**Sygn. akt: KIO 1144/24**

**WYROK**

Warszawa, dnia 23 kwietnia 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska
Beata Konik
Joanna Stankiewicz-Baraniak
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 kwietnia 2024 r przez wykonawcę Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 160 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Polska Agencja Żeglugi Powietrznej z siedzibą w Warszawie, ul. Wieżowa 8
uczestnik po stronie zamawiającego – wykonawca T-Mobile Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Marynarska 12

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 160 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł. 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) wniesioną przez wykonawcę Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 160 tytułem uiszczonego wpisu, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika odwołującego i kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika zamawiającego,

2.2 zasądza od wykonawcy Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 160 na rzecz zamawiającego Polska Agencja Żeglugi Powietrznej z siedzibą w Warszawie, ul. Wieżowa 8 kwotę: 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu wydatków 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 1144/24**

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Polską Agencję Żeglugi Powietrznej w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę oraz wdrożenie systemu monitorowania cyberbezpieczństwa (SIEM) oraz świadczenie usługi monitorowania cyberbezpieczeństwa (SOC) zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 25 marca 2024 r. za numerem S 60/2024 - 178160

W dniu 4 kwietnia 2024 r. wykonawca Orange Polska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, al. Jerozolimskie 160 wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 28 maja 2021 r. udzielonego przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 12 lutego 2021 r., udzielonego przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 19 stycznia 2021 r. udzielonego przez prezesa i członka zarządu. Do odwołania dołączono dowód przekazania odwołania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy:

1. Opisanie przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję z uwagi na wymaganie, aby System pobierania i analizy zdarzeń oraz wykrywania incydentów bezpieczeństwa był wskazany jako lider zgodnie z najnowszą klasyfikacją systemów SIEM wg Gartnera, a producent Systemu posiadał wysoką zdolność do realizacji (ability to execute) oraz wysoką kompletność wizji (completeness of vision), podczas gdy na rynku dostępne są systemy SIEM spełniające wymagania zamawiającego, znajdujące się w innych opracowaniach badawczych, a żądanie aby

oferowany System był zakwalifikowany w opracowaniu firmy badawczej Gartner dotyczącym rozwiązań klasy SIEM w obszarze liderów nie jest uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego, a jednocześnie może utrudniać uczciwą konkurencję,
- co stanowi naruszenie art. 99 ust. 4 ustawy.
Wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany dokumentów zamówienia poprzez:
1. dopuszczenie zaoferowania przez wykonawców rozwiązań klasy SIEM klasyfikowanych w raportach Gartnera w zakresie ćwiartek Leaders, Challengers, Visionaries (poza Niche Players)lub innych kwalifikowanych w raportach innych niezależnych ale adekwatnych instytucji badawczych jak Forrester Reserach In., czy GigaOm 2023.
Odwołujący wskazał, że jako wykonawca posiada interes w uzyskaniu zamówienia, a jednocześnie może ponieść szkodę na skutek opisania przez zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z ustawą. Zamawiający opisał przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję, co uniemożliwia odwołującemu złożenie oferty, a w konsekwencji uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do zgodności opisu przedmiotu zamówienia z przepisami ustawy i pozwoli odwołującemu na złożenie oferty w Postępowaniu i uzyskanie zamówienia. Wobec powyższego, należy uznać odwołującego za podmiot uprawniony do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy.
Zamawiający w postępowaniu opisał przedmiot zamówienia w sposób ograniczający możliwość oferowania różnych konkurencyjnych rozwiązań, które to ograniczenia nie są uzasadnione jego obiektywnymi potrzebami.
W odniesieniu do System pobierania i analizy zdarzeń oraz wykrywania incydentów bezpieczeństwa zamawiający w pkt 91 opisu przedmiotu zamówienia wymaga, aby system
SIEM znajdował się w obszarze liderów w najnowszej klasyfikacji Gartnera (badanie tzw. magicznego kwadtatu).
W odpowiedzi na pytanie nr 2 udzielonej w piśmie z dn. 3.04.2024 r. zamawiający stanął na stanowisku, że Gartner Inc. jest organizacją będącą liderem wśród przedsiębiorstw analitycznobadawczych, dlatego też jest wskazywana jako punkt referencyjny w wielu opisach przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie przedstawił żadnego innego uzasadnienia, że wymaganie sformułowane w pkt 91 OPZ jest podyktowane konkretnymi, uzasadnionymi potrzebami zamawiającego.
Wymaganie, aby oferowany system SIEM był zakwalifikowany jedynie w niezależnym opracowaniu firmy badawczej Gartner, dotyczącym rozwiązań klasy SIEM w obszarze liderów – badanie tzw. Magicznego Kwadratu, należy według odwołującego uznać za nieuzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego. W ocenie odwołującego zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób ograniczający możliwość oferowania innych sprawdzonych rozwiązań systemu SIEM, co ogranicza uczciwą konkurencję oraz utrudnia wykonawcom złożenie ofert.
Odwołujący zauważył, że Gartner Inc. nie jest jedyną niezależną liczącą się na rynku organizacją badawczą analizującą rozwiązania klasy SIEM. Można wymienić inne firmy badawcze takie jak np. Forrester Reserach Inc., GigaOM KuppingerCole, czy SC Media.
Wymaganie zamawiającego wskazuje na konkretny rodzaj raportu – badanie Magicznego Kwadratu.
Odwołujący podniósł, że na rynku dostępne są inne sprawdzone systemy SIEM spełniające wymagania funkcjonalne zamawiającego opisane w Załączniku nr 1 do SWZ – Opisie przedmiotu zamówienia – pkt III, a ich niezawodność potwierdzają liczne raporty. Przykładowo - Gartner Inc. przygotowuje dwa różne rodzaje raportów – są to raporty będące wynikiem pracy zatrudnionych przez Gartnet Inc. analityków oraz raporty bazujące na doświadczeniach klientów użytkujących różne rozwiązania SIEM – m.in. raport “2023 Gartner’s ‘Voice of the Customer for SIEM”. Raport ten oparty jest na zweryfikowanych przez Gartner opiniach klientów o dostawcach SIEM. Raport ten dostarcza zagregowaną perspektywę porównawczą na temat rozwiązań, w tym ich mocnych i słabych stron oraz ogólnego zadowolenia klientów z systemów SIEM. Raport zawiera również oceny klientów dotyczące możliwości produktu, doświadczenia sprzedażowego, doświadczenia wdrożeniowego i doświadczenia w zakresie wsparcia technicznego producenta. Raport ten zawiera zatem ocenę systemu SIEM wydaną przez samych klientów, którzy używają danej technologii przyznając kategorię “Customers’ Choice” tym rozwiązaniom które zostały docenione przez samych użytkowników. Więcej szczegółów znajduje się na stronie: https://www.gartner.com/reviews/market/security-information-eventmanagement.
Sam Gartner Inc. oceniając systemy Security Information and Event Management (SIEM) w oświadczeniu zawartym na stronie https://www.gartner.com/reviews/market/securityinformation-event-management:
W tym miejscu odwołujący wkleił fragment printscreen ze wskazanej strony i podniósł, że wyraźnie zaznacza, że
“Gartner does not endorse any vendor, product or service depicted in this content nor makes any warranties, expressed or implied, with respect to this content, about its accuracy or completeness, including any warranties of merchantability or fitness for a particular purpose.” w tłumaczeniu na język polski:
„Firma Gartner nie popiera żadnych dostawców, produktów ani usług przedstawionych w tych treściach, ani nie udziela żadnych gwarancji, wyraźnych ani dorozumianych, w odniesieniu do tych treści, ich dokładności lub kompletności, w tym gwarancji przydatności handlowej lub przydatności do określonego celu.”

Już tylko z tego powodu zasadne jest żądanie, aby zamawiający dopuścił większą liczbę konkurencyjnych wykonawców oraz producentów do zaoferowania swoich produktów klasy SIEM spełniających wymagania zamawiającego funkcjonalne dla systemu SIEM opisane w pkt III Opisu przedmiotu zamówienia, a nie ograniczał wybór produktów jedynie do wskazanych w raporcie Gartner Inc. w określonej ćwiartce z badania Magiczny Kwadrat,
Na stronie Gartner dotyczącej Gartner Magic Quadrant for Security Information and Event Management https://www.gartner.com/en/documents/4019750?ref=null w tym miejscu odwołujący także wkleił printscreen z powołanej strony i wskazał, że tam znajduje się oświadczenie Gartner Inc. o treści:"It consists of the opinions of Gartner's research organization, which should not be construed as statements of fact. While the information contained in this publication has been obtained from sources believed to be reliable, Gartner disclaims all warranties as to the accuracy, completeness or adequacy of such information.:
w tłumaczeniu na język polski:
„Niniejsza publikacja nie może być powielana ani rozpowszechniana w żadnej formie bez uprzedniej pisemnej zgody firmy Gartner. Składa się ona z opinii organizacji badawczej Gartner, które nie powinny być interpretowane jako stwierdzenia faktów. Chociaż informacje zawarte w niniejszej publikacji zostały uzyskane ze źródeł uważanych za wiarygodne, firma Gartner zrzeka się wszelkich gwarancji co do dokładności, kompletności lub adekwatności takich informacji"
Zamawiający ograniczając wymaganie wyłącznie do badania Magiczny Kwadrat Gartner Inc. ogranicza uczciwą konkurencję w postępowaniu i jest to ograniczenie nieuzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego, gdyż istnieją systemy SIEM spełniające wymagania zamawiającego, które zostały zakwalifikowane do raportów innych firm badawczych lub raportów stworzonych w oparciu o oceny podmiotów użytkujących systemy SIEM.
Ograniczenie opracowań firm badawczych, do których muszą się kwalifikować oferowane systemy SIEM w sposób sztuczny ogranicza zakres możliwych do zaoferowania systemów, niezależnie od tego, czy oferowane systemy spełniają wymagania zamawiającego. Uzależnienie możliwości zaoferowania danego systemu SIEM od uwzględnienia tego rozwiązania w konkretnym raporcie konkretnej firmy nie wynika z obiektywnych potrzeb zamawiającego wyrażonych w dokumentach zamówienia.
Zamawiający powinien wymagać, aby zaoferowany system SIEM spełniał wymagania funkcjonalne określone w Opisie przedmiotu zamówienia. jeśli ta będzie, bez znaczenia pozostaje to, w której ćwiartce w badaniu Magicznego Kwadratu wskazany został ten system.
Zgodnie z 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."
Jak przyjmuje się w doktrynie, co do zasady, każdy opis przedmiotu zamówienia oddziałuje na konkurencję. Dyrektywa klasyczna w motywie 74 preambuły dostrzega tę okoliczność, stwierdzając, że niedopuszczalne jest zawężenie, które ma charakter „sztuczny", tzn. faworyzuje (lub dyskryminuje) określonego wykonawcę lub produkt. Niedopuszczalne jest zatem w świetle art. 99 ust. 4 ustawy zaburzenie konkurencji pomiędzy wykonawcami, mające swoją genezę w przygotowanym opisie przedmiotu zamówienia, polegające albo na preferencji w opisie konkretnego wykonawcy lub produktu, albo na niemającym uzasadnieniu wyeliminowaniu wykonawcy lub produktu. Poprzez niedopuszczalne preferowanie należy rozumieć wszystkie zabiegi, przy użyciu dowolnych sposobów opisu przedmiotu zamówienia, które w sposób nieuzasadniony preferują lub wprost wskazują na konkretnego wykonawcę lub konkretny produkt. Skutkiem takiego zapisu jest niemożność złożenia oferty zgodnej z tak sformułowanym opisem przedmiotu zamówienia przez wykonawcę innego niż preferowany lub zaproponowania innego niż preferowany produkt (za: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. H. Nowak i M. Winiarz, B. Artymowicz i in., UZP, Warszawa 2021, s. 340).
Podobnie M. Stachowiak. Jak również Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z 11.08.2006 r., IX Ga 137/06, niepubl.
Ograniczeniem konkurencji będzie dokonywanie opisu w sposób wskazujący na jeden produkt, usługę lub wykonawcę lub też opisanie przedmiotu zamówienia zbyt szczegółowo, nie pozostawiając miejsca dla przedstawienia ofert zróżnicowanych co do świadczenia, bez uzasadnienia potrzebami zamawiającego (za: M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz Warszawa 2021, art. 99).
W świetle art. 99 ust. 4 ustawy swoboda zamawiającego w sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia nie jest nieograniczona. Wymaganie zamawiającego niewątpliwie zawęża katalog potencjalnych rozwiązań do produktów pięciu producentów (co przyznał sam zamawiający w wyjaśnieniach z dn. 3.04.2024 r.). W związku z tym na zamawiającym ciążył obowiązek wykazania, że takie wymaganie jest uzasadnione konkretnymi, w pełni uzasadnionymi potrzebami. Zamawiający nie sprostał temu obowiązkowi. Stanowisko zamawiającego, że Gartner Inc. jest liderem wśród przedsiębiorstw analityczno-badawczych, jest wskazywana jako punkt referencyjny w wielu opisach przedmiotu

zamówienia, nie jest wykazaniem 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, jakiemu 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 systemów SIEM istotne z punktu widzenia potrzeb zamawiającego związanych z przedmiotem zamówienia i do nich referujących.
Powyższe stanowisko potwierdza Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dn. 1.12.2023 r. sygn. KIO 3427/23. W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji Opisu przedmiotu zamówienia i dopuszczenie rozwiązań klasy SIEM klasyfikowanychw raportach Gartnera w zakresie ćwiartek Leaders, Challengers, Visionaries (poza Niche Players) lub innych kwalifikowanych w raportach innych niezależnych ale adekwatnych instytucji badawczych jak Forrester Reserach In., czy GigaOm 2023.
W dniu 5 kwietnia 2024 r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania.

W dniu 8 kwietnia 2024 r. wykonawca T-Mobile Polska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawieul. Marynarska 12, zgłosił swój udział w postępowaniu po stronie zamawiającego. Uczestnik postępowania wskazał, że jest wykonawcą biorącym udział w przedmiotowym postępowaniu i w jego ocenie zarzuty odwołania nie są zasadne i nie zasługują na uwzględnienie. Zamawiający nie naruszył wskazywanych w odwołaniu przepisów ustawy. Interes uczestnika postępowania w przystąpieniu do odwołania po stronie zamawiającego polega ponadto na tym, iż uwzględnienie odwołania doprowadzi do zmiany treści dokumentów zamówienia w sposób, który utrudni uczestnikowi postępowania ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego i złożenie konkurencyjnej oferty oraz uzyskanie zamówienia. W konsekwencji uczestnik poniesie szkodę. Uczestnik postępowania posiada zatem interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.
Zarzuty podniesione przez odwołującego nie znajdują uzasadnienia tak faktycznego, jak i prawnego. Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, bowiem zamawiający nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy. W związku z tym, uczestnik wniósł o oddalenie odwołania w całości.
Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 11 stycznia 2021 r. udzielonego przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 19 lipca 2017 r. udzielonego przez dwóch członków zarządu. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania zgłoszenia stronom.
W dniu 18 kwietnia 2024 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.
Zamawiający w pierwszej kolejności zakwestionował wykazanie przez odwołującego przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy. Wątpliwym wydaje się interes prawny odwołującego we wniesieniu odwołania, bowiem z wiedzy jaką posiada zamawiający wynika, że odwołujący oferuje systemy klasy SIEM o nazwie IBM QRADAR oraz SPLUNK, które są wymienione w ćwiartce liderów kwadratu Gartnera, Odwołując udostępnia tę informacje również na swojej stronie internetowej:
Źródło: https://www.orange.pl/duze-firmy/soc-siem-as-a-sevice
W związku z powyższym trudno jest mówić o utrudnianiu dostępu do przedmiotowego zamówienia lub uniemożliwieniu odwołującemu złożenia oferty. Zamawiający nie znajduje uzasadnienia w jaki sposób swoim działaniem lub zaniechaniem niezgodnym z przepisami ustawy, albo pozbawił odwołującego możliwości uzyskania tego zamówienia, albo w sposób istotny je utrudnił, w wyniku czego odwołujący poniósł lub może ponieść szkodę. W ocenie zamawiającego przesłanki te nie zostały wykazane przez odwołującego i w konsekwencji odwołanie powinno podlegać oddaleniu.
Z ostrożności procesowej, w przypadku, gdyby Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego odnośnie braku wykazania przez odwołującego interesu prawnego we wniesieniu odwołania, zamawiający przedstawił poniższe uzasadnienie, wnosząc oddalenie zarzutów podniesionych w odwołaniu.
Kluczowe w stanowisku zamawiającego są:
1) ustawowe obowiązki PAŻP (ustawa o PAŻP) – zapewnienia bezpieczeństwa żeglugi powietrznej,
2) system, który jest przedmiotem zamówienia – jakakolwiek jego ułomność powoduje ryzyko zagrożenia bezpieczeństwa ruchu lotniczego.
Zdaniem zamawiającego wymaganie zawarte w OPZ dot. zaoferowania systemu klasy SIEM znajdującego się w zestawieniu Gartnera oraz wskazanie na ćwiartkę liderów producentów systemów SIEM jako punkt referencyjny i wymaganie jakościowe nie narusza zasady uczciwej konkurencji, bowiem zgodnie z wiedzą jaką posiada zamawiający w tej ćwiartce znajduje się 5 systemów, co odzwierciedla poniższa tabela pochodząca ze strony internetowej Gartnera.
Źródło: https://www.gartner.com

Zamawiający wskazał dalej uzasadnienie swoich obiektywnych i racjonalnych potrzeb.
Podkreślił, że mając na względzie ustawowy obowiązek (ustawa o PAŻP) zapewnienia bezpieczeństwa przestrzeni powietrznej z pełną świadomością należy dopuścić ograniczenie konkurencji, w ramach przewidzianych przepisami ustawy. Bezpieczeństwo ruchu lotniczego w tym życie i zdrowie ludzkie stanowią wartość najwyższą.
W związku z powyższym jakość i niezawodność dostarczonego systemu oraz usługi, które stanowią przedmiot zamówienia są niezwykle istotne i kluczowe. System SIEM służy zamawiającemu do monitorowania bezpieczeństwa specjalistycznych i branżowych systemów IT, wykrywania i obsługi incydentów bezpieczeństwa w systemach zapewniających zarządzanie ruchem lotniczym. Zamawiający wymaga dostarczenia produktu, który jest niezawodny i dojrzały oraz przetestowany. Podkreślił, że system służy zamawiającemu do realizacji obowiązkowych ustawowych zadań, a za brak ich realizacji na zamawiającego nakładane są bardzo wysokie kary pieniężne (zgodnie z nowymi regulacjami prawnymi minimum 10 000 000 Euro - Tzw. Dyrektywa NIS 2 – Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/2555 z dnia 14 grudnia 2022 r. w sprawie środków na rzecz wysokiego wspólnego poziomu cyberbezpieczeństwa na terytorium Unii, zmieniająca rozporządzenie (UE) nr 910/2014 i dyrektywę (UE) 2018/1972 oraz uchylająca dyrektywę (UE) 2016/1148).
6) Zamawiający jest również ustawowo nadzorowany w zakresie bezpieczeństwa IT przez służby państwowe takie jak ABW czy MON, właśnie z racji roli i odpowiedzialność zadań statutowych PAŻP. Dlatego też zamawiający jest zobowiązany do zapewnienia ciągłej i niezawodnej pracy Systemu i usługi, a to możliwe jest wyłącznie z produktami i usługami najwyższej jakości.
Gartner jest uznawany za jedną z wiodących firm badawczych i doradczych w dziedzinie technologii informatycznych na świecie. Jest największą firmą i najdłużej działającą na rynku międzynarodowym. Gartner jest znany z rozwoju badania Magic Quadrant, czyli narzędzia analitycznego, które ocenia dostawców technologii na podstawie ich kompletności wizji i zdolności do wykonania zadania. Magic Quadrant jest jednym z najbardziej wpływowych narzędzi w branży IT, wręcz standardem wspierającym podmioty na całym świecie w procesie podejmowania strategicznych decyzji zakupowych. Gartner nie sprzedaje oprogramowania ani technologii, dzięki temu utrzymuje bezstronność, w przeciwieństwie do innych podmiotów, które publikują badania sponsorowane przez dostawców. Inne podmioty analityczno-badawcze, np. Forrester Research, IDC, przygotowują również sponsorowane zestawienia i analizy, które są opłacane przez jednego producenta i w konsekwencji nie są wiarygodne. Są również dostępne zestawienia i raporty samych producentów np. GigaON. Jednakże raporty ww. firm nie mogą zostać uznane za obiektywne, a tym samym za równoważne w stosunku do raportu Gartnera. Gartner jest natomiast niezależnym podmiotem i pozostaje organizacją bezstronną, która , prowadzi najszersze badania, analizuje i porównuje największą ilość produktów. Jest to przedsiębiorstwo analityczno-badawcze specjalizujące się w zagadnieniach strategicznego wykorzystania technologii oraz zarządzania nimi. Gartner działa obecnie w 100 krajach, , jest notowany na NYSE indeks S&P 500, co wskazuje na zaufanie i jego pozycję na świecie.
Zamawiający doświadczył bardzo krytycznej i długoterminowej awarii w Systemie spoza zestawienia Gartnera, a z ww. obiektywnych powodów i potrzeb zamawiający nie może dopuszczać do takiej sytuacji. Wybór produktu widniejącego w raporcie Gartnera w ćwiartce liderów z grupy ocenianej w wielu aspektach jako najlepsze gwarantuje zakup Systemu dojrzałego, stabilnego, funkcjonującego na rynku od wielu lat, dopracowanego, z ograniczonym i sprowadzonym do minimum ryzykiem wystąpienia awarii podobnej jak zamawiający doświadczył z systemem spoza zestawienia.
W dniu 18 kwietnia 2024 r. przystępujący przestawił pisemne stanowisko podtrzymując wniosek o oddalenie odwołania. Podobnie jak zamawiający wskazał na brak interesu odwołującego we wniesieniu odwołania, oraz podkreślił, że zamawiający wykazał uzasadnioną potrzebę sformułowania wymagania z pkt 91 OPZ.

**Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. SWZ wraz z załącznikami, wyjaśnień treści SWZ z dnia 3 kwietnia 2024 r., informacji zamieszczonych na stronie Gartner Inc., szczegółowego opisu Analizy Gartner dla systemu SPLUNK oraz informacji The Top 5 Best SIEM Solutions 2022.

**Izba zważyła, co następuje:**

Izba dopuściła jako uczestnika postępowania T-Mobile Polska Spółka Akcyjna.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek z art. 528 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba oddaliła odwołanie z uwagi na brak wykazania przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy, uznając tym samym, że wnioski zamawiającego i przystępującego o oddalenie odwołania na podstawie art. 505 ust. 1 ustawy zasługują na uwzględnienie.

Przepis art. 505 ust. 1 ustawy definiuje przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania. Zgodnie z tym przepisem odwołanie przysługuje, gdy podmiot je wnoszący jest wykonawcą, uczestnikiem konkursu lub innym podmiotem, ale cechującym się szczególnymi walorami czyli:
- posiadaniem interesu w uzyskaniu zamówienia i
- poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody, lecz nie dowolnej, ale będącej wynikiem naruszenia przez

zamawiającego przepisów ustawy.
Niewątpliwie odwołujący jest wykonawcą, który ma zamiar wziąć udział w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu. Sam ten jednak fakt nie jest wystarczający dla uznania, że ma on prawo wnosić środki ochrony prawnej przewidziane w ustawie.
Odwołujący w treści wniesionego przez siebie odwołania powinien był ponadto wykazać, że:
1. zamawiający przez swoje działanie lub zaniechanie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy,
2. ma lub miał szansę na uzyskanie zamówienia (zamówienia rozumianego jako odpłatna umowa zawierana między zamawiającym, a wykonawcą, której przedmiotem w tym przypadku jest świadczenie na rzecz zamawiającego usług), w czym przejawia się jego interes we wniesieniu odwołania,
3. niezgodne z ustawą działania lub zaniechania zamawiającego pozostają w adekwatnym związku przyczynowo-skutkowym z zagrażającą lub występującą po stronie odwołującego szkodą.
Dostęp do procedury odwoławczej nie jest nieograniczony, ani nie jest to rodzaj postępowania kontrolującego legalność wszystkich zachowań zamawiającego, w związku z tym już z dyrektywy odwoławczej wynika, że możliwość wniesienia odwołania dotyczy wyłącznie tych wykonawców, którzy uprawdopodobnili szansę na uzyskanie zamówienia.
Nie jest niezbędne wskazanie w art. 516 ust. 1 ustawy na konieczność wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia jak i możliwości poniesienia szkody, skoro podobną regulację zawiera Kodeks postępowania odwoławczego w odniesieniu do interwenienta ubocznego, czy przy powództwie o ustalenie istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa z art. 189 kpc i nie budzi wątpliwości, że brak interesu w takiej sytuacji będzie skutkował albo niedopuszczeniem interwenienta, albo oddaleniem powództwa.
W konsekwencji niezbędne jest ustalenie, że odwołujący spełnia przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy, żeby uznać prawo odwołującego do wniesienia odwołania.
Art. 505 ust. 1 ustawy jak wskazano wcześniej, zawiera przesłankę materialną odwołania, co oznacza, że jej brak uniemożliwia merytoryczne rozpoznanie odwołania i powoduje, że odwołanie podlega oddaleniu. Zgodnie z art. 518 ustawy uzupełnieniu w odwołaniu podlegają wyłącznie braki formalne, brak pełnomocnictwa, brak dowodu uiszczenia wpisu w terminie. Tylko w takim przypadku Prezes Izby wzywa odwołującego do uzupełnienia odwołania. Skoro brak interesu w uzyskaniu zamówienia nie jest brakiem formalnym, to nie podlega on uzupełnieniu.
W ocenie Izby odwołujący w odwołaniu uzasadniając interes wprost wskazał, że „Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję, co uniemożliwia odwołującemu złożenie oferty, a w konsekwencji uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego.” Takie sformułowanie interesu w uzyskaniu zamówienia wskazuje na to, że istnienie spornego postanowienia pkt. 91 OPZ powoduje, że odwołujący nie może w ogóle złożyć oferty w tym postępowaniu. To jednak twierdzenie pozostaje w sprzeczności z informacjami podanymi przez zamawiającego i przystępującego, którym odwołujący w toku rozprawy nie zaprzeczył.
Mianowicie zamawiający i przystępujący wskazali, że odwołujący w dacie wnoszenia odwołania, jak i w dacie rozstrzygania może zaoferować oprogramowanie SIEM spełniające wymóg pkt 91 OPZ - to jest może zaoferować IBM QRADAR i SPLUNK, oba wymienione w ćwiartce liderów kwadratu Gartnera. Co więcej te informacje są publicznie dostępne na stronie odwołującego. W toku sprawy odwołujący nie zaprzeczył tym informacjom.
Podnosił natomiast, że system SPLUNK nie realizuje funkcjonalności reakcja na monitorowanie w czasie rzeczywistym, której wymagał zamawiający w funkcjonalnościach opisanego przedmiotu zamówienia. Na tę okoliczność odwołujący nie przedstawił jakiekolwiek dowodu. Informacji takiej nie ma w przedstawionym dowodzie – Szczegółowy opis Analizy Gartner dla systemu SPLUNK. W uwagach mowa jest o cenie, złożoności i problemach związanych z zarządzaniem danymi, szkoleniem, utrzymaniem i zatrudnianiem ekspertów oraz mniejszym odsetkiem sprzedawców spoza regionu Ameryki Północnej. Tym samym odwołujący nie obronił tezy o braku możliwości zaoferowania rozwiązania SPLUNK z powodu nie spełniania warunków zamówienia innych niż pkt. 91 OPZ.
Odwołujący w ogóle nie odniósł się do możliwości zaoferowania IBM QRADAR. Tym samym w żaden sposób nie wykazał, że jego interes rzeczywiście polega na braku możliwości złożenia oferty w tym postępowaniu, a zamawiający i przystępujący skutecznie podważyli istnienie tak rozumianego jak w odwołaniu interesu. Izba zgadza się z odwołującym, co do tego, że na etapie przed upływem terminu składania ofert interes w uzyskaniu zamówienia jest rozumiany szeroko, jednak aby Izba mogła rozważyć, czy w danej sprawie szerokie rozumienie interesu jest uprawnione, wykonawca musi podać rzeczywiste okoliczności faktyczne uzasadniające ten interes. W tej sprawie odwołujący nie szukał ochrony z tego powodu, że chce złożyć ofertę w oparciu o rozwiązanie z innego kwadratu lub innego raportu z uwagi na decyzje biznesowe, ale wprost podniósł brak możliwości złożenia oferty w ogóle, co okazało się niewiarygodne.
Izba nie może samodzielnie niejako za wykonawcę ustalać istnienia tego interesu czy możliwości poniesienia szkody, na co wprost zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w wyroku z dnia 27 marca 2023 r. sygn. akt XXIII Zs 11/23.
Biorąc te okoliczności pod uwagę Izba oddaliła przedmiotowe odwołanie z braku wystąpienia przesłanki

materialnoprawnej dopuszczalności odwołania określonej w art. 505 ust. 1 ustawy.
Skoro odwołanie było niedopuszczalne, to Izba nie mogła rozpoznać zarzutów merytorycznych odwołania, z tego też względu Izba nie odniesie się do stanowiska zamawiającego i przystępującego dotyczącego odnośnie do wskazania uzasadnionych potrzeb zamawiającego w warunkach zamówienia określonych w pkt. 91 OPZ. O dopuszczalności pozostawienia zarzutów odwołania bez rozpoznania w sytuacji braku wystąpienia interesu w uzyskaniu zamówienia przesądził Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Zamówień Publicznych w wyroku z dnia 15 lutego 2023 r. sygn. akt XXIII Zs 129/22.
Mając na uwadze, że nie doszło do merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania, zbędna okazała się ocena zgromadzonego i dopuszczonego materiału dowodowego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 8 ust. 2 pkt. 1 cyt. rozporządzenia zaliczając w poczet kosztów koszty wpisu, koszty wydatków pełnomocnika odwołującego z ograniczeniem do kwoty maksymalnej dopuszczonej przez rozporządzenie oraz koszty wydatków pełnomocnika zamawiającego z ograniczeniem do kwoty maksymalnej dopuszczonej przez rozporządzenia . Izba obciążyła tymi kosztami odwołującego nakazując mu zwrot wydatków pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600zł., koszt 51 zł. wykraczał poza maksymalny koszt wydatków pełnomocnika zamawiającego określony w par. 5 ust. 2 lit. b rozporządzenia.
Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:……..…..

……

……