

Sygn. akt: KIO 2600/22

WYROK

z dnia 17 października 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Mikołaj Kraska

Protokolant:

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 17 października 2022 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2022 roku przez odwołującego wykonawcę „S4E” spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Poczta Polska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę „S4E” spółka akcyjna z siedzibą w

Warszawie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę „S4E” spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

2.2 zasądza od wykonawcę „S4E” spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego - Poczta Polska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600, 00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Sygn. akt: KIO 2600/22

UZASADNIENIE

Zamawiający Skarb Państwa - Poczta Polska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie

prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Świadczenie usług operatora sieci rozległej WAN_PP dla Poczty Polskiej S.A.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej

w dniu 6 lipca 2022 roku pod numerem 2022/S 128-366117.

Zamawiający w dniu 29 września 2022 roku dokonał modyfikacji Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ), załącznik nr 1 do Umowy (Opis Przedmiotu Zamówienia), Rozdział 1, podrozdział 1.1, dodając ust. 26 w brzmieniu: „Zamawiający wymaga, aby producent Systemu Sterowania Połączeniami oraz urządzeń CE został sklasyfikowany w ćwiartce „Leaders” w ostatnim opublikowanym raporcie "Magic Quadrant for WAN Edge Infrastructure" lub „Magic Quadrant for SD-WAN” wydanym przez Gartner Inc. do dnia 25.09.2022 r.”.

W dniu 3 października 2022 roku wykonawca „S4E” spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) działając na podstawie art. 513 pkt 1 w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 poz. 1129 ze zm.; dalej „ustawa”, „PZP”) wniósł odwołanie wobec Zamawiającego polegającej na opisanu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do Umowy - OPZ, rozdział 1, podrozdział 1.1., ust. 26) w brzmieniu: „26. Zamawiający wymaga, aby producent Systemu Sterowania Połączeniami oraz urządzeń CE został sklasyfikowany w ćwiartce „Leaders” w ostatnim opublikowanym raporcie "Magic Quadrant for WAN Edge Infrastructure" lub „Magic Quadrant for SD-WAN” wydanym przez Gartner Inc. do dnia 25.09.2022 r.”, a więc w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 4 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz utrudniający uczciwą konkurencję.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

- nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści załącznika nr 1 do Umowy - OPZ poprzez wykreślenie postanowienia zawartego w rozdziale 1, podrozdziale 1.1., ust. 26 OPZ („26. Zamawiający wymaga, aby producent Systemu Sterowania Połączeniami oraz urządzeń CE został sklasyfikowany w ćwiartce „Leaders” w ostatnim opublikowanym raporcie "Magic Quadrant for WAN Edge Infrastructure" lub „Magic Quadrant for SD-WAN” wydanym przez Gartner Inc. do dnia 25.09.2022 r.”),
- ewentualnie - na wypadek nieuwzględnienia wniosku określonego w ust. 3.2. - nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści postanowienia załącznika nr 1 do Umowy - OPZ, rozdziału 1, podrozdziału 1.1., ust. 26 poprzez nadanie mu nowego brzmienia o treści: „26. Zamawiający wymaga, aby producent Systemu Sterowania Połączeniami oraz urządzeń CE został sklasyfikowany w ostatnim opublikowanym raporcie "Magic Quadrant for WAN Edge Infrastructure" lub „Magic Quadrant for SD-WAN” wydanym przez Gartner Inc. do dnia 25.09.2022 r.”
- ewentualnie - na wypadek nieprzedłużenia terminu na składanie ofert do czasu rozpoznania niniejszego odwołania, a następnie uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności zarzutów - nakazanie Zamawiającemu unieważnienie postępowania,
- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków;

Odwołujący podał, że zmiana treści dokumentacji zamówienia, której dotyczy niniejsze odwołanie, została opublikowana przez Zamawiającego w dniu 29 września 2022 r.

Odwołujący podał w zakresie wykazania interesu we wniesieniu odwołania, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy. Profil działalności Odwołującego odpowiada przedmiotowi niniejszego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany jego pozyskaniem i chciałby w nim złożyć konkurencyjną ofertę, a czynność Zamawiającego mu to uniemożliwia, czego skutkiem będzie poniesienie przez Odwołującego szkody w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby w przypadku

uzyskania i realizacji Zamówienia. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Aktualna treść OPZ ogranicza bowiem dostęp do zamówienia wykonawcom (w tym Odwołującemu) w pełni zdolnym do należytej realizacji inwestycji. Z kolei brak złożenia oferty, a tym samym brak pozyskania zamówienia, może powodować szkodę w majątku Odwołującego, który nie osiągnie przychodu i zysku na poziomie zakładanej przez niego oferty cenowej. Szerokie rozumienie interesu Odwołującego na obecnym etapie postępowania potwierdza stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, która stwierdziła, że krąg podmiotów, które mogą korzystać z odwołań od treści SIWZ jest szeroki. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie 3 deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu (wyrok KIO 1519/15 z 31.07.2015 r.). Odwołujący niewątpliwie posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał:

Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 4 ustawy:

Odwołujący podał, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na świadczenie usług operatora sieci rozległej WAN_PP. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane dnia 6.07.2022 r. Od tego czasu, nie licząc zmian terminu składania ofert, Zamawiający dokonał kilku zmian treści dokumentacji zamówienia, z czego ostatnią, w dniu 29.09.2022 r. dodając do załącznika nr 1 do Umowy - OPZ, rozdziału 1, podrozdziału 1.1 ustęp 26 o treści „Zamawiający wymaga, aby producent Systemu Sterowania Połączeniami oraz urządzeń CE został sklasyfikowany w ćwiartce „Leaders” w ostatnim opublikowanym raporcie "Magic Quadrant for WAN Edge Infrastructure" lub „Magic Quadrant for SD-WAN” wydanym przez Gartner Inc. do dnia 25.09.2022 r.”

Zmiana ta jest, w ocenie Odwołującego, oczywistym naruszeniem art. 16 pkt. 1 ustawy, zgodnie, z którym Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a także art. 99 ust. 4 ustawy, który zabrania opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Wymóg został dodany przez Zamawiającego po prawie 3 miesiącach prowadzenia postępowania. Nie był więc on dla Zamawiającego na tyle istotny, żeby umieścić go w dokumentacji zamówienia po dokładnej analizie swoich potrzeb i planowanego rozwiązania, którą z pewnością przeprowadził przed publikacją ogłoszenia. Oznacza to, że od początku zakładał rozwiązanie, które niekoniecznie spełnia wymóg sklasyfikowania producenta Systemu Sterowania Połączeniami oraz urządzeń CE został sklasyfikowany w ćwiartce „Leaders” w najnowszym raporcie Gartnera. Raport Gartnera jest popularny w branży informatycznej, jak wskazano przy okazji odpowiedzi na pytania i modyfikację SWZ z dnia 29.09.2022 r. Zamawiającemu zdarzało się korzystać z tego narzędzia w celu weryfikowania wykonawców, oferowanego produktu. Nie sposób więc uznać, że nie był on znany Zamawiającemu, gdy ten sporządzał dokumentację zamówienia. Z pewnością ten raport był mu znany, ale nie zdecydował się na to, by producent sprzętu oferowanego przez wykonawców rozwiązania był wskazany w jego pierwszej ćwiartce. Nie stanowiło to jego uzasadnionej potrzeby.

Zmiany SWZ Zamawiający dokonał na 5 (nie licząc weekendu - 3) dni przed terminem składania ofert, w całości dostosowując OPZ do sugestii jednego z wykonawców. Wykonawca ten na kilka dni przed złożeniem oferty miał już z pewnością opracowane rozwiązanie, które, jak nakazuje sędzić logika życiowa, zakłada wykorzystanie sprzętu producenta, który został uwzględniony w ćwiartce „Leaders” najnowszego raportu Gartnera. Żadne postanowienia dokumentacji nie zabraniały złożenia oferty z takim rozwiązaniem. Wykonawca zadał jednak pytanie zmierzające do tego, by tylko takie rozwiązania były dopuszczalne. Zamawiający udzielając odpowiedzi przychylił się do tej prośby, czym uniemożliwił złożenie ofert wielu wykonawcom, którzy przygotowywali je, spełniające wszystkie wymagania Zamawiającego, ale opierając się na sprzęcie producentów, którzy nie są sklasyfikowani w raporcie. Tym samym Zamawiający w nieuzasadniony sposób ograniczył konkurencję.

Nowy wymóg Zamawiającego ogranicza konkurencję w ocenie Odwołującego, ponieważ wymaga zastosowania sprzętu od producenta, który został uwzględniony w pierwszej

ćwiartce raportu Gartnera. W najnowszej wersji raportu - 2022 Gartner® Magic Quadrant™ for SD-WAN - w ćwiartce tej znalazło się jedynie 6 podmiotów.

Dowód: 2022 Gartner® Magic Quadrant™ for SD-WAN

Odwołujący podał, że już ta liczba świadczyłaby o nieuzasadnionym ograniczeniu konkurencji. W samym tylko raporcie, w innych ćwiartkach, zostało wymienionych ponad 2 razy więcej producentów, a są przecież tacy, którzy nie zostali w nim ujęci, a wykonawcy byłiby w stanie zaoferować przy wykorzystaniu ich sprzętu rozwiązanie spełniające potrzeby Zamawiającego. Tak więc 6 podmiotów należy uznać za bardzo ograniczoną liczbę. Tym bardziej jak wyjaśniał Odwołujący, że realnie nie można przyjąć możliwości wykorzystania do realizacji niniejszego zamówienia sprzętu każdego z wymienionych sześciu producentów. Sprzęt oferowany przez kilku z tych sześciu podmiotów nie spełnia innych warunków określonych w dokumentacji (ilość łącz, łącza LTE, ilość portów w routerach). Złożenie oferty z wykorzystaniem sprzętu takiego producenta wymagałoby zastosowania dodatkowego sprzętu, co po pierwsze zwiększa cenę oferty, a po drugie prowadzi do paradoksu, ponieważ tak złożony zestaw może nie spełniać wymogu klasyfikowania producenta i jego rozwiązania w raporcie Gartnera.

Ponadto Zamawiający wymaga ponad 4 tysięcy urządzeń. Kilku z producentów uwzględnionych w ćwiartce „Leaders” już dla kilku urzędzeń przewiduje czas ich dostawy na około 200 dni. Termin ten w żadnym stopniu nie odpowiada tym określonym przez Zamawiającego na wdrożenie rozwiązania, a więc ich zastosowanie też jest niemożliwe. Oznacza to zdaniem Odwołującego, że z nieuzasadnionego powodu Zamawiający, który pierwotnie i przez lwią część postępowania nie widział konieczności odwoływania się do raportu Gartnera, wprowadził zmianę, która ogranicza możliwość wyboru producenta sprzętu do 6 podmiotów, ale w rzeczywistości, zważywszy na powyższe akapity, do jeszcze mniejszej ilości. Wykonawcy są zmuszeni ograniczyć się do 2-3 podmiotów, mimo że przed zmianą SWZ byłiby w stanie spełnić wymagania Zamawiającego i ubiegać się o realizację zamówienia. A jak wskazuje ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej - dokonany opis nie może prowadzić do eliminacji wykonawców, którzy są zdolni w sposób należyty wykonać dane zamówienie (m.in. wyrok KIO z dnia 1.02.2022 r., sygn. akt KIO 126/22). Tymczasem na gruncie Postępowania występuje sytuacja odwrotna - dokonany opis prowadzi do eliminacji wykonawców, którzy są zdolni w sposób należyty i w związku z tym niniejsze odwołanie jest uzasadnione.

Odwołujący podał również, że kluczowym jest także sposób w jaki funkcjonuje Magiczny Kwadrat Gartnera. Raport ten jest wypuszczany regularnie, najczęściej raz do roku, choć w zależności od omawianej technologii pojawia się w różnych jego częściach. Producenci w zależności od roku zmieniają swoje pozycje w raporcie i są przypisywani do różnych ćwiartek. I tak producent, który przez kilka ostatnich edycji znajdował się w ćwiartce „Leaders” aktualnie może znajdować się w innej części. Z kolei w aktualnym raporcie w pierwszej ćwiartce może być podmiot, który dotychczas znajdował się w ćwiartce drugiej i znajdzie się w niej znowu w momencie realizowania umowy. Uzasadnia to wniosek ewentualny Odwołującego, który ten składa na wypadek nie uwzględnienia żądania wykreślenia wymogu uwzględnienia producenta w raporcie, a który nakazuje Zamawiającemu przyjęcie ofert, w których producent został uwzględniony w raporcie, w dowolnej ćwiartce. Jako przykład należy podać firmę Citrix, która w raportach w latach 2020-2021 znajdowała się w ćwiartce „Challengers”, a obecnie, w roku 2022, jest klasyfikowana jako „Niche Players”. Podobne przesunięcia dotyczą m.in. HPE (Aruba), a zauważalne w ostatnich latach tendencje sugerują, że w kolejnych raportach będzie coraz częściej dochodzić do takich zmian (m.in. widoczne przesunięcia do granicy Huawei).

Dowody: 2021 i 2020 Gartner® Magic Quadrant™ for WAN Edge Infrastructure

Nie tylko zresztą fakt przesunięć w ramach poszczególnych ćwiartek raportu uzasadnia wniosek ewentualny. Jak wskazuje sam Gartner - niche players mogą czasem mieć bardziej specjalizowane rozwiązania niż rynkowi liderzy i bardziej pasujące dla określonych celów klientów. Ograniczenie potencjalnych producentów jedynie do jednej ćwiartki raportu w drastyczny sposób ogranicza konkurencję.

Odwołujący podał, że przedmiotem zamówienia nie są dostawy, a usługi. Wykonawca ma świadczyć usługi operatora sieci rozległej WAN. Zamawiający bardzo restrykcyjnie określił warunki udziału w postępowaniu - warunek zdolności technicznej lub zawodowej poprzez realizację w minionych trzech latach minimum 2 prac, gdzie dla każdej z nich przedmiotem realizacji były lub są usługi transmisji danych świadczony w oparciu o infrastrukturę sieciową IP VPN, przy czym każda z usług transmisji danych była lub jest wykonywana dla co najmniej 100 lokalizacji, a także dysponowanie kilkunastoosobowym zespołem

z odpowiednim doświadczeniem. Jest to w ocenie Odwołującego niezwykle istotna kwestia w świetle niniejszego odwołania. Zamawiający chce otrzymać pewne usługi, które ma mu świadczyć doświadczony wykonawca dysponujący licznym, doświadczoneym zespołem. Jednocześnie Zamawiający wymaga od takiego wykonawcy, żeby korzystał z określonego sprzętu, co może spowodować, że przez brak doświadczenia wykonawcy będą rezygnować z udziału w postępowaniu. Już sama taka hipotetyczna możliwość wypełnia normę art. 99 ust. 4 ustawy. Zdaniem Odwołującego absurdalnym jest narzucanie narzędzi, którymi ma pracować doświadczony wykonawca. Używając analogii - Zamawiający potrzebuje sesji zdjęciowej i nakazuje doświadczonemu fotografowi wykorzystanie ściśle określonego aparatu. Ponownego podkreślenia wymaga, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług, a nie dostawa. Sprzęt wykorzystany do świadczenia tych usług, oprócz obiektywnych właściwości wynikających z posiadanej przez Zamawiającego infrastruktury, powinien pozostawać w gestii wykonawców. Narzucanie innego rozwiązania ogranicza konkurencję. Zdaniem Odwołującego trudno domniemywać jakie cele przyświecały Zamawiającemu, który wprowadził taki wymóg w takim momencie postępowania. Wydaje się, że dotyczy to celów, które opisał wykonawca w pytaniu do SWZ, a więc zapewnienia bezpieczeństwa. Należy jednak zauważyć, że Zamawiający ma inne sposoby na osiągnięcie tych celów, bez konieczności posługiwania wymogiem ograniczającym konkurencję, a więc odnoszącym się do raportu Gartnera. Zamawiający mógł ustalić odpowiednie warunki udziału w postępowaniu (co właściwie zrobił), mógł także określić odpowiednie warunki techniczne bez wskazywania konkretnych producentów wskazanych w raporcie. Doświadczeni wykonawcy (a tylko tacy przy tak określonych przez Zamawiającego warunkach udziału w postępowaniu) są w stanie osiągnąć cele przyświecające Zamawiającemu bez ograniczania ich do niezwykle wąskiej listy producentów. Tak wskazany warunek jedynie ogranicza konkurencję.

Zamawiający oczekuje świadczenia usług operatora sieci. Analizując i przygotowując postępowanie uznał, że w żaden sposób nie będzie narzucał doświadczonym wykonawcom ze sprzętu jakiego producenta ci mają skorzystać. Na kilka dni przed terminem składania ofert, pod wpływem wniosku wykonawcy, Zamawiający w całości przychylił się do niego i wprowadza wymóg uwzględnienia producenta wykorzystywanego przez wykonawców sprzętu w najnowszym magicznym raporcie Gartnera. Nie jest w to żaden sposób uzasadnione - ani potrzebami Zamawiającego (gdyby takie były, to wymóg pojawiłby się wcześniej), ani w żaden inny sposób (wskazywane potencjalne ryzyko dla bezpieczeństwa narodowego przy wykorzystaniu sprzętu innych producentów, w pytaniu do SWZ nie zostało w żaden sposób uzasadnione). Wymóg taki jedynie zamyka drogę do wzięcia udziału w przetargu wykonawcom, którzy byli w stanie złożyć ofertę i spełniali wszystkie warunki. Z tego powodu wymóg ten winien zostać usunięty, lub ewentualnie zmodyfikowany, tak, aby pozwalał wykonawcom na stworzenie oferty bazując na więcej niż 2-3 podmiotach. Obecna sytuacja, przymuszenie do skorzystania z 2-3 producentów w nieuzasadniony sposób ogranicza jedynie uczciwą konkurencję.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem Stron na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy z dnia 11 września 2022 roku skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 3 października 2022 roku od czynności Zamawiającego z dnia 29 września 2022 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopię dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane na rozprawie przez Strony postępowania odwoławczego.

Izba uwzględniła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w piśmie procesowym z dnia 17 października 2022 roku „Odpowiedź na odwołanie” oraz załączone do pisma dowody.

Izba dopuściła złożony w trakcie rozprawy przez Zamawiającego dowód (dowód nr 1) - wydruk ze strony internetowej „Poczyta Polska aktywowała zespół kryzysowy w związku z sytuacją na Ukrainie”

Izba uwzględniła stanowisko prezentowane przez Odwołującego w piśmie procesowym z dnia 17 października 2022 roku „Pismo Odwołującego” oraz załączone do odwołania dowody.

Izba dopuściła złożony w trakcie rozprawy przez Odwołującego dowód (dowód nr 2) - wydruk Magic Qusdrant for WAN Edge Infrastructure, Gartner (November 2019).

Izba ustaliła, że Odwołujący wykazał wypełnienie łącznie przesłanek z art. 505 ust 1 nowej ustawy - Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują

wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes

w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

W odniesieniu do kwestionowania przez Zamawiającego „interesu prawnego” w złożeniu środka ochrony prawnej Izba wskazuje, że z dniem utworzenia Krajowej Izby Odwoławczej oraz powołania jej członków w dniu 5 grudnia 2007 roku środki ochrony prawnej określone w dziale VI ustawy przysługiwały wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawy w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbki w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ówczesnych przepisach ustawodawca odnosił się do interesu prawnego odwołującego jako przesłanki skutecznego wniesienia odwołania. Wraz z jedną z kolejnych nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 roku, dokonaną dnia 2 grudnia 2009 roku, na mocy ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r. nr 223 poz. 1778), która weszła w życie w dniu 29 stycznia 2010 roku, ustawodawca przyznał prawo do skutecznego wniesienia środków ochrony prawnej określonych w dziale VI ustawy wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W tym momencie doszło do wprowadzenia regulacji, funkcjonującej po dziś dzień również w oparciu o aktualną ustawę Prawo zamówień publicznych z 2019 roku, odnoszącej się do tego, że wykonawca składający odwołanie miał lub ma interes w uzyskaniu zamówienia, który musi wykazać.

Nie można zgodzić się z Zamawiającym, że wykonawca w celu wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia składając odwołanie prowadzące do kwestionowania postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia winien wykazać, że będzie składał ofertę w postępowaniu o przedmiotowe zamówienie. W żaden sposób nie są również uprawnione na podstawie obowiązujących przepisów prawa twierdzenia Zamawiającego odnoszące się do konieczności wykazania przez Odwołującego jakiej warstwy faktycznej dotyczy zarzut i co tak naprawdę chce zaoferować w tym postępowaniu, jaki sprzęt, aby uprawdopodobnić swój interes. Takie stanowisko Zamawiającego wskazuje na niezrozumienie po stronie Zamawiającego istoty wykazania posiadania interesu we wniesieniu odwołania przez Odwołującego. Wykonawca nie ma obowiązku opowiadania się na etapie składania odwołania od postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) jaką ofertę zamierza złożyć. Żądanie od wykonawcy takich informacji stanowi działanie nadmierowe, niezgodne z regulacjami ustawowymi oraz w efekcie naruszające zasady.

W przypadku Odwołującego profil działalności odpowiada przedmiotowi zamówienia czego Zamawiający w żaden sposób nie kwestionuje. Jednocześnie należy podkreślić, że wykonawca składający odwołanie od postanowień SWZ to wykonawca, który potencjalnie może ubiegać się o zamówienie. Podmioty, które zamierzają ubiegać się o zamówienie mogą czynić to samodzielnie, jak również wraz z innymi wykonawcami ubiegając się wspólnie o zamówienie. Ustawa dopuszcza także możliwość, że dany wykonawca korzysta z udziału podmiotu trzeciego. Oznacza to, że na etapie składania odwołania od postanowień

SWZ interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia należy rozumieć szeroko, a wykonawca powinien wskazać, że jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia, przy czym nie ma obowiązku udowodnienia tego faktu, tak jak wskazał to Zamawiający.

W ocenie Izby Odwoławczej wykazał interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

Izba zważyła w zakresie zarzutów odwołania:

Izba na wstępie wskazując, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- art. 16 ustawy Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców

- art. 99 ust. 1 ustawy - Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty

- art. 99 ust. 4 ustawy - Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 29 września 2022 roku Zamawiający dokonał, w wyniku odpowiedzi na pytanie 119, modyfikacji Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) w załączniku nr 1 do Umowy (OPZ), Rozdział 1, podrozdział 1.1, dodając ust. 26 o treści:

„Zamawiający wymaga, aby producent Systemu Sterowania Połączeniami oraz urządzeń CE został sklasyfikowany w ćwiartce „Leaders” w ostatnim opublikowanym raporcie "Magic Quadrant for WAN Edge Infrastructure" lub „Magic Quadrant for SD-WAN” wydanym przez Gartner Inc. do dnia 25.09.2022 r.”.

Ustalono, że pismem z dnia 4 października 2022 roku Zamawiający dokonał zmiany terminu składania ofert na dzień 27 października 2022 roku:

Zamawiający - Poczta Polska Spółka Akcyjna, w imieniu którego postępowanie prowadzi Poczta Polska S.A. Centrum Zamówień, informuje, że zmienia termin składania ofert z dnia 4 października 2022 r. godz. 12:00 na dzień 27 października 2022 r. godz. 12:00.

Jednocześnie, działając na podstawie art. 137 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych Zamawiający dokonuje zmiany następujących postanowień SWZ:

1. Rozdział XVI ust. 1 SWZ otrzymuje nowe - następujące brzmienie:

„1. Wykonawca będzie związany ofertą przez okres 90 dni, tj. w terminie do dnia 24 stycznia 2023 roku, przy czym pierwszym dniem związania ofertą jest dzień, w którym upływa termin składania ofert.”

2. Rozdział XX ust. 5 SWZ otrzymuje nowe - następujące brzmienie:

„5. Ofertę należy złożyć przy użyciu Platformy do dnia 27 października 2022 roku do godziny 12:00.”

3. Rozdział XXI ust. 2 SWZ otrzymuje nowe - następujące brzmienie:

2. Otwarcie ofert nastąpi w dniu 27 października 2022 roku o godzinie 12:30.

Informacja o zmianie terminu składania ofert została opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 października 2022 roku pod numerem 2022/S 191-542277; ogłoszenie zostało przesłane do publikacji w dniu 29 września 2022 roku.

Ustalono, że w § 3 Obowiązki Wykonawcy i sposób wykonywania Umowy Projektu Umowy, Zamawiający podał:

12. Własność urządzeń dostarczonych przez Wykonawcę w ramach realizacji Umowy nie zostaje przeniesiona na Zamawiającego. Koszty związane z instalacją, deinstalacją i likwidacją urządzeń obciążają w całości Wykonawcę.

Natomiast w Załączniku nr 1 do Umowy - Opis przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał:

1.3. Warunki na Urządzenia CE

1. W ramach realizacji zamówienia Wykonawca przeprowadzi instalację Urządzeń CE i uruchomienie telekomunikacyjnych węzłów dostępowych we wszystkich Lokalizacjach. Wszystkie urządzenia muszą być dostarczone, zainstalowane i uruchomione przez Wykonawcę i są jego własnością w okresie świadczenia Usług i po ich zakończeniu.

W zakresie zarzutu naruszenia naruszenie art. 16 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 4 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz utrudniający uczciwą konkurencję - Izba zarzut uznała za niezasadny.

Na podstawie art. 99 ust. 1 ustawy Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jednocześnie zgodnie z regulacją ust. 4 ww. artykułu przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Izba na wstępie wskazuje, że ww. regulacja prawa zbieżna jest w swej zasadniczej treści z regulacją art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 roku obowiązującej w dniu 31 grudnia 2020 roku. To pozwala na korzystanie z dorobku orzeczniczego oraz dorobku doktryny w zakresie tych regulacji prawnych, które pozostają aktualne w obowiązującym stanie prawnym.

Izba na wstępie rozważań wskazuje, że określone przez ustawodawcę w obecnie obowiązującej ustawie zasady, jak i w stanie prawnym wynikającym z regulacji ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 roku, w tym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców to „szkielet” każdego z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jak również całego systemu zamówień publicznych. Izba podkreśla również, że kwestia konkurencji winna być kategorią, którą należy rozpatrywać z uwzględnieniem danego rynku, którego dotyczy konkretne zamówienie jak również uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, czasu w jakim Zamawiający udziela zamówienia. Niewątpliwie, co również należy podkreślić, Zamawiający mają prawo opisując przedmiot zamówienia do określenia wymagań technicznych i jakościowych uwzględniających niezbędne Zamawiającemu standardy, przy uwzględnieniu realnych potrzeb Zamawiającego. W pozostającym nadal aktualnym orzeczeniu Sądu Okręgowego w Bydgoszczy, w wyrok z dnia 27 maja 2009 roku

sygn. akt: II Ca 158/09 czytamy - Z przepisu art. 7 ust. 1 pzp wynika, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zatem należy uznać, że fundamentalnymi zasadami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Stosowanie tych zasad prowadzi do realizacji celu określonego w pzp jakim jest wybranie najkorzystniejszej oferty spełniającej potrzeby zamawiającego. Przepis art. 29 ust. 2 pzp z kolei wprowadza zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Jednakże zakaz ten nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nie odpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczenia dostępu do zamówienia (tak Małgorzata Stachowiak w M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX 2007, wyd. Obowiązkiem Zamawiającego

jest, w oparciu o art. 29 ust. 1 ustawy, opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, zgodnie z ust. 2 przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie stanowi postępowania, w którym Zamawiający ma kupić cokolwiek, co wykonawcy zechcą mu sprzedać. Jak również nie ma obowiązku pozostawać w danym przekonaniu, danym stanie faktycznym poczynionych regulacji w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tylko dlatego, że w pewnych regulacji, wymagań czy założeń nie poczynił przy samym ogłoszeniu postępowania. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający jak każdy gospodarz dbający o swoje potrzeby uprawniony jest do kupna określonych rzeczy, a w ramach tych określonych rzeczy nieuprawniona jest taka specyfikacja przedmiotu zamówienia, która eliminowałaby w sposób niezasadny określone przedmioty, a przez to ich producentów czy dystrybutorów - to stanowi istotę konkurencyjności w ramach danego zamówienia. Podkreślić należy, że konkurencja nie polega na tym, że Zamawiający ma dopuścić możliwość złożenia oferty jakiegokolwiek, lecz ma prawo określić swoje potrzeby. Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować niezasadnych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję, co nie oznacza, że zasada konkurencji ma prowadzić do sytuacji, w której o zamówienie muszą móc ubiegać się wszyscy wykonawcy, którzy oferują rzeczy zbliżone, podobne do tych wymaganych przez Zamawiającego. W wyroku Sąd Okręgowy w Gdańsku z dnia 23 stycznia 2009 roku sygn. akt XII Ga 431/09 wyjaśnił: Podkreślić trzeba, że zakaz przewidziany przepisem art. 29 ust. 2 ustawy (obecnie art. 99 ust. 4 ustawy) nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, a jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do zamówienia.

Zamawiający, działając w granicach określonych przepisami prawa ma prawo sprecyzować przedmiot zamówienia o określonych standardach jakościowych i technicznych. Ponadto nie jest podstawą do uznania, że przedmiot zamówienia został określony w sposób sprzeczny z zasadami ustawowymi, to że wypełnienie wymagań technicznych jest trudne do spełnienia dla danego wykonawcy. W orzecznictwie sądowym ugruntowane jest, że Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby, żądając produktu o cechach odpowiadających jego potrzebom, a w tym o najwyższych dostępnych standardach jakościowych. Konkludując powyższe Izba wskazuje na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 czerwca 2015 roku sygn. akt KIO 1107/15, KIO 1114/15, w którym

Izba wskazała, że właściwie każdy opis przedmiotu zamówienia niesie za sobą ograniczenie konkurencji pośrednio lub bezpośrednio preferując jednych wykonawców i dyskryminując innych. To jednak nie oznacza, że określone w art. 16 czy art. 99 ustawy zasady zostały naruszone. Izbie niejednokrotnie stawała na stanowisku, że Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do określenia przedmiotu zamówienia w taki sposób, który w pełni zabezpiecza jego potrzeby. Zamawiający, który posiada wiedzę o przeznaczeniu zamawianego sprzętu, jest uprawniony do adekwatnego określenia wymagań jakie ma spełniać oferowane rozwiązanie, tak aby spełniało oczekiwania Zamawiającego podyktowane jego potrzebami. Zamawiający nigdy nie jest zobowiązany do takiego formułowania wymagań, aby umożliwić wszystkim wykonawcom funkcjonującym na rynku złożenie oferty, a tym bardziej złożenie oferty, która będzie optymalna z punktu widzenia założeń biznesowych danego wykonawcy. Okoliczność, że Odwoływający nie posiada w swojej ofercie sprzętu, który pozwoliłby mu na

złożenie oferty lub też sprzęt ten nie posiada określonej certyfikacji lub nabycie tego sprzętu jest w pewien sposób utrudnione nie oznacza, że Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji (podobnie wyrok z dnia 10 marca 2022 r. sygn. akt 509/22).

Mając na uwadze powyższe Izba wskazuje, że w przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 99 ust. 4 ustawy wystarczającym jest uprawdopodobnienie przez Odwołującego utrudnienia konkurencji w pozyskaniu zamówienia w obliczu ukształtowanego opisu przedmiotu zamówienia. Z powyższej regulacji prawnej wynika, że sama możliwość utrudnienia uczciwej konkurencji przez opisanie przedmiotu zamówienia podlega ocenie. Niemniej fakt uprawdopodobnienia naruszenia konkurencji musi zostać przez Odwołującego wykazany. Nie stanowi wystarczającego uzasadnienia dla wykazania naruszenia przez Zamawiającego art. 99 ust. 4 ustawy odwołanie się do niemożliwości złożenia oferty w postępowaniu. W ocenie Izby Odwołujący w przedmiotowej sprawie nie uprawdopodobnił utrudnienia konkurencji w postępowaniu przez Zamawiającego tym, że ten ostatni wprowadził do wymagań Opisu przedmiotu zamówienia (dalej: OPZ) dla sprzętu objętego przedmiotem zamówienia spełnienia wymagania co do jego producenta tj. umiejscowienia w ćwiartce „Leaders” raportu Garnera.

Po pierwsze, fakt że wymagania jakie wprowadził pismem z dnia 29 września 2022 roku do dokumentacji postępowania Zamawiający pojawiły się na określonym etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w żaden sposób nie uprawdopodobnia naruszenia konkurencji. Zamawiający na każdym etapie postępowania jest uprawniony do zmiany postanowień SWZ i żaden przepis mu tego nie zabrania. Do tego sam fakt wprowadzenia danego postanowienia na określonym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie stanowi jakiegokolwiek naruszenia zasad prawa zamówień publicznych. Oczywiście daleko idące zmiany, które zmieniają w zupełności przedmiot zamówienia w stosunku do tego co określone było przez Zamawiającego na etapie ogłoszenia postępowania mogą prowadzić do naruszenia zasad postępowania oraz istoty samej procedury, jednakże w tej konkretnej sprawie odwoławczej taka argumentacja nie była podnoszona przez Odwołującego. Zamawiający ma prawo do doregulowywania własnych wymagań oraz reagowania na pytania jakie są do niego kierowane, przy czym może to się wydarzyć w całym okresie przed składaniem ofert. Sam fakt wprowadzenia regulacji na późniejszym etapie postępowania nie uzasadnia sam z siebie okoliczności naruszających konkurencję w postępowaniu. Nie znalazło również potwierdzenia stanowisko Odwołującego o wprowadzeniu zmian do OPZ na 5 dni przed terminem składania ofert. Z akt sprawy wynika w sposób jednoznaczny, że termin składania ofert został przesunięty i wyznaczony na dzień 27 października 2022 roku. Nadmienić należy, że Odwołujący nie kwestionował braku wydłużenia terminu składania oferty w postępowaniu jako takiego, zapewne zdając sobie sprawę z publikacji ogłoszenia o zamówienie w warstwie odnoszącej się do zmiany terminu składania ofert. Odwołujący powiązał natomiast dokonaną zmianę - jak podał w odwołaniu, dokonaną na pięć dni przed terminem składania ofert - z wnioskodawcą pytania 119 i wykorzystaniem przez tego wnioskodawcę / wykonawcę sprzętu producenta z ćwiartki „Leaders” Raportu Gartnera w przygotowanej ofercie. Niemniej, chociaż odwołuje się Odwołujący w swej argumentacji do „logiki życiowej” to w żaden sposób nie uprawdopodobnia to naruszenia konkurencji w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez wprowadzenie postanowienia z dnia 29 września 2022 roku do OPZ. Faktem jest, że wcześniejsze postanowienia OPZ nie zabraniały złożenia oferty z rozwiązaniem producenta umiejscowionego w ćwiartce „Leaders” Raportu Gartnera, jednakże prawem Zamawiającego było dokonanie zmiany OPZ i odwołanie się do tego wymagania.

Izba nie znajduje również potwierdzenia naruszenia zasad zawartych w argumentacji do zarzutu Odwołującego odnoszącej się do tego, że znane były Zamawiającemu - czemu dał wyraz w innych postępowaniach o zamówienie - raporty Gartnera, oraz że skoro nie przewidział ich na wcześniejszym etapie postępowania o zamówienie to nie były dla niego tak istotne. Fakt, że raporty Gartnera znane były Zamawiającemu już wcześniej nie było sporne między stronami. Niemniej sam fakt tego, że Zamawiający znał te raporty nie uzasadnia naruszenia zasad przez ich wprowadzenie do postępowania na późniejszym etapie niż przy ogłoszeniu o zamówieniu. Przedstawiane zarówno przez Odwołującego jak i Zamawiającego Raporty Gartnera z różnego okresu (od roku 2019 do roku 2022) obrazują dynamikę i zmiany w zakresie oceny poszczególnych producentów oraz zwiększającą się liczbę producentów znajdujących się w ćwiartce „Leades” Raportu Gartnera. To pozwala stwierdzić, że wymóg Zamawiającego ukształtowany w OPZ pozostawia konkurencyjność w ramach przyjętego poziomu producentów, którzy podlegają obiektywnej ocenie przy jednoczesnej gwarancji świadczenia usługi na najwyższym poziomie z wykorzystaniem Systemu Sterowania Połączeniami oraz urządzeń CE producenta z ćwiartki „Leades” Raportu Gartnera.

Sklasyfikowanie producenta Systemu Sterowania Połączeniami oraz urządzeń CE

w ćwiartce „Leaders” Raportu Gartnera Zamawiający uznał za istotny element opisu przedmiotu zamówienia i wprowadził go do postępowania przed terminem składania ofert. Taki wymóg, już w perspektywie twierdzeń Odwołującego z odwołania, a odnoszących się do popularności w branży informatycznej Raportu Gartnera, nie stanowi w ocenie Izby wymagania wygórowanego, a tym bardziej naruszającego zasady konkurencji w postępowaniu. Izba zaznacza, że Odwołujący nie jest podmiotem klasyfikowanym w Raporcie Gartnera, a oferowany w ramach realizowanych zamówień sprzęt przez Odwołującego pochodzi od innych podmiotów - producentów rozwiązań sieci WAN co wyjaśniał na rozprawie. W ramach Raportu Gartnera za rok 2022 (dowód załączony do pisma Zamawiającego) w ćwiartce „Leaders” znajduje się sześciu (6) producentów. Odwołujący podnosił, że jest to jedyńcy sześciu producentów, przy czym należy podkreślić że uwzględnienie danego produktu lub rozwiązania w Raporcie Gartnera nie jest limitowane lub ograniczone dla danej grupy podmiotów, co oznacza, że każdy zainteresowany ma możliwość poddaniu się bezstronnym i obiektywnym badaniom w ramach podanych kryteriów oceny przyjętych dla ocen zawartych w publikacjach Gartner Magic Quadrant. Odwołujący podnosił, że do naruszenia konkurencji dochodzi ponieważ w pozostałych ćwiartkach Raportu Gartnera podanych pozostało ponad 2 razy więcej producentów niż w ćwiartce „Leader” oraz są producenci nie ujęci w tym raporcie. W ocenie Izby fakt, że istnieją producenci nieujęci w Raporcie Gartnera czy też ujęci w pozostałych ćwiartkach raportu nie uprawdopodobnia naruszenia konkurencji, bowiem możliwe jest zaoferowanie Zamawiającemu rozwiązań producenta Systemu Sterowania Połączeniami oraz urządzeń CE umiejscowionego w ćwiartce „Leaders” Raportu Gartnera. W ramach tego przyjętego rozwiązania, opartego na określonych badaniach i wynikach Zamawiający nie wprowadza ograniczeń co do możliwości oferowania rozwiązań jedynie wybranych producentów z ćwiartki „Leaders”. Dopuszcza tym samym Zamawiający konkurencję na określonym poziomie gwarantowanych rozwiązań technicznych wynikającą z obiektywnego i dostępnego badania. Twierdzenia Odwołującego o braku konkurencyjności z uwagi na to, że jacyś bowiem nie wskazani przez Odwołującego producenci - kilku, jak wskazuje również w piśmie procesowym 2-3 podmioty - nie posiadają sprzętu o konfiguracjach wymaganych przez Zamawiającego stanowi jedynie twierdzenie, które nie zostało w żaden sposób nawet sprecyzowane, a producenci ci nie zostali podani z nazwy. Tym samym nie sposób uznać, że dochodzi do jakiegoś ograniczenia w możliwości konkurowania wykonawców przy wykorzystaniu sprzętu producentów wskazanych w ćwiartce „Leaders” Raportu Gartnera. Odwoływanie się do terminu dostaw jako argumentu prowadzącego do ograniczenia konkurencji w przypadku wymagania oferowania Systemu Sterowania Połączeniami oraz urządzeń CE zawartych w ćwiartce „Leaders” Raportu Gartnera nie stanowi, nie dowodzi ograniczenia konkurencji, bowiem fakt realizacji dostaw jest elementem polityki biznesowej i jako taki, w przypadku braku kwestionowania terminu realizacji zamówienia określonego przez Zamawiającego, nie może stanowić elementu uzasadniającego ograniczenie konkurencji.

Odwołanie się do postanowień OPZ i Projektu umowy w zakresie pozostawiania przy wykonawcy własności sprzętu i wpływu tego na konieczność oferowania sprzętu producentów ze wskazanej ćwiartki „Leaders” stanowi argumentację jaka przedstawiona została dopiero na rozprawie. Odwołujący uzasadniając swoje stanowisko tymi postanowieniami nie przedstawił argumentacji w odwołaniu, a w trakcie rozprawy poprzestał na stwierdzeniach, że przez okres realizacji zamówienia oraz po jego zakończeniu sprzęt i oprogramowanie niezbędne do realizacji zamówienia pozostają własnością wykonawcy. Niemniej nie uzasadnił w jaki sposób miałyby to wpłynąć albo choć uprawdopodobnić ograniczenie konkurencji między wykonawcami ubiegającymi się o zamówienia, podczas gdy w stosunku do wszystkich realizowane są te same postanowienia umowne. Realizacja przedmiotu zamówienia, którym jest świadczenie usług operatora sieci rozległej WAN_PP, wymaga od wykonawcy postawienia u Zamawiającego sprzętu za pomocą którego owa usługa będzie świadczona. Elementem nader istotnym dla świadczenia tej usługi pozostaje sprzęt jaki zostanie wykorzystany do realizacji zamówienia. Oznacza to, że dla realizacji usługi nie ma znaczenia kto pozostaje właścicielem sprzętu.

W ocenie Izby Zamawiający uprawnionych jest do takiego opisanie przedmiotu zamówienia, które w segmencie pewnych rozwiązań technicznych pozwoli mu na przyjęcie, że zapewnia realizację usługi na najwyższym poziomie. Nie sposób uznać, że Zamawiający ma się godzić na jakiegokolwiek rozwiązania. Prawem i obowiązkiem Zamawiających wydatkujących środki publiczne jest określanie takich rozwiązań oraz korzystanie z powszechnych i dostępnych (obiektywnych i nieuwarunkowanych) dla podmiotów/ producentów środków weryfikacji, które będą dawały Zamawiającemu gwarancję doboru jak najlepszego rozwiązania dla jego potrzeb. Realizacja potrzeb Zamawiającego nie jest uwarunkowana możliwościami danego wykonawcy, natomiast zakresem zadań jakie przypisane są danemu Zamawiającemu.

Izba uznała, że zarówno wykreślenie kwestionowanego postanowienia OPZ jak również jego zmiana w sposób wskazany przez Odwołującego nie jest zasadna w kontekście uprawnienia Zamawiającego opisanie przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem potrzeb tego

Zamawiającego, będącego gwarancją realizacji zamówienia w sposób należyty dla ok.60 000 osób korzystających z usługi stanowiącej przedmiot zamówienia.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Zgodnie z art. 557 ustawy w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. W rozpoznawanie sprawie odwołanie niezasadne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący: