamawiającego ani inne osoby z ww. utworów, w zakresie w jakim dokonano ich adaptacji lub wprowadzono inne zmiany”.

Następnie, pismem procesowym z dnia 23 maja 2022 r. odwołujący zmodyfikował niektóre żądania odwołania, tj. wniesiono o nakazanie zamawiającemu zmiany załącznika nr 5 do SWZ, poprzez:

- a) wykreślenie tiretu 11 z pkt 1 podpunkt 1.8 lit. a), czyli fragmentu: „Użycie CPU urządzenia”, ewentualnie obok wykreślenia ww. fragmentu wskazanie kolejnego wymogu dla dostarczanego systemu, a mianowicie: „Wymagana jest możliwość automatycznego pominięcia kompresji w przypadku kiedy obciążenie CPU loadbalancera przekracza zadaną wartość”,

- b) wykreślenie pkt 1 podpunkt 1.16, alternatywnie o zmianę na: „System musi umożliwiać weryfikację działającego na urządzeniu firmware, czy nie uległ on modyfikacji (TPM Chain of Custody) lub udostępniać inny analogiczny mechanizm pozwalający na automatyczną weryfikację podpisu cyfrowego firmware urządzenia przed każdorazowym jego uruchomieniem”,
- c) wykreślenie pkt 1 podpunkt 1.17 lit. g) „wsparcia dla przynajmniej 2 wersji oprogramowania (multi-boot)”, ewentualnie, obok wykreślenia ww. fragmentu wskazanie kolejnego wymogu dla dostarczanego systemu, a mianowicie: alternatywa nr 1 - dopuszczenie rozwiązania, które pozwala na możliwie szybkie odtworzenie poprzedniej wersji oprogramowania w przypadku nieudanej aktualizacji (wymagana jest możliwość przechowywania na dysku urządzenia kopii poprzedniego firmware, tak żeby uniknąć konieczności wgrywania go na urządzenie), alternatywa nr 2 - dopuszczenie rozwiązania opartego o wirtualny loadbalancer uruchomiony na dedykowanej platformie sprzętowej i wirtualizacyjnej pochodzącej od tego samego producenta co loadbalancer i wykorzystanie mechanizmów wbudowanych w tą platformę do odtworzenia poprzedniej wersji urządzenia wirtualnego,
- d) wykreślenie z punktu 1 podpunkt 1.19 fragmentu: „zabezpieczenie ich przed modyfikacją i usunięciem” oraz precyzyjne określenie, że dopuszczalne jest dostarczenie funkcjonalności szablonów nie bezpośrednio na loadbalancerze, ale na dedykowanym dla niego zewnętrznym systemie zarządzania, pochodzącym od tego samego co loadbalancer producenta, uruchamianego w formie maszyny wirtualnej,
- e) wykreślenie punktu 1 podpunkt 1.26 ewentualnie, obok wykreślenia ww. fragmentu wskazanie kolejnego wymogu dla dostarczanego systemu, a mianowicie: dopuszczenie rozwiązania opartego o wirtualny loadbalancer uruchomiony na dedykowanej platformie sprzętowej i wirtualizacyjnej pochodzącej od tego samego producenta co loadbalancer. Taki dodatkowy wirtualny load-balancer może być wykorzystany albo do zbudowania bardziej niezawodnej architektury, albo do testowania procesu aktualizacji firmware w celu uniknięcia ryzyka awarii,
- f) zmianę punktu 1 podpunkt 1.27 i dopuszczenie następującego rozwiązania: Klaster wysokiej dostępności musi zapewniać kopiowanie stanu sesji TCP pomiędzy urządzeniami, alternatywnie pozostawienie: Klaster wysokiej dostępności musi zapewniać kopiowanie informacji o sesji SSL i stanu sesji TCP pomiędzy urządzeniami, aby uniknąć ponownej negocjacji po przełączeniu ruchu, ale dopisanie np.: „W przypadku kiedy klaster nie wspiera kopiowania informacji o sesji SSL wymagane jest dostarczenie urządzeń o co najmniej 2x większej wydajności opisanej w punkcie 1.32 f „Sprzętowy offload SSL: 35 tys. transakcji na sekundę”, czyli wymaganie wzrosło do „70 tys. transakcji SSL na sekundę”,

- g) zmianę punktu 1 podpunkt 1.23 poprzez wskazanie, iż rozwiązanie musi oferować stworzenie minimum 500 partycji administracyjnych oraz 500 jednoczesnych domen routingu, ewentualnie: alternatywa nr 1 - doprecyzowanie, że zapis dotyczy całego systemu a nie pojedynczego urządzenia, alternatywa nr 2 - dopuszczenie rozwiązania opartego o wirtualne loadbalancery uruchomione na dedykowanej platformie sprzętowej i wirtualizacyjnej pochodzącej od tego samego producenta co loadbalancer co pozwoli na stworzenie 1000 jednoczesnych partycji na przykład po 500 na dwóch osobnych urządzeniach wirtualnych,
- h) wykreślenie z punktu 1 podpunkt 1.29 lit. b), tj. „weryfikacji stanu pracy urządzenia poprzez interfejs szeregowy (serial failover),
- i) wykreślenie z punktu 1 podpunkt 1.32 lit. c), tj. „zapytań http w przełożeniu na sesje L4 na sekundę: 12 milionów” jak również słowa „sprzętowa” z podpunktu g) i h),
- j) zmianę punktu 1 podpunkt 1.32 lit. g), poprzez dopuszczenie rozwiązania zakładającego wydajność kompresji 7 Gbps,
- k) zmianę punktu 1 podpunkt 1.32 lit. h), poprzez nadanie mu treści: „Ochorna DDoS: 18 milionów SYN Cookie na sekundę.”
- l) usunięcie punkt 3 podpunkt 3.1;
Odwołujący wskazał też, iż żądanie z lit. g) odwołania - usunięcie podpunktu 1.18 lit. a) załącznika nr 5 do SWZ, znalazło się tam przez pomyłkę.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. Przedmiotem umowy jest m.in.: dostarczenie przez wykonawcę urządzeń z zainstalowanym w nich oprogramowaniem (pkt. 2.2.) oraz wykonanie usług instalacyjno-wdrożeniowych (pkt. 2.3.). W załączniku nr 4 do SWZ - uszczegółowienie formularza ofertowego, zawarto spis zamawianych produktów informatycznych posługując się znakami towarowymi. Umieszczono tam urządzenia oraz oprogramowanie jednego producenta, koncernu 5F. Jednocześnie, w pkt. 5.1 SWZ wskazano, że wszędzie tam, gdzie przedmiot zamówienia jest opisany poprzez wskazanie znaków towarowych, zamawiający dopuszcza zastosowanie przez wykonawcę rozwiązań równoważnych w stosunku do opisanych, pod warunkiem, że będą one posiadały, co najmniej takie same lub lepsze parametry techniczne i funkcjonalne - wskazane w załączniku nr 5 do SWZ - i nie obniżą określonych w SWZ standardów. Jednakże pomimo formalnego dopuszczenia rozwiązań równoważnych, zamawiający wprowadził do SWZ szereg postanowień, które utrudniają sporządzenie oferty zawierającej produkty inne niż produkty F5. Ponadto, warunki udziału w postępowaniu zostały skonstruowane w taki sposób, że wykonawcy mogący oferować produkty równoważne, mogą w ogóle nie być dopuszczeni do złożenia oferty lub też zmuszeniu do zmiany sposobu realizacji zamówienia na etapie wykonania umowy do sposobu opartego o rozwiązania F5. Takie działanie stanowi istotne naruszenie prawa zamówień publicznych, opisane niżej.

I Naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – art. 16 pkt 1 p.z.p. w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 3 z.n.k. oraz naruszenie art. 99 ust. 5 i 6 p.z.p.

Prowadząc postępowanie ws. udzielenia zamówienia publicznego, zamawiający jest, w myśl art. 16 pkt 1 p.z.p., zobowiązany do czynienia tego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Utrwalone orzecznictwo sądów oraz stanowisko doktryny wskazują, iż zasada ta powinna być interpretowana w odniesieniu do przepisów ustawy ZNK (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 01.04.2004 r., sygn. akt V Ca 1661/03). Naruszeniem tej zasady i zarazem czynem nieuczciwej konkurencji jest więc takie działanie zamawiającego, które prowadzi do utrudniania niektórym wykonawcom dostępu do rynku, w szczególności przez rzeczowo nieuzasadnione zróżnicowane traktowanie niektórych wykonawców. Ustanowione warunki udziału w postępowaniu muszą spełniać tzw. test proporcjonalności, którego przeprowadzenie ma wykazać, że podejmowane działania są niezbędne i adekwatne do wybranego celu. 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 (wyrok KIO z dnia 27.10.2021 r., sygn. akt KIO 2751/21).

W rozdziale 8, pkt 1 SWZ zamawiający postawił warunek spełnienia udziału w postępowaniu, aby wykonawca wykazał, że „wykonał należycie w okresie ostatnich 3 lat licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 2 (dwa) zamówienia (umowy) obejmujące dostawę urządzeń sieciowych (load balancerów, deszyfratorów ruchu SSL/TLS, firewalli, IPS-ów itp.) wraz z ich instalacją i wdrożeniem w środowisku informatycznym F5 Networks”. Zatem zamawiający pozwala na oferowanie rozwiązań równoważnych do wskazanych w SWZ produktów oferowanych przez koncern F5, ale do składania ofert dopuszcza wyłącznie wykonawców pracujących wcześniej na rozwiązaniach F5, a nie na rozwiązaniach do nich równoważnych. Zaskarżony warunek automatycznie wyklucza z udziału w postępowaniu tych wykonawców, którzy wcześniej wykonali analogiczne zamówienia w oparciu o dopuszczone w SWZ równoważne rozwiązania, a zamawiający,

de facto dopuszcza wyłącznie wykonawców oferujących produkty F5, dlatego odwołujący wnosi o zmianę treści SWZ w sposób wskazany w odwołaniu.

Odwołujący wskazał dalej, że o tym, iż zamawiający jedynie pozornie dopuszcza składanie ofert na rozwiązania równoważne do produkowanych przez F5, świadczą postanowienia załącznika nr 5 do SWZ „Oświadczenie Wykonawcy dotyczące zaoferowanych rozwiązań równoważnych - wzór”. W tym dokumencie zamawiający, określając wymogi równoważności rozwiązań alternatywnych do rozwiązań opisanych w załączniku nr 4 do SWZ, posługuje się wprost specyfikacjami produktów F5. Świadczy o tym powielenie nazewnictwa używanego jedynie przez tego producenta, a także powielanie niepraktycznych, anachronicznych lub charakteryzujących się niską wydajnością rozwiązań, stosowanych wyłącznie w opisanych w załączniku nr 4 do SWZ produktach. Zabieg ten utrudnia lub uniemożliwia złożenie oferty na produkty znacznie lepiej nadające się do wykonania przedmiotu zamówienia, ale stworzone przez innych producentów.

W punkcie 1, podpunkt 1.14 załącznika nr 5 do SWZ, 1.4. wymieniono algorytmy, w oparciu o które system musi mieć możliwość balansowania ruchu. Nazwy algorytmów wymienione przez zamawiającego są nazwami własnymi stosowanymi wyłącznie w opisach zawartych w dokumentacji produktów F5, nie stosowanymi przez inne firmy. Są to również rozwiązania specyficzne dla F5 (mechanizmy observer oraz predictive, mechanizmy dynamiczne ważone). Metody te nie stanowią rozwiązań wydajnych, ani nowatorskich. Większość producentów unika ich, ponieważ wszystkie te dynamiczne algorytmy są stosunkowo najbardziej obciążające dla zasobów urządzenia. Nie ma więc żadnego uzasadnienia dla wymagania przez SWZ ich stosowania. Najlepszą praktyką, właściwą dla przedmiotu zamówienia w postępowaniu, jest wykorzystywanie tych algorytmów, które są efektywniejsze. W typowym środowisku enterprise dają one w pełni zadowalające efekty. Odwołujący wnosi więc o nakazanie zamawiającemu usunięcia tego postanowienia.

W punkcie 1, podpunkt 1.15 załącznika nr 5 do SWZ przewidziano wymóg wprowadzenia mechanizmu dowiązania sesji (session persistence), charakterystyczny dla produktów F5 i opisany nazwami własnymi stosowanymi wyłącznie w opisach zawartych w dokumentacji produktów F5. Ponieważ jest to rozwiązanie stosowane przez jednego tylko producenta, nie wyróżniające się innowacyjnością Jego umieszczenie w SWZ stanowi przejaw nieuzasadnionego potrzebami zamawiającego i niezgodnego z przepisami ustawy Pzp ograniczenia konkurencji poprzez uniemożliwienie oferowania innych, równie lub bardziej skutecznych rozwiązań innych producentów. Odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu zmiany treści zaskarżonego postanowienia na "System musi posiadać funkcje przywiązywania sesji (session persistence) przy wykorzystaniu co najmniej następujących atrybutów: Cookie (wstawione przez load-balancer lub ustawione na poziomie serwera aplikacyjnego)".

W punkcie 1, podpunkt 1.16 załącznik nr 5 do SWZ stanowi, że system musi umożliwiać weryfikację działającego na urządzeniu firmware, czy nie uległ on modyfikacji (TPM Chain of Custody). To również jest niepopularne rozwiązanie stosowane w praktyce jedynie przez F5. Nie posiada ono zarazem waloru innowacyjności ani innego, który mógłby uzasadniać jego wymaganie przez zamawiającego. W efekcie, jedyną funkcją zaskarżonego zapisu jest ograniczenie konkurencji poprzez wyeliminowanie wykonawców współpracujących z innymi niż F5 firmami, zatem odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu usunięcia tego wymogu.

W punkcie 1, podpunkt 1.18 lit. a) załącznika nr 5 do SWZ przewidziano wymóg, aby system wspierał content switching w oparciu m.in. o „Użycie CPU urządzenia”. Jest to kolejne, specyficzne dla F5 rozwiązanie, którego wprowadzenie nie jest uzasadnione przedmiotem zamówienia, więc odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu usunięcia tego postanowienia.

W punkcie 1, podpunkt 1.8 lit. b) załącznika nr 5 do SWZ zamawiający wymaga, aby system wspierał content switching w oparciu o protokoły w przychodzących pakietach. Termin „content switching” zwyczajowo oznacza kierowanie ruchu http do różnych docelowych serwerów zależnie od zawartości nagłówka/pakietu http. Nie dotyczy on ruchu dla innych protokołów. Opisane przez zamawiającego rozwiązanie jest wewnętrznie sprzeczne i przez to niemożliwe do spełnienia przez wykonawców chcących zaoferować rozwiązania równoważne. Prowadzi to do bezprawnego ograniczenia konkurencji, dlatego też odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu usunięcia tego postanowienia.

W punkcie 1, podpunkt 1.9 załącznika nr 5 do SWZ przewidziano, że system musi posiadać funkcję definiowania i edycji szablonów konfiguracji aplikacji. Szablony powinny służyć do optymalizacji procesu wdrażania systemu zarówno dla znanych aplikacji biznesowych, jak i własnych aplikacji klienta. W ramach opisanych szablonów musi istnieć możliwość automatycznej kontroli poszczególnych elementów konfiguracji szablonu i zabezpieczenie ich przed modyfikacją i usunięciem. Zabezpieczenie szablonów przed modyfikacją i usunięciem również, jak w wielu opisanych wyżej przypadkach, rozwiązaniem specyficznym dla produktów F5, który wymusza implementację mechanizmów szablonów bezpośrednio na urządzeniach podczas gdy zdecydowanie bardziej nowoczesnym i skalowalnym rozwiązaniem jest wykorzystanie do tego celu zewnętrznego rozwiązania, bądź dedykowanego pochodzącego od producenta urządzeń lub też pochodzącego od innego dostawcy. Chcąc opisać warunki równoważności, gwarantujące prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, zamawiający powinien dopuścić również rozwiązanie w którym funkcjonalność definiowania i edycji szablonów konfiguracji aplikacji realizowana będzie na zewnętrznym systemie zarządzania, który zostanie dostarczony razem z urządzeniami. Biorąc pod uwagę to, że infrastruktura zamawiającego składać się będzie

z 4 urządzeń, implementacja szablonów na zewnętrznym systemie zarządzania będzie mieć tę przewagę, że łatwiej o utrzymanie jej zgodności pomiędzy wszystkimi urządzeniami. Implementacja szablonów na urządzeniu jest rozwiązaniem mało skalowalnym i trudniejszym w utrzymaniu przy bardziej rozbudowanej infrastrukturze.

W tej sytuacji, odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu zmiany załącznika nr 5 do SWZ pkt 1 podpunkt 1.19 poprzez zmianę jego treści na: "Dostarczone rozwiązanie musi posiadać funkcję definiowania i edycji szablonów konfiguracji aplikacji. Szablony powinny służyć do optymalizacji procesu wdrażania systemu zarówno dla znanych aplikacji biznesowych, jak i własnych aplikacji klienta."

W punkcie 1, podpunkt 1.29 załącznika nr 5 do SWZ, zamawiający wymaga, aby wykrycie awarii urządzeń w klastrze odbywać się musi przy użyciu, co najmniej następujących metod: a) weryfikacji stanu pracy urządzenia poprzez analizę aktywności w sieci (network failover) b) weryfikacji stanu pracy urządzenia poprzez interfejs szeregowy (serial failover). Wymaganie weryfikacji poprzez interfejs szeregowy jest rozwiązaniem stosowanym przez producenta F5. Wykrycie awarii urządzenia w klastrze może być wykonywane poprzez interfejs sieciowy. Jest to metoda z powodzeniem stosowana w rozwiązaniach innych niż F5 producentów i w pełni wystarczająca dla prawidłowego wykonania przedmiotowego zamówienia. Wymóg stosowania interfejsu szeregowego stanowi więc nieuzasadnione potrzebami zamawiającego ograniczenie konkurencji na rzecz wykonawców oferujących rozwiązania F5. Odwołujący domaga się zmiany treści SWZ w ten sposób, żeby zamawiający dopuścił, jako drugą wymaganą metodę weryfikacji, weryfikację stanu pracy urządzenia poprzez interfejs szeregowy lub interfejs sieciowy.

Zamawiający w punkcie 1, podpunkt 1.26 załącznika nr 5 do SWZ dopuścił się naruszenia wymagając, aby w ramach klastra istniała możliwość jednoczesnego wykorzystania różnych modeli urządzeń sprzętowych oraz maszyn wirtualnych. Podobnie jak w przypadku wyżej opisanych wymogów co do sposobu weryfikacji uszkodzeń klastra, jest to rozwiązanie stosowane przez jednego producenta - F5. Rozbudowa klastra może być z powodzeniem wykonywana przy użyciu jedynie tego samego modelu urządzenia, co jest rozwiązaniem powszechnie dostępnym na rynku i którego dopuszczenie zapewni możliwość udziału wielu wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Dlatego też, odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu usunięcia tego zapisu z SWZ.

W punkcie 1, podpunkt 1.27 załącznika nr 5 do SWZ zamawiający wymaga, aby klaster wysokiej dostępności zapewniał kopiowanie informacji o sesji SSL i stanu sesji TCP pomiędzy urządzeniami, aby uniknąć ponownej negocjacji po przełączeniu ruchu. Ponownie, zamawiający wpisał do wymagań rozwiązanie stosowane jedynie w produktach F5. Kopiowanie informacji o stanie sesji SSL jest funkcjonalnością bardzo kosztowną jeśli chodzi o obciążenie urządzeń, a przez to niepopularną. Wiodący dostawcy urządzeń typu LB,

stosują nowe implementacje SSL/TLS wyposażone w mechanizmy odnawiania sesji takie jak session tickets, które pozwalają uniknąć ponownej negocjacji po przełączeniu. Wymaganie to nie jest proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a służy wyłącznie ograniczeniu konkurencji poprzez pośrednie wyeliminowanie rozwiązań innych, niż wyraźnie preferowane przez zamawiającego oparcie się wyłącznie na produktach firmy 5F. Odwołujący domaga się zatem, by zamawiający zmienił zaskarżone postanowienie punktu 1, podpunkt 1.27 w ten sposób, że dopuści rozwiązanie, w którym klaster wysokiej dostępności musi zapewniać kopiowanie informacji o sesji SSL i stanu sesji TCP pomiędzy urządzeniami lub obsługę session tickets.

W punkcie 1, podpunkt 1.17 lit. g) załącznika nr 5 do SWZ zamawiający żąda zapewnienia wsparcia dla przynajmniej 2 wersji oprogramowania (multi-boot). Jest to kolejny przykład rozwiązania niepraktycznego i niestosowanego powszechnie na rynku, a za to charakterystycznego dla produktów F5. Taka funkcjonalność wymusza większą pojemność dysku, a jej realne zastosowanie ma sens jedynie w przypadku wdrożenia pojedynczych urządzeń. W przypadku wdrożenia klastra, analogiczny efekt można uzyskać poprzez przełączenie się na węzeł pracujący na innej wersji oprogramowania. Jest to praktyka powszechnie stosowana wśród producentów i powinna być uznana jako równoważna do rozwiązań firmy F5. Dlatego, odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu usunięcia tego wymogu lub dopuszczenia alternatywnie rozwiązania polegającego na przełączeniu się na węzeł pracujący na innej wersji oprogramowania.

W punkcie 3, podpunkt 3.2 załącznika nr 5 do SWZ zamawiający stawia wymaganie, że „Wykonawca w obecności Zamawiającego wykaże spełnienie warunków równoważności w przeciągu 7 dni kalendarzowych od daty zakończenia instalacji”. Jednocześnie, Zamawiający nie wyjaśnia, co rozumie poprzez kryterium „właściwego współdziałania” ze środowiskiem zamawiającego ani nie wskazuje, jakiego rodzaju zakłócenia w funkcjonowaniu pracy środowiska sprzętowo-programowego mogłyby przesądzić o niewykazaniu równoważności. Nie podaje również niezbędnych informacji o posiadanym przez zamawiającego środowisku sprzętowo-programowym. Taki zapis może uczynić niemożliwym próbę wykazania równoważności do rozwiązań F5 wykonawcom, którzy swoje oferty sporządzą w oparciu o produkty innych producentów, co w sposób oczywisty ogranicza konkurencję i stanowi przejaw nierównego traktowania wykonawców. Dodatkowo, w trakcie testów spełnienia równoważności, może się okazać konieczne przeprowadzenie testów wydajnościowych. Termin 7 dni będzie w takim wypadku niewystarczający, a na przeprowadzenie wszystkich koniecznych testów potrzeba będzie co najmniej 14 dni. Dlatego też, odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu przedłużenia terminu do 14 dni oraz o uzupełnienie SWZ o informacje dotyczące dokładnych kryteriów „właściwego współdziałania” ze środowiskiem zamawiającego oraz o precyzyjne wskazanie wszelkich

niezbędnych informacji o posiadanym przez zamawiającego środowisku sprzętowo-programowym, które pozwolą wykonawcom na ustosunkowanie się do tego wymagania.

W punkcie 3, podpunkt 3.5 załącznika nr 5 do SWZ zamawiający przewidział, że instalacja projektu równoważnego w siedzibie zamawiającego nastąpi w terminie 5 dni od daty wezwania do wykonania instalacji, przy czym jeżeli potrzeby oferowanego produktu równoważnego będą wymagały stosowania dodatkowych licencji lub innych technologii niż oprogramowanie posiadane przez zamawiającego, wykonawca na potrzeby badania spełniania warunków równoważności zaoferowanego rozwiązania równoważnego dostarczy na własny koszt niezbędną infrastrukturę sprzętową wraz ze wszystkimi licencjami wymaganymi w celu prawidłowego funkcjonowania oferowanego produktu równoważnego.

Zamawiający nie podaje niezbędnych informacji o posiadanym środowisku sprzętowo-programowym. Taki zapis może uczynić niemożliwym próbę wykazania równoważności do rozwiązań F5 wykonawcom, którzy swoje oferty sporządzą w oparciu o produkty innych producentów, co w sposób oczywisty ogranicza konkurencję i stanowi przejaw nierównego traktowania wykonawców. Dodatkowo, w podobnie jak w przypadku testów przewidzianych w pkt 3.2 termin 5 dni będzie w takim wypadku niewystarczający, ponieważ na przeprowadzenie wszystkich koniecznych testów potrzeba będzie co najmniej 14 dni. Dlatego też, Odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu przedłużenia terminu do 14 dni oraz o uzupełnienie SWZ o informacje dotyczące dokładnych kryteriów „właściwego współdziałania” ze środowiskiem zamawiającego oraz o precyzyjne wskazanie wszelkich niezbędnych informacji o posiadanym przez zamawiającego środowisku sprzętowo-programowym i przedłużenie terminu do 14 dni.

W punkcie 4, podpunkt 4.2 załącznika nr 5 do SWZ zamawiający wymaga, żeby w przypadku, gdy potrzeby oferowanego produktu równoważnego będą przekraczały wymagania środowiska opartego na oprogramowaniu posiadanym przez zamawiającego, lub w jakikolwiek sposób będą wymagały stosowania dodatkowych licencji lub innych technologii niż posiadane przez zamawiającego oprogramowanie, wykonawca dostarczył na własny koszt (uwzględniony w cenie oferty) niezbędną infrastrukturę sprzętową wraz ze wszystkimi licencjami wymaganymi w celu prawidłowego wdrożenia i dalszego funkcjonowania oferowanego projektu równoważnego. Jest to kolejny, niejasny i utrudniający zaoferowanie rozwiązania równoważnego do produktów firmy F5 wymóg. Bez podania wszelkich istotnych informacji o posiadanym przez zamawiającego oprogramowaniu, którego wykorzystanie w stosunku do będących przedmiotem zamówienia load-balancerów, żaden oferent, który planuje złożenie oferty na system równoważny, nie będzie w stanie ustosunkować się do powyższego zapisu. W ten sposób zamawiający istotnie utrudnia mu złożenie oferty. Dlatego też odwołujący domaga się usunięcia tego wymagania albo uzupełnienia treści SWZ przez

podanie wszelkich istotnych informacji o oprogramowaniu, którego wykorzystanie w stosunku do będących przedmiotem zamówienia load-balancerów, zamawiający planował.

W punkcie 3, podpunkt 3.1 załącznika Nr 1 do umowy, zamawiający zobowiązuje wykonawców do „Integracji loadbalancerów z systemami zarządzania Zamawiającego BIG-IQ”. BIG-IQ to system dedykowany do zarządzania load-balancerami F5 Networks i według wiedzy odwołującego nie współpracuje on z load-balancerami innych producentów. Tym samym, wymóg integracji z BIG-IQ wyklucza *de facto* możliwość udziału w postępowaniu wykonawców, którzy zamierzają złożyć ofertę na system równoważny do F5. Dlatego też, odwołujący domaga się usunięcia tego postanowienia z załącznika nr 1 do umowy.

II Naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty i obowiązku opisywania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

W punkcie 3, podpunkt 3.1 załącznika nr 5 do SWZ mowa jest o instalacji „projektu równoważnego w siedzibie zamawiającego w terminie 5 dni od daty wezwania do wykonania instalacji, przy czym jeżeli potrzeby oferowanego produktu równoważnego będą wymagały stosowania dodatkowych licencji lub innych technologii niż oprogramowanie posiadane przez zamawiającego, wykonawca na potrzeby badania spełnienia warunków równoważności zaoferowanego rozwiązania równoważnego dostarczy na własny koszt niezbędną infrastrukturę sprzętową wraz ze wszystkimi licencjami wymaganymi w celu prawidłowego funkcjonowania oferowanego produktu równoważnego”. Tymczasem SWZ nie zawiera informacji odnośnie posiadanego przez zamawiającego oprogramowania, którego wykorzystanie było przez zamawiającego planowane na potrzeby badania spełnienia warunków równoważności. Aby warunki zamówienia spełniały wymogi art. 16 pkt 1 oraz art. 99 ust. 1 p.z.p., koniecznym jest aby SWZ zawierała pełną informację o posiadanym przez zamawiającego oprogramowaniu, którego wykorzystanie było przez zamawiającego planowane na potrzeby badania spełnienia warunków równoważności. Dlatego też, odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu uzupełnienia SWZ w tym zakresie.

Jak wyżej wskazano, punkt 3, podpunkt 3.2 załącznika nr 5 do SWZ przewiduje zobowiązanie wykonawcy oferującego rozwiązanie równoważne do wykazania spełnienia warunków równoważności w przeciągu 7 dni kalendarzowych od daty zakończenia instalacji”. Abstrahując od tego, że termin 7 dni jest niewystarczający, zamawiający nie wyjaśnia, jakimi kryteriami będzie się kierował w ocenie „właściwego współdziałania”, ani jakiego rodzaju zakłócenia w funkcjonowaniu pracy środowiska sprzętowo-programowego miałyby świadczyć o niespełnieniu wymogu równoważności. Ponadto, nie podaje informacji, które pozwoliłyby wykonawcy właściwie ocenić obecne warunki zastanego środowiska sprzętowo-programowego, co z kolei uniemożliwia przygotowanie oferty spełniającej

nieokreślone wymagania zamawiającego. W tym zakresie, SWZ wymaga uzupełnienia, o którego nakazanie wnosi odwołujący.

W punkcie 4, podpunkt 4.2 załącznika nr 5 do SWZ przewidziano, że jeżeli „potrzeby oferowanego produktu równoważnego będą przekraczały wymagania środowiska opartego na oprogramowaniu posiadany przez zamawiającego, lub w jakikolwiek sposób będą wymagały stosowania dodatkowych licencji lub innych technologii niż posiadane przez zamawiającego oprogramowanie, wykonawca dostarczy na własny koszt (uwzględniony w cenie oferty) niezbędną infrastrukturę sprzętową wraz ze wszystkimi licencjami wymaganymi w celu prawidłowego wdrożenia i dalszego funkcjonowania oferowanego projektu równoważnego”. Zamawiający, po raz kolejny, żąda od wykonawców oferujących rozwiązania równoważne do produktów F5, aby dopasowali swoją ofertę do jego obecnych systemów, bez podania żadnych informacji o tym, jakie jest w nich zainstalowane. Dlatego, podobnie jak w innych pozycjach SWZ, w których zamawiający zastosował to rozwiązanie, odwołujący wnosi o nakazanie uzupełnienia SWZ o podanie wszelkich istotnych informacji o posiadanym oprogramowaniu.

W punkcie 3, podpunkt 3.7 załącznika nr 1 do umowy, zamawiający zamieścił wymóg, aby wykonawca przeprowadził „Konfigurację polityk bezpieczeństwa na Urządzeniach zgodnie z wymaganiami Zamawiającego (migracja polityk z urządzeń obecnych urządzeń)”. Jest to zobowiązanie bardzo nieprecyzyjne. Brak bowiem informacji, jakie polityki bezpieczeństwa zamawiający ma na myśli w tym punkcie. W specyfikacji produktu F5 nie zostały wymienione licencje dotyczące funkcjonalności bezpieczeństwa (Firewall lub WAF). Wynika z tego, że żadne funkcjonalności z obszaru bezpieczeństwa, nawet jeśli były realizowane na istniejących urządzeniach Brocade, nie powinny być przedmiotem wdrożenia na mocy umowy zawartej w wyniku prowadzenia niniejszego postępowania. Zatem odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu uzupełnienie SWZ o precyzyjne wskazanie, jakie polityki bezpieczeństwa mają podlegać konfiguracji lub migracji albo do usunięcia tego wymogu z załącznika nr 1 do umowy.

III Naruszenie zasady proporcjonalności warunków zamówienia do przedmiotu zamówienia – art. 16 pkt 3 p.z.p.

W wyroku z dnia 9 sierpnia 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2068/21, podkreślono, że zamawiający zobowiązany jest do określenia warunków udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. W szczególności, osiąga to wyrażając te warunki jako minimalne poziomy zdolności. Postawione wymogi nie mogą być jednak nadmierne, nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, ograniczać uczciwej konkurencji, czy wykraczać poza cel weryfikacji podmiotowej. Każdy warunek udziału w postępowaniu musi również zostać merytorycznie uzasadniony i znajdować usprawiedliwienie w specyfice

przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem mówić o potencjale do wykonania zamówienia w sposób hipotetyczny, bez powiązania go z konkretnym świadczeniem, które ma zostać zrealizowane w ramach wykonania danej umowy, tak by możliwa była rzeczywista weryfikacja zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia, o które się ubiega.

Zawarte w warunkach zamówienia minimalne wymagania są więc dopuszczalne w granicach zachowania zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i proporcjonalności warunku do jego celu - co wynika z konieczności zachowania zasad naczelných określonych w art. 16 pkt 1 i 3 p.z.p., przy braku ograniczenia możliwości złożenia oferty wykonawcom, którzy są w stanie należycie wykonać zamówienie. Tymczasem, zamawiający zawarł w SWZ wymagania niewspółmiernie wysokie do celów zawarcia umowy z wyłonionym w postępowaniu wykonawcą.

W punkcie 1, podpunkt 1.23 załącznika nr 5 do SWZ zawarto wymóg, aby rozwiązanie równoważne oferowało stworzenie minimum 1000 partycji administracyjnych oraz 1000 jednoczesnych domen routingu. Jest to wymóg nadmierny, gdyż dla sprawnego działania load balancerów sprzętowych w Data Center zamawiającego, wystarczającym parametrem minimum 500 partycji administracyjnych oraz 500 jednoczesnych domen routingu. Wprowadzenie bardziej rygorystycznych wymogów w tym zakresie nie służy poprawie jakości przedmiotu zamówienia, a jedynie stanowi utrudnienie w złożeniu korzystnej oferty na rozwiązanie równoważne, mające na celu ograniczenie konkurencji. Dlatego odwołujący wnosi o zmianę SWZ poprzez obniżenie minimalnych wymaganych parametrów do 500 partycji administracyjnych oraz 500 jednoczesnych domen routingu.

W punkcie 4, podpunkt 4.3 załącznika nr 5 do SWZ zapisano, że jeśli na etapie wykonywania umowy, w przypadku, gdy zaoferowane przez wykonawcę produkty równoważne nie będą właściwie współdziałać ze sprzętem i oprogramowaniem funkcjonującym u zamawiającego lub spowoduje zakłócenia w funkcjonowaniu pracy środowiska sprzętowo-programowego u zamawiającego, wykonawca pokryje wszystkie koszty związane z przywróceniem i sprawnym działaniem infrastruktury sprzętowo-programowej zamawiającego oraz na własny koszt dokona niezbędnych modyfikacji przywracających właściwe działanie środowiska sprzętowo-programowego zamawiającego również po odinstalowaniu produktów równoważnych. Zobowiązanie to jest nadmiernie uciążliwe dla wykonawcy i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Abstrahując od tego, że zamawiający nie opisał w sposób jasny i jednoznaczny parametrów prawidłowego funkcjonowania, to SWZ przewiduje sprawdzenie wdrażanego rozwiązania pod kątem potencjalnych niezgodności ze środowiskiem sprzętowo – programowym zamawiającego. Przy zmianie i uzupełnieniu zapisów dotyczących tej weryfikacji, zgodnie z żądaniem odwołującego, ryzyko wystąpienia na etapie wykonania umowy takich konfliktów praktycznie nie występuje. Obecny zapis jest nieproporcjonalny do rzeczywistego ryzyka dla

zamawiającego, w przypadku zawarcia umowy z wykonawcą oferujący rozwiązania równoważne. Jednocześnie, przy braku precyzyjnych informacji i określenia kryteriów oceny prawidłowości działania infrastruktury zamawiającego, wykonawca mógłby w sposób arbitralny zostać przymuszony do zmiany wdrażanego rozwiązania równoważnego na rozwiązanie oparte na produktach F5. Odwołujący wnosi więc o nakazanie zamawiającemu usunięcia zaskarżonych zapisów z SWZ.

W punkcie 1.32 lit. g) załącznika nr 5 do SWZ zamawiający oczekuje rozwiązania zapewniającego kompresja sprzętową na poziomie 20 Gbps. Wymaganie to jest niewspółmiernie wysokie biorąc pod uwagę pozostałe parametry określone przez zamawiającego. Zakładana przepustowość dla ruchu L7 (lit. e) wynosi bowiem min. 35 Gbps. W związku z faktem, że obecnie znaczna większość ruchu http/https - wg dostępnych analiz ok. 80% - obejmuje treści, które nie poddają się kompresji (np. multimedia), więc jedynie niewielka pozostała część ruchu będzie potencjalnie skompresowana. Wobec powyższego, minimalna wydajność kompresji 20 Gbps wydaje się być niewspółmiernie wysoka. Wystarczającą wartością jest tu 7 Gbps i odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu zmiany parametru z 20 Gbps na 7 Gbps.

Załącznik nr 5 do SWZ w pkt 1.32 lit. h) stanowi, że zapewniona ma być ochrona sprzętowa DDoS: 50 milionów SYN cookies na sekundę. Jest to stanowczo zbyt wysoki, nieuzasadniony charakterem przedmiotu zamówienia parametr w odniesieniu do wymagań przepustowości I7. W rzeczywistym ruchu, powszechnie stosowanym standardem jest 50% ruchu. Ponadto, zamawiający postawił wymóg, aby zapewniona była „ochrona sprzętowa”. Nie jest to określenie jednoznaczne i trudno ustalić, jaka jest rzeczywista treść wymagania stawianego przez zamawiającego, co stanowi naruszenie art. 16 pkt 2 i art. 99 ust. 1 p.z.p. Odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu zmiany zapisu na „Ochrona DDoS: 18 milionów SYN cookies na sekundę”.

W § 8 ust. 12 załącznika nr 6 do SWZ, w projektowanych postanowieniach umowy, zamawiający żąda, aby wykonawca wyraził bezwarunkową „zgodę na adaptację, wprowadzanie innych zmian w opracowanych przez wykonawcę w ramach realizacji umowy utworach dotyczących projektu technicznego, raportu z przeprowadzonych testów i dokumentacji powdrożeniowej oraz na rozporządzenie i korzystanie przez zamawiającego z powstałych opracowań”. Wymienione w tym zapisie utwory dokumentują sposób realizacji zamówienia przez wykonawcę. Wprowadzenie w nich, bez udziału lub wiedzy wykonawcy zmian przez podmioty trzecie, w tym zamawiającego, mogłoby spowodować, że użytkownicy wykonanych w ramach realizacji zamówienia systemów posługiwaliby się nimi w sposób niezgodny z przewidzianym przez wykonawcę. W przypadku wynikłego stąd niewłaściwego działania tych systemów lub innych nieprawidłowości, wykonawca nie może być uznany za odpowiedzialnego za nie. Odwołujący wnosi o nakazanie dopisania w SWZ postanowienia:

„Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności z tytułu korzystania przez Zamawiającego ani inne osoby z ww. utworów, w zakresie w jakim dokonano ich adaptacji lub wprowadzono inne zmiany”.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający uwzględni odwołanie w zakresie punktów: a), o) i u), zaś wnosi o oddalenie odwołania co do punktów: b) – n) i p), q), r), zgodnie ze szczegółowym uzasadnieniem wskazanym w jego piśmie procesowym. Zamawiający dodał też, że w odniesieniu do punktów p), q), r) nie uwzględnił odwołania, jednak dokonano modyfikacji SWZ i w tym celu przesłano ogłoszenie o zmianie ogłoszenia, zaś jego publikacja nastąpi zgodnie z wymaganiami ustawy p.z.p.

Wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 2 i 3 p.z.p. skład orzekający dopuścił do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę wykonawcy IT Solution Factor Sp. z o. o. ul. Popularna 4/6, 02 - 473 Warszawa, który zgłosił przystąpienie po stronie odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, dodatkowymi stanowiskami procesowymi stron, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 p.z.p.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 1 i 4 z *petitum* odwołania w przedmiocie żądań modyfikacji dokumentacji postępowania zawartych w literach: a) warunek udziału w postępowaniu z pkt 1 rozdziału 8 SWZ, b) punkt 1.1.4 załącznika nr 5 do SWZ, c) punkt 1.1.5 załącznika nr 5 do SWZ, o) punkt 3.3.1 załącznika nr 5 do SWZ, p) punkt 3.3.2 załącznika nr 5 do SWZ, q) punkt 4.4.2 załącznika nr 5 do SWZ, r) punkt 4.4.3 załącznika nr 5 do SWZ oraz u) § 8 ust. 12 załącznika nr 6 do SWZ. Co do ww. liter a), o) i u) odwołanie zostało przez zamawiającego uwzględnione, co powoduje umorzenie postępowania zgodnie z dyspozycją art. 522 ust. 4 p.z.p. W pozostałym zakresie mamy zaś do czynienia z modyfikacją

dokumentacji postępowania, zatem w ustalonym stanie rzeczy wydanie merytorycznego rozstrzygnięcia o treści SWZ, którą ulega zmianie stało się zbędne, co wyczerpuje przesłanki art. 568 pkt 2 p.z.p.

Natomiast w przedmiocie pozostałych zarzutów Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że określając wymogi równoważności rozwiązań alternatywnych do rozwiązań opisanych w załączniku nr 4 do SWZ, wprost posłużono się specyfikacjami produktów producenta F5, co utrudnia lub uniemożliwia złożenie oferty na produkty znacznie lepiej nadające się do wykonania przedmiotu zamówienia, ale stworzone przez innych producentów. Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył art. 16 pkt 1 p.z.p. w zw. z art. 15 ust. 1 i ust. 1 pkt 3 z.n.k. poprzez opisanie szczegółowych warunków zamówienia w sposób, który zapewnia przewagę wykonawcy oferującemu rozwiązania wyłącznie jednego, konkretnego producenta, a tym samym naruszający uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców (zarzut nr 1) oraz naruszenie art. 99 ust. 5 i 6 p.z.p. poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, przy wskazaniu, że takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”, przy jednoczesnym określeniu warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności w sposób, który znacznie utrudnia lub uniemożliwia wykonawcom oferującym produkty równoważne udział w postępowaniu (zarzut nr 4) w stosunku do następujących punktów załącznika nr 5 do SWZ: 1.1.8 lit. a), 1.1.16, 1.1.17 lit. g), 1.1.19, 1.1.26, 1.1.27, 1.1.29 lit. b), i punktu 3.3.3 załącznika nr 1 do umowy. Zarzucono także naruszenie art. 16 pkt 2 i art. 99 ust. 1 p.z.p. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprzejrzysty, niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez użycia dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty co do punktu 3.3.7 załącznika nr 1 do umowy (zarzut nr 2), jak również naruszenie art. 16 pkt 3 p.z.p. poprzez opisanie szczegółowych warunków zamówienia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia w zakresie punktów 1.1.23, 1.1.32 lit. c), g), h) załącznika nr 5 do SWZ (zarzut nr 3).

Skład orzekający – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SWZ, mając na względzie zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu, uwzględniając odpowiedź na odwołanie i dodatkowe pisemne stanowiska procesowe stron, a także oświadczenia złożone w toku rozprawy – stwierdził, że

sformułowane przez odwołującego zarzuty częściowo znajdują potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części, co skutkowało nakazaniem zamawiającemu dokonania zmiany dokumentacji postępowania zgodnie z punktem 2 tenoru sentencji wyroku. Izba nie podzieliła natomiast stanowiska odwołującego dotyczącego konieczności usunięcia punktu 1.1.19 z załącznika nr 5 do SWZ (lit. h).

Krótko zaznaczyć wypada, że Krajowa Izba Odwoławcza nie jest związana kwalifikacją naruszenia prawa dokonaną przez odwołującego, a jest uprawniona do dokonania subsumpcji okoliczności faktycznych wskazanych w obwołaniu w ramach tych norm prawnych, które powinny zostać zastosowane. Skład orzekający stwierdził, że w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 99 ust. 4 w zw. z art. 99 ust. 5 i 6 w zw. z art. 16 pkt 1 p.z.p. poprzez ukształtowanie zaskarżonej treści dokumentacji postępowania w postaci kryteriów równoważności wskazanych w punktach 1.1.16 (lit. e), lit. g) pkt 1.1.17 (lit. f), 11 tiret lit. a) pkt 1.1.8 (lit. d), 1.1.26 (lit. i), 1.1.27 (lit. j), 1.1.29 (lit. l) załącznika nr 5 do SWZ i w punkcie 3.3.3 załącznika nr 1 do umowy (lit. s), w sposób prowadzący do uprzywilejowania producenta F5, a tym samym eliminujący innych wykonawców, co w konsekwencji doprowadziło do przygotowania postępowania w sposób naruszający zasadę zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W ramach uwag natury ogólnej Izba wskazuje, że określenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia należy do zamawiającego, który jest gospodarzem postępowania i przyszłym odbiorcą przedmiotu zamówienia, jest on zatem uprawniony do skonstruowania przedmiotu umowy stosownie do własnych potrzeb, które powinny być obiektywne i uzasadnione, a zarazem niedyskryminujące. Zamawiający ma prawo tak ukształtować dokumentację postępowania, aby uwzględniła jego wymagania i zapewniła uzyskanie oczekiwanego efektu gwarantującego zaspokojenie określonych celów. Niemniej, jeżeli zamawiający decyduje się na przeprowadzenie postępowania w trybie konkurencyjnym, jakim jest przetarg nieograniczony, to musi na rynku istnieć co najmniej dwóch wykonawców/producentów, którzy spełnią wymagania SWZ i są zdolni do złożenia oferty w przetargu. W przeciwnym razie zastosowanie trybu konkurencyjnego byłoby fikcyjne i mielibyśmy do czynienia z zamówieniem z wolnej ręki. Zatem o ile uzasadnione potrzeby zamawiającego mogą być obiektywną barierą, która nie pozwoli na złożenie ofert przez wszystkich wykonawców działających na danym rynku, to takie sformułowanie przedmiotu zamówienia (w tym kryteriów równoważności), które ogranicza konkurencję do jednego wykonawcy, będącego producentem rozwiązania wzorcowego, nie może zostać uznane za prawidłowe, kiedy zamawiający wybiera tryb przetargu nieograniczonego. Ten bowiem wybór

potwierdza założenie zamawiającego, że musi istnieć więcej niż jeden wykonawca, który będzie w stanie złożyć ofertę w postępowaniu.

Jeżeli zamawiający nie jest w stanie wskazać chociażby jednego wykonawcy, oprócz producenta urządzeń z rozwiązania podstawowego, który spełniłby wskazane w SWZ kryteria równoważności, to wprost wpisuje się to w naruszenie art. 99 ust. 4 p.z.p. Norma ta jest jedną z głównych zasad związanych z procesem formułowania przedmiotu zamówienia, zakazującą opisywania go w sposób który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez scharakteryzowanie produktów dostarczanych przez konkretnego wykonawcę, jeżeli prowadzi to do uprzywilejowania niektórych wykonawców lub produktów, jak miało miejsce w rozpoznawanym sporze. Co istotne, w omawianej normie ustawodawca posłużył się sformułowaniem „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”. Powyższe powoduje, że na odwołującym ciąży jedynie obowiązek uprawdopodobnienia, że opis przedmiotu zamówienia może utrudniać uczciwą konkurencję, zaś ciężar dowiedzenia, że do takiego utrudnienia – pomimo prawdopodobieństwa jego wystąpienia – nie doszło lub nie może dojść zostaje przerzucony na zamawiającego. Uprawdopodobnienie jest środkiem zastępczym dowodu wskazującym na wiarygodność (prawdopodobieństwo) twierdzenia o danym fakcie. W piśmiennictwie uprawdopodobnienie określane jest jako ułatwione postępowanie dowodowe zmierzające do uwiarygodnienia twierdzeń, środek zastępczy dowodu niedający pewności, lecz przymiot wiarygodności. Nie wymaga się zatem pełnego udowodnienia utrudnienia uczciwej konkurencji, a za wystarczające należy uznać wykazanie realnego prawdopodobieństwa takiego utrudnienia. Jest to zwłaszcza aktualne w świetle okoliczności, iż możliwość utrudnienia konkurencji często opiera się na okolicznościach negatywnych (brak możliwości złożenia oferty przez inne podmioty). Prawdopodobieństwo naruszenia prawa stało się rzeczywiste, kiedy zamawiający nie był w stanie wskazać ani jednego dostawcy, oprócz F5, który mógłby złożyć ofertę w przetargu. Podano nazwy różnych producentów co do poszczególnych wymagań z załącznika nr 5 do SWZ, ale nie podano ani jednego podmiotu, który spełniłby je wszystkie, czyli mógłby obok F5 faktycznie przystąpić do przetargu.

Zamawiający podnosił brak możliwości zweryfikowania tej okoliczności, z powodów obiektywnych, w tym ze względu na dynamikę zmian na rynku, postęp technologiczny. Izba uznała to stanowisko za pozbawione przymiotu wiarygodności. Po pierwsze, zgodnie z art. 83 p.z.p. zamawiający jest zobligowany do dokonania analizy potrzeb, gdzie wybiera się tryb udzielenia zamówienia i skoro zamawiający doszedł do wniosku, że powinien to być przetarg nieograniczony, to musiał zweryfikować poprzez rozeznanie rynku czy nie udzielić zamówienia w innym trybie (odstąpienie od rzeczonyj analizy może zostać uzasadnione jedynie wyborem negocjacji bez ogłoszenia lub trybem z wolnej ręki, co mając na uwadze art. 83 ust. 4 p.z.p. nie ma zastosowania w sprawie). Po drugie, zgodnie z przedstawionym

przez odwołującego raportem Gartnera wraz z tłumaczeniem, na rynku jest tylko kilku dominujących producentów, co wymaga sprawdzenia jedynie niewielkiej ilości dostępnych produktów, w tym są to producenci, na których rozwiązania powoływał się sam zamawiający wskazując na poszczególne funkcje load balancerów (np. producenci Citrix, Radware, A10). Zatem zamawiający nie tylko przed wszczęciem postępowania musiał przeprowadzić rozeznanie rynku, które skutkowało uznaniem, że jest co najmniej dwóch wykonawców zdolnych zrealizować zamówienie, skoro nie wybrano trybu niekonkurencyjnego, jak i sam dokonywał analizy rynku chociażby w postępowaniu odwoławczym na co wskazuje powołanie się na rozwiązania różnych producentów co do poszczególnych punktów z załącznika nr 5 do SWZ, czyli analiza rynku jest obiektywnie możliwa do wykonania i dokonano tego chociażby formułując odpowiedź na odwołanie.

W związku z tym, że zamawiający nie wykazał już pierwszego elementu ukształtowania dokumentacji postępowania w sposób zapewniający możliwość przeprowadzenia postępowania konkurencyjnego – możliwości złożenia oferty w przetargu przez jakiegokolwiek innego wykonawcę niż F5, to tym samym wszelkie dalej idące zarzuty, tj. dotyczące poszczególnych cech technicznych load balancerów, stały się niejako *a priori* uzasadnione, ponieważ w przypadku każdego z tych zarzutów elementem kluczowym będzie brak sprostania przez zamawiającego ciężarowi wykazania, że opis zamówienia pozwala na złożenie oferty nie tylko producenta F5. Bezprzedmiotowym jest szczegółowe opisywanie poszczególnych zarzutów i techniczna nad nimi deliberacja, skoro w obecnym stanie rzeczy i tak konieczne jest usunięcie spornej treści oraz zastąpienie jej przez zamawiającego brzmieniem, które nie będzie ograniczało konkurencji i spełniało wymogi ustawy p.z.p.

Wymagania utrudniające uczciwą konkurencję, o których mowa powyżej, powodujące uprzywilejowanie producenta F5 zawarto w następujących objętych zakresem rozpoznania punktach załącznika nr 5 do SWZ: 1.1.16 (lit. e), lit. g) pkt 1.1.17 (lit. f), 11 tiret lit. a) pkt 1.1.8 (lit. d), 1.1.26 (lit. i), 1.1.27 (lit. j), 1.1.29 (lit. l), i w punkcie 3.3.3 załącznika nr 1 do umowy (lit. s). Skład orzekający zauważył dalej, iż argumentacja odwołującego, że wyżej wskazane wymogi zostały postawione w odpowiedzi na jego uzasadnione potrzeby, również dotyczące właściwego zabezpieczenia infrastruktury krytycznej, nie spowodują, że ofertę w przetargu będzie w stanie złożyć jakikolwiek inny wykonawca niż F5, a przynajmniej nic takiego nie udowodniono. Stanowisko jednostki zamawiającej zdaje się bardziej wpisywać w próbę uzasadnienia trybu niekonkurencyjnego, niż udowodnienia, że ustanowione kryteria równoważności nie mają charakteru pozornego, zatem nie mogły spowodować oddalenia odwołania w tym zakresie.

Oprócz powyższego, jedynie dodatkowo w zakresie punktu 1.1.16 Izba wskazuje, że nawet gdyby udowodniono, że podane w odpowiedzi na odwołanie przez zamawiającego stanowisko organizacji OWSAP zaleca wykorzystanie modułu TPM, to odwołujący wskazał

na inną praktykę rynkową – rekomendacje NSA, które zalecają weryfikację integralności plików systemu operacyjnego zainstalowanych i działających na urządzeniach poprzez porównanie kryptograficznego skrótu pliku ze znanym dobrym skrótem opublikowanym przez producenta. Zamawiający pozostawił zaś swoje stanowisko o preferowaniu wskazanych dobrych praktyk jako wybrane ze względu na jego najlepszą wiedzę i wieloletnie doświadczenie, zatem krótko należy zauważyć, że granicą uzasadnionych preferencji w trybie konkurencyjnym są normy prawa nakazujące poszanowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Trudno uznać za dokonanie obiektywnie prawidłowego wyboru danej praktyki rynku, jeżeli w konsekwencji powoduje to preferowanie urządzeń jednego producenta. Jak również, pomimo wskazania, że podane w SWZ rozwiązanie jest powszechnie stosowane, czego nie udowodniono, nie wykazano też, aby wykonawca, który obecnie z niego nie korzysta, był w stanie do czasu złożenia oferty dostosować swoje urządzenia, korzystające obecnie z innego mechanizmu, co powoduje, że argument o powszechnym stosowaniu nic w zasadzie do sporu nie wnosi.

Ponadto, Izba pominęła wnioski zamawiającego o przeprowadzenie dowodu z dokumentów stanowiących załączniki nr 13, 14 i 15 do odpowiedzi na odwołanie. Umknęło uwadze strony, że art. 506 ust. 1 p.z.p. wprowadza zasadę prowadzenia postępowania odwoławczego w języku polskim, zgodnie zaś z art. 506 ust. 2 p.z.p. 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. Dowody przedłożone przez zamawiającego, które zostały złożone bez tłumaczenia na język polski, są więc wadliwe formalnie i nie tylko nie ma możliwości oparcia na takim materiale procesowym ustaleń Izby, ale ich wada powoduje, że zostały one przez skład orzekający pominięte. Podobnie w zakresie dowodu dotyczącego wspieranie mechanizmu TPM przez dostawcę Adventech, abstrahując już od tego, że nie wykazano, aby ten dostawca był w stanie złożyć ofertę w przetargu.

Dodatkowo w zakresie lit. g) z punktu 1.1.17 skład orzekający zauważył, że wobec wady formalnej, polegającej na braku tłumaczenia, Izba pominęła dowód z dokumentu stanowiący załącznik nr 16 do odwołania. Zamawiający nie udowodnił, że w spornym punkcie SWZ wskazano rozwiązanie stosowane przez innych producentów niż Fortinet, w tym Fortinet, którego miał dotyczyć nieprzetłumaczony dowód. Pomijając już, że nie udowodniono, żeby Fortinet spełniał pozostałe wymagania SWZ, by móc złożyć ofertę w postępowaniu. Dowód ten nie skutkowałby zatem zasadniczą zmianą ustalonego stanu faktycznego nawet w przypadku jego prawidłowego złożenia. Tożsamo, co do 11 tiretu lit. a) z pkt 1.1.8 skład orzekający pominął załącznik nr 12 do odwołania (dokumentacja Citrix), ponieważ – tak jak inne dokumenty – został on przedstawiony bez tłumaczenia na język polski, nadto nie wykazano, żeby Citrix był w stanie złożyć ofertę na podstawie obecnego

kształtu SWZ. Podobnie – z powodu niespełnienia wymogów art. 506 ust. 2 p.z.p., Izba pominęła wniosek o przeprowadzenie dowodu z dokumentu stanowiącego załącznik nr 18 do odpowiedzi na odwołanie dotyczącego punktu 1.1.27. Dalej, uzupełniająco należy zaznaczyć, że zamawiający nie wykazał, że producenci Radware i A10 są w stanie spełnić wymóg z punktu 1.1.26, a także przystąpić do postępowania, zaś stanowisko o przyszłej rozbudowie środowiska, w tym o licencji na maszyny wirtualne, pozostawiono jako gołosłowne i dość ogólne zapewnienie strony. W przedmiocie lit. b) punktu 1.1.29 wskazano na powszechność stosowania tego rozwiązania przez np. Cisco Systems, czego nie udowodniono, nie wydaje się też, aby Cisco, mając na uwadze charakterystykę produktów tego podmiotu, było w stanie przystąpić do tego przetargu, niczego takiego także nie próbowano wykazać. Zaś co do punktu 3.3.3 załącznika nr 1 do umowy dotyczącego „Integracji loadbalancerów z systemami zarządzania Zamawiającego BIG-IQ”, błędnie określonego przez odwołującego jako punkt 3.3.1, to wskazany w odpowiedzi na odwołanie screen ekranu nie dowodzi możliwości złożenia oferty przez inne podmioty niż F5, czemu też przeczy wyciąg z dokumentacji F5 wskazany na str. 18 stanowiska procesowego odwołującego z dnia 23.05.2022 r. Natomiast podana przez zamawiającego w linku na str. 9 jego dodatkowego stanowiska procesowego dokumentacja nie spełnia wymagań art. 506 ust. 2 p.z.p., więc została przez Izbę pominięta, zresztą doprecyzowanie SWZ dokonane w piśmie procesowym z dnia 25.05.2022 r. nie stanowi części wiążącej dokumentacji postępowania, a jedynie mogłoby potwierdzić konieczność uzupełnienia wymogów przetargu.

W przedmiocie punktów 1.1.23 (lit. k) i lit. c), g), h) punktu 1.1.32 (lit. m i lit. n) załącznika nr 5 do SWZ, zaskarżonych w ramach zarzutu nr 3 z *petitum* odwołania, Izba wskazuje jak niżej.

W punkcie 1.1.23 załącznika nr 5 do SWZ zamawiający wymagał, aby rozwiązanie równoważne wspierało 1000 partycji administracyjnych oraz 1000 jednoczesnych domen routingu. Odwołujący żądał zmiany wymogu poprzez zmniejszenie do 500 partycji i 500 domen, ponieważ wprowadzenie bardziej rygorystycznych wymogów nie służy poprawie jakości przedmiotu zamówienia, a stanowi jedynie utrudnienie w złożeniu oferty na rozwiązanie równoważne, w jego opinii mając na celu ograniczenie konkurencji. W dodatkowym stanowisku procesowym podniesiono także, iż producent Citrix wspiera 512 domen/partycji, zaś SWZ można doprecyzować poprzez wskazanie, że zapis dotyczy całego systemu, a nie pojedynczego urządzenia (czyli 500 domen/partycji na pierwszym klastrze, oraz 500 domen/partycji na drugim klastrze), albo można dopuścić rozwiązanie oparte o wirtualne load balancery uruchomione na dedykowanej platformie sprzętowej i wirtualizacyjnej pochodzącej od tego samego producenta (każdy wirtualny load balancer

może obsłużyć 500 domen/partycji, czyli 2 wirtualne load balancery uruchomione na jednym klastrze obsłużą 1000 domen/partycji).

Zamawiający zaś podnosił, że domen administracyjnych i routingu powinno być trzy razy tyle co aplikacji (obsługa środowiska produkcyjnego, preprodukcyjnego oraz testowego), stąd wskazaną w SWZ liczbę 200 VIP-ów należy pomnożyć przez trzy, co daje 600 domen i 600 partycji. Stanowisko to przekonało Izbę, że wymóg 1000 domen i 1000 partycji nie posiada uzasadnienia i jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, zatem zarzut podlegał uwzględnieniu z powodu naruszenia art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 3 p.z.p. Zaś twierdzenia, że w trakcie trwania umowy środowisko zamawiającego się powiększy, dlatego zamawiający podtrzymał liczbę 1000 jako adekwatną, nie zostało przez stronę powołującą się na tę okoliczność w żaden sposób udowodnione. Nie wskazano też nawet przybliżonych danych dotyczących przyszłego, planowanego zwiększenia środowiska, które miałyby potwierdzać wskazaną obecnie w pkt 1.1.23 załącznika nr 5 do SWZ liczbę. Takie ogólne zapewnienia zamawiającego nie były więc nawet weryfikowalne, zatem nie mogły też zostać przez Izbę uznane za obiektywnie uzasadnione.

W przedmiocie punktu 1.1.32 załącznika nr 5 do SWZ wymagano: lit. c) zapytań http w przełożeniu na sesje L4 na sekundę 12 milionów, lit. g) kompresji sprzętowej 20 Gps, lit. h) ochrony sprzętowej DDoS 50 milionów SYN cookies na sekundę.

Odwołujący podnosił, że postawione wymagania są niewspółmiernie wysokie, jak również w zakresie lit. c) argumentowano, że wymóg jest specyficzny dla F5 i brak go u konkurencji (Citrix i Radware), zamawiający natomiast nie wykazał, aby wymóg nie ograniczał konkurencji, czy aby posiadał obiektywne uzasadnienie w przedmiocie zamówienia. Co do lit. g) podnoszono, że obniżenie wymagania kompresji sprzętowej spowoduje, że do postępowania będzie mógł przystąpić Radware (6.8 Gps) i Citrix (8.5 Gps), zaś zamawiający nie wykazał, aby obecne wymagania nie wykluczały tych producentów z przetargu. Zatem skład orzekający stwierdził, że w powyższym zakresie doszło do naruszenia art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1 p.z.p., co skutkowało uwzględnieniem omawianych zarzutów. W przedmiocie lit. g) zamawiający na str. 9 stanowiska procesowego z dnia 25.05.2022 r. przyznał, że może zaakceptować rozwiązanie oferujące 26 miliony SYS cookies na sekundę, więc Izba nie miała podstaw do stwierdzenia, że obecny wymóg jest na prawidłowym poziomie – co powoduje potwierdzenie naruszenia art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 3 p.z.p.

Ponadto, nakazując zamawiającemu dokonanie modyfikacji dokumentacji postępowania poprzez usunięcie: punktu 1.1.8 lit. a) tiretu 11 załącznika nr 5 do SWZ (lit. d), punktu 1.1.16 załącznika nr 5 do SWZ (lit. e), punktu 1.1.17 lit. g) załącznika nr 5 do SWZ (lit. f), punktu 1.1.26 załącznika nr 5 do SWZ (lit. i), punktu 1.1.27 załącznika nr 5 do SWZ (lit. j), punktu 1.1.23 załącznika nr 5 do SWZ (lit. k), punktu 1.1.29 lit. b) załącznika nr 5 do SWZ (lit. l), punktu 1.1.32 lit. c), g), h) załącznika nr 5 do SWZ (lit. m i lit. n), punktu

3.3.3 załącznika nr 1 do umowy (lit. s) i wprowadzenie w tym zakresie innych kryteriów równoważności wraz ze wskazaniem obiektywnych i jasnych zasad ich weryfikacji, Izba uwzględniła wytyczne wskazane w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 czerwca 2021 r., sygn. akt: XXIII Zs 35/21, który formując w sentencji nakaz zmiany dokumentacji postępowania trafnie zauważył, że nie należy w sposób nadmierny ingerować w sferę uprawnień gospodarza postępowania najlepiej znającego swoje potrzeby i optymalny sposób ich zaspokojenia. Jak również odwołujący nie wykazał, aby żądania zmiany SWZ w sposób przez niego wskazany były uzasadnione, czy nie były właściwe tylko dla producenta Citrix, co powodowałoby znowu uprzywilejowanie jego urządzeń. Zamawiający wielokrotnie podnosił też, że proponowana modyfikacja SWZ nie zabezpieczy w sposób właściwy jego infrastruktury krytycznej, albo że postulowane zmiany nie uwzględniają jego uzasadnionych potrzeb.

W zakresie punktu 3.3.7 załącznika nr 1 do umowy (lit. t), którego obecne ukształtowanie zdaniem odwołującego narusza art. 16 pkt 2 i art. 99 ust. 1 p.z.p. (zarzut nr 2 z *petitum* odwołania), Izba wskazuje co następuje.

Zamawiający jest zobowiązany do ukształtowania opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 99 ust. 1 p.z.p., który stanowi, że przedmiot zamówienia opisuje się sposobem jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zatem to na zamawiającym spoczywa ciężar sformułowania przedmiotu zamówienia w sposób określony przez ustawodawcę, tak aby możliwe było jednoznaczne zidentyfikowanie z jakich elementów składa się zamówienie oraz co będzie kluczowe i niezbędne do jego prawidłowej realizacji. Treść dokumentacji postępowania winna więc być podstawą do umożliwienia wykonawcy pełnego i rzetelnego oszacowania zakresu zamówienia, a tym samym złożenia oferty zapewniającej właściwe wykonanie przedmiotu umowy.

W punkcie 3.3.7. załącznika nr 1 do umowy, zamawiający zamieścił wymóg, aby wykonawca przeprowadził „Konfigurację polityk bezpieczeństwa na Urządzeniach zgodnie z wymaganiami Zamawiającego (migracja polityk z urządzeń obecnych urządzeń)”, co w ocenie odwołującego jest wymaganiem bardzo nieprecyzyjnym. W dokumentacji brak jest informacji, jakie polityki bezpieczeństwa zamawiający ma na myśli, więc SWZ powinna zostać uzupełniona o informacje jakie polityki bezpieczeństwa będą podlegać konfiguracji lub migracji.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wyjaśnił czym jest polityka bezpieczeństwa na urządzenia typu load balancer (kombinacja protokołu, algorytmu szyfrowania w protokole negocjacji kluczy oraz list ACL w warstwie L4 i L7), a także, że zamawiający wymaga, aby polityki dla 200 VIP-ów, która to liczba została wskazana w SWZ, zostały przeniesione na

nowe rozwiązanie. Zaznaczono również, że wymaganie nie ma związku z sieciowymi systemami firewall czy WAF.

Zamawiający nie podjął nawet próby, aby na podstawie obecnej treści dokumentacji postępowania wykazać, że treść punktu 3.3.7 załącznika nr 1 do umowy wypełnia wytyczne art. 99 ust. 1 p.z.p., tj. zamawiający nie podjął się wykazania, że jego SWZ ma charakter jednoznaczny i wyczerpujący, udzielając raczej „wyjaśnień treści SWZ” w odpowiedzi na odwołanie (która nie stanowi części wiążącej dokumentacji przetargu), a nie podejmując się dowodzenia, że dopełniono obowiązku prawidłowego ukształtowania warunków przetargu, poprzez opisanie obowiązku konfiguracji lub migracji polityk bezpieczeństwa w sposób precyzyjny, z podaniem wykonawcom wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty. Skoro więc nie podjęto próby obrony aktualnej treści SWZ, która też nie precyzuje wymogu dotyczącego konfiguracji/migracji polityki bezpieczeństwa, skład orzekający uwzględnił zarzutu i nakazał jednostce zamawiającej uzupełnienie dokumentacji postępowania zgodnie z żądaniem odwołującego.

W przedmiocie punktu 1.1.19 załącznika nr 5 do SWZ (lit. h), któremu zarzucono naruszenie art. 16 pkt 1 p.z.p. w zw. z art. 15 ust. 1 i ust. 1 pkt 3 z.n.k. oraz art. 99 ust. 5 i 6 p.z.p., skład orzekający stwierdził jak niżej.

Zgodnie z punktem 1.1.19 załącznika nr 5 do SWZ „System musi posiadać funkcję definiowania i edycji szablonów konfiguracji aplikacji. Szablony powinny służyć do optymalizacji procesu wdrażania systemu zarówno dla znanych aplikacji biznesowych, jak i własnych aplikacji klienta. W ramach opisanych szablonów musi istnieć możliwość automatycznej kontroli poszczególnych elementów konfiguracji szablonu i zabezpieczenie ich przed modyfikacją i usunięciem”.

Odwołujący wniósł o zmianę tej treści na: "Dostarczone rozwiązanie musi posiadać funkcję definiowania i edycji szablonów konfiguracji aplikacji. Szablony powinny służyć do optymalizacji procesu wdrażania systemu zarówno dla znanych aplikacji biznesowych, jak i własnych aplikacji klienta.", argumentując, że wskazano rozwiązanie specyficzne dla produktów F5, gdzie wymusza się implementację mechanizmów szablonów bezpośrednio na urządzeniach. Kiedy zdaniem odwołującego lepszym i nowocześniejszym sposobem byłoby wykorzystanie do tego celu zewnętrznego rozwiązania, bądź rozwiązania dedykowanego pochodzącego od producenta urządzeń lub innego dostawcy. Zatem chcąc opisać warunki równoważności, gwarantujące prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, zamawiający zdaniem odwołującego powinien dopuścić również rozwiązanie, w którym funkcjonalność definiowania i edycji szablonów konfiguracji aplikacji realizowana będzie na zewnętrznym systemie zarządzania, który zostanie dostarczony razem z urządzeniami. Implementacja szablonów na zewnętrznym systemie zarządzania, wobec ukształtowania infrastruktury zamawiającego będzie korzystniejsza, ponieważ w ocenie odwołującego implementacja

szablonów na urządzeniu jest rozwiązaniem mało skalowalnym i trudniejszym w utrzymaniu przy bardziej rozbudowanej infrastrukturze.

Zamawiający podniósł, iż nie definiowano w wymaganiach postępowania, gdzie mają się znajdować przedmiotowe szablony: na konkretnych urządzeniach, czy w systemie do zarządzania tymi urządzeniami. Nigdzie w SWZ nie zostało wskazane wymaganie, gdzie zamawiający wymusza implementację mechanizmów szablonów bezpośrednio na urządzeniach. Intencją zamawiającego jest umożliwienie wykonawcom zaproponowania rozwiązania stosującego posiadaną metodę definiowania i edycji szablonów.

Izba wskazuje, że zgodnie z materiałem procesowym w punkcie 1.1.19 załącznika nr 5 do SWZ nie zdefiniowano sposobu realizacji kontroli szablonów aplikacji, zaś w odpowiedzi na odwołanie, co podtrzymano w dodatkowym stanowisku procesowym, zamawiający potwierdził, że pozostawiono w tym zakresie swobodę wykonawcom, co oznacza, że zamawiający dopuszcza też rozwiązanie na dedykowanym zewnętrznym systemie zarządzania, które sugerował odwołujący. Powyższe powoduje, że w ocenie składu orzekającego nie doszło do naruszenia prawa w tym przedmiocie, odwołujący nie udowodnił, aby obecna SWZ uniemożliwiła mu zaoferowanie sugerowanego przez niego rozwiązania, więc odwołanie w tym zakresie zostało oddalone jako bezpodstawne.

Skład orzekający wskazuje również, że oddalono wniosek odwołującego o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, ponieważ wydanie rozstrzygnięcia, w tym ustalenie stanu faktycznego sprawy, było możliwe w oparciu o zgromadzony materiał procesowy i nie wymagało uzupełnienia o wiedzę specjalisty z dziedziny informatyki. Innymi słowy, wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu nie wypełnił przesłanek art. 539 ust. 2 zd. 1 p.z.p., rzeczone opinie nie wniosłyby nic nowego do sprawy i nie była niezbędna do wydania orzeczenia, ponieważ jak wskazano wcześniej, zamawiający uległ odwołaniu już na pierwszym etapie weryfikacji prawidłowości jego postępowania co do uwzględnionych zarzutów – nie był bowiem w stanie wykazać, że istnieje w ogóle możliwość złożenia oferty w postępowaniu przez więcej niż jednego wykonawcę.

Krajowa Izba Odwoławcza częściowo uwzględniła odwołanie, bowiem wykazano, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego, z uwzględnieniem brzmienia § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów

postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba uwzględniła jedenaście z dwunastu żądań odwołującego dotyczących modyfikacji SWZ, zaś oddaliła jedno żądanie. Zamawiający odpowiada za koszty w części 11/12, tj. 17 050,00 zł (13 750,00 zł wpis i 3300,00 zł koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, zasądzone na podstawie złożonej faktury VAT, zmniejszone do limitu, o którym mowa w § 5 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia), zaś odwołujący w 1/12 (1250,00 zł wpis i 300,00 zł koszty wynagrodzenia swojego pełnomocnika dla oddalonego zarzutu), mając na uwadze dotychczas poniesione przez odwołującego koszty (18 600,00 zł) Izba zasądziła na rzecz tej strony 17 050,00 zł różnicy, stanowiącej należny zwrot części kosztów postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....