

WYROK

Warszawa, dnia 4 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Beata Konik

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 czerwca 2024 r. przez odwołującego Integrated Solutions spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Poczta Polska spółkę akcyjną z siedzibą w Warszawie,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: .....

Sygn. akt: KIO 1945/24

**Uzasadnienie**

Poczta Polska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn.: „Dostawa, wdrożenie i utrzymanie infrastruktury sieciowej SD-WAN na potrzeby sieci WAN dla Poczty Polskiej S.A.” nr postępowania: CZ.26.317.2024.DC.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.).

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 24 maja 2024 r., nr wydania, Dz. U. S: 100/2024, nr publikacji 306436-2024.

W postępowaniu tym wykonawca Integrated Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) 3 czerwca 2024 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec treści dokumentów zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 99 ust. 4 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję z uwagi na wymaganie, aby producent Urządzeń SD-WAN został sklasyfikowany w ćwiartce „Leaders” w ostatnim opublikowanym przed wszczęciem postępowania raporcie „Magic Quadrant for WAN Edge Infrastructure” lub „Magic Quadrant for SD-WAN” wydanym przez Gartner Inc. (pkt 1.2 ppkt 7 opisu przedmiotu zamówienia), podczas gdy na rynku dostępne są urządzenia SD WAN spełniające wymagania Zamawiającego, znajdujące się w innych opracowaniach badawczych, a żądanie aby producent oferowanych urządzeń SD WAN był zakwalifikowany w opracowaniu firmy badawczej Gartner w obszarze liderów nie jest uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, a jednocześnie może utrudniać uczciwą konkurencję, gdyż dopuszcza zaoferowanie przez wykonawców urządzeń wyłącznie jednego producenta,
- 2) art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, a także nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz mogący utrudniać uczciwą konkurencję z uwagi na wymaganie, aby zagregowana wydajność pojedynczego routera SD-WAN w

Grupie 0 mierzona dla interfejsów WAN dla ruchu IMIX (nie dłuższego niż 400B) szyfrowanego AES 256 wynosiła 32 000 Mbps (pkt 1.2. ppkt 28 tabela wiersz pierwszy opis przedmiotu zamówienia), podczas gdy analiza przedmiotu zamówienia wskazuje, że pojedynczy router SD-WAN w większości wypadków terminuje pojedyncze łącze WAN, zaś prędkość takiego łącza to w obecnych warunkach maksymalnie 10 Gbps (10 000 Mbps) – co oznacza, że router terminujący takie łącze powinien mieć zagregowaną wydajność na poziomie 20 Gbps (20 000 Mbps),

- 3)art. 99 ust. 1 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący a także nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na opis Systemu bezpieczeństwa SD-WAN wymagający zapewnienia opisanych funkcji bezpieczeństwa na urządzeniach SD-WAN (pkt 1.2 ppkt 13 opisu przedmiotu zamówienia), przy jednoczesnym dopuszczeniu w pkt 1.2. ppkt 13.7.1 opisu przedmiotu zamówienia dla urządzeń 3 z Grupy 0 realizacji wskazanych funkcjonalności bezpieczeństwa w oparciu o dedykowane urządzenia (inne niż urządzenia SD-WAN), podczas gdy z opisu przedmiotu zamówienia wynika, że możliwe jest zaoferowanie urządzeń SD-WAN wspierających podstawowe funkcje bezpieczeństwa (pkt 1.2. ppkt 13.2 opisu przedmiotu zamówienia), a pozostałe funkcje bezpieczeństwa realizować w oparciu o dedykowane urządzenia bezpieczeństwa.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonanie następujących zmian w dokumentach zamówienia:

1. Wykreślenie wymagania z pkt 1.2 ppkt 7 opisu przedmiotu zamówienia, aby producent Urządzeń SD-WAN został sklasyfikowany w ćwiartce „Leaders” w ostatnim opublikowanym przed wszczęciem postępowania raporcie „*Magic Quadrant for WAN Edge Infrastructure*” lub „*Magic Quadrant for SD-WAN*” wydanym przez Gartner Inc.
2. Zmniejszenie parametru zagregowanej przepustowości dla Urządzeń z Grupy 0 do 20 000 Mbps.
3. Dopuszczenie możliwości spełnienia wymagań bezpieczeństwa opisanych w pkt 1.2 ppkt 13 opisu przedmiotu zamówienia przez dedykowane urządzenia bezpieczeństwa.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę.

Następnie Odwołujący podał uzasadnienie podniesionych zarzutów.

Ad zarzutu 1

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający w Postępowaniu opisał przedmiot zamówienia w sposób ograniczający możliwość oferowania różnych konkurencyjnych rozwiązań, które to ograniczenia nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że wymaganie z pkt 1.2 ppkt 7 OPZ należy uznać za nieuzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego. W ocenie Odwołującego Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób ograniczający możliwość oferowania innych sprawdzonych urządzeń SD WAN, co ogranicza uczciwą konkurencję oraz utrudnia wykonawcom złożenie ofert. Odwołujący zaznaczył, że w OPZ Zamawiający opisał szczegółowo wymagania techniczne, jakie muszą spełniać urządzenia SD WAN, które ma zaoferować wykonawca składając ofertę w Postępowaniu. W ocenie Odwołującego wymagania te są wystarczające do wybrania odpowiednich urządzeń SD WAN odpowiedniego producenta. Jest tak, ponieważ wymagania opisane przez Zamawiającego w OPZ to obiektywne parametry, podyktowane parametrami sieci WAN Zamawiającego. Odwołujący podniósł, że wymaganie, aby producent urządzeń SD-WAN został sklasyfikowany w ćwiartce Liderów w ostatnim opublikowanym przed wszczęciem postępowania raporcie „*Magic Quadrant*” firmy Gartner Inc. nie jest wymaganiem obiektywnym, podyktowanym parametrami sieci WAN Zamawiającego. Raport firmy Gartner Inc. jest subiektywną oceną dostępnych na rynku rozwiązań autorów tego raportu. Odwołujący zwrócił uwagę na treść zastrzeżenia w raporcie i argumentował, że w interesie Zamawiającego jest wybór producenta urządzeń, który spełnia wszystkie kryteria techniczne i jest najbardziej optymalny cenowo, a kryteria firmy Gartner Inc. - jak sama organizacja przyznaje - są subiektywną oceną Gartner Inc. i nie należy ich interpretować jako stwierdzenia faktu tudzież kryterium wyboru urządzeń. Odwołujący wskazał, że istnieją urządzenia innych producentów spełniające wymagania Zamawiającego, które zostały zakwalifikowane w raportach innych firm badawczych. Przykładowo Odwołujący wskazał, że w raporcie przygotowanym przez International Data Corporation (IDC) pod nazwą „*MarketScape SD-WAN 2023*” dotyczącym Infrastruktury SD-WAN producenci Versa i Palo Alto wskazani zostali na granicy ćwiartek „*Leaders*” i „*Major players*”. W badaniu sporządzonym przez Gartner Inc. w raporcie „*Magiczny Kwadrat*” producenci ci (Verso, Palo Alto) zostali wskazani w ćwiartce „*Leaders*”. Odwołujący z powyższego wywodzi, że raporty te wskazują, że możliwe jest różne sklasyfikowanie producentów i urządzeń, co potwierdza, że zawężanie przez Zamawiającego wymagania dotyczącego możliwych oferowanych urządzeń poprzez odniesienie się do jednego konkretnego raportu jest kryterium nieobiektywnym i ograniczającym. Odwołujący wskazał, że raport IDC wskazuje również, że nie należy traktować wszelkich diagramów opracowywanych przez podmioty komercyjne – a takim jest Gartner Inc., jako wyznacznika jakości, który powinien decydować o dopuszczalnym katalogu urządzeń.

Zdaniem Odwołującego, ograniczenie producentów urządzeń wyłącznie do tego, który został zakwalifikowany w konkretnym segmencie (czy też ćwiartce w diagramie) w konkretnym raporcie jednej firmy badawczej – Gartner Inc., w sposób sztuczny ogranicza zakres możliwych do zaoferowania urządzeń SD WAN, niezależnie od tego, czy te urządzenia spełniają wymagania Zamawiającego. Uzależnienie możliwości zaoferowania danego urządzenia SD WAN od uwzględnienia tego rozwiązania w konkretnym raporcie konkretnej firmy nie wynika, w ocenie Odwołującego, z obiektywnych potrzeb Zamawiającego wyrażonych w dokumentach zamówienia.

Odwołujący zauważył, że Gartner Inc. nie jest jedyną niezależną liczącą się na rynku organizacją badawczą analizującą rozwiązania dla sieci WAN. Odwołujący wskazał na inne firmy badawcze takie jak wspomniany wyżej IDC. Ponadto, Odwołujący podniósł, że na rynku dostępne są inne sprawdzone urządzenia SD WAN spełniające wymagania funkcjonalne Zamawiającego opisane w Opisie przedmiotu zamówienia.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający powinien wymagać, aby zaoferowane urządzenia spełniały wymagania funkcjonalne określone w opisie przedmiotu zamówienia. Jeśli tak będzie, bez znaczenia pozostaje to, w której ćwiartce w badaniu Magicznego Kwadratu Gartner Inc. wskazany został producent tych urządzeń.

Odwołujący wskazał, że w świetle art. 99 ust. 4 ustawy swoboda Zamawiającego w sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia nie jest nieograniczona. Wymaganie Zamawiającego niewątpliwie zawęży katalog potencjalnych rozwiązań do produktów konkretnego producenta. W związku z tym na Zamawiającym ciążył obowiązek wykazania, że takie wymaganie jest uzasadnione konkretnymi, w pełni uzasadnionymi potrzebami. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie sprostował temu obowiązkowi.

Odwołujący wskazał, że w dokumentach zamówienia Zamawiający nie uzasadnił wymagania, aby producent Urządzeń SD-WAN został sklasyfikowany w ćwiartce „Leaders” w ostatnim opublikowanym przed wszczęciem postępowania raporcie „*Magic Quadrant for WAN Edge Infrastructure*” lub „*Magic Quadrant for SD-WAN*” wydanym przez Gartner Inc., poprzez wykazanie konkretnych, uzasadnionych potrzeb Zamawiającego. Wymagania ograniczające konkurencję muszą wynikać z konkretnych cech i właściwości przedmiotu zamówienia, które to cechy i właściwości są niezbędne dla realizacji celu, jakiego ma służyć wykonanie zamówienia. Zamawiający powołał się na okoliczności zewnętrzne, niezwiązane z przedmiotem zamówienia. Zamawiający nie wskazał przy tym, w jaki sposób informacje zawarte w badaniu Gartner Inc. bądź kryteria podlegające ocenie w tym badaniu przekładają się na parametry techniczne, jakościowe, funkcjonalne urządzeń SD-WAN istotne z punktu widzenia potrzeb Zamawiającego związanych z przedmiotem zamówienia i do nich referujących.

Odwołujący powołał się na stanowisko doktryny w zakresie sposobu wykładni normy wskazanej w treści art. 99 ust. 4 ustawy Pzp. Ponadto Odwołujący powołał się na stanowisko Izby wyrażone w wyroku o sygn. akt sygn. KIO 3427/23.

#### Ad zarzutu 2

Odwołujący wskazał, że w pkt 1.2. ppkt 28 w tabeli określającej wydajności dla poszczególnych grup sprzętowych Zamawiający dla urządzeń Grupy 0 wymaga zagregowanej wydajności pojedynczego routera SD-WAN wynoszącej 32 000 Mbps. Zdaniem Odwołującego powyższe wymaganie nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, ponieważ pojedynczy router SD WAN w większości wypadków terminuje pojedyncze łącze WAN, zaś prędkość takiego łącza to w obecnych warunkach maksymalnie 10 Gbps. Oznacza to, że router terminujący takie łącze powinien mieć zagregowaną wydajność na poziomie 20 Gbps. Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający prowadzi aktualnie postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług transmisji danych na potrzeby sieci WAN dla Poczty Polskiej S.A., w którym wymaga zapewnienia pojedynczego łącza dla lokalizacji Grupy 0 na poziomie maks. 8 Gbps – oznacza to, że urządzenia terminujące te łącza powinny mieć zagregowaną wydajność na poziomie 16 Gbps. Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, wymaganie, aby zagregowana wydajność pojedynczego routera SD-WAN dla urządzeń Grupy 0 wynosiła 32 000 Mbps, jest nadmierne, nieuzasadnione i nie uwzględnia wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty. Zdaniem Odwołującego powyższe okoliczności uzasadniają żądanie zmniejszenia parametru zagregowanej przepustowości dla urządzeń z Grupy 0 do 20 000 Mbps.

#### Ad zarzutu 3

Odwołujący wskazał, że w pkt 1.2 ppkt 13 OPZ Zamawiający opisał System bezpieczeństwa SD-WAN wymagając zapewnienia opisanych funkcji bezpieczeństwa na urządzeniach SD-WAN. Jednocześnie w pkt 1.2. ppkt 13.7.1 OPZ dla urządzeń z Grupy 0 Zamawiający dopuścił realizację wskazanych funkcjonalności bezpieczeństwa w oparciu o dedykowane urządzenia (inne niż urządzenia SD-WAN). W związku z powyższym w myśl przywołanych wymagań z OPZ wykonawcy winni mieć możliwość oferowania urządzeń SD-WAN wspierających podstawowe funkcje bezpieczeństwa (zgodnie z wymaganiem z pkt 1.2. ppkt 13.2 OPZ), a dla realizacji pozostałych funkcji bezpieczeństwa mieć możliwość zaoferowania dedykowanych urządzeń bezpieczeństwa. Dopuszczenie takiego rozwiązania zapewni, w ocenie Odwołującego, spełnienie wszystkich wymagań z zakresu bezpieczeństwa zawartych w OPZ, a jednocześnie

pozwole spełnić wymagania większej liczbie producentów rozwiązań SD WAN. Stąd też Odwołujący wnosi o dopuszczenie możliwości spełnienia wymagań bezpieczeństwa opisanych w pkt 1.2 ppkt 13 OPZ przez dedykowane urządzenia bezpieczeństwa.

W złożonej pismem z 28 czerwca 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości, przedstawiając uzasadnienie swojego stanowiska.

#### Ad zarzutu 1

Zamawiający wskazał, że przedmiot zamówienia obejmuje dostawę urządzeń niezbędnych do uruchomienia usługi kluczowej dla funkcjonowania organizacji Zamawiającego i realizacji jego zadań. Zamawiający podkreślił, że oczekuje, że sieć WAN będzie zbudowana z komponentów o najwyższej jakości, zapewniającej wysoki standard usługi, w szczególności w zakresie jej niezawodności, trwałości i bezpieczeństwa.

Zamawiający wyjaśnił, że raporty Gartner są źródłem informacji o jakości produktów, powszechnie uznanym w sektorze informatycznym. Gartner jest prywatną niezależną organizacją analityczno – badawczą, według ogólnodostępnych źródeł działającą w ponad 100 krajach, zatrudniającą blisko 2000 analityków i konsultantów. Raporty Gartner powszechnie wykorzystywane są w działalności firm consultingowych świadczących usługi doradcze w projektach informatycznych oraz przez organizacje realizujące duże przedsięwzięcia technologiczne. Gartner w swojej działalności zachowuje zasady przejrzystości i obiektywizmu, warunkujące rzeczywistą wartość raportów dla użytkowników, w szczególności nie ogranicza żadnym producentom udziału w badaniu, ani organizacjom dostępu do wyników badań (przy czym dostęp do analiz Gartner jest odpłatny, na jednolitych i przejrzystych warunkach). Zamawiający zwrócił uwagę, że Wbrew twierdzeniu Odwołującego, kwestionowane wymaganie nie wskazuje na jednego producenta, bowiem w ostatnim raporcie opublikowanym przed wszczęciem postępowania, w ćwiartce „Leaders”, wskazanych jest 6 podmiotów, to jest: Fortinet, VMware, Cisco Systems, HPE, Palo Alto Networks i Versa Networks.

Zamawiający przypomniał, że zgodnie z ugruntowanym poglądem orzecznictwa i doktryny, do dopuszczenia wszelkich rozwiązań, a tylko takich, które odpowiadają jego rzeczywistym potrzebom. Sięgnięcie do powszechnie uznanego narzędzia oceny jakości produktów informatycznych, jakim jest raport Gartner, podyktowane jest potrzebą zapewnienia odpowiedniego poziomu jakościowego oferowanych urządzeń oraz potrzebą uzyskania zewnętrznego, wiarygodnego potwierdzenia tego poziomu na etapie oceny ofert.

Ponadto, Zamawiający wyraził pogląd, że choć kwestionowane wymaganie ogranicza krąg wykonawców, to nie jest to nieuprawnione ograniczenie konkurencji, lecz takie zdefiniowanie kręgu produktów odpowiednich dla przedmiotowego projektu teleinformatycznego, które odpowiada rzeczywistym potrzebom Zamawiającego, w tym w szczególności jest adekwatne do rangi i skali projektu oraz jego znaczenia dla funkcjonowania organizacji Zamawiającego. Należy też zaznaczyć, że ograniczenie liczby produktów do tych pochodzących z „najwyższej półki” nie ogranicza możliwości złożenia oferty żadnemu wykonawcy zdolnemu do wykonania zamówienia (w szczególności Odwołującemu), bowiem produkty te są dystrybuowane przez wiele różnych podmiotów działających na rynku w obszarze teleinformatyki.

Zamawiający powołał się też na stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 17 października 2022 r., sygn. akt KIO 2600/22. Zamawiający wskazał, że oceniane było analogiczne wymaganie jak w tym postępowaniu, Zamawiający był stroną tamtego postępowania, a Izba zaaprobowała opisanie przedmiotu zamówienia przez odniesienie się do spornej ćwiartki raportu Gartnera.

Zamawiający podkreślił, że formułując kwestionowane wymaganie Zamawiający nie ograniczył konkurencji w sposób niedozwolony, dążył do zaspokojenia w pełni uzasadnionych potrzeb swojej organizacji oraz polegał na ocenie Krajowej Izby Odwoławczej dokonanej w odniesieniu do takiego samego wymagania postawionego w jednym z poprzednich postępowań.

#### Ad zarzutu 2

Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący nie wykazał, ani nawet nie uzasadnił, na czym polega naruszenie zasady określoności przedmiotu zamówienia wyrażonej w art. 99 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący nie wskazał w szczególności, brak jakich informacji lub jaki brak precyzji w opisie przedmiotu zamówienia utrudnia lub uniemożliwia mu złożenie oferty. Zamawiający argumentował, że nie może domyslać się intencji Wykonawcy i „dopisywać” brakującej treści zarzutów, w związku z czym odwołanie w omawianym zakresie powinno zostać oddalone już tylko z tego względu, że nie obejmuje uzasadnienia zarzutu.

Ponadto, w ocenie Zamawiającego, Odwołujący nie uzasadnia w żaden sposób, z jakich względów w przedmiotowym postępowaniu kwestionowane wymaganie narusza zasadę konkurencyjności i równego traktowania. Odwołujący nawiązuje jedynie do innego postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, wskazując, że wymagana tam wydajność jest niższa, niż wymagana w kwestionowanym postanowieniu SWZ. Odwołujący błędnie założył, że urządzenia Grupy 0 będą agregować ruch tylko z łączy w Części I i II. Zamawiający informuje, że urządzenia Grupy 0 będą również agregować ruch z łączy dla Części III i ruch z prywatnego APN. Odwołujący nie wskazuje przy tym, z jakich względów kwestionowane wymaganie jest nadmierne, poprzestając wyłącznie na niczym nieuzasadnionej ocenie.

Zamawiający wskazał, że kwestionowane wymaganie nie ogranicza konkurencji i znajduje oparcie w jego uzasadnionych potrzebach. Aktualnie łączy z przetargu na WAN z Części I, II i III (podłączane do Urządzeń SD-WAN Grupy 0) sumują się do 24 Gb/s, a Zamawiający przewiduje zwiększenie ich przepustowości w kolejnych latach (o ok. 8 Gb/s) - co daje zapisaną w OPZ wymaganą wartość 32 GB/s. Wartość 32 Gb/s rozpatrywana jest w całym cyklu życia tych urządzeń, który wykracza poza horyzont umów na łączy WAN. Urządzenia będą wykorzystywane przez długi okres (co najmniej 7-letni), w związku z czym Zamawiający musi uwzględnić tendencje takie, jak postępująca digitalizacja (odejście od dokumentów papierowych i coraz większą liczbę dokumentów przesyłanych elektronicznie), czy związane z tym zwiększające się rozmiary przesyłanych plików. Dodatkowo, według wiedzy Zamawiającego, kwestionowane wymaganie nie jest wygórowane i jest spełnione przez rozwiązania wielu producentów. Zamawiający wskazał adresy internetowe przykładowych kart katalogowych wskazujących na wystarczającą szybkość urządzeń oferowanych przez wybranych producentów SD-WAN.

Ad zarzutu 3

Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący ponownie nie wskazał, na czym podniesione w zarzucie 3 naruszenie polega. W ocenie Zamawiającego nie sposób ustalić, jakie informacje są nieprecyzyjne lub jakich informacji brak oraz w jaki sposób takie domniemane braki utrudniają złożenie oferty. Zamawiający zwrócił uwagę, że Odwołujący nie twierdzi również, że kwestionowane wymaganie uniemożliwia mu złożenie oferty, a jedynie postuluje inne ukształtowanie wymagań, wskazując, że w jego ocenie zwiększy to konkurencyjność. Tak sformułowane tezy nie spełniają kryteriów zarzutów i nie zasługują w ocenie Zamawiającego na uwzględnienie. Niezależnie od powyższego, Zamawiający zajął stanowisko, że kwestionowane wymaganie nie narusza przepisów ustawy Pzp.

Zamawiający wyjaśnił, że wymaganie wynika z rzeczywistych uwarunkowań i potrzeb Zamawiającego. Zamawiający wymaga dostarczenia zunifikowanego rozwiązania w oparciu o jedną, zunifikowaną platformę sprzętową. Wynika to z najlepszych praktyk projektowania rozwiązań sieciowych dla sieci o bardzo dużej skali. W przypadku rozwiązań biznesowych pozwala to na minimalizację nakładów na zarządzanie (jedna, scentralizowana platforma do zarządzania kilkoma tysiącami urządzeń), mniejsze ryzyka związane z błędami (przy współdziałaniu podsystemów różnych klas i producentów takie ryzyka są dużo większe) i problemami z wydajnością systemu, a także mniejsze ryzyko podatności na cyberataki. Zamawiający dopuszcza wydzielenie funkcji bezpieczeństwa w Grupie 0 do innego osobnego urządzenia ze względów wydajnościowych (duże agregowane przepustowości) oraz z uwagi na możliwości techniczne umieszczenia w lokalizacjach T0 większej liczby urządzeń. Nie ma możliwości technicznych dopuszczenia dodatkowych urządzeń poza lokalizacjami Grupy 0 oraz lokalizacjami w których dopuszczono redundancję urządzeń SD-WAN i/lub zewnętrzne przełączniki LAN. Przykładowo, gdyby zastosować się do żądania Odwołującego, dla realizacji funkcjonalności zapory sieciową (firewall) klasy Stateful Inspection, zapewniającej niezależną kontrolę ruchu w warstwie underlay i overlay, należałoby dołożyć dwa urządzenia do każdego urządzenia SD-WAN, co nie jest technicznie możliwe ze względu na brak miejsca w szafach technicznych Zamawiającego.

Ponadto, Zamawiający wskazał, że wymaganie to nie ogranicza konkurencji między producentami różnych rozwiązań. Wszyscy kluczowi producenci urządzeń SD-WAN (wskazani w raporcie Gartner w ćwiartce „Leaders”) posiadają rodziny urządzeń SD-WAN z wbudowanymi funkcjami bezpieczeństwa, o których mowa w OPZ Rozdział 1 ust. 1.2 pkt 13, tj. m.in. możliwość tworzenia wydzielonych stref bezpieczeństwa, zaporę sieciową z funkcjami tworzenia reguł oraz monitorowania ruchu i stanu urządzenia. Zamawiający wskazał adresy internetowe przykładowych kart katalogowych producentów urządzeń SD-WAN.

**Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.**

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest zainteresowany udziałem w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Izba ustaliła, że żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia w charakterze uczestnika postępowania.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołanie jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody.

**Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.**

Na podstawie treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) wraz z załącznikiem nr 3 do SWZ zawierającym opis przedmiotu zamówienia, Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest dostawa w formie leasingu Urządzeń SD-WAN, wdrożenie i utrzymanie Systemu SD-WAN dla Poczty Polskiej S.A. na potrzeby WAN PP. Leasing Urządzeń SD-

WAN na warunkach określonych w Umowie i Ogólnych Warunkach Leasingu, w ramach którego: a) Zamawiający za dostarczone Urządzenia SD-WAN zobowiązany jest płacić Opłaty Leasingowe w oparciu o tryb i zasady określone w Załączniku nr 13A do projektu umowy [Tryb i zasady wyliczania Opłat Leasingowych]; b) Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia i oddania do używania, instalacji i konfiguracji nieużywanych, fabrycznie nowych Urządzeń SD-WAN wraz z Systemem Centralnego Zarządzania i Logowania, Systemem Monitorowania oraz licencjami oprogramowania.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarto w Załączniku nr 3 do SWZ oraz w projekcie umowy, stanowiącym Załącznik nr 11 do SWZ.

Kwestionowane w tym postępowaniu postanowienia OPZ mają następujące brzmienie:

- rozdział 1.2 Wymagania ogólne, pkt 7. *Zamawiający wymaga, aby producent Urządzeń SD-WAN został sklasyfikowany w ćwiartce „Leaders” w ostatnim opublikowanym przed wszczęciem postępowania raporcie „Magic Quadrant for WAN Edge Infrastructure” lub „Magic Quadrant for SD-WAN” wydanym przez Gartner Inc.*
- Rozdział 1.2 Wymagania ogólne, pkt 13.7 Dla Grupy 0 Urządzenia SD-WAN powinny dodatkowo posiadać funkcję wykrywania i blokowania ataków/intruzów w warstwie underlay i overlay: system prewencji włamań (IPS) i system detekcji zagrożeń (IDS).
  - 13.7.1. Wskazane funkcje mogą być realizowane na innych urządzeniach niż Urządzenia SD-WAN Grupy 0, jednakże: 13.7.1.1. Powinny pochodzić od tego samego producenta, co Urządzenia SD-WAN; 13.7.1.2. Powinny współpracować z dostarczonymi Urządzeniami SD-WAN, w szczególności powinny być zbudowane w architekturze HA i zapewniać integrację z Urządzeniami Grupy 0, pracującymi w architekturze HA. 13.7.1.3. Zapewniać wydajność adekwatną do Urządzeń Grupy 0 oraz obsługę ruchu na wszystkich interfejsach urządzeń Grupy 0. 13.7.1.4. W takim przypadku funkcjonalność firewall ma być realizowana na Urządzeniach SD-WAN. 13.7.1.5. Zarządzanie Urządzeniami IPS/IDS może być realizowane przez dedykowany podsystem Systemu Centralnego Zarządzania i Logowania, pochodzący od tego samego producenta. 13.7.1.6. Cena Urządzeń IPS/IDS i adekwatnych licencji będzie uwzględniona w cenie Urządzeń Grupy 0.
- Pkt 28. Specyfikacja zestawienia ilościowego oraz wydajności dla poszczególnych grup sprzętowych, pozycja 1 w tabeli, Grupa 0 Urządzeń-SD-WAN, Zagregowana wydajność pojedynczego routera SD-WAN mierzona dla interfejsów WAN dla ruchu IMIX (nie dłuższego niż 400B) szyfrowanego AES 256 w Mbps - 32 000.

#### **Izba zważyła co następuje.**

Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Przepis art. 99 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że 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. Jak wynika z kolei z przepisu art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

#### **Ad zarzutu 1**

Zarzut podlegał oddaleniu, z następujących powodów. W ocenie Izby Odwołujący nie zdołał wykazać zasadności zarzutu, w tym nie dokonał analizy przesłanek o których mowa w art. 99 ust. 4 ustawy Pzp będącego podstawą zarzutu. Nie bez znaczenia dla oceny jest również konstrukcja tego zarzutu. Odwołujący bowiem w *petitum* odwołania, opisując zarzut wskazał, że odwołanie się przez Zamawiającego do raportu Gartner Inc. i ćwiartki „Leaders” dopuszcza zaoferowanie urządzeń tylko jednego producenta. Odnotować należy, że teza ta nie została następnie rozwinięta w uzasadnieniu omawianego zarzutu w dalszej części odwołania. Dopiero podczas rozprawy Odwołujący podał, o jakiego producenta chodzi i z czego wywodzi, że w tym postępowaniu można zaoferować produkty tylko tego producenta. Jednak argumentacja ta musiała zostać przez Izbę pominięta z uwagi na podniesienie jej po terminie na wniesienie odwołania. Powołanie się przez Odwołującego na złożone podczas rozprawy dowody Izba również ocenia jako spóźnione. W ocenie Izby analiza możliwości oferowania rozwiązań innych producentów wskazanych w ćwiartce „Leaders” raportu Gartner Inc., niż wskazany przez Odwołującego w czasie rozprawy producent, powinna i mogła zostać przeprowadzona w odwołaniu, co nie miało miejsca. Wskazać należy, że w tego rodzaju postępowaniach, gdzie kwestionowane są postanowienia dokumentów zamówienia, w szczególności w zakresie dostępności zamówienia dla szeroko pojętego rynku, powołane dowody niejednokrotnie mogą mieć istotne znaczenie. Izba dostrzega, że w przypadku spraw, gdzie kwestionowane są postanowienia dokumentów zamówienia, wykonawcy nierzadko mogą mieć trudności w precyzyjnym formułowaniu zarzutów, w szczególności w sytuacji, gdy nie wiedzą na etapie wnoszenia odwołania, jakimi motywami kierował się dany zamawiający sporządzając kwestionowany opis przedmiotu zamówienia, jednak w okolicznościach tej sprawy, sam Odwołujący dostrzegł, że opis przedmiotu zamówienia jest precyzyjny i pozwala zidentyfikować, czego wymaga Zamawiający w tym postępowaniu. Mając na uwadze powyższe, nic nie stało na

przeszkodzi aby wykonać taką analizę celem wykazania ograniczeń w ofertowaniu, w przypadku utrzymania kwestionowanego postanowienia OPZ.

Wobec powyższego, w okolicznościach tej sprawy, nie sposób w ocenie Izby uznać, że zaszyły przesłanki do uwzględnienia zarzutu.

Następnie, odnosząc się do podniesionej przez Odwołującego argumentacji w uzasadnieniu zarzutu, Izba wskazuje, że Odwołujący nie dążył do wykazania, że złożenie oferty przy zachowaniu tego postanowienia jest niemożliwe, lecz że jest utrudnione. Jednak tej tezy Odwołujący w odwołaniu również nie uzasadnił należycie, o czym była mowa wyżej (podjęcia na rozprawie próba jest spóźniona, a w odwołaniu nie została w tym zakresie wskazana żadna argumentacja). Natomiast Odwołujący rozpiął się na temat znaczenia organizacji Gartner Inc., charakteru wydawanych raportów i porównaniu z innym raportem. Odwołujący nie wykazał przy tym, że okoliczności te pozostają bez znaczenia dla opisu przedmiotu zamówienia. Innymi słowy, że wykreślenie kwestionowanego postanowienia wpłynie nie tylko korzystnie na możliwości ofertowania ale także, że Zamawiający otrzyma nadal zamówienie wysokiej jakości. Trafnie natomiast zwrócił uwagę Zamawiający, że rezultaty w badaniu IDC, na które w odwołaniu powołał się Odwołujący, w ćwiartce „Leaders”, w zasadzie są identyczne. Dodatkowo stanowisko Odwołującego nie jest przejrzyste, ponieważ raz podważa wnioski z raportów Gartner Inc. wskazując, że są one subiektywną oceną Gartner Inc., innym razem przyznaje, że Gartner Inc. jest niezależną organizacją badawczą (*vide* pkt 13 str. 6 uzasadnienia odwołania). Ponadto, Odwołujący podnosi, że na rynku dostępne są rozwiązania innych producentów, które spełniają OPZ, a których nie ma w ćwiartce „Leaders” raportu Gartner Inc., jednak w odwołaniu również ich nie wskazał i nie wykonał żadnej analizy, która pokazywałaby, że kwestionowane wymaganie służy jedynie ograniczeniu konkurencji, a jego wykreślenie nie wpłynie na jakość przedmiotu składanych ofert.

Odnosząc się natomiast do twierdzeń wskazanych w pkt 17 uzasadnienia odwołania, zgodnie z którymi Zamawiający zaniechał w dokumentach zamówienia uzasadnienia powodów powołania się na raport Gartner Inc., dostrzeżenia wymaga, że Odwołujący nie wskazał na konkretny przepis ustawy, który by to nakazywał Zamawiającemu. Tymczasem, jak stanowi art. 99 ust. 4 ustawy Pzp referuje do opisu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnych wykonawców. Natomiast jak wskazano wcześniej, Odwołujący w odwołaniu, w uzasadnieniu omawianego zarzutu, nie wykazał, że skarżone postanowienie wywołuje taki skutek (twierdzenie o możliwości zaoferowania produktów jednego producenta nie zostało następnie w odwołaniu rozwinięte). Odwołujący podał enigmatycznie, że skarżone postanowienie utrudni wykonawcom złożenie ofert.

Jednocześnie, odnosząc się do argumentacji zawartej w odpowiedzi na odwołanie, Izba uznała, że Zamawiający wykazał, że kwestionowane postanowienie jest w okolicznościach tej sprawy uzasadnione potrzebami Zamawiającego takimi jak niezawodność, trwałość i bezpieczeństwo usługi. W tym zakresie trafnie, zdaniem Izby, Zamawiający argumentował że przedmiot zamówienia obejmuje dostawę urządzeń niezbędnych do uruchomienia usługi kluczowej dla funkcjonowania Zamawiającego. Urządzenia mają w założeniu Zamawiającego posłużyć co najmniej 7 lat. W szeroko rozumianej branży technologicznej jest to bardzo odległą perspektywą czasową. Tym bardziej więc argumenty Zamawiającego, który wskazuje, że ważne dla niego są takie cechy jak trwałość rozwiązań i ich jakość, zasługują w tych okolicznościach na uwzględnienie. Zamawiający wyjaśnił, że raport Gartner Inc. jest dla niego niezależnym potwierdzeniem jakości oferowanych rozwiązań. Izba uwzględniła też również stanowisko Zamawiającego wskazane w pkt 1.e. odpowiedzi na odwołanie.

Odnosząc się natomiast do przywołanego przez Odwołującego wyroku Izby z 1 grudnia 2023 r. w połączonych sprawach o sygn. KIO 3399/23 i KIO 3427/23 Izba zwraca uwagę, że podstawą uwzględnienia zarzutu co do niezasadności zawarcia w opisie przedmiotu zamówienia wymogu co do zakwalifikowanie oferowanego systemu w niezależnym opracowaniu firmy badawczej Gartner było ustalenie, że Zamawiający nie wykazał że wymóg ten wynika z jego uzasadnionych potrzeb. Natomiast o oddaleniu rozpoznawanego w tej sprawie zarzutu przesądziła przede wszystkim treść zarzutu, w tym jego uzasadnienie i konstrukcja.

Wobec powyższego, mając na uwadze granicę zarzutu, jego sformułowanie i podane uzasadnienie, zarzut podlegał oddaleniu.

#### Ad zarzutu 2

Zarzut podlegał oddaleniu jako niewykazany. W uzasadnieniu zarzutu, Odwołujący odniósł się do innego postępowania, prowadzonego aktualnie przez Zamawiającego, jednak jego twierdzenia nie są poparte żadnymi danymi pochodzącymi z dokumentów tamtego zamówienia. W odpowiedzi na taką argumentację Odwołującego, Zamawiający wyjaśnił, że urządzenia Grupy 0 będą agregować ruch ze wszystkich trzech części. Zamawiający wyjaśnił też, że przewiduje w kolejnych latach zwiększenie ich przepustowości, a także podał, że uwzględnił postępującą digitalizację i związane z tym większe rozmiary przesyłanych plików (*vide* pkt 2.b i 2.c odpowiedzi na odwołanie). Wobec treści stanowiska Zamawiającego przedstawionego w odpowiedzi na odwołanie i podtrzymanego na rozprawie, Izba uznała, że kwestionowane postanowienie podyktowane jest uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego, w konsekwencji czego

zarzut został oddalony.

#### Ad zarzutu 3

Podczas posiedzenia z udziałem Stron, Odwołujący świadczył, że modyfikuje żądanie w ten sposób, że dodaje stwierdzenie: „w odniesieniu do urządzeń Grupy 0”.

Z uwagi na treść art. 555 ustawy Pzp, Izba wskazuje, że modyfikacja odwołania po terminie na jego wniesienie każdorazowo musi podlegać ocenie przez pryzmat granic wyznaczonych zarzutami. Izba w tym miejscu wyjaśnia, że w przypadku odwołań na treść dokumentów zamówienia, trafność zarzutu jest niejednokrotnie determinowana trafnością żądania. Uwzględniając więc specyfikę odwołań na treść dokumentów zamówienia nie jest wykluczone w danych okolicznościach sprawy modyfikowanie żądań, jednak podlega to każdorazowej ocenie. W szczególności istotne jest aby podane w odwołaniu uzasadnienie nadal było aktualne dla zmodyfikowanego żądania. Odwołujący w uzasadnieniu referuje do pkt rozdziału 1.2 OPZ pkt 13 (*vide* pkt 1 uzasadnienia zarzutu 3 str. 8 odwołania), następnie do rozdziału 1.2 OPZ pkt 13.7.1, a następnie do pkt 13.2. Na rozprawie jednak okazało się, że kluczowy dla zarzutu jest pkt 13.7.1.4 którego brzmienie, jak wyjaśnił Odwołujący, nie pozwala na zaoferowanie rozwiązań równoważnych ponieważ w tym punkcie Zamawiający wymaga aby funkcjonalność firewall była realizowana na urządzeniach SD-WAN. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający dopuszcza wydzielenie funkcji bezpieczeństwa w Grupie 0 do innego osobnego urządzenia, jednak podczas rozprawy Odwołujący wskazał, że nie obejmuje to pełnego zakresu z uwagi na pkt 13.7.1.4.

W tym stanie rzeczy Izba doszła do przekonania, że mając na uwadze sposób modyfikacji żądania i istotę zarzutu, podane w odwołaniu uzasadnienie jest ogólne i nie dotyka istoty problemu wyjaśnionej przez Odwołującego podczas rozprawy, co przesądziło o oddaleniu zarzutu. Uzasadnienie podane w odwołaniu koncentruje się przede wszystkim na stwierdzeniu, że żądana zmiana pozytywnie wpłynie na konkurencję i zapewni wymagania z zakresu bezpieczeństwa. Na rozprawie wyjaśniono, że chodzi o dopuszczenie rozwiązania równoważnego, a taka argumentacja nie pojawiła się w treści uzasadnienia odwołania. Jednocześnie stanowisko Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie pokazuje, że pomijając doprecyzowanie żądania, zarzut został zupełnie inaczej zrozumiany, tj. w odniesieniu do wszystkich urządzeń, a nie tylko tych z Grupy 0. Dostrzec też należy, że w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający przyznał, że w odniesieniu do urządzeń z Grupy 0 dopuścił wydzielenie funkcji bezpieczeństwa do innego osobnego urządzenia. Jednak na rozprawie Odwołujący podniósł, że nie dotyczy to funkcji wskazanej w pkt 13.7.1.4 OPZ, a w ocenie Izby okoliczność ta powinna zostać opisana, wyjaśniona i uzasadniona w treści odwołania. Powyższe przesądziło o oddaleniu zarzutu.

Wobec oddalenia wszystkich zarzutów, Izba oddaliła odwołanie w całości, czemu dała wyraz w sentencji orzeczenia.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 związku z § 2 ust. 1 pkt 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: .....