

sygn. akt: KIO 3453/22

KIO 3493/22

POSTANOWIENIE

z dnia 11 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Andrzej Niwicki**

Protokolant: **Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron dnia 11 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 23 grudnia 2022 r. przez wykonawcę **Apex.IT Sp. z o.o., ul. Marcina Flisa 6, 02-247 Warszawa** (KIO 3453/22);
- B. w dniu 27 grudnia 2022 r. przez wykonawcę **ALMA S.A., ul. Wichrowa 1a, 60-449 Poznań** (KIO 3493/22);

w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**

przy udziale:

- A. Wykonawcy **ALMA S.A., ul. Wichrowa 1a, 60-449 Poznań** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3453/22 po stronie odwołującego,
- B. Wykonawcy **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Evercom P. N., ul. Codzienna 8C, 03-668 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3493/22 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Odrzuca odwołania;
2. Kosztami postępowania obciąża odwołujących **Apex.IT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** oraz **ALMA S.A. z siedzibą w Poznaniu** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisów od odwołań, po 15 000 zł każdy z nich.

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 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Targowej 74, prowadzi postępowanie, o udzielenie zamówienia sektorowego, którego przedmiotem jest: „Modernizacja technologiczna infrastruktury zabezpieczeń sieciowych w stykach z Internetem (ANTP)” znak sprawy: 6060/ILG 8/11142/04181/22/P, („Postępowanie”); ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 04.10.2022 r. w Dzienniku Urzędowym UE nr 2022/S 191- 542104 2022-PL, strony internetowej postępowania: <https://platformazakupowa.plk-sa.pl>.

Sygn. akt KIO 3453/22

Odwołujący: Apex.IT Sp. z o.o., Warszawa, wniósł dnia 23 grudnia 2022 r. odwołanie wobec czynności Zamawiającego z dnia 14 grudnia 2022 roku polegającej na zmianie Rozdziału XX pkt 7, Rozdziału XXI pkt 2 ppkt 2) i 3) oraz pkt 20 Załącznika nr 3 do Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”) – w zakresie podwyższenia wag dla parametrów 1 i 2 pozacenowych kryteriów oceny z 10% do 20% dla każdego z parametrów.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 w związku z art. 241 ust.1 pzp przez sformułowanie kryteriów oceny ofert w sposób naruszający uczciwą konkurencję, poprzez ograniczenie kręgu wykonawców do podmiotów oferujących preferowane przez Zamawiającego rozwiązania informatycznego.

Wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie obniżenia wag pozacenowych kryteriów oceny w zakresie Parametru 1 i 2 Rozdziału XX pkt 7, Rozdziału XXI pkt 2 ppkt 2 i 3 oraz pkt 20 Załącznika nr 3 z 20% do 10% oraz odpowiedniego zwiększenia wagi dla kryterium Cena. Odwołujący dowiedział się o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę odwołania w dniu 14 grudnia 2023 roku - w dniu publikacji zawiadomienia o zmianie SWZ na stronie internetowej Zamawiającego).

Odwołujący ubiega się o udzielenie zamówienia będącego przedmiotem Postępowania, co m.in. zmanifestował korzystając ze środków ochrony prawnej skutkującej postępowaniem odwoławczym KIO 2708/22.

Uzasadniając stanowisko wskazał, co następuje:

Postępowanie Odwoławcze KIO 2708/22

Zamawiający w Postępowaniu faworyzuje jednego producenta, firmę Check Point. Zamawiający w punkcie 5 OPZ wskazał, iż „Producent urządzenia musi być sklasyfikowany jako "Leaders" w raporcie Gartnera "Magic Quadrant for Network Firewalls" przynajmniej dwa razy w ciągu ostatnich 3 lat.” W ramach tak postawionego warunku należy rozpatrywać

rozwiązania trzech producentów Fortinet, Check Point oraz Palo Alto Networks – jest to jednak jedynie pozorne dopuszczenie większego grona producentów, o czym świadczą dodatkowe warunki, jakie postawił Zamawiający w ramach kwalifikacji wykonawców, oceny ofert oraz technicznego opisu przedmiotu zamówienia. Jedynie rozwiązanie producenta Check Point spełnia łącznie wszystkie techniczne wymagania, Zamawiający zaś nie opisał równoważności w ramach postawionych wymagań.

/dowód: info grafika na okoliczność, iż Liderami wg powołanego raportu Gartnera są Fortinet, Check Point oraz Palo Alto Networks/.

Odwołujący złożył odwołanie („Poprzednie Odwołanie”) zarzucając naruszenie:

- 1) art. 112 ust.1 w zw z art. 116 i art. 16 pkt 1 Ustawy przez sformułowanie warunków udziału w sposób naruszający uczciwą konkurencję, ograniczenie kręgu wykonawców do partnerów preferowanego przez Zamawiającego rozwiązania informatycznego,
- 2) art. 16 pkt 1 w zw z art. 241 ust.1 Ustawy przez sformułowanie kryteriów oceny ofert w sposób naruszający uczciwą konkurencję, ograniczenie kręgu wykonawców do podmiotów oferujących preferowane przez Zamawiającego rozwiązania informatycznego,
- 3) art. 99 ust. 1 i 2 w zw z art. 16 pkt 1 Ustawy przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję, tj. wskazujący na konkretnego producenta rozwiązań informatycznych, a w konsekwencji w sposób uniemożliwiający złożenie oferty wykonawcom oferującym inne rozwiązania informatyczne (innych producentów),
- 4) art. 99 ust. 1 poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający sporządzenie oferty.

/dowód: Odwołanie ad sygn. KIO 2708/22 – na okoliczność przedmiotu zaskarżenia/

Odwołujący w Poprzednim Odwołaniu zakwestionował:

- 1) wymaganie podmiotowe ograniczające krąg wykonawców do partnerów producenta Checkpoint; 2) 7 pozacenowych kryteriów oceny ofert, preferujących producenta Checkpoint; 3) 7 wymagań przedmiotowych ograniczających krąg wykonawców do wykonawców oferujących urządzenia producenta Checkpoint, z czego 1 zarzut został cofnięty.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający uznał odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących 5 wymagań podmiotowych i 1 pozacenowego kryterium oceny ofert. Wyrokiem z dnia 7 listopada 2022 KIO uwzględniła odwołanie w zakresie 1 wymagania podmiotowego, 3 pozacenowych kryteriów oceny ofert oraz 1 wymagania przedmiotowego.

/dowód: wyrok KIO 2708/22 z 7 na okoliczność ustaleń KIO w zakresie faworyzowania przez urządzenia Checkpoint oraz wykonawców oferujących urządzenia Checkpoint/

Co znamienne, Izba uwzględniając Poprzednie Odwołania uznała, iż Zamawiający dopuścił się naruszeń określonych w Odwołaniu przez sformułowanie warunków udziału, warunków

podmiotowych oraz 3 pozacenowych kryteriów oceny ofert przez i w celu faworyzowania urządzenia Checkpoint oraz wykonawców oferujących urządzenia Checkpoint.

Postępowanie Odwoławcze KIO 2770/22

W sprawie ALMA S.A. w Poznaniu, również kwestionowała warunki przedmiotowe z uwagi na preferowanie faworyzowania urządzenia Checkpoint i wykonawców oferujących te urządzenia.

/dowód: wyrok KIO 2770/22– na okoliczność faworyzowania przez Zamawiającego urządzenia Checkpoint oraz wykonawców oferujących urządzenia Checkpoint/

Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) w związku z art. 241 ust.1 Ustawy

Jak określono we Wstępie, Zamawiający ograniczył Postępowanie do rozwiązań informatycznych oferowanych przez Fortinet, Check Point oraz Palo Alto Networks, co zawęży ocenę ustalonych przez Zamawiającego pozacenowych kryteriów odbioru do rozwiązań tych trzech producentów. Są to następujące rozwiązania.

- 1/ Fortinet: FortiGate
- 2/ Palo Alto Networks: PaloAlto PA54xx
- 3/ Check Point: CheckPoint QUANTUM SECURITY GATEWAY

Uzasadnienie wyroku KIO 2708/22 i wyroku KIO 2770/22 potwierdza, iż Izba stwierdziła dopuszczenie się przez Zamawiającego faworyzowania urządzenia Checkpoint oraz wykonawców oferujących urządzenia Checkpoint, co nastąpiło w szeregu wymagań dokumentacji. W zakresie Parametru 1 i 2 będącego przedmiotem niniejszego odwołania Izba oddaliła Poprzednie Odwołanie uznając, co następuje:

Uzasadniając oddalenie odwołania w zakresie Parametru 1 Izba stwierdziła:

Odnosząc się do powyższego, w ocenie Izby Zamawiający uzasadnił potrzebę premiowania rozwiązania realizującego funkcjonalność z jednego pliku. Zamawiający wskazał bowiem na większą stabilność, bezpieczeństwo oraz szerszy wachlarz możliwości działania w sytuacjach awaryjnych, co niewątpliwie przekłada się na wyższą jakość sposobu realizacji funkcjonalności, która może być premiowana. Co więcej, Odwołujący nie przedstawił dowodu potwierdzającego stawiane tezy, że irrelevantny jest sposób spełnienia funkcjonalności.

Uzasadniając oddalenie odwołania w zakresie Parametru 2 Izba stwierdziła:

W ocenie Izby, Zamawiający przedstawił aspekty jakościowe opisanego kryterium mieszczące się w potrzebach Zamawiającego i zgodne z celem kryterium. Niewątpliwie, rozwiązanie oparte o aplikację będzie mniej podatne na incydenty co zostało przez Zamawiającego wykazane dowodem nr 8. Odwołujący wskazywał na konieczność łączenia się aplikacji z przeglądarką celem konfiguracji urządzenia, niemniej jednak kryterium odnosi się wyłącznie do części dotyczącej polityki bezpieczeństwa. W ocenie Izby ustanowienie takiego kryterium

jest uzasadnione wyższą jakością. Jak już zostało poniesione, poza cenowe kryteria oceny ofert mają na celu premiowanie rozwiązań lepszych jakościowo, co jednocześnie oznacza, że nie wszystkie rozwiązania oferowane przez wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu i oferujących produkty zgodne z OPZ muszą być premiowane. Ponadto, Odwołujący nie wykazał, że pozostałe rozwiązania nie spełniają powyższego wymogu, a ograniczył się wyłącznie do postawienia tez nie popartych dowodami.

Izba w zakresie Parametru 1 i 2 w ogóle nie poczyniła ustaleń w zakresie faworyzowania urządzenia Checkpoint oraz wykonawców, lecz jedynie dokonała oceny zasadności ustalenia Parametru 1 i 2 jako pozacenowych kryteriów oceny ofert.

14 grudnia 2022 roku Zamawiający zwiększył wagę Parametru 1 z 10% do 20% oraz wagę Parametru 2 z 10% do 20% zwiększając wagę Ceny z 50% jedynie do 55%.

Parametr 1 (w zakresie instalacji systemu centralnego zarządzania oraz oprogramowanie dostarczanych platform zabezpieczeń sieciowych z tego samego obrazu ISO) spełnia jedynie urządzenie CheckPoint SECURITY GATEWAY /dowód: podręcznik 21 October 2020 INSTALLATION AND UPGRADE GUIDE R81, do Odwołania dołącza się cały w/w podręcznik wraz z wyciągiem ze stron 31,35 i 39 i tłumaczeniem/.

Zamawiający odpowiadając na zarzut Poprzedniego odwołania posługiwał się ogólnikiem jakim jest postulat zachowania (i) ciągłości działania nabywanego rozwiązania, (ii) jego szybkiej wymiany na wolny od wad (w przypadku awarii) oraz możliwość (iii) zainstalowania rozwiązania na dowolnej platformie sprzętowej lub wirtualnej. Tymczasem treść Parametru 1 w ogóle nie dotyczy aspektów poruszonych w (i) i (ii), natomiast rzeczywiście reguluje aspekt (iii). W poprzednim piśmie (złożone w dacie rozprawy) Odwołujący wyraźnie wskazał, iż kwestionuje Parametr 1 z uwagi na wymóg instalacji oprogramowania z jednego obrazu ISO czyli z użyciem tego samego oprogramowania dla instalacji różnego typu. Odwołujący uznaje, iż wymóg taki nie ma jakiegokolwiek znaczenia w aspekcie z pkt (iii). Nie ma przeszkód aby instalacja na różnych platformach odbywała się z odmiennych obrazów ISO (odmiennych kopii instalacyjnych) właściwych dla konkretnej platformy. Kwestia sposobu instalacji oprogramowania nie ma znaczenia dla walorów użytkownych oprogramowania, gdyż nie wiąże się odmiennością funkcjonalną.

Parametr 2 (w zakresie zarządzania dedykowaną aplikacją spełnia jedynie urządzenie CheckPoint SECURITY GATEWAY

/dowód: podręcznik 21 October 2020 Dokument SECURITY GATEWAY R81 Administration Guide, do Odwołania dołącza się cały w/w podręcznik wraz wyciągiem i tłumaczeniem/.

Nie jest prawidłowe stanowisko Zamawiającego przyjęte w odpowiedzi na Poprzednie Odwołanie, iż tylko dedykowana aplikacja zarządzająca zapewnia bezpieczeństwo eksploatacji. Jak wskazano w piśmie z 25 października 2022 roku przedmiotowy parametr

nie wnosi żadnych zalet w kontekście zarządzania w porównaniu do zarządzania przez przeglądarkę internetową Web. Co więcej, takie rozwiązanie z zastosowaniem aplikacji (grubego klienta) instalowanego na stacji administratora lub stacji, z której takie zarządzanie miałyby być realizowane, powoduje możliwość zaistnienia zagrożenia na dwóch poziomach:

a/ Samo oprogramowanie może posiadać podatności, które mogą zostać wykorzystane aby w nieautoryzowany sposób uzyskać dostęp do zarządzania dostarczonym systemem.

b/ System operacyjny, na którym będzie zainstalowane takie oprogramowanie może posiadać podatności, które mogą zostać wykorzystane do przejęcia kontroli nad systemem bezpieczeństwa.

Wymaganie tym mniej wydaje się być zasadne, gdyż w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający wymaga aby system centralnego zarządzania posiadał dostęp przez przeglądarkę WWW. Dodatkowo, takie oprogramowanie w kontekście rozwiązań CheckPoint nie pozwala na pełną konfigurację urządzeń NGWF, co powoduje i tak konieczność łączenia się przez przeglądarkę WWW w celu konfiguracji np. elementów sieciowych, co tym bardziej wydaje się niezasadne aby użyć tego jako punktacji faworyzującej. Znamiennym jest, że w Odpowiedzi na Poprzednie odwołanie (strona 10) Zamawiający „dokonał modyfikacji” Parametru P2 poprzez usunięcie wyrażenia „nie jest dopuszczalne rozwiązanie korzystające z przeglądarki internetowej Web) – gdyż taki zapis nie pozwalał na przyznanie ofercie obejmującej rozwiązanie Check Point punktów w Parametrze 2, z uwagi na dostępność zarządczej konsoli www.

W konsekwencji, argumentacja Zamawiającego, iż przeglądarkowy system zarządzania nie jest tak bezpieczny jako system dedykowanej aplikacji, nie znajduje oparcia z faktach, skoro preferowane przez Zamawiającego rozwiązanie Check Point posiada także przeglądarkowy system zarządzania o znacznie szerszych możliwościach, niż dedykowana aplikacja.

Odwołujący, zdaje sobie sprawę, iż w wyroku KIO 2708/22 Krajowa Izba w sensie formalnym przesądziła o zasadności przyjęcia przez Zamawiającego Parametru 1 i 2 jako pozacenowych kryteriów oceny ofert, lecz należy mieć na względzie, że ustalenia Krajowej Izby zapadły w stanie, w którym dla Parametrów 1 i 2 Zamawiający przyznał wagi po 10% dla każdego Parametru. Podwyższenie wagi dla każdego z parametrów wymaga, w okresie pomiędzy wydaniem wyroku KIO 2708/22, a datą 14 grudnia 2022, zaistnienia okoliczności uzasadniającej zwiększenia wagi dla Parametrów 1 i 2 ex post w stosunku do pierwotnych wartości.

Skoro Zamawiający formułując pozacenowe kryteria oceny ofert pierwotnie ustalił dla Parametru 1 i 2 wagi na poziomie stopy po 10% (łącznie 20%) przy stopie kryterium ceny w wysokości 50%, to uznać należy, że w opinii Zamawiającego stosunek istotności każdego z Parametrów 1 i 2 do ceny wynosił 1:5. Tymczasem Zamawiający po zasadniczym uwzględnieniu Poprzedniego Odwołania (przez siebie i KIO) dokonał zmiany w ten sposób,

iż zwiększył udział Parametru 1 i 2 do łącznie 40 %. Odwołujący zauważa, że po wydaniu wyroku w sprawie 2708/22:

1/ wg wiedzy Odwołującego nie wystąpiła jakakolwiek okoliczność uzasadniająca zwiększenie istotności dla Zamawiającego Parametrów 1 i 2, a w konsekwencji ich wag;

2/ uzasadnienie Zamawiającego zastosowania Parametrów 1 i 2 oraz przypisanych im wag jakie Zamawiający przedstawił w odpowiedzi na Poprzednie Odwołanie, w ogóle nie zawiera jakichkolwiek skonkretyzowanych argumentów przemawiających za ustanowieniem Parametrów 1 i 2, jako pozacenowych kryteriów oceny ofert;

3/ jest oczywistym w świetle wyroków w KIO 2708/22 i KIO 2770/22, iż Zamawiający dopuścił się faworyzowania urządzenia Checkpoint oraz wykonawców oferujących urządzenia Checkpoint. 4/ Zamawiający w związku z uchyleniem Parametrów 5, 6 i 7 oceny kryteriów ofert „zwolnił” 20% wagi oceny ofert, i zamiast przyporządkować 20% do kryterium ceny lub innych pozacenowych kryteriów ofert, owe 20% wagi przyporządkował Parametrowi 1 i 2.

5/ z uwagi na ogólnikowe, aczkolwiek szerokie „uzasadnienie” Zamawiającego zastosowania Parametru 1 i 2 nie jest możliwe do sformułowania uzasadnienia dla zwiększenia wag Parametrów 1 i 2 z 10% do 20%.

Parametr ceny (brutto) zapewnia aktualnie 55% wagi w kryteriach oceny ofert, a 2 Parametry 1 i 2 kryteriów pozacenowych decydują o zapewnieniu pozostałych 40 % wagi w kryteriach oceny ofert. Oznacza to, że wykonawcy oferujący rozwiązania inne, niż Check Point muszą zaoferować swoje rozwiązania o 40% tańsze niż wykonawcy oferujący Check Point, co w praktyce wyłącza możliwość konkurowania o przedmiot zamówienia.

Odwołujący wskazuje na prawidłową ocenę Izby analogicznego przypadku w sprawie KIO/UZP 361/10.

W niniejszym Postępowaniu „rynek” potencjalnych wykonawców jest także ograniczony, gdyż składa się z wykonawców mogących oferować sprzęt jedynie trzech producentów, z których tylko jeden (Checkpoint) spełnia Parametr 1 i 2. Zamawiający tezie tej w Poprzednim Postępowaniu nie zaprzeczył. Tym samym, wykonawcy oferujący urządzenia Forinet i PaloAlto nie mają realnych możliwości złożenia ofert konkurencyjnych względem wykonawców oferujących CheckPoint, gdyż nie są w stanie skompensować ceną punktów przyznawanych przez Zamawiającego urządzeniom CheckPoint w Parametrze 1 i 2.

Tymczasem, zamawiający powinien opisywać przedmiot zamówienia w sposób pozwalający na uzyskanie produktu spełniającego jego uzasadnione wymagania, ale jednocześnie nie prowadząc do nieuzasadnionego ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia, co ma miejsce w przypadku opisu przedmiotu zamówienia wskazującego na sprzęt konkretnego producenta, czy konkretny produkt.

W świetle powyższego, nie ulega wątpliwości, że Zamawiający preferuje konkretnego producenta posiadającego rozwiązanie informatyczne preferowane przez Zamawiającego, a

inni zainteresowani wykonawcy nie mają możliwości zaoferowania rozwiązań informatycznych innych renomowanych producentów.

W konsekwencji, Zamawiający prowadzi Postępowanie w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji między wykonawcami, a tym samym narusza art. 16 pkt 1) Ustawy.

Stanowisko wspólne dla dwóch poprzednich zarzutów (pozacenowe kryteria oceny ofert oraz OPZ)

Odwołujący podkreśla kluczowe kwestie, a mianowicie kwestię ciężaru dowodowego oraz kwestię dopuszczalnych warunków stawianych co do opz, stosowanych kryteriów oceny ofert (szczególnie odnoszących się do wymogów funkcjonalnych oferowanego przedmiotu dostawy). System zamówień publicznych jest systemem godzącym niejako dwie grupy sprzecznych interesów, w interesie Zamawiającego jest dostarczenie mu produktu lub usług zgodnych ze specyfikacją, natomiast interesem wykonawców jest osiągnięcie jak największego zysku za zrealizowane zlecenie. Zamawiający jako podmiot nadający znaczący kształt zawieranej umowie, nie jest jednak w swych uprawnieniach nieograniczony. W szczególności związany jest zasadami, takimi jak zasada proporcjonalności i uczciwej konkurencji. Zamawiający kreują w znacznym stopniu istnienie i funkcjonowanie określonego rynku i w związku z tym muszą czynić to zgodnie z przepisami prawa, w tym poszanowaniem zasad. Co więcej, z przepisów ustawy o informatyzacji wynika, że podmioty sektora publicznego w swych działaniach muszą kierować się zasadą neutralności technologicznej polegającej na równym traktowaniu przez władze publiczne technologii teleinformatycznych i tworzenia warunków do ich uczciwej konkurencji, w tym zapobiegania możliwości eliminacji technologii konkurencyjnych przy rozbudowie i modyfikacji eksploatowanych systemów teleinformatycznych lub przy tworzeniu konkurencyjnych produktów i rozwiązań (por. art. 3 pkt 19 ustawy o informatyzacji). W szczególności, więc, każde postanowienie odnoszące się do przedmiotu zamówienia, jeżeli ogranicza konkurencję lub narusza zasadę proporcjonalności, powinno być uzasadnione z punktu widzenia uzasadnionych potrzeb zamawiającego.

W analizowanej sprawie ciężar wykazania uzasadnionych potrzeb spoczywa na zamawiającym. Sposób sformułowania opz przez Zamawiającego ogranicza krąg wykonawców, którzy mogliby ubiegać się o zamówienie.

Z uwagi na sprzeczność interesów uczestników postępowania, konieczne jest zachowanie równowagi między zachowaniem interesu Zamawiającego, a interesów wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych warunków, tak podmiotowych jak i przedmiotowych, mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Zamawiający jako podmiot dysponujący środkami publicznymi ma obowiązek z jednej strony wydatkować je w sposób oszczędny i efektywny, a z drugiej respektować i przestrzegać zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający powinien móc udowodnić, że postawione warunki

mają charakter „minimalny”, co oznacza, że brak określonego warunku lub jego złagodzenie nie da mu należytej rękojmi realizacji zamówienia. W doktrynie podnosi się, że formułując warunki udziału Zamawiający powinien dopuścić do udziału w realizacji zamówienia każdego wykonawcę należycie przygotowanego i obiektywnie zdolnego do jego realizacji, w tym posiadającego odnośne doświadczenie, personel, zasoby techniczne, finansowe etc. Choć wyrok ten odnosi się do warunków podmiotowych, to w ten sam sposób należy go odnieść także do wymogów stawianych, co do przedmiotu zamówienia. Oczywistym jest bowiem, że konkretni wykonawcy „współpracują” z konkretnymi dostawcami i producentami. Postawienie wymogów produktowych w ten sposób, że spełnia je wyłącznie jeden produkt istniejący na rynku, jest, więc sprzeczne z zasadą proporcjonalności i uczciwej konkurencji.

Formułując wymogi, co do przedmiotu zamówienia, Zamawiający powinien przestrzegać reguły proporcjonalności, tj. przyjęcia takich warunków, które uzasadnione są w szczególności rozmiarem, złożonością i innymi istotnymi warunkami realizacji zamówienia.

Zamawiający winien móc udowodnić, że postawienie określonego wymogu jest uzasadnione. Każdy nadmiarowy, nieproporcjonalny i nieuzasadniony przedmiotem zamówienia warunek, nie będzie mógł już być uznany za postawiony w zgodzie z Ustawą.

Kwestionowane postanowienia SWZ sformułowane zostały w taki sposób, że w praktyce jedynym produktem możliwym do zaoferowania jest rozwiązanie Check Point. Łączne ich spełnienie przez jakikolwiek inny produkt będzie niemożliwe. Istotne jest bowiem nie tylko dokonanie oceny pod kątem jednej konkretnej funkcjonalności, ale ich połączenia w jednym produkcie, a to jest możliwe tylko w przypadku wskazanego wyżej produktu. Co więcej, ocenie podlegać musi ta sama klasa produktowa, ponieważ konkurowanie możliwe jest tylko przez tę samą klasę urządzeń, albowiem tylko wówczas mamy do czynienia z porównywalnością cenową. Zamawiający skupia się na opisywaniu sposobu realizowania określonych funkcji, poprzez nadmiarowe i zbyt szczegółowe techniczne wymagania, które nie są istotne z punktu widzenia funkcjonalności i niezawodności urządzenia.

Wymaganie specyficznych dla danego producenta technologii nie jest obiektywnym kryterium, pozwalającym na uczciwe konkurowanie oferentów. Tymczasem inne rozwiązania i produkty, umożliwiają osiągnięcie wymaganych przez Zamawiającego efektów określonych w SWZ. Nie ma żadnego technicznego, ani też innego uzasadnienia dla tak jaskrawego dyskryminowania producentów innych niż Check Point.

Zamawiający sformułował szereg wymagań oderwanych od rzeczywistych potrzeb Zamawiającego, a wymagania wskazują, iż jedynie rozwiązanie Check Point spełnia wszystkie zaskarżonego wymagania OPZ, a także zapewnia uzyskanie punktacji z pozacenenowych kryteriach oceny ofert. Odwołujący wskazuje także na orzeczenia KIO.

załączniki 5) dowody wskazane w uzasadnieniu

Przystąpienie do postępowania po stronie odwołującego zgłosił wykonawca ALMSA S.A. z/s w Poznaniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, ustosunkowując się do zarzutów i wniosków podniesionych przez Odwołującego, jak również argumentacji, przytoczonej przez Odwołującego na ich poparcie, wskazał, co następuje.

Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania w całości na podstawie art. 528 pkt 3, pkt 4 i pkt 5 Pzp.

Wskazał na powołanie się przez Odwołującego wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie odwołania z dnia 14.10.2022 r., dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego Odwołującego, rozstrzygnięte wyrokiem z dnia 7 listopada 2022 r. (KIO 2708/22), w punkcie 3 sentencji którego KIO oddaliła zarzuty i wnioski dotyczące Parametru 1 (PI) i Parametru (P2), natomiast zmiana wartości procentowej wag Parametru 1 (PI) i Parametru 2 (P2) z dnia 14.12.2022 r. nie zmieniła merytorycznej treści ww. Parametrów oraz nie ma rzeczywistego wpływu na konkurencję w Postępowaniu.

Ocena prawna zaistniałych okoliczności w danym postępowaniu nie może bowiem już ulec zmianie. Orzeczenie KIO jest wiążące i może zostać wzruszone jedynie w drodze skargi do sądu zamówień publicznych. W obrocie prawnym nie mogą istnieć dwa odrębne orzeczenia dotyczące tego samego stanu faktycznego o odmiennej treści.

Skoro Odwołujący był nieusatisfakcjonowany rozstrzygnięciem postępowania odwoławczego zakończonym wyrokiem z dnia 07.11.2022 r. (sygn. akt: KIO 2708/22), chcąc w dalszym zakresie kwestionować kryteria oceny Parametru 1 (PI) i Parametru (P2), winien on wnieść skargę od wyroku KIO. Tymczasem ponowne kwestionowanie tych samych okoliczności, które były przedmiotem poprzedniego odwołania (rozstrzygniętego w tym zakresie na niekorzyść Odwołującego) w ramach aktualnego odwołania, stanowi podstawę do odrzucenia odwołania na posiedzeniu niejawnym.

W okolicznościach przedstawionego powyżej stanu faktycznego wystąpiła również podstawa do odrzucenia odwołania z dnia 23.12.2022 r. z art. 528 pkt 3 Pzp. Jak wskazał już Zamawiający, zarówno treść zarzutu, jak i treść uzasadnienia odwołania z dnia 23.12.2022 r. wskazuje na ponowne kwestionowanie pozacenowych kryteriów oceny ofert Parametru 1 (PI) i Parametru (P2). Natomiast argumentacja dotycząca zmiany wag ww. kryteriów nie stanowi merytorycznego uzasadnienia wpływu tej zmiany na konkurencję w Postępowaniu, jak również ostatecznie sprowadza się ponownie do merytorycznego kwestionowania treści ww. kryteriów oceny Parametru 1 (PI) i Parametru (P2).

W związku z powyższym zarzuty i twierdzenia odwołania były znane na etapie publikacji ostatecznej treści SWZ, jak również podlegały zaskarżeniu wyłącznie po opublikowaniu

ostatecznej treści kryteriów oceny kryterium ceny oraz kryteriów pozacenowych Parametru 1 (P1) i Parametru (P2). W konsekwencji, termin na podnoszenie zarzutów i twierdzeń dotyczących merytorycznej treści kryteriów oceny Parametru 1 (P1) i Parametru (P2) upłynął 10 dni od publikacji treści swz.

Już w odwołaniu z dnia 14.10.2022 r. (str. 5 odwołania z dnia 14.10.2022 r.) Odwołujący podnosił, że: „Parametr ceny (brutto) zapewnia 50% wagi w kryteriach oceny ofert, a 7 parametrów poza cenowych decydują zapewnią pozostałe 50% wagi w kryteriach oceny ofert. Oznacza to że wykonawcy oferujący rozwiązania inne niż Check Point muszą zaoferować swoje rozwiązania o 50% tańsze niż wykonawcy oferujący Check Point co w praktyce wyłącza możliwość konkurencyjności o przedmiot zamówienia.”. Z uwagi na powyższe już na powyższym etapie postępowania Odwołujący powinien podnosić i uzasadnić, jaki podział wag procentowych pomiędzy kryterium ceny a pozostałe kryteria pozacenowe zapewniłyby jego zdaniem konkurencyjność Postępowania. Ponadto, z uwagi na postawione w odwołaniu z dnia 14.10.2022 r. wnioski o usunięcie lub zmianę w sposób zapewniający konkurencyjność poszczególnych pozacenowych kryteriów oceny ofert, Odwołujący powinien sprecyzować również wnioski o odpowiednie rozdysponowanie puli wartości procentowej pozostałej po usuniętych pozacenowych kryteriach oceny ofert (np. wnioskować o zaliczenie pozostałej po usunięciu pozacenowych kryteriów oceny ofert puli wartości procentowej na poczet wagi procentowej kryterium ceny). Taki dalszy wniosek nie został przez Odwołującego sformułowany w odwołaniu z dnia 14.10.2022 r.

W konsekwencji powyższego Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 07.11.2022 r. nakazała Zamawiającemu usunięcie pozacenowych kryteriów oceny ofert Parametru 3, 5 i 6 oraz uwzględnienie konsekwencji powyższych zmian w dokumentacji zamówienia oraz ogłoszeniu o zamówieniu. Zgodnie z punktem 2 wyroku z dnia 07.11.2022 r. Krajowa Izba Odwoławcza pozostawiła do decyzji Zamawiającego rozdysponowanie puli wartości procentowej pozostałej po podlegających usunięciu pozacenowych kryteriach oceny ofert Parametrów 3, 5 i 6.

Postępując zgodnie z treścią sentencji wyroku z dnia 07.11.2022 r. Zamawiający usunął pozacenowe kryteria oceny ofert oraz rozdysponował pozostałą pulę wartości procentowej wag usuniętych kryteriów pozacenowych Parametrów 3, 5 i 6 na rzecz wag procentowych kryteriów pozacenowych Parametrów 1 i 2.

Z uwagi na powyższe w stanie faktycznym sprawy wystąpiła podstawa do odrzucenia odwołania z art. 528 pkt 5 Pzp, ze względu na kwestionowanie w odwołaniu z dnia 23.12.2022 r. przez Odwołującego czynności Zamawiającego wykonanych zgodnie z sentencją uprzednio wydanego w sprawie wyroku KIO.

Sygn. akt KIO 3493/22

Odwołujący: ALMA S.A. z siedzibą w Poznaniu wniósł w dniu 27 grudnia 2022 r. odwołanie wobec modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia obowiązującego w postępowaniu

Zarzucił naruszenie art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia oraz naruszający uczciwą konkurencję, zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę proporcjonalności, w zakresie w jakim Zamawiający w dokumencie OPZ w sposób nieproporcjonalny oraz naruszający uczciwą konkurencję przez preferowanie rozwiązania tylko jednego producenta, określił parametry wydajnościowe urządzenia Firewall w pkt 5.1.18.1 OPZ, mimo iż zgodnie z wyrokiem z 7 listopada 2022 r. w sprawie KIO 2770/22, Zamawiający zobowiązany był do modyfikacji pkt 5.1.18.1 OPZ w sposób usuwający uprzywilejowanie jednego z wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji opz przez: wykreślenie wymagania z pkt 5.1.18.1 OPZ albo zmianę jego brzmienia w sposób usuwający uprzywilejowanie jednego z wykonawców, tj. w następujący sposób:

„5.1.18.1. Obsługa ruchu w trybie standardowego stanowego firewalla na poziomie minimum 70% wydajności dla połowy interfejsów sieciowych opisanych w punkcie 5.1.3.3 OPZ.

5.1.18.1.1. Jeżeli producent oferowanego rozwiązania nie definiuje w swoich dokumentach wydajności w trybie standardowego stanowego firewalla Zamawiający dopuszcza, tryb pracy opisany w karcie katalogowej jako Firewall Throughput z dodatkowymi mechanizmami opisanymi w karcie katalogowej oferowanego rozwiązania o poziomie wydajności minimum 60 Gbps”.

Odwołanie wniesione przez Odwołującego wobec treści OPZ zostało uwzględnione wyrokiem KIO 2770/22, zaś Zamawiający dokonał zmian OPZ w sposób niezgodny z tym rozstrzygnięciem i powodującym nieskuteczność przyznanej Odwołującemu ochrony prawnej. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do zniesienia postawionych niejasnych i nieproporcjonalnych ograniczeń kręgu potencjalnych wykonawców, w tym Odwołującego, którzy będą mogli złożyć ofertę z realną szansą na uzyskanie zamówienia.

VI. Stan faktyczny

1. Odwołujący 20 października 2022 r. wniósł odwołanie wobec treści OPZ naruszającej art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp, jak również zasady proporcjonalności, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Odwołanie zawierało również zarzut wobec wymagania pkt 5.1.18.1 OPZ, w ramach którego Zamawiający żądał określonej wydajności dla urządzenia Firewall dla obsługi ruchu „w trybie standardowego stanowego firewalla”. Podnosił m.in. iż tak określone wymaganie preferuje – spośród zaledwie 3 producentów,

których produkty można zaoferować w ramach postępowania – jednego dostawcę, Checkpoint.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z 7.11.2022 r. w sprawie KIO 2770/22 uwzględniła odwołanie – w tym ramach zarzutu dotyczącego pkt 5.1.18.1 OPZ. W uzasadnieniu wyroku stwierdziła, m.in., iż:

a) „zamawiający nie wskazał potrzeby wymagania osiągnięcia minimalnego parametru z pkt 5.1.1.18.1 wyłącznie w takiej postaci jak tam opisana.”

b) „Izba ustaliła, że dwóch z trzech producentów urządzeń [których urządzenia można zaoferować w postępowaniu – przyp. Odwołującego] podaje w swoich dokumentacjach parametr z pkt 5.1.18.1 bez uruchomionych dodatkowych mechanizmów, a jeden z nich podaje ten parametr z uwzględnieniem dwóch dodatkowych obciążeń.”

c) „Tym bardziej zatem niewiarygodne jest twierdzenie zamawiającego, że niezbędna jest mu wydajność wyłącznie czystego parametru opisanego w pkt 5.1.18.1. Izba stoi na stanowisku, że nie ma przeszkód, aby zamawiający opisał wymaganie z pkt 5.1.18.1 dopuszczając również spełnienie tego wymagania z włączonymi dwoma mechanizmami, na które wskazuje odwołujący. Przy czym Izba nie podziela argumentacji zamawiającego i przystępującego, że dopuszczenie możliwości wykazania spełniania tego parametru także w taki sposób, jak robi to trzeci producent wyeliminuje pozostałych.”

d) „Potencjalna możliwość wyeliminowania urządzenia trzeciego producenta tylko z tego powodu, że w inny sposób podaje on informacje, w ocenie Izby należałoby ocenić jako nieproporcjonalne do celów postępowania.”

Podsumowując rozstrzygnięcie odwołania, Izba wskazała również, że: „Oczywiście obaj producenci posiadają w swojej ofercie urządzenia, które mogłyby sprostać wymaganiom zamawiającego, ale spełniałyby te wymagania w sposób znacząco nadmiarowy tak w stosunku do wymagań zamawiającego, jak i produktu trzeciego producenta. W ocenie Izby oznacza to, że zamawiający określając swoje wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty uprzywilejował produkty jednego z producentów umożliwiając mu zaoferowanie urządzenia o najniższych parametrach spełniających wymagania zamawiającego, utrudniając konkurowanie produktom dwóch pozostałych wykonawców. Przy czym Izba w takim uprzywilejowaniu nie znalazła usprawiedliwienia w potrzebach zamawiającego. Z tego względu Izba uznała, że zamawiający naruszył zasady opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieutrudniający uczciwej konkurencji bo o ile nie wskazał bezpośrednio, że urządzenia tylko jednego z producentów mogą być zaoferowane w tym postępowaniu, to jednocześnie przez dobór wymaganych parametrów opisał przedmiot w taki sposób, że tylko jedno urządzenie jednego producenta wpisuje się prawie dokładnie w minimalne wymagania zamawiającego i nie musi ich zapewniać na rażąco wyższym poziomie jak w przypadku urządzeń dwóch pozostałych wykonawców. Z tego względu Izba

uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu dokonanie modyfikacji pkt 5.1.7 i 5.1.18.1 Tomu III Opis przedmiotu zamówienia w sposób usuwający uprzywilejowanie jednego z wykonawców wskazanych w pkt 5 zdanie 3 tomu III OPZ.

W następstwie przedmiotowej sprawy, jak również innego odwołania częściowo uwzględnionego przez inny skład orzekający Izby (w sprawie KIO 2708/22), Zamawiający dokonał zmian warunków zamówienia, jednakże w sposób, który w dalszym ciągu preferuje tylko jednego spośród 3 producentów urządzeń możliwych do zaoferowania w postępowaniu. W odniesieniu do wymagania 5.1.18.1 OPZ, Zamawiający dokonał jego zmiany jedynie pozornie w sposób zgodny z wyrokiem, ale w istocie nie eliminując wskazanego przez Izbę naruszenia polegającego na preferencyjnym traktowaniu jednego z producentów w stosunku do pozostałych wykonawców.

W aktualnym, zmienionym w dniu 15 grudnia 2022 r. brzmieniu, Zamawiający dodał co prawda ppkt 5.1.18.1.1 dopuszczając „tryb pracy opisany w karcie katalogowej jako Firewall Throughput z dodatkowymi mechanizmami opisanymi w karcie katalogowej oferowanego rozwiązania”, jednakże nie określił odpowiedniej – tzn. dopuszczającej na zasadach uczciwej konkurencji – wartości parametru wydajności dla trybu pracy z dodatkowymi obciążeniami.

1. Oznacza to, że minimalna wydajność urządzenia pracującego w trybie „standardowego stanowego firewalla”, czyli bez żadnych obciążeń, jest wymagana również od urządzenia pracującego w trybie z dodatkowymi mechanizmami obciążającymi jego działalność, zgodnie z kartą katalogową producenta.

2. Należy podkreślić, że po przeprowadzonej rozprawie, zapoznaniu się ze złożonymi dowodami i ich oceną przez Izbę, Zamawiający powinien mieć pełną świadomość, iż dokonując zmiany w powyższy sposób i określając parametr wymagany w pkt 5.1.18.1.1 na poziomie 140 Gbps (tyle bowiem wynosi wartość 70% wydajności dla połowy interfejsów sieciowych opisanych w punkcie 5.1.3.3 OPZ) zmusza producentów konkurencyjnych wobec preferowanego przez siebie producenta do zaoferowania urządzeń przewymiarowanych, zarówno w stosunku do wymagań Zamawiającego, jak i urządzeń, które może zaoferować preferowany producent. 3. Nie sposób zatem uznać, że Zamawiający prawidłowo wykonał wyrok w sprawie KIO 2770/22 nakazujący mu dokonanie modyfikacji w sposób usuwający uprzywilejowanie jednego z wykonawców. Wręcz przeciwnie – dokonana zmiana prowadzi do tego samego utrudnienia uczciwej konkurencji, które zostało zidentyfikowane przez Izbę jako naruszenie przepisów ustawy Pzp, tj. „o ile nie wskazał bezpośrednio, że urządzenia tylko jednego z producentów mogą być zaoferowane w tym postępowaniu, to jednocześnie przez dobór wymaganych parametrów opisał przedmiot w taki sposób, że tylko jedno urządzenie jednego producenta wpisuje się prawie dokładnie w minimalne wymagania

zamawiającego i nie musi ich zapewniać na rażąco wyższym poziomie jak w przypadku urzędzeń dwóch pozostałych wykonawców.”

Jednocześnie, Zamawiający zmodyfikował OPZ przez dodanie postanowienia, które podnoszone było przez Odwołującego i zasadnie uznane przez Izbę jako jeden z argumentów wskazujących nieproporcjonalność wymagania w pkt 5.1.18.1 OPZ i dodał tryb pracy standardowego stanowego firewalla do przewidywanych trybów pracy urządzenia. W ocenie Odwołującego, to działanie Zamawiającego, jak również przyznanie zwiększonej punktacji dla kryteriów oceny ofert, które preferują rozwiązanie Checkpoint i nie mogą być spełnione przez pozostałych producentów w sposób umożliwiający zniwelowanie przewagi cenowej preferowanego producenta (który może zaoferować urządzenie w sposób minimalny spełniające wymagania Zamawiającego, a tym samym – tańsze od konkurentów), powodują w dalszym ciągu naruszanie uczciwej konkurencji i uprzywilejowanie jednego z producentów. W ten sposób, pomimo iż w ramach odwołań wniesionych przez pozostałych dwóch spośród trzech producentów, których produkty mogą być zaoferowane w postępowaniu (sprawy rozpatrywane odrębnie pod sygn. KIO 2770/22 i KIO 2708/22), Izba stwierdziła niedopuszczalne preferowanie jednego producenta i nakazała eliminację stwierdzonych naruszeń, rozstrzygnięcia te okazały się w istocie bezskuteczne, gdyż modyfikacja z dnia 15.12.2022 r. w dalszym ciągu zapewnia preferowanie producenta Checkpoint w stosunku do dwóch pozostałych producentów.

Wymaganie w pkt 5.1.18.1 OPZ, po modyfikacji i dodaniu ppkt 5.1.18.1.1, jest postanowieniem opisu przedmiotu zamówienia naruszającym art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp (stosowany w odniesieniu do Postępowania zgodnie z art. 362 pkt 1 Pzp), zgodnie z którym przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zamawiający ograniczył krąg producentów, których urządzenia Firewall można zaoferować w Postępowaniu, przez jednoznaczne wskazanie klasy urządzeń, co zapewnić ma odpowiednią jakość i bezpieczeństwo oferowanych mu rozwiązań. Wynika to z wymagania na str. 5 OPZ: „Producent urządzenia musi być sklasyfikowany jako "Leaders" w raporcie Gartnera "Magic Quadrant for Network Firewalls" przynajmniej dwa razy w ciągu ostatnich 3 lat.”. Jednakże, jednocześnie Zamawiający ustalił takie wymagania opisu przedmiotu zamówienia, które nie są możliwe do spełnienia przez wszystkich spośród producentów oferujących urządzenia odpowiedniej klasy, preferując w sposób wyraźny producenta Checkpoint. W ten sposób, poprzez postawienie wymagań nieposiadających obiektywnego uzasadnienia i nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia, Zamawiający wyeliminował w praktyce możliwość jakiegokolwiek konkurencji z preferowanym przez siebie, jednym producentem.

Zamawiający dokonał zmiany wartości parametru wymaganego w pkt 5.1.18.1:

Było: „... 5.1.18.1. Obsługa ruchu w trybie standardowego stanowego firewalla na poziomie co najmniej 200 Gbps”

Jest: „... 5.1.18.1. Obsługa ruchu w trybie standardowego stanowego firewalla na poziomie minimum 70% wydajności dla połowy interfejsów sieciowych opisanych w punkcie 5.1.3.3 OPZ”, co oznacza po wykonaniu wyliczenia według algorytmu Zamawiającego „... co najmniej 140 Gbps” – zmiana wartości nie jest zatem znaczna w stosunku do pierwotnej, biorąc pod uwagę różnice parametrów wśród urządzeń możliwych do zaoferowania w Postępowaniu. Wartość ta jest wynikiem matematycznego działania, jest stała i nie powoduje wyrównania poziomu traktowania konkurencyjnych producentów w ramach Postępowania.

Dokonano zmiany pozornie zgodnej z orzeczeniem KIO, dodając w pkt 5.1.18.1 ppkt 1:

„5.1.18.1.1. Jeżeli producent oferowanego rozwiązania nie definiuje w swoich dokumentach wydajności w trybie standardowego stanowego firewalla Zamawiający dopuszcza, tryb pracy opisany w karcie katalogowej jako Firewall Throughput z dodatkowymi mechanizmami opisanymi w karcie katalogowej oferowanego rozwiązania.”

1. Zamawiający wskazuje, że dopuści rozwiązanie, w którym producent nie podaje wymaganego parametru teoretycznego (tzw. „w trybie standardowego stanowego firewalla”) na poziomie 140 Gbps, o ile inny producent (tj. Palo Alto Networks) zaproponuje rozwiązanie, które posiada wydajność 140 Gbps wymaganą na tym poziomie teoretycznym, ale pracując w trybie z dodatkowymi obciążeniami, czyli „Firewall Throughput z dodatkowymi mechanizmami bezpieczeństwa”. Takie wymaganie prowadzi do konieczności porównywania urządzeń, które w sposób ewidentny posiadają różne poziomy wydajności, co stanowi wyraźne naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dopuszczono bowiem alternatywne do preferowanego rozwiązanie, ale tylko pod warunkiem, że urządzenie obciążane dodatkowymi mechanizmami osiągać będzie tę samą wartość parametru wydajności, co urządzenie nie obciążone.

2. Jak wskazała Izba w orzeczeniu, Zamawiający powinien brać pod uwagę konkurencyjność postępowania i proporcjonalność stawianych wymagań w kontekście okoliczności tego zamówienia, w których dopuścił udział tylko trzech producentów. Parametr Firewall Throughput z dodatkowymi mechanizmami w przypadku producenta Palo Alto odpowiada wymaganiom określonym w pkt 5.1.18.2 OPZ, dla którego wartość wymagana wynosi:

„5.1.18.2. Obsługa ruchu w konfiguracji NGFW na poziomie minimum 40 Gbps”

Oznacza to, że wprowadzony przez Zamawiającego ppkt 5.1.18.1.1. OPZ dyskryminuje produkty Palo Alto żądając by urządzenia tego producenta dla spełnienia wymagania w pkt 5.1.18.1.1, jak i 5.1.18.2 posiadały wydajność 140Gbps, podczas, gdy w przypadku urządzeń dwóch pozostałych producentów, wystarczające jest, by ich urządzenia spełniały

parametr 5.1.18.2 na poziomie co najmniej 40Gbps. Nieproporcjonalność i nieporównywalność klasy urządzeń, którą wprowadził Zamawiający (pomimo wyraźnych przeciwnych wskazań Izby) jest wyraźna i rażąca. Zwiększona istotnie wydajność urządzeń wyższej klasy, której zaoferowania od wykonawcy oferującego produkty Palo Alto żąda Zamawiający, pociąga za sobą również istotny wzrost ceny takich urządzeń, powodując całkowity brak możliwości realnego konkutowania z preferowanymi przez Zamawiającego produktami, czego Zamawiający powinien posiadać świadomość.

Podkreślenia wymaga, że przedmiotem dostawy są kosztowne dodatkowe mechanizmy bezpieczeństwa dla urządzeń firewall. To te tryby pracy powinny być zatem najistotniejsze i wyznaczać poziom porównywania urządzeń, tym bardziej, iż powszechne dobre praktyki wymagają pracy z wykorzystaniem mechanizmów bezpieczeństwa, a nie w trybie „stanowym”, tj. takim, w którym żaden z nich nie jest włączony. Zgodnie z OPZ: „Przedmiotem zamówienia jest dostarczenie, wdrożenie nowoczesnej platformy zabezpieczeń sieciowych NGFW (ANTP) wraz suportem i gwarancją na okres 36 miesięcy, dostarczenie oraz wdrożenie nowoczesnego systemu ochrony przed atakami DDoS wraz z suportem i gwarancją na okres 12 miesięcy.”

Zamawiający, dążąc do omińnięcia nakazu zawartego w wyroku KIO 2770/22, dopiero po jego wydaniu, dodał do opisu przedmiotu zamówienia, takie postanowienia, które umożliwiłyby mu wymaganie pracy firewalla we wskazanym trybie „bez mechanizmów zabezpieczeń”, usuwając te okoliczności, których nie był w stanie wykazać na etapie prowadzonego postępowania odwoławczego. Nie sposób uznać tak dodanych do OPZ – w celu uzasadnienia nieproporcjonalnego i naruszającego zasady uczciwej konkurencji parametru – potrzeb Zamawiającego za obiektywnie uzasadnione i proporcjonalne do eliminacji konkurencji w Postępowaniu, do której prowadzą.

Dodatkowo, wprowadzona zmianą z dnia 15.12.2022 r. do OPZ procedura testów nie uwzględnia weryfikacji parametru wydajności z pkt 5.1.18.1 OPZ. Zgodnie z OPZ:

„5.2.2. Profil testowy jakim należy wykonać test:

5.2.2.1. Test musi być wykonywany z przepustowością minimum 7 Gbps

5.2.2.2. Test musi być wykonywany z ilością nowych sesji na sekundę w ilości minimum 6000

5.2.2.4. Całość ruchu musi podlegać deszyfracji, z włączonymi jednocześnie wszystkimi profilami ochrony dla powyższego profilu ruchu uwzględniając: 5.2.2.4.1. Funkcjonalność ochrony AV oraz ochrony przed Malware opisaną w pkt

5.1.24 OPZ 5.2.2.4.2. Funkcjonalność Anty-Bot opisaną w pkt 5.1.25 OPZ

5.2.2.4.3. Funkcjonalność ochrony IPS przed atakami opisaną w pkt 5.1.26 OPZ

5.2.2.4.4. Funkcjonalność kontroli aplikacji opisaną w pkt 5.1.27 OPZ

5.2.2.4.5. Funkcjonalność ochrony i filtracji WWW opisaną w pkt 5.1.28 OPZ

5.2.5. Test zostanie uznany za zaliczony jeżeli firewall będzie w stanie obsłużyć 7 Gbps ruchu przy jednoczesnych 6000 nowych sesji na sekundę, a średnie obciążenie procesorów firewalla w trakcie testów nie może być większe niż 80% wydajności. W przypadku kiedy testowane urządzenie posiada dedykowane moduły deszyfrujące lub obliczeniowe to średnie obciążenie tych kart/modułów nie może być większe niż 80%”

Z powyższego wynika, że urządzenia będą testowane w trybie pracy odpowiadającym wymaganiom wydajności określonym w pkt 5.1.18.2 OPZ i jednocześnie potwierdza, że podstawą do użytkowania i późniejszego weryfikacji jakości oferowanego rozwiązania jest praca Firewall z obciążeniem, a parametr 5.1.18.1 nie jest uzasadniony obiektywnymi potrzebami Zamawiającego.

Ponadto, wymaganie OPZ 5.1.18.1 specyfikuje parametr „wydajności w trybie pracy standardowego stanowego firewalla”, który dotyczy Warunków testów nie rekomendowanych przez niezależne wyspecjalizowane w tych technologiach międzynarodowe organizacje.

1. Organizacja IETF (https://en.wikipedia.org/wiki/Internet_Engineering_Task_Force), która jest odpowiedzialna na ustanawianie standardów technologii w sieci Internet tzw. RFC opublikowała dokument w którym wskazuje jak należy obecnie specyfikować i mierzyć wydajność Firewall, dokument jest modyfikacją RFC-3511 “Benchmarking Methodology for Network Security Device Performance draft-ietf-bmwg-ngfw-performance-15”. Dokument m.in. wskazuje rekomendowane mechanizmy przy jakich ma być oceniana wydajność urządzeń typu NGFW i wymienia jako rekomendowane m.in. : TLS Inspection, IDS/IPS, Anti-Spyware, Anti-Virus, Anti-Botnet, Anti-Evasion, który to zestaw mechanizmów odnosi się do wymagań Zamawiającego w pkt. 5.1.18.2 i 5.1.18.3. W/w mechanizmy wykluczają ocenę Firewall pod kątem parametru zdefiniowanego w pkt 5.1.18.1 OPZ.

2. Dodatkowy przykład, w którym warunki testów w kwestionowanym trybie pracy nie są rekomendowane jako, że nie uwzględnia on rzeczywistego obrazu środowiska produkcyjnego, to dokument: „Guidelines on Firewalls and Firewall Policy” NIST (https://pl.wikipedia.org/wiki/National_Institute_of_Standards_and_Technology), która wskazuje, że: „Twórz zestawy reguł, które wdrażają politykę zapory sieciowej organizacji, jednocześnie wspierając wydajność zapory.

Zestawy reguł zapory powinny być jak najbardziej szczegółowe w odniesieniu do kontrolowanego przez nie ruchu sieciowego. Aby utworzyć zestaw reguł, należy określić, jakie typy ruchu są wymagane, w tym protokoły, których może potrzebować zaporę do celów zarządzania. Szczegóły tworzenia zestawów reguł różnią się znacznie w zależności od typu zapory i konkretnych produktów, ale wiele zapór można poprawić poprzez optymalizację zestawów reguł zapory. Na przykład niektóre zapory sprawdzają ruch pod kątem reguł w sposób sekwencyjny, aż do znalezienia dopasowania; w przypadku tych zapór reguły, które

mają największą szansę na dopasowanie wzorców ruchu, powinny być umieszczane na górze listy, o ile to możliwe.”

Opisane wyżej wymagania ogranicza konkurencję w sposób rażący i nieproporcjonalny do potrzeb Zamawiającego. Wobec powyższego, konieczne i niezbędne jest dokonanie modyfikacji treści dokumentów zamówienia, która zapewni zgodność prowadzonego postępowania z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, biorąc pod uwagę krąg możliwych wykonawców wyznaczony przez Zamawiającego w ramach Postępowania. Obecnie sformułowane wymagania w zakresie sposobu realizacji zamówienia uniemożliwiają złożenie przez Odwołującego oferty na konkurencyjnych warunkach.

Przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Evercom P. N. ul. Codzienna 8C 03-668 Warszawa

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o odrzucenie odwołania w całości, względnie o oddalenie odwołania.

Wniosek o odrzucenie oparł na art. 528 pkt 3 i 5 ustawy pzp z uwagi na fakt, że odwołanie dotyczy czynności, które zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Krajowej izby Odwoławczej z dnia 7 listopada 2022 r. sygn. akt KIO 2770/22, podczas gdy odwołujący, mimo takiej możliwości (a wręcz zasadności) nie wnosił w treści odwołania z dnia 20.10.2022 r., jaka treść wymogu pkt 5.1.18.1 OPZ będzie zapewniała jego zdaniem przebieg postępowania bez uprzywilejowania jednego z wykonawców, jak również nie uzasadnił takiej żądanej treści wymogu pkt 5.1.18.1 opz, przez co zarzuty i wnioski aktualnie złożonego odwołania powinny zostać podniesione w terminie przewidzianym dla kwestionowania pierwotnej treści dokumentacji postępowania oraz w zakresie pierwotnej treści dokumentacji tj. w terminie 10 dni od dnia 10 października 2022 r., kiedy miało miejsce udostępnienie pierwotnej treści Załącznika Opis Przedmiotu Zamówienia i podlegał udostępnieniu wykonawcom na ich wniosek i po uprzednim podpisaniu zobowiązania do zachowania poufności, aa w konsekwencji należy uznać zarzuty i wnioski odwołania za spóźnione.

W odwołaniu z dnia 20.10.2022 r. odwołujący zarzucił naruszenie art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 pzp przez wadliwy opis przedmiotu zamówienia, w tym w sposób niejednoznaczny i nieproporcjonalny oraz preferujący rozwiązanie tylko jednego producenta z parametrami wydajnościowymi urządzenia Firewall, w szczególności w pkt 5.1.18.1 opz wymagający zapewnienia przez urządzenia parametru wydajnościowego: „Obsługa ruchu w trybie standardowego stanowego firewalla a poziomie o najmniej 200 Gbps.

W wyroku z 7 listopada 2022 r. sygn. akt KIO 2770/22 Izba orzekła, że „Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji pkt 5.1.7 i 5.1.18.1 Tomu III Opis przedmiotu zamówienia w sposób usuwający uprzywilejowanie jednego z wykonawców

wskazanych a pkt 5 zdanie 3 tomu III OPZ naruszające art. 99 ustawy, w pozostałym zakresie umarza postępowanie.

Wykonując postanowienia wyroku zamawiający dokonał zmian postanowień SWZ (cytat /.../ objęte tajemnicą przedsiębiorstwa). W kolejnym odwołaniu wykonawca kwestionuje zapis, który mocą orzeczenia został zmodyfikowany w sposób odejmujący zapisowi przymiot uprzywilejowania jedyne go producenta lub dostawcy.

Uzasadnienie postanowienia

Sygn. akt KIO 3453/22 oraz KIO 3493/22

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej podziela stanowisko wraz z argumentacją zamawiającego, iż zachodzą przesłanki:

1/ odrzucenia odwołania wniesionego przez Apex.IT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 528 pkt 3, 528 pkt 4 oraz 528 pkt 5 ustawy pzp, jako że zarzuty odwołania dotyczą tych samych okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia Izby w wyroku sygn. akt KIO 2708/22 z dnia 7 listopada 2022 r. w punkcie 3 sentencji tego orzeczenia;

2/ odrzucenia odwołania wniesionego przez Apex.IT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 528 pkt 3, i art. 528 pkt 5 ustawy pzp, jako że odwołanie dotyczy czynności wykonanych przez zamawiającego zgodnie z treścią wyroku Izby tj. będących przedmiotem rozstrzygnięcia Izby w wyroku sygn. akt KIO 2770/22 z dnia 7 listopada 2022 r. w punkcie 1 sentencji tego orzeczenia.

Mając na uwadze przedstawioną argumentację oraz stan faktyczny wynikający z dokumentacji niniejszej sprawy, jak również obowiązujące przepisy, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 575 ustawy pzp oraz § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: