

WYROK
z dnia 20 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Jolanta Markowska
Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 października 2016 r., 16 stycznia 2017 r. i 16 marca 2017 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 7 listopada 2016 r. przez wykonawcę **Comarch Polska S.A. Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków,**
B. w dniu 7 listopada 2016 r. przez wykonawcę **S&T Services Polska Sp. z o.o. ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez

Prokuraturę Krajową ul. Rakowiecka 26/30, 02-528 Warszawa

przy udziale:

- A. wykonawcy **S&T Services Polska Sp. z o.o. ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2113/16 po stronie odwołującego,
B. wykonawcy **Atende S.A. ul. Ostrobramska 86, 04-163 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2113/16 oraz KIO 2119/16 po stronie zamawiającego

orzeka:

1

1. uwzględnić oba odwołania i nakazać Prokuraturze Krajowej:

- 1.1. odrzucenie oferty wykonawcy **Atende S.A.** na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz wykluczenie wykonawcy **Atende S.A.** na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- 1.2. odrzucenie oferty wykonawcy **Comarch Polska S.A.** na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- 1.3. ujawnienie informacji zastrzeżonych w ofercie **Atende S.A.** jako tajemnica przedsiębiorstwa,

2. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2113/16 oraz KIO 2119/16 obciążyć **Atende S.A.** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Comarch Polska S.A.** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **S&T Services Polska Sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.3. zasądza od **Atende S.A.** na rzecz **Comarch Polska S.A.** kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu,
- 2.4. zasądza od **Atende S.A.** na rzecz **S&T Services Polska Sp. z o.o.** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,
- 2.5. zasądza od **Atende S.A.** na rzecz Prokuratury Krajowej kwotę 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w sprawach o sygn. KIO 2113/16 i KIO 2119/16.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....**S.**.....

Sygn. akt: KIO 2113/16
KIO 2119/16

Uzasadnienie

Zamawiający – Prokuratura Krajowa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „zakup urządzeń bezpieczeństwa teleinformatycznego, oprogramowania oraz usług mających na celu realizację bezpiecznego podłączenia sieci lokalnych powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury do eksploatowanej w prokuraturze sieci WAN” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 31 sierpnia 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 167-301021. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania – odwołanie o sygn. KIO 2113/16

Odwołujący Comarch Polska S.A. wniósł odwołanie wobec:

1. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę Atende S.A. następujących dokumentów:
 - a) Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia w zakresie Części IV: Kryteria kwalifikacji pkt C: Zdolność techniczna i zawodowa (str. 12-15 JEDZ w zakresie, w jakim dot. ppkt C), tj. w części dotyczącej informacji na temat wykonanych zamówień oraz informacji o osobach, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia,
 - b) złożonych na wezwanie Zamawiającego dokumentów potwierdzających spełnianie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
 - c) wyjaśnień i ewentualnych uzupełnień treści oferty oraz wyjaśnień w sprawie tajemnicy przedsiębiorstwa,
 pomimo że ww. dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. zaniechania czynności odrzucenia oferty Atende S.A. z uwagi na niezgodność treści oferty tego wykonawcy z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,
3. zaniechania wykluczenia wykonawcy Atende S.A. z postępowania, pomimo że wykonawca ten w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz który

co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia – mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, co stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych,

4. zaniechania wykluczenia wykonawcy Atende S.A. z postępowania, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, co stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych,
5. z ostrożności – zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów i zaniechania wezwania do wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, co stanowi naruszenie odpowiednio art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych,
6. prowadzenia postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,
7. dokonania niezgodnej z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych czynności wyboru oferty Atende S.A. jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy oferta ta powinna zostać odrzucona, co stanowi naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert, w tym czynności wyboru oferty Atende S.A.,
2. dokonania ponownej czynności oceny ofert,
3. wykluczenia wykonawcy Atende S.A. z postępowania,
4. odrzucenia oferty wykonawcy Atende S.A.,
5. wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że zarzut zaniechania czynności odrzucenia oferty Atende S.A. z uwagi na niezgodność treści oferty tego wykonawcy z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczy urządzenia Fortinet FortiGate 60E, służącego do realizacji bezpiecznego podłączenia sieci lokalnych jednostek organizacyjnych prokuratury do eksploatowanej w prokuraturze sieci WAN. Przedmiot zamówienia obejmuje dostawę, konfigurację i instalację tego urządzenia w jednostkach podległych Zamawiającemu na terenie całej Polski.

Odwołujący i Przystępujący Atende S.A. oferują sprzęt tego samego producenta, tj. firmy Fortinet. Oferty te różnią się doбором sprzętu w ten sposób, iż Odwołujący – po konsultacji z przedstawicielem producenta spełnienia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez dostępny u tego producenta sprzęt zdecydował o zaoferowaniu sprzętu wyższej klasy w celu spełnienia konkretnie jednej funkcji. Niższy model sprzętu byłby

5

tańszy, jednak z powodu tego wymagania Odwołujący zaoferował właśnie model wyższej klasy, co przekładało się na wyższą cenę urządzenia, a tym samym droższą ofertę Odwołującego.

Zamawiający wymagał dostarczenia trzech typów urządzeń bezpieczeństwa (typ I, typ II i typ III). Atende S.A. zaoferowała dla I i II typu urządzeń jeden model, tj. FortiGate 60E.

Urządzenie to nie spełnia jednak wymagania określonego w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” odpowiednio w tabeli z punktu 1.1.1 Urządzenie bezpieczeństwa typ I ppkt 2.19 oraz w tabeli z punktu 1.1.2 Urządzenie bezpieczeństwa typ II ppkt 2.19. Brzmienie obu zapisów jest identyczne: „Urządzenie musi zapewniać możliwość konfiguracji redundancji na poziomie interfejsów fizycznych urządzenia”.

W toku postępowania Odwołujący, po konsultacji z przedstawicielem producenta co do niespełnienia tego wymagania przez tańszy model FortiGate 60E, usiłował doprowadzić do rezygnacji z tego wymagania (odpowiedź na pyt. nr 1 z 21 września 2016 r.), lecz Zamawiający podtrzymał postanowienia podpunktu 2.19, a więc nie dopuścił rozwiązania nie posiadającego ww. funkcji. (Odpowiedź na pytanie: „Zamawiający dopuści urządzenia bezpieczeństwa Typ I oraz Typ II, które będą w stanie obsłużyć szyfrowanie protokołem AOS z kluczem 128 i 256 bitów w trybie pracy GCM. Zamawiający podtrzymuje wymagania zawarte w SIWZ.”)

Zaoferowane przez Atende S.A. urządzenie FortiGate 60E nie posiada wymaganej funkcji, zatem oferta tej firmy powinna zostać odrzucona. Aby spełnić wszystkie wymagania dla typu I oraz typu II należało zaoferować model wyższy, co najmniej FortiGate 100D, a więc taki, jaki zaoferował Odwołujący.

Z treści oferty Atende S.A. wynikać może, że w ramach urządzeń bezpieczeństwa typ I i II

mogły zostać zaoferowane zestawy dwóch urządzeń FortiGate 60E w formie klastra HA, co uczyniono po to, aby spełnić wymaganie redundancji interfejsów (pojedyncze urządzenie wymogu tego nie spełnia). Świadczą o tym zapisy w ofercie Atende S.A. na str. 41 oraz str. 49 w kolumnie „Parametry techniczne oferowanego sprzętu (tj. wskazanie konkretnego parametru lub konfiguracji i/ albo potwierdzenie opisu minimalnych wymagań)”. Zapis ten brzmi: „Redundancja wszystkich interfejsów w klastrze HA oraz redundancja i balansowanie interfejsów przeznaczonych na WAN/Internet”. Gdyby Atende S.A. oferowało zestaw dwóch urządzeń, oferta byłaby nadal sprzeczna z omawianym zapisem z ppkt 2.19, a naruszone byłby też inne wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż specyfikacja wprost stanowi o funkcji redundancji interfejsów fizycznych w pojedynczym urządzeniu, a nie w klastrze, gdyż klastr urządzeń nie jest fizycznie pojedynczym urządzeniem. Ponadto w przypadku oferowania klastrów urządzeń ilość urządzeń w ofercie powinna być dwukrotnie większa, tymczasem oferta ta zawiera ilości urządzeń wymagane przez Zamawiającego dla pojedynczego urządzenia. Świadczy to o tym, że Atende S.A. zaoferowała pojedyncze,

6

niezgodne ze specyfikacją, urządzenia FortiGate 60E, bądź, jeśli klastry, to ich ilość nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego oraz nie spełniają one wymagania redundancji interfejsów na pojedynczym urządzeniu.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia określała nie tylko konieczność dostawy pojedynczego urządzenia, lecz również przewidywała sposób jego wykonania w zakresie sposobu instalacji i konfiguracji. W każdej jednostce organizacyjnej dostarczane urządzenie miało być z jednej strony podłączone do routera CE obsługującego połączenie do sieci WAN Zamawiającego, a z drugiej strony do jednego bądź kilku przełączników sieci LAN.

Atende S.A., w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w punkcie 2.1 rozdziału V specyfikacji istotnych warunków zamówienia, o treści: „wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej 1 (jedno) zamówienie, obejmujące dostawę, instalację i wdrożenie infrastruktury sieciowej, w tym urządzeń bezpieczeństwa sieciowego, o wartości co najmniej 2.000.000,00 złotych brutto, w tym: a) zamówienie obejmowało dostawę do co najmniej 100 różnych lokalizacji w szesnastu województwach, b) zamówienie obejmowało dostawę, instalację i wdrożenie urządzeń sieciowych w tym urządzeń bezpieczeństwa sieciowego w ilości przynajmniej 100 sztuk wraz z minimum 3-letnim wsparciem serwisowym lub gwarancją obejmującymi wsparcie producenta sprzętu”, powołał się na doświadczenie zdobyte w ramach projektu „Ogólnopolska sieć teleinformatyczna na potrzeby obsługi numeru alarmowego 112” na rzecz Centrum Projektów Informatycznych MSWiA. Jednocześnie wykonawca utajnił informacje na temat realizacji przedmiotowego zamówienia powołując się na ustawę z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych.

Atende S.A. składając oświadczenie powołując się na ww. doświadczenie jako potwierdzające warunek udziału w postępowaniu wprowadziło Zamawiającego w błąd, ponieważ nieprawdą jest, że ww. dostawa i wdrożenie infrastruktury sieciowej nastąpiło w okresie ostatnich trzech lat przed składaniem ofert. W ramach powołanego projektu doszło do wykonania dostawy, jednak zakończyła się ona w sierpniu 2013 r., co jest doświadczeniem nieaktualnym w myśl obowiązujących wykonawców postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i przepisów.

Nie można uznać za aktualne ww. doświadczenia wykonawcy, gdyż istotą zamówienia oraz przedmiotowego warunku jest dostawa sprzętu z jego instalacją i konfiguracją. Kwestia czasu gwarancji producenta nie może stanowić pretekstu do przyjęcia, iż dostawa sprzętu została wykonana w okresie ostatnich trzech lat, gdyż oznaczałoby to, że należy uznawać dostawę sprzed 6 lat, z czego 3 lata byłby to okres po samej dostawie, a kolejne 3 lata obejmowałyby gwarancję producentką. Takie rozumienie warunku i aktualności wymaganego doświadczenia służyłoby tylko i wyłącznie sztucznemu przedłużeniu

7

aktualności dostawy siłą rzeczy będącej zobowiązaniem jednorazowym (sama dostawa wraz z konfiguracją urządzeń i ich instalacją nie jest procesem czasochłonnym). Zdaniem

Odwołującego zobowiązanie serwisowe i gwarancyjne jako zobowiązanie o innym charakterze niż dostawa wyklucza możliwość przedłużania za jego pomocą aktualności wykonania dostawy sprzętu (infrastruktury).

Atende S.A. musiało mieć pełną świadomość daty zakończenia dostawy w ramach projektu, gdyż podmiot ten jako profesjonalista musi rozróżniać dostawę od gwarancji producenta oraz musi mieć też pełną świadomość i wiedzę na temat podpisywanych protokołów odbioru sprzętu i zafakturowania tej czynności. Wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do aktualności dostawy referencyjnej było zatem świadome i miało na celu potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, pomimo że wykonawca ten nie dysponował dostawą aktualną, czyli wykonaną nie wcześniej niż przed upływem 3 lat przed dniem składania ofert.

Wobec małej ilości podobnych dostaw na rynku wykonawca ten działał ze szkodą dla innych wykonawców, którzy zmuszeni byli poszukiwać dostaw aktualnych, pozyskując zobowiązanie podmiotu trzeciego lub wręcz zmuszeni byli do rezygnacji ze złożenia oferty w postępowaniu. Powyższe wprowadzenie w błąd pozwoliło na pozytywną ocenę doświadczenia tego wykonawcy, co miało wpływ na wynik postępowania, zakończony wyborem oferty Atende S.A.

W ramach oferty Atende S.A. doszło do złożenia oświadczenia, które obiektywnie jest niezgodne z rzeczywistością. Zdaniem Odwołującego w okolicznościach sprawy należy uznać, iż złożenie przedmiotowego oświadczenia nie jest wynikiem przeoczenia, błędu czy niezamierzonej omyłki, lecz oświadczeniu temu przyświecał zamiar wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Atende S.A. jako wykonawca ubiegający się od lat o zamówienia publiczne ma i musi mieć wiedzę i świadomość tego, co oznacza wymóg „ostatnich trzech lat przed składaniem ofert” i jak należy go rozumieć w ocenie aktualności posiadanego doświadczenia. Trudno zaś przyjąć, iż profesjonalny uczestnik rynku nie kontroluje, nie wie lub zapomina o tym, kiedy dokonał określonej dostawy i kiedy otrzymał z jej tytułu przychód. Atende S.A., jako podmiot serwisujący dostarczony sprzęt, musiało też mieć wiedzę, od kiedy rozpoczyna bieg gwarancja, a w konsekwencji, iż sama dostawa została wykonana wcześniej.

Jednocześnie Atende S.A. nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych potwierdzenie takiego zarzutu winno skutkować wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień, względnie do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednak z uwagi na zarzucaną niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji oferta Atende S.A. nie podlega uzupełnieniu jako

kwalifikująca się do odrzucenia. W przypadku zaś gdyby ww. zarzuty nie potwierdziły się, zasadne jest nakazanie Zamawiającemu wyjaśnienia i uzupełnienia oferty Atende S.A. Nierówne traktowanie wykonawców objawia się nie tylko poprzez dokonanie wyboru oferty, która powinna zostać odrzucona, lecz i w tym, że Zamawiający, uznając za dopuszczalne zaoferowanie urzędnika niespełniającego wymagania funkcjonalnego, zaprzeczył swym wcześniejszym decyzjom podjętym na postępowaniu, które wyrażały się w podtrzymaniu tego wymagania i jego brzmienia.

Po dokonaniu wglądu w treść oferty Atende S.A. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę Atende S.A. jako niejawnych części jego oferty, przez co uniemożliwił Odwołującemu zbadanie oferty tego wykonawcy i wykazanie, że wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania, a oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona.

Zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia. W przepisie art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych ustanowiona została zasada, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 8 ust. 2). Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania

ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane.

Zgodnie z definicją tajemnicy przedsiębiorstwa zamieszczoną w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Z legalnej definicji pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa” wynika więc, iż za taką tajemnicę może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

1) ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa, 2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej, 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Odnośnie warunku pierwszego powszechnie przyjmuje się, że przepis ten wyłącza możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa. Odnośnie warunku drugiego przyjmuje się, że informacja (wiadomość) nie ujawniona do wiadomości publicznej

9

to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną. Podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

W ocenie Odwołującego dokonane przez Atende S.A. zastrzeżenia ww.

jako było i jest oświadczeń/dokumentów/wyjaśnień tajemnicy przedsiębiorstwa

bezpodstawne. Zawarte w nich informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W związku z powyższym, zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05) Zamawiający powinien odtajnić zastrzeżone informacje, czego nie uczynił. Zamawiający naruszył więc przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności zasadę jawności postępowania oraz zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji. Powyższe w szczególności dotyczy bezpodstawności zastrzeżenia w ofertach wykazów zamówienia wraz z dowodami, że zostały należycie wykonane, jak i wszelkich wyjaśnień/uzupełnień w tym zakresie. Nie można uznać za zasadne utajnienie informacji dotyczących zamówień publicznych. Odnośnie zamówień publicznych zastrzeżenie ich tajemnicą wyklucza w szczególności fakt, że informacje na ich temat są dostępne publicznie. Atende S.A. w treści uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa części oferty wskazuje, że w załączonym do oferty Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia w części IV pkt C przedstawił zamówienie zrealizowane w ramach projektu „Ogólnopolska sieć teleinformatyczna na potrzeby obsługi numeru alarmowego 112” na rzecz Centrum Projektów Informatycznych MSWiA, a szczegółowe informacje na temat realizacji przedmiotowego zamówienia podlegają utajnieniu na podstawie ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych. Zamówienia zrealizowane w ramach ww. projektu były zamówieniami prowadzonymi w ramach zamówienia publicznego w trybie przetargów nieograniczonych. Atende S.A. informuje o powyższych umowach na swojej stronie internetowej, ponadto informacje te są dostępne również na innych portalach.

Doświadczenie Atende (uprzednio ATM) jest znane na rynku informatycznym, zatem uzasadnienie, jakoby projekt ten jest kluczowy dla wykonawcy, jest zupełnie nietrafione.

II Zarzuty i żądania odwołania – odwołanie o sygn. KIO 2119/16

Odwołujący – S&T Services Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec zaniechania przez Zamawiającego dokonania czynności odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców Atende S.A. oraz Comarch Polska S.A. jako ofert będących ofertami niezgodnymi ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia obowiązującą w postępowaniu i dokonania czynności polegającej na wyborze oferty wykonawcy Atende S.A. jako najkorzystniejszej

10

w postępowaniu, co narusza art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezasadne zaniechanie odrzucenia ww. ofert, z następujących powodów:

1. w odniesieniu do oferty Atende S.A. – niezgodność z treścią punktu 1.1.1 ppkt 2.19 załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” poprzez niespełnienie wymogu zapewnienia możliwości konfiguracji redundancji na poziomie interfejsów fizycznych urządzenia,
2. w odniesieniu do oferty Atende S.A. i oferty Comarch Polska S.A. – niezgodność z treścią następujących punktów załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia”:
 - 2.1. punktu 1.1.1, 1.1.2, 1.1.3 ppkt 2.29 poprzez niespełnienie wymogu możliwości tworzenia reguł firewall, w których warunkiem jest nazwa aplikacji definiowana za pomocą sygnatury,
 - 2.2. punktu 1.1.1, 1.1.2, 1.1.3 ppkt 2.30 poprzez niespełnienie wymogu możliwości przypisywania różnych profili ochrony przed złośliwym oprogramowaniem dla różnych aplikacji, nawet jeśli pracują w tym samym porcie,
 - 2.3. punktu 1.1.1, 1.1.2, 1.1.3 ppkt 2.35.1 poprzez niespełnienie wymogu posiadania możliwości klasyfikacji ruchu i wykrywania co najmniej 3000 aplikacji sieciowych,
 - 2.4. punktu 1.1.1, 1.1.2, 1.1.3 ppkt 3.3 poprzez niespełnienie wymogu możliwości definiowania grup administratorów z określeniem uprawnień co do poszczególnych poleceń.

Odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie niniejszego odwołania w całości,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem,
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu, a w jej wyniku odrzucenie ofert złożonych przez wykonawców Atende S.A. oraz Comarch Polska S.A. będących ofertami niezgodnymi ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia obowiązującą w postępowaniu oraz dokonanie wyboru oferty S&T Services Polska Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że szczegółowe wymagania dotyczące oferowanych w ramach przedmiotu zamówienia urządzeń Zamawiający zamieścił w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia”. Jednocześnie w treści formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawcy zostali zobowiązani do złożenia wyraźnego oświadczenia o treści „Oferujemy dostawę urządzeń i oprogramowania wskazanych w Załączniku Nr 1 do SIWZ – wypełniona Specyfikacja

techniczna urządzeń i oprogramowania. Wypełniony Załącznik Nr 1 do SIWZ stanowi załącznik do niniejszego Formularza ofertowego”, a także o treści „Akceptujemy wszystkie warunki i wymagania dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia, a treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ”. Oznacza to, że za zgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia obowiązującą w postępowaniu może być uznana wyłącznie taka oferta, która obejmuje urządzenia w pełni zgodne z wymaganiami wprowadzonymi treścią ww. załącznika nr 1 „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia”.

Wykonawcy Atende S.A. i Comarch Polska S.A. zaoferowali urządzenia marki Fortinet, trzy różne modele dla trzech typów urządzeń wymaganych przez Zamawiającego: dla typu I – Atende S.A. urządzenie Fortigate 60E, Comarch Polska S.A. – urządzenie FortiGate 100D, dla typu II – Atende S.A. urządzenie Fortigate 60E, a wykonawca Comarch Polska S.A. urządzenie FortiGate 100D, dla typu III – Atende S.A. i Comarch Polska S.A. urządzenie FortiGate 300D.

W ocenie Odwołującego oferty złożone przez Atende S.A. i Comarch Polska S.A. nie odpowiadają wymaganiom Zamawiającego zawartym w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zatem powinny zostać odrzucone.

Zgodnie z treścią punktu 1.1.1 ppkt 2.19 załącznika nr 1 Zamawiający wymagał zapewnienia możliwości konfiguracji redundancji na poziomie interfejsów fizycznych urządzenia.

Zaoferowany przez Atende S.A. zaoferował niższy i tańszy model urządzenia producenta

Fortinet, tj. urządzenie Fortigate 60E nie spełnia ww. wymagania, nie ma bowiem możliwości konfiguracji redundancji na poziomie interfejsów fizycznych urządzenia. Zgodnie z dokumentem producenta urządzenia dostępnym pod adresem

ta

<http://docs.fortinet.com/uploaded/files/2805/SWMATRIX-540-201602-R10.pdf> funkcja (Redundant Ports for HA) jest obsługiwana jedynie w modelach Fortigate 100D i wyższych. W ofercie Atende S.A. w tabeli ze specyfikacją urządzenia, w kolumnie „Parametry techniczne oferowanego sprzętu (tj. wskazanie konkretnego parametru lub konfiguracji i/albo potwierdzenie opisu minimalnych wymagań)” znajduje się informacja, że „Redundancja wszystkich interfejsów w klastrze HA oraz redundancja i balansowanie interfejsów przeznaczonych na WAN/Internet”. Z tego opisu można wywnioskować, iż:

- redundancja wszystkich interfejsów w klastrze HA – urządzenie posiada redundancję interfejsów w ramach klastra, czyli urządzenie, które nie będzie spięte w klaster HA, nie będzie posiadało redundancji. Spięcie urządzeń w klaster wymaga zastosowania dwóch identycznych urządzeń; Zamawiający nie będzie miał możliwości wykorzystania takiej redundancji w przypadku pojedynczego urządzenia. Dodatkowo, jeżeli urządzenie zostanie spięte w klaster HA, to w momencie awarii interfejsu, klaster będzie musiał przełączyć ruch na urządzenie zapasowe, czego nie można nazwać redundancją na poziomie interfejsów fizycznych. W wymaganiu Zamawiający jasno definiuje, że redundancja musi odbywać się na poziomie interfejsów fizycznych urządzenia, a nie urządzeń w klastrze HA,

12

- redundancja i balansowanie interfejsów przeznaczonych na WAN/Internet – umożliwia to balansowanie ruchu pomiędzy dwoma łączami WAN/Internet. Nie ma możliwości balansowania ruchu na innych interfejsach niż WAN/Internet. Zamawiający nie zawarł informacji, że wymaga redundancji tylko na interfejsach podłączonych do sieci WAN lub Internet. Ponadto konfiguracja ta wymaga, żeby każdy interfejs był podłączony do innej podsieci, czego nie można nazwać redundancją fizycznych interfejsów. W ofertach Comarch Polska S.A. i Assecco Data Systems S.A. (który również zaoferował urządzenia Fortinet) w tabeli ze specyfikacją urządzenia w kolumnie „Parametry techniczne oferowanego sprzętu...” znajduje się następująca informacja: „Redundancja wszystkich interfejsów w klastrze HA oraz redundancja i balansowanie interfejsów przeznaczonych na WAN/Internet, tworzenie interfejsów „zapasowych” oraz zagregowanych w ramach jednego urządzenia”. Wykonawcy ci dodali do zapisu identycznego jak w przypadku oferty wykonawcy Atende S.A. wpis „tworzenie interfejsów „zapasowych” oraz zagregowanych w ramach jednego urządzenia”, który jest dokładnie potwierdzeniem spełnienia wymagania o możliwości konfiguracji redundancji na poziomie interfejsów fizycznych urządzenia. Wymaganie to spełniają urządzenia firmy Fortinet, dopiero jednak począwszy od modelu Fortigate 100D.

Oferowane przez wykonawcę Atende S.A. urządzenia nie mają zatem możliwości konfiguracji redundancji na poziomie interfejsów fizycznych urządzenia, nie spełniają zatem omawianych wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający otrzymał pytanie do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, którego zadaniem było wyeliminowanie wymagania redundancji interfejsów fizycznych w celu obniżenia ceny urządzeń, na co nie wyraził zgody. To dodatkowo potwierdza, że to wymaganie jest istotne w punku widzenia Zamawiającego, a oferent zadający pytanie doskonale zdawał sobie sprawę, że urządzenia Fortigate 60E nie spełniają wymagań.

Zgodnie z treścią punktu 1.1.1, 1.1.2. i 1.1.3 ppkt 2.29 załącznika nr 1 Zamawiający wymagał możliwości tworzenia reguł firewall, w których warunkiem jest nazwa aplikacji definiowana za pomocą sygnatury.

Głównym zadaniem firewalli jest tworzenie tzw. polityk bezpieczeństwa. Definiują one, jaki ruch sieciowy będzie dozwolony, a jaki nie. Ruchem sieciowym możemy nazwać dostęp określonej osoby do poczty lub do określonych stron w Internecie. Wcześniejsze firewalle pozwalały na tworzenie polityk bezpieczeństwa w oparciu o tzw. port (zwany również usługą – ang. „service”), na którym działała dana usługa. Obecnie zdecydowana większość aplikacji w Internecie działa z wykorzystaniem dwóch portów, dlatego tradycyjny firewall nie jest w stanie zablokować np. aplikacji Facebook lub poczty, jednocześnie umożliwiając przeglądanie Internetu. Obecnie na rynku istnieją firewalle, które pozwalają tworzyć reguły

rozwiązaniem do zabezpieczenia sieci jest wykorzystanie takich właśnie firewalli i Zamawiający wymagał dostarczenia firewalla, który jest w stanie tworzyć polityki dostępu wykorzystując jako warunek nazwę aplikacji a nie numer portu. Reguła polityki dostępu składa się z dwóch głównych części: warunek i rezultat. W warunku określamy, co musi zostać spełnione, żeby dana reguła się wykonała, natomiast w rezultacie określamy, co powinno się wykonać.

W zaoferowanych przez Atende S.A. i Comarch Polska S.A. urządzeniach Fortigate 60E, Fortigate 100D i Fortigate 300D nie ma możliwości stworzenia reguły, w której warunkiem jest sygnatura aplikacji. Oznacza to niezgodność tych urządzeń ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z punktem 1.1.1, 1.1.2 i 1.1.3 ppkt 2.30 załącznika nr 1 Zamawiający wymagał możliwości przypisywania różnych profili ochrony przed złośliwym oprogramowaniem dla różnych aplikacji, nawet jeśli pracują w tym samym porcie.

Zaoferowane urządzenia FortiGate 60E, Fortigate 100D oraz Fortigate 300D nie mają możliwości przypisania różnych profili ochrony przed złośliwym oprogramowaniem dla różnych aplikacji, jeżeli pracują one na tym samym porcie. Wynika to ze sposobu konfiguracji reguł kontroli dostępu, w ramach których nie ma możliwości wykorzystania aplikacji jako warunku. W urządzeniach Fortigate przypisywanie profili ochrony przed złośliwym oprogramowaniem wykonuje się przy tworzeniu reguł polityki dostępu, która składa się z dwóch głównych części: warunek i rezultat. W przypadku spełnienia warunków reguły wykonują się wcześniej określone akcje.

W urządzeniach Fortigate 60E, Fortigate 100D, Fortigate 300D dla każdej reguły możemy dopisać profil bezpieczeństwa. Zamawiający wymagał możliwości przypisania różnych profili ochrony przed złośliwym oprogramowaniem dla różnych aplikacji, nawet jeśli pracują na tym samym porcie. Jak wynika ze sposobu tworzenia reguł bezpieczeństwa, nie możemy wybrać w warunku reguły aplikacji (możemy przypisać tylko numer portu), w związku z czym nie możemy stworzyć różnych reguł z różnymi profilami bezpieczeństwa dla różnych aplikacji. Jeżeli stworzymy dwie polityki z tym samym numerem portu i przypiszemy do nich dwa różne profile bezpieczeństwa, to wykona się tylko pierwsza, natomiast druga się nigdy nie wykona. Opisano to w dokumentacji FortiOS (FortiOS jest to system operacyjny pracujący na urządzeniach Fortigate). W związku z powyższym urządzenia FortiGate nie umożliwiają przypisywania różnych profili ochrony przed złośliwym oprogramowaniem dla różnych aplikacji, jeśli pracują na tym samym porcie. Oznacza to niezgodność tych urządzeń ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z punktem 1.1.1, 1.1.2 i 1.1.3 ppkt 2.35.1 załącznika nr 1 Zamawiający wymagał posiadania możliwości klasyfikacji ruchu i wykrywania co najmniej 3000 aplikacji sieciowych.

Zgodnie z informacjami producenta dostępnymi na stronie <http://help.fortinet.com/fos50hlp/54/Content/FortiOS/fortiOS-HTML5;v2/InsideFOS/ApplicationControl.htm>. na urządzeniach Fortigate pracujących pod kontrolą FortiOS aplikacje i ich aktywności są identyfikowane poprzez FortiGuard Application Control. Baza danych FortiGuard Application Control zawiera ponad 2500 wyróżnionych sygnatur definiujących aplikacje. Gdyby urządzenie obsługiwało 3000 lub więcej, byłby wpis ponad 3000 wyróżnionych sygnatur definiujących aplikacje. Firma Fortinet umieszcza dostęp do baz danych FortiGuard Application Control poprzez stronę: <https://fortiguard.com/appcontrol>. Na powyższej stronie pokazane są wszystkie wykrywane przez FortiGuard Application Control aplikacje. Na dzień 4 listopada 2016 r. liczba aplikacji umożliwiających klasyfikowanie i wykrywanie aplikacji wynosi 2880, co jest nie zgodne z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z punktem 1.1.1, 1.1.2 i 1.1.3 ppkt 3.3 załącznika nr 1 Zamawiający wymagał możliwości definiowania grup administratorów z określeniem uprawnień co do poszczególnych poleceń.

Zamawiający wymagał, aby zaoferowane urządzenie pozwalało na tworzenie grup

administratorów z określeniem uprawnień co do poszczególnych poleceń. Urządzenia FortiGate 60E, FortiGate 100D oraz FortiGate 300D oferowane przez Atende S.A. i Comarch Polska S.A. nie pozwalają definiować grup administratorów z określeniem uprawnień co do poszczególnych poleceń. Urządzenie to pozwala tylko definiować uprawnienia do zdefiniowanych grup poleceń, nie spełnia zatem omawianego wymogu, nie posiada bowiem wymaganej gradualności określenia uprawnień. Pozwala jedynie na określenie uprawnień do grup poleceń (fragmentów konfiguracji), a nie poszczególnych poleceń. W zastosowanym oprogramowaniu polecenia zgrupowane są według poszczególnych kategorii, tj. po rozwinięciu danej kategorii pojawiają się poszczególne polecenia. Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia wymagane jest, żeby była możliwość określenia dla danego administratora dostępu do każdego polecenia.

Dodatkowo ze względu na rozproszoną architekturę systemu, w którym urządzenia będą zarządzane przez administratorów o różnym poziomie umiejętności w zarządzaniu tymi urządzeniami, brak jest możliwości przydzielenia uprawnienia do konkretnego polecenia. Natomiast konieczność przydzielania grupy poleceń może prowadzić do nadużycia (zarówno celowego, jak i przypadkowego) uprawnień administratorów, co może doprowadzić do powstania luk w systemie i wycieku danych krytycznych dla funkcjonowania Prokuratury Krajowej oraz przebiegu spraw przez nią prowadzonych.

Oferowane urządzenia nie mają zatem możliwości określenia uprawnień administratorów do poszczególnych poleceń, a jedynie do ich grup, obejmujących liczne polecenia. Oznacza to niezgodność tych urządzeń ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

15

W świetle przedstawionej argumentacji technicznej należy uznać, że zaoferowane przez obu wykonawców urządzenia nie spełniają wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia i powinny zostać odrzucone. Deklaracja złożona w formularzu oferty dotycząca realizacji zamówienia musi korespondować z pozostałymi oświadczeniami wykonawcy złożonymi w ofercie, dzięki którym to oświadczeniom wykonawca uszczegóławia i indywidualizuje ofertę przez podanie stosownych wymaganych informacji. Tym samym deklaracja realizacji zamówienia zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia bez jego indywidualizacji, konkretyzacji, gdy ta indywidualizacja wymagana jest przez zamawiającego, jest niewystarczająca. Inne rozumienie wypaczałoby sens zamówienia, którego celem jest uzyskanie oferty na konkretny produkt zgodny z wymaganiami zamawiającego. Ustalenie, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji musi wynikać z faktu, że oferta nie zapewnia realizacji przedmiotu zamówienia w całości zgodnie z wymaganiami zamawiającego odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, którego zamawiający oczekuje dla spełnienia uzasadnionych, określonych w specyfikacji potrzeb. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oferta nie odpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmiennność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego.

Tym samym dokonanie wyboru oferty wykonawcy Atende S.A. jako najkorzystniejszej w postępowaniu, wobec zaistnienia w sprawie przesłanki odrzucenia oferty tego podmiotu, należy uznać za całkowicie wadliwe, zarówno ze względów technicznych, jak i prawnych.

III Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający uwzględnił oba odwołania i stwierdził, iż, wobec uwzględnienia odwołań, popiera stanowisko Odwoływających.

IV Stanowisko Przystępującego Atende S.A.

Przystępujący Atende S.A. wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia każdego z odwołań oraz wniósł o oddalenie obu odwołań. Swoje stanowisko przedstawił obszernie w szeregu pism procesowych oraz podczas rozprawy.

Podczas rozprawy stwierdził m.in., iż brzmienie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu wskazuje, że do okresu realizacji referencyjnego zamówienia należy włączyć również 3-letni serwis, a referencje potwierdzające należyte wykonanie zamówienia mogą dotyczyć jego całości dopiero po upływie 3 lat serwisu, zatem nie sposób liczyć terminu wykonania zamówienia w inny sposób, niż od końca okresu gwarancji i serwisu. Nie tylko Atende S.A. tak zinterpretowała ww. warunek – podobnie zrobiła to spółka Asseco wskazując, że zamówienie dotyczące Internetu dla Mazowsza zostało zakończone w grudniu 2015 r. (5-letni okres). Atende S.A. w informacji zawartej w JEDZ wskazała okres końcowy realizacji zamówienia, natomiast okres początkowy został wskazany w tabeli przygotowanej przez Zamawiającego, który Atende S.A. dostarczyła Zamawiającemu 24 października 2016 r. w ramach uzupełnienia dokumentów, zatem Zamawiający mógł zobaczyć, że okres realizacji kontraktu to ponad 3 lata, widać więc, że nie jest to sama dostawa i instalacja stu urządzeń. W odniesieniu do „dowodu nr 3” przedstawionego przez Comarch Polska S.A. stwierdził, że nie jest to ten sam projekt, na który powołał się w niniejszym postępowaniu – realizacja obsługi numeru 112 składała się z wielu projektów. Atende S.A. nie był też stroną umowy z CPI MSWiA, lecz podwykonawcą wykonawcy i referencje dostał od tego podmiotu, sama zaś umowa nie jest z roku 2013, lecz z roku 2010 r. Z brzmienia umowy wynika, że w ramach realizacji przedmiotu umowy, w ramach gwarancji, wykonawca miał świadczyć na rzecz Zamawiającego 700 roboczogodzin usługi konfiguracji systemu. Oznacza to, że prace instalacyjne były prowadzone również w okresie gwarancji, więc nawet z tego punktu widzenia nie można uznać zakończenia dostawy i instalacji urządzeń za zakończenie realizacji zamówienia. Samo zaś zamówienie było realizowane w oparciu o art. 4 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem z wyłączeniem zastosowania procedur oraz jawności postępowania.

W zakresie zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oświadczył, że w swojej ofercie nie przewiduje dostawy urządzeń bliźniaczych połączonych w klastry – wskazuje na to chociażby cena oferty, która w takim przypadku musiałaby być podwójna. Odwołujący korzystał z tego samego dystrybutora sprzętu co Atende S.A.

Przystępujący zaprzeczył twierdzeniom, że model 60E nie jest w stanie spełnić przedmiotowego wymagania Zamawiającego. Stwierdził, że konfiguracja tych urządzeń jest trudniejsza, niż konfiguracja urządzeń serii 100, które mają stosowną konfigurację domyślną, wobec czego wielu wykonawców korzysta z urządzeń wyższego modelu. Jednak również oferowane urządzenia pozwalają na redundancję na minimum 2 sposoby: po pierwsze tzw. WAN-link balancing oraz, po drugie, wirtualne domeny. Można zastosować oba sposoby

jednocześnie. Porty fizyczne obsługiwane są przez wirtualne domeny, zatem można je zastosować przy spełnieniu wymogu postawionego przez Zamawiającego, dotyczącego poziomu interfejsów fizycznych urządzenia.

Stwierdził, iż istnieje możliwość skonfigurowania redundancji również dla sieci LAN. Można zastosować dowolny interfejs oraz modemy. Możliwość zastosowania wirtualnej domeny jest elementem platformy FortiGate, nie chodzi tu o wirtualne interfejsy. Przewidziane rozwiązanie oparte jest o metody zawarte w dokumentacji producenta.

Urządzenie FortiGate 60E posiada 10 interfejsów fizycznych, z których każdy może być powiązany z inną wirtualną domeną. Pomiedzy tymi interfejsami istnieje możliwość skonfigurowania protokołu VRRP, który zapewnia te same funkcje, co para interfejsów typu redundant. Zawiera też strukturę hardware'ową – chip trzeciej generacji, która pozwala zrealizować połączenia między wirtualnymi domenami bez utraty wydajności urządzenia.

Przystępujący na etapie składania ofert nie musiał tłumaczyć sposobu realizacji wymagań Zamawiającego. Rozstrzygnięcie zarzutów odnosi się do tego, czy istnieje zgodność, czy niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a nie tego, które rozwiązanie jest najlepsze. Zamawiający pozostawił wykonawcom dużą swobodę, jak zrealizować

wymagania. Najlepsza metoda zostanie wybrana przez Przystępującego dopiero na etapie realizacji umowy, przy przygotowywaniu projektu technicznego.

Redundancja to konfiguracja programowa, więc nawet przy poziomie fizycznych interfejsów urządzenia wykonuje się ją programowo. Opóźnienie następuje przy każdym sposobie redundancji, gdyż przerwa jest sposobem na realizację ustalonego procesu decyzyjnego dla urządzenia. Nie jest prawdą, że trzeba zastosować dodatkowe urządzenie. Protokół VRRP powoduje, że na interfejsie widziany jest jeden adres, ponieważ sposób powiadamiania sieci wewnętrznej jest taki sam. Wydajność platformy firewall jest wartością stałą predefiniowaną przez producenta urządzeń FortiGate, nie zależy ona od wielkości pakietów – jest to cecha tych urządzeń, zatem niezależnie od konfiguracji wirtualnej instancji nie następuje zjawisko zmniejszenia wydajności platformy.

Co do niezgodności z wymogiem podpunktu 2.29 stwierdził, iż w urządzeniach FortiGate można otrzymać definicję sygnatur ze strony Fortiguard, ale można też je samemu dopisać, jest to cecha pozytywna, ponieważ niektóre podmioty tworzą własne aplikacje, zatem nie ma dla nich sygnatur ogólnych.

W odniesieniu do wymogu opisanego w podpunkcie 2.30 wskazał, iż profile ochronne nie są przywiązane do tego samego portu i tej samej aplikacji. Zastosowane są dwie oddzielne polityki firewalla i można zastosować dwie polityki bezpieczeństwa. Decyzja: blokować, zezwalać na dostęp czy go ograniczać, następuje dopiero po rozpoznaniu aplikacji i porównaniu z profilem antywirusowym. Proces analizy aplikacji rozpoczyna się od procesu stateful packed inspection, aplikacja nie jest znana na etapie nawiązywania sesji – w ramach

18

tej samej sesji może być rozpoznanych wiele aplikacji. Dla następnych rozpoznanych aplikacji w tej samej sesji nie będzie możliwe otwarcie nowej sesji firewall.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego podpunktu 2.35.1 zwrócił uwagę, że urządzenie musi mieć możliwość obsługi 3.000 aplikacji sieciowych, natomiast nie oznacza to, że muszą być one zdefiniowane już w momencie składania oferty. Oferowane urządzenie posiada wymaganą możliwość. Liczba sygnatur w Fortiguard jest zmienna, pojawiają się nowe, znikają inne, niektóre są przypisywane do innej grupy, natomiast samo urządzenie ma możliwość klasyfikacji i wykrywania co najmniej 3.000 aplikacji sieciowych. Zwraca uwagę, że elementem skanowania antywirusowego jest rozpoznawanie mutacji kodów, w tym aplikacji.

Co do wymogu z podpunktu 3.3 stwierdził, że dostęp administratorów jest oparty na poszczególnych rolach oraz rozgraniczaniu ich uprawnień. W oferowanym rozwiązaniu poszczególni administratorzy posiadają dostęp do poszczególnych poleceń zgodnie ze swoimi rolami.

V Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań lub poszczególnych zarzutów, a Odwołujący mają interes we wniesieniu swoich odwołań.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania (w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz treść ofert wykonawców Atende S.A. oraz Comarch Polska S.A., a także dokumentów złożonych w ramach wyjaśnień i uzupełnień) nie jest sporny między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępujących, w oparciu o stan faktyczny ustalony podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: oba odwołania zasługują na uwzględnienie.

Podniesione w odwołaniu Odwołującego Comarch Polska S.A. zarzuty dotyczą:

1. zaniechania odtajnienia i udostępnienia zastrzeżonych przez Atende S.A. dokumentów: Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia w zakresie Części IV: Kryteria kwalifikacji pkt C: Zdolność techniczna i zawodowa w części dotyczącej informacji na temat wykonanych zamówień oraz informacji o osobach, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia oraz dokumentów potwierdzających spełnianie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia złożonych na wezwanie Zamawiającego, a także wyjaśnień i ewentualnych uzupełnień treści oferty oraz wyjaśnień w sprawie tajemnicy przedsiębiorstwa, pomimo że

2. zaniechania odrzucenia oferty Atende S.A. pomimo niezgodności treści oferty tego wykonawcy z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych),
 3. zaniechania wykluczenia Atende S.A. z postępowania, pomimo że wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu / informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu,
 4. zaniechania wykluczenia Atende S.A. z postępowania, pomimo że nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, ewentualnie zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów i wezwania do wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia.
- Pozostałe zarzuty nie mają samodzielnego charakteru i są konsekwencją stwierdzenia przez Odwołującego ww. naruszeń.

Podniesione w odwołaniu Odwołującego S&T Services Polska Sp. z o.o. zarzuty dotyczą:

1. niezgodności treści oferty Atende S.A. z treścią punktu 1.1.1 ppkt 2.19 załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” poprzez niespełnienie wymogu zapewnienia możliwości konfiguracji redundancji na poziomie interfejsów fizycznych urządzenia,
2. niezgodności treści oferty Atende S.A. i oferty Comarch Polska S.A. z treścią załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” w zakresie punktów 1.1.1, 1.1.2, 1.1.3:
 - a) ppkt 2.29 poprzez niespełnienie wymogu możliwości tworzenia reguł firewall, w których warunkiem jest nazwa aplikacji definiowana za pomocą sygnatury,
 - b) ppkt 2.30 poprzez niespełnienie wymogu możliwości przypisywania różnych profili ochrony przed złośliwym oprogramowaniem dla różnych aplikacji, nawet jeśli pracują w tym samym porcie,
 - c) ppkt 2.35.1 poprzez niespełnienie wymogu posiadania możliwości klasyfikacji ruchu i wykrywania co najmniej 3000 aplikacji sieciowych,
 - d) ppkt 3.3 poprzez niespełnienie wymogu możliwości definiowania grup administratorów z określeniem uprawnień co do poszczególnych poleceń.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania odtajnienia i udostępnienia zastrzeżonych przez Atende S.A. dokumentów: Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia w zakresie Części IV: Kryteria kwalifikacji pkt C: Zdolność techniczna i zawodowa w części dotyczącej informacji na temat wykonanych zamówień oraz informacji o osobach, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia oraz dokumentów potwierdzających spełnianie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz dotyczącego dysponowania osobami

zdolnymi do wykonania zamówienia złożonych na wezwanie Zamawiającego, a także wyjaśnień i ewentualnych uzupełnień treści oferty oraz wyjaśnień w sprawie tajemnicy przedsiębiorstwa, pomimo że dokumenty te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa Izba stwierdziła, że zarzut ten potwierdził się, gdyż dokumenty nieujawnione przez Zamawiającego, a wskazane w odwołaniu nie powinny być zakwalifikowane jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Jedną z kluczowych zasad zamówień publicznych jest ich jawność, która stanowi jedno z narzędzi i gwarancji zachowania w postępowaniu zarówno uczciwej konkurencji, jak i jego przejrzystości, a tym samym narzędzie budowania zaufania do systemu zamówień publicznych, jak i działania państwa. Znalazła ona swój wyraz w przepisach art. 8 ustawy

Prawo zamówień publicznych. Art. 8 ust. 1 i 2 stanowią bowiem, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (nowo dodany ust. 2a jest tu nieistotny). Ustęp 3. art. 8 wskazuje w dalszej kolejności, iż „nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4.” Pomimo braku takiego wskazania w ww. przepisie te same zasady *per analogiam* stosuje się także do innych niż oferta i wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, dokumentów składanych przez wykonawców.

To, czy dane informacje można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa, podlega każdorazowo indywidualnemu badaniu i ocenie; zależy to od ich treści i znaczenia, a także, z przyczyn formalnych, czy taka tajemnica została zastrzeżona i czy została zastrzeżona prawidłowo. Ustawodawca, chcąc ukrócić nadmierne i nieuzasadnione zastrzeganie przez wykonawców wszelkich informacji, które nie mają przymiotu tajemnicy, wskazał w ww. przepisie, że samo zastrzeżenie udostępniania informacji nie jest wystarczające, lecz wykonawca każdorazowo musi uzasadnić – i to w sposób kwalifikowany, gdyż wręcz „wykazać” – iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W odniesieniu do informacji podlegających ochronie zgodnie z ustawą z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych, na które powołał się Atende S.A., zasada ta powinna być ta sama, jakkolwiek tu sytuacja dowodowa wykonawcy jest o tyle łatwiejsza, że samo

21

zastrzeżenie informacji jest sformalizowane i najczęściej nie jest dokonywane przez samego wykonawcę, lecz przez organ szeroko pojętej administracji publicznej (wojska, Policji, Straży Granicznej itd.). Co oczywiste też, zamawiający nie może takich informacji ujawnić, a sposób zdjęcia z dokumentu klauzuli również uregulowany jest odnośnymi przepisami.

Przed wszystkim Izba stwierdziła, że Przystępujący Atende S.A. w sposób przekonujący nie wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przedstawione uzasadnienie, zdaniem Izby, zawiera jedynie ogólnikowe i sztapowe stwierdzenia, którymi posługuje się ogół wykonawców w takich przypadkach, a których nie można uznać za „wykazanie” wystąpienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Z doświadczenia Izby wynika, że wykonawcy tego typu informacje utajniają, ujawniają, omawiają itd. kiedy jest to wygodne dla ich sytuacji w postępowaniu przetargowym czy też postępowaniu odwoławczym. Oznacza to, że, pomimo dokonanych zastrzeżeń, przedmiotowe informacje nie mają charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa, która powinna mieć jednak wymiar bardziej obiektywny.

Argumentem uzasadniającym istnienie tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być jedynie wskazanie, że dany przedsiębiorca jest podmiotem prywatnym i w związku z tym „życzy sobie” zastrzec pewne informacje. Każdy podmiot – decydując się na występowanie w sferze publicznej – musi liczyć się z tym, że wiąże się to z pewną transparentnością i obowiązkiem informacyjnym, które nie są wymagane w obrocie prywatnym.

Należy zauważyć i podkreślić, że JEDZ to formularz urzędowy, dokument przygotowany przez ustawodawcę, do którego wypełnienia i złożenia zobowiązani są wszyscy wykonawcy, zawierający wymagane przez ustawodawcę informacje dotyczące wykonawców, ich podwykonawców i podmiotów, na których potencjał się powołują, a także dostępnego im personelu, sprzętu itd. Należy zatem przyjąć, że z założenia zawiera on informacje, które powinny być zdaniem ustawodawcy jawne i dostępne w postępowaniu (a w każdym razie nie są niejawne) – racjonalny ustawodawca bowiem nie zakładałby sporządzania tego typu dokumentu z informacjami o charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa czy innej informacji prawnie chronionej.

Do tego, jak słusznie podniósł Odwołujący, wskazana przez Atende S.A. realizacja w ramach budowy „ogólnopolskiej sieć teleinformatycznej na potrzeby obsługi numeru alarmowego 112” była prowadzona przez Centrum Projektów Informatycznych MSWiA w ramach zamówień publicznych, co oznacza, że w szerokim zakresie podlegała obowiązkowemu ujawnieniu. Powszechnie wiadome jest też, iż firmy z branży informatycznej (jak i każdej

innej), dokładnie śledzą rynek zamówień publicznych i doskonale orientują się, która firma i jakie zamówienie uzyskała – zwłaszcza w ramach rywalizacji o dany kontrakt – albo może być poznana przy dołożeniu stosunkowo niewielkich starań.

22

Podobnie jest w przypadku członków personelu wykonawcy – w szczególności, gdy osoby te są stałymi pracownikami wykonawcy i posiadają wysokie, specyficzne lub poszukiwane na rynku kwalifikacje – jeśli nawet nie sami wykonawcy, to ich pracownicy zwykle orientują się lub mogą się dowiedzieć, jakim personelem dany wykonawca dysponuje.

Poza tym Izba wskazuje – w stosunku do ustawicznie powtarzanej przez wykonawców argumentacji o „podkupowaniu” personelu, podwykonawców itd. – że po pierwsze argument o łatwości podkupienia stoi w opozycji do oświadczenia o dysponowaniu daną osobą, podmiotem, sprzętem itd., gdyż widocznie więź obligacyjna, na którą powołuje się wykonawca, nie jest wystarczająca, by wykonawca mógł nimi dysponować na potrzeby realizacji zamówienia. Po drugie, w stosunku do wykonawcy usiłującego „podkupić” zasoby konkurenta może okazać się, że swoje zastosowanie znajdzie przepis art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych mówiący o zakłócaniu konkurencji między wykonawcami.

Zastrzegając informacje dotyczące wykonania umowy w ramach „Ogólnopolskiej sieci teleinformatycznej na potrzeby obsługi numeru alarmowego 112” Przystępujący Atende S.A. powołał się na informacje podlegające ochronie zgodnie z ustawą o ochronie informacji niejawnych, nie wykazał jednak konkretnie, które informacje zostały objęte klauzulą i czy tej ochronie podlegają informacje wskazane w JEDZ lub dokumentach potwierdzających należyte wykonanie zamówienia (czy to złożonych wraz z ofertą, czy uzupełnionych). Z doświadczenia Izby wynika, że stosowną klauzulą mogą być objęte raczej dokumenty odnoszące się do kwestii technicznych (budowy samego systemu, a zwłaszcza jego zabezpieczeń), niż formalnych – podmiotu, który wykonywał dany etap, wartości kontraktu, oceny jakości wykonania itp. informacji, które wskazuje się w JEDZ i tzw. „referencjach”. Również jeśli chodzi o opis realizacji, to wykonawca nie musi (i nie powinien) wskazywać w nim informacji wrażliwych, a jedynie te, które odnoszą się do samych elementów warunku udziału w postępowaniu – są one tak ogólne, że trudno upatrywać się w nich jakiegokolwiek elementu informacji niejawnej.

Tym samym, w opinii Izby, Zamawiający powinien ujawnić wskazane w odwołaniu dokumenty, z tym zastrzeżeniem, iż powinien zachować ostrożność w zakresie ewentualnego wystąpienia informacji niejawnych.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Atende S.A. pomimo niezgodności treści oferty tego wykonawcy z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych) Izba stwierdziła, że zarzut ten potwierdził się. Ze względu na to, że zarzut ten jest analogiczny do zarzutu podniesionego w odwołaniu o sygn. KIO 2119/16, uzasadnienie zostało zwarte w dalszej części.

23

W odniesieniu do zarzutu zaniechania wykluczenia Atende S.A. z postępowania, pomimo że wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu / informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu oraz pomimo że nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, ewentualnie zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów i wezwania do wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, Izba stwierdziła, że zarzut ten potwierdził się w zakresie niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Przedmiotem zarzutu jest realizacja zamówienia w ramach projektu „Ogólnopolska sieć teleinformatyczna na potrzeby obsługi numeru alarmowego 112” na rzecz Centrum Projektów Informatycznych MSWiA. W dokumentach przedstawionych Zamawiającemu podczas postępowania przetargowego Przystępujący Atende S.A. wskazał, iż realizacja ta została zakończona 31 grudnia 2015 r., podczas gdy Odwołujący zarzucał, że dostawa

została zrealizowana w sierpniu 2013 r. (termin składania ofert upłynął 10 października 2016 r.). Podczas rozprawy Przystępujący Atende S.A. wyjaśnił, że elementy składające się na warunek należy czytać łącznie, zatem do okresu realizacji tego zamówienia należy włączyć również 3-letni serwis. Referencje potwierdzające należyte wykonanie zamówienia mogą dotyczyć jego całości dopiero po upływie 3 lat serwisu, zatem nie sposób liczyć terminu wykonania zamówienia w inny sposób, niż od końca okresu gwarancji i serwisu. Atende S.A. w informacji zawartej w JEDZ wskazała okres końcowy realizacji zamówienia, a okres początkowy w tabeli przygotowanej przez Zamawiającego przesłanej Zamawiającemu 24 października 2016 r. w ramach uzupełnienia dokumentów, zatem Zamawiający mógł zobaczyć, że okres realizacji kontraktu to ponad 3 lata, widać więc, że nie jest to sama dostawa i instalacja stu urządzeń. Poza tym przy realizacji przedmiotu umowy, w ramach gwarancji, wykonawca miał świadczyć na rzecz Zamawiającego 700 roboczogodzin usługi konfiguracji systemu, co oznacza, że prace instalacyjne były prowadzone również w okresie gwarancji, więc nawet z tego punktu widzenia nie można uznać zakończenia dostawy i instalacji urządzeń za zakończenie realizacji zamówienia. Zamawiający oświadczył, iż 3 lata, o których mowa w warunku, liczył od momentu dostawy, nie wliczając okresu wsparcia.

Izba stwierdziła, iż w braku wskazania przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszenia o zamówieniu odmiennego sposobu określenia chwili, do której odnosi się okres 3-letni, ma zastosowanie ogólnie przyjęta w praktyce i orzecznictwie zasada, iż jest to dzień wykonania umowy w jej części zasadniczej, tj. tej,

24

której dotyczy „termin wykonania umowy”, czyli bez okresu gwarancji, rękojmi, serwisu itp., w tym też tzw. „wsparcia” (które w zasadzie również jest formą serwisu).

Zatem owa część „zasadnicza” umowy obejmowałaby dostawę, instalację i wdrożenie infrastruktury sieciowej i urządzeń bezpieczeństwa sieciowego (oraz ewentualne inne dostawy i czynności wchodzące w ramy umowy), ale nie wsparcie serwisowe czy gwarancyjne (w szczególności jeśli jest to usługa świadczona przez producenta sprzętu, a nie wykonawcę).

Tym samym, w ocenie Izby, Przystępujący Atende S.A. nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Jednak ze względu na to, iż Zamawiający postawił warunek odnoszący się do różnych punktów w czasie, nie wskazując wyraźnie, do którego ma się odnieść wykonawca, Izba stwierdziła, iż nadmierne byłoby przypisywanie Przystępującemu Atende S.A. złożenia nieprawdziwych informacji.

Należy przy tym zauważyć, iż – niezależnie od tego, że oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu, co wyłącza obowiązek zastosowania wezwania z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – wykonawca ten był już wzywany w tym zakresie do uzupełnienia dokumentów, gdyż dokumenty przedstawione wraz z ofertą nie zawierały kompletnych wymaganych informacji. Zatem nie ma podstaw, by uznać, że wykonawca powinien podlegać kolejnemu wezwaniu do uzupełnienia dokumentów. Należy zauważyć, że jeśli wykonawca wraz z ofertą (lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) przedstawi zamawiającemu dokumenty zawierające kompletne informacje, to zamawiający może w nich doszukać się błędów i wskazać je temu wykonawcy wzywając go do ich usunięcia. Jeśli natomiast wymaganych dokumentów lub informacji nie ma, to takie działanie zamawiającego jest niemożliwe, zatem to wykonawca ponosi ryzyko złożenia od razu prawidłowo wypełnionego dokumentu z poprawnymi danymi. Nie ma bowiem podstaw do dwukrotnego wzywania wykonawcy – najpierw do przedstawienia informacji, a następnie do ich skorygowania.

W zakresie zarzutów dotyczących niezgodności treści oferty wykonawcy Atende S.A. oraz oferty wykonawcy Comarch Polska S.A. ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, tj. kwestii technicznych, Izba na wstępie wskazuje, iż przeprowadziła m.in. dowód z opinii biegłego. Izba nie przeprowadziła natomiast podczas rozprawy wnioskowanego przez Przystępującego Atende S.A. dowodu w postaci testu na sprzecznie uznając, iż brak jest na sali rozpraw możliwości technicznych przeprowadzenia takiego testu, w tym stworzenia odpowiedniego środowiska testowego.

W zakresie zarzutów Przystępującego Atende S.A. dotyczących sposobu przeprowadzenia

przez biegłego testów sprzętu, Izba stwierdza, iż nie ma podstaw, by podważać sposób dokonywania badań dokonanych przez biegłego. Biegły sporządził opinię dwukrotnie: opinią z 31 grudnia 2016 r. oraz sporządzoną na wniosek Przystępującego Atende S.A. opinią z 28

25

lutego 2017 r. z korektą z 14 marca 2017 r. Izba przekazała biegłemu wszystkie uwagi techniczne Przystępującego z zaleceniem wzięcia ich pod uwagę przy dokonywaniu badań, a biegły oświadczył, iż wzięł je pod uwagę i podjął próby dokonania konfiguracji i działań zgodnie ze wskazanymi przez Przystępującego metodami. Biegły oświadczył także, iż nie w każdym przypadku udało mu się osiągnąć wskazany przez Przystępującego rezultat, co Izba uznała za wynik negatywny. Biegły wskazał również, iż prowadził testy przy zastosowaniu innych metod – z wynikiem pozytywnym lub negatywnym. Na podstawie przedstawionego przez biegłego wykazu roboczo godzin, w którym ponad 60 godzin obejmowały same testy na urządzeniach – Izba uznała też, iż nie może stwierdzić, że dokonane badania były jedynie pobieżne i biegły rzeczywiście nie podejmował rzetelnych prób zbadania możliwości urządzeń. Tym samym Izba uznała ww. opinię za miarodajną.

Przy podjęciu rozstrzygnięcia Izba jednak, choć oczywiście wzięła pod uwagę wyniki badań przeprowadzonych przez biegłego, nie kierowała się wyłącznie wnioskami zawartymi w tej opinii, która stanowiła tylko jeden z dowodów podlegający ocenie izby na takich samych zasadach jak inne dowody. Izba w dużej mierze kierowała się wnioskami płynącymi z przedstawionych podczas rozprawy oraz w pismach procesowych wyjaśnień Stron i Przystępującego Atende S.A., przedstawionymi przez nich dokumentami prywatnymi mającymi znaczenie stanowisk stron, a także odwołaniami się do dokumentacji technicznej producenta urządzeń FortiGate, tj. firmy Fortinet. Należy uznać, że podręcznik producenta dotyczący urządzeń, na który powoływali się Odwołujący, Przystępujący oraz biegły – opracowanie bardzo obszerne – jest opracowaniem kompletnym w zakresie możliwości technicznych przedmiotowych urządzeń (podobnie w przypadku opracowania dotyczącego zastosowanego w nich oprogramowania – FortiGate FortiOS). Zdaniem Izby dokumentacja producenta ma tu istotne znaczenie, Izba zauważa bowiem, iż niezależnie od ewentualnych możliwości Przystępującego osiągnięcia pewnych rezultatów, nie można zaakceptować rozwiązań, które nie zostały wskazane przez producenta, zatem nie są przez niego zalecane ani nie bierze on za nie odpowiedzialności.

Powyższe ma zastosowanie do wszystkich zarzutów o charakterze technicznym, opisanych poniżej.

W odniesieniu do zarzutu niezgodności treści oferty Atende S.A. z treścią punktu 1.1.1 ppkt 2.19 załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez niespełnienie wymogu zapewnienia możliwości konfiguracji redundancji na poziomie interfejsów fizycznych urządzenia Izba stwierdziła, że zarzut ten potwierdził się.

W zakresie tego wymagania Odwołujący podnieśli trzy kwestie.

Po pierwsze wskazano na potencjalne zaoferowanie klastra HA zamiast pojedynczych urządzeń jako rozwiązanie niezgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

26

Zamawiający potwierdził, że takie rozwiązanie byłoby niezgodne z jego oczekiwaniami. Również Izba uznała, iż zaoferowanie klastra HA zamiast pojedynczych urządzeń byłoby niezgodne z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednak Przystępujący Atende S.A. zaprzeczył, jakoby zaoferował takie rozwiązanie, zatem kwestia ta nie podlegała dalszym rozważaniom.

Po drugie wskazano, że redundancja nie jest osiągana na poziomie interfejsów fizycznych urządzenia Fortigate 60E. Po trzecie, że nawet jeśli jest osiągana dla WAN, to nie jest osiągana dla LAN, podczas gdy z wymogu Zamawiającego wynika, iż musi obejmować zarówno sieć WAN, jak i sieć LAN.

Zamawiający nie wskazał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co rozumie pod pojęciem interfejsu fizycznego.

Samo pojęcie „interfejs” zostało zdefiniowane w art. 2 pkt 10 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne jako „układ elektryczny, elektroniczny lub optyczny,

z oprogramowaniem lub bez oprogramowania, umożliwiające łączenie, współpracę i wymianę sygnałów o określonej postaci pomiędzy urządzeniami połączonymi za jego pośrednictwem zgodnie z odpowiednią specyfikacją techniczną” – jakkolwiek w tym zakresie nie toczono sporu. Kwestią sporną było to, czy – nawet jeśli redundancję uda się, choćby częściowo, osiągnąć – będzie ona osiągnięta na poziomie interfejsu fizycznego urządzenia. Z wyjaśnień składanych podczas rozprawy wynika, że redundancję można osiągnąć zasadniczo na dwa sposoby: w warstwie sprzętowej (fizycznej) i nie-sprzętowej (wirtualnej). Przy czym, po wysłuchaniu wyjaśnień Stron i Przystępującego Atende S.A., Izba przyjęła, że wskazane przez Atende S.A. rozwiązania oparte o wirtualne domeny z routerem (vdom z protokołem VRRP) i równoważenie obciążenia sieci WAN nie spełniają wymagań punktu 2.19. Potwierdziła to opinia biegłego z 31 grudnia 2016 r. str. 4, zgodnie z którą nie jest to redundancja w warstwie sprzętowej. Podobnie w opinii z 28 lutego 2017 r. str. 2 biegły ponownie stwierdził, że nie jest to redundancja typu sprzętowego Plug and Play, a podczas rozprawy wyjaśnił, że wymaga zastosowania skryptów, natomiast sama ocena spełnienia wymagania zależy od tego, jak zdefiniować pojęcie „interfejsu fizycznego”. Izba zauważyła, że Zamawiający nie wskazał w wymaganiach standardu Plug and Play, czyli bez konieczności ingerencji użytkownika w konfigurację sprzętową komputera, zatem dopuszczalne jest rozwiązanie wymagające osobnego zainstalowania oprogramowania (zresztą nie jest tak, że przy standardzie Plug and Play urządzenie nie korzysta z oprogramowania), pod warunkiem, że oprogramowanie to będzie oprogramowaniem dotyczącym bezpośrednio tego urządzenia (analogicznie jak oprogramowanie w standardzie Plug and Play, lecz jeszcze nie zainstalowane) – jedynie wtedy będzie można uznać, iż dotyczy ono warstwy sprzętowej/fizycznej. Jednak niezależnie od powyższej kwestii dotyczącej oprogramowania, po wysłuchaniu wyjaśnień Stron i Przystępującego Atende S.A. oraz zapoznaniu się z opinią biegłego Izba

27

przyjęła, że w urządzeniu FortiGate 60E wymagana redundancja nie jest realizowana dla sieci LAN. Takiej możliwości nie potwierdza również powołana dokumentacja producenta urządzeń. Tym samym cały wymóg 2.19 nie został spełniony.

W odniesieniu do zarzutów niezgodności treści oferty Atende S.A. i oferty Comarch Polska S.A. z treścią załącznika nr 1 w zakresie punktów 1.1.1, 1.1.2, 1.1.3 ppkt 2.29 poprzez niespełnienie wymogu możliwości tworzenia reguł firewall, w których warunkiem jest nazwa aplikacji definiowana za pomocą sygnatury oraz ppkt 2.30 poprzez niespełnienie wymogu możliwości przypisywania różnych profili ochrony przed złośliwym oprogramowaniem dla różnych aplikacji nawet jeśli pracują w tym samym porcie Izba stwierdziła, że zarzuty te potwierdziły się.

W zakresie ww. wymogów wskazano w zarzutach, iż w zaoferowanych przez Atende S.A. i Comarch Polska S.A. urządzeniach Fortigate 60E, Fortigate 100D i Fortigate 300D nie ma możliwości stworzenia reguły, w której warunkiem jest sygnatura aplikacji, zatem nie ma możliwości przypisania różnych profili ochrony przed złośliwym oprogramowaniem dla różnych aplikacji, jeżeli pracują one na tym samym porcie, a przy stworzeniu dwóch polityk z tym samym numerem portu i dwoma różnymi profilami bezpieczeństwa, wykona się tylko pierwsza, co zostało wskazane w dokumentacji FortiOS, tj. systemu operacyjnego urządzeń FortiGate). W związku z powyższym urządzenia FortiGate nie umożliwiają przypisywania różnych profili ochrony przed złośliwym oprogramowaniem dla różnych aplikacji, jeśli pracują na tym samym porcie.

Po wysłuchaniu wyjaśnień Stron i Przystępującego Atende S.A. Izba uznała, że zarzuty te potwierdziły się. Potwierdziła to również opinia biegłego z 31 grudnia 2016 r. str. 5 i 6, w której biegły dokonał analizy dokumentacji producenta dotyczącej oprogramowania FortiOS oraz opinia z 28 lutego 2017 r. str. 3 i 4.

W odniesieniu do zarzutu niezgodności treści oferty Atende S.A. i oferty Comarch Polska S.A. z treścią załącznika nr 1 w zakresie punktów 1.1.1, 1.1.2, 1.1.3 ppkt 2.35.1 poprzez niespełnienie wymogu posiadania możliwości klasyfikacji ruchu i wykrywania co najmniej 3000 aplikacji sieciowych Izba stwierdziła, że zarzut ten potwierdził się.

W zakresie powyższego wymogu wskazano w zarzucie, że zgodnie z informacjami producenta dostępnymi na stronie <http://help.fortinet.com> na urządzeniach FortiGate m.in.

model 60E, 100D i 300D, pracujących pod kontrolą FortiOS aplikacje i ich aktywności są identyfikowane poprzez FortiGuard Application Control. Baza danych FortiGuard Application Control zawiera jednak jedynie ponad 2500 wyróżnionych sygnatur definiujących aplikacje – na stronie <https://fortiguard.com/appcontrol>, na której pokazane są wszystkie wykrywane przez FortiGuard Application Control aplikacje. Na dzień 4 listopada 2016 r. liczba aplikacji co do których możliwe jest klasyfikowanie i wykrywanie, wynosiła 2880 (jak wynika m.in.

28

z liczb podanych w opinii biegłego powyższa liczba zmieniała się nieznacznie w poszczególnych dniach, jednak nie osiągnęła 3.000).

Na wstępie Izba wskazuje, iż – jeśli zamawiający nie określił wymagania w odmienny sposób, np. konieczności spełniania go na moment dostawy – obowiązuje zasada, że wymaganie ma być spełnione w chwili składania ofert, tj. już w chwili jego zaoferowania dany przedmiot zamówienia – czy też dokładniej: przedmiot oferty – ma spełniać wymagania zamawiającego, a zamawiający powinien móc zweryfikować, czy tak jest w rzeczywistości. Z wyjaśnień Stron i Przystępującego Atende S.A. wynika, zdaniem Izby – nawet bezspornie – że system wykrywania aplikacji obecnie (tj. na dzień składania ofert) nie wykrywa i nie klasyfikuje co najmniej 3.000 aplikacji sieciowych. Przy czym, zdaniem Izby, określenie „musi posiadać możliwość klasyfikacji ruchu i wykrywania aplikacji” oznacza, iż możliwość ta ma być już dostępna ze strony producenta, a nie o sam fakt, że Zamawiający ma mieć możliwość „dopisania” sobie dodatkowych aplikacji (jakkolwiek niewątpliwie taka funkcja może okazać się przydatna).

W odniesieniu do zarzutu niezgodności treści oferty Atende S.A. i oferty Comarch Polska S.A. z treścią załącznika nr 1 w zakresie punktów 1.1.1, 1.1.2, 1.1.3 ppkt 3.3 poprzez niespełnienie wymogu możliwości definiowania grup administratorów z określeniem uprawnień co do poszczególnych poleceń Izba stwierdziła, że zarzut ten potwierdził się. W zakresie powyższego wymogu wskazano w zarzucie, że urządzenia FortiGate 60E, FortiGate 100D oraz FortiGate 300D nie pozwalają definiować grup administratorów z określeniem uprawnień co do poszczególnych poleceń, a jedynie definiować uprawnienia do zdefiniowanych grup poleceń, brak jest możliwości przydzielenia uprawnienia do konkretnego polecenia.

Na wstępie Izba stwierdziła, iż w jej ocenie wymóg „określenie uprawnień co do poszczególnych poleceń” oznacza możliwość wyboru z listy zawierającej np. 10 poleceń ich dowolnej liczby, np. tylko jednego albo dowolnych trzech, sześciu itd.

Opinia biegłego z 31 grudnia 2016 r., str. 7 potwierdza, iż nie ma możliwości przypisania grupie administratorów pojedynczego wybranego polecenia. W opinii z 28 lutego 2017 r. biegły zawarł co prawda konkluzję, że wymóg 3.3. został spełniony, jednak konkluzja ta wydaje się przeczyć wcześniejszemu opisowi, w którym biegły powtórnie stwierdził, że różne grupy administratorów mogą mieć różne uprawnienia, lecz w obrębie grupy mają takie same uprawnienia (str. 4). Podczas rozprawy biegły wyjaśnił, iż konkluzja taka wynika z faktu, że znalazł sposób na rozwiązanie tego problemu w postaci tworzenia dowolnie wielu grup administratorów, nawet obejmujących jedną osobę i przypisywania każdej grupie wybranych dla niej uprawnień.

Zdaniem Izby jednak owo wskazane przez biegłego rozwiązanie można uznać co najwyżej za alternatywne funkcjonalnie do wymagań Zamawiającego, jednak nie jest ono zgodne z postawionym wymaganiem. Po pierwsze bowiem wciąż nie zmienia faktu, że w grupie

29

administratorów (grupie, czyli zbiorze obejmującym co najmniej kilka elementów-administratorów), nadal nie da się przypisać osobnych uprawnień. Po drugie „grupa” z samego założenia, aby była grupą, musi obejmować więcej niż jedną osobę. Grupa to bowiem 1) „pewna liczba jednostek skupiona w całość”; 2) „zbiorowość, której członkowie połączeni są jakąś więzią”; 3) „zespół ludzi, np. spełniających określone zadanie” (według Słownika języka polskiego PWN, www.sjp.pwn.pl).

Tym samym Izba uznała, że powyższy wymóg nie został spełniony.

Zgodnie z obowiązującą procedurą do stwierdzenia niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy

Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji konieczności jej odrzucenia, wystarczy stwierdzenie takiej niezgodności choćby w jednym elemencie, zatem wystarczające jest, aby potwierdził się jeden z zarzutów w tym zakresie.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając oba odwołania.

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

Przewodniczący:

.....

.....