Sygn. akt: KIO 4605/24

WYROK

Warszawa, dnia 7 stycznia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Irmina Pawlik

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 stycznia 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 grudnia 2024 r. przez wykonawcę ADT Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zamek Królewski na Wawelu – Państwowe Zbiory Sztuki z siedzibą w Krakowie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: wykonawcy STORIO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Wieliczce

orzeka:

1.oddala odwołanie,

2.kosztami postępowania obciąża odwołującego ADT Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:…….…….....

Sygn. akt: KIO 4605/24

Uzasadnienie

Zamawiający Zamek Królewski na Wawelu – Państwowe Zbiory Sztuki z siedzibą w Krakowie(dalej jako „Zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę, zainstalowanie i uruchomienie w siedzibie Zamku Królewskiego na Wawelu – Państwowych Zbiorów Sztuki, obiektowo plikowego systemu przetwarzania danych w ramach modernizacji infrastruktury przechowywania danych Zamawiającego (wewnętrzny identyfikator: DZP-271-61/24). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S 194/2024 nr 598724-2024 w dniu 4 października 2024 r.Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320, dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 6 grudnia 2024 r. wykonawca ADT Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący") wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołujący zarzucił czynnościom Zamawiającego naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia w zakresie, w jakim zaoferowane rozwiązanie ma nie posiadać wymaganego w pkt 8.6 Opisu przedmiotu zamówienia (dalej jako „OPZ") certyfikatu bezpieczeństwa danych FIPS140-2, podczas gdy zaoferowane rozwiązanie posiada ten certyfikat – czego konsekwencją jest wybór oferty wykonawcy STORIO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Wieliczce (dalej jako „Przystępujący") jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu przy uwzględnieniu oferty Odwołującego oraz wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący wniósł także o zasądzenie na jego rzecz kosztów postepowania, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który złożony zostanie na rozprawie.

Zamawiający w dniu 27 grudnia 2024 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący w dniu 27 grudnia 2024 r. złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba

Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę STORIO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Wieliczce.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący, jako podmiot, którego oferta została odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia i który w dordze wniesionego środka ochrony prawnej dąży do unieważnienia tej czynności, jak i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozstrzygając sprawę uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu i dokumentów zamówienia, oferty wykonawców, wezwania kierowane do Odwołującego oraz złożone przez niego w odpowiedzi wyjaśnienia, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego. Ponadto Izba uwzględniła stanowiska Stron i Uczestnika przedstawione w pismach oraz na rozprawie, a także dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów:

1.złożonych przez Odwołującego:

–ogłoszenie o dostępności rozwiązania zaoferowanego przez Przystępującego wraz z tłumaczeniem;

–wyciąg z dokumentu Bezpieczeństwo informacji udostępnionego przez Ministerstwo Cyfryzacji;

–wyciąg z dokumentacji producenta NetApp wraz z tłumaczeniem;

–oświadczenie Huawei Polska;

–Dokumentacja produktu OceanStor Pacific Series (wyd. z 20.12.2024 r.) wraz z tłumaczeniem;

2.złożonych przez Zamawiającego:

–pismo Zamawiającego do Przystępującego z dnia 13 grudnia 2024 r. oraz odpowiedź z dnia 17 grudnia 2024 r. (korespondencja prowadzona w postępowaniu o udzielenie zamówienia);

–umowa nr 78/DF-V/EK/2024 na udzielenie dotacji celowej;

3.złożonych przez Przystępującego:

–wydruk z Programu walidacji algorytmów kryptograficznych wraz z tłumaczeniem;

–wydruk z Programu walidacji modułów kryptograficznych (certyfikat #3345) wraz z tłumaczeniem;

–wydruk z Programu walidacji modułów kryptograficznych (certyfikat #4838) wraz z tłumaczeniem.

Izba nie dopuściła dowodu z dokumentu załączonego do odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie w postaci wydruku z Programu walidacji modułów kryptograficznych (certyfikat #3345) oraz z dokumentu załączonego do pisma Przystępującego w postaci wyciągu z dokumentu OceanStor Pacific Series Product Documentation z uwagi na ich złożenie wyłącznie w wersji anglojęzycznej. Zgodnie z art. 506 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest prowadzone w języku polskim, a w myśl ust. 2 tego przepisu wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. W uzasadnionych przypadkach Izba może żądać przedstawienia tłumaczenia dokumentu na język polski poświadczonego przez tłumacza przysięgłego. Mając na uwadze ww. przepis brak złożenia tłumaczenia wnioskowanych jako dowód dokumentów na język polski skutkował ich pominięciem.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt 5.1 SWZ przedmiotem zamówienia jest dostarczenie, zainstalowanie i uruchomienie w siedzibie Zamku Królewskiego na Wawelu – Państwowych Zbiorów Sztuki obiektowo plikowego systemu przetwarzania danych, zwanego dalej „Systemem” - w ramach modernizacji infrastruktury przechowywania danych Zamawiającego. Przedmiot zamówienia obejmuje swoim zakresem: a) dostawę Systemu Obiektowo Plikowego Przetwarzania Danych; b) wdrożenie Systemu w infrastrukturze Zamawiającego obejmujące jego instalację, uruchomienie i konfigurację; c) wykonanie dokumentacji przedwdrożeniowej w oparciu o dokumentację Zamawiającego, wizję lokalną oraz zakres określony przez Zamawiającego. Szczegółowe określenie sposobu realizacji przedmiotu zamówienia zawarte jest w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia (stanowiącym Załącznik nr 1 do Specyfikacji) oraz Wzorze Umowy (stanowiącym Załącznik nr 9 do Specyfikacji).

W OPZ, w rozdziale „Obiektowo Plikowy System Przetwarzania Danych (OPSPD)” w pkt 8.6 wskazano, że oferowane rozwiązanie musi posiadać certyfikat bezpieczeństwa danych FIPS140-2.

W postępowaniu wpłynęły trzy oferty, w tym Odwołującego i Przystępującego.

Zamawiający w piśmie z 12 listopada 2024 r. na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w zakresie wyliczenia ceny z uwagi na fakt, że jest ona niższa o 32% od wartości zamówienia. Zamawiający wymagał m.in., aby wykonawca przedstawił kalkulację obejmującą wszystkie koszty realizacji przedmiotu zamówienia, w tym zestawienie wszystkich urządzeń, które zamierza użyć do jego wykonania (z określeniem ich producenta, typu i nazwy handlowej) oraz koszty świadczenia serwisu gwarancyjnego przez zaoferowany okres.

W wyjaśnieniach złożonych przez Odwołującego wskazano m.in., że w cenie oferty uwzględniono dostawę dwóch kompletnych systemów obiektowo plikowych Huawei OceanStor Pacific 9950. Do wyjaśnień dołączono oświadczenie firmy Huawei Polska Sp. z o.o. potwierdzające, że Odwołujący otrzymał od ww. firmy ofertę na zakup dwóch kompletnych systemów obiektowo plikowych na bazie rozwiązania Huawei OceanStor Pacific 9950.

Zamawiający pismem z 26 listopada 2024 r. wezwał Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień i przedstawienia dodatkowych dowodów m.in. w następującym zakresie:
„Zamawiający w Opisie Przedmiotu Zamówienia w punkcie 8.6. wskazał, iż*„Oferowane rozwiązanie musi posiadać certyfikat bezpieczeństwa danych FIPS140-2*". Z przeprowadzonego badania Państwa wyjaśnień wynika, że oferowane przez Państwa rozwiązanie nie posiada certyfikatu bezpieczeństwa danych FIPS140-2. W związku z tym prosimy o wyjaśnienie tej kwestii i przedstawienie stosownych dowodów w postaci dokumentacji, z której treści wynika że oferowane rozwiązanie posiada certyfikat bezpieczeństwa danych FIPS140-2.

W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący złożył wyjaśnienia, w których wskazał: „Zaoferowane rozwiązanie posiada certyfikat bezpieczeństwa FIPS 140-2, który obejmuje modułydo składowania danych HSSD_V6będące integralnym elementem całego zaoferowanego rozwiązania. Certyfikat ten dostępny jest pod URL: https://csrc.nist.gov/projects/cryptographic-module-validation-program/certificate/4261 dodatkowo szczegółowa specyfikacja certyfikacji zawarta jest pod adresem: https://csrc.nist.gov/CSRC/media/projects/cryptographic-module-validation-program/documents/security-policies/140sp4261.pdf
Dodatkowo do wyjaśnień załączamy potwierdzenie spełnienia wymogu uzyskane od producenta oferowanego rozwiązania."
W załączonym do wyjaśnień oświadczeniu firmy Huawei Polska Sp. z o.o. wskazano, że oferowane rozwiązanie Huawei OceanStor Pacific 9950: „Posiada certyfikat bezpieczeństwa danych FIPS140-2. Rozwiązanie zbudowane jest przy wykorzystaniu modułów HSSD_V6 posiadających odpowiedni certyfikat bezpieczeństwa dostępny pod adresem https://csrc.nist.gov/projects/cryptographic-module-validationprogram/certificate/4261."

W piśmie z 29 listopada 2024 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego. Jednocześnie poinformował o odrzuceniu dwóch pozostałych oferty, w tym Odwołującego. Oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako niezgodna z warunkami zamówienia. Uzasadniając powyższe Zamawiający wskazał, że wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny, a następnie do uzupełnienia tychże wyjaśnień, m.in. o przedstawienie informacji i dowodów na okoliczność spełniania przez zaoferowane rozwiązanie wymogu wskazanego w punkcie 8.6. Opisu Przedmiotu Zamówienia, tj.: *„Oferowane rozwiązanie musi posiadać certyfikat bezpieczeństwa danych FIPS140-2*. W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący wskazał, iż taki certyfikat posiadają moduły do składowania danych, będące integralnym elementem całego zaoferowanego rozwiązania. Zaoferowanie tego rodzaju modelu wykonania przedmiotu zamówienia zdaniem Zamawiającego uznać należy za sprzeczne z postanowieniami dokumentów postępowania, tj. punktu 8.6. Opisu Przedmiotu Zamówienia, ponieważ Zamawiający oczekuje dostarczeniarozwiązania, które jako zorganizowana i kompletna całość posiada certyfikat bezpieczeństwa FIPS 140-2. Nie stanowi zatem spełnienia tego wymagania posiadanie stosownego certyfikatu tylko przez jeden z elementów proponowanego rozwiązania.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba za niewykazany uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia w zakresie, w jakim zaoferowane rozwiązanie ma nie posiadać wymaganego w pkt 8.6 OPZ certyfikatu bezpieczeństwa danych FIPS140-2, podczas gdy zaoferowane rozwiązanie posiada ten certyfikat, czego konsekwencją jest wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zgodnie zaś z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Oferta Odwołującego została przez Zamawiającego odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp z uwagi na jej niezgodność z pkt 8.6 OPZ, który brzmiał „oferowane rozwiązanie musi posiadać certyfikat bezpieczeństwa danych FIPS 140-2." Zasadnicza argumentacja zawarta w odwołaniu sprowadzała się do twierdzenia, że taki certyfikat wydaje się wyłącznie dla modułów kryptograficznych, wobec czego fakt, że oferowany produkt ma moduł do składowania danych posiadający certyfikat FIPS 140-2 oznacza, że produkt spełnia wymaganie z pkt 8.6 OPZ.

Odnosząc się do powyższego w pierwszej kolejności należy zauważyć, że literalne brzmienie pkt 8.6 OPZ jednoznacznie wskazywało, że certyfikat bezpieczeństwa danych FIPS 140-2 musi posiadać oferowane rozwiązanie (czyli Obiektowo Plikowy System Przetwarzania Danych - OPSPD), a nie jego określony element (moduł do składowania danych HSSD_V6). W świetle treści pkt 8.6 OPZ Zamawiający wymagał rozwiązania, które jako zorganizowana i kompletna całość posiada certyfikat bezpieczeństwa danych. Jeżeli Odwołujący uważał - jak podnosił w odwołaniu - że nie jest możliwe uzyskanie certyfikatu FIPS140-2 dla całego rozwiązania, to jego obowiązkiem, jako profesjonalisty, było przede wszystkim zwrócić uwagę na powyższe jeszcze na etapie kształtowania treści dokumentów zamówienia (jeśli nie w drodze odwołania, to przynajmniej w trybie wyjaśnienia treści SWZ poprzez zadanie pytania co Zamawiający rozumie przez ten wymóg i w jakim przypadku uzna, że jest on spełniony). Powoływanie się na obecnym etapie na nieprecyzyjność pkt 8.6 OPZ czy jego inną niż literalna interpretację jest działaniem spóźnionym.

Następnie należy wskazać, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wykazania zgodności oferty z punktem 8.6 OPZ i przedstawienia dowodów w postaci dokumentacji, z której treści wynika że oferowane rozwiązanie posiada certyfikat bezpieczeństwa danych FIPS 140-2, Odwołujący złożył wyjaśnienia, których treść nie potwierdza posiadania przez oferowane rozwiązanie ww. certyfikatu. Nie wynika z nich również wskazana w odwołaniu okoliczność, że nie jest możliwe pozyskanie certyfikatu FIPS 140-2 dla rozwiązania (Obiektowo Plikowego Systemu Przetwarzania Danych). Wyjaśnienia te wskazują wyłącznie, że certyfikat bezpieczeństwa danych FIPS140-2 posiada moduł do składowania danych HSSD_V6. Odwołujący jednak - ani w ramach wyjaśnień złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ani w postępowaniu odwoławczym - nie dowiódł, że sam fakt posiadania certyfikatu FIPS 140-2 przez moduł do składowania danych HSSD_V6, będący jednym z elementów oferowanego rozwiązania, jest wystarczający do uznania, że całe rozwiązanie posiada certyfikat FIPS 140-2 (jak wymagano w pkt 8.6 OPZ) czy choćby, że jest ono zgodne ze standardem FIPS 140-2. Jak wskazał Odwołujący w treści odwołania, w oparciu o ustalone zasady programu CMVP (Program walidacji modułów kryptograficznych), „urządzenia wykorzystujące certyfikowane moduły są uznawane za zgodne z FIPS 140-2, o ile zawierają te moduły oraz są odpowiednio skonfigurowane i wdrażają wymagane procedury operacyjne". Tym samym, bazując *stricte* na stanowisku samego Odwołującego, należy stwierdzić, że aby uznać, że rozwiązanie jest zgodne z FIPS 140-2 nie wystarczy sam fakt posiadania przez to rozwiązanie certyfikowanego modułu kryptograficznego, lecz konieczne jest także odpowiednie skonfigurowanie rozwiązania i wdrożenie wymaganych w standardzie FIPS 140-2 procedur operacyjnych (zgodnie z publikowanymi przez NIST wytycznymi *–FIPS 140-2 Implementation Guidance*). Szereg wymagań i ograniczeń związanych z konfiguracją trybu zgodności urządzenia ze standardem FIPS wynika także ze złożonej przez Odwołującego jako dowód dokumentacji produktu OceanStor Pacific Series. W konsekwencji poprzestanie na wskazaniu w wyjaśnieniach złożonych przez Odwołującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia wyłącznie na fakt posiadania przez oferowane rozwiązanie określonych certyfikowanych modułów kryptograficznych nie powinno być uznane za wystraczające do wykazania, że spełniono wymaganie z pkt 8.6 OPZ, które nie odnosiło się do modułów, lecz do rozwiązania (całego systemu OPSPD).

Dalej należy zauważyć, że w wyjaśnieniach Odwołującego wskazano hiperłącze do certyfikatu dla modułu do składowania danych HSSD_V6, w którym nie zawarto informacji o konfiguracji, w jakiej testowany był moduł (okoliczność bezsporna). Tymczasem ze złożonych w postępowaniu odwoławczym przez Przystępującego dowodów (certyfikaty #3345 oraz #4838) wynikało, że możliwe jest przeprowadzenie na potrzeby certyfikacji testów modułu kryptograficznego w określonym środowisku systemowym (konfiguracji). Znajduje to pośrednio potwierdzenie również w treści odwołania, gdzie wskazano, że NIST przewiduje dwa przypadki użycia modułów kryptograficznych: „moduł może być częścią składową produktu lub aplikacji albo kompletnym produktem samym w sobie". Odwołujący nie przedstawił żadnych twierdzeń i dowodów, które podważałyby możliwość przetestowania modułu jako części składowej produktu - macierzy w konkretnej konfiguracji. Odwołujący jedynie próbował podważyć wiarygodność certyfikatu #3345 wskazując, że nie może on dotyczyć rozwiązania oferowanego przez Przystępującego z uwagi na podaną tam datę walidacji, powyższe pozostaje jednak bez znaczenia dla istoty sprawy, tj. dla ustalenia czy istnieje możliwość przeprowadzenia certyfikacji modułów kryptograficznych w określonym środowisku systemowym. Izba wskazuje, że twierdzenia Odwołującego dotyczące zgodności oferty Przystępującego z wymaganiem z pkt 8.6 OPZ pozostają irrelewantne dla rozstrzygnięcia, ponieważ okoliczność ta nie była objęta zakresem zaskarżenia. Odwołujący nie stawiał zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W konsekwencji bez wpływu na rozstrzygnięcie pozostawał także dowód z dokumentu informującego o dostępności rozwiązania zaoferowanego przez Przystępującego

w drugim kwartale 2023 r. Również złożone przez Odwołującego dowody w postaci wyciągu z dokumentu Bezpieczeństwo informacji udostępnionego przez Ministerstwo Cyfryzacji oraz wyciągu z dokumentacji producenta NetApp nie wpłynęły zasadniczo na ocenę Izby, ponieważ nie wykazywały, że samo wyposażenie rozwiązania (OPSPD) w certyfikowany moduł należy uznać za równoznaczne z posiadaniem przez OPSPD certyfikatu FIPS 140-2, ewentualnie, że świadczy to o zgodności oferowanego rozwiązania ze standardem FIPS 140-2, ani nie odnosiły się do kwestii możliwości przeprowadzenia testów certyfikujących modułu kryptograficznego w konkretnym środowisku systemowym (macierzy).

W tym stanie rzeczy, w ocenie Izby, Zamawiający na podstawie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie mógł potwierdzić czy oferowany produkt jako całość spełnia wymagany standard bezpieczeństwa FIPS 140-2. W oparciu o treść wyjaśnień Zamawiający dysponował wyłącznie informacjami dotyczącymi modułu HSSD_V6 oraz certyfikatem wydanym dla tego modułu jako samodzielnego produktu.

Wątpliwości w powyższym zakresie potęguje fakt, że wyjaśnienia złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie były w pełni spójne ze stanowiskiem Odwołującego prezentowanym w postępowaniu odwoławczym. W ramach wyjaśnień Odwołujący wskazał wyłącznie na posiadanie przez oferowane rozwiązanie certyfikatu FIPS 140-2 przez moduł HSSD_V6, natomiast w postępowaniu odwoławczym złożył jako dowód dokumentację produktu OceanStor Pacific Series, z której wynika, że moduł HSSD_V6 zapewnia zgodność ze standardem FIPS 140-2 jedynie w zakresie szyfrowania danych, natomiast w zakresie innych opisanych w Tabeli 1 funkcjonalności zgodność taką zapewnia Huawei EulerOS 2.0 Open SSL Moduł hasła. Wskazana przez przedstawiciela producenta Huawei w oświadczeniu złożonym jako dowód w postępowaniu odwoławczym równoważność obu ww. metod znajduje potwierdzenie w dokumentacji produktu jedynie w odniesieniu do funkcjonalności szyfrowania danych, ale nie w odniesieniu do innych funkcjonalności produktu OceanStor Pacific Series. W wyjaśnieniach złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie powołano się na okoliczność, że oferowane rozwiązanie, oprócz modułów HSSD_V6, oparte jest o system operacyjny EulerOS 2.0., którego elementem jest moduł Huawei EulerOS 2.0 OpenSSL Cryptographic Module, posiadający certyfikację FIPS 140-2 (#4235). Jak zaś wskazano już wcześniej, Odwołujący nie dowiódł, że samo posiadanie przez oferowane rozwiązanie modułów HSSD_V6 należy uznać za równoważne z „posiadaniem przez oferowane rozwiązanie certyfikatu FIPS 140-2" czy przynajmniej zapewnieniem zgodności oferowanej macierzy ze standardem FIPS 140-2. Przedstawione w postępowaniu odwoławczym przez samego Odwołującego dowody temu przeczą.

Podsumowując powyższe Izba uznała stanowisko Odwołującego za nieprzekonujące, a złożone w postępowaniu wyjaśnienia za niewykazujące zgodności oferty z warunkami zamówienia. W konsekwencji brak było podstaw do uznania, że odrzucenie oferty Odwołującego naruszało przepisy ustawy Pzp. W odwołaniu nie postawiono zarzutów skierowanych przeciwko ofercie Przystępującego, wobec czego również wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej nie został podważony.

Jedynie w ramach uzupełnienia Izba wskazuje, że za irrelewantne dla rozstrzygnięcia uznała twierdzenia Zamawiającego, że na obecnym etapie nie jest już możliwe udzielenie zamówienia z uwagi na konieczność zwrotu udostępnionych mu w ramach dotacji celowej środków finansowych i brak możliwości sfinansowania zamówienia po 31 grudnia 2024 r. Do czasu zamknięcia rozprawy postępowanie o udzielenie zamówienia nie zostało przez Zamawiającego unieważnione, Izba zaś wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego (por. art. 552 ust. 1 ustawy Pzp). Ewentualne dalsze, hipotetyczne czynności Zamawiającego, nie mogą rzutować na treść orzeczenia.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba oddaliła odwołanie, co znalazło odzwierciedlenie w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono w punkcie 2 sentencji wyroku, stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Art. 557 ustawy Pzp wskazuje, że w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Ponadto w myśl § 8 ust. 2 pkt 1 ww. Rozporządzenia w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego.

Z uwagi na oddalenie odwołania Izba kosztami postępowania obciążyła Odwołującego, zaliczając do kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis. Zamawiający nie składał w sprawie wniosków kosztowych popartych

rachunkami lub spisem kosztu.

Przewodnicząca:…….…….....