

WYROK
z dnia 17 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 czerwca 2020 r. przez Odwołującego – wykonawcę IT Solution Factor sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Akademię Wojsk Lądowych im. Tadeusza Kościuszki we Wrocławiu, przy udziale Przystępującego po stronie Zamawiającego – wykonawcy SPINEL sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
 - 1.1. unieważnienie wyboru oferty Przystępującego po stronie Zamawiającego;
 - 1.2. ponowne badanie i ocenę ofert, w tym odrzucenie oferty Przystępującego po stronie Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i Odwołującego w częściach po ½ i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w łącznej wysokości 18.600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę w łącznej wysokości 9.300,00 zł (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych 00/100) tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Akademia Wojsk Lądowych im. Tadeusza Kościuszki we Wrocławiu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest zakup wraz z dostawą urządzeń brzegowych oraz usługa wsparcia technicznego urządzeń, zwane dalej „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 26 marca 2020 r., pod nr 2020/S 061-145221.

22 maja 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawcę IT Solution Factor sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący”) o odrzuceniu jego oferty i wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę Spinel sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej „Wykonawca S”).

W dniu 1 czerwca 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba” lub „KIO”) wpłynęło odwołanie, w którym zaskarżono:

1. odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”);
2. wybór oferty Wykonawcy S i zaniechanie jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp ze względu na niezgodność jej treści z treścią SIWZ.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez wadliwe zastosowanie tego przepisu względem Odwołującego, skutkujące bezpodstawnym odrzuceniem złożonej przez niego oferty jako nieodpowiadającej treści SIWZ, podczas gdy oferta ta nie tylko pozostawała w pełni zgodna z wymogami Postępowania, ale też jest ofertą najkorzystniejszą cenowo;
2. art. 7 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp przez dokonanie wadliwego wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę S, która to oferta – jako nieodpowiadająca treści SIWZ – powinna była zostać odrzucona;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
2. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej i dokonania ponownej oceny ofert;
3. odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę S i dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej,

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący podał, że Zamawiający, odrzucając ofertę Odwołującego, sprecyzował *de facto* 2 zarzuty, dotyczące rzekomej niezgodności treści oferty złożonej przez Odwołującego z treścią SIWZ. Istotne jednak pozostaje, że oba zarzuty dotyczą niezgodności z wymogami, których Zamawiający w ogóle w treści SIWZ nie wyartykułował, precyzując je w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego.

[Zarzut dot. niezgodności patchcordów z wymogami Postępowania]

W treści zawiadomienia z dnia 22.05.2020 r. Zamawiający wskazał:

„Zamawiający nie może uznać, że oferta Wykonawcy, w której zaproponowano urządzenie Fortinet FortiGate 600E spełnia wymagania ujęte w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia (...) Zamawiający informuje, że dostarczenie powyższego asortymentu jest niezgodne z opisem przedmiotu zamówienia, ponieważ Zamawiający żądał dostarczenia dwóch patchcordów 10Gb umożliwiających podłączenie dostarczanego urządzenia do switcha Cisco”.

Abstrahując od wątpliwej precyzji sformułowanego przez Zamawiającego uzasadnienia odrzucenia oferty, podkreślenia wymaga, że jest ono zupełnie nietrafione. Odwołujący zaoferował bowiem produkt spełniający wszelkie postawione w Postępowaniu wymogi, a więc, po pierwsze, patchcordy w wymaganej liczbie 2 szt., po drugie – spełniające wymóg przepustowości 10Gb, po trzecie – umożliwiające podłączenie zaoferowanego urządzenia do switcha Cisco. Natomiast wskazywane przez Zamawiającego w treści zawiadomienia z dnia 22.05.2020 r. wymogi, których rzekomo nie spełnia oferta Odwołującego, stanowią *de facto* odejście od pierwotnych założeń opisu przedmiotu zamówienia poprzez wprowadzenie opisu elementów charakterystycznych dla zupełnie innego urządzenia, nie objętego przedmiotem zamówienia.

Tymczasem Zamawiający wskazał w treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego:

„Budowa patchcordu łączącego 2 urządzenia przedstawia się w bardzo ogólnym skrócie w sposób następujący: Jest to przewód zawierający na końcach KAŻDEJ ze stron wtyczki (w tym wypadku odpowiednie moduły SFP)”.

Dalej Zamawiający wskazał:

„Rozwiązanie takie umożliwiłoby utworzenie dwóch połączeń z przepustowością 10Gb pomiędzy dwoma urządzeniami (urządzenie brzegowe – switch) bez jakichkolwiek dodatkowych urządzeń”.

W kontekście powyższego Zamawiający zarzuca, że przy ewentualnym uznaniu urządzenia zaoferowanego przez Odwołującego za kompatybilne „nie będzie można utworzyć 2 niezależnych zestawów (patchcordów) ponieważ: 1 patchcord jednolity = 2 moduły wkładek SFP + patchcord. W takim przypadku wykonawca musiałby zaproponować 4 wkładki SFP oraz 2 patchcordy, zamiast tego wskazał w udzielonej odpowiedzi, że są to 2 sztuki wkładek, co jest jednoznaczne z tym, że nie zostały spełnione wymagania opisane w SIWZ”.

Z Zamawiającym nie sposób się zgodzić. Ponieważ Zamawiający nie wprowadził zasad rozumienia pojęcia „patchcord”, należy odnieść się do zasad ogólnie stosowanych w branży teleinformatycznej, której dotyczy przedmiot zamówienia. Powszechnie przyjętą praktyką przy projektowaniu infrastruktury teleinformatycznej w Polsce jest stosowanie dawniejszych Norm Zakładowych TP S.A., które obecnie są odzwierciedlone w Normach Zakładowych Orange.

Przykładem odniesienia się do wyżej wskazanych norm jest np. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone przez Politechnikę Gdańską w przedmiocie: sukcesywne dostawy patchcordów światłowodowych i modułów WDM-ZP-115/022/D/12, a dokładniej w specyfikacji patchcordów światłowodowych, stanowiącej załącznik nr 6 do SIWZ. Zawarta w przedmiotowym postępowaniu definicja patchcordu brzmi następująco: Każdy patchcord światłowodowy składa się z następujących elementów:

- sznur patchcordowy danego typu, o wyspecyfikowanej długości;
- wtyki (pół-złączki), które są specyfikowane parami po obu stronach patchcordu.

W dalszej części dokumentu są opisane możliwe warianty sznuru patchcordowego oraz wtyczek (pół-złączek) i zaznaczenia w tym miejscu wymaga, że jeden z tych opisów w pełni odpowiada produktowi patchcord zaoferowanemu przez Odwołującego Postępowaniu.

Wyżej wskazany sposób definiowania patchcordu jest powszechnie stosowany w branży teleinformatycznej i tak też został opisany w ogólnie dostępnych zasobach internetowych. Przykładowo, zgodnie z opisem z Wikipedii kabel krosowy, kabel krosowniczy (ang. *patch cord*, *patch cable*) – krótki przewód służący do przesyłania sygnałów elektrycznych lub optycznych. Najczęściej jest on kojarzony z sieciami komputerowymi w topologii gwiazdy opartymi na okablowaniu typu skrętka, która posiada zakończenia przewodów we wtyczce 8P8C typu A lub B. Jednak coraz częściej używa się optycznych kabli krosowych

(światłowodów) służących do łączenia sieciowego osprzętu optycznego, ale także do łączenia urządzeń audio/wideo.

Najczęściej kablem krosowym określa się gotowy przewód o znormalizowanej długości (V2, 1, 2, 3, 5 m) zakończony z obu stron końcówkami (zwykle wtykami) zgodnymi z technologią, dla której został przygotowany:

- kabel koncentryczny: BNC;
- skrętka: 8P8C (RJ45);
- światłowod: SC, FC, ST, LC, E2000, TOSLINK.

Przydatne dla rozumienia pojęcia „patchcord” mogą też okazać się wyniki prostego wyszukiwania hasła „patchcord światłowodowy” w internetowej wyszukiwarce.

Wyżej przytoczone przykłady rozumienia pojęcia „patchcord” jedynie potwierdzają, że Odwołujący zaoferował urządzenie zgodne z wymaganiem Zamawiającego, tj. kable patchcord 10Gb umożliwiające podłączenie dostarczanego urządzenia do switcha Cisco.

Z kolei zawarty w uzasadnieniu zawiadomienia z dnia 22.05.2020 r. opis urządzenia, wraz z zamieszczonym zdjęciem (Rys. 1 w załączniku graficznym), wskazuje na technologię połączenia, dla którego w branży informatycznej przyjęto definicję „Direct-Attach Copper” (w skrócie „przewód DAC”) lub w szczególnym przypadku Active Optical Cable (w skrócie „przewód AOC”).

Przewód DAC jest to kabel miedziany, który – w odróżnieniu od patchcordu – jest zakończony nie złączami RJ45 lecz modułami SFP (SFP, SFP+ QSFP itp.).

Przewód AOC jest to kabel optyczny, który w odróżnieniu od patchcordu optycznego jest zakończony nie złączami LC lecz modułami SFP (SFP, SFP+ QSFP itp.)

Dowodami potwierdzającymi powyższą definicję, odnoszącymi się do urządzeń „DAC” lub „AOC”, są stosowne opisy przedmiotu zamówienia sporządzane dla licznych postępowań o udzielenie zamówienia, np.:

Przykład 1:

Zamówienie Publiczne DAG-SZP.262.38.2018 Narodowego Centrum Badań i Rozwoju na dostawę i konfigurację infrastruktury sieciowej zarządzalnej oraz oprogramowania do zarządzania, w którym to postępowaniu Zamawiający precyzuje wprost, że oczekuje dostawy kabli typu DAC.

Przykład 2:

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie zapytania ofertowego nr 2806269 prowadzone przez Giełdę Papierów Wartościowych w Warszawie na zakup okablowania DAC (20 szt. kabli) do projektu POIR.OI.01.01-00-0829/18.

Przykład 3:

Postępowanie nr BDG.WZP.311.25.2018.6 JP prowadzone przez Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego na dostawę przełączników sieciowych.

Podobna definicja „przewodu DAC” jest opisana w ogólnie dostępnych zasobach internetowych (https://en.wikipedia.org/wiki/10_Gigabit_Ethernet).

SFP+ Direct Attach

Znany również jako kable Direct Attach (DA), Direct Attach Copper (DAC), 10GSFP + Cu, 10GBASE-CR, [40] 10GBASE-CX1, SFP + lub 10GbE Cu SFP. Kable z krótkim bezpośrednim mocowaniem wykorzystują pasywny zespół twin-ax, natomiast dłuższe, czasem nazywane aktywnym kablem optycznym (AOC), wykorzystują optykę o małej długości fali [41]. Oba typy łączą się bezpośrednio w obudowie SFP +. SFP + Direct Attach ma kabel o stałej długości, zwykle od 1 do 7 m (kable pasywne), do 15 m (kable aktywne), [42] lub do 100 m długości (aktywne kable optyczne). [41] Podobnie jak 10GBASE-CX4, DA jest energooszczędny, tani i ma niewielkie opóźnienia, z dodatkowymi zaletami stosowania mniejszych kabli nieporęcznych i posiadania małej wielkości SFP +. SFP + Direct Attach jest dziś niezwykle popularny, ponieważ zainstalowano więcej portów niż 10GBASE-SR. [38]”.

Przydatne są również wyniki prostego wyszukiwania hasła DAC czy AOC w wyszukiwarce internetowej (wyniki zgodnie z wyżej opisana definicją).

Podsumowując: Zamawiający wymagał dostarczenia przez wykonawcę dwóch patchcordów 10Gb (a nie kabli DAC czy AOC), umożliwiających podłączenie dostarczanego urządzenia do switcha Cisco i taki sprzęt Odwołujący zaoferował. Zamawiający, zarzucając Odwołującemu brak zaoferowania odpowiedniego patchcordu, tak naprawdę odnosi się do wymogów dotyczących innego typu kabla, który nie był przedmiotem zamówienia. Innymi słowy – odnosząc się do elementów opisu przedmiotu zamówienia charakterystycznych dla przewodów DAC czy AOC, Zamawiający *de facto* wprowadził nowe wymagania.

[Zarzut dot. braku kompatybilności urządzeń producenta Fortinet z systemami bezpieczeństwa Zamawiającego]

Drugi zarzut Zamawiającego dotyczył braku kompatybilności zaoferowanych przez Odwołującego urządzeń Fortinet z systemami stosowanymi przez Zamawiającego, przy czym również w tym przypadku Zamawiający w treści SIWZ nie sprecyzował przedmiotowego

wymogu i nie wskazał, jak należy rozumieć kompatybilność z istniejącymi systemami bezpieczeństwa.

Oczywiście wykonawcy mogą zwracać się do Zamawiającego o wytłumaczenie pewnych zagadnień, jednak jest to zawsze oczekiwanie wyjaśnień związanych z wątpliwościami powstałymi na gruncie przedstawionych w postępowaniu wymagań. Tymczasem w tej sprawie Zamawiający jednoznacznie opisał przedmiot zamówienia, wskazując dokładnie, jakich funkcjonalności wymaga od zaoferowanego rozwiązania. Nawet forma, w jakiej utrzymany jest OPZ, jest precyzyjna. Najpierw Zamawiający wskazuje przykład urządzenia spełniającego wymagania:

„Przedmiotem zamówienia jest dostarczenie w ramach niniejszego postępowania urządzenia nie gorszego niż Barracuda F600 zgodnego ze specyfikacją zawartą poniżej wraz z usługą wsparcia technicznego urządzeń, które zawiera odpowiednie licencje i musi być kompatybilne z istniejącymi w infrastrukturze Zamawiającego innymi rozwiązaniami tego producenta”.

Następnie informuje wykonawców, jakie środowisko obecnie posiada:

„Zamawiający używa obecnie rozwiązań firmy Barracuda Networks. Urządzenia ze sobą współpracują na różnych poziomach funkcjonalnych, a w szczególności tworzą całość w systemie bezpieczeństwa organizacji”.

Po czym Zamawiający wskazuje, czego konkretnie (jakich funkcjonalności) oczekuje od zaoferowanych urządzeń, aby spełniały wszystkie wymagania Zamawiającego.

Podsumowując – w ocenie Odwołującego w powyższym opisie przedmiotu zamówienia nie było niejasności, które wymagałyby udzielenia wyjaśnień treści SIWZ w trybie art. 38 ust. 1 Pzp. Nie zmienia to jednak faktu, że jakiegokolwiek przeoczenia ze strony Zamawiającego nie mogą być podstawą do odrzucania oferty wykonawcy ze względu na jej niezgodność z określonym (przeoczonym) wymogiem, jeśli dany wymóg nie został wprost wyartykułowany w SIWZ.

Odnosnie samych zarzutów braku kompatybilności oferowanego przez Odwołującego urządzenia z obowiązującymi u Zamawiającego systemami bezpieczeństwa, to wskazać należy, że zgodnie z definicją „kompatybilności”, zawartą w Wikipedii: „Kompatybilność (ang. *compatibility*, pol. „zgodność”) – cecha oprogramowania oraz sprzętu, która umożliwia prawidłową współpracę systemów komputerowych, w szczególności wymianę danych.

Urządzenie zaoferowane przez Odwołującego jest jak najbardziej kompatybilne z urządzeniami Barracuda, ponieważ spełnia i wspiera wszystkie funkcjonalności i protokoły opisane w OPZ, bazując na ogólnie przyjętych standardach komunikacji sieciowej IEEE,

RFC oraz innych (WCCP, ICAP, API, itp), jak wskazano w piśmie Odwołującego z dnia 13.05.2020 r. (wyjaśnienia w toku oceny i badania ofert).

Zamawiający zamiast ocenić kompatybilność w sposób wyżej wskazany, dokonał *de facto* wprowadzenia nowych wymagań nie opisanych w SIWZ. Wprowadzenie nowych niezdefiniowanych wcześniej wymagań dotyczących współpracy z urządzeniami Barracuda, uniemożliwiłoby złożenie oferty na urządzenia innego producenta, więc i możliwość zaoferowania urządzenia równoważnego byłaby złudna, czego Zamawiający na pewno zamierzał uniknąć w świetle art. 29 ust. 3 Pzp.

Nie bez znaczenia pozostaje, że Zamawiający nie był w stanie w treści uzasadnienia opisać niezgodności treści oferty złożonej przez Odwołującego z treścią SIWZ przez odniesienie się do konkretnych postanowień dokumentacji Postępowania. Przykładowo w treści uzasadnienia Zamawiający wskazał: „Zamawiający przystąpił do weryfikacji oferty pod kątem jej kompatybilności. Chcąc wybrać produkt Fortinet, musi mieć pewność, że dane rozwiązanie nie wygeneruje dodatkowych kosztów związanych z wdrożeniem w infrastrukturze alternatywnego (równoważnego) rozwiązania lub nie „zaburzy” obecnie funkcjonującego systemu zabezpieczeń. Wykonawca w udzielonej odpowiedzi zasugerował, że zamiast rozwiązania TINA VPN można zastosować rozwiązania IPsec i takowe było ujęte w specyfikacji. Zamawiający używa obydwóch rozwiązań, a wymóg IPsec jest niezbędny z uwagi na podpisane umowy z kontrahentami, w których zobowiązał się do utrzymywania tego typu połączeń. Ponadto w środowisku Zamawiającego eksploatowane są aplikacje dedykowane dla stacji klienckich (CudaLaunch). CudaLaunch to aplikacja na urządzenia z systemem Windows, macOS, iOS i Android, która zapewnia pracownikom mobilnym bezpieczny zdalny dostęp za pośrednictwem Barracuda CloudGen Firewall do prywatnych aplikacji, danych i innych poufnych dla organizacji informacji. Weryfikując równoważne narzędzie, które jest dostępne w zaoferowanym urządzeniu Fortinet – nie będzie możliwości, aby taka funkcjonalność mogła zostać wykorzystana w obecnym środowisku wdrożonym u Zamawiającego. Zamawiający musiałby uruchomić zupełnie nowe usługi, wdrożyć aplikacje, opracować całkowicie nową politykę bezpieczeństwa w zakresie samej infrastruktury, procedur, konfiguracji usług i zabezpieczeń oraz samej dokumentacji, co wygenerowałoby bardzo duże koszty po stronie Zamawiającego”.

W powyższym stwierdzeniu nie występuje żadne odniesienie do wymagań zdefiniowanych w SIWZ. Są za to zupełnie nowe wymagania, które Zamawiający wprowadza po terminie złożenia ofert. Zamawiający ogranicza się jedynie do ogólnikowych zwrotów, mających usprawiedliwić bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego. Oczywiście Odwołujący nie przesądza o zasadności argumentacji przywołanej przez Zamawiającego, jednak jeśli rzeczywiście podniesione przez niego argumenty są dla niego

istotne, z punktu widzenia jego interesów, należało wprowadzić określone zabezpieczenia poprzez wyartykułowanie odpowiednich postanowień opisu przedmiotu zamówienia.

Dalej w treści uzasadnienia wskazano: „Wyżej wspomniane oprogramowanie oferuje łatwe centralne zarządzanie dużymi wdrożeniami i integruje się z potężnymi funkcjami bezpieczeństwa Firewall i jest jednym z podstawowych elementów zabezpieczeń. Dla administratorów sieci informatycznej w Akademii Wojsk Lądowych zaporą zapewnia jedno miejsce do zarządzania politykami bezpieczeństwa dla wszystkich typów zdalnego dostępu (CudaLaunch, SSL VPN, Barracuda Network Access Client i standardowe IPsec). Doświadczenie użytkownika końcowego jest spójne na różnych platformach i typach dostępu zdalnego, co zapewnia łatwość użytkowania i znacznie niższe koszty pomocy technicznej”.

Powyżej również nie wskazano żadnego wymagania SIWZ, które zostałyby naruszone przez zaoferowanie przez Odwołującego produktu Fortinet. Zamawiający dopiero na etapie sporządzania uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego przedstawił opis swoich oczekiwań, które *nota bene* stały się punktem wyjścia dla oceny oferty Odwołującego.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że zgodnie z najlepszymi praktykami IT posiadanie urządzeń firewall dwóch różnych i niezależnych producentów jest bardziej wskazane pod kątem bezpieczeństwa organizacji, ponieważ występuje tzw. *cross-checking* czyli sprawdzanie środowiska przez różne silniki firewall (a nie jedynie przez jeden, ten sam na wszystkich urządzeniach).

Ponadto w treści uzasadnienia wskazano: „Zamawiający podkreśla, że nie wprowadza nowych, wymagań oderwanych od wersji finalnej SIWZ! Uzasadniając powyższe, Zamawiający nie podał szczegółów w jaki sposób jest zbudowany system zabezpieczeń z uwagi na to, że wyszczegółowienie wszelkich informacji w tym zakresie i podanie jej do wiadomości publicznej, zdecydowanie obniżyłoby poziom zabezpieczeń całej infrastruktury teleinformatycznej Zamawiającego, a z uwagi na charakter organizacji (nie tylko uczelni ale także jednostki wojskowej) jest to bardzo niewskazane. Należy zauważyć, że Wykonawca miał wystarczającą wiedzę biorąc udział w postępowaniu, ponieważ widział, wycenił i zaoferował licencje innego producenta rozwiązania, o którym mowa była w specyfikacji. Do urządzeń dokupywana była usługa przedłużająca wsparcie Barracuda”.

Odwołujący podkreślił, że był zobligowany do wyceny oraz zaoferowania również wsparcia producenta do obecnie eksploatowanych przez Zamawiającego urządzeń Barracuda, co znajduje odzwierciedlenie w treści złożonej przez Odwołującego oferty. Nie zmienia to faktu, że brak w powyższym stwierdzeniu informacji, w jaki sposób wyspecyfikowanie przez Zamawiającego konkretnych rozwiązań miałyby obniżyć poziom zabezpieczeń. Mnóstwo jednostek wojskowych udostępnia powyższe informacje albo

publicznie, albo po podpisaniu odpowiednich umów o zachowaniu poufności z potencjalnymi Wykonawcami. Powyższe stwierdzenie jest zatem stwierdzeniem niezasadnym.

Wreszcie końcowo w treści uzasadnienia wskazano: „Podsumowując, nie można uznać argumentów, że kompatybilność urządzeń będzie zachowana pod warunkiem zastosowania konkretnych usług. Zamawiający nie zamierza wycofywać usług, które funkcjonują bardzo dobrze, oraz z którym użytkownicy w systemie się oswoili”.

Dokonane przez Zamawiającego podsumowanie sprowadza się *de facto* do twierdzenia, że nie zaakceptuje on spełniającego wymagania SIWZ urządzenia, ponieważ aktualne usługi w środowisku Zamawiającego działają bardzo dobrze oraz użytkownicy w systemie się oswoili. Niewątpliwie w tak sformułowanym argumentem trudno polemizować na gruncie przepisów Pzp, zwłaszcza że obowiązkiem Zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 29 ust. 3 Pzp. Zasadność wydatku, związana z opisanymi celami (OPZ) Postępowania, nie może być oparta na udogodnieniach czy też przyzwyczajeniach samego Zamawiającego, skutkujących naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wyżej przytoczony fragment uzasadnienia bardzo dobitnie pokazuje rzeczywistą intencję Zamawiającego, czyli jego oczekiwanie uzyskania konkretnego produktu (Barracuda) i brak akceptacji dla produktów innych producentów. Co jednak istotne owe rzeczywiste intencje w sposób wręcz oczywisty mijają się z przepisami Pzp, dotyczącymi zasad uczciwej konkurencji, jak i postanowieniami SIWZ.

Dodatkowo w treści uzasadnienia wskazano: „Wdrażanie całkowicie nowego rozwiązania w celu osiągnięcia tego samego skutku jest całkowicie pozbawione sensu z uwagi na wyżej wskazane argumenty. W tym miejscu należy zwrócić również uwagę na zapisy art. 44 ust 3 ustawy o finansach publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 869 z późn. zm.), zgodnie z którymi wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy, oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, w sposób umożliwiający terminową realizację zadań oraz w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań. Zatem przyjęcie oferty Wykonawcy stanowiłoby w istocie jawne zaprzeczenie i naruszenie ww. zasad, co skutkowałoby wystąpieniem okoliczności wskazujących na naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Należy mieć na względzie, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór wykonawcy zdolnego do wykonania przedmiotu zamówienia przez co zaspokojone zostaną potrzeby Zamawiającego (a zarazem szerszej grupy społecznej) i tym samym zabezpieczone jego interesy”.

Odnosząc się do ww. uzasadnienia, Odwołujący na marginesie tylko zauważa, że wybrana obecnie przez Zamawiającego oferta SPINEL jest o ponad 70% droższa od oferty Odwołującego, a Zamawiający argumentuje jej wybór tak naprawdę jedynie ułatwieniami w zarządzaniu obecnym środowiskiem.

W treści uzasadnienia wskazano także „Brak kompatybilności również możemy zauważyć w samej administracji systemami. Zamawiający posiada bardzo dużą liczbę obiektów, polityk zabezpieczeń zastosowanych w obecnych urządzeniach. W aktualnie funkcjonującym systemie zabezpieczeń nie ma problemów z przenoszeniem różnych danych pomiędzy urządzeniami poprzez ich export / import. Oceniając kompatybilność pomiędzy zaoferowanym produktem z posiadanymi przez Zamawiającego urządzeniami praktycznie nie istnieje. Całą pracę zasilania danymi i konfigurowania polityk należałoby wykonywać podwójnie. Określenie przedmiotu zamówienia było poparte obiektywnymi / uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego, który w żaden sposób nie utrudniał uczciwej konkurencji. Opisanie przedmiotu zamówienia odbyło się z zachowaniem wszelkich zasad wynikających z treści art. 29-30 ustawy Pzp i uzasadnione było rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego służącymi do realizacji celu, jakim jest zapewnienie bezpieczeństwa organizacji. Zamawiający miał uzasadnione potrzeby, które wynikają z celu, dla którego Zamawiający wszczął określone postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, a cel ten jest nakierowany na realizację tychże potrzeb. Wymagania Zamawiającego związane są z istotą przedmiotu zamówienia i jego indywidualnymi właściwościami pozwalającymi na osiągnięcie wskazanego wyżej celu. Zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia w sposób odpowiadający jego indywidualnym potrzebom a fakt, że nie wszystkie podmioty z danej branży mogą wziąć udział w postępowaniu, nie przesądza o tym, że postępowanie narusza zasady uczciwej konkurencji”.

Raz jeszcze podkreślenia wymaga, że nie istniał w Postępowaniu żaden wymóg, aby administracja systemami odbywała się w ten sam sposób, ponieważ takie wymaganie również pozwalałoby na złożenie oferty na urządzenia tylko jednego producenta – Barracuda. Wielu zamawiających posiada środowiska złożone z dwóch lub nawet więcej różnych dostawców firewall i funkcjonują one bez żadnych zakłóceń, a dodatkowo – jak wspomniano wcześniej – zgodnie z najlepszymi praktykami dotyczącym sprawdzania środowiska przez różne systemy firewall. Zamawiający jak najbardziej ma prawo określić przedmiot zamówienia w sposób odpowiadający jego indywidualnym potrzebom. W tym przypadku jednak nie dokonał wyboru oferty spełniającej opisany przedmiot zamówienia.

Reasumując, Zamawiający – opisując w SIWZ swoje wymagania – oczekiwał produktu kompatybilnego z posiadaną infrastrukturą, a na etapie oceny ofert, wbrew treści SIWZ oczekuje produktu tego samego producenta (tylko taki bowiem spełnia te oczekiwania,

które Zamawiający opisał w decyzji o odrzuceniu oferty ITSF). Takie działanie jest oczywiście sprzeczne z treścią art. 7 Pzp i zasadą uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Gdyby przyjąć tok rozumowania Zamawiającego należałoby dojść do wniosku, że cały ów opis funkcjonalny zawarty w OPZ był li tylko i wyłącznie pozorny, ponieważ w istocie oczekiwaniem Zamawiającego było dostarczenie konkretnego produktu konkretnego producenta.

[Zarzut dot. niezgodności oferty Wykonawcy S z treścią SIWZ – brak wskazania oferowanego modelu patchcord]

Odwołujący podał, że oferta Wykonawcy S została wybrana, pomimo tego że nie wskazał modelu oferowanego urządzenia Patchcord, co było wymogiem postępowania (wymagał tego formularz ofertowy – Zestawienie Asortymentowo-Wartościowe). O ile Odwołujący uczynił zadość temu wymogowi (wskazując Meditronik Patchcord LC- LC 50/25 um OM3 MM duplex 10m – 2 szt.), o tyle Wykonawca S poprzestał jedynie na wskazaniu urządzenia głównego, objętego przedmiotem zamówienia, tj. Barracuda CloudGen Firewall Appliance F600D model E20 Barracuda Networks. Nie jest tym samym wiadome, jakiego rodzaju urządzenie patchcord Wykonawca S zaoferował i jednocześnie co było przedmiotem oceny ze strony Zamawiającego w tym zakresie. Tym samym Zamawiający dysponował zupełnie nieporównywalnymi ofertami, spośród których oferta Wykonawcy S powinna zostać bezwzględnie odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ. Jednocześnie zakres tej niezgodności nie podlega ani uzupełnieniu, ani wyjaśnieniu, ani też samodzielnemu poprawieniu przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Powyższe dodatkowo wskazuje na brak równego traktowania wykonawców, jako że z jednej strony Zamawiający na podstawie opisu w ofercie odrzuca ofertę Odwołującego, podczas gdy całkowicie ignoruje brak wskazania analogicznego urządzenia (akcesorium) w ofercie Wykonawcy S, przechodząc nad tak oczywistym brakiem do porządku dziennego.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzeniem dowodów z treści załącznika nr 1 do odwołania – rysunków graficznych.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie z uzasadnieniem jak niżej.

[Zarzut dot. niezgodności patchcordów z wymogami Postępowania]

Zamawiający podkreślił, że żądał dostarczenia patchcordów w liczbie 2 szt., umożliwiających wykorzystanie przepustowości 10 Gb/s oraz pozwalających na połączenie z urządzenia ze switchem Cisco.

W zestawieniu asortymentowo-wartościowym załączonym do oferty, Odwołujący podał informację, które mogły na tym etapie prowadzenia Postępowania świadczyć o tym, że zaoferowany produkt nie będzie zgodny z przedmiotem zamówienia.

Zamawiający podjął więc możliwe czynności mające na celu doprecyzowanie i wyjaśnienie ewentualnych niejasności, kierując w trybie art. 87 ust. 1 Pzp pismo do Odwołującego, wskazując w jakim zakresie oczekuje złożenia wyjaśnień.

Zamawiający podkreślił, że ciąży obowiązek rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Przepis art. 87 ust. 1 Pzp powinien być rozpatrywany w kategoriach uprawnień zamawiającego, a więc prawa zamawiającego do żądania wyjaśnień, połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień w celu wypełnienia obowiązku przeprowadzenia badania i oceny ofert w sposób staranny i należyty. Zamawiający korzystając z tego uprawnienia, wyjaśnia treść złożonej oferty. Celem wyjaśnienia treści złożonej oferty jest uzyskanie dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości czy niejasności co do treści złożonej oferty pozwoli zamawiającemu dokonać jej oceny. Uzyskane dodatkowe informacje (wyjaśnienia) nie mogą jedynie zmienić treści oferty. Zaniechanie przez zamawiającego wyjaśniania treści oferty, jeżeli jest to konieczne w celu dokonania rzetelnego badania oferty, stanowi naruszenie przepisów prawa zamówień publicznych, do czego w ocenie Zamawiającego nie można dopuścić.

Odwołujący pominął fakt, że Zamawiający zadał pytania mające na celu rozwianie wątpliwości i zrozumienie wszelkich problematycznych kwestii dotyczących zauważonych niezgodności podczas weryfikacji i oceniania oferty.

Pytanie zadane Odwołującemu dotyczyło tego, czy zaoferowany produkt to transceiver czy patchcordy. Z katalogu, do którego ma dostęp Zamawiający wynikało, że to jest wkładka SFP+. Odwołujący odpowiedział, że w ramach Postępowania zaoferowano oba typy produktów: transceiver Fortinet Wkładka 10GE SFP+ (FG-TRAN-SFP+SR) – 2 szt., patchcord: Meditronik Patchcord LC-LC 50/125um OM3 MM duplex 10m – 2 szt.

Dopiero w wyniku otrzymanej odpowiedzi Zamawiający uzyskał pewność, że asortyment zaoferowany jest niewystarczający, aby spełnić wymóg dotyczący ostatniego z wymagań dotyczących patchcordów i udzielona odpowiedź potwierdziła informacje, że za pomocą dostarczanych patchcordów nie uda się połączyć dostarczanego urządzenia ze switchem Cisco.

Zatem pominięcie procedury określonej w art. 87 ust. 1 Pzp byłoby jawnym naruszeniem postanowień tego przepisu.

Odwołujący wielokrotnie w treści złożonego odwołania wskazywał, że wymogi jakie zostały podane w SIWZ są inne niż te, które oceniał Zamawiający, zarzucając jednocześnie „odejście od pierwotnych założeń opisu przedmiotu zamówienia poprzez wprowadzenie do opisu elementów charakterystycznych dla zupełnie innego urządzenia, nie objętego przedmiotem zamówienia”.

Powyższe stwierdzenie, zdaniem Zamawiającego, jest nie tylko bezzasadne, ale wręcz nieprawdziwe. Na żadnym etapie weryfikacji oferty Odwołującego Zamawiający nie wskazał, że weryfikacji podlegają inne parametry niż te podane w SIWZ.

Zamawiający podkreślił, że umieszczając w uzasadnieniu odrzucenia oferty zdjęcie (rys. 1) w żaden sposób nie wskazał, że dany rysunek przedstawia patchcord, którego oczekiwał. Było to zdjęcie przykładowe mające na celu zobrazowanie powyższego opisu dotyczącej budowy patchcordu.

Mało tego, w dalszej części uzasadnienia Zamawiający tłumaczy w sposób bardzo czytelny i obrazowy dlaczego dostarczany przez Odwołującego asortyment jest niezgodny z treścią SIWZ (czego Odwołujący już nie wskazał).

Odwołujący w treści odwołania umieścił kolejny opis z uzasadnienia odrzucenia jego oferty dotyczący zaoferowanego przez niego produktu.

Zamawiający stwierdził, że zaproponowane przez Odwołującego rozwiązanie wymagało zaoferowania 4 wkładek SFP oraz 2 patchcordów, podczas gdy Odwołujący zaoferował 2 wkładki, co jest jednoznaczne z tym, że nie zostały spełnione wymagania opisane w SIWZ.

Zarzuty Odwołującego, że nie wprowadził do SIWZ pojęcia patchcord i wskazywanie na rzekome ogólne zasady stosowne w branży informatycznej należy uznać za całkowicie chybione. Odwołujący powołuje się na Normy Zakładowe, która zgodnie z definicją wskazaną w Wikipedii brzmi: „Norma zakładowa (ang. *factory standard*, niem. *werksnorm*, omaczana w Polsce zwykle symbolem ZN) – norma techniczna opracowywana, ustanawiana i stosowana w zakładzie pracy lub przedsiębiorstwie. Określa wymagania wewnątrzzakładowe jakie musi spełnić produkt lub proces, by można było go uznać za funkcjonalny. Normy zakładowe ustanawia kierownictwo zakładu na wniosek normalizatora lub normalizatorów zakładowych. Normy te nie są objęte postanowieniami ustaw (jak Polska Norma), ale stanowią jedynie dokumentację fabryczną. W Polsce do 1993 roku opracowywanie i ustanawianie norm zakładowych było regulowane przepisami ustawy o normalizacji. Od roku 1994 normalizacja zakładowa podlega przepisom wewnątrzzakładowym”.

Kolejno, Odwołujący w pkt 13 odwołania przytoczył podobny opis patchcordu, do tego jaki został wskazany przez Zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu jego oferty, tj.

„Zawarta w przedmiotowym postępowaniu definicja patchcordu brzmi następująco: Każdy patchcord światłowodowy składa się z następujących elementów:

- sznur patchcordowy danego typu, o wyspecyfikowanej długości,
- wtyki (pół-złączki), które są specyfikowane parami po obu stronach patchcordu.

W dalszej części dokumentu są opisane możliwe warianty sznura patchcordowego oraz wtyczek (pół-złączek) i zaznaczenia w tym miejscu wymaga, że jeden z tych opisów w pełni odpowiada produktowi patchcord zaoferowanemu przez Odwołującego w Postępowaniu.

W ocenie Zamawiającego, Odwołujący po raz kolejny próbuje narzucić swoją indywidualną interpretację i insynuuje, że przedmiotem zamówienia były patchcordeny światłowodowe co jest nieprawdą.

Zdaniem Zamawiającego należy zwrócić uwagę właśnie na ten aspekt, gdyż w dalszej części odwołania dotyczącej niezgodności patchcordów Odwołujący stara się odnosić tylko do tego rodzaju patchcordu. Na dowód tego, Odwołujący z niewiadomych względów odsyła do rys. 2 załącznika nr 1 do odwołania, wskazując szczegółowe parametry patchcordów światłowodowych. Jednocześnie Zamawiający zwraca uwagę, że nie wyspecyfikował oraz nie wskazywał jakiego typu patchcord ma zostać dostarczony, natomiast w SIWZ zostały wskazane jedynie 3 cechy jakie mają być przez nie spełnione.

W tym miejscu należy wskazać, że tego typu patchcordeny, o których mowa w załączniku nr 1 (rys. 3) nie pozwolą na podłączenie zaoferowanego urządzenia Fortigate bez dodatkowego modułu, jakim jest Transceiver (wkładka SFP+). Dlatego też Odwołujący w złożonej ofercie również zaoferował takie wkładki.

Odwołujący wybrał rozwiązanie przedstawiające zestawienie połączenia z wykorzystaniem wkładek SFP, czego Zamawiający w treści SIWZ nie zabronił. Takie rozwiązania są powszechnie stosowane. Mianowicie takie same moduły instaluje się w obydwóch urządzeniach, a następnie te moduły łączy się patchcordami.

Odwołujący doskonale zdawał sobie o tym sprawę, ponieważ w pkt. 13 odwołania stwierdził, że „wtyki są specyfikowane parami”. Stosując daną wkładkę SFP+ z jednej strony musiał dostarczyć drugą na drugi koniec danego patchcordu, a tego nie uczynił.

Zgodnie z powyższym, nie prawdziwe stwierdzenie Odwołującego, że wykorzystując jeden transceiver i przewód światłowodowy uda się nim połączyć 2 urządzenia, tj. Fortigate oraz switch Cisco.

Również w pkt. 16 odwołania, Odwołujący po raz kolejny wskazuje na niczym nie poparte twierdzenia, jakoby Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty umieścił opis i zdjęcie takiego patchcordu jakiego oczekiwał.

Zamawiający podkreślił, że w żaden sposób nie określił, że dany rysunek przedstawia patchcord, którego oczekiwał. Było to zdjęcie przykładowe mające na celu zobrazowanie powyższego opisu dotyczącego budowy patchcordu.

Dalsze informacje oraz przykłady podane w pkt. 16 odwołania nie mają odniesienia do Postępowania i w ocenie Zamawiającego nie powinny być brane pod uwagę.

Wartym wskazania jest również fakt, że Odwołujący w sposób bardzo szczegółowy opisuje kable, o których nie było mowy w treści SIWZ i tym samym Odwołujący wprowadza coraz większy „chaos” w prezentowanym przez siebie stanowisku.

W odniesieniu do pkt. 19 odwołania zasadnym jest wskazanie, że Zamawiający nie odnosi się do wymogów innego typu kabla z uwagi na fakt, że nie wskazywał konkretnego typu kabla. Ponadto, w nawiązaniu do stwierdzenia przez Odwołującego, że dany asortyment wystarczy do podłączenia zaofertowanego urządzenia Fortigate do switcha Cisco za pomocą zaofertowanych urządzeń to Zamawiający zgodnie z tym co opisał w odniesieniu do zarzutów zawartych w pkt. 16, w sposób jednoznaczny wykazał, że takowe połączenie nie jest możliwe.

W ocenie Zamawiającego, w żaden sposób nie doszło do rozszerzania interpretacji zapisów SIWZ, a zarzut ten należy uznać za całkowicie bezzasadny i winien podlegać oddaleniu.

[Zarzut dot. braku kompatybilności urządzeń producenta Fortinet z systemami bezpieczeństwa Zamawiającego]

Zamawiający w SIWZ napisał o funkcjonującym u niego systemie bezpieczeństwa, dając tym samym przyszłym wykonawcom informację, w jakim środowisku będzie miało pracować zaofertowane urządzenie.

W odniesieniu do kompatybilności i zarzutu, że Zamawiający w treści SIWZ nie sprecyzował przedmiotowego wymogu, to należy zauważyć, że Odwołujący w sposób poprawny zinterpretował to wymaganie. Na dowód tego zamieścił w pkt. 23 odwołania definicję kompatybilności, z którą nie sposób się nie zgodzić. Należy ją jednak rozwinąć o wytlumaczenie słowa „dane”. Zgodnie z definicją PWN dane to informacje wyrażone w pewnym języku. W informatyce dane są obiektami, na których operują programy. Dana może być grupą prostszych danych; ma wtedy wewnętrzną strukturę określoną wzajemnym usytuowaniem danych składowych i regułami dostępu do nich (struktura ta i operujący na danych program są wzajemnie przystosowane).

W tym wypadku należy zauważyć, że podniesienie zarzutu o niedoprecyzowaniu SIWZ w kontekście kompatybilności jest całkowicie pozbawione podstaw, ponieważ w sposób poprawny Odwołujący wskazał definicję i Zamawiający tego nie neguje.

Zamawiający podał, że w latach 2013-2016 posiadał system urządzeń Fortigate. W związku z powyższym Zamawiający posiada wystarczającą wiedzę, aby stwierdzić, że urządzenia Fortigate oraz Barracuda nie będą ze sobą kompatybilne. Migracja danych pomiędzy systemami musiałaby się odbyć w sposób całkowicie manualny i wymagać „ręcznego” dostosowywania formatu tychże danych. Oceny kompatybilności oferowanych urządzeń z obecnie posiadanymi dokonana została przez pracownika Zamawiającego (w osobie K.B. – Kierownika Sekcji Informatyki AWL), posiadającego do tego stosowne kwalifikacje.

Zamawiający podkreślił, że przedmiot zamówienia nie obejmował dostawy nowego systemu, lecz jedynie nabycie urządzenia, które będzie kompatybilne w ramach już funkcjonującego systemu urządzeń, co jest w analizowanej sprawie kluczowe.

Zamawiający oświadczył również, że Odwołujący celowo manipuluje pewnymi stwierdzeniami i jako załącznik zamieszcza niekompletny zrzut szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, pomijając jednocześnie bardzo kluczowe informacje z punktu widzenia Postępowania (vide: załącznik nr 1 do odwołania, rys. 9). Do oceny kompatybilności Zamawiający wziął pod uwagę wszystkie postanowienia szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia („SOPZ”) wraz z pierwszym akapitem, który został zdaniem Zamawiającego celowo pominięty przez Odwołującego.

Manipulacja w mniemaniu Zamawiającego ma na celu wprowadzenie w błąd składu orzekającego przez sugerowanie, że OPZ był opisany i podzielony na części, a na dodatek Odwołujący twierdzi, że pierwszy akapit OPZ jest tylko podaniem przykładowego urządzenia, co jest nieprawdą.

Zamawiający wskazał dodatkowo, że wzmianka odnośnie kompatybilności została zawarta również w rozdz. IV SIWZ. Zatem Zamawiający wyraźnie zaznaczył, że weryfikuje kompatybilność, a takowa była opisana w OPZ.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego został opisany jeden z wielu procesów w jaki sposób była weryfikowana przez Zamawiającego kompatybilność. Dane przesyłane z jednego systemu operacyjnego do drugiego nie były w ogóle interpretowane poprawnie. Zamawiający starał się również wyjaśnić, dlaczego takowe rozwiązanie nie jest kompatybilne.

Nie można pominąć faktu, że Odwołujący jest partnerem handlowym zarówno firmy Fortinet, o czym sam informuje na swojej stronie internetowej, jak i również firmy Barracuda.

Pozwala to stwierdzić, że Odwołujący posiadał wszelkie możliwości i wiedzę, aby zweryfikować informacje czy urządzenia Fortigate oraz Barracuda umożliwiają poprawną wymianę danych w systemach operacyjnych obydwu urządzeń.

Zaprezentowane powyżej okoliczności prowadzą do konkluzji, że Odwołujący składając ofertę i oferując taki a nie inny produkt (Fortinet FortiGate-600E) miał pełną świadomość, że jest to urządzenie nie spełniające wymagań określonych przez Zamawiającego w zakresie kompatybilności z obecnie używanymi przez Zamawiającego urządzeniami. Wykonawca jest profesjonalnym podmiotem gospodarczym działającym na rynku IT, startującym w licznych przetargach i również często korzystającym ze środków ochrony prawnej, o których mowa w Pzp (przykładowe sygnatury: KIO 2084/19, KIO 665/19, KIO 2537/19, KIO 2307/19, KIO 1996/19, KIO 1814/19, KIO 1393/19, KIO 1674/19, KIO 2704/18, KIO 2537/18, KIO 976/20). Niemożliwym jest zatem, że Odwołujący nie miał świadomości zaoferowania produktu niezgodnego z wymaganiami określonymi w SIWZ.

Odwołujący znał również wartość szacunkową zamówienia, która została wskazana w pkt II.1.5 ogłoszenia o zamówieniu. Ponadto, w dniu 16.04.2020 r. Zamawiający przesłał na prośbę Odwołującego nr seryjne posiadanych urządzeń.

Reasumując, wszystkie ww. informacje potwierdzają, że oferta Odwołującego została sporządzona nienależycie. w oderwaniu od postanowień treści SIWZ.

Odwołujący w dalszej części odwołania podejmuje próby narzucenia innej interpretacji „kompatybilności” niż tą, którą sam wskazał w pkt. 23 odwołania. Usiłuje wykazać, że kompatybilność jest zachowana ponieważ funkcjonalności opisane w OPZ są spełnione.

Cytowane przez Odwołującego postanowienia dot. poszczególnych definicji potwierdzają jedynie, że dobrze rozumiał „problematyczne” dla niego sformułowania. Zamawiający ani razu nie zarzucił Odwołującemu, że definicja dotycząca kompatybilności jest błędna. Dodatkowo Zamawiający rozbudował ją jedynie o kolejne słowo „dane”.

Zamawiający w uzasadnieniu nie negował i nie zamierzał negować, że urządzenie Fortigate nie posiada funkcjonalności opisanych w OPZ. Zamawiający opisał proces weryfikacji zaoferowanego asortymentu pod względem kompatybilności, a nie funkcjonalności. Zamawiający wskazał również, na jakim etapie nie będzie możliwości wymiany danych w ramach systemu operacyjnego.

Zamawiający, kilkakrotnie wskazał konkretne postanowienia, na podstawie których wykazana została niezgodność oferty Odwołującego z treścią SIWZ i tym samym ziszczenie się przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W ocenie Zamawiającego w tym stanie faktycznym nie sposób było postąpić inaczej.

Stwierdzenie Odwołującego (*vide* pkt 27 odwołania), że mnóstwo jednostek wojskowych udostępnia publicznie informacje o stosowanych przez nie systemach bezpieczeństwa nie zostało poparte jakimikolwiek dowodami. Wiedza Zamawiającego w zakresie powyższej kwestii jest zgoła odmienna. W podobnym tonie należy wyrazić się w odniesieniu do stwierdzenia Odwołującego, że „posiadanie urządzeń firewall dwóch różnych i niezależnych producentów jest bardziej wskazane pod kątem bezpieczeństwa organizacji ponieważ występuje tzw. cross checking”. Powyższe również należy uznać za całkowicie chybione.

[Zarzut dot. niezgodności oferty Wykonawcy S z treścią SIWZ – brak wskazania oferowanego modelu patchcord]

W ocenie Zamawiającego Odwołujący w treści odwołania winien w pełni skupić się na obronie swojej oferty i podważyć wszelkie zarzuty wskazane w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty. Tymczasem Odwołujący kieruje żądanie aby Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Przystępującego, gdyż w przypadku braku uwzględnienia przez Izbę zarzutu wskazanego w pkt 2.1. odwołania, lecz uwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 2.2., Odwołujący nadal będzie mógł liczyć na udzielenie zamówienia z uwagi na powstałą w takiej sytuacji konieczność unieważnienia Postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp i potencjalną szansę wszczęcia postępowania na nowo. Tak ukształtowane żądanie Odwołującego wskazuje jednoznacznie, że Odwołujący ma pełną świadomość, że zaoferowany przez niego produkt jest niezgodny z treścią SIWZ, dążąc jednocześnie do tego aby Zamawiający nie udzielił zamówienia prawidłowo wybranemu Wykonawcy. Działanie Odwołującego niweczy sens prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego nadrzędnym celem jest udzielenie zamówienia wykonawcy zdolnemu do wykonania przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wbrew twierdzeniom Odwołującego zawartych w pkt. 36 i 37 odwołania podkreśla, że zgodnie z SIWZ, wykonawca składając ofertę winien wskazać w zestawieniu asortymentowo-wartościowym w kolumnie 9 – nazwę modelu/producenta. Niewątpliwie Przystępujący obowiązkowi temu podołał.

Wobec powyższego Zamawiający nie miał podstaw prawnych aby negocjować tak przedstawioną ofertę, gdyż była ona w pełni zgodna z treścią SIWZ.

Ponadto w dniu 15.05.2020 r. pismem nr 1943/2020/W, Zamawiający w trybie art. 26 ust. 1 Pzp wezwał Przystępującego do złożenia dokumentów określonych w rozdz. VIII SIWZ. Przesłany opis potwierdził spełnienie przez Przystępującego wszelkich wymagań określonych w OPZ.

Również zarzut, że oferta Przystępującego jest o ponad 70% droższa od oferty Odwołującego jest bezprzedmiotowy. W tym miejscu należy zwrócić również uwagę na art. 44

ust. 3 ustawy o finansach publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 869), zgodnie z którymi wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy, oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, w sposób umożliwiający terminową realizację zadań oraz w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań. Jak zatem należałoby wytłumaczyć fakt, że Zamawiający dokonałby zakupu urządzenia proponowanego przez Odwołującego za kwotę przeszło 130.000,00 zł brutto i nie mógłby z niego korzystać z uwagi na okoliczności wskazane w odpowiedzi na odwołanie. Zatem przyjęcie oferty Odwołującego stanowiłoby w istocie jawne zaprzeczenie i naruszenie ww. zasad, co skutkowałoby wystąpieniem okoliczności wskazujących na naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Należy mieć na względzie, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór wykonawcy zdolnego do wykonania przedmiotu zamówienia przez co zaspokojone zostaną potrzeby Zamawiającego (a zarazem szerszej grupy społecznej) i tym samym zabezpieczone jego interesy.

Na zakończenie Zamawiający pragnie wskazać, że określenie przedmiotu zamówienia w taki a nie inny sposób, było poparte obiektywnymi i uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego. Zamawiający, w żaden sposób nie utrudniał uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Opis przedmiotu zamówienia uzasadnione było rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego służącymi do realizacji celu, jakim jest zapewnienie bezpieczeństwa organizacji. Zamawiający miał uzasadnione potrzeby, które wynikają z celu, dla którego Zamawiający wszczął określone postępowanie, a cel ten jest nakierowany na realizację tychże potrzeb.

Zamawiający ma prawo zapewnić niezbędną równowagę między swoim interesem, a interesem potencjalnych wykonawców, którym nie może utrudnić konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający wskazując rozwiązanie jakiego używa zdawał sobie sprawę, że nie wszyscy potencjalni oferenci będą mogli złożyć ofertę.

Niewątpliwie opis przedmiotu zamówienia nie może ograniczać uczciwej konkurencji, na co wyraźnie wskazuje brzmienie art. 29 ust. 2 Pzp, niemniej to Zamawiający decyduje co ma być przedmiotem zamówienia, z zastrzeżeniem że opis przedmiotu zamówienia nie może utrudniać uczciwej konkurencji.

Nie można zasady uczciwej konkurencji pojmować tak, że zamawiający powinien zaakceptować każde świadczenie, nawet niezgodne z jego potrzebami, jedynie dlatego, że może je zrealizować większy krąg podmiotów. Taki tok rozumowania sprowadziłby zamówienia publiczne do roli instrumentu pozyskiwania dóbr o przeciętnej,

niczym niewyróżniającej się jakości, a nadto o cechach nieuwzględniających usprawiedliwionych potrzeb zamawiających.

Odwołujący zadawał pytania do SIWZ, na które Zamawiający udzielił odpowiedzi w dniu 16.04.2020 r. Nie zostały w nich podniesione jakiegokolwiek kwestie dotyczące rozumowania przez Zamawiającego pojęcia „kompatybilność”.

Sugerowanie na tym etapie Postępowania o jakichkolwiek nieścisłościach związanych z brakiem pełnego opisu swoich wymagań (*vide* pkt 34 odwołania) jest pozbawione zarówno sensu, gdyż w innych fragmentach odwołania stwierdzono, że opis przedmiotu zamówienia został sporządzony w sposób jednoznaczny i precyzyjny, a także takie zarzuty zostały podniesione z naruszeniem art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp. Zgodnie ze wskazanym przepisem, odwołania wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec treści SIWZ, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej – jeżeli wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. SIWZ został zamieszczony na platformie zakupowej w dniu 26.06.2020 r., zatem od tego terminu należało obliczać 10-dniowy termin na wniesienie odwołania. Podnoszenie zarzutów dotyczących treści SIWZ w dniu 01.06.2020 r. należy uznać za czynność dokonaną z naruszeniem ustawowego terminu.

Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. certyfikatów autoryzowanych szkoleń zarówno z urządzeń typu switch producenta Cisco, jak i urządzenia Fortigate zaoferowanego przez Odwołującego – dowód 2;
2. listy partnerów producenta (pozyskanych z europejskiego przedstawicielstwa Barracuda Networks) oraz zrzutu ekranu ze strony internetowej Odwołującego z dnia 09.06.2020 r. – dowód 3.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił Wykonawca S, wnosząc o oddalenie odwołania. Izba, wobec spełnienia przez zgłoszone przystąpienie przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o dopuszczeniu Wykonawcy S (dalej również „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Na rozprawie Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. dwóch specyfikacji technicznych wkładek SFP oraz dwóch wydruków z Wikipedii dotyczących definicji wkładki SFP i patchcordu – dowody 4;
2. specyfikacji technicznej systemu operacyjnego zaoferowanego urządzenia – dowód 5.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, ofert Odwołującego i Przystępującego, wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty z 11 maja 2020 r. wraz z odpowiedzią Odwołującego z 13 maja 2020 r., wezwania Wykonawcy S do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Pzp z 15 maja 2020 r. wraz z odpowiedzią Przystępującego, zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego, a także załączników do odwołania i odpowiedzi na odwołanie oraz dokumentów złożonych na rozprawie. Na tej podstawie skład orzekający uznał, że stan faktyczny w sprawie nie jest sporny i nie wymaga odrębnego omówienia.

W powyższych okolicznościach Izba uznała, że odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

[Zarzut dot. niezgodności oferty Wykonawcy S z treścią SIWZ – brak wskazania oferowanego modelu patchcord]

Zarzut potwierdził się.

Tytułem wprowadzenia przypomnieć należy, że niezgodność oferty z treścią SIWZ objęta dyspozycją przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przejawia się przede wszystkim w odmienności w zakresie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia lub sposobu jego realizacji od postawionych przez zamawiającego wymagań. Może przejawiać się również w innym sposobie sporządzenia oferty niż tego wymagał zamawiający, z zastrzeżeniem, że nie dotyczy to odstępstw od technicznych aspektów przygotowania oferty (np. parafowanie, czy numerowanie stron). Jak wyjaśniła KIO w wyroku z 19 maja 2017 r., KIO 916/17: „Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w SIWZ”.

Ad casum, zgodnie z SOPZ stanowiącym załącznik do SIWZ Zamawiający oczekiwał dostarczenia m.in. 2 szt. patchcordów 10Gb/s do połączenia urządzeń ze switchami Cisco. Z kolei zgodnie ze wzorem zestawienia asortymentowo-wartościowego zamieszczonego we wzorze formularza oferty wykonawca miał podać m.in. nazwę modelu/producenta

oferowanego przedmiotu zamówienia. Nie miało *nota bene* znaczenia, że wzór tego zestawienia nie zawierał odrębnej pozycji dotyczącej patchcordów, ponieważ wykonawcy nie są związani wzorami formularzy udostępnianych przez zamawiającego, natomiast ich obowiązkiem jest takie opisanie oferowanego świadczenia w treści oferty, aby umożliwić zamawiającemu sprawdzenie zgodności każdego elementu świadczenia z SIWZ. Wykonawca S, w odróżnieniu od Odwołującego, wskazał w zestawieniu wyłącznie dwie pozycje wynikające z przygotowanego przez Zamawiającego wzoru formularza, w konsekwencji czego uchybił obowiązkowi sprecyzowania modelu i producenta oferowanych patchcordów. Co więcej, z treści sporządzonego przez Przystępującego zestawienia nie wynika w ogóle, że są one elementem oferowanego świadczenia. Z powyższych względów nie mogła odnieść skutku argumentacja Zamawiającego, że Wykonawca S – w odpowiedzi na wezwanie do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Pzp – przedstawił określony w Rozdziale VIII ust. 6 pkt 6.2 ppkt 1) SIWZ opis oferowanego asortymentu, w którym zawarł informacje o patchcordach. Przystępujący powinien był informacje te zamieścić w ofercie, wobec czego ich przedstawienie dopiero po dokonaniu oceny ofert należało uznać za spóźnione.

W konsekwencji orzeczono, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

[Zarzut dot. niezgodności patchcordów zaoferowanych przez Odwołującego z wymogami Postępowania]

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Podkreślenia wymaga, że patchcord i wkładka SFP stanowią odrębne akcesoria – wynika to zarówno z dowodów przedstawionych w tym zakresie przez Odwołującego (dowody 1 i 4), jak również ze schematów graficznych zamieszczonych w odpowiedzi na odwołanie. Rozstrzygnięcia kwestii, czy w okolicznościach sprawy, zważywszy na oferowane przez Odwołującego rozwiązanie, Odwołujący powinien był dołączyć do patchcordów również odpowiednią liczbę wkładek SFP należało poszukiwać w sformułowanym w SOPZ wymogu dostarczenia 2 szt. patchcordów 10Gb/s do połączenia urządzeń ze switchami Cisco (podkreślenie lzby). Z powyższego, w ocenie składu orzekającego, wynika, że oferowany patchcord ma być zdatny do połączenia z określonym urządzeniem (tu – switchem Cisco). Jeżeli zatem tak określona w SOPZ funkcjonalność patchcordu miała być realizowana za pośrednictwem wkładek SFP, to obowiązkiem wykonawcy (tu – Odwołującego) było ich zaoferowanie w odpowiedniej liczbie, czego Odwołujący nie uczynił.

[Zarzut dot. braku kompatybilności zaoferowanych przez Odwołującego urządzeń producenta Fortinet z systemami bezpieczeństwa Zamawiającego]

Zarzut podlegał oddaleniu.

W SOPZ Zamawiający zawarł ogólne wymaganie, że dostarczone urządzenie (nie gorsze niż Barracuda F600) ma być zgodne z wyszczególnionymi w dalszej części SOPZ wymaganiami, a także kompatybilne z istniejącymi w infrastrukturze Zamawiającego innymi rozwiązaniami tego producenta. Zamawiający podał przy tym producenta posiadanych rozwiązań – Barracuda Networks i wskazał, że urządzenia współpracują ze sobą na różnych poziomach funkcjonalnych, w szczególności tworzą całość w systemie bezpieczeństwa organizacji. SIWZ o takiej treści Odwołujący nie zaskarżył, a jedynie dopytywał Zamawiającego o numery seryjne posiadanych obecnie urządzeń, uzyskując niezbędne informacje w tym zakresie (*vide* str. 10 odpowiedzi na odwołanie).

Argumentacja Odwołującego, a zwłaszcza przytoczona przez niego w odwołaniu definicja kompatybilności, zgodna z przywołaną powyżej intencją Zamawiającego wynikającą z SOPZ, doprowadziła skład orzekający do wniosku, że Odwołujący zdawał sobie sprawę z zakresu, w jakim urządzenia dostarczane i posiadane przez Zamawiającego powinny być ze sobą kompatybilne. W konsekwencji, w okolicznościach sprawy, nie znajdowało uzasadnienia ograniczanie owej kompatybilności wyłącznie do wskazanych w SOPZ protokołów wymiany danych, a przedstawiony w tej materii przez Odwołującego dowód 5 dotyczył okoliczności, które nie były między stronami sporne. W szczególności Odwołujący pominął zamieszczoną w SOPZ wzmiankę, że urządzenia tworzą całość w systemie bezpieczeństwa organizacji. Na tym tle Odwołujący we wniesionym odwołaniu zbudował argumentację dotyczącą rzekomego wprowadzenia nowych wymogów dotyczących kompatybilności rozwiązań, mimo że – jak wspomniano – prawidłowo zdefiniował jej istotę, a ponadto miał szczegółową wiedzę o posiadanych przez Zamawiającego urządzeniach, ponieważ wystąpił do Zamawiającego o podanie ich numerów seryjnych. W konsekwencji Odwołujący nietrafnie argumentował, że Zamawiający zweryfikował oferowane przez niego świadczenie w kontekście wymagań, które nie zostały opisane w SIWZ, natomiast na rozprawie nie obalił też zawartych w odnoszącej się do kwestii kompatybilności części uzasadnienia odrzucenia jego oferty z Postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania Izba uznała, że dowody 2 i 3 nie były przydatne dla rozstrzygnięcia o omówionym zarzucie odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

Do kosztów postępowania odwoławczego Izba nie zaliczyła wynagrodzenia pełnomocnika Przystępującego z uwagi na fakt, że nie podlegały one zasądzeniu na jego rzecz, pomimo częściowo korzystnego dla Wykonawcy S wyniku postępowania odwoławczego. Z przepisów przywołanego powyżej rozporządzenia wynika bowiem, że zasądzenie na rzecz Przystępującego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika możliwe byłoby li tylko w sytuacji oddalenia odwołania rozpoznanego w wyniku wniesienia przezeń sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu (argument z § 5 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia), co w tej sprawie nie miało miejsca.

W konsekwencji rozliczeniu podlegały koszty postępowania odwoławczego w łącznej kwocie 18.600,00 zł (15.000,00 zł – wpis od odwołania, 3.600,00 zł – wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego). Zważywszy na fakt, że Odwołujący uległ w części obejmującej zarzuty dotyczące swojej oferty, ale wygrał w części odnoszącej się do oferty Przystępującego, Izba za zasadne uznała zasądzenie na jego rzecz połowy tak wyliczonych kosztów postępowania odwoławczego, tj. kwoty 9.300,00 zł, o czym orzeczono w pkt. 3 sentencji wyroku.

Przewodniczący: