

WYROK

z dnia 22 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 22 kwietnia 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 kwietnia 2022 r. przez wykonawcę EuroCert spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska

474 postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Skarb Państwa - Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie, ul. Szamocka 3,5

przy udziale wykonawcy Enigma System Ochrony Informacji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Jutrzenki 116 zgłaszającego swoje wystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 975/22 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w całości i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności badania i oceny oferty, w tym unieważnienie czynności odrzucenia oferty EuroCert spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 474, i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego - Skarb Państwa - Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie, ul. Szamocka 3,5 i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę EuroCert spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 474 tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego - Skarb Państwa - Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie, ul. Szamocka 3,5 na rzecz EuroCert spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 474 kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wydatków pełnomocnika

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 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 975/22

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na „Zakup kwalifikowanych usług zaufania - zakupu instalacja dwóch urządzeń HSM, zakup licencji na oprogramowanie, zakup certyfikatów kwalifikowanych e-pieczęć” zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej za numerem Dz.U./S 233 613075 z dnia 1 grudnia 2021 r.

W dniu 31 marca 2022 r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania, w tym o odrzuceniu oferty wykonawcy EuroCert spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy.

W dniu 8 kwietnia 2022 r. odwołanie wniósł wykonawca EuroCert spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 474. Odwołanie zostało wniesione przez prezesa zarządu zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w odpisie z KRS. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 8 kwietnia 2022 r.

Wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, polegających na:

1) odrzuceniu oferty odwołującego, pomimo iż odwołujący złożył ofertę zgodną z wymogami zawartymi w SWZ; 2) na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Enigma System Ochrony

Informacji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie mimo iż wykonawca ten zaoferował cenę wyższą niż zawarta w ofercie odwołującego, która jest ważna, nie podlegająca odrzuceniu i powinna być uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego pod zarzutem, że treść tej oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. a. pkt II Załącznika nr 1 - Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”) do Projektowanych postanowień umowy (stanowiących Załącznik nr 2 do SWZ). Wedle twierdzenia zamawiającego zawarto tam wymóg przedstawienia w ofercie oprogramowania w zakresie oferowanych przez wykonawcę licencji. Tymczasem, pkt II Załącznika nr 1 do OPZ zawiera wskazanie wymagań dotyczących oprogramowania, notabene spełnionych przez odwołującego, a nie wskazania co do sposobu wypełnienia formularza ofertowego; b. rzekomego obowiązku wskazania konkretnych nazw własnych licencji na oprogramowanie wpisanych do Tabeli nr 1 w Załączniku nr 1 do SWZ - Formularz ofertowy (Formularz Cenowy), w poz. 2, 3 i 7 pomimo iż SWZ w żadnym postanowieniu nie wymaga wskazania tych danych; c. rzekomego obowiązku dostarczenia więcej niż jednej licencji na systemy operacyjne i motory bazodanowe, podczas gdy SWZ w żadnym postanowieniu nie wprowadza minimalnych parametrów ilościowych dla tego oprogramowania;

2. art. 239 ust. 1 i ust. 2 ustawy przez wybór oferty mniej korzystnej niż oferta odwołującego, pomimo tego, iż oferta odwołującego była ważna i nie podlegała odrzuceniu.

Wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego;
3. nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
4. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert;
5. nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania - w przypadku prawidłowego działania zamawiającego oferta odwołującego zostałaby uznana za ofertę najkorzyst-

niejszą. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp odwołujący poniesie szkodę, bowiem utraci szansę na zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, a tym samym nie uzyska wynagrodzenia z tytułu jego realizacji. Powyższe niezbitcie do-
wodzi naruszenia interesu odwołującego w uzyskaniu niniejszego zamówienia i stanowi wy-
starczającą przesłankę do skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej
przewidzianych w ustawie.

Jak wynika z informacji z otwarcia ofert z dnia 12 stycznia 2022 r., wykonawca Enigma złożył
ofertę z ceną 1.495.668,93 zł, zaś odwołujący z ceną 1.062.720,00 zł. Cena oferty Enigma
jest więc o 432.948,93 zł (41%) wyższa od oferty odwołującego. Ponieważ zamawiający
ustalił cenę jako jedyne kryterium oceny ofert, oferta odwołującego powinna zostać uznana
za najkorzystniejszą. Pismem z dnia 31.03.2022 r., zamawiający poinformował o wyborze
oferty Enigma z ceną 1.495.668,93 zł. Jednocześnie, poinformował o odrzuceniu tańszej
oferty odwołującego. Jako podstawę wskazał art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy, przy czym wskazał
na rzekomą niezgodność oferty odwołującego z SWZ, mającą polegać na niewskazaniu na-
zwę oprogramowania w poz. 2, 3 oraz 7 tabeli Formularza ofertowego oraz wskazanie tylko
jednej licencji na systemy operacyjne i motory bazodanowe.

Dodatkowo, zamawiający stwierdził, że uważa za niemożliwe ustalenie czy oferowane przez
odwołującego rozwiązanie jest zgodne z tym, które odwołujący planuje wdrożyć. Jeżeli to
stwierdzenie zamawiającego należałoby traktować jak zarzut, na co wskazywałoby zawarcie
go w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty, to należałoby jednocześnie stwierdzić, że
zarzut ten nie tylko jest pozbawiony oparcia w przepisach ustawy, ale również jest nielogicz-
ny i nieuzasadniony. Brak bowiem jakichkolwiek przesłanek dla uznania, że odwołujący
miałby zamiar wdrożyć inne rozwiązanie niż to, które wycenił i opisał w składanej zamawia-
jącemu ofercie. Co więcej, w przypadku udzielenia zamówienia odwołującemu zamawiający
byłby w takiej sytuacji chroniony postanowieniami zawartej umowy. Ewentualne odstępstwo
od postanowień umowy stanowiłoby jej niewłaściwe wykonanie, co skutkowałoby powsta-
niem roszczenia po stronie zamawiającego. Oczywiście, są to rozważania czysto akademicz-
kie, a sam zamawiający nie wskazał, poza odwołaniem się do własnego przekonania, dla-
czego podejrzewa odwołującego o zamiar wdrożenia rozwiązania innego niż oferowane.

Ewentualnie, zarzut zamawiającego można interpretować w ten sposób, że na podstawie
danych wskazanych w formularzu ofertowym nie potrafi on precyzyjnie ustalić szczegółów
proponowanego rozwiązania. W ocenie odwołującego należy jednak mieć na uwadze, że
oferta została sporządzona w oparciu o warunki zamówienia określone przez samego za-
mawiającego. Na mocy art. 99 ust. 1 ustawy, to zamawiający opisuje przedmiot zamówienia i
ma obowiązek uczynić to w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie
dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć
wpływ na sporządzenie oferty. Jeżeli oferta, sporządzona zgodnie z dokumentacją postępo-
wania opracowaną przez samego zamawiającego, zawierająca wszystkie żądane w SWZ
informacje i przewidująca wprowadzenie rozwiązań zgodnych z OPZ, pozostawia zamawia-
jącemu pole do wątpliwości co do ostatecznego kształtu przedmiotu zamówienia, oznacza to,
że być może zamawiający sam niewystarczająco sprecyzował swoje potrzeby. Okoliczność
ta nie może jednak obciążać wykonawców, którzy oferują rozwiązanie, które być może nie
spełnia nie wyrażonych w warunkach postępowania oczekiwań zamawiającego.

Dot. wpisania nazwy oprogramowania

Zamawiający określił wymogi w zakresie dostarczenia licencji dla oprogramowania middle-
ware oraz oprogramowania SDK w pkt II. ppkt 1 i 2 OPZ. Nie wskazał tam na konieczność
opisu proponowanego rozwiązania za pomocą nazw własnych oprogramowania dostarcza-
nego wraz z urządzeniami HSM. Takiego zapisu brak również w pozostałych postanowie-
niach SWZ. Jednocześnie, zamawiający wprost dopuszcza stosowanie oprogramowania
typu open source, z tym zastrzeżeniem, że w przypadku jego użycia to wykonawca będzie
świadczył usługę serwisu, zastępującą wsparcie techniczne producenta komercyjnie ofero-
wanego oprogramowania. Oprogramowanie stworzone na otwartej licencji może, po prostu,
nie posiadać zastrzeżonej nazwy własnej, którą można by wprowadzić do Formularza ofer-
towego. Ponieważ jest to możliwość dopuszczona wprost w postanowieniach SWZ, to jej
wykorzystanie w ofercie nie może być przez zamawiającego uznane za niezgodne z warun-
kami postępowania.

Również wzór umowy określony w załączniku nr 2 do SWZ nie zawiera miejsca na wpisanie
danych takich jak nazwa własna oprogramowania middleware, oprogramowania SDK czy też
systemów operacyjnych i motorów bazodanowych. Umowa, tak jak SWZ, opisuje obowiązek
dostarczenia przez wykonawcę bezterminowych licencji zgodnych z OPZ.

Jedynym miejscem, w którym pojawia się termin „nazwa oprogramowania” są umieszczone
w nawiasach adnotacje pod tekstem w komórkach pierwszej kolumny Tabeli 1 Załącznika nr
1 do SWZ Formularza Oferty (Formularz Cenowy). Nie można jednak uznać tej wzmianki za
określenie wymogu użycia nazwy własnej pod rygorem odrzucenia oferty, a za wskazówkę

do użycia jej, jeśli jest dostępna, czyli przy zaoferowaniu oprogramowania komercyjnego, zakupionego od producenta innego niż wykonawca. Niezależnie od powyższego, faktem jest, iż w poz. 2 i poz. 3 Tabeli nr 1 odwołujący wskazał, że dostarczy licencję na „oprogramowanie producenta HSM”. W pozycji 1 wskazał, że dostarczy urządzenia „Luna Network HSM S700”. Jest to określenie precyzyjnie i wyczerpująco wskazujące na oprogramowanie, które będzie użyte w proponowanym zamawiającemu rozwiązaniu. W warunkach rynkowych Wykonawca nie zna przypadków, gdzie jest dostarczone inne oprogramowanie niż gwarantowane przez producentów urządzeń. Stanowi to kanon tego typu dostaw.

Odwołujący zwrócił uwagę na to, że analogicznie postąpił wykonawca Enigma, który również zaproponował dostarczenie urządzeń Luna Network HSM S700. W pozycji 2 Tabeli 1 wskazał on licencje określone jako „Luna Network Client Licenses” co stanowi tłumaczenie na język angielski określenia „licencje klienta Luna Network”. Jeżeli zamawiający uważa, że określenie nazwy dostarczanego oprogramowania przez wskazanie nazwy producenta obsługiwanych urządzeń HSM stanowi naruszenie postanowień SWZ, to powinien odrzucić również ofertę wykonawcy Enigma. Zamiast tego, uznał ją za ważną i najkorzystniejszą, pomimo tego, iż zawiera tę samą rzekomą niezgodność, a przy tym jest znacznie droższa. Reasumując, niewskazanie konkretnej nazwy własnej proponowanego oprogramowania nie stanowi o niezgodności oferty z warunkami zamówienia i nie mogło stanowić podstawy do jej odrzucenia.

Dot. liczby licencji na systemy operacyjne i motory bazodanowe

Wymogi dotyczące licencji na systemy operacyjne i motory bazodanowe opisano w OPZ w pkt. II. Pkt II ppkt 7 OPZ przewiduje, że wykonawca ma dostarczyć „niezbędne licencje na

systemy operacyjne i motory bazodanowe z minimalnym 3-letnim wsparciem technicznych

producenta. W przypadku użycia w Rozwiązaniu systemów operacyjnych lub motorów bazowanych z licencją otwartą (open source) wykonawca będzie świadczył usługę serwisu przez okres umowy”.

Zamawiający ani w OPZ, ani w innym miejscu w SWZ nie zawarł jakichkolwiek wymogów ilościowych dotyczących tego rodzaju licencji. Co więcej, w Formularzu ofertowym ilość tych licencji jest pozostawiona do uzupełnienia przez wykonawców (również bez żadnych dodatkowych informacji o minimalnej liczbie). Każdemu wykonawcy pozostawiono więc pełną swobodę w doborze liczby licencji właściwej dla proponowanego rozwiązania.

Odwołujący miał na uwadze, że w OPZ zamawiający wyraźnie wskazuje, ilekroć wymaga spełnienia minimalnych, w tym ilościowych, wymogów do zamawianych urządzeń i oprogramowania. Np. w pkt I ppkt 24 w odniesieniu do zasilacza hot-swap urządzenia HSM wyraźnie zapisał, że każde z urządzeń musi być wyposażone w min. 2 zasilacze. W pkt II w ust. 4 ppkt 1 wskazał, ile urządzeń HSM równolegle ma minimalnie obsługiwać oprogramowanie klientkie. Ponieważ na zamawiającym spoczywa obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób precyzyjny i jednoznaczny, to jeśli wprowadza minimalne wymogi ilościowe jedynie dla niektórych pozycji opisanych w OPZ, to a contrario, dla pozycji opisanych bez wskazania takich minimalnych wymagań, należy uznać, że nie zostały one w żaden sposób określone. Nie można też domniemywać istnienia takich niezastrzeżonych wprost wymagań np. na podstawie liczby mnogiej użytej przez zamawiającego w opisie. Reasumując, zamawiający nie zawarł w SWZ wymogu dostarczenia więcej niż jednej licencji na systemy operacyjne i motory bazodanowe. Oferta odwołującego, który wskazał na dostarczenie jednej licencji, spełniającej wymogi określone w pkt II ppkt 7 OPZ, nie może więc być w tym zakresie uznana za niezgodną z warunkami zamówienia. Ponadto, oferta odwołującego nie może, wbrew twierdzeniom zamawiającego, być uznana za budzącą wątpliwości co do jej przedmiotu. Biorąc pod uwagę wpisaną w treść oferty nazwę oferowanego produktu, tj. 2 urządzenia Luna Network HSM S700 oraz zakres tego rozwiązania, wynikający z liczby udzielonych licencji na system operacyjny i motory bazodanowe (pojedyncza licencja), nie ma wątpliwości co do tego, że przedmiotem oferty jest rozwiązanie HSM, wraz z zapewniającą możliwość jego zgodnego z SWZ wykorzystania opensourcową licencją.

Sposób opisu oferty, sporządzonej zresztą wedle wzoru narzuconego przez zamawiającego, wyklucza wszelkie wątpliwości co do przedmiotu tej oferty. Każde inne rozwiązanie, nie oparte na modelu dającym możliwość kopiowania rozwiązania w oparciu o jedną (otwartą) licencję, wymagałoby opisanie za pomocą innych wartości. Nie ma więc podstaw ani nawet możliwości, aby zamawiający mógł w tym zakresie nabrać uzasadnionych wątpliwości. Inne niż proponowane przez odwołującego rozwiązania zwyczajnie nie mieściłyby się w zakresie złożonej oferty. Jak już wyżej wspomniano, ewentualne, subiektywne przeświadczenie osób oceniających oferty po stronie zamawiającego, że wykonawca mógłby jednak chcieć realizować umowę w inny niż podany w formularzu ofertowym sposób, pozostaje pozbawione jakichkolwiek logicznych podstaw i nie może mieć wpływu na wynik postępowania. Odwołujący przypomniał, że również ewentualne nieścisłości w opisie przedmiotu zamówienia po-

pełnione przez samego zamawiającego, a zidentyfikowane przezeń dopiero na etapie oceny ofert, nie mogą być interpretowane na niekorzyść odwołującego. Stanowisko takie zostało jasno wyrażone m.in. w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 sierpnia 2017 r. w sprawie o sygn. KIO/KD 38/17. Reguła ta wynika z prawniczej paremii »In dubio contra proferentem« znaczącej w języku polskim »Wątpliwości należy tłumaczyć przeciw autorowi«. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający jest autorem ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, które zostały zredagowane przez zamawiającego». Podobnie orzekł Sąd Okręgowy w Nowym Sączu w wyroku z dnia 18 marca 2015 r., III Ca 70/15.

Z powyższego jasno wynika, że działanie zamawiającego, polegające na odrzuceniu ważnej, prawidłowo sporządzonej, i gwarantującej realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z SWZ oferty odwołującego i wyborze dużo droższej oferty wykonawcy Enigma, było niezgodne z prawem i narusza wskazane w odwołaniu przepisy ustawy.

W dniu 11 kwietnia 2022 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 13 kwietnia 2022 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił się wykonawca Enigma System Ochrony Informacji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Jutrzenki 116 wnosząc o oddalenie odwołania. Przystępujący wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu korzystnym dla zamawiającego, gdyż jego oferta została wybrana, a odwołujący zmierza do przywrócenia swojej oferty do postępowania, co może wpłynąć na interes przystępującego. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 11 kwietnia 2022 r. udzielonego przez prezesa i wiceprezesa zarządu zgodnie z zasadami ujawnionymi w KRS. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii zgłoszenia stronom.

W dniu 21 kwietnia 2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości i obciążenie kosztami postępowania odwołującego, w tym kosztami zastępstwa procesowego. Zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest

zakup kwalifikowanych usług zaufania - zakup instalacji dwóch urządzeń HSM, zakup licencji na oprogramowanie, zakup certyfikatów kwalifikowanych e-pieczęć. Z OPZ wynika, że wykonawca jest odpowiedzialny za stworzenie i dostarczenie rozwiązania tj. kompleksowego systemu zapewniającego obsługę opatrywania kwalifikowanymi pieczęciami elektronicznymi dokumentów tworzonych w systemach i oprogramowaniu ZUS zgodnie z art. 1 ust. 1 Dyrektywy wykonawczej Komisji (UE) 2016/650 z dnia 25 kwietnia 2016 r. eIDAS. Zamawiający określił wymogi jakie musi spełniać rozwiązanie w załączniku nr 1 OPZ ze szczegółowymi wytycznymi co do oferowanych urządzeń, oprogramowania, usługi znakowania czasem, procesu wdrożenia i pozostałych. Z SWZ wynika, że zamawiający wymagał jednoznacznego wskazania nazwy oferowanego oprogramowania (formularz ofertowy Tabela 1 poz. 2,3, 7) Wbrew twierdzeniom odwołującego brak wskazania oprogramowania, które spełnia wymogi określone w pkt. II Szczegółowe wymagania dotyczące oprogramowania Załącznika nr 1 - OPZ uniemożliwia ocenę zaproponowanego rozwiązania. Zamawiający oceniając treść oferty musi mieć jasność, co do zaoferowanych rozwiązań, nie może polegać na zapewnieniach, które próbuje wykazywać odwołujący w uzasadnieniu odwołania, że zamawiający jest chroniony postanowieniami umowy, a ewentualne odstępstwo od postanowień umowy stanowiłoby jej niewłaściwe wykonanie, co skutkowałoby powstaniem roszczenia po stronie zamawiającego. W dalszej części odwołujący wskazuje, że to na zamawiającym spoczywa obowiązek opisanego przedmiotu zamówienia, w sposób jednoznaczny i wyczerpujący i skoro zamawiający ma wątpliwości, co do kształtu zamówienia, być może niewystarczająco zostały sprecyzowane jego potrzeby. Jak wynika z przedstawionego stanowiska zamawiającego i dokumentów przetargowych, wymogi zostały jasno i precyzyjnie określone. Na wykonawcy spoczywał obowiązek wskazania oprogramowania, które oferuje, odwołujący tergo wymogu nie spełnił. Przy tym sam odwołujący w treści odwołania przyznał w pkt. 6, że zamawiający określił wymóg w zakresie dostarczenia licencji na oprogramowanie middleware oraz SDK. Porównując ofertę odwołującego z ofertą przystępującego można stwierdzić, że przystępujący wykonał wymagania zamawiającego i wskazał oprogramowanie, które zamierza zaoferować. Ponadto odwołując się wprost do treści formularza ofertowego (tabela 1) załącznika nr 1 OPZ oraz treści projektowanych postanowień umowy, jasno z nich wynika, że wykonawca był zobowiązany do wskazania konkretnego oprogramowania.

Każde oprogramowanie ma swoją nazwę, w tym oprogramowanie stworzone na otwartej licencji (typu open source). Kwestia zastrzeżenia nazwy własnej nie ma tu zastosowania. Wykonawca w poz. 2,3, 7 formularza ofertowego, nie zawarł również informacji o zastosowaniu oprogramowania bez nazwy, wskazując choćby nazwę producenta lub własną. Nie sposób się zgodzić z odwołującym, że sam wzór umowy nie zawiera miejsca na wpisanie danych takich jak nazwa oprogramowania middleware, oprogramowania SDK, Czy też systemów operacyjnych i motorów bazodanowych. Wymóg wskazania oprogramowania wynika z

treści załącznika nr 11 do umowy tj. formularza ofertowego, jak również na powyższe wskazuje treść par. 1 ust. 1 pkt 2 projektowanych postanowień umowy, gdzie pod oznaczeniem sprzedaż i dostawa oprogramowania dla usługi opatrywania pieczęciami kwalifikowanymi dokumentów elektronicznych wskazano pozycje wykropkowane, które podlegać będą wypełnieniu przez wpisanie nazwy oprogramowania. Nie sposób się zgodzić z odwołującym jakoby termin „nazwa oprogramowania” nie stanowił wymogu formalnego oferty, a jedynie wskazówkę do użycia, jeśli jest dostępna, czyli przy zaoferowaniu oprogramowania komercyjnego, zakupionego od producenta innego niż wykonawca. Treścią oferty jest zarówno opis, jaki i charakterystyka wymaganych elementów w formularzu ofertowym, jak i określenie modeli, ilości i cen w formularzu cenowym. W innych pozycjach formularza cenowego odwołujący nie miał problemu ze wskazaniem nazw urządzeń i oprogramowania. Na etapie przed złożeniem ofert żaden wykonawca nie miał wątpliwości, co do terminu nazwa oprogramowania” i charakteru jego użycia w formularzu ofertowym. Żadne pytanie do treści formularza nie pojawiło się. Zamawiającemu nie jest znany kanon wdrożenia rozwiązania dla zaoferowanego urządzenia Luna Network HSM S700, albowiem proces wdrożenia przeprowadza wykonawca. Zamawiający wiedzę o ofercie opiera na zaproponowanym rozwiązaniu oceniając jego zgodność z postanowieniami SWZ oraz na podstawie poprawnie wypełnionego formularza ofertowego.

Według zamawiającego odwołujący był zobowiązany do wskazania nazwy licencji na systemy operacyjne i motory bazodanowe, czego nie uczynił. Wedle wiedzy zamawiającego na rynku nie istnieje jedna licencja open source, która mogłaby mieć zastosowanie do tego rozwiązania, a brak wskazania licencji uniemożliwia ocenę, czy zaproponowane rozwiązanie spełnia wymogi określone w SWZ. Co do ilości zamawiający wskazał na pkt. 5 pkt. II szczegółowe wymagania dotyczące oprogramowania wyjaśniając, że wysoką dostępność należy rozumieć jako eliminację pojedynczych punktów awarii, co wymusza na dostawcy dostarczenie dwóch takich samych urządzeń, posiadających stosowne licencje dla każdego z urządzeń. Wdrożenie w trybie wysokiej dostępności oznacza budowanie nadmiarowości w rozwiązaniu (w liczbie większej niż 1), tak aby awaria komponentu (jednego systemu operacyjnego lub motoru bazodanowego) nie oznaczała awarii całego rozwiązania). Zamawiający powołał wyrok KIO sygn. akt KIO 2159/21 i KIO 1024/21.

Zdaniem zamawiającego uchybienia oferty odwołującego są nieusuwalnymi błędami w ofercie.

W dniu 21 kwietnia 2022 r. przystępujący przedstawił pisemne stanowisko wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazał, że było wyraźne wymaganie wypełnienia Tabeli we wskazanych pozycjach - podkreślonych dodatkowo „wykropkowaną” linią i jednoznaczną instrukcją, iż jest to miejsce przeznaczone na podanie przez Wykonawców „nazwy oprogramowania”. Wymóg ten nie mógłby być określony bardziej jednoznacznie jako żądanie uzupełnienia opisu przedmiotu zakupu w kolumnie 1 o nazwy konkretnie oferowanych przez wykonawców produktów. W ten sposób zrozumiał zresztą tę instrukcję sam odwołujący, który wypełnił te pola przez podanie nazwy oprogramowania w poz. 4, 5 i 6 Tabeli nr 1. Wskazuje to na to, iż interpretacja przedstawiana w treści odwołania została utworzona wyłącznie na poparcie zarzutów odwołania, a nie stanowi faktycznego sposobu, w jaki odwołujący rozumiał treść wymagań. Wykonawcy, nawet odstępując od stosowania wzoru dokumentów opracowanego przez zamawiającego, zobowiązani są mimo wszystko do uwzględnienia i zawarcia w ofercie wszystkich wymaganych przez zamawiającego w takim wzorze informacji.

Ponad wszelką wątpliwość, o tym, że podanie nazw oferowanego oprogramowania we wskazanych pozycjach stanowi wymaganie zawarte w treści warunków zamówienia, świadczy charakter Formularza ofertowego, który nie jest sugerowanym, ale wymaganym Załącznikiem przedstawiającym treść oferty Wykonawców. Zgodnie z pkt 4.3.1 SWZ „Ofertę składa się na Formularzu oferty stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ”. Poza tym, wbrew twierdzeniom odwołującego, nazwy oferowanego oprogramowania są również istotne ze względu na treść Umowy - zgodnie z Projektowanymi Postanowieniami Umowy, Formularz oferty złożonej przez Wykonawcę stanowi Załącznik nr 1 do zawieranej umowy, a tym samym stosownie do S16 ust. 3 - integralną część tej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Już z powyższych względów, wynikających bezpośrednio z treści warunków zamówienia, ewidentna jest niezasadność argumentacji odwołania wskazującej na brak zawarcia w dokumentach zamówienia wymagania podania nazw oprogramowania wskazanego w poz. 2, 3 i 7 Tabeli nr 1 a tym samym - brak niezgodności oferty odwołującego z warunkami zamówienia. Nie sposób uznać za prawidłowo sporządzoną oferty, która nie zawiera elementów wymaganych przez zamawiającego, szczególnie jeśli dotyczą one samej treści oferty wskazania oferowanego przez wykonawcę przedmiotu oferty.

Polemika z zasadnością postawionego przez zamawiającego wymagania podania nazw oprogramowania w treści oferty, byłaby możliwa wyłącznie na etapie kwestionowania treści SWZ, natomiast po upływie terminu składania ofert, wymaganie to jest wiążące zarówno dla

wykonawców, jak i zamawiającego.

Zasadnie zamawiający podnosił w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego, iż brak wskazania nazwy, oprócz oczywistej niezgodności z warunkami zamówienia, uniemożliwia również weryfikację zaoferowanego rozwiązania. Dotyczy to etapu oceny zgodności oferty z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia, gdzie obowiązek zaoferowania (i wskazania w ofercie) konkretnego rozwiązania wykonawcy umożliwia już na tym etapie weryfikację ogólnych zapewnień wykonawców co do zgodności z wymaganiami SWZ, tak aby uniknąć wyboru oferty nie zapewniającej ich spełnienia. Jak również, jest to istotne na etapie realizacji i wdrożenia rozwiązania, gdzie zamawiający ma możliwość porównania czy produkt, który jest dostarczony i odbierany przez niego jest zgodny z tym zaoferowanym przez wykonawcę w składanej ofercie, którego dotyczą też deklaracje o spełnianiu wymagań OPZ. Niezgodności występujących w ofercie odwołującego również z tych względów nie można zatem uznać za nieistotne.

Nietrafne jest także powoływanie się przez odwołującego na to, iż podanie nazwy własnej nie było wymagane ze względu na dopuszczenie przez zamawiającego stosowania oprogramowania typu open source, które „może nie posiadać zastrzeżonej nazwy własnej, którą można by wprowadzić do Formularza ofertowego”.

Po pierwsze, postanowienie dopuszczające oprogramowanie open source, na które powołuje się odwołujący, to pkt II ppkt 7 OPZ, który dopuszcza taką możliwość tylko w odniesieniu

do licencji na systemy operacyjne i motory bazodanowe, a zatem - nie uzasadniania to zaniechania wskazania nazwy oprogramowania w poz. 2 i 3 Tabeli nr 1, które dotyczyły innych licencji.

Po drugie, zamawiający nie wymagał podania „nazwy zastrzeżonej”, ale „nazwy oprogramowania”, a taką mogą posiadać również licencje open source, co potwierdza chociażby oferta Uczestnika postępowania, gdzie w poz. 7 (czyli tam, gdzie wskazanie licencji open source zostało wprost dopuszczone) podano nazwy zaoferowanych „licencji otwartych” „Cent OS, PostgreSQL”.

Odwołujący nie wykazał zresztą, że taka sytuacja - brak możliwości podania nazwy oferowanego oprogramowania open source - występuje w przypadku jego oferty. Na pewno, nie może dotyczyć to oprogramowania w poz. 2 i 3, gdzie jak zdaje się wynikać z treści odwołania, odwołujący miał zamiar zaoferować oprogramowanie „gwarantowane przez producenta urządzeń”, czyli firmę Thales. Oprogramowanie takie - posługując się sformułowaniem zawartym w pkt 8 odwołania - jest oprogramowaniem komercyjnym, zakupionym od producenta innego niż wykonawca. Zatem, zgodnie z linią argumentacji samego odwołującego, powinno być dostępne i możliwe wskazanie nazwy oprogramowania dla oprogramowania middleware i oprogramowania SDK, których dotyczy poz. 2 i 3 Tabeli nr 1 Formularza oferty.

W istocie, opis podany w tych pozycjach, tj. wskazanie „oprogramowania producenta HSM” nie jest wystarczający dla ustalenia co dokładnie stanowi przedmiot oferty Odwołującego. Dodatkowo mając na względzie również to, iż odwołujący nie wyodrębnił także cen za oferowane w tych odrębnych pozycjach produkty.

Odniesienie do urządzenia HSM oferowanego w poz. 1 nie jest wystarczające, gdyż równie dobrze, pod terminem „oprogramowanie producenta HSM”, można rozumieć oprogramowanie wbudowane HSM, o którym mowa w poz. 1 Tabeli nr 1 (i gdzie odwołujący ujął też wyceinę poz. 2 i 3), które też jest oprogramowaniem producenta urządzenia, a które w żaden sposób nie jest wystarczające dla zapewnienia funkcjonalności oczekiwanych przez zamawiającego od oprogramowania middleware czy oprogramowania SDK.

Odwołujący nie udowodnił zarazem „standardu” polegającego na oferowaniu oprogramowania „gwarantowanego” przez producenta urządzeń, ani że mógł w ramach oferty zaoferować tylko jedno takie dostępne rozwiązanie. Na pewno, na takiej deklaracji nie mógł polegać zamawiający dokonując badania i oceny oferty, co wymagałoby od niego „dopowiedzenia” samodzielnie informacji nie zawartych przez odwołującego w złożonej ofercie. Zaznaczenia wymaga, że to na wykonawcy spoczywa ciężar sporządzenia oferty zgodnie z SWZ i w taki sposób, aby wykazać jej zgodność z warunkami zamówienia. Wypełniając Tabelę nr 1 w poz. 2 i 3, ale także w poz. 7, odwołujący nie dochował należytej staranności, jakiej należało oczekiwać od profesjonalnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego zasadne jest obciążenie go negatywnymi konsekwencjami jego zaniechań.

Odnosząc się do twierdzenia zawartego w pkt 9 odwołania, odnoszącym się do poz. 2 i 3 Tabeli, iż „Wykonawca nie zna przypadków, gdzie jest dostarczone inne oprogramowanie niż gwarantowane przez producentów urządzeń”, nie można uznać go za zasadny argument dla poparcia zarzutu odwołania. Zwłaszcza, gdy w ofercie uczestnika postępowania w poz. 3 wskazano oprogramowanie własne Enigma Pem Heart SDK, a zatem inne niż pochodzące

od producenta HSM (również Enigma zaoferowała HSM firmy Tales).

Nieprawidłowa jest również argumentacja odwołującego zawarta w pkt 10 odwołania, a polegająca na zrównaniu informacji podanych w poz. 2 Tabeli nr 1 przez odwołującego i przez uczestnika postępowania. Wskazana w Formularzu ofertowym

Uczestnika postępowania nazwa oprogramowania „Luna Network Client Licenses” nie stanowi tak jak u odwołującego niejednoznacznego opisu przedmiotu oferty, z tym, że przetłumaczonego na j. angielski, ale jest nazwą oprogramowania nadaną przez producenta. Określa ona konkretny produkt, o określonych właściwościach, uwzględniany (z użyciem tej właśnie nazwy) w ofertach i cennikach producenta. Przedmiot oferty uczestnika postępowania nie jest zatem nieokreślony, ale został wskazany przez użycie nazwy własnej oprogramowania - jest to istotna różnica w stosunku do oferty odwołującego i przesądzająca właśnie o prawidłowości oferty złożonej przez Enigma w porównaniu do podlegającej odrzuceniu oferty odwołującego.

Równie nieprzekonująca jest argumentacja przedstawiana w odwołaniu w odniesieniu do licencji na systemy operacyjne i motory bazodanowe.

Zarówno z treści Tabeli nr 1, gdzie nie podano nazwy oprogramowania, jak i z treści uzasadnienia odwołania, nie sposób jednoznacznie ustalić, jakie dokładnie oprogramowanie zostało zaoferowane przez odwołującego. Odwołujący powołuje się na zaoferowanie opensourcowej licencji, jednakże w dalszym ciągu nie sposób określić, co to za licencja, a tym samym - określić faktycznego przedmiotu oferty i rozwiązania, które ma zapewnić zgodność z wymaganiami Zamawiającego.

Odwołujący wymaga, aby zamawiający polegał w tym zakresie wyłącznie na deklaracji wykonawcy, że proponowane rozwiązanie jest prawidłowe i „będzie działać” zgodnie z SWZ. Jest to całkowite odwrócenie wymagania wynikającego z treści SWZ, którego przyjęcie prowadziłoby poza tym do niedopuszczalnego naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w sytuacji, w której oferta uczestnika postępowania zawierająca wymagane w SWZ informacje podlegała weryfikacji pod kątem zgodności z wymaganiami, nie korzystając z „domniemania prawidłowości”, na które powołuje się odwołujący. Odwołujący w treści złożonej oferty nie wskazał na żadną okoliczność chociażby uprawdopodobniającą prawidłowość przedmiotu oferty, nie zawarł w Formularzu oferty nawet informacji, że oferowana przez niego w poz. 7 licencja jest licencją open source, na czym w znacznej mierze opiera się argumentacja prezentowana przez niego w tej części odwołania.

Jedyną informacją o oferowanym w zakresie licencji na system operacyjny i motory bazodanowe rozwiązaniu odwołującego, jest to, iż jest to licencja pojedyncza (Odwołujący wpisał samodzielnie w treść Tabeli w kolumnie 4 liczba jednostek (sztuk) cyfrą „1”). To z kolei budzi uzasadnione zastrzeżenia, co do możliwości zaoferowania pojedynczej licencji zarówno na system operacyjny, jak i bazę danych, niezależnie od konieczności zapewnienia liczby odpowiedniej dla wymaganych przez zamawiającego środowisk, serwerów. Niewskazanie przez zamawiającego w SWZ minimalnej liczby licencji, nie przeczy okoliczności, na którą wskazuje sam odwołujący, tj., że oferowane rozwiązanie ma zapewnić zgodne z warunkami zamówienia funkcjonowanie całego rozwiązania, jak również, co wydaje się oczywiste ma być rozwiązaniem możliwym do zaoferowania, dostarczenia i implementacji. Niezależnie od tego jaki sposób spełnienia wymagań oferuje odwołujący, powinno to znaleźć wyraz we właściwym opisie zawartym w Tabeli nr 1, tak, aby zamawiający mógł ocenić prawidłowość rozwiązania i jego wyceny (zaoferowanej liczby licencji). To na odwołującym spoczywa ciężar wykazania, że zaoferowany przedmiot jest zgodny z wymaganiami zamawiającego. Prawidłowo sformułowana postępowaniu oferta powinna obejmować konkretne rozwiązanie i identyfikować je w sposób przewidziany przez zamawiającego w warunkach zamówienia (w tym przypadku - w Formularzu oferty), czego nie zapewnia oferta złożona przez odwołującego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. swz wraz z załącznikami, wyjaśnień treści swz wraz z modyfikacją nr 1, ofert odwołującego i przystępującego, pisma przystępującego z dnia 17 lutego 2022 r., informacji o wyniku postępowania z dnia 31 marca 2022 r. oraz dowody złożone na rozprawie przez odwołującego i przystępującego.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła:

Z SWZ wynika, że w pkt 2.1. zamawiający określił przedmiot zamówienia:

2.1.1. Przedmiot zamówienia jest określony we Wspólnym Słowniku Zamówień (CPV)

koDEM:

- 30236200 - 4 Urządzenia do przetwarzania danych
- 48421000 - 5 Pakiety oprogramowania do zarządzania urządzeniami
- 79132100- 9 Usługi uwierzytelniania podpisu elektronicznego
- 79132000- 8 Usługi uwierzytelniania

2.1.2. Przedmiotem zamówienia jest zakup kwalifikowanych usług zaufania

- zakup i instalacja dwóch urządzeń HSM, zakup licencji na oprogramowania, zakup certyfikatów kwalifikowanych e- pieczęci.

2.1.2.1. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi Załącznik nr 1 do Projektowanych postanowień Umowy stanowiących Załącznik nr 2 SWZ.

2.1.4. Przedmiotowe środki dowodowe:

2.1.4.1. Zamawiający nie wymaga wniesienia przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełnienia wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia.

2.1.7. Szczegółowe warunki realizacji zamówienia zawarte zostały w Projektowanych postanowieniach umowy stanowiących Załącznik nr 2 do SWZ.

Załącznik nr 1 formularz oferty

Tabela 1

1 urządzenia HSM wraz z oprogramowaniem wbudowanym -
.....(producent, model) ilość 2

2 licencje na oprogramowanie middleware - (nazwa
oprogramowania) ilość 2

3 licencje na oprogramowanie SDK - (nazwa opro-
gramowania) ilość 10

7 licencje na systemy operacyjne i motory bazodanowe -

... (nazwa oprogramowania) ilość.....* *Wypełnia Wykonawca.

Załącznik nr 2 do SWZ Umowa:

Definicje:

Licencja - Uprawnienie do korzystania przez Zamawiającego z Oprogramowania udzielone Zamawiającemu na podstawie umowy o korzystanie z Oprogramowania, zawartej przez Zamawiającego (licencjobiorcę) z podmiotem, któremu przysługują majątkowe prawa autorskie do Oprogramowania (licencjodawca), określającej pola eksploatacji i inne warunki, na jakich Zamawiający (licencjobiorca) jest uprawniony do korzystania z Oprogramowania albo na podstawie innego niż umowa dokumentu.

Odbiór - Potwierdzenie przez Zamawiającego należytego wykonania Umowy w zakresie poszczególnych zobowiązań Wykonawcy (dostawy elementów do obsługi opatrywania kwalifikowanymi pieczęciami elektronicznymi, sporządzenia projektu technicznego Rozwiązania, Wdrożenia Rozwiązania, sporządzenia koncepcji testów, sporządzenia Dokumentacji, świadczenia Usługi serwisu). Dowodem dokonania Odbioru jest odpowiedni Protokół Odbioru.

Oprogramowanie - Oprogramowanie istniejące i dystrybuowane na zasadach komercyjnych przez dostawcę, który zachowuje prawa własności intelektualnej do oprogramowania.

Przedmiot Umowy

1. Przedmiotem Umowy jest zakup kwalifikowanych usług zaufania obejmujący:

1) sprzedaż i dostawę 2 sztuk urządzeń technicznych HSM:

– producent....., model.....* ,

spełniających wymagania Qualified Signature Creation Device (QSCD) wraz z 36 miesięczną gwarancją i wsparciem producenta,

2) sprzedaż i dostawę Oprogramowania dla usługi opatrywania pieczęciami kwalifikowanymi dokumentów elektronicznych:

— *

— *

— *

* do uzupełnienia po odbiorze najkorzystniejszej oferty

3) Wdrożenie Rozwiązania,

4) sporządzenie i przekazanie Dokumentacji powykonawczej Rozwiązania,

5) dostawę, w terminie wskazanym przez Zamawiającego certyfikatów pieczęci elektronicznych, z okresem ważności 60 miesięcy,

6) udostępnienie, na zlecenie Zamawiającego pakietów usługi kwalifikowanego znakowania czasem,

7) świadczenie Usługi serwisu dostarczonego Rozwiązania przez okres 36 miesięcy począwszy od dnia Odbioru Wdrożenia Rozwiązania,

2. Szczegółowy OPZ stanowi Załącznik nr 1 do Umowy.

§ 2

Oświadczenia/zobowiązania Wykonawcy

4. Wykonawca oświadcza, iż w celu realizacji usługi nie jest konieczne zakupienie przez Zamawiającego żadnych dodatkowych licencji ani uprawnień poza opisanymi Umową, w tym szczegółowym OPZ, stanowiącym Załącznik nr 1 do Umowy i objętymi wynagrodzeniem Wykonawcy, o którym mowa w § 6 ust. 1.

5. Wykonawca oświadcza, że dostarczony sprzęt i oprogramowanie nie będą obciążone dodatkowymi kosztami (związanymi np. z licencjonowaniem) zależnymi od warunków eksploatacji, w tym od:

- liczby połączeń do HSM,
- liczby klientów lub oprogramowania korzystającego z usług opatrywania kwalifikowanymi pieczęciami elektronicznymi,
- udostępnienia zdalnego administrowania HSM,
- udostępnianych algorytmów.

§ 6

Wynagrodzenie umowne i zasady płatności

1. Maksymalne łączne wynagrodzenie brutto, tj. z uwzględnieniem podatku od towarów i usług (VAT), należne Wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotu Umowy, o którym mowa w §

1, nie przekroczy kwoty zł (słownie złotych:

.....), zgodnie Załącznikiem nr 11 (Formularz oferty).

2. Wynagrodzenie brutto Wykonawcy z tytułu dostawy HSM i Oprogramowania, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 1 i 2, wynosi zł (słownie złotych:), zgodnie Załącznikiem nr 11 (Formularz oferty), w tym:
- 1) z tytułu dostawy HSM, o której mowa w § 1 ust. 1 pkt 1, wynosi brutto..... zł (słownie złotych:.....),
- 2) z tytułu dostawy Oprogramowania, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 2, wynosi bruttozł (słownie złotych:.....).
3. Wynagrodzenie brutto Wykonawcy z tytułu Wdrożenia Rozwiązania i dostarczenia Dokumentacji powykonawczej Rozwiązania, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 3 i 4, wynosi zł (słownie złotych:), zgodnie Załącznikiem nr 11 (Formularz oferty).
4. Maksymalne wynagrodzenie brutto Wykonawcy z tytułu dostawy certyfikatów pieczęci elektronicznej, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 5, wynosi.....zł (słownie złotych:). Cena jednostkowa brutto certyfikatu pieczęci elektronicznej wynosi zł (słownie złotych:), zgodnie Załącznikiem nr 11 (Formularz oferty).
5. Maksymalne wynagrodzenie brutto Wykonawcy z tytułu udostępnienia pakietów usługi kwalifikowanego znakowania czasem, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 6, wynosi zł (słownie złotych:). Cena jednostkowa brutto pakietu usług kwalifikowanego znakowania czasem wynosi zł (słownie złotych:), zgodnie Załącznikiem nr 11 (Formularz oferty).
6. Maksymalne wynagrodzenie brutto Wykonawcy z tytułu świadczenia Usługi serwisu, o której mowa w § 1 ust. 1 pkt 7, wynosi zł (słownie złotych:), w tym maksymalne wynagrodzenie brutto Wykonawcy z tytułu świadczenia z tytułu świadczenia Usługi serwisu HSM, o których mowa w § 1 ust 1 pkt 1, wynosizł (słownie złotych:), a maksymalne wynagrodzenie brutto Wykonawcy należne Wykonawcy z tytułu świadczenia Usługi serwisu Oprogramowania, o którym mowa w § 1 ust 1 pkt 2, wynosi zł (słownie złotych:). Zryczałtowane miesięczne wynagrodzenie brutto należne Wykonawcy z tytułu świadczenia Usługi serwisu HSM, o których mowa w § 1 ust 1 pkt 1, wynosi.....zł (słownie złotych:), a zryczałtowane miesięczne wynagrodzenie brutto należne Wykonawcy z tytułu świadczenia Usługi serwisu Oprogramowania, o którym mowa w § 1 ust 1 pkt 2, wynosi zł (słownie złotych:), zgodnie Załącznikiem nr 11 (Formularz oferty).
7. Maksymalne łączne wynagrodzenie brutto, o którym mowa w ust. 1, zawiera wszelkie koszty Wykonawcy związane z realizacją przedmiotu Umowy określonego w § 1 i wyczerpuje wszelkie roszczenia Wykonawcy wobec Zamawiającego z tytułu wykonania Umowy. Wynagrodzenie określone w § 6 nie ulegnie zmianie w okresie obowiązywania Umowy z zastrzeżeniem § 14 ust. 6.

Załącznik nr 1 – Opis Przedmiotu Zamówienia

I. Szczegółowe wymagania dotyczące urządzeń.

Każde z urządzeń HSM musi:

1. znajdować się na liście QSCD, jako wymóg konieczny do przechowywania kwalifikowanych certyfikatów pieczęci elektronicznych;
2. posiadać wsparcie dla algorytmów symetrycznych, dotyczy to przynajmniej wsparcia dla kryptografii oraz kluczy symetrycznych: AES (128 i 256 bit), Triple DES;
3. posiadać wsparcie dla algorytmów asymetrycznych, dotyczy to przynajmniej wsparcia dla kryptografii oraz kluczy asymetrycznych opartych o algorytmy: RSA (2048, 4096 bit);
4. umożliwiać generowanie par kluczy kryptograficznych (symetrycznych i asymetrycznych);
5. umożliwiać fizyczną i logiczną ochronę kluczy kryptograficznych;
6. mieć wbudowaną funkcjonalność kontroli dostępu do kluczy kryptograficznych;
7. umożliwiać wykonywanie operacji z użyciem kluczy kryptograficznych;
8. umożliwiać archiwizację kluczy oraz odtwarzanie kluczy z kopii bezpieczeństwa przechowywanej poza urządzeniem, na dostarczony przez Wykonawcę bezpieczne urządzenie (dedykowany moduł zewnętrznego do wykonywania kopii bezpieczeństwa z takim samym poziomem certyfikacji jak dla głównego HSM);
9. zapewniać przechowywanie kluczy kryptograficznych wewnątrz urządzenia;
10. posiadać możliwość lokalnego i zdalnego (poprzez sieć LAN/WAN) zarządzania operacjami na kluczach kryptograficznych;
11. stanowić zamkniętą całość sprzętową, Zamawiający nie dopuszcza rozwiązania w postaci serwera z wewnętrzną kartą PCIe;
12. zapewniać minimalną wydajność odpowiednio:
 - 500 podpisów/s kluczem RSA o długości 2048 bitów w trybie pojedynczego podpisu;
 - 2 000 podpisów/s kluczem RSA o długości 2048 bitów w trybie podpisu wsadowego;
13. obsługiwać przez sieć wiele serwerów (min. 100 active) oraz oprogramowań w wielu lokalizacjach LAN;
14. umożliwiać umieszczenie indywidualnych kwalifikowanych pieczęci rozróżnialnych kluczy pieczęci na urządzeniu (max. 100 pieczęci);
15. umożliwiać tworzenie co najmniej 100 logicznych partycji do przechowywania materiału kryptograficznego;
16. zapewniać uwierzytelnienie do administrowania urządzeniem oraz każdą z partycji z użyciem mechanizmu silnego uwierzytelniania (np. z użyciem kart inteligentnych lub tokenów) i wspierać mechanizm kworum N z M (do poprawnego uwierzytelnienia wymagane jest przedłożenie N poświadczeń z zestawu M poświadczeń, gdzie $N \leq M$);
17. pozwalać na całkowicie zdalną administrację, bez konieczności asysty operatorów przy urządzeniu;
18. umożliwiać wykorzystanie interfejsów programistycznych (API) min.: PKCS#11, Microsoft CSP/CNG, JCE;
19. wspierać funkcje skrótu: SHA2 (SHA- 224, SHA- 256, SHA- 384, SHA- 512);
20. działać w trybie pracy wysokiej dostępności w klastrze typu active- pasive i active-active;
21. pozwalać na tworzenie kopii bezpieczeństwa materiału kryptograficznego, który jest w nim przechowywany oraz na jego odtwarzanie z kopii;

22. pozwalać na zestawienie bezpiecznego kanału komunikacyjnego pomiędzy HSM a serwerem uruchomionym w środowisku wirtualnym (np. VMware, Hyper-V);
23. posiadać obudowę o wysokości nie większej niż 1U, dostosowaną do montażu w szafie stelażowej 19";
24. posiadać wbudowane redundantne (min. 2) zasilacze hot-swap przystosowane do zasilania z sieci ~230V;
25. posiadać możliwość zestawienia bezpiecznego kanału komunikacyjnego pomiędzy oprogramowaniem wykorzystującym interfejs PKCS#11 a partycją w module HSM - przy założeniu, że klucze do zabezpieczenia tej komunikacji muszą być przechowywane w postaci pliku na kliencie korzystającym z HSM lub w dedykowanym elemencie sprzętowym;
26. zapewnić współpracę z Microsoft Windows Server 2012, 2016 i nowsze, Windows 10 i nowsze;
27. zapewnić współpracę z Linux 64 bit;
28. być dostarczone wraz z oprogramowaniem zapewniającym opatrywanie kwalifikowaną pieczęcią elektroniczną; posiadać oprogramowanie oraz dokumentację urządzeń w wersji językowej polskiej lub angielskiej. Dokumentacja powinna być dostępna w wersji elektronicznej oraz aktualna na dzień dostawy urządzeń;
29. posiadać wsparcie producenta urządzeń, tzn. w chwili składania oferty nie może istnieć opublikowana informacja dotycząca przewidywanego bądź postanowionego zakończenia standardowego wsparcia technicznego producenta przez cały okres trwania umowy;
30. być zgodne, wraz z dostarczonym oprogramowaniem, z QSCD oraz zarządzane w imieniu Zamawiającego przez kwalifikowanego dostawcę usług zaufania;
31. spełniać wszystkie wymagania dotyczące bezpieczeństwa oraz zużycia energii określone w obowiązującym w Polsce prawie;
32. być fabrycznie nowe, kompletne, nieużywane i bez oznak używania, nierefabrykowane, nieregenerowane, nienaprawiane, niepodlegające ponownej obróbce oraz w jednolitej konfiguracji;
33. posiadać gwarancję i wsparcie producenta urządzeń przez okres 36 miesięcy od dnia dostarczenia sprzętu do Zamawiającego.
34. zostać dostarczone wraz ze wszystkimi niezbędnymi elementami umożliwiającymi montaż w szafie (kable, szyny, uchwyty, śruby, etc.).

II. Szczegółowe wymagania dotyczące oprogramowania.

Wykonawca dostarczy bezterminowe licencje na:

1. oprogramowanie middleware - do administrowania urządzeniami oraz obsługi komunikacji z HSM i zarządzania danymi dla oprogramowania rozproszonego;
2. środowisko programistyczne (SDK – Software Development Kit) dla integratorów i użytkowników do tworzenia oprogramowania (na platformy MS Windows oraz Linux 64bit);
3. oprogramowanie realizujące usługi masowego opatrywania kwalifikowanymi pieczęciami dokumentów elektronicznych, która może zostać zintegrowana z systemami IT ZUS z wykorzystaniem usług sieciowych API lub współdzielonego zasobu dyskowego;
4. oprogramowanie klienckie realizujące pojedyncze i masowe usługi opatrywania dokumentów kwalifikowaną pieczęcią elektroniczną przez pracowników Zamawiającego:
 - 1) oprogramowanie realizujące usługi masowego opatrywania kwalifikowanymi pieczęciami dokumentów elektronicznych zainstalowane na serwerze musi:
 - a) obsługiwać równolegle min. 10 urządzeń HSM,
 - b) obsługiwać równolegle min. 200 par kluczy na każdym urządzeniu HSM,
 - c) obsługiwać równolegle min. 200 systemów IT Zamawiającego,
 - d) wspierać następujące standardy podpisów elektronicznych zgodnych z przepisami wykonawczymi do rozporządzenia eIDAS: PKCS#7, PDF & PDF/A, XAdES, CAdES, PAdES,

LTA,

- e) obsługiwać kwalifikowaną usługę znacznika czasu,
 - f) zapewniać obsługę następujących rodzajów podpisów elektronicznych:
zewnątrzny, wewnętrzny, kontrasygnata, równoległe,
 - g) zapewnić rozliczalność liczby użyć każdego z dostępnych certyfikatów,
 - h) zapewnić rozliczalność przeprowadzonych operacji podpisu przez każdego klienta,
 - i) zapewnić rozliczalność użyć kwalifikowanej usługi znacznika czasu,
 - j) zapewnić obsługę opatrzenia dokumentu wybranym przez Zamawiającego scenariuszem:
 - pieczęcią kwalifikowaną;
 - pieczęcią kwalifikowaną z kwalifikowanym znacznikiem czasu;
 - kwalifikowanym znacznikiem czasu;
 - k) obsługiwać oprogramowanie klienckie;
 - l) poprawnie pracować w środowisku MS Windows 2012 i wyższych oraz Linux 64 bit.
 - m) musi mieć możliwość wdrożenia w środowisku wirtualnym;
- 2) oprogramowanie klienckie realizujące usługi pojedynczego opatrywania kwalifikowanymi pieczęciami dokumentów elektronicznych przez pracowników ZUS zainstalowane na stacji pracownika ZUS musi:
- a) zapewnić autoryzację pracownika do usług w oparciu o AD (Active Directory) Zamawiającego i z uwzględnieniem udostępnionych mu e- pieczęci ze zbioru wszystkich certyfikatów, z których mogą korzystać pracownicy;
 - b) zapewnić możliwość podpisywania dokumentu na stacji klienckiej bez wysyłania dokumentu na serwer;
 - c) zapewnić realizację pojedynczej usługi w czasie krótszym niż 20 sekund;
 - d) zapewnić obsługę opatrzenia dokumentu wybranym przez użytkownika scenariuszem:
 - pieczęcią kwalifikowaną;
 - pieczęcią kwalifikowaną z kwalifikowanym znacznikiem czasu;
 - kwalifikowanym znacznikiem czasu.
 - e) posiadać instrukcję oraz dokumentację eksploatacyjną, w języku polskim;
 - f) poprawnie pracować w środowisku MS Windows 10 i wyższych;
 - g) zapewnić wykrywanie ustawień proxy internet w systemie MS Windows 10 i wyższych w celu sprawdzenia listy CRL .
5. Rozwiązania powinny zostać wdrożone w trybie wysokiej dostępności (High- Availability) w obszarze oprogramowania.
6. pozostałe niezbędne do prawidłowego działania Rozwiązania licencje dla dostarczonego oprogramowania oraz licencji konfiguracyjnych dla dostarczonych urządzeń HSM.
7. niezbędne licencje na systemy operacyjne i motory bazodanowe z minimalnym 3- letnim wsparciem technicznych producenta. W przypadku użycia w Rozwiązaniu systemów operacyjnych lub motorów bazowanych z licencją otwartą (open source) Wykonawca będzie świadczył Usługę serwisu przez okres Umowy.

Modyfikacja nr 1:

Zmianie ulega pkt I Załącznika 1 do Projektowanych Postanowień Umowy, które stanowią

Załącznik nr 2 do SWZ, poprzez dodanie ust. 35 w brzmieniu:

35. umożliwiać zarządzanie urządzeniami HSM, generowanie statystyk operacji kryptograficznych służących do monitorowania wydajności urządzenia, przy użyciu rozwiązań wbudowanych lub poprzez dostarczenie i integrację urządzenia z posiadanym narzędziem Crypto Command Center lub dostawy innego narzędzia monitorowania wydajności urządzenia. W przypadku dostarczenia HSM współpracującego z narzędziem Crypto Command Center Wykonawca zobowiązany jest do integracji z Rozwiązaniem lub wdrożenia innego narzędzia do zarządzania i monitorowania wydajności urządzenia.

Wyjaśnienia treści SWZ:

Pytanie nr 3

dot. pkt. 5 część II – Rozwiązania powinno zostać wdrożone w trybie wysokiej dostępności (High – Availability) w obszarze oprogramowania.

Czy Zamawiający oczekuje wdrożenia oprogramowania w dwóch lokalizacjach (ośrodek podstawowy, ośrodek zapasowy) połączonych w klastrze HA, czy też oprogramowanie ma być wdrożone w większej liczbie lokalizacji tworząc tryb wysokiej dostępności (High – Availability). Jeśli Oprogramowanie ma być wdrożone w więcej niż dwóch ośrodkach prosimy o podanie liczby ośrodków w których ma zostać przeprowadzone wdrożenie.

Odpowiedź nr 3

Zamawiający podtrzymuje postanowienia SWZ. Jednocześnie wyjaśnia, że wymaga wdrożenia oprogramowania w dwóch lokalizacjach (ośrodek podstawowy, ośrodek zapasowy) połączonych w klastrze HA (High – Availability). W każdym z ośrodków oprogramowanie powinno być wdrożone w trybie wysokiej dostępności HA – Zgodnie z pkt. 5 część II Załącznikiem 1 do Projektowanych Postanowień Umowy, które stanowią Załącznik nr 2 do SWZ.

Pytanie nr 4

Pytania do Opisu Przedmiotu Zamówienia.

Dot.: I Szczegółowe wymagania dotyczące urządzeń.

Pytanie do punktu 13:

Czy Zamawiający formułując wymaganie „Każde z urządzeń HSM musi (...) 13. obsługiwać przez sieć wiele serwerów (min. 100 active) oraz oprogramowań w wielu lokalizacjach LAN” ma na myśli możliwość korzystania z usługi pieczęci przez 100 zewnętrznych serwerów oraz oprogramowań?

Odpowiedź nr 4

Zamawiający podtrzymuje postanowienia SWZ. Jednocześnie wyjaśnia, że wymaga wdrożenia Rozwiązania z możliwością obsługi przez sieć wielu serwerów (min. 100 active) oraz oprogramowań w wielu lokalizacjach LAN. W przypadku dostarczenia Rozwiązania z licencjonowaniem na liczbę klientów podłączanych do urządzenia, Zamawiający wymaga dostarczenia dodatkowo liczby licencji klienckich właściwej dla zaoferowanego Rozwiązania. Zamawiający wymaga Rozwiązania wdrożonego z zachowaniem wysokiej dostępności oraz

wydajności – Zgodnie z pkt. 15 część I Załącznikiem 1 do Projektowanych Postanowień Umowy, które stanowią Załącznik nr 2 do SWZ.

Pytanie nr 5

Dot.: II Szczegółowe wymagania dotyczące oprogramowania. Pytanie do punktu 1
Czy w wymaganiu dot. dostarczenia bezterminowej licencji na oprogramowanie middleware do administrowania oraz obsługi komunikacji z HSM i zarządzania danymi dla oprogramowania rozproszonego Zamawiający oczekuje dostarczenia licencji na oprogramowanie umożliwiające centralne zarządzanie urządzeniami HSM?

Odpowiedź nr 5

Zamawiający podtrzymuje postanowienia SWZ. Jednocześnie wyjaśnia, że wymaga dostarczenia bezterminowej licencji na oprogramowanie middleware w rozumieniu oprogramowania pośredniczącego – Zgodnie z pkt. 1 część II Załącznikiem 1 do Projektowanych Postanowień Umowy, które stanowią Załącznik nr 2 do SWZ.

Oferta odwołującego:

- 1 urządzenia HSM wraz z oprogramowaniem wbudowanym - LUNA NETWORK HSM S700 (producent, model) ilość 2 cena łączna brutto 341940,00
- 2 licencje na oprogramowanie middleware - oprogramowanie producenta HSM (nazwa oprogramowania) w cenie poz. 1 ilość 2
- 3 licencje na oprogramowanie SDK - oprogramowanie producenta HSM (nazwa oprogramowania) w cenie poz. 1 ilość 10
- 7 licencje na systemy operacyjne i motory bazodanowe - (nazwa oprogramowania) ilość 1

Oferta Enigma:

- 1 urządzenia HSM wraz z oprogramowaniem wbudowanym - Thales Luna Network HSM S700 (producent, model) ilość 2 w cenie brutto 410 082,00
- 2 licencje na oprogramowanie middleware - Luna Network Client Licenses (nazwa oprogramowania) ilość 2 w cenie brutto 6 231,18
- 3 licencje na oprogramowanie SDK - Enigma Pem Heart SDK (nazwa oprogramowania) ilość 10 w cenie brutto 76 260,00
- 7 licencje na systemy operacyjne i motory bazodanowe - Cent OS, PostgreSQL (open source) (nazwa oprogramowania) 0,00 ilość 6

Pismo Enigma z dnia 17 lutego 2022 r.

W związku z toczącym się postępowaniem i etapem badania i oceny ofert, Enigma zwrócił uwagę na nieprawidłowości w ofercie Wykonawcy Eurocert sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Eurocert”).

Udostępniona treść oferty Eurocert - Formularz oferty, pkt 4. Formularz cenowy, Tabela 1, ujawnia błędy w złożonej przez Eurocert ofercie, które oznaczać mogą niezgodności stanowiące podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp ze względu na niezgodność z warunkami zamówienia. Zastrzeżenia dotyczą m.in. poniższych, ewidentnych błędów w ofercie:

- Eurocert nie wskazał w poz. 2 i 3 w kolumnie 1 Tabeli nr 1 wymaganej nazwy oferowanego oprogramowania;
- Eurocert nie określił ceny jednostkowej licencji oferowanych w poz. 2 i 3 Tabeli nr 1 - wskazanie, iż ceny te uwzględniono w cenie poz. 1 nie czyni zadość wymaganiom Zamawiającego, zgodnie z którymi Zamawiający wymagał określenia i podania tych informacji w Formularzu cenowym;
- Eurocert w poz. 7 nie wskazał nazwy oferowanego oprogramowania systemów operacyjnych i motorów bazodanowych oraz podał dla nich cenę w wysokości 0,00 PLN netto, nie wskazując ich wartości, a mimo to podając liczbę „1” w kolumnie 4 (liczba sztuk), mimo iż warunki zamówienia wskazują, iż wymagane jest dostarczenie większej ilości licencji. Jakkolwiek staranność prowadzenia postępowania może wymagać od Zamawiającego wyczerpania procedury wezwania do wyjaśnień z art. 223 ust. 1 Pzp, w celu uzyskania od Eurocert informacji o tym, czy i jakie oprogramowanie oraz w jakich cenach jednostkowych wycenił w poz. 2, 3 i 7 Tabeli nr 1, to jednak, charakter popełnionych błędów wskazuje, że jeśli nawet stanowią one omyłki Wykonawcy, to nie będzie możliwe ich poprawienie w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zmiana treści oferty polegająca na określeniu oferowanego produktu oraz jego ceny jednostkowej, stanowi istotną zmianę, nie pozwalającą na poprawienie w trybie innej omyłki przewidzianym w przepisach Pzp. Wyjaśnienia treści oferty mogą służyć wyłącznie wyjaśnieniu rozbieżności lub treści zawartej w ofercie, ale nie jej uzupełnieniu o informacje istotne z punktu widzenia oferowanego Zamawiającemu świadczenia, których nie sposób ustalić na podstawie pozostałej treści oferty. W tym przypadku, brak podania w szczególności nazw oferowanego oprogramowania w wierszach 2, 3 i 7 uniemożliwia Zamawiającemu weryfikację oferowanego rozwiązania, jak również nie będzie możliwe ustalenie czy dostarczone mu rozwiązanie będzie zgodne z tym, które zostało ujęte w ofercie Wykonawcy. Szczególnie, w

przypadku takim, z jakim mamy do czynienia w odniesieniu do oferty Eurocert, gdzie ustalenie „brakującego” zakresu oferty nie jest jednoznaczne i możliwe jest zaoferowanie w ramach całości rozwiązania, oprogramowania, które nie będzie zgodne z SWZ.

Niezależnie od powyższego, na niezgodność z warunkami zamówienia, wskazuje zaoferowanie pojedynczej liczby sztuk licencji na oprogramowanie w poz. 7 Tabeli nr 1, gdzie zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, należało ująć licencje zarówno na oprogramowanie będące systemem operacyjnym, jak i bazą danych - sztuk takich licencji powinno być więcej, co najmniej dwa razy tyle, co uruchomionych środowisk, ze względu na wymóg wdrożenia rozwiązania w trybie wysokiej dostępności (High-Availability) w obszarze oprogramowania. Treść Formularza ofertowego Eurocert, która poprzez brak podania nazwy i ceny jednostkowej wskazuje, iż zakres ten w ogóle nie został objęty ofertą Wykonawcy, nie pozwala na zapewnienie, że w ramach oferowanego rozwiązania możliwe będzie spełnienie wymagań SWZ w zakresie tego oprogramowania i licencji na nie. Ustawa przewiduje tryb wyjaśnień treści oferty, jednak służy on jedynie rozwianiu wątpliwości Zamawiającego, natomiast to na Wykonawcy spoczywa ciężar złożenia oferty potwierdzającej zgodność z warunkami zamówienia.

Dotyczy to również poz. 2 i 3, gdzie Wykonawca opisał jedynie ogólnie, że oferuje „jakieś” oprogramowanie (podczas gdy istnieje możliwość do zaoferowania oprogramowania nie spełniającego wymagań SWZ) oraz wskazał, iż jego wycena została uwzględniona w poz. 1 Tabeli 1, wraz z innym oferowanym komponentem. Jest to, co potwierdza również orzecznictwo KIO, działanie niezgodne z przepisami ustawy Pzp oraz zasadami równego traktowania Wykonawców. W sytuacji, w której Zamawiający żąda podania w ofercie określonych informacji, wszyscy Wykonawcy zobowiązani są do ich podania, niezależnie od tego, jaką konstrukcję ofertowania przyjmują. Oznacza to, iż Wykonawca, po upływie terminu na składanie ofert, nie może powoływać się np. na wycenę otrzymywaną w określonej postaci od producenta lub własny sposób ofertowania, aby uchylić się od złożenia treści oferty zgodnej z wymaganiami Zamawiającego. Jedyną możliwością wpływu na zmianę takich wymagań, byłoby kwestionowanie zasadności żądania ich przez Zamawiającego na etapie przed upływem terminu na składanie ofert, co w tym przypadku nie zostało skutecznie przeprowadzone. W przypadku, gdy żądanie takie zostało utrwalone w warunkach zamówienia, Zamawiający nie może odstąpić od jego wymagania wobec każdego z Wykonawców, zgodnie z zasadami równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Jakkolwiek zatem zasadne może być poprzedzenie decyzji Zamawiającego wezwaniem Eurocert do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 Pzp, wątpliwe wydaje się, aby udzielona odpowiedź umożliwiała poprawienie oferty w sposób zgodny z przepisami lub też uznanie jej za zgodną z warunkami zamówienia. W takim przypadku, zasadne jest podjęcie przez Zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty Eurocert, szczególnie, gdy wskazane niezgodności lub dążenie do niedozwolonej zmiany treści złożonej oferty, znajdują potwierdzenie w udzielanych przez Eurocert wyjaśnieniach w zakresie rażąco niskiej ceny złożonej oferty (wezwanie uzasadnione w świetle ponad 30%-owej różnicy w stosunku do wartości referencyjnych).

Informacja o wyniku postępowania z dnia 31 marca 2022 r.

III. Informacja o Wykonawcach, których oferty zostały odrzucone:

Wykonawca:

EUROCERT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

Podstawa prawna:

art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Uzasadnienie faktyczne:

Treść złożonej przez firmę EUROCERT Sp. z o.o. oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zamawiający w pkt II Załącznika nr 1 – Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”) do Projektowanych postanowień umowy (stanowiących Załącznik nr 2 do Specyfikacji Warunków Zamówienia) wymagał przedstawienia w ofercie oprogramowania w zakresie oferowanych przez wykonawcę licencji.

Ponadto stosownie do Tabeli nr 1 w Załączniku nr 1 do SWZ - Formularz ofertowy, w poz. 2 - 7 dla każdej licencji wymagano podania przez wykonawcę nazwy oferowanego oprogramowania. Firma EUROCERT Sp. z o.o. składając ofertę nie podała w poz. 2, 3 oraz 7 nazwy

oferowanego oprogramowania, do czego zgodnie z SWZ była zobowiązana. Z uwagi na ten fakt niemożliwa jest przez Zamawiającego weryfikacja oferowanego rozwiązania. Dodatkowo Zamawiający uważa za niemożliwe ustalenie czy oferowane rozwiązanie przez firmę EU-ROCERT Sp. z o.o. jest zgodne z tym, które Wykonawcy planuje wdrożyć. Wskazania również wymaga, że Wykonawca w swojej ofercie w poz. 7 kol. 4 zadeklarował ilość jednostek „1”, gdzie Zamawiający zgodnie z SWZ wymagał dostarczenia co najmniej 2 szt. wymaganej licencji na systemy operacyjne i motory bazodanowe. Wobec stwierdzonych w/w niezgodności oferty firmy EUROCERT Sp. z o.o., Zamawiający postanawia odrzucić ofertę jako niezgodną z warunkami zamówienia.

Z opinii OPTeam wynika, że jego ofercie znajdują się rozwiązania oparte o urządzenia kryptograficzne (w tym HSM) oraz systemy o nie oparte. Zdaniem OPTeam oferta odwołującego przedstawia system do kompleksowej usługi zapewniającej obsługę opatrywania kwalifikowalnymi pieczęciami elektronicznych dokumentów. Zastosowanie dwóch urządzeń HSM zapewni redundancję elementów sprzętowych (hardware) systemu. Licencje na oprogramowanie pośredniczące (middleware) i SDK są zwyczajowo dostarczane przez producentów HSM i zwyczajowo stanowią jedność z dostarczającymi urządzeniami. Zaoferowane rozwiązanie w części programowej (software) w postaci nielimitowanych licencji na oprogramowanie podpisujące dokumenty (pieczętujące), licencji klienckich dla tego oprogramowania przy jednoczesnym użyciu otwartego oprogramowania (open source) bazodanowego i systemu operacyjnego stanowi o kompletności usługi, którą chce dostarczyć oferent. Jednocześnie jak udało się ustalić z dostępnej dokumentacji zamawiający nie przedstawił (nie zażądał) konkretnej architektury rozwiązania, jak i nie przedstawił informacji o aktualnym stanie architektury techniczno-informatycznej, używanych urządzeniach sieciowych, systemach operacyjnych, bazach danych, systemach aplikacyjnych itp.

Zamawiający nie przedstawił żadnych założeń co do integracji zamawianego systemu z obecną infrastrukturą z wyjątkiem systemu HP Service Manager i (po modyfikacji zapytania) Crypto Command Center, tak więc zaoferowanie licencji na bazę danych oraz system operacyjny w postaci jednej licencji open source bez podania nazwy jest najrozsądniejszym rozwiązaniem. W żaden sposób nie ogranicza to zamawiającego (nie naraża na dodatkowe koszty) podczas włączania dostarczanego systemu do istniejących zasobów zamawiającego. Tego typu podejście sugeruje możliwość dowolnego stworzenia architektury co jest bardzo pomocne przy braku znajomości infrastruktury zamawiającego. Nie naraża żadnej ze stron na dodatkowe koszty i jest przyjazne dla użytkowników (administratorów) systemu.

Z maila Ł. K. do T. S. z dnia 21 kwietnia 2022 r. godz. 17.27 wynika, że przesłał on odbiorcy SWZ, informację o przetargu, ofertę odwołującego, odwołanie odwołującego i informację o wyborze oferty z pytaniem, czy oferta odwołującego jest w stanie zrealizować oczekiwania zamawiającego - dostarczenie systemu do pieczętowania dokumentów, urządzeń licencji, certyfikatów?

Z maila T. S. z dnia 21 kwietnia 2022 r. godz. 21:33 wynika, że wstępnie przeanalizowane nadesłane dokumenty i wynika z nich, że przedmiotem zamówienia jest zakup kwalifikowanych usług zaufania obejmujący w szczególności 7 usług. Eurocert posiada kwalifikacje i doświadczenie niezbędne do należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Zakupione kwalifikowane usługi zaufania mają być świadczone „on-site” w siedzibie zamawiającego, a poszczególne komponenty, takie jak urządzenia HSM, czy oprogramowanie systemowe, bazodanowe i aplikacyjne mają tworzyć kompletne rozwiązanie. Zamówienie nie obejmuje sprzętu na którym zamawiane oprogramowanie ma zostać wdrożone. Zamawiający nie określił szczegółowych wymagań technicznych na inne komponenty niż HSM, którego rolą jest ochrona materiału kryptograficznego oraz zapewnienie bezpieczeństwa realizacji funkcji kryptograficznych, na których opierają się usługi zaufania. Zamawiany HSM ma spełniać wymagania QSCD, co jest warunkiem koniecznym świadczenia kwalifikowanych usług zaufania.

Szczegółowe wymagania dotyczące oprogramowania zawarto w szczególności w pkt 7 rozdziału II Opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ zawierającego projektowane postanowienia umowy w brzmieniu „niezbędne licencje na systemy operacyjne i motory bazodanowe z minimalnym trzyletnim wsparciem technicznym producenta. W przypadku użycia w rozwiązaniu systemów operacyjnych lub motorów bazodanowych z licencją otwartą (open source) wykonawca będzie świadczył usługę serwisu przez okres umowy.” Mając na względzie powyższe wymagania, szczegóły w zakresie systemów operacyjnych oraz motorów bazodanowych opartych na oprogramowaniu otwartym (open source), można, a nawet należy uzgodnić na etapie projektu technicznego, a wybór tego oprogramowania nie ma wpływu na cenę (licencja nie wymaga wnoszenia płać). Wybór optymalnego rozwiązania implementacji systemów operacyjnych i baz danych jest uzależniony od środowiska zamawiającego, w którym ma zostać ono zaimplementowane (najczęściej będą to tzw. maszyny wirtualne). Należności ryczałtowe z tytułu utrzymania tego oprogramowania są ujęte w kosztach serwisu (tabela nr 2).

Z oferty nr U-14864 wynika, że przystępujący otrzymał ofertę od Clico sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie na urządzenie LUNA NETWORK HSM S700. W tym na Client Licences Luna NETWORK HSM7 o kodzie 908-000402-001-001, przy czym jak wynika to z załączonego cennika ten kod odpowiada 1 - 10 licencji

Reasumując uważamy, że zasadnym jest stwierdzenie, że przedstawiona oferta (wypełniony załącznik nr 2) jest kompletna, poprawna technicznie i możliwa do realizacji, a posiadane kompetencje i doświadczenie Eurocert dają realne podstawy do stwierdzenia, że zamówienie na zakup kwalifikowanych usług zaufania powinno zostać zrealizowane zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi określone w art. 525 ust. 1 - 3 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego pod zarzutem, że treść tej oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj.

- a. pkt II Załącznika nr 1 - Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”) do Projektowanych postanowień umowy (stanowiących Załącznik nr 2 do SWZ). Wedle twierdzenia zamawiającego zawarto tam wymóg przedstawienia w ofercie oprogramowania w zakresie oferowanych przez wykonawcę licencji. Tymczasem, pkt II Załącznika nr 1 do OPZ zawiera wskazanie wymagań dotyczących oprogramowania, notabene spełnionych przez odwołującego, a nie wskazania co do sposobu wypełnienia formularza ofertowego;
- b. rzekomego obowiązku wskazania konkretnych nazw własnych licencji na oprogramowanie wpisanych do Tabeli nr 1 w Załączniku nr 1 do SWZ - Formularz ofertowy (Formularz Cenowy), w poz. 2, 3 i 7 pomimo iż SWZ w żadnym postanowieniu nie wymaga wskazania tych danych;
- c. rzekomego obowiązku dostarczenia więcej niż jednej licencji na systemy operacyjne i motory bazodanowe, podczas gdy SWZ w żadnym postanowieniu nie wprowadza minimalnych parametrów ilościowych dla tego oprogramowania

Zarzuty zasługują na uwzględnienie. Jeżeli chodzi o pozycje 2 i 3 zamawiający wskazał, że w formularzu cenowym oczekuje wskazania nazwy oprogramowania, a nie nazwy licencji. Zamawiający jednocześnie w załączniku nr 2 do SWZ definiował, co rozumie pod pojęciem oprogramowania i licencji. Nazwa licencji nie była przez zamawiającego wymagana w żadnej ze spornych pozycji. Tym samym wskazanie w poz. 2 nazwy Client Licenses Luna Network HSM7 czy jakiegokolwiek, innej nie było zgodne z wymaganiem zamawiającego. Skoro tak, to porównanie oferty odwołującego i uczestnika postępowania, nie mogło mieć w tym zakresie znaczenia dla rozstrzygnięcia, gdyż treść oferty przystępującego nie mogła stanowić wzorca odniesienia przy badaniu zgodności oferty z warunkami zamówienia. W tym zakresie nieprzydatny dla rozstrzygnięcia był również dowód przedłożony przez przystępującego, gdyż na jego podstawie Izba nie była w stanie ustalić nazwy oprogramowania, jaką należało wskazać dla licencji middleware i SDK dla urządzeń Luna Network HSM S7000. Odwołujący wskazał w poz. 2 i 3 oprogramowanie producenta HSM i podał, że cena jest wliczona w cenę w poz. 1. W żaden sposób nie zostało w postępowaniu wykazane, że istnieje nazwa oprogramowania producenta HSM, którą powinna przyjąć inne brzmienie niż wskazane przez odwołującego. Zamawiający nie próbował tej okoliczności dowodzić twierdząc jedynie, że powinna być podana, bo tego wymagał, a przystępujący wykazał, że jest nazwa dla licencji na oprogramowanie middleware, ale nie wskazał jaka jest nazwa tego oprogramowania, co do pozycji 3, to przystępujący wskazał, że zaoferował oprogramowanie nie będące oprogramowaniem producenta HSM, a zatem z tej okoliczności także nie można wywieść negatywnych skutków dla odwołującego, który oferuje oprogramowanie producenta HSM. Izba odczytuje ofertę odwołującego w sposób odmienny od przedstawionego przez zamawiającego i

przystępującego, w ocenie Izby odwołujący wskazując w poz. 1 producenta HSM Luna Network HSM S700 dla urządzenia HSM wraz z wbudowanym oprogramowaniem i następnie w poz. 2 i 3 wskazując, że licencje dotyczą oprogramowania producenta HSM oraz wliczone są w cenę urządzeń tego producenta wyraźnie sprecyzował, że chodzi o oprogramowanie producenta Luna Network HSM S700, bo skoro bowiem sprecyzował producenta urządzenia i samo urządzenie i dodatkowo wskazał, że koszt nabycia tak urządzeń jak i licencji zawiera się w koszcie zakupu urządzeń, to w ocenie Izby bez przedstawienia dowodu przeciwnego trudno jest uznać, że oprogramowanie middleware i SDK miałyby pochodzić od producenta innego niż producent Luna Network HSM S700. Co więcej przeciwnie niż przystępujący, odwołujący nie wskazał w żadnej z tych pozycji, że oferuje oprogramowanie własne, wskazał, że będzie to oprogramowanie producenta urządzenia. W ocenie Izby niewskazanie nazwy oprogramowania przy jednoczesnym określeniu producenta tego oprogramowania i wskazaniu urządzenia, z którym ma współpracować pozwala zamawiającemu na weryfikację złożonej oferty. Za nadmiarowe i nie wynikające z treści oferty Izba uważa odczytywanie jej treści w oderwaniu od tego, co rzeczywiście zostało zaoferowane, tym samym Izba nie dała wiary twierdzeniom zamawiającego, że to może być oprogramowanie dowolnego producenta urządzeń HSM.

Izba stoi na stanowisku, że przedmiot zamówienia w zakresie poz. 2 i 3 został skonkretyzowany w sposób umożliwiający jego weryfikację. Izba ponownie podkreśla, że zamawiający nie wymagał nazw licencji, ale nazwy oprogramowania, tym samym brak podania nazw licencji nie może świadczyć o niezgodności treści oferty z treścią SWZ.

Izba zauważa także, iż treść SWZ nie jest jednoznaczna co do momentu obowiązku podania nazw oprogramowania. Z powołanego przez zamawiającego par. 1 ust. 1 pkt 2 załącznika nr 2 do SWZ z wyjaśnienia zawartego przy gwiazdce wynika bowiem, że pola wykropkowane w zakresie sprzedaży i dostawy oprogramowania dla usługi opatrywania pieczęciami kwalifikowanym dokumentów elektronicznych są do uzupełnienia po odbiorze oferty najkorzystniejszej. Ustawa Pzp nie zna pojęcia odbioru oferty najkorzystniejszej, zamawiający nie wskazał, że jest to moment wyboru oferty najkorzystniejszej, a jednocześnie podał definicję odbioru, czyli moment potwierdzenia przez zamawiającego należytego wykonania umowy w zakresie poszczególnych zobowiązań wykonawcy. Tym samym w ocenie Izby, co najmniej wątpliwe, jest wysnuwanie na podstawie takiego opisu twierdzenia, że momentem wprowadzenia do umowy nazw oprogramowania jest data złożenia oferty. Słusznie w ocenie Izby podnosi odwołujący, że przedmiotem zamówienia był zakup kwalifikowanych usług zaufania w tym zakup i instalacja dwóch urządzeń HSM, zakup licencji do oprogramowania, zakup certyfikatów kwalifikowanych e-pieczęci. Zatem zamawiający nie nabywa oprogramowania dedykowanego mu do świadczenia usług kwalifikowanych zaufania, ale jedynie licencje do takiego oprogramowania, a mimo to oczekuje w ofercie podania nie nazw licencji, które pozwalałyby mu na weryfikację bezterminowości licencji, czy braku ograniczeń, o których mowa w par. 1 ust. 5 załącznika nr 2 do SWZ, ale nazw samego oprogramowania, które przecież może mieć przypisanych kilka modeli licencjonowania, otwartych, zamkniętych, z ograniczeniami terytorialnymi, przedmiotowymi lub bez takich ograniczeń. Co więcej zamawiający nie określa w sposób spójny, kiedy informacje o nazwie oprogramowania mają mu być podane, czy to w ofercie, jak wskazuje on i uczestnik na rozprawie, czy po odbiorze oferty najkorzystniejszej jak wynika z projektowanych postanowień umowy. Tym samym z tych niejednoznaczności SWZ, w ocenie Izby, nie można wyciągać negatywnych konsekwencji dla wykonawcy.

W konsekwencji skoro SWZ jest niejednoznaczna, co do tego kiedy należało podać nazwy oprogramowania i co jeszcze raz należy podkreślić nazwy oprogramowania nie przesądzały o modelu licencjonowania, nie można było uznać, że brak podania nazwy oprogramowania w poz. 7 formularza cenowego jest istotnym brakiem skutkującym niezgodnością oferty z warunkami zamówienia. Nie bez znaczenia jest także fakt, że zarówno odwołujący jak i przystępujący wycenili poz. 7 na zero złotych, brak wpływu tej pozycji na wartość zamówienia potwierdza także korespondencja elektroniczna z T. S. z PTI. W ocenie Izby odwołujący uwzględnił licencje na systemy operacyjne i motory bazodanowe, gdyż wypełnił ilość tych licencji. Nie można zatem uznać, że świadczenie w tym zakresie nie zostało zaoferowane. Biorąc pod uwagę treść art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy, gdyby nie niespójność SWZ, o której mowa wyżej, ewentualna niezgodność w zakresie poz. 7 jako niepowodująca istotnych zmian w treści oferty nadawałaby się do poprawienia.

Izba nie podziela również stanowiska zamawiającego i uczestnika, że liczba 1 licencji na oprogramowanie systemów operacyjnych i motorów bazodanowych była niezgodna z treścią SWZ. W ocenie Izby zamawiający jedynie swoje wymagania dotyczące tych licencji sformułował w pkt 7 rozdziału II załącznika nr 1 do umowy. Z tego punktu wynika zaś jedynie to, że jeśli licencje są producenckie, to mają mieć 3 letnie wsparcie producenta, a jeśli open source, to serwis ma świadczyć wykonawca przez czas umowy. Natomiast z tego punktu nie można wywieść, ile licencji ma być. Zamawiający na rozprawie i w odpowiedzi na odwołanie podnosił, że nie ma jednej licencji na system operacyjny i systemy motorów baz danych, ale nie wskazał minimalnej ilości systemów operacyjnych czy baz danych, zatem nie ma wzorca do którego można odnieść daną podaną w ofercie odwołującego - „licencja 1 szt.” Nie za-

sługuje także na uwzględnienie argumentacja o konieczności 2 licencji z uwagi na pkt 5 rozdziału II czyli konieczność zapewnienia wysokiej dostępności w lokalizacji podstawowej i zastępczej. Gdyby połączyć oba stanowiska zamawiającego okazałoby się bowiem, że niezbędne są co najmniej 4 licencje - po jednej na system operacyjny lokalizacji podstawowej i zastępczej i po jednym na system motorów baz danych w obu lokalizacjach, czyli argumentacja zamawiającego pozostaje w wewnętrznej sprzeczności, bo 2 licencje w tym modelu, to za mało, powinny być minimum 4. Izba wzięła także pod uwagę zapytanie nr 3 w którym wykonawca zmierzał do ustalenia ilości wdrożeń, a nie ilości licencji, co więcej w pytaniu z góry założono wdrożenie w dwóch lokalizacjach, pytanie dotyczyło tego, czy wdrożenie dotyczy jeszcze innych ośrodków poza dwoma. W konsekwencji tak pytanie, jak i odpowiedź, nie dotyczyły ilości licencji w poz. 7. Mając to na uwadze Izba nie dała wiary w tym zakresie stanowisku zamawiającego. Natomiast w ocenie Izby odwołujący w sposób przystępny i jednoznaczny na rozprawie wskazał, że zamierza zapewnić wysoką dostępność przy zachowaniu zaoferowanej 1 licencji przez zawarcie w jej zakresie uprawnienia do kopiowania licencji na kolejne urządzenia. Tym samym w ocenie Izby zamawiający nie wykazał, że jego stanowisko o niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia znajduje odzwierciedlenie w treści SWZ. Mając powyższe na uwadze zarzut odwołania należało uznać za zasadny, a odrzucenie oferty odwołującego nie zgodne z przepisami ustawy. Z tego względu konieczne stało się nakazanie unieważnienia dotychczasowych czynności zamawiającego i nakazanie przywrócenia oferty odwołującego do postępowania.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 239 ust. 1 i ust. 2 ustawy przez wybór oferty mniej korzystnej niż oferta odwołującego, pomimo tego, iż oferta odwołującego była ważna i nie podlegała odrzuceniu.

Zarzut potwierdził się. Zasadność zarzutu wynika z uwzględnienia zarzutu poprzedzającego, skoro bowiem oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu, to powinna być przez zamawiającego przywrócona do postępowania, zamawiający powinien dokonać jej badania i oceny w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert, a następnie dopiero dokonać wyboru z uwzględnieniem tej oferty. Takich czynności zamawiający w postępowaniu nie dokonał, a zatem czynność wyboru oferty najkorzystniejszej została dokonana niezgodnie z przepisami ustawy i należało nakazać jej unieważnienie.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 553 zdanie 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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) na podstawie par. 5 ust. pkt. 1 w związku z par. 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia obciążając kosztami zamawiającego. Izba na podstawie akt postępowania, że odwołujący poniósł koszty wpisu w kwocie 15 000 zł, oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika, które wykazał rachunkiem na kwotę przewyższającą kwotę maksymalną wydatków pełnomocnika, stąd Izba ograniczyła uznanie kosztów do kwoty 3 600zł., z tego względu Izba nakazała zamawiającemu, aby zwrócił odwołującemu oba poniesione koszty.

Przewodniczący: