

Sygn. akt:KIO 2261/18

WYROK
z dnia 20 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Ewa Kisiel

Monika Kawa-Ogorzałek

Ernest Klauziński

Protokolant:Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 listopada 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2018 r. przez wykonawcę **EXATEL S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Perkuna 47** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Centrum Systemów Informatycznych Ochrony Zdrowia z siedzibą w Warszawie przy ul. Stanisława Duboisa 5A;**

przy udziale wykonawcy **S&T Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Postępu 21D** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **EXATEL S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Perkuna 47** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **EXATEL S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Perkuna 47** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 2261/18

UZASADNIENIE

Centrum Systemów Informatycznych Ochrony Zdrowia z siedzibą w Warszawie przy ul. Stanisława Duboisa 5A (dalej: „Zamawiający” lub „CSIOZ”), na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) - zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie

o udzielenie zamówienia na „Rozbudowę posiadanego przez Zamawiającego systemu zapór ogniowych i systemu równoważników obciążeń oraz oprogramowania do zarządzania Urządzeniami”.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 4 września 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 169-384363

W dniu 23 października 2018 r. drogą elektroniczną Zamawiający poinformował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, w tym wykonawcę EXATEL S.A.

z siedzibą w Warszawie przy ul. Perkuna 47 (dalej: „Odwołujący lub „EXATEL”) o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W dniu 2 listopada 2018 r. wykonawca EXATELwniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec

niezgodnych z przepisami prawa czynności i zaniechań Zamawiającego, tj.:

- 1.czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;
- 2.zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp;
- 3.zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę S&T Poland Sp. z o.o.

z siedzibą w Warszawie przy ul. Postępu 21D (dalej: „S&T” lub „Przystępujący”), pomimo faktu, że treść tej oferty nie jest zgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ” lub „specyfikacja”), tj. pkt II ppkt 1 tabela 1 pkt. 28 i 29 Załącznik nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” (dalej: „OPZ”) oraz pkt I ppkt 2 tabela 2 pkt 28 i 29 Załącznik nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” - w tym naruszenie art. 7 Pzp w zakresie zasady równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania w całości przez nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- badania i oceny ofert;
- uwzględnienia w badaniu ofert, informacji pozyskanych w niniejszym postępowaniu odwoławczym, jako element wyjaśnienia treści oferty Odwołującego;
- odrzucenia oferty złożonej przez S&T.

W uzasadnieniu odwołania wykonawca EXATEL wyjaśniał, że:

I.Urządzenia CHECKPOINT 23900 SECURITY GATEWAY spełniają wszystkie postanowienia OPZ szczególności pkt 3 oraz pkt 10 OPZ

A.Możliwość wykreowania min. 10 oddzielnych wirtualnych systemów

Odwołujący nie zgadzał się z Zamawiającym, że zaoferowane przez niego rozwiązanie nie spełnia wymagań Zamawiającego, opisanych w pkt 3 OPZ. Twierdził, że Zamawiający wymagał wskazania wyłącznie numeru urządzenia (Part number), co dokładnie uczynił Odwołujący w przedłożonej ofercie. Wobec tego jego zdaniem nie można więc czynić zarzutu kierowanego do oferty Odwołującego, jakoby była niezgodna z SIWZ. Odwołujący wskazał, że urządzenie, którego dotyczy zarzut uwzględnia szczegółowa specyfikację wymagana w SIWZ, w tym oczywiście możliwość wykreowania przynajmniej 10 oddzielnych wirtualnych systemów. Zdaniem wykonawcy EXATEL zarzut, dotyczący jego oferty wynika nie z faktycznego braku zaoferowania poprawnego (spełniającego wymogi OPZ) urządzenia, ale właśnie z zaniechania Zamawiającego w zakresie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień. W jego ocenie Zamawiający, z uszczerbkiem dla rzetelności postępowania, powołał się na wybiórcze informacje ze strony internetowej, nie zauważając, że po pierwsze powołuje się na konfigurację podstawową (Base Configuration), a po wtóre, że na tej samej stronie widnieje wyraźna informacja, iż do bazowej konfiguracji możliwe jest dodanie pakietu wirtualnego systemu (Virtual System packages).

Odwołujący twierdził, że pakiet wymaganych przez Zamawiającego 10 wirtualnych systemów został ujęty w ofercie Odwołującego właśnie w użyтым sformułowaniu:

„z uwzględnieniem szczegółowej specyfikacji wymaganej w SIWZ”. W opinii Odwołującego dokumentacja postępowania nie wskazywała na oczekiwanie Zamawiającego odnośnie do podania numeru licencji lub tego typu podobnych informacji, a Odwołujący w najdoskonalszy

w swoim wyobrażeniu sposób, przedstawił stosowną informację w swojej ofercie. Odwołujący twierdził, że zarezerwował u producenta stosowne licencje rozszerzające bazowe rozwiązanie, do rozwiązania wymaganego przez Zamawiającego i gdyby Zamawiający wystąpił do Odwołującego z żądaniem wyjaśnień, z pewnością taką odpowiedź by właśnie uzyskał.

Wykonawca EXATEL podkreślał, że Zamawiający nie wymagał podania dodatkowych informacji na temat urządzenia, poza wskazaniem jego numeru. Wobec tego w przedmiotowym zakresie nie można więc czynić zarzutu kierowanego do oferty Odwołującego, jakoby była niezgodna z SIWZ, w szczególności z uwagi na brak ujęcia w dokumentacji postępowania oczekiwania, które Zamawiający kreuje na etapie badania ofert. Istotnym jest, że zastosowanie konfiguracji urządzenia innej niż podstawowa, zindywidualizowanej do wymagań, nie wpływa w żaden sposób na numer urządzenia (Part number). Urządzenie z inną niż bazowa konfiguracja wciąż posiada taki sam Part number. Do urządzenia dodawane są wyłącznie licencje, które zostały ujęte i wycenione w ofercie EXATEL. Zdaniem Odwołującego również powyższa okoliczność nie umożliwia więc wyprowadzenia wniosku, jakoby oferta Odwołującego była niezgodna z SIWZ.

Odwołujący wyjaśniał, że dokumentacja postępowania nie wskazywała, aby obok numeru urządzenia wykonawcy byli zobowiązani podawać numery licencji lub tego typu, podobne informacje. Wykonawca miał obowiązek przedstawić wyłącznie numer urządzenia (Part number). Odwołujący twierdził, że uczynił zadość temu wymaganiu. Tym samym, nie można czynić zarzutu kierowanego do oferty Odwołującego, jakoby była niezgodna z SIWZ.

W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że przedstawione powyżej informacje jednoznacznie wykazują, iż Odwołujący

poczynił wszelkie starania, aby z jednej strony złożyć ofertę literalnie zgodną z oczekiwaniami Zamawiającego (wskazanie numeru urządzenia), a z drugiej, aby oferta była zgodna z technicznymi wymogami określonymi w OPZ tj. urządzenie o określonym numerze z uwzględnieniem szczegółowej specyfikacji wymaganej w SIWZ, w tym z 10 wirtualnymi systemami.

Odwołujący podnosił również, że jego oferta została odrzucona na podstawie niejednokrotnie nieaktualnych, niekompletnych informacji (w tym na tajwańskiej stronie www.arecnetworks.com.tw), a z drugiej strony, nie został zauważony oczywisty błąd w ofercie S&T, która obecnie plasuje się na pierwszym miejscu.

W pozycjach 1,2 oraz 4 Formularza ofertowego wykonawca S&T wskazał numery seryjne, które nie potwierdzają spełnienia parametrów OPZ. Wykonawca określił bowiem jako numer seryjny ww. urządzeń numer, zawierający litery DD.

Odwołujący podkreślał, że w cenniku FortiGate numer seryjny urządzenia zawiera informację na temat ilości miesięcy trwania licencji (tj. 12, 24, 36, 48, 60) na jakie udzielono licencji.

W konsekwencji należy uznać, że nie istnieje taki Part number jak:

FG-6310F-BDL-900-DD, ponieważ w miejscu DD powinna widnieć odpowiednia ilość miesięcy trwania licencji, tj. np. wymagane przez Zamawiającego 36 miesięcy. Zdaniem EXATEL w takim przypadku, aby była zgodność z wymogami OPZ, numer urządzenia powinien wyglądać następująco: FG-6301F-BDL-900-36. Zdaniem EXATEL należy uznać, że S&T zaoferowało urządzenie bez wymaganych 36 miesięcznej serwisów, licencji, gwarancji oraz wsparcia.

W ocenie Odwołującego taka wadliwość pojawia się jak wspomniano powyżej również

w pozycjach 2 i 4 Formularza Ofertowego jednak pomimo czterokrotnego jej wystąpienia, Zamawiający nie odrzucił oferty Przystępującego, a ww. wadliwości oferty na obecnym etapie postępowania nie można konwalidować. Odwołujący stwierdził, że jego oferta zawiera numer urządzenia i dodatkowo określa, że urządzenie uwzględnia szczegółową specyfikę wymaganą przez Zamawiającego, w szczególności 10 wirtualnych systemów.

B. Wydajność skanowania ruchu Enterprise Mix na poziomie 20 Gbps

W opinii Odwołującego w zakresie omawianej kwestii należy określić trzy kluczowe elementy, których wadliwa interpretacja lub nieściśła definicja, wpłynęły na błędną konkluzję dotyczącą niespełnienia przez Odwołującego wymagań SIWZ, tj.:

1. błędna interpretacja pojęcia „Ideal Testing Conditions” określona w dokumentacji technicznej producenta, firmy Check Point;
2. brak definicji pojęcia „Enterprise Mix”, użytej przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej;
3. brak określenia szczegółowych parametrów, dla których wymagany był parametr wydajnościowy urządzenia.

Ad 1.

Zdaniem Odwołującego profil testowy „Ideal Testing Conditions” dotyczy środowiska zbliżonego do rzeczywistego, jednak nie było to wymagane w dokumentacji przetargowej.

Ad 2.

Odwołujący twierdził, że Zamawiający przy opisie wymagania w pkt 10 OPZ użył określenia „Enterprise Mix”. Pojęcie to nie jest w żaden sposób określone w ogólnie przyjętym nazewnictwie branżowym lub istniejących standardach i stanowi jedynie pewną nazwę własną stosowaną przez innego producenta. Być może nazwa „Enterprise Mix” użyta przez Zamawiającego została błędnie przez niego zinterpretowana jako nazwa własna

z jednoznacznie określoną definicją. Pojęcie „Enterprise Mix”, które nie jest w żaden sposób zdefiniowane w ogólnie przyjętym nazewnictwie teleinformatycznym lub istniejących standardach, nie może stanowić określenia, które ma przypisaną jednoznaczną definicję zrozumiałą w środowisku branżowym. Pojęcie to jest jedynie nazwą własną (analogicznie jak nazwa „Ideal Testing Conditions” stosowana przez firmę Check Point), a jego definicja jest znana jedynie firmie, która z tego pojęcia korzysta. Z kontekstu zapisu w dokumentacji przetargowej wywnioskować można interpretację znaczenia tego sformułowania (co wynika), jako pewien profil ruchowy (szczegółowe parametry nie są jednak znane), według którego zostały przeprowadzone testy wydajnościowe urządzenia przy określonych i uruchomionych funkcjach ochronnych i w środowisku zbliżonym do rzeczywistego. Taka też interpretacja została przyjęta przez Odwołującego, a jej trafność została również potwierdzona przez Zamawiającego w piśmie dotyczącym odrzucenia oferty Odwołującego.

Zgodnie z powyższą informacją podawaną na stronie producenta, wydajność urządzenia dla włączonej kontroli zawartości w teście Enterprise MIX wynosi 13,5 Gbps a nie 20 Gbps jak wymagał Zamawiający. Zamawiający wpisując do swojej specyfikacji parametr o nazwie "Wydajność skanowania ruchu typu Enterprise Mix z włączonymi funkcjami: IPS, Application Control, Antywirus - minimum 20 Gbps", który ma być mierzony dla „Enterprise MIX” (czyli ruchu sieciowego przybliżonego do rzeczywistego modelu, w którym występują różne protokoły internetowe) jednoznacznie

wskazuje, że kontrola zawartości musi bazować na inspekcji IPS

i Antywirus. Wykonawca zapewne założył spełnienie wymagania tego parametru sugerując się testami dla tzw. "Ideal Testing Condition". Natomiast test ten wykonywany jest w warunkach idealnych, które nie mają miejsca w środowisku produkcyjnym. Zdaniem Zamawiającego jest to ruch sieciowy przybliżony do rzeczywistego modelu, w którym występują różne protokoły internetowe. Istotne jest również, że Zamawiający wciąż nie podaje parametrów używanego przez siebie środowiska. W ocenie Odwołującego należy jednak zauważyć, że Zamawiający dokonał ogólnej interpretacji sformułowania „Enterprise Mix” dopiero i jedynie w piśmie dotyczącym odrzucenia oferty Odwołującego, ale interpretacja ta nadal nie posiada kluczowych parametrów pozwalających na dokładne zrozumienie wymaganego znaczenia. W dokumentacji przetargowej, jak również w ramach pytań doprecyzowujących zapisy wymagań przetargowych sformułowanie to nie zostało zdefiniowane. Zdaniem EXATEL Zamawiający nie odnosił się do wniosków wykonawców, lecz poprzestał na stwierdzeniu, że nie dokonuje zmian OPZ Zważywszy na dokonany przez Zamawiającego ostateczny opis przedmiotu zamówienia,

a także na okoliczność, że przedmiot zamówienia nie może w nieuzasadniony sposób faworyzować konkretnych rozwiązań produktowych, jedynym słusznym poglądem

w omawianym zagadnieniu jest przyjęcie ogólnej interpretacji definicji pojęcia „Enterprise Mix”, tak jak to uczynił Odwołujący.

Ad 3.

Odwołujący podnosił, że z uwagi na brak jednoznacznego określenia przez Zamawiającego definicji pojęcia „Enterprise Mix”, co jest kluczowe do rzetelnego określenia parametrów wydajnościowych EXATEL, bazując na własnej wiedzy eksperckiej i wytycznych określonych przez firmę NSS Labs dokonał szczegółowej analizy niezbędnych danych infrastruktury Zamawiającego w celu określenia właściwego profilu ruchowego.

Analiza profilu ruchowego infrastruktury Zamawiającego dokonana została według wytycznych określonych przez NSS Labs na podstawie poniższych dokumentów:

1. [https://www.nsslabs.com/default/assets/example-reports/ngfw/NSS Labs Next Generation Firewall Methodology v8 O.pdf](https://www.nsslabs.com/default/assets/example-reports/ngfw/NSS%20Labs%20Next%20Generation%20Firewall%20Methodology%20v8%20O.pdf) - dla wersji 8 dokumentu

1. [https://www.nsslabs.com/research-advisorv/library/infrastructure-securityv/next-generation-firewall/ngfw“test-methodology-v7-0/ngfw-test-methodology-v7-0/](https://www.nsslabs.com/research-advisorv/library/infrastructure-securityv/next-generation-firewall/ngfw%20test-methodology-v7-0/ngfw-test-methodology-v7-0/) - dla wersji 7 dokumentu.

EXATEL w obszernych - przedstawionych w odwołaniu wywodach - twierdził, że rozwiązanie przez niego zaoferowane spełnia wymagania dotyczące wydajności na poziomie co najmniej 20 Gbps, tak jak było to wymagane w OPZ

II. Ilość jednocześnie obsługiwanych przez urządzenia RADEWARE ALTEON 8420S połączeń dla warstwy 4.

Odwołujący wskazywał, że kolejnym zarzutem kierowanym przez Zamawiającego w stronę oferty złożonej przez Odwołującego jest brak spełnienia warunku technicznego określonego w pkt 60 OPZ zgodnie, z którym Zamawiający wymagał, aby ilość jednocześnie obsługiwanych połączeń dla warstwy 4 wynosiła nie mniej niż 48 000 000 z możliwością rozbudowy do 192 milionów dla całości systemu. W odniesieniu do oferty EXATEL Zamawiający stwierdził, że ilość jednocześnie obsługiwanych połączeń dla warstwy 4 wynosi 76 mln., zamiast wymaganego 192 mln.

Odwołujący nie zgadzał się z tym stanowiskiem stwierdzając, że oferowane przez niego urządzenie wypełnia parametry określone przez Zamawiającego w OPZ, gdyż ilość jednocześnie obsługiwanych połączeń dla warstwy 4 wynosi ponad 192 mln.

III. Obowiązek Zamawiającego do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień.

W ocenie Odwołującego, w okolicznościach sprawy, w szczególności w przypadku przychylenia powstających u Zamawiającego wątpliwości powinien był on wezwać wykonawcę EXATEL do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty. Odwołujący twierdził, że Zamawiający może odrzucić ofertę wykonawcy na podstawie art 89 ust 1 pkt 2 Pzp jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom. W tym kontekście Odwołujący podkreślał, że Zamawiający nie zwrócił się do Odwołującego z jakimkolwiek wezwaniem do złożenia wyjaśnień dotyczących oferty podczas, gdy w przypadku powzięcia przez Zamawiającego uzasadnionych wątpliwości co do poprawności zaoferowania przedmiotu zamówienia Zamawiający ma prawo, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy, zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie treści złożonej przez niego oferty. Instytucja ta ma na celu wyjaśnianie treści ofert, a także eliminowanie ewentualnych niejasności tudzież sprzeczności. Zdaniem wykonawcy EXATEL Zamawiający powinien był wyjaśnić treść oferty Odwołującego a nie dokonując tej czynności dopuścić się naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp.

IV.Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy S&T

Odwołujący podtrzymywał zarzut zaniechania oferty wykonawcy S&T. Szczegółowa argumentacja została przez wykonawcę EXATEL przedstawiona w pkt I.A i opierała się na tym, że oferta złożona przez tego wykonawcę charakteryzuje się niepoprawnością numeru urządzenia, z której wynika brak określenia okresu, na jakie urządzenie posiada serwisy, licencje, gwarancje oraz wsparcie. W związku tym Odwołujący twierdził, że Zamawiający powinien odrzucić ofertę Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako niezgodną z SIWZ.

W toku niejawnego posiedzenia Izby w dniu 16 listopada 2018 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w której wnosil o oddalenie odwołania w całości jako całkowicie bezzasadnego. W uzasadnieniu pisma podano m. in., że:

I.Zarzut nr 1 i 2

Zamawiający stwierdził, że nie ma najmniejszych wątpliwości, czemu zresztą nie zaprzecza sam Odwołujący, że urządzenia Check Point 23900 Security Gateway zaoferowane przez EXATEL nie umożliwiają wykreowania 10 oddzielnych wirtualnych systemów, a dopuszcza jedynie wykreowanie 5 ww. systemów. Zdaniem CSIOZ powyższe wynika z faktu, że Odwołujący zaoferował urządzenie bazowe, co do którego być może jest możliwość rozbudowania i dostosowania do wymagań Zamawiającego, jednak możliwość wykreowania w zaoferowanych przez EXATEL urządzeniach wymaganych przez Zamawiającego 10 wirtualnych systemów (o ile jest to w ogóle możliwe) jednak powodowałyby to konieczność uzupełnienia oferty o niezbędne oprogramowanie. Aby ofertę można było uznać za zgodną

z SIWZ, Odwołujący musiałby ją uzupełnić i wskazać ang. „Part number” oprogramowania, które rozbudowywałyby zaproponowane urządzenie bazowe w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego. Zamawiający wyjaśniał, że w Formularzu ofertowym wymagał, oprócz wskazania nazwy urządzenia oraz numeru urządzenia, również Part number, celowo posługując się nazwą anglojęzyczną, gdyż ten parametr dotyczy nie tylko sprzętu, ale, co powszechnie wiadomo w branży IT, również produktów o charakterze oprogramowania. Tym samym, dodanie przez Odwołującego określenia „uwzględnia szczegółową specyfikację wymaganą w SIWZ, zamiast wskazanie Part numberów konkretnego oprogramowania, czyli de facto określenie o jakie oprogramowanie zostanie rozbudowane urządzenie aby spełniało wymagania SIWZ, powoduje niezgodność oferowanego urządzenia z SIWZ, gdyż nie sposób zweryfikować czy rzeczywiście spełnia określone tam wymagania. Zamawiający zwracał uwagę, że konieczność wskazania konkretnego oprogramowania, które zostanie uwzględnione w przypadku, gdy oferowane przez wykonawcę urządzenie jest urządzeniem podstawowym i nie spełnia wymagań Zamawiającego, jest w pełni zrozumiałe dla Odwołującego w zakresie oferty dotyczącej równoważników obciążeń. Zamawiający twierdził, że w przywołanej części oferty dotyczącej równoważników obciążeń Odwołujący wskazał, oprócz Part numberu urządzenia, również Part number oprogramowania, które rozbudowuje oferowane urządzenie do parametrów powodujących jego zgodność z SIWZ.

Zdaniem Zamawiającego niezgodność Check Point 23900 Security Gateway z wymaganiami SIWZ mogłaby zostać usunięta jedynie poprzez uzupełnienie oferty przez Odwołującego o oprogramowanie, poprzez wskazanie jego Part numberu, dostosowującego urządzenie do wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ, a nie poprzez dokonanie wyjaśnień. Zamawiający podnosił, że wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 Pzp mogą służyć wyłącznie rozwianiu wątpliwości co do tego, co już w ofercie zostało przedstawione, przepis ten natomiast wprost zabrania uznawania takich wyjaśnień, które prowadzą do dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty.

Zdaniem Zamawiającego nie budzi żadnych wątpliwości, że oprogramowanie dotyczące urządzeń Check Point 23900 Security Gateway nie zostało w ofercie przedstawione, a co za tym idzie, Zamawiający uważał, że nie był uprawniony do skorzystania z instytucji żądania od Odwołującego wyjaśnień przewidzianej w art. 87 ust. 1 Pzp, gdyż działanie takie prowadziłoby do uzupełnienia oferty, a nie wyjaśnienia jej treści. Wobec tego zdaniem Zamawiającego w tej sprawie nie był on uprawniony do skorzystania z art. 87 ust. 1 Pzp.

2.Skanowanie ruchu typu Enterprise Mix na poziomie 20 Gbps.

Zdaniem Zamawiającego dokumentacja producenta urządzeń oferowanych przez odwołującego potwierdza, że „Enterprise Mix” i „Ideal Testing Conditions” to dwa odrębne pojęcia i testy w warunkach idealnych nie odzwierciedlają warunków jakie panują w środowisku rzeczywistym. W pierwszym akapicie wyżej przywołanej informacji producent urządzeń Check Point wskazuje, iż: "Gdy sprawdzamy szczegóły testów wydajnościowych często widzimy, że specyfikacje techniczne vendorów wskazują, że pojemność i wydajność została zmierzona w idealnych warunkach testowych. Decyzje dotyczące skalowania i pojemności nie mogą opierać się na tych informacjach. 1...1."

Zamawiający twierdził, że producent urządzeń jednoznacznie określa, iż idealne warunki testowe nie mogą i nie odzwierciedlają warunków środowiska rzeczywistego, a tym samym wymagania dotyczące skalowania i pojemności jakie Zamawiający określił w SIWZ nie mogą być potwierdzone przez wykonawców bazując na testach

przeprowadzonych w warunkach idealnych. W jego ocenie niezrozumiałe zatem jest twierdzenie Odwołującego, iż „Ideal Testing Conditions” odpowiada Enterprise Mix w zderzeniu z faktem, iż sam Odwołujący podnosił w odwołaniu, że jego zdaniem Enterprise Mix to szczegółowy profil ruchowy według, którego zostały przeprowadzone testy wydajnościowe urządzenia przy uruchomionych i określonych funkcjach ochronnych w środowisku zbliżonym do rzeczywistego, a nie w środowisku idealnym. Zamawiający podnosił, że nietrafione jest również oczekiwanie podania przez Zamawiającego szczegółowych parametrów środowiska rzeczywistego na potrzeby wykonania testów zwłaszcza z uwagi na fakt, iż Odwołujący prawidłowo odczytał, że ruch typu Enterprise Mix oznacza ruch zbliżony do rzeczywistego.

Zamawiający zaznaczał, że oceniając oferowane przez Odwołującego urządzenia opierał się na dokumentacji udostępnionej przez producenta tych urządzeń na dzień badania wszystkich ofert, złożonych przez wykonawców w postępowaniu, a nie np. na nieautoryzowanych testach, wykonywanych przez Zamawiającego lub inne podmioty, specjalnie na potrzeby dokonania oceny ofert. Zdaniem CSIOZ nie sposób założyć, że producent urządzeń zaniżałby parametry wydajnościowe swoich produktów. Działanie takie byłoby nielogiczne i stanowiło absolutny ewenement z punktu widzenia handlowego, wiarygodności oraz wizerunku producenta.

Zamawiający wyjaśniał także, iż na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy nie wskazywali na brak zrozumienia pojęcia Enterprise Mix. Przytoczone przez Odwołującego pytania zadawane przez wykonawców na etapie postępowania nie dotyczyły definicji ww. pojęcia. Zamawiający twierdził, że z pytań tych i udzielonych odpowiedzi jednoznacznie wynika, że wykonawcy zadawali jedynie pytania dotyczące wymaganej wydajności urządzeń i wnosili o przyjęcie jednej wartości tejże wydajności dla ruchu Enterprise Mix. Nie zadawano pytań ani wniosków o wyjaśnienie pojęcia ruchu typu Enterprise Mix. W ocenie Zamawiającego powyższe oznacza, że zarówno Odwołujący jak i pozostali wykonawcy nie posiadali wątpliwości co oznacza ruch typu Enterprise Mix. Niezależnie od powyższego, fakt ten potwierdza samo odwołanie Odwołującego chociażby poprzez wskazanie, że jest to typowe określenie na ruch rzeczywisty przez producenta Fortigate, czy też przytaczając definicje z dokumentów firmy NSS Labs. Zamawiający podnosił, że na etapie postępowania Odwołujący nie zadał żadnego pytania do prowadzonego postępowania, w tym w zakresie ewentualnych wątpliwości co do stosowanego pojęcia Enterprise Mix, co jego zdaniem jednoznacznie wskazuje na brak wątpliwości Odwołującego co do wymagań stawianych przez Zamawiającego.

CSIOZ wyjaśniało, że pojęcie Enterprise Mix jest powszechnie używane w postępowaniach o udzielenia zamówienia publicznego na podobne urządzenia podając w piśmie liczne przykładowe postępowania.

Zamawiający twierdził, że zmiana taka (ruchu mieszanego na HTTP) byłaby istotną zmianą parametrów określonych w SIWZ i skutkowałaby możliwością zaoferowania przez pozostałych wykonawców innych, tańszych modeli urządzeń, gdyż sam ruch HTTP stanowi znacznie łatwiejszy do osiągnięcia parametr niż ruch mieszany, a to w sposób znaczący wpływa na cenę urządzeń. Parametr wydajnościowy ma niebagatelne znaczenie dla Zamawiającego. Podsumowując Zamawiający stwierdził, że zaoferowane przez Odwołującego urządzenia nie spełniają wymagań wydajnościowych określonych w SIWZ.

3. Zarzut ilości jednocześnie obsługiwanych połączeń dla warstwy 4 przez urządzenia RADWARE ALTEON 8420S

Zamawiający wskazał, że uwzględnia argumentację Odwołującego w zakresie dotyczącym omyłkowego uznania przez Zamawiającego, że oferowane urządzenia Radware Alteon 8420S nie spełniają wymagania punktu 60 OPZ, tj. nie zapewniają wymaganej ilości obsługiwanych połączeń dla warstwy 4.

4. Zarzut nr 3 dotyczący niezgodność oferty wykonawcy S&T z wymaganiami SIWZ

Zamawiający odnosząc się do twierdzenia Odwołującego dotyczącego niezgodności oferty spółki S&T z wymaganiami SIWZ stwierdził, iż wymagał w Formularzu ofertowym podania numerów urządzeń w celu możliwości weryfikacji technicznej zaoferowanego urządzenia z wymaganiami opisanymi w SIWZ. Zdaniem Zamawiającego Part number'y podane w ofercie spółki S&T są prawidłowe, gdyż precyzyjnie określają model zaoferowanego urządzenia i umożliwiają jego dokładną, jednoznaczną weryfikację z wymaganiami określonymi w SIWZ. Człon dotyczący okresu gwarancji w tym przypadku mógłby być pominięty. Analogiczny sposób oceny oferty Zamawiający przyjął w przypadku Odwołującego, który również nie wskazał Part numberu wskazującego na długość gwarancji, a takie określenie podaje producent urządzeń zaoferowanych przez Odwołującego poprzez dodanie odpowiedniego symbolu (3Y). Niżej zrzut ze strony producenta urządzeń oferowanych przez Odwołującego, gdzie symbol 3Y odnosi się do warunków gwarancji.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, dowody oraz stanowiska i oświadczenia Stron oraz Przystępującego, złożone w pismach

procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

W toku rozprawy zostały złożone następujące dowody:

1. Ofertę firmy Check Point w językowej wersji angielskiej, w której w kolumnie „Description” podano: „10 Virtual Systems package” i przyporządkowano „SKU” – „CPSB-VS10”;
2. Kartę katalogową urządzenia Check Point 23900 Security Gateway w wersji z dnia 29 października 2018 r., w której podano: następujące wartości: Base Configuration¹ oraz HPP Configuration¹, gdzie oznaczenie „1” to 2 i 3 letnie licencje oraz licencje na wirtualne systemy dostępne w katalogu”;
3. Wydruk ze strony internetowej firmy Check Point dla urządzenia R80.20 w wersji angielskiej wraz z tłumaczeniem na język polski;
4. Ofertę firmy Check Point w angielskiej wersji językowej, w której wskazano dane dla urządzenia, które nie posiada wirtualnych systemów;
5. Korespondencję e-mail z firmą Arrow ECS sp. z o.o. z dnia 14 listopada 2018 r., która jest dystrybutorem urządzeń Fortinet, zaofiarowanych przez S&T;
6. Wydruk e-maila z 13 listopada 2018 r., wysłanego przez pana Dominika Wolonego pod adres: wraz tłumaczeniem jego treści na język polski;
7. Wydruk pliku tekstowego w języku angielskim wraz z tłumaczeniem na język polski, który stanowią dokumentację z przeprowadzonych w dniu 15 listopada 2018 r., testów wydajności dla urządzenia Check Point Security Gateway 23900 – NGTP (R80.20);
8. Wydruk ze strony internetowej zawierający dokumentację umożliwiającą przekazywanie danych firmy Check Point - w wersji anglojęzycznej wraz z tłumaczeniem na język polski;
9. Kartę katalogową urządzenia Check Point 23900 Security Gateway w wersji z dnia 12 listopada 2018 r., w której podano: Ideal Test Conditions: 22,7 Gbps of Threat Prevention² oraz Enterprise Testing Conditions 14,6 Gbps of Threat Prevention², gdzie oznaczenie „2” oznacza - Includes Firewall, Application Control, URL Filtering, IPS, Antivirus, Anti-Bot and SandBlast Zero-Day Protection with R80.20.

Analiza zarzutów podniesionych w treści odwołania doprowadziła skład orzekający Izby do przekonania, że zarzuty odwołania w części potwierdziły się.

I. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada treści z treścią specyfikacji oraz zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 Pzp

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść jest nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Według art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Zamawiający poprawia w ofercie omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Osią sporu w niniejszej sprawie jest rozstrzygnięcie kwestii, związanej z tym, czy treść oferty wykonawcy EXATEL odpowiada treści specyfikacji, a jeśli nie, czy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

1. Możliwość wykreowania min. 10 oddzielnych wirtualnych systemów

W rozpoznawanym zakresie Izba stanęła na stanowisku, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ a tym samym oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Z ustaleń poczynionych przez Izbę wynika, że Zamawiający pkt 3 OPZ wymagał, aby urządzenie zapewniało możliwość budowy minimum 10 oddzielnych (fizycznych lub logicznych) instancji systemów w zakresie: Routingu, Firewall'a, IPSec VPN, Antywirus, IPS. Powinna istnieć możliwość dedykowania co najmniej 8 administratorów dc poszczególnych instancji systemu.

W specyfikacji w Formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ Zamawiający wymagał od wykonawców, składających ofertę podania w odrębnej kolumnie tabeli następujących danych „Nr seryjny urządzenia”. Następnie modyfikacją specyfikacji Zamawiający zmienił zakres danych do których podania zobowiązaniu byli

wykonawcy, tj. „Nazwa urządzenia, Nr urządzenia (Part numer)”.

Wykonawca EXATEL w złożonej ofercie w wierszu pierwszym tabeli w zakresie „Centralne zapory ogniowe” w kolumnie „Nazwa urządzenia, Nr urządzenia (Part numer)” podał: „23900 Next Generation Threat Prevention Appliance Solution 3 YR (PN: CPAP-SG23900-NGTP z uwzględnieniem szczegółowej specyfikacji wymaganej w SIWZ (PN: CPAC-TR-10SR-B).

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a jako uzasadnienie odrzucenia oferty EXATEL wskazał, że jako centralne zapory zostały zaoferowane urządzenia Checkpoint 23900 SECURITY GATEWAY, w szczególności urządzenie o numerze (Part number) CPAP-SG23900-NGTP, CPAC-4-10F-B-INSTALL ora: CPAC-TR-10SR-B. Jednocześnie Zamawiający stwierdził, że zgodnie z opisem (pkt 1 tabeli) urządzenie umożliwia wykreowanie 5 wirtualnych systemów, co nie jest to zgodne z wymaganiami Zamawiającego.

Zamawiający w piśmie z dnia 25 października 2018 r. podał, że:

„1. Wykonawca zaoferował jako centralne zapory ogniowe urządzenia Checkpoint 23900 SECURITY GATEWAY.

Podane numery części (part number) to:

- 1.CPAP-SG23900-NGTP
- 2.CPAC-4-10F-B-1INSTALL
- 3.CPAC-TR-10SR-B

Zgodnie ze specyfikacją producenta oznacza to zaoferowanie (źródło: <https://www.checkpoint.com/downloads/product-related/datasheets/ds-23900-appliance.pdf>):

Lp.	Nazwa	SKU
1.	23900 Next Generation Security Gateway Base Configuration, includes 10x1GbE copper ports, 2 10GbE SFP+ ports + 2 SR transceivers, 48G RAM, 2 HDD, 2 AC Power Units, Lights Out Management(LOM) 5 Virtual Systems Next Generation Threat Prevention (NGTP) Subscription Package for 1 Year	CPAP-SG23900-NGTP
2.	4 Port IOGBase-F SFP+ interface card	CPAC-4-10F-B
3.	SFP+ transceiver module for 10G fiber ports - short range (10GBase-SR)	CPAC-TR-10SR-B

Niezgodności:

1. Zgodnie z OPZ pkt 3 Zamawiający wymagał, aby urządzenie umożliwiało wykreowanie budowy minimum 10 oddzielnych (fizycznych lub logicznych) instancji systemów.

Zgodnie z opisem (pkt 1 tabeli) urządzenie umożliwia wykreowanie 5 wirtualnych systemów - nie jest to zgodne z wymaganiami Zamawiającego”.

Izba wskazuje, iż zgodnie z wymaganiami specyfikacji (załącznika nr 3) wykonawca wszystkie oferowane urządzenia i akcesoria powinien szczegółowo określić, wymienić i opisać przede wszystkim przez ich oznaczenie za pomocą nazwy własnej oraz numeru już na etapie złożonej oferty. To na podstawie tego typu danych możliwa jest i w pełni uzasadniona weryfikacja zgodności rozwiązań technicznych oferowanych i zamawianych. W szczególności, z dowodów przedstawionych przez Odwołującego (w postaci ofert firmy Check Point oraz kart katalogowych) wynika, że urządzenie zaoferowane przez EXATEL w podstawowej konfiguracji umożliwia wykreowanie jedynie 5 wirtualnych systemów, czemu Odwołujący nie przeczył.

Izba nie podziela argumentacji Odwołującego, który twierdził, że w celu wykazania spełnienia wymagań Zamawiającego wystarczającym było podanie w Formularzu ofertowym w zakresie Centralnych zapór ogniowych w kolumnie „Nazwa urządzenia, Nr urządzenia (Part Number)” nazwy urządzenia i odpowiedniego part numer z adnotacją „z uwzględnieniem szczegółowej specyfikacji wymaganej w SIWZ”, która obejmuje dodatkowy pakiet wirtualnego systemu, powodujący spełnienie wymogu Zamawiającego, polegającego na umożliwieniu wykreowania minimum 10 wirtualnych systemów. Zdaniem Odwołującego w omawianej sytuacji

Zamawiający zamiast odrzucać jego ofertę powinien był zwrócić się do EXATEL na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp celem wyjaśnienia jej treści.

Izba stanęła na stanowisku, że wykonawca EXATEL powinien był już w złożonej ofercie, w treści Formularza ofertowego podać wszelkie informacje, które były niezbędne Zamawiającemu do weryfikacji spełnienia jego wymagania opisanego w pkt 3 OPZ. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że Zamawiający treścią SIWZ zobowiązał wykonawców do umieszczenia konkretnych informacji w zakresie oferowanych produktów w ściśle określonym miejscu (załącznik nr 3 do SIWZ). Takie ukształtowanie specyfikacji miało posłużyć Zamawiającemu do weryfikacji wymagań opisanych przez niego w OPZ. Wobec tego jeśli wykonawca zamierzał zaoferować Zamawiającemu rozwiązanie opierające się o włączenie dodatkowego pakietu wirtualnego systemu to powinien to jednoznacznie wskazać w treści złożonej oferty a nie posługiwać się jedynie ogólnikowym stwierdzeniem „z uwzględnieniem szczegółowej specyfikacji wymaganej w SIWZ”. Izba uznała, że z tak ogólnikowej treści zacytowanego stwierdzenia wcale nie wynika jakie konkretne rozwiązanie techniczne się pod nim kryje. Izba stwierdziła, że we wskazanej sytuacji niemożliwe jest również zastosowanie procedury opisanej w art. 87 ust. 1 Pzp, zgodnie, z którą w toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Powołanym przepisem zastrzega jednak, że niedopuszczalne jest prowadzenie między Zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

W zakresie rozpoznawanego zarzutu istotnym jest, że wskazanie w wyjaśnieniach złożonych przez wykonawcę EXATEL na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, szczegółowych informacji w zakresie zaoferowanych przez Odwołującego rozwiązań bez wątplenia stanowi element oświadczenia woli wykonawcy. Zatem porozumiewanie się w tej mierze Zamawiającego z wykonawcą EXATEL stanowiłoby niedozwolone negocjacje dotyczące treści oferty (art. 87 ust. 1 zdanie 2 *in initio* Pzp). Należy zauważyć, że w okolicznościach rozpoznawanej sprawy podstawą do uznania przez Zamawiającego zgodności oferty EXATEL z treścią SIWZ stanowiłyby dopiero wyjaśnienia udzielone przez Odwołującego, które de facto w ocenie Izby doprowadziły do niedozwolonego uzupełnienia oferty o treści, których nie zawierała ona w poprzednim kształcie. Dlatego też Izba stwierdziła, że oferta złożona przez wykonawcę EXATEL jako nie odpowiadająca treści SIWZ powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Izba uznała za chybioną argumentację prezentowaną przez Odwołującego, opierającą się na tym, że Zamawiający treścią specyfikacji nie żądał podania dodatkowych informacji na temat oferowanych urządzeń poza podaniem numeru urządzenia. Po pierwsze, dostrzec należy, że Zamawiający w omawianym zakresie dokonywał modyfikacji w specyfikacji Formularza ofertowego rozbudowując stawiane w nim wymagania. Otóż, Zamawiający treść kolumny „Nr seryjny urządzenia” zastąpił treścią „Nazwa urządzenia, Nr urządzenia (Part numer)”. W związku z tym nie sposób uznać, że Zamawiający oczekiwał podania jedynie Part numer’u urządzenia jak twierdził Odwołujący, ponieważ Zamawiający oczekiwał podania przez wykonawcę również jego nazwy i numeru. W związku z tym w przekonaniu Izby Odwołujący oferując, jak twierdził, urządzenie w wersji rozbudowanej powinien był to w ofercie jednoznacznie i konkretnie wskazać i opisać. Przedstawiana przez Odwołującego argumentacją wydaje się nielogiczną i niespójną również z tego powodu, że skoro jak twierdzi Odwołujący wymagane było podanie jedynie Part numer’u dla urządzenia to, jaki był cel zamieszczania przez Odwołującego dodatkowo stwierdzenia „z uwzględnieniem szczegółowej specyfikacji wymaganej w SIWZ” ? W zakresie rozpoznawanego zarzutu Izba zgadza się z Zamawiającym oraz Przystępującym, że oferta Odwołującego w przedstawionym kształcie nie pozawalała Zamawiającemu na stwierdzenie, że spełnia wymagania wskazane w pkt 3 OPZ, tj. umożliwia wykreowanie minimum 10 wirtualnych systemów. Zgodzić się również należy, że w tym przypadku niemożliwe było również zastosowanie przez Zamawiającego przepisu art. 87 ust. 1 Pzp z powodów opisanych przez Izbę powyżej.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że omówione powyżej zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 87 ust. 1 Pzp należy uznać za nieuzasadnione.

2. Wydajność skanowania ruchu Enterprice Mix na poziomie 20 Gbps

W rozpoznawanym zakresie Izba stwierdziła, że Zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odrzucając ofertę Odwołującego z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada treści siwz.

Izba ustaliła, że Zamawiający w zakresie centralnych zapór ogniowych w pkt 10 OPZ postawił wymóg, aby wydajność skanowania ruchu typu Enterprise Mix z włączonymi funkcjami: IPS, Application Control, Antywirus wynosiła minimum 20 Gbps.

Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wskazał, że wydajność urządzenia dla włączonej kontroli zawartości w teście Enterprise Mix wynosi 13,5 Gbps a nie 20 Gbps jak wymagał Zamawiający.

Zamawiający zarówno w odpowiedzi na odwołanie twierdził, że dokonał weryfikacji treści oferty EXATEL pod kątem spełnienia ww. wymogu w oparciu o dane pochodzące od producenta urządzeń oferowanych przez Odwołującego

– firmę Check Point w następującym brzmieniu.

„Performance

Ideal Testing Conditions

•128 Gbps of UDP 1518 byte packet firewall throughput

•30 Gbps IPS

•27 Gbps of NGFW¹

•22,7 Gbps of Threat Prevention²

•26 Gbps of AES-128 VPN throughput

•200.000 connections per second. 64 byte response

•18.3/25.6/51.2M concurrent connections. 64 byte response³

Enterprise Resting Conditions

•77.9 Gbps of firewall throughput

•22.8 Gbps IPS

•21 Gbps of NGFWI

•13,5 Gbps of Threat Prevention²

”

W toku rozprawy Zamawiający jedynie dodał, że już po dokonaniu czynności odrzucenia oferty EXATELww. producent nieznacznie podwyższył powołany parametr z 13,5 Gbps do wielkości 14,6 Gbps (karta katalogowa urządzenia Check Point z dnia 12 listopada 2018 r.).

W tym miejscu podkreślenia wymaga, że Izba oceniała prawidłowość czynności Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na to, że treść złożonej przez niego oferta nie odpowiada treści specyfikacji. Izba uznała, że zgłoszony zarzut należy uznać za uzasadniony.

Analiza powoływanych przez Zamawiającego dowodów w postaci materiałów pochodzących od firmy Check Point, na których opierał on swoją argumentację prowadzi do wniosku, że dokonana przez Zamawiającego czynność weryfikacji oferty EXATEL, pod kontem spełnienia wymogu opisanego w pkt 10 OPZ, jest wadliwa. Podstawą do przyjęcia takiego stanowiska przez Izbę jest treść SIWZ, która wiąże spełnienie wymogu wydajności skanowania ruchu typu Enterprise Mix na poziomie minimum 20 Gbps z koniecznością włączenia trzech funkcji, tj. IPS, Application Control, Antywirus podczas, gdy z przedstawionych przez Zamawiającego materiałów jednoznacznie wynika, że parametr 13,5 Gbps i kolejno 14,6 Gbps występuje ale przy włączeniu aż siedmiu funkcji, w skład których wchodzi również te trzy, których włączenia oczekiwał Zamawiający. W związku z tym Izba stwierdziła, że w takiej sytuacji nie można mówić o przeprowadzeniu przez Zamawiającego prawidłowej weryfikacji, bowiem dokument przyjęty przez Zamawiającego za podstawę badania oferty EXATEL nie jest spójny z wymaganiami Zamawiającego, ponieważ przy badaniu zostało włączonych siedem funkcji a nie trzy, jak oczekiwał tego Zamawiający. Wobec tego nie można mówić o tym, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, gdyż nie spełnia wymagań Zamawiającego w zakresie wydajności skanowania ruchu typu Enterprise Mix z włączonymi funkcjami: IPS, Application Control, Antywirus wynosi nie mniej 20 Gbps.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała za bezprzedmiotowe dowody złożone przez Odwołującego, w tym również te, które miały potwierdzać, że już po terminie składania i oceny ofert, w tym oferty Odwołującego, tj. w listopadzie firma Check Point przeprowadziła testy, potwierdzające zgodność urządzeń zaoferowanych przez EXATEL z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w pkt 10 SIWZ.

Podsumowując stwierdzić należy, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na uznanie, że treść oferty EXATEL nie odpowiada treści SIWZ, ponieważ nie spełnia wymogu z pkt 10 OPZ - potwierdził się.

II. Ilość jednocześnie obsługiwanych przez urządzenia RADEWARE ALTEON 8420S połączeń dla warstwy 4.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art.89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zakresie uznania niezgodności oferty EXATEL z SIWZ w obszarze ilości jednocześnie obsługiwanych przez urządzenia RADEWARE ALTEON 8420S połączeń dla warstwy 4 został przez Zamawiającego uwzględniony treścią odpowiedzi na odwołanie.

III. Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy S&T.

Jako ostatni Izba rozpoznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez jego niezastosowanie w odniesieniu do oferty wykonawcy S&T. W rozpoznawanym zakresie Izba stwierdziła, że zgłoszony zarzut należy uznać za niezasadny.

Z ustaleń Izby wynika, że w złożonej ofercie Przystępujący w poz. 1, 2 i 4 podał numery seryjne zawierające na końcu numeru oznaczenie „DD”. Nie było sporne między stronami, że ww. oznaczenie odnosi się informacji w zakresie okresu trwania licencji. Spór między Stronami koncentrował się na tym, czy na gruncie rozpoznawanej sprawy podanie takich oznaczenia jest wystarczające? Izba uznała, że na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej.

W tym miejscu istotnym jest przywołanie następujących postanowień OPZ, w których Zamawiający podał:

•w pkt 28 OPZ „Serwisy i licencje”:

„W ramach postępowania powinny zostać dostarczone licencje upoważniające do korzystania z aktualnych baz funkcji ochronnych producenta i serwisów. Powinny one obejmować: • Kontrola Aplikacji, IPS, Antywirus, Web Filtering, zaawansowane funkcje VPN na okres 36 miesięcy”.

•w pkt 29 OPZ „Gwarancja oraz wsparcie” Zamawiający podał:

„Urządzenie musi być objęte serwisem gwarancyjnym przez okres minimum 36 miesięcy, polegającym na naprawie lub wymianie urządzenia w przypadku jego wadliwości. W ramach tego serwisu Wykonawca musi zapewniać również dostęp do aktualizacji oprogramowania oraz wsparcie techniczne w trybie 24x7”.

W zakresie omawianego zarzutu przesądzającym jest, że Zamawiający treścią OPZ w pkt 28 i 29, która podlegała modyfikacji zrezygnował z serwisu gwarancyjnego producenta i na wykonawcę nałożył obowiązek zapewnienia zarówno aktualizacji oprogramowania jak również wsparcia technicznego. Wobec tego obowiązek dostarczenia stosownych licencji, aktualizacji oprogramowania w okresie minimum 36 miesięcy, jak wymaga tego Zamawiający będzie spoczywał na wykonawcy a nie na producencie.

W związku z tym stwierdzić należy, że podane przez Przystępującego w Formularzu ofertowym (poz. 1,2 i 4) oznaczenia w postaci Part numer precyzyjnie określają model zaoferowanego urządzenia i umożliwiają jego dokładną, jednoznaczną weryfikację

z wymaganiami określonymi w SIWZ. Powyższe potwierdza również dowód złożonych przez Odwołującego w postaci korespondencji e-mail, pochodzącej z firmy Arrow w którym stwierdzono m. in., że: „Przesłany przez Panią PN nie istnieje jako produkt finalny. Samo urządzenie FG-6301F znajduje się w ofercie Fortinet, ale pyta tu Pani o konkretny bundle bez wskazania okresu wsparcia i działania suportu. Bez tej cennej informacji (12, 36, 60 miesięcy) nie jestem w stanie procesować wyceny i mogę podać jedynie cenę katalogową samego urządzenia bez wsparcia lub przyjąć własne założenie do bundla np. na 12 miesięcy”.

Izba doszła do przekonania, że kontekście zacytowanych powyżej postanowień SIWZ człon „DD”, dotyczący okresu gwarancji należy uznać za nieistotny z punktu widzenia spełnienia wymagań Zamawiającego. W szczególności, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie twierdził, że: „Analogiczny sposób oceny oferty Zamawiający przyjął w przypadku Odwołującego, który również nie wskazał Part number’u wskazującego na długość gwarancji, a takie określenie podaje producent urządzeń zaoferowanych przez Odwołującego poprzez dodanie odpowiedniego symbolu (3Y). Niżej zrzut ze strony producenta urządzeń oferowanych przez Odwołującego, gdzie symbol 3Y odnosi się do warunków gwarancji”.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez jego niezastosowanie w stosunku do oferty wykonawcy S&T.

Podsumowując, Izba wskazuje, że zarzuty odwołania w części potwierdziły się, nie mniej jednak pozostaje to bez istotnego wpływu na wynik postępowania, co w konsekwencji powoduje brak możliwości uwzględnienia odwołania na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp. Przesądza o tym potwierdzenie przez Izbę prawidłowości czynności Zamawiającego, podlegającej na uznaniu, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ w zakresie spełnienia wymogu, opisanego w pkt 3 OPZ. W konsekwencji brak jest możliwości uwzględnienia odwołania na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 pkt 1, § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....
.....
.....