

Sygn. akt: KIO 1910/21

Sygn. akt: KIO 2165/21

WYROK

z dnia 24 sierpnia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa
Aleksandra Patyk
Irmina Pawlik

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 sierpnia 2021 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 czerwca 2021 roku (sygn. akt: KIO 1910/21) oraz w dniu 19 lipca 2021 roku (sygn. akt: KIO 2165/21) przez **Wykonawcę S&T Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego Centrum Informatyki Resortu Finansów w Radomiu**

przy udziale **Wykonawcy IT Solution Factor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1910/21 oraz KIO 2165/21 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze o sygn. akt: KIO 1910/21 w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Integrated Solution Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz oferty wykonawcy Suntar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie na wszystkich istniejących podstawach oraz w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 ww. ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty

wykonawcy Integrated Solution Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Suntar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie pomimo wystąpienia przesłanek obligujących Zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców.

2. Oddala odwołania w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Wykonawcę **S&T Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i :**

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – **wykonawcę S&T Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołań o sygn. akt: KIO 1910/21 oraz KIO 2165/21.

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 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 1910/21

Sygn. akt: KIO 2165/21

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Informatyki Resortu Finansów w Radomiu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa, instalacja, konfiguracja i wdrożenie urządzeń przełączających ruch na potrzeby komunikacji w sieci LAN Data Center w podziale na 6 części”, numer sprawy: PN/67/20/GDYP, zwane dalej „Postępowaniem”.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „PZP” lub „ustawą”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 23 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 250-623800.

Odwołanie o sygn. akt: KIO 1910/21

W dniu 28 czerwca 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę S&T Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej „Odwołujący” wobec:

1. czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie Części 2 Postępowania,
2. zaniechania odrzucenia oferty IT Solution Factor Sp. z o.o. (dalej: „ITSF”) w zakresie Części 2 Postępowania,
3. zaniechania odrzucenia oferty Integrated Solutions Sp. z o.o. (dalej: „IS”) oraz oferty Suntar Sp. z o.o. (dalej: „Suntar”) w zakresie Części 2 Postępowania na wszystkich możliwych podstawach w związku na występujące inne niezgodności treści ofert tych wykonawców z treścią SIWZ nieuwzględnione przez Zamawiającego w treści informacji o odrzuceniu ofert tych wykonawców, a wskazane przez Odwołującego w niniejszym odwołaniu,
4. zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w zakresie Części 2 Postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) (dalej „PZP”) poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, z uwagi na brak wskazania wprost w treści oferty (Formularzu

- asortymentowo-cenowym - Formularz 2.2) na zaoferowanie dodatkowych modułów 10 Gb i 1 Gb, podczas gdy zgodnie z treścią SIWZ (w tym załączników do SIWZ) Zamawiający nie wymagał wskazania w treści oferty pełnej konfiguracji zaoferowanych urządzeń, a jedynie wskazania „Producenta/model/producent i wersja systemu zarządzania”, co też Odwołujący zgodnie z wymaganiem wskazał, a dodatkowo Odwołujący zgodnie z wymaganiem Zamawiającego potwierdził, że oferuje urządzenia zgodne z wszystkimi wymaganiami określonymi w SIWZ i cena oferty obejmuje całość opisanego w SIWZ przedmiotu zamówienia, a tym samym potwierdził także spełnienie wymagań i kalkulację ceny uwzględniającą wymagania wskazane przez Zamawiającego w SIWZ TOM III Opis Przedmiotu Zamówienia część 2.2. dla urządzeń a) i b) wiersz 6 i 8. [Zarzut 1]
2. Art. 87 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty przed dokonaniem czynności odrzucenia jego oferty, co w konsekwencji spowodowało bezpodstawne odrzucenie tej oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ. [Zarzut 2]
3. art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy IS oraz oferty wykonawcy Suntar na wszystkich istniejących podstawach pomimo, że treść ofert tych wykonawców nie odpowiada treści SIWZ w zakresie braku wskazania w ofercie systemu/konsoli do zarządzania politykami bezpieczeństwa, tj. wymagania wskazanego w Tom III Opis przedmiotu zamówienia Część 2.2. lit. a) Firewallle równoważne do Firewall Paloalto 5260 tabela wers 12 oraz lit. b) Firewallle równoważne do Firewall Paloalto 5220 tabela wers 12 „1 konsola (1 dedykowany system do zarządzania) do zarządzania parą dostarczonych urządzeń” w zakresie opisanym w uzasadnieniu odwołania. [Zarzut 3]
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ITSF pomimo, że treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ w zakresie:
- 1) deszyfrowania ruchu sieciowego, tj. wymagania wskazanego w Tom III Opis przedmiotu zamówienia Część 2.2. lit. b) Firewallle równoważne do Firewall Paloalto 5220 tabela wers 18 „Dostarczone FireWalle muszą posiadać funkcję deszyfrowania ruchu TLS 1.2 i TLS 1.3, oraz wspierać protokół HTTP/2” w zakresie opisanym w uzasadnieniu odwołania. [Zarzut 4]
 - 2) braku zapewnienia możliwości downgrade bezpośrednio w GUI urządzeń NGFW, tj. wymagania wskazanego w Tom III SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia Część 2.2. lit. a) i lit. b) w wierszu „Funkcjonalność IPS” - „Aktualizacja (z ang. upgrade) oraz obniżenie wersji (z ang. downgrade) powinno być możliwe w GUI urządzeń NGFW” i wskazanego w wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 20 stycznia 2021 r. (Zmiana SIWZ nr 2 poz. 7) w zakresie opisanym w uzasadnieniu odwołania. [Zarzut 5]

5. art. 7 ust. 1 i 3 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 PZP poprzez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tzn. poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo niezastnienia przesłanek dających podstawę do odrzucenia tej oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ, oraz zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy IS, oferty wykonawcy Suntar oraz oferty wykonawcy ITSF, pomimo wystąpienia przesłanek obligujących Zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, a które zostały już wcześniej wskazane Zamawiającemu przez Odwołującego na etapie badania i oceny ofert wszystkich wykonawców. [Zarzut 6].

Stawiając powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2. dokonanie ponownego badania i oceny ofert,
3. odrzucenia oferty wykonawcy IS i oferty wykonawcy Suntar jako niezgodnej z treścią SIWZ w zakresie dodatkowych podstaw wskazanych w niniejszym odwołaniu w zakresie Części 2 Postępowania, a niewskazanych przez Zamawiającego w treści informacji o odrzuceniu ofert tych wykonawców,
4. odrzucenie oferty wykonawcy ITSF w zakresie Części 2 Postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP,
5. wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w zakresie Części 2 Postępowania.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający dnia 30 kwietnia 2021 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie Części 2 Postępowania, wybierając ofertę wykonawcy Integrated Solutions Sp. z o.o. Na czynność wyboru oferty IS dnia 10 maja 2021 r. zostało złożone odwołanie przez Odwołującego oraz przez wykonawcę IT Solutions Factor Sp. z o.o. Zamawiający przed rozpoznaniem powyższych odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą dnia 15 czerwca 2021 r. unieważnił czynność wyboru oferty wykonawcy IS jako najkorzystniejszej oraz badanie i ocenę ofert wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w zakresie Części 2 Postępowania. W związku z powyższym wykonawca ITSF oraz Odwołujący złożyli oświadczenia o cofnięciu odwołań złożonych dnia 10 maja 2021 r.

Dnia 18 czerwca 2021 r. Zamawiający przekazał informację o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz wykonawców Integrated Solutions Sp. z o.o., Suntar Sp. z o.o., Comtegra S.A., Comp S.A. Natomiast jak wynika z dokumentacji Postępowania dnia 21 czerwca 2021 r. wezwał na podstawie art. 26 ust. 1 PZP wykonawcę IT Solution Factor Sp. z

o.o. do złożenia dokumentów podmiotowych, tj. potwierdzających brak podstaw wykluczenia z Postępowania i spełnienie warunków udziału w Postępowaniu.

Mając zatem na uwadze, że Zamawiający prowadzi niniejsze Postępowania zgodnie z art. 24aa PZP, tj. z zastosowaniem procedury odwróconej (pkt 9.6 SIWZ Tom I), należy uznać, że dnia 21 czerwca 2021 r. zakończył ponowne badanie i ocenę wszystkich ofert uznając i oceniając ofertę wykonawcy ITSF za najwyżej ocenioną. Odwołujący w niniejszym odwołaniu podnosi zatem także zarzuty dotyczące naruszenia przepisów PZP przez Zamawiającego w zakresie braku odrzucenia ofert wykonawcy IS i wykonawcy Suntar na dodatkowych podstawach, których to niezgodności z SIWZ Zamawiający nie uwzględnił w treści informacji o odrzuceniu ofert tych wykonawców. Dodatkowo z ostrożności procesowej Odwołujący podnosi zarzut braku odrzucenia oferty wykonawcy ITSF, bowiem w ocenie Odwołującego Zamawiający dokonując nowej czynności badania i oceny oferty wykonawcy ITSF bezzasadnie uznał ofertę tego wykonawcy za zgodną z treścią SIWZ (najwyżej ocenioną) i wezwał wykonawcę ITSF na podstawie art. 26 ust. 1 PZP do złożenia dokumentów podmiotowych.

Odrzucenie oferty odwołującego/brak wezwania do wyjaśnienia treści oferty [Zarzut 1 i Zarzut 2]

Zamawiający dnia 18 czerwca 2021 r. dokonał odrzucenia oferty Odwołującego z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ w zakresie TOM III Opis Przedmiotu Zamówienia część 2.2. dla urządzeń a) i b), tj. wskazane urządzenia zdaniem Zamawiającego nie spełniają wymagań wskazanych w wierszu 6 i 8:

- 1) Zainstalowane wkładki 10Gb - Dostarczone FireWalle muszą mieć zainstalowaną liczbę wkładek 10Gb w liczbie MIN SFP+ (SFP-10G-SR) MIN SFP+ - 8 [szt]
- 2) Liczba portów 1 Gb - Dostarczone FireWalle muszą posiadać ilość interfejsów 1Gb – RJ45 określaną atrybutem MIN liczba portów 1 Gb - MIN liczba portów 1Gb – 4 [szt].

W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że podjął taką decyzję po analizie ogólnodostępnych informacji znajdujących się na stronie producenta oprogramowania oraz dodatkowo wskazał, że „Aby można było uznać iż urządzenia będą *mogły spełniać wymagania zawarte w SIWZ Wykonawca musiałby jest wyposażyć w dodatkowe moduły 10 Gb i 1 Gb, niestety z treści oferty wynika, że Wykonawca oferuje wyłącznie urządzenie bez żadnych dodatkowych modułów*”.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Zamawiający na podstawie ogólnych informacji znajdujących się na stronie producenta nie mógł uznać, że zaoferowane urządzenia nie spełniają wskazanych powyżej wymagań. Konfiguracja tych urządzeń (a tym

samym też cena oferowanego rozwiązania) może być bowiem różna w zależności od zapotrzebowania konkretnego klienta i oczekiwanego rozwiązania.

Następnie należy wskazać, że Zamawiający nie wymagał, aby w treści Formularza ofertowego (Formularz 2.1) lub Formularza asortymentowo-cenowego (Formularz 2.2.), a tym samym w treści oferty, wykonawcy wskazywali konfigurację zaoferowanych urządzeń (wszystkie moduły, elementy, asortyment). Zamawiający wskazał jedynie, że każdy *„Wykonawca ma obowiązek wskazać Producenta/model/producent i wersja systemu zarządzania”* (Formularz 2.2.). Taka interpretacja wymagania co do opisu oferowanych urządzeń w treści oferty została zastosowana przez pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w zakresie Części 2 Postępowania, a których oferty zostały odrzucone z tego samego powodu jak oferta Odwołującego.

Odwołujący wypełnił zatem Formularz ofertowy i Formularz asortymentowo-cenowy zgodnie z postawionymi przez Zamawiającego wymaganiami, a dodatkowo wskazał, w treści oferty:

- 1) *„Firewall Palo Alto 5260 wraz z systemem zarządzania Panorama central management software w konfiguracji zgodnej z zapisami SIWZ”*
- 2) *„Firewall Palo Alto 5220 wraz z systemem zarządzania Panorama central management software w konfiguracji zgodnej z zapisami SIWZ”*
- 3) *„Oświadczam, że urządzenia wskazane w wierszu 1 oraz 2 powyżej oferowane przeze mnie spełniają wszystkie wymagania zawarte w TOM III część 2.2., a cena obejmuje wykonanie przedmiotu zamówienia określonego w TOM III część 1.2”.*
- 4) *„Składamy ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z treścią SIWZ”*
(Formularz 2.1. – Oferta)

Odwołujący oferując zatem urządzenia wprost wskazane i wymagane przez Zamawiającego, tj. Firewall Palo Alto 5260 i Firewall Palo Alto 5220, uwzględnił odpowiednią ich konfigurację, dostosował do treści wymagań wskazanych w SIWZ, a tym samym urządzenia/rozwiązania oferowane przez Odwołującego spełniają wszystkie wymagania wskazane przez Zamawiającego. Odpowiedni sposób konfiguracji urządzeń został także uwzględniony w kalkulacji ceny oferty przez Odwołującego.

Zamawiający nie wskazując w treści SIWZ obowiązku opisanie pełnej konfiguracji zaoferowanych urządzeń, nie może na etapie badania i oceny ofert (tj. po ich złożeniu) zmieniać swoich wymagań w tym zakresie (tj. zakresu informacji, które mają znaleźć się w treści formularzy), a tym bardziej wyciągać negatywnych, najdalej idących konsekwencji

w stosunku do Odwołującego poprzez odrzucenie jego oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ, z powodu niewskazania konfiguracji zaoferowanych urządzeń wprost w treści oferty.

Zamawiający zamiast automatycznie odrzucać ofertę Odwołującego jako niezgodną z treścią SIWZ powinien wezwać Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 PZP do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, jeżeli miał wątpliwości co do zaoferowania urządzeń spełniających jego wymagania. Informacje znajdujące się na stronie internetowej producenta nie są bowiem wystarczające do uznania, że zaoferowane przez Odwołującego urządzenia nie spełniają wymagań Zamawiającego. Nie było też podstaw do uznania, że Zamawiający żądał od wykonawców wskazania w ofercie informacji o konfiguracji oferowanych urządzeń (ich elementów, modułów).

W związku z powyższym Zamawiający niewątpliwie swoim działaniem naruszył przepisy ustawy PZP, tj. art. 89 ust. 1 pkt 2), art. 87 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 PZP dokonując bezpodstawnego i nieuzasadnionego odrzucenia oferty Odwołującego z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ.

Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Integrated Solutions sp. z o.o. i wykonawcy Suntar sp. z o.o. - brak systemu/konsoli [Zarzut 3]

Zamawiający dnia 18 czerwca 2021 r. dokonał także odrzucenia oferty wykonawcy IS oraz oferty wykonawcy Suntar na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP z powodu niezgodności ofert tych wykonawców z treścią SIWZ w zakresie TOM III Opis Przedmiotu Zamówienia część 2.2. dla urządzeń a) i b), tj.

1. Dla urządzenia a) wskazane w wierszu 1,6,8:

- 1) Przepustowość urządzenia w ruchu full duplex - Dostarczone FireWalle muszą posiadać możliwość obsługi ruchu sieciowego o wolumenie określonym atrybutem MIN przepustowość - MIN przepustowość – 64 [Gb/s]
- 2) Zainstalowane wkładki 10Gb - Dostarczone FireWalle muszą mieć zainstalowaną liczbę wkładek 10Gb w liczbie MIN SFP+ (SFP-10G-SR) MIN SFP+ - 8 [szt]
- 3) Liczba portów 1 Gb - Dostarczone FireWalle muszą posiadać ilość interfejsów 1Gb – RJ45 określaną atrybutem MIN liczba portów 1 Gb - MIN liczba portów 1Gb – 4 [szt]

2. Dla urządzenia b) wskazane w wierszu 6 i 8:

- 1) Zainstalowane wkładki 10Gb - Dostarczone FireWalle muszą mieć zainstalowaną liczbę wkładek 10Gb w liczbie MIN SFP+ (SFP-10G-SR) MIN SFP+ - 8 [szt]
- 2) Liczba portów 1 Gb - Dostarczone FireWalle muszą posiadać ilość interfejsów 1Gb – RJ45 określaną atrybutem MIN liczba portów 1 Gb - MIN liczba portów 1Gb – 4 [szt].

Nie są to jednak jedyne niezgodności z treścią SIWZ znajdujące się w treści ofert tych wykonawców. Wykonawca IS oraz wykonawca Suntar zaoferowali realizację przedmiotu zamówienia w oparciu o urządzenie Huawei USG6712E (jako równoważne do Paloalto 5260) oraz urządzenie Huawei USG6635E (jako równoważne do Paloalto 5220). W zakresie obu urządzeń Zamawiający postawił wymaganie w postaci dostarczenia konsoli/systemu do zarządzania politykami bezpieczeństwa „Wraz z FireWallami zostanie dostarczony dedykowany system do zarządzania politykami bezpieczeństwa 1 konsola (1 dedykowany system do zarządzania) do zarządzania parą dostarczonych urządzeń”.

Z ogólnodostępnej dokumentacji producenta (kart katalogowych) dla zaoferowanych przez wykonawców IS i Suntar urządzeń wynika, że zarządzanie odbywa się przy zastosowaniu Huawei eSight, tj. konfiguracja, logowanie, monitorowanie, raportowanie.

W treści ofert wykonawców IS oraz Suntar brak jest jednak wskazania, że system/konsola Huawei eSight została zaoferowana, tj. brak jest wskazania tego systemu zarządzania. Zamawiający wskazał w treści Formularzy asortymentowo-cenowych dla Części 2 Postępowania, że „Wykonawca ma obowiązek wskazać Producenta/model/producent i wersja systemu zarządzania”. Żaden ze wskazanych wykonawców nie uwzględnił w formularzu ofertowym Huawei eSight. Brak ten powoduje zatem niezgodność zaoferowanego przez wykonawców IS i Suntar rozwiązania z treścią SIWZ, tj. brak spełnienia jednego z kluczowych wymagań Zamawiającego – obowiązku zaoferowania systemu/konsoli do zarządzania politykami bezpieczeństwa. Nadto, oferty w tym zakresie nie mogą już zostać uzupełnione, a zatem jako niezgodne z treścią SIWZ powinny podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP.

Odwołujący powyższy zarzut stawia w niniejszym odwołaniu z ostrożności procesowej. W treści informacji o odrzuceniu ofert wykonawców IS oraz Suntar Zamawiający wskazał podobną postawę odrzucenia jak podstawa odrzucenia oferty Odwołującego, ale pominął pozostałe niezgodności treści tych ofert z treścią SIWZ. Czynność odrzucenia oferty wykonawcy IS oraz oferty wykonawcy Suntar z dnia 18 czerwca 2021 r. oznacza zakończenie badania i ocenę tych ofert przez Zamawiającego. Natomiast brak odrzucenia ofert tych wykonawców na wskazanej powyżej podstawie i uwzględnienie odwołania Odwołującego może spowodować, że oferty wykonawców IS oraz Suntar zostaną bezpodstawnie uznane za zgodne z SIWZ, bowiem Zamawiający pominął ich odrzucenie na dodatkowej podstawie.

Mając powyższe na uwadze, w pełni uzasadnionym i zasługującym na uwzględnienie jest zatem zarzut braku odrzucenia ofert wykonawcy IS oraz Suntar przez Zamawiającego, jako niezgodnych z treścią SIWZ w zakresie wymagania „Wraz z FireWallami zostanie dostarczony dedykowany system do zarządzania politykami bezpieczeństwa 1 konsola (1 dedykowany system do zarządzania) do zarządzania parą dostarczonych urządzeń”,

tj. braku zaoferowania systemu zarządzania, w tym braku wskazania, go w treści oferty zgodnie z wymaganiem Zamawiającego.

Zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy It Solution Factor Sp. z o.o. – Deszyfrowanie Ruchu Sieciowego [Zarzut 4]

Należy także zauważyć, że w związku z stosowaniem przez Zamawiającego w niniejszym Postępowaniu tzw. procedury odwróconej, w ocenie Odwołującego nowa czynność badania i oceny oferty wykonawcy ITSF została na dzień składania niniejszego odwołania zakończona przez Zamawiającego. Zamawiający zatem dokonując nowej czynności badania i oceny oferty wykonawcy ITSF bezzasadnie uznał ofertę tego wykonawcy za zgodną z treścią SIWZ i wezwał wykonawcę ITSF na podstawie art. 26 ust. 1 PZP do złożenia dokumentów podmiotowych, potwierdzających brak podstaw wykluczenia i spełnienie warunków udziału w Postępowaniu.

Wykonawca ITSF zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia o którym mowa w załączniku nr 1.2.pkt I 1.b) Tomu III SIWZ z zastosowaniem Firewall Fortinet FortiGate 1800F.

Zgodnie z treścią Tom III Opis przedmiotu zamówienia Część 2.2. lit. b) Firewallle równoważne do Firewall Paloalto 5220 tabela wers 18 „Dostarczone FireWalle muszą posiadać funkcję deszyfrowania ruchu TLS 1.2 i TLS 1.3, oraz wspierać protokół HTTP/2”.

Powyższa funkcjonalność deszyfrowania ruchu HTTP/2 została wprowadzona przez producenta Fortinet jedynie w najnowszej wersji oprogramowania FortiOS 7.0. Funkcjonalność ta, nazwana przez producenta „HTTP/2 support in proxy mode SSL inspection”, została umieszczona na liście nowych funkcji w ogólnodostępnej dokumentacji.

Zaoferowane urządzenie FG-1800F nie wykorzystuje wskazanej powyżej wersji oprogramowania FortiOS 7.0. Potwierdzenie w tym zakresie stanowi dokumentacja producenta, Fortinet, który w dokumencie opisującym „Release Notes” opisujące wspierane w tym zakresie modele urządzeń. Na liście wspieranych urządzeń brak jest zaoferowanego przez wykonawcę ITSF urządzenia FG-1800F.

Dodatkowe potwierdzenie stanowiska Odwołującego, że zaoferowane przez wykonawcę ITSF rozwiązanie nie spełnia wymagań Zamawiającego, stanowi dokumentacja producenta Fortinet wskazująca na brak możliwości aktualizacji oprogramowania do wersji 7.0 wspierającej deszyfrowanie TLS 1.3 dla HTTP/2). Powyższe zostało wyartykułowane w narzędziu służącym do planowania aktualizacji oprogramowania tzw. „Upgrade Path Tool Table”.

W związku z powyższym zaoferowane przez wykonawcę ITSF rozwiązanie producenta Fortigate nie spełnia wszystkich wymagań Zamawiającego, a w konsekwencji oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP.

Możliwość downgrade w GUI urządzeń NGFW [Zarzut 5]

Wykonawca ITSF zaoferował:

- 1) wykonanie przedmiotu zamówienia o którym mowa w załączniku nr 1.2. pkt I 1.a) Tomu III SIWZ, z zastosowaniem Firewall Fortinet FortiGate 3600E oraz
- 2) wykonanie przedmiotu zamówienia o którym mowa w załączniku nr 1.2.pkt I 1.b) Tomu III SIWZ z zastosowaniem Firewall Fortinet FortiGate 1800F.

Zamawiający w zakresie powyższych urządzeń wymagał, aby „Moduł IPS w dostarczonych FireWallach musi mieć możliwość włączania dla pojedynczych reguł polityki bezpieczeństwa FireWall. Baza sygnatur musi być przechowywana na urządzeniu i aktualizowana regularnie w sposób automatyczny. Aktualizacja (z ang. upgrade) oraz obniżenie wersji (z ang. downgrade) powinno być możliwe w GUI urządzeń NGFW.” Treść wymagania została zmieniona i wskazana w ramach zmiany treści SIWZ w wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 20 stycznia 2021 r. (Zmiana SIWZ nr 2 poz. 7) i jest wiążące dla wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty.

Z analizy dokumentacji udostępnionej przez producent Fortinet jednoznacznie wynika jednak, że proces „downgrade” wymaga użycia trybu CLI urządzenia. Producent urządzeń Fortinet opisuje w dokumentacji proces obniżenia wersji IPS jako proces manualny wymagający użycia CLI urządzenia, co jest wprost sprzeczne z wymaganiem postawionym przez Zamawiającego. Odwołujący załącza do odwołania fragment dokumentacji producenta pod tytułem „Jak obniżyć lub przywrócić silnik IPS” (z ang. „How to downgrade or rollback IPS engine” <https://kb.fortinet.com/kb/documentLink.do?externalID=FD46310>).

Przedstawiony przez Odwołującego dokument bezsprzecznie potwierdza, że w przypadku zaoferowanego przez wykonawcę ITSF rozwiązania istnieje konieczność wykonania procedury obniżenia wersji IPS za pomocą CLI, a nie jak zostało sprecyzowane w wymaganiach SIWZ za pomocą GUI.

W związku z powyższym zaoferowane przez wykonawcę ITSF rozwiązanie producenta Fortigate nie spełnia wszystkich wymagań Zamawiającego, a w konsekwencji oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP.

Naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców [Zarzut 7]

W konsekwencji naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP Zamawiający naruszył także zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w Postępowaniu. Błędna ocena oferty Odwołującego, która jest zgodna z treścią SIWZ oraz błędna ocena ofert wykonawców IS, Suntar oraz ITSF, które powinny podlegać odrzuceniu jako niezgodne z treścią SIWZ spowodowała, że Odwołujący, który złożył ofertę spełniającą wszystkie wymagania Zamawiającego i jest zdolny do należytego wykonania Zamówienia utracił możliwość jego uzyskania.

W niniejszym Postępowaniu wymagania dotyczące funkcjonalności i sposobu realizacji przedmiotu Zamówienia oraz sposób sporządzenia ofert przez wykonawców zostały wyartykułowane przez Zamawiającego w treści SIWZ, wyjaśnieniach SIWZ i zmianach treści SIWZ, w związku z tym brak spełnienia wymagań wskazanych przez Odwołującego w odwołaniu powinien skutkować odrzuceniem ofert wykonawcy IS, Suntar oraz ITSF. Natomiast oferta Odwołującego powinna zostać uznana za zgodną z treścią SIWZ. Czynności i zaniechania Zamawiającego w opisanym w odwołaniu zakresie należy zatem uznać za naruszające podstawowe zasady prawa zamówień publicznych określone w art. 7 ust. 1 i ust. 3 PZP. art. 7 ust. 1 PZP.

W niniejszym Postępowaniu wymagania dotyczące funkcjonalności i sposobu realizacji przedmiotu Zamówienia oraz sposób sporządzenia ofert przez wykonawców zostały wyartykułowane przez Zamawiającego w treści SIWZ, wyjaśnieniach SIWZ i zmianach treści SIWZ, w związku z tym brak spełnienia wymagań wskazanych przez Odwołującego w odwołaniu powinien skutkować odrzuceniem ofert wykonawcy IS, Suntar oraz ITSF. Natomiast oferta Odwołującego powinna zostać uznana za zgodną z treścią SIWZ. Czynności i zaniechania Zamawiającego w opisanym w odwołaniu zakresie należy zatem uznać za naruszające podstawowe zasady prawa zamówień publicznych określone w art. 7 ust. 1 i ust. 3 PZP.

Odwołanie o sygn. akt: KIO 2165/21

W dniu 19 lipca 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę S&T Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Odwołujący jak w odwołaniu o sygn. akt KIO: 1910/21) wobec:

1. czynności wyboru oferty wykonawcy oferty IT Solution Factor Sp. z o.o. (dalej: „IT Solution”) jako najkorzystniejszej w zakresie Części 2 Postępowania,
2. zaniechania odrzucenia oferty IT Solution w zakresie Części 2 Postępowania,

3. zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w zakresie Części 2 Postępowania,
4. z daleko posuniętej ostrożności – nieuzasadnionej czynności odrzucenia oferty Odwołującego z Części 2 Postępowania (zarzut podniesiony w Odwołaniu z dnia 28 czerwca 2021 r.).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) (dalej „PZP”) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy IT Solution z Część 2 Postępowania pomimo, że treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ w zakresie:
 - 1) deszyfrowania ruchu sieciowego, tj. wymagania wskazanego w Tom III Opis przedmiotu zamówienia Część 2.2. lit. b) Firewallle równoważne do Firewall Paloalto 5220 tabela wers 18 „Dostarczone FireWalle muszą posiadać funkcję deszyfrowania ruchu TLS 1.2 i TLS 1.3, oraz wspierać protokół HTTP/2” w zakresie opisanym w uzasadnieniu odwołania. [Zarzut 1]
 - 2) braku zapewnienia możliwości downgrade bezpośrednio w GUI urządzeń NGFW, tj. wymagania wskazanego w Tom III SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia Część 2.2. lit. a) i lit. b) w wierszu „Funkcjonalność IPS” - „Aktualizacja (z ang. upgrade) oraz obniżenie wersji (z ang. downgrade) powinno być możliwe w GUI urządzeń NGFW” i wskazanego w wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 20 stycznia 2021 r. (Zmiana SIWZ nr 2 poz. 7) w zakresie opisanym w uzasadnieniu odwołania. [Zarzut 2]
2. z daleko posuniętej ostrożności, jedynie w przypadku nie potwierdzenia się Zarzutów 1,2 - art. 87 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania IT Solution do wyjaśnienia treści złożonej oferty w Części 2, pomimo iż na skutek złożenia przez S&T Poland Sp. z o.o. Odwołania z dnia 28 czerwca 2021 r. Zamawiający wszedł w posiadanie informacji będących podstawą odrzucenia oferty IT Solution, co obligowało go co najmniej do wyjaśnienia okoliczności wskazanych w Odwołaniu. [Zarzut 3]
3. art. 7 ust. 1 i 3 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 4 PZP poprzez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tzn. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty IT Solution, pomimo wystąpienia przesłanek obligujących Zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy IT Solution jako najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy PZP. [Zarzut 4].

Stawiając powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy IT Solution jako najkorzystniejszej w zakresie Części 2 Postępowania,
2. dokonanie ponownego badania i oceny ofert, przywrócenie do Postępowania odrzuconej oferty Odwołującego złożonej dla Części 2,
3. odrzucenie oferty wykonawcy IT Solution, w zakresie Części 2 Postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP jako niezgodnej z SIWZ,
4. wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w zakresie Części 2 Postępowania,
5. połączenie sprawy wywołanej niniejszym Odwołaniem ze sprawą o sygn. KIO: 1910/21 wywołaną Odwołaniem z dnia 28 czerwca 2021 r.

Deszyfrowanie ruchu sieciowego [Zarzut 1]

Wykonawca IT Solution zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia o którym mowa w załączniku nr 1.2.pkt I 1.b) Tomu III SIWZ z zastosowaniem Firewall Fortinet FortiGate 1800F.

Zgodnie z treścią Tom III Opis przedmiotu zamówienia Część 2.2. lit. b) Firewallle równoważne do Firewall Paloalto 5220 tabela wers 18 „Dostarczone FireWalle muszą posiadać funkcję deszyfrowania ruchu TLS 1.2 i TLS 1.3, oraz wspierać protokół HTTP/2”.

Powyższa funkcjonalność deszyfrowania ruchu HTTP/2 została wprowadzona przez producenta Fortinet jedynie w najnowszej wersji oprogramowania FortiOS 7.0. Funkcjonalność ta, nazwana przez producenta „HTTP/2 support in proxy mode SSL inspection”, została umieszczona na liście nowych funkcji w ogólnodostępnej dokumentacji.

Zaoferowane urządzenie FG-1800F nie wykorzystuje wskazanej powyżej wersji oprogramowania FortiOS 7.0. Potwierdzenie w tym zakresie stanowi dokumentacja producenta, Fortinet, który w dokumencie opisującym „Release Notes” opisujące wspierane w tym zakresie modele urządzeń. Na liście wspieranych urządzeń brak jest zaoferowanego przez wykonawcę IT Solution urządzenia FG-1800F.

Dodatkowe potwierdzenie stanowiska Odwołującego, że zaoferowane przez wykonawcę IT Solution rozwiązanie nie spełnia wymagań Zamawiającego, stanowi dokumentacja producenta Fortinet wskazująca na brak możliwości aktualizacji oprogramowania do wersji 7.0 wspierającej deszyfrowanie TLS 1.3 dla HTTP/2). Powyższe zostało wyartykułowane w narzędziu służącym do planowania aktualizacji oprogramowania tzw. „Upgrade Path Tool Table”.

W związku z powyższym zaoferowane przez wykonawcę IT Solution rozwiązanie producenta Fortigate nie spełnia wszystkich wymagań Zamawiającego, a w konsekwencji oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP.

Możliwość downgrade w GUI urządzenia NGFW [Zarzut 2]

Wykonawca IT Solution zaoferował:

- 1) wykonanie przedmiotu zamówienia o którym mowa w załączniku nr 1.2. pkt I 1.a) Tomu III SIWZ, z zastosowaniem Firewall Fortinet FortiGate 3600E oraz
- 2) wykonanie przedmiotu zamówienia o którym mowa w załączniku nr 1.2.pkt I 1.b) Tomu III SIWZ z zastosowaniem Firewall Fortinet FortiGate 1800F.

Zamawiający w zakresie powyższych urządzeń wymagał, aby „*Moduł IPS w dostarczonych FireWallach musi mieć możliwość włączania dla pojedynczych reguł polityki bezpieczeństwa FireWall. Baza sygnatur musi być przechowywana na urządzeniu i aktualizowana regularnie w sposób automatyczny. Aktualizacja (z ang. upgrade) oraz obniżenie wersji (z ang. downgrade) powinno być możliwe w GUI urządzeń NGFW.*” Treść wymagania została zmieniona i wskazana w ramach zmiany treści SIWZ w wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 20 stycznia 2021 r. (Zmiana SIWZ nr 2 poz. 7) i jest wiążące dla wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty.

Z analizy dokumentacji udostępnionej przez producent Fortinet jednoznacznie wynika jednak, że proces „downgrade” wymaga użycia trybu CLI urządzenia. Producent urządzeń Fortinet opisuje w dokumentacji proces obniżenia wersji IPS jako proces manualny wymagający użycia CLI urządzenia, co jest wprost sprzeczne z wymaganiem postawionym przez Zamawiającego. Odwołujący załącza do odwołania fragment dokumentacji producenta pod tytułem „Jak obniżyć lub przywrócić silnik IPS” (z ang. „How to downgrade or rollback IPS engine” <https://kb.fortinet.com/kb/documentLink.do?externalID=FD46310>).

Przedstawiony przez Odwołującego dokument bezsprzecznie potwierdza, że w przypadku zaoferowanego przez wykonawcę IT Solution rozwiązania istnieje konieczność wykonania procedury obniżenia wersji IPS za pomocą CLI, a nie jak zostało sprecyzowane w wymaganiach SIWZ za pomocą GUI.

W związku z powyższym zaoferowane przez wykonawcę IT Solution rozwiązanie producenta Fortigate nie spełnia wszystkich wymagań Zamawiającego, a w konsekwencji oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP.

Zaniechanie wezwania do wyjaśnień treści oferty [Zarzut 3]

Okoliczności wraz z dowodami obligujące Zamawiającego do odrzucenia oferty IT Solution Odwołujący przytoczył w Odwołaniu z dnia 28 czerwca 2021 r. Z dokumentów otrzymanych przez Odwołującego od Zamawiającego dnia 9 lipca 2021 r. w odpowiedzi na wnioski o wgląd wynika, że nie badał on oferty IT Solution w zakresie okoliczności przytoczonych w Odwołaniu z dnia 28 czerwca 2021 r. W ocenie Odwołującego niezgodności oferty IT Solution przytoczone w Odwołaniu mają charakter 0/1. Chcąc dochować należytej staranności Zamawiający winien co najmniej zbadać oferty IT Solution pod kątem podstaw odrzucenia wskazanych w Odwołaniu z dnia 28 czerwca 2021 r., wzywając do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust.1 PZP, czego zaniechał.

Naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców [Zarzut 4]

W konsekwencji naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP Zamawiający naruszył także zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w Postępowaniu. Błędna ocena oferty wykonawcy IT Solution, która powinna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ, spowodowała, że Odwołujący, który złożył ofertę, która winna zostać uznana jako spełniająca wszystkie wymagania Zamawiającego i jest zdolny do należytego wykonania Zamówienia utracił możliwość jego uzyskania.

W niniejszym Postępowaniu wymagania dotyczące funkcjonalności i sposobu realizacji przedmiotu Zamówienia zostały wprost wyartykułowane przez Zamawiającego w treści SIWZ, wyjaśnieniach SIWZ i zmianach treści SIWZ, w związku z tym brak spełnienia wymagań wskazanych przez Odwołującego w odwołaniu powinien skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy IT Solution. Zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie należy zatem uznać za naruszenie podstawowych zasad prawa zamówień publicznych określonych w art. 7 ust. 1 i ust. 3 PZP.

W dniu 30 czerwca 2021 r. do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1910/21 oraz w dniu 22 lipca 2021 r. do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2165/21 zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca IT Solution Factor Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej „Przystępującym”) wnosząc o oddalenie obu odwołań.

W dniu 23 lipca 2021 r. Odwołujący złożył pismo procesowe, jako replikę do argumentacji przedstawionej przez Przystępującego w postępowaniu o sygn. akt: KIO 1910/21 oraz 5 sierpnia 2021 r złożył pismo procesowe, jako replikę do argumentacji przedstawionej przez Przystępującego w postępowaniu o sygn. akt: KIO 2165/21.

W dniu 17 sierpnia 2021 r. Przystępujący złożył pismo procesowe, wnosząc o przeprowadzenie dowodów w zakresie spełnienia wymogów z SIWZ dotyczących

deszyfrowania ruchu sieciowego, wspierania protokołu http 2 i downgrade w GUI urządzenia w NGFW oraz na okoliczność braku zasadności zrzutów odwołującego.

W dniu 18 sierpnia 2021 r. Odwołujący złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie obu odwołań jako w całości bezzasadnych, oraz o przeprowadzenie dowodów załączonych do pisma procesowego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowych sprawach złożonych do akt sprawy, zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, pism procesowych, oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Mając na uwadze treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.), dalej jako „ustawa nPzp”)

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 528 ustawy nPzp.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołań, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię obu odwołań Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania.

Izba uznała za skuteczne zgłoszenie przystąpienia przez wykonawcę IT Solution Factor Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do udziału w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 1910/21 oraz KIO 2165/21 w charakterze Uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie o sygn. akt KIO 1910/21

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze za zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Integrated Solution Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz oferty wykonawcy Suntar Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie na wszystkich istniejących podstawach oraz w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 ww. ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Integrator Solution Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Suntar Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie pomimo wystąpienia przesłanek obligujących Zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców - bowiem Odwołujący na posiedzeniu z udziałem stron zarzut ten wycofał.

Odnosząc się do zarzutów niewycofanych, odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba odniosła się do zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego – tj. zarzutu 4 i 5, które Izba uznała za niezasadne.

Odnosząc się do zarzutu 4, tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego pomimo, że treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ w zakresie deszyfrowania ruchu sieciowego, tj. wymagania wskazanego w Tomie III Opis przedmiotu zamówienia Część 2.2. lit. b) Firewall równoważne do Firewall Paloalto 5220 tabela wers 18 „Dostarczone FireWalle muszą posiadać funkcję deszyfrowania ruchu TLS 1.2 i TLS 1.3, oraz wspierać protokół HTTP/2” w zakresie opisanym w uzasadnieniu odwołania, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

W treści SIWZ Tom III Opis przedmiotu zamówienia Część 2.2. lit. b wiersz 18 Zamawiający ustanowił wymóg:

Firewalle równoważne do Firewall Paloalto 5220 muszą (każdy z nich oddzielnie) spełniać następujące wymagania:

Element/cecha: Deszyfrowanie ruchu sieciowego

Charakterystyka: Dostarczone FireWalle muszą posiadać funkcję deszyfrowania ruchu TLS 1.2 i TLS 1.3, oraz wspierać protokół HTTP/2.

W wyniku odpowiedzi na pytania Nr 1 i zmiany SIWZ Nr 1 z dnia 7 stycznia 2021 r. Zamawiający wprowadził m.in. następującą zmianę w treści SIWZ:

*W Tom III SIWZ Tom III, Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” Załącznik 2.2. pkt a) i b) kolumna „element/cecha” wiersz 18 „Deszyfrowanie ruchu sieciowego” dodaje się treść:
Zamawiający wymaga aby obsługa protokołu HHTTP/2 była minimum w zakresie wsparcia dla klienta http/2, rozpoznawania ruchu oraz wykonywania akcji związanych z transmisją ruchu zdefiniowanego w politykach bezpieczeństwa.*

Przystępujący zaoferował urządzenie Fortigate 1800F producenta Fortinet. Przystępujący nie podał w ofercie nazwy oferowanego systemu operacyjnego.

Nie było sporne między stronami, iż Zamawiający nie wymagał podania w ofercie oferowanego systemu operacyjnego. W formularzu ofertowym należało podać producenta, model, producenta i wersję systemu zarządzania oferowanego urządzenia.

Odwołujący podnosi, iż wymagana przez Zamawiającego funkcjonalność deszyfrowania ruchu HTTP/2 została wprowadzona przez producenta Fortinet jedynie w najnowszej wersji oprogramowania FortiOS 7.0, nazwanej przez producenta „*HTTP/2 support in proxy mode SSL inspection*”, natomiast zaoferowane urządzenie FG-1800F nie wykorzystuje tej wersji oprogramowania. Ponadto, brak jest możliwości aktualizacji oprogramowania do wersji 7.0 wspierającej deszyfrowanie TLS 1.3 dla HTTP/2. Powyższe, w ocenie Odwołującego świadczy o tym, że zaoferowane przez Przystępującego rozwiązanie nie spełnia wymagań Zamawiającego, co wskazuje na konieczność odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, jako oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ.

Izba nie podziela stanowiska przedstawionego przez Odwołującego.

Z treści oferty nie wynika jaki system operacyjny oraz w której wersji został zaoferowany przez Przystępującego a Odwołujący nie wykazał, w oparciu o jakie okoliczności przyjął, że Przystępujący oferuje system operacyjny FortiOS 7.0. Powyższe może wskazywać, że zarzut został sformułowany wyłącznie w oparciu o własne, niczym niepotwierdzone przypuszczenia Odwołującego co do zaoferowanego oprogramowania i jego funkcjonalności.

Z oświadczenia Przystępującego wynika, że zaoferował on system operacyjny FortiOS 6.2, który po aktualizacji 6 wspiera funkcję deszyfrowania ruchu TLS 1.2. i TLS 1.3. Funkcjonalność ta została potwierdzona dowodami złożonymi przez Przystępującego.

Podkreślenia wymaga – co stanowi istotę sprawy, iż oprogramowanie producenta Fortinet posiada dwa niezależne tryby: „przepływu” i „proxy”, przy czym trybem domyślnym jest tryb „przepływu”, który deszyfruje ruch TLS 1.2 i TLS 1.3 oraz wspiera HTTP/2, co stanowi potwierdzenie wymogu Zamawiającego. Natomiast tryb „proxy” jest trybem dodatkowym, niewymaganym przez Zamawiającego i to właśnie dla tego trybu oprogramowanie w wersji 7.0. wspiera funkcje deszyfrowania, z zastrzeżeniem że dotyczy ono rozszerzenia Application-Layer Protocol Negotiation (ALPN), który nie stanowił wymogu SIWZ.

Zarzut Odwołującego, odnoszący się do oprogramowania FortiOS w wersji 7.0 dotyczy trybu „proxy” i opiera się na założeniu, że Przystępujący zaoferował oprogramowanie w trybie „proxy”.

Twierdzenie Odwołującego nie znajduje potwierdzenia ani w treści oferty Przystępującego, ani w złożonych dowodach. Odwołujący bezpodstawnie przyjął, że Przystępujący zaoferował system operacyjny działający w trybie „proxy”. Nie wykazał również na jakiej podstawie oparł założenie, że Przystępujący oferuje system operacyjny FortiOS w wersji 7.0, a nie w innej wersji, spełniającej wymagania Zamawiającego. Nie wykazał, również, że system operacyjny producenta Fortinet działający w innym trybie np. w trybie „przepływu” nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia w Załącznik 2.2. pkt b) w zakresie deszyfrowania ruchu sieciowego.

Wobec braku wykazania, iż Przystępujący oferuje system operacyjny Forti OS 7.0 oraz wobec braku wykazania, że niższe wersje systemu operacyjnego Fotri OS tj. 6.2 nie spełniają wymaganej przez Zamawiającego funkcjonalności, zarzut nie został udowodniony i nie mógł zostać uwzględniony.

Odnosząc się do zarzutu 5, tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego pomimo, że treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ w zakresie braku zapewnienia możliwości downgrade bezpośrednio w GUI urządzeń NGFW, tj. wymagania wskazanego w Tomie III SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia Część 2.2. lit. a) i lit. b) w wierszu „Funkcjonalność IPS” - „Aktualizacja (z ang. upgrade) oraz obniżenie wersji (z ang. downgrade) powinno być możliwe w GUI urządzeń NGFW” i wskazanego w wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 20 stycznia 2021 r. (Zmiana SIWZ nr 2 poz. 7) w zakresie opisanym w uzasadnieniu odwołania, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zgodnie z treścią SIWZ - Tom III SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia Część 2.2. lit. a) i lit. b) w wierszu „Funkcjonalność IPS”, której ostateczny kształt został nadany w wyniku

zmiany treści SIWZ z dnia 20 stycznia 2021 r.(zmiana nr 2 poz. 7) Zamawiający wymagał: *Moduł IPS w dostarczonych FireWallach musi mieć możliwość włączania dla pojedynczych reguł polityki bezpieczeństwa FireWall. Baza sygnatur musi być przechowywana na urządzeniu i aktualizowana regularnie w sposób automatyczny. Aktualizacja (z ang. upgrade) oraz obniżenie wersji (z ang. downgrade) powinno być możliwe było w GUI urządzeń NGFW.*

Odwołujący podnosi, iż z analizy dokumentacji producenta Fortinet jednoznacznie wynika, że proces „downgrade” wymaga użycia trybu CLI (linii poleceń) jako procesu manualnego, sprzecznego z wymaganiami Zamawiającego, opierającymi się na możliwości obniżenia wersji IPS w GUI (interfejsie graficznym) urządzeń NGFW. Odwołujący załączył dowód w postaci wyciągu z dokumentacji producenta, potwierdzający że w przypadku obniżenia wersji IPS konieczne jest użycie trybu ręcznego, co potwierdza, iż zaoferowane rozwiązanie nie spełnia wszystkich wymagań Zamawiającego.

W wyniku oceny dowodów złożonych przez Przystępującego w zakresie wymaganej przez Zamawiającego funkcjonalności, Izba doszła do przekonania, iż oferowane przez Przystępującego rozwiązanie spełnia wymóg Zamawiającego.

Odwołujący wskazując na niezgodność treści oferty Przystępującego z wymaganiami SIWZ odniósł się wyłącznie do początkowej procedury uruchomienia danej funkcjonalności, która wymaga użycia trybu CLI, a nie do możliwości obniżenia wersji IPS (downgrade), która była wymogiem SIWZ. Jak wynika z dokumentacji technicznej (którą Odwołujący przywołuje jedynie wybiórczo) Procedura obniżenia wersji jest dwuetapowa: pierwszy etap to zezwolenie na obniżenie wersji IPS, polegający na wpisaniu wskazanej komendy z poziomu CLI, drugi etap to możliwość dokonywania obniżenia wersji IPS z poziomu interfejsu graficznego GUI. Etap pierwszy CLI, to etap jednorazowy, możliwy do włączenia np. przy wdrożeniu urządzenia przez wykonawcę, przed jego przekazaniem Zamawiającemu do użytkowania. Po uzyskaniu zezwolenia do możliwości dokonywania obniżenia wersji, proces jej obniżenia (downgrade wykonywany jest z poziomu GUI, tj. poprzez interfejs graficzny.

W ocenie Izby, przedstawienie pełnej procedury obrazującej przebieg procesu uruchomienia funkcjonalności (CLI) a następnie możliwości korzystania z danej funkcjonalności (GUI) potwierdza, że rozwiązanie proponowane przez Przystępującego posiada możliwość obniżenia wersji z poziomu GUI, zgodnie z wymaganiami zawartym w treści SIWZ.

Wobec powyższego, zarzut Odwołującego oparty na fragmentarycznej, niepełnej analizie możliwości obniżenia wersji IPS w proponowanym przez Przystępującego rozwiązaniu, jako niezasadny podlega oddaleniu.

Reasumując, w odniesieniu do zarzutu 4 i 5, Izba nie uznała aby argumenty podniesione przez Odwołującego zasługiwały na uwzględnienie, co stanowi o braku naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP przez Zamawiającego, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego.

W odniesieniu do zarzutu 1, dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, z uwagi na brak wskazania wprost w treści oferty (Formularzu asortymentowo-cenowym - Formularz 2.2) na zaoferowanie dodatkowych modułów 10 Gb i 1 Gb, podczas gdy zgodnie z treścią SIWZ (w tym załączników do SIWZ) Zamawiający nie wymagał wskazania w treści oferty pełnej konfiguracji zaoferowanych urządzeń, a jedynie wskazania „Producenta/model/producent i wersja systemu zarządzania”, co też Odwołujący zgodnie z wymaganiem wskazał, Izba uznała zarzut za zasadny. Z treści SIWZ wynika, że Zamawiający w Tomie III SIWZ, w załączniku nr 1.2. pkt 1 1a) i 1b) określił, iż:

I. Informacje ogólne

1. Przedmiotem zamówienia jest dostawa instalację, konfigurację i wdrożenie Sprzętu, przełączających ruch na potrzeby komunikacji w sieci LAN Data Center w postaci:

- a) 2 szt Firewall Paloalto 5260 lub równoważnych wraz z dostarczeniem wszystkich licencji niezbędnych do uruchomienia wymaganych funkcjonalności dla każdego urządzenia.*
- b) 2 szt. Firewall Paloalto 5220 lub równoważnych wraz z dostarczeniem wszystkich licencji niezbędnych do uruchomienia wymaganych funkcjonalności dla każdego urządzenia.*

Zgodnie z treścią zawartą w Tomie III część 2.2 - Minimalne wymagania techniczne dla Sprzętu równoważnego Zamawiający wymagał aby wykonawcy podali w formularzu asortymentowo cenowym – część 2 (Formularz 2.2) następujące informacje:

*a) Firewalle równoważne do Firewall **Paloalto 5260** muszą (każdy z nich oddzielnie) spełniać następujące wymagania:*

<i>Liczba portów 40Gb</i>	<i>Dostarczone FireWalle muszą posiadać ilość interfejsów 40 Gb określaną atrybutem MIN liczba portów 40 Gb</i>	<i>MIN liczba portów 40 Gb – 4 [szt]</i>
<i>Liczba portów 1 Gb</i>	<i>Dostarczone FireWalle muszą posiadać ilość interfejsów 1Gb – RJ45 określaną atrybutem MIN liczba portów 1 Gb</i>	<i>MIN liczba portów 1Gb – 4 [szt]</i>

b) Firewalle równoważne do Firewall Paloalto 5220 muszą (każdy z nich oddzielnie) spełniać następujące wymagania:

Liczba portów 40Gb	Dostarczone FireWalle muszą posiadać ilość interfejsów 40 Gb określaną atrybutem MIN liczba portów 40 Gb	MIN liczba portów 40 Gb – 2 [szt]
Liczba portów 1 Gb	Dostarczone FireWalle muszą posiadać ilość interfejsów 1Gb – RJ45 określaną atrybutem MIN liczba portów 1 Gb	MIN liczba portów 1Gb – 4 [szt]

Zgodnie z pkt 13.8 SIWZ Ofertę należało sporządzić zgodnie z wzorem Formularza „Oferta” stanowiącym załącznik do SIWZ. Formularz „Oferta” zawierał Formularz asortymentowo-cenowy (Formularz 2.2) o treści (część 2):

1. Wykonanie przedmiotu zamówienia o którym mowa w załączniku nr 1.2. pkt I 1.a) Tomu III SIWZ, z zastosowaniem Firewall

.....

(Firewall Paloalto 5260 lub równoważny)

Wykonawca ma obowiązek wskazać Producenta/model/producent i wersja systemu zarządzania)

2. Wykonanie przedmiotu zamówienia o którym mowa w załączniku nr 1.2.pkt I 1.b) Tomu III SIWZ, z zastosowaniem Firewall

.....

(Firewall Paloalto 5220 lub równoważny)

Wykonawca ma obowiązek wskazać producenta/model/producent i wersja systemu zarządzania)

Odwolujący złożył Zamawiającemu ofertę, w której zaoferował:

1. Wykonanie przedmiotu zamówienia o którym mowa w załączniku nr 1.2. pkt I 1.a) Tomu III SIWZ, z zastosowaniem Firewall

Firewall Palo Alto 5260 wraz z systemem zarządzania Panorama central management software w konfiguracji zgodnej z zapisami SIWZ

(Firewall Paloalto 5260 lub równoważny)

Wykonawca ma obowiązek wskazać Producenta/model/producent i wersja systemu zarządzania)

2. Wykonanie przedmiotu zamówienia o którym mowa w załączniku nr 1.2. pkt I 1.b) Tomu III SIWZ, z zastosowaniem Firewall

Firewall Palo Alto 5220 wraz z systemem zarządzania Panorama central management software w konfiguracji zgodnej z zapisami SIWZ

(Firewall Paloalto 5220 lub równoważny)

Wykonawca ma obowiązek wskazać producenta/model/producent i wersja systemu zarządzania)

Oświadczam, że urządzenia wskazane w wierszu 1 oraz 2 powyżej oferowane przeze mnie spełniają wszystkie wymagania zawarte w TOM III część 2.2., a cena obejmuje wykonanie przedmiotu zamówienia określonego w TOM III część 1.2.

Zamawiający pismem z dnia 18 czerwca 2021 r. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP odrzucił ofertę Odwołującego uzasadniając, że Wykonawca zgodnie z treścią złożonej oferty zaferował dla poz a) następujące urządzenie: Firewall Palo Alto 5260 wraz z systemem zarządzania Panorama central management software oraz dla poz. b) urządzenie: Firewall Palo Alto 5220 wraz z systemem zarządzania Panorama central management software.

Z analizy ogólnodostępnych informacji na stronie producenta

https://www.paloaltonetworks.com/apps/pan/public/downloadResource?pagePath=/content/pan/en_US/resources/datasheets/pa-5200-series-specsheet, wynika, iż zaferowane urządzenia nie spełniają wymagań zawartych w wierszach 6 i 8.

Aby można było uznać iż urządzenia będą mogły spełniać wymagania zawarte w SIWZ Wykonawca musiałby jest wyposażyć w dodatkowe moduły 10 Gb i 1 Gb, niestety z treści oferty wynika, że Wykonawca oferuje wyłącznie urządzenie bez żadnych dodatkowych modułów.

W związku z powyższym, zaproponowane przez Wykonawcę rozwiązanie, nie spełnia zacytowanego wyżej wymogu określonego w SIWZ TOM III OPZ część 2.2. wiersz 6 i 8 dla urządzeń a) i b) , a w konsekwencji treść oferty Wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co stanowi podstawę do odrzucenia oferty Wykonawcy w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy. Wobec powyższego, Zamawiający postanowił jak na wstępie.

Odnosząc się do rozpatrywanej sprawy Izba wskazuje, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP nakłada na Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP. Ustawodawca zobowiązał więc Zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji, parametrów technicznych i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust.1 pkt 2 PZP musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie niezgodność oferty ze SIWZ polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SIWZ. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SIWZ

niemających istotnego charakteru. O ile każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, o tyle kluczową sprawą jest, czy w konkretnym stanie faktycznym możliwe jest ustalenie treści oświadczenia co do oferowanego przedmiotu w sposób, który nie narusza nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Przy czym zaznaczenia wymaga, że punktem wyjścia dla ustalenia zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami zamawiającego są zapisy SIWZ, jasno i przejrzysto wyrażone oczekiwania Zamawiającego. Wobec powyższego, w pierwszej kolejności należy odnieść się do zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w której Zamawiający określił jakie informacje wykonawca winien podać w formularzu asortymentowo-cenowym.

Z zapisów SIWZ wynika, iż wykonawca winien podać oferowane Firewall (Palo Alto lub równoważne) wskazać producenta/model/producenta i wersję systemu zarządzania. Zamawiający nie wymagał od wykonawców wymienienia wszystkich elementów stanowiących treść oferty, a wymaganych w załączniku nr. 2.2 Tomu III SIWZ, a jedynie złożenia oświadczenia, że oferują wykonanie przedmiotu zamówienia, o którym mowa w przywołanych punktach oraz że oferowane urządzenia spełniają wszystkie wymagania zawarte w Tomie III część 2.2, a cena obejmuje wykonanie przedmiotu zamówienia określonego w Tomie III część 1.2.

Tymczasem podstawą odrzucenia oferty Odwołującego było to, że Odwołujący w Formularzu asortymentowo-cenowym nie ujął modułów 10 Gb i 1 Gb, co zostało zakwalifikowane przez Zamawiającego, jako zaoferowanie wyłącznie urządzenia bez żadnych dodatkowych modułów.

W ocenie Izby, zestawiając wymagania zawarte w treści SIWZ oraz informacje podane w formularzu asortymentowo-cenowym Odwołującego, działanie Zamawiającego było nieuprawnione. Odwołujący złożył ofertę zgodnie ze wzorem formularza opracowanego przez Zamawiającego oraz wypełnił go zgodnie z podanymi wymaganiami.

Zamawiający nie wymagał szczególnego odniesienia się do którejkolwiek z pozycji zawartej w części 2.2. Tom III SIWZ, nie wymagał informacji w zakresie oferowanych modułów 10 Gb i 1 Gb, a jedynie złożenia oświadczenia odnoszącego się do całości wymagań zawartych w Tomie II część 2.2 SIWZ, co Odwołujący uczynił.

Ponadto, Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty nie wskazał z którym konkretnie wymogiem SIWZ oferta Odwołującego nie jest zgodna, lecz odniósł się do informacji podanych na stronach producenta.

Zamawiający dokonał oceny ofert, w sposób którego nie wskazał w treści SIWZ, ponieważ oparł się na informacjach zawartych na stronach internetowych – zamiast na ofercie, a takiej podstawy weryfikacji ofert nie wskazał w SIWZ. Brak było również podstawy,

aby zarzucać Odwołującemu braku zaoferowania dodatkowych modułów, skoro Odwołujący złożył w tym zakresie oświadczenie, zgodne z treścią wymaganą przez Zamawiającego.

Za niedopuszczalne należy uznać twierdzenie Zamawiającego o niezgodności oferty Odwołującego na podstawie niezawartych w treści specyfikacji wymagań lub subiektywnej, rozszerzającej interpretacji jej zapisów, jak również dokonanie oceny oferty przez pryzmat oczekiwań nieznajdujących odzwierciedlenia w SIWZ. Wykonawca bowiem przygotowując swoją ofertę, opiera się na dosłownym brzmieniu zapisów SIWZ a złożenie oferty dokładnie zgodnej z jej treścią, nie może skutkować odrzuceniem oferty, jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Wobec powyższego, w ocenie Izby nie zaistniała przesłanka odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP w zakresie braku wymaganych modułów.

Jednakże, Izba podkreśla, iż zgodnie z treścią art. 554 ust. 1 pkt 1) nPzp *Izba uwzględni 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 kwalifikacji wykonawców.*

Wobec powyższego, w uwagi na niepotwierdzenie się zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego (zarzut 4 i 5) co stanowi, iż oferta Przystępującego nadal pozostaje ofertą najkorzystniejszą, Izba nie mogła uwzględnić ww. zarzutu. Pomimo, iż Izba podziela stanowisko Odwołującego dotyczące naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez bezpodstawne odrzucenie jego oferty, naruszenie przez Zamawiającego przepisów podnoszonych w zarzucie nr 1 pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, co prowadzi do braku możliwości uwzględnienia zarzutu.

Zarzut podlega zatem oddaleniu.

Za niezasadny Izba uznała również zarzut 2, dotyczący naruszenia art. 87 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty przed dokonaniem czynności odrzucenia oferty, co w konsekwencji spowodowało bezpodstawne odrzucenie tej oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ. Jeżeli treść oferty była zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to nie istniały podstawy do jej wyjaśnienia.

Odnosząc się do zarzutu 6, dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 PZP poprzez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tzn. poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo niezastnienia przesłanek dających podstawę do odrzucenia tej oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ, oraz zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Przystępującego, pomimo wystąpienia przesłanek

obligujących Zamawiającego do odrzucenia tej oferty, w ocenie Izby zarzut nie podlega uwzględnieniu.

Izba wskazuje, że ocena powyższego zarzutu jest konsekwencją oceny powyższych zarzutów i jest z nimi ściśle powiązana. W zakresie zarzutu 1, który Izba uznała za zasadny, potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 pkt 1 i 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP. Jednakże zarzut ten, z uwagi na brak wpływu na wynik postępowania nie mógł zostać uwzględniony przez Izbę.

W zakresie pozostałych zarzutów, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 pkt 1 i 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP i 87 ust. 1 PZP nie został potwierdzony.

Odwołanie o sygn. akt KIO 2165/21

W Ocenie Izby odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzut dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) (dalej „PZP”) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy IT Solution z Część 2 Postępowania pomimo, że treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ w zakresie:

- 1) deszyfrowania ruchu sieciowego, tj. wymagania wskazanego w Tom III Opis przedmiotu zamówienia Część 2.2. lit. b) Firewallle równoważne do Firewall Paloalto 5220 tabela wers 18 „Dostarczone FireWalle muszą posiadać funkcję deszyfrowania ruchu TLS 1.2 i TLS 1.3, oraz wspierać protokół HTTP/2” w zakresie opisanym w uzasadnieniu odwołania
-Zarzut 1,
- 2) braku zapewnienia możliwości downgrade bezpośrednio w GUI urządzeń NGFW, tj. wymagania wskazanego w Tom III SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia Część 2.2. lit. a) i lit. b) w wierszu „Funkcjonalność IPS” - „Aktualizacja (z ang. upgrade) oraz obniżenie wersji (z ang. downgrade) powinno być możliwe w GUI urządzeń NGFW” i wskazanego w wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 20 stycznia 2021 r. (Zmiana SIWZ nr 2 poz. 7) w zakresie opisanym w uzasadnieniu odwołania - Zarzut 2,

Izba uznała, iż powyższe zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

W zakresie uzasadnienia, Izba przywołuje argumentację tożsamą jak dla uzasadnienia oddalenia zarzutu 4 i 5 w odwołaniu o sygn. akt KIO 1910/21.

Odnosząc się do zarzutu 3 (podniesionego z ostrożności), dotyczącego naruszenia art. 87 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty w Części 2, pomimo iż na skutek złożenia przez Odwołującego odwołania

z dnia 28 czerwca 2021 r. (sygn. akt: KIO 1910/21) Zamawiający wszedł w posiadanie informacji będących podstawą odrzucenia oferty Przystępującego, co obligowało go co najmniej do wyjaśnienia okoliczności wskazanych w odwołaniu, Izba uznała zarzut za niezasadny.

W ocenie Izby, informacje podniesione przez Odwołującego w odwołaniu KIO 1910/21, stanowiące zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego nie uzasadniały odrzucenia tej oferty, ani nie skutkowały powstaniem wątpliwości po stronie Zamawiającego co do jej treści. Zatem nie istniały podstawy aby Zamawiający musiał wzywać Przystępującego do wyjaśnienia okoliczności przywołanych przez Odwołującego.

W związku z powyższym, zarzut jako niezasadny podlega oddaleniu.

Nie potwierdził się również zarzut 4, dotyczący naruszenia uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający dokonując wyboru oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej, nie dokonał naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 4 PZP.

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

Wobec powyższego, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....