

WYROK

z dnia 5 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 stycznia 2012 r.** w Warszawie odwołania
wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2011 r.

przez: **Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych Spółka Akcyjna, 00-222 Warszawa,
ul. Sanguszkii 1**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego:
Ministerstwo Gospodarki, 00-507 Warszawa, pl. Trzech Krzyży 3/5

przy udziale wykonawcy: **TALEX Spółka Akcyjna, 61-619 Poznań, ul. Karpia 27d –**
zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

**1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności
wyboru najkorzystniejszej oferty, a także powtórzenie czynności oceny spełniania
przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu oraz badania i oceny ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża Ministerstwo Gospodarki i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr
(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Polską
Wytwórnę Papierów Wartościowych Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie**
tytułem wpisu od odwołania,

**2.2. zasądza od Ministerstwa Gospodarki na rzecz Polskiej Wytwórni Papierów
Wartościowych Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie kwotę 18600 zł 00 gr**
(słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty
postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonych wpisu od odwołania 1

Sygn. akt KIO 2747/11

oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień
publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. 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:

2

Sygn. akt KIO 2747/11

Uzasadnienie

Zamawiający – Ministerstwo Gospodarki – prowadzi w trybie przetargu
nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień
publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej
również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn.
*Świadczenie usługi zapewnienia ośrodka zapasowego na potrzeby funkcjonowania
Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej* (oznaczenie sprawy: BDG-II-
281-31/11)

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane jako obligatoryjne w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2011/S_201-327393 z 19 października 2011 r., w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy informacyjnej oraz na swojej stronie internetowej (www.bip.mg.gov.pl), na której udostępnił również od tego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 1.550.000,00 zł, co stanowi równowartość 403.750,98 euro.

15 grudnia 2011 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu – Polskiej Wytwórni Papierów Wartościowych S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej zwanej również w skrócie „PWPW”) – zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez TALEX S.A. z siedzibą w Poznaniu (dalej zwanej również w skrócie „TALEX”). Z zawiadomienia wynikały także następujące informacje. Wśród ofert niepodlegających odrzuceniu oferta wybranego wykonawcy uzyskała łączną liczbę 80,00 pkt., przy czym punkty te wynikały z maksymalnej oceny uzyskanej w ramach kryterium oceny ofert – cena [C], gdyż w kryterium oceny ofert – termin uruchomienia usług [T], wykonawca ten uzyskał 0 punktów. Oferta PWPW uplasowała się na drugim miejscu, z punktacją 72,22 pkt. w zakresie kryterium ceny oraz 6,67 pkt. w zakresie kryterium terminu uruchomienia usług. Trzecie miejsce w rankingu uzyskał Wykonawca Polcom sp. z o.o. z siedzibą w Skawinie (dalej zwanej również w skrócie „Polcom”), który uzyskał ogółem 71,87 pkt., w tym 51,87 pkt. w zakresie kryterium ceny oraz maksymalną ocenę 20 pkt. w zakresie kryterium terminu uruchomienia usług.

23 grudnia 2011 r. (pismem z 21 grudnia 2011 r.) Odwołujący wniósł do Prezesa

3

Sygn. akt KIO 2747/11

Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od czynności lub zaniechań Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

1. Art. 24 ust 2 pkt 3 – poprzez zaniechanie wykluczenia Polcom z prowadzonego postępowania, pomimo złożenia przez tego Wykonawcę nieprawdziwych informacji, które mają wpływ na wynik postępowania.
2. Art. 26 ust. 4 – *poprzez przyjęcie oświadczenia o spełnianiu warunku doświadczenia, mimo wiedzy ze źródeł, że Wykonawca Polcom takiego warunku nie spełnia.*
3. Art. 24 ust. 2 pkt 4 – poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Polcom z prowadzonego postępowania, pomimo niewykazania spełnienia warunku udziału w tym postępowaniu.
4. Art. 7 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Polcom, pomimo niezgodności treści oferty Wykonawcy z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej również dalej w skrócie „s.i.w.z.”).
5. Art. 91 ust. 1 – poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty, która nie powinna być uznana za najkorzystniejszą, gdyby prawidłowo przeprowadzono badanie i ocenę ofert.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach wykluczenia z postępowania Wykonawcy Polcom oraz odrzucenia jego oferty.
3. Dokonania ponownej oceny ofert według przyjętych kryteriów i przyznanie punktów wyłącznie ofertom niepodlegającym odrzuceniu.

Odwołujący wskazał w odwołaniu następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające jego wniesienie.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp

Zgodnie z treścią wymagań stanowiącego załącznik nr 3 do Umowy – Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia – część I Wymagania sprzętowo-programowe, w ramach realizacji Usługi Wykonawca musi udostępniać między innymi (pkt 3 na str. 11-13 załącznika): *Urządzenie UTM o parametrach technicznych nie gorszych niż określone w Tabeli 4. W tabeli tej określono następujące wymagania:*

- Interfejsy zainstalowane (strefy bezpieczeństwa) – min. 20
- Wydajność mechanizmu firewall – min. 1 Gbps
- Wydajność mechanizmu IPS – min. 100 Mbps
- Ilość jednoczesnych sesji (TCP) – min. 256 000

4

Sygn. akt KIO 2747/11

- Ilość tuneli klienckich IPSec – min. 1000
- Redundacja – obsługa HA (Clustering) w trybach: Active/ Active, Active/ Passive

Wykonawca Polcom zaoferował rozwiązanie oparte na oprogramowaniu Vyatta uruchamianym na komputerze z systemem operacyjnym klasy Linux, które jest niezgodne z wymaganiami powyższego opisu przedmiotu zamówienia, gdyż nie jest rozwiązaniem sprzętowym. Jest to bowiem rozwiązanie programowe (komputer + oprogramowanie), które emuluje router sprzętowy.

Po drugie, w tabeli 4, zamieszczonej na stronie 12 załącznika nr 3 do umowy, w wierszu „redundacja” zawarto wymaganie wysokiej dostępności – pracy w klastrze w trybach active/ active oraz active/ passive. Zaproponowane przez Polcom rozwiązanie, które składa się z komputera i oprogramowania Vyatta, nie działa w trybie active/ active, a jedynie w trybie active/ passive. Klaster sieciowy w trybie active/ active zapewnia oprócz redundacji skalowalność oraz balansowanie obciążenia. Natomiast Protokół VRRP używany w oprogramowaniu Vyatta jest rozwiązaniem redundacji typu active/ passive.

Ponadto w podpunkcie 3 pod tabelą 4 opisano również *Wymagania dodatkowe dla urządzenia UTM*. Wśród nich znajduje się następujący wymóg: *sprzętowy IPS do wykrywania i zapobiegania potencjalnym atakom*.

Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Ponadto orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje, że niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 kc, tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami s.i.w.z. (por. wyrok z dnia 26 maja 2011 r., sygn. akt KIO 997/11). Zdaniem Odwołującego zaproponowane przez Wykonawcę Polcom rozwiązanie nie jest zgodne z rozwiązaniem sprzętowym wymaganym przez Zamawiającego w s.i.w.z.

Niezgodności oferty Polcom z s.i.w.z. nie można usunąć w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Po pierwsze, nie ma w ofercie jakiegokolwiek informacji, która pozwalałaby uznać, że

5

Sygn. akt KIO 2747/11

niezgodności są omyłką w sporządzeniu oferty. Nie są to omyłki, lecz niezgodności oferowanego rozwiązania z wymaganiami s.i.w.z. Już sam fakt, że zamiast wymaganego w s.i.w.z. „urządzenia”, zaoferowano rozwiązanie programowe – jest wystarczający dla uznania iż nie może być mowy o omyłce. Ponadto zaoferowane rozwiązanie nie osiąga wymaganych w s.i.w.z. parametrów, nie jest więc to wynikiem omyłki w sporządzaniu oferty, lecz zaoferowaniem rozwiązań z s.i.w.z. wprost niezgodnych.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3, a także pkt 4 w zw. z art. 26 ust 4 pzp

W § 5 s.i.w.z. w zakresie spełnienia przez wykonawców warunku posiadania wiedzy i doświadczenia Zamawiający wskazał, że uzna warunek za spełniony *jeżeli w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonawca wykonał, lub wykonuje: 1. co najmniej dwie usługi polegające na świadczeniu usług kolokacji, udostępnienia oraz utrzymania*

serwerów (w zakresie przedmiotu zamówienia), o wartości łącznej nie mniejszej niż 300 000,00 brutto każda, 2. wdrożył system zarządzania bezpieczeństwem informacji certyfikowany na zgodność z normą ISO 27001:2005 w zakresie przedmiotu zamówienia. Na potwierdzenie spełnienia warunku w zakresie wdrożenia systemu zarządzania, Zamawiający zażądał złożenia oświadczenia o wdrożeniu takiego systemu na załączniku nr 6 do s.i.w.z. Oświadczenie to zostało również złożone przez Polcom. Zdaniem Odwołującego w celu spełnienia warunku w zakresie wdrożenia systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji certyfikowanego za zgodność z normą ISO 27001:2005, Polcom powinien posiadać na dzień składania ofert ważny certyfikat potwierdzający spełnienie wymagań normy. Natomiast, według dostępnych ogólnie źródeł na publicznie dostępnych stronach sześciu podmiotów akredytowanych w Polsce do certyfikacji wg tej normy nie ma informacji o firmie Polcom. Nie ma jej również na liście certyfikowanych firm na stronie internetowej www.iso27000.pl prowadzonej przez firmę PSBG. Sp. z o.o. Lista ta uznawana jest za źródło informacji o posiadanych certyfikatach ISO/IEC 27001 w Polsce. Powyższe świadczy o nieprawdziwości oświadczenia złożonego przez Polcom w zakresie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia.

Do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp niezbędne jest łączne wystąpienie dwóch przesłanek: złożenie nieprawdziwych informacji i ich wpływ (informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ) na wynik postępowania połączonych normalnym, adekwatnym związkiem przyczynowym. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, że *za nieprawdziwe informacje należy uznać informacje sprzeczne ze stanem faktycznym* (wyrok Zespołu Arbitrów z 8 marca 2006 r.,

6

Sygn. akt KIO 2747/11

sygn. akt UZP/ZO/0-635/06). Izba wskazuje również, iż *informacje są nieprawdziwe, kiedy prezentują stan inny, niż w rzeczywistości. Co do zasady nieprawdziwe informacje mogą mieć wpływ na wynik postępowania, gdy ich złożenie przesądza o wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub o możliwości uznania oferty za najkorzystniejszą*. W niniejszej sprawie złożenie przez Polcom nieprawdziwego oświadczenia co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu, miało kluczowy wpływ na wynik niniejszego postępowania.

Zamawiający przyjmując oświadczenie o spełnieniu warunku w takiej jak przedstawiono wyżej sytuacji, nie zachował wymaganej przy ocenie ofert należytej staranności i zaniechał nie tylko wykluczenia z postępowania, ale nawet wyjaśnienia okoliczności złożenia oświadczenia o spełnieniu warunku i jego treści.

Zamawiający przed rozprawą nie wniósł pisemnie ani ustnie odpowiedzi na odwołanie.

30 grudnia 2011 r. (pismem z 29 grudnia 2011 r.) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło od TALEX zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego – zawierające wniosek o oddalenie odwołania.

Wobec braku zgłoszenia opozycji przez Strony oraz zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania, a więc zgodnie z przepisem art. 185 ust. 2 pzp, Izba nie stwierdziła podstaw do niedopuszczenia TALEX do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego, jako uczestnika tego postępowania (Przystępującego).

Zdaniem Przystępującego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 pzp jest całkowicie bezzasadny i niepoparty jakimikolwiek dowodami. Przystępujący zaprzeczył, aby oferta złożona przez Polcom była niezgodna z treścią s.i.w.z. Na potwierdzenie wskazał, że:

1. Stwierdzenie Odwołującego: *Oprogramowanie Vyatta jest uruchamiane na komputerze z system operacyjnym Linux* – nie jest stwierdzeniem prawdziwym. Vyatta jest kompletnym rozwiązaniem niewymagającym instalacji systemu Linux. Co prawda opiera się na zmodyfikowanym jądrze systemu Linux, jednak rozwiązania takie (oparte o jądro Linux bądź BSD) stosują również wiodący producenci sprzętu sieciowego, np. firma Cisco (w sondach IPS, czy też w najnowszych przełącznikach LAN serii Nexuss);
2. Stwierdzenie Odwołującego, że rozwiązanie Vyatta *emuluje router sprzętowy* – jest myleniem pojęć. Przedmiotem postępowania nie miał być router lecz rozwiązanie UTM, które ze względu na oferowaną funkcjonalność nie jest rozwiązaniem stricte sprzętowym

Sygn. akt KIO 2747/11

o jakim możemy mówić w przypadku routerów, których funkcje mogą być realizowane przez specjalizowane programowalne układy niskiego poziomu. W rozwiązaniach UTM, ruch sieciowy podlega tak wielorakim analizom (funkcjonalność url filtering, IPS, antywirus), że zawsze są one przeprowadzane przez oprogramowanie z użyciem wykonującego je procesora. Założyć należy, że Zamawiający formułując warunek zastosowania *urządzenia UTM* – miał na myśli kompletne, autonomiczne rozwiązanie UTM (sprzęt + oprogramowanie), eliminując w ten sposób możliwość ewentualnej instalacji przez Oferentów oprogramowania realizującego funkcje UTM bezpośrednio na serwerach usługowych.

3. Odwołujący sugeruje, że rozwiązanie Vyatta oferuje redundancję wyłącznie w oparciu o protokół VRRP, co nie jest to zgodne z prawdą. Oprócz udostępniania protokołu VRRP, Vyatta oferuje również mechanizmy budowy klastra HA, implementującego funkcjonalność analogiczną do rozwiązań innych wiodących producentów (np. mechanizmy failover dla VPN, NAT czy też synchronizację konfiguracji pomiędzy węzłami). Informacje na ten temat są dostępne publicznie na stronach internetowych producenta.
4. Odwołujący przytacza także *wymóg sprzętowego IPS*. Nie istnieje coś takiego jak IPS czysto sprzętowy (tj. urządzenie bez oprogramowania, realizujące funkcjonalność IPS wyłącznie w oparciu o układy logiczne niskiego poziomu), choćby ze względu na konieczność ciągłego uaktualniania sygnatur ataków. Wszyscy producenci stosują rozwiązanie dokładnie takie jak Vyatta (np. urządzenia IPS wiodącego producenta sprzętu sieciowego jakim jest firma Cisco, pracują pod kontrolą zmodyfikowanego systemu operacyjnego Linux).

Niezależnie od powyższego, zgodnie z zamieszczoną na końcu s.i.w.z. listą załączników, integralną jej część stanowią: formularz ofertowy, oświadczenie potwierdzające spełnianie przez wykonawcę warunków określonych w art. 22 ust. 1 pzp oraz o braku podstaw do wykluczenia, projekt umowy, wykaz wykonanych zamówień oraz oświadczenie o wdrożeniu systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji. Załącznik nr 1a do Formularza ofertowego nie został wymieniony w tym zestawieniu, co więcej brak we wzorze tego załącznika miejsca na podpisy osób reprezentujących składającego wypełniony załącznik wykonawcy. Uznać zatem należy, że wiążącym w tym zakresie jest treść samego Formularza ofertowego a nie treść tego załącznika. Nadto, załącznik nr 1 a do formularza oferty zawiera jedynie określenie kształtowania się ceny za całą usługę w rozbiciu na poszczególne jej elementy. Wyliczenie to jednak (rozbicie tej ceny) nie jest jednak wiążące i

Sygn. akt KIO 2747/11

w żaden sposób nie wpływa i nie decyduje o wyborze najkorzystniejszej oferty. Wykonawca bowiem zgodnie z deklaracją zamieszczoną w Formularzu cenowym oświadcza, że *oferuje realizację niniejszego przedmiotu zamówienia za łączną kwotę zł brutto zaś w razie wybrania jego oferty jako najkorzystniejszej zobowiązuje się do podpisania umowy na warunkach określonych w istotnych postanowieniach umowy (załącznik nr 3 do SIWZ), w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego* (pkt. 8 Formularza cenowego). Owo rozbicie i podział oferowanej usługi na konkretne jej części wiąże się tylko i wyłącznie z podziałem ceny, nie odnosi się natomiast do samego przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym, nawet gdyby uznać, iż wskazane w Załączniku nr 1a do Formularza ofertowego elementy przedmiotu zamówienia, różnią się od wymogów określonych w SIWZ (aczkolwiek Przystępujący zaprzecza by tak było) nie ma to jakiegokolwiek wpływu na treść złożonej oferty i jej zgodność z treścią s.i.w.z..

Z kolei do zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt. 4 w zw. z art. 26 ust. 4 pzp – nie znajdują jakiegokolwiek uzasadnienia, gdy weźmie się pod uwagę treść s.i.w.z. Zgodnie z § 5 s.i.w.z. w zakresie spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz posiadania wiedzy i doświadczenia Zamawiający wskazał, że uzna wymóg ten za spełniony, jeżeli wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem

terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, co najmniej dwie usługi polegające na świadczeniu usług kolokacji, udostępniania oraz utrzymania serwerów (w zakresie przedmiotu zamówienia), o wartości łącznej nie mniejszej niż 300.000,- zł brutto i trwających sześć miesięcy każda oraz wdrożył system zarządzania bezpieczeństwem informacji certyfikowany na zgodność z normą ISO 27001:2005 w zakresie przedmiotu zamówienia. Na potwierdzenie spełniania warunku opisanego w § 5 s.i.w.z. w zakresie wiedzy i oświadczenia Zamawiający wymagał przedłożenia oświadczenia o wdrożeniu systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji – na załączniku nr 6 do s.i.w.z. oraz oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu – na załączniku nr 2 do s.i.w.z.. Co istotne Zamawiający nie wymagał przedłożenia przez wykonawcę samego certyfikatu ISO 27001:2005, uznając za wystarczające złożenie oświadczenia w odpowiedniej treści i formie – zgodnej z załącznikiem nr 6. Spółka Polcom przedłożyła do złożonej przez siebie oferty wymagane załączniki potwierdzające zarówno wdrożenie systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji certyfikowanym na zgodność z normą, jak również przytoczoną spełnianie warunków udziału w przedmiotowym i brak postępowaniu wykonawcy. oświadczeń podstaw do wykluczenia Złożenie

9

Sygn. akt KIO 2747/11

stanowiących odpowiednio załączniki nr 2 i 6 do oferty stanowi bowiem – w świetle treści s.i.w.z. – wystarczający warunek dla uznania zgodności złożonej przez Polcom oferty z treścią s.i.w.z.

Nie można również – w oparciu li tylko o gołosłowne twierdzenia Odwołującego – uznać oświadczenia w przedmiocie wdrożenia systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji certyfikowanym na zgodność z normą ISO 27001:2005 w zakresie przedmiotu zamówienia złożonego przez Polcom za nieprawdziwe. Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek dowodów potwierdzających powyższą okoliczność. Brak wpisu Polcom do rejestru prowadzonego przez PSBG sp. z o.o. nie może być uznany za wystarczający w tym zakresie. Jak podnosi się w orzecznictwie dowodem na złożenie nieprawdziwych informacji, podważającym oświadczenia złożone przez wykonawcę w ofercie nie może być informacja pochodząca ze stron internetowych, nawet jeśli są to strony internetowe prowadzone przez wykonawcę (wyrok KIO z 2 lutego 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1747/09). Brak zatem podstaw do uznania, że oświadczenie złożone przez Polcom sp. z o.o. na załączniku nr 6 do s.i.w.z. jest nieprawdziwe. Nie sposób również skutecznie zarzucić Zamawiającemu zaniechanie wykluczenia Polcom z postępowania z powodu podania nieprawdziwych informacji lub naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 4 pzp w związku z niewezwaniem tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Zgodnie z utrwalonym w tym przedmiocie orzecznictwem i poglądami doktryny, istnieje domniemanie, iż dokumenty i oświadczenia przedkładane przez biorącego udział w postępowaniu przetargowym wykonawcę są prawdziwe. Zamawiający nie ma obowiązku dogłębnego sprawdzania przedkładanych dokumentów, jeśli nie budzą one jego wątpliwości, w konsekwencji nie może również wykluczyć wykonawcy z powodu złożenia nieprawdziwych dokumentów lub oświadczeń, dopóki nie istnieją dowody na potwierdzenie powyższych okoliczności. Mając na uwadze fakt, że prawem wykonawców biorących udział w postępowaniu jest żądanie, aby spełnianie przez nich warunków udziału w postępowaniu oraz złożone przez nich oferty, były ocenione wyłącznie na podstawie wymagań zawartych w s.i.w.z. (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13 października 2011 r., sygn. akt KIO 2101/11) – nie sposób uznać, aby istniały jakiegokolwiek przesłanki, zarówno w chwili złożenia przez Polcom oświadczenia w przedmiocie wdrożenia systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji certyfikowanym na zgodność z ISO 27001:2005, jak również w chwili złożenia przez ten podmiot oferty, jak też w momencie badania, oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, ani na moment wniesienia odwołania w niniejszej sprawie – do poddania w wątpliwość wiarygodności złożonego przez tego wykonawcę oświadczenia. Wręcz przeciwnie, w żadnym z wskazanych powyżej momentów czasowych, brak było

10

jakichkolwiek danych, informacji lub też zarzutów co do prawdziwości złożonych przez Polcom oświadczeń.

Stanowisko Przystępującego potwierdza w pełni orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, jak również orzecznictwo sądowe, w którym podkreśla się, że Zamawiający może domagać się dokumentów i wyjaśnień dopiero w chwili powzięcia wątpliwości, co do treści lub formy złożonych dokumentów. Zamawiający zwolniony jest bowiem z obowiązku antycypowania niezgodności dokumentów z prawdą, przeciwnie założenie prowadziłoby bowiem do nakazania zamawiającemu sprawdzenia każdego dokumentu z każdej oferty odrębnie, z zaangażowaniem stron, które je wystawiły i to przed wyborem oferty. W konsekwencji Zamawiający nie może stosować art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p. dopóki nie istnieją dowody na złożenie nieprawdziwych danych (wyrok sądu okręgowego w Krakowie z 7 stycznia 2009 r., sygn. akt. XII Ga 433/08). W uzasadnieniu Sąd Okręgowy wskazał, iż „zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p. (obecnie art. 24 ust. 2 pkt. 3) wyklucza się z udziału w postępowaniu przetargowym wykonawcę, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik tego postępowania. Ustawa nie różnicuje tych informacji, nie wprowadza też domniemania nieprawdziwości informacji składanych przez wykonawców, wobec czego zamawiający nie może stosować tego przepisu dopóki nie istnieją dowody na złożenie nieprawdziwych danych” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod red. P. Graneckiego, C.H. Beck, Warszawa 2007, s. 112). Prezentowane przez komentatora stanowisko potwierdza powyżej postawioną tezę, iż właściwym momentem do podjęcia działań przez zamawiającego jest chwila pozyskania dowodów na okoliczność, że dane zawarte w ofercie mijają się z prawdą. W wyroku z 22 września 2011 r. (sygn. akt KIO 1944/11), gdzie KIO wyraźnie wskazała, że: *Zamawiający w toku postępowania może opierać się jedynie na oświadczeniach i dokumentach przedkładanych przez wykonawców, w szczególności w przedmiocie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nieistotna jest w tym wypadku wiedza zamawiającego lub powszechna znajomość faktów.* Kluczowe znaczenie dla niniejszej sprawy ma orzeczenie KIO z 15 września 2011 r., (sygn. akt KIO 1881/11), gdzie wyraźnie potwierdzono, że *Izba oceniając wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nieprawdziwych informacji, w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p., bierze pod uwagę materiał przedstawiony zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia, a nie postępowania odwoławczego. Tym samym przedmiotem oceny jest fakt, na jakich oświadczeniach i dokumentach zamawiający oparł się podejmując decyzje zmierzające do ustalenia wyniku postępowania przetargowego* Badanie przez Izbę wpływu na wynik, w rozumieniu art. 24 ust.

Sygn. akt KIO 2747/11

2 pkt 3 p.z.p., następuje na moment przedstawienia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji i to tylko w oparciu o zgromadzony na etapie postępowania o udzielenie zamówienia materiał (wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oferty, wyjaśnienia, całokształt korespondencji pomiędzy wykonawcami a zamawiającym). Co ważne, Zamawiający w toku postępowania może opierać się jedynie na oświadczeniach i dokumentach przedkładanych przez wykonawców, w szczególności w przedmiocie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nieistotna jest w tym wypadku wiedza zamawiającego lub powszechna znajomość faktów. Brak jest podstaw do uznania, iż zamawiający winien poszukiwać samodzielnie informacji i zastępować w tych obowiązkach wykonawców.

Trudno także zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, jakoby Zamawiający miał obowiązek wezwania Polcom do wyjaśnienia wątpliwości dotyczących złożonych oświadczeń i dokumentów. Skoro wątpliwości takich Zamawiający nie posiadał, nie sposób uznać, by Ministerstwo Gospodarki miało obowiązek wzywać wykonawcę do składania wyjaśnień. Obowiązek o którym mowa w art. 26 ust. 4 pzp aktualizuje się bowiem dopiero w chwili powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, która nie powinna być uznana za najkorzystniejszą, należy – w ślad za jedną z tez wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 września 2011 roku (KIO 1973/11; KIO 1994/11, LEX nr 969498) przyjąć, że *hipotezę normy art. 91 ust. 1*

p.z.p. są objęte okoliczności, w których wybór oferty najkorzystniejszej następuje na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, przekroczenie więc tej normy będzie miało miejsce w sytuacji, w której wybór oferty najkorzystniejszej nastąpi w oparciu o kryteria, które w SIWZ ujawnione nie były. Pomijając okoliczność, iż Odwołujący w żaden sposób nie uzasadnił na czym konkretnie miałyby polegać naruszenie przez Zamawiającego tego przepisu, należy uznać zarzut ten za całkowicie niezasadny i nieuprawniony. W żadnym wypadku nie można bowiem przyjąć, by treść złożonej przez TALEX S.A. oferty była niezgodna z treścią s.i.w.z., niezgodności tej nie kwestionuje także sam Odwołujący.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art.

12

Sygn. akt KIO 2747/11

189 ust. 2 pzp, i wobec braku odmiennych wniosków Stron w tym zakresie, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska, a Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Uczestnika zawarte w środkach ochrony prawnej, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż ma realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia wobec zarzutów zmierzających do wyeliminowania z postępowania wykonawcy Polcom. Z uwagi na przyjęte kryteria oceny ofert w razie odrzucenia oferty tego wykonawcy Odwołujący mógłby uzyskać łącznie najwyższą ocenę punktową. Natomiast zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania Polcom lub odrzucenia oferty tego wykonawcy naraża Odwołującego na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana przez Zamawiającego w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z. wraz z wyjaśnieniami, oferty Polcom, a także z protokołu postępowania. Izba uwzględniła dodatkowo okazaną na rozprawie przez Zamawiającego dokumentację postępowania prowadzonego po wniesieniu odwołania, w postaci dwóch wezwań Zamawiającego i dwóch odpowiedzi Polcom.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej, dalszych oraz wyrażone ustnie w toku rozprawy i odnotowane w protokole. Izba uwzględniła również pisma i dokumenty przedłożone przez Odwołującego w toku rozprawy, dokonując odpowiedniej oceny ich mocy dowodowej i znaczenia dla rozstrzygnięcia

13

Sygn. akt KIO 2747/11

zarzutów odwołania.

Skład orzekający Izby ustalił, iż przytoczone powyżej za odwołaniem fragmenty s.i.w.z. – odpowiadają rzeczywistości ich brzmieniu. W zakresie niezbędnym dla

rozstrzygnięcia przytoczono lub opisano poniżej dodatkowo inne fragmenty stosownych postanowień s.i.w.z.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, podtrzymanych na rozprawie i podlegających rozpatrzeniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega uwzględnieniu.

W ocenie Izby Zamawiający przedwcześnie pozytywnie ocenił spełnianie przez wykonawcę Polcom jednego z warunków udziału w postępowaniu, pomimo zaistnienia okoliczności poddających w wątpliwość wiarygodność złożonego przez tego wykonawcę wraz z ofertą oświadczenia z 23 stycznia 2012 r., iż *wdrożył system zarządzania bezpieczeństwem informacji certyfikowany na zgodność z normą ISO 27011:2005 w zakresie przedmiotu zamówienia*.

Skład orzekający zważył, iż postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i s.i.w.z. oraz przedstawione przez Odwołującego na rozprawie pismo w powiązaniu z wyjaśnieniami Polcom, wyegzekwowanymi w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia już po wniesieniu odwołania – wskazują na bepodstawność wniosku Zamawiającego na rozprawie o oddalenie odwołania, jako nieznajdującego oparcia w tych dowodach. Zamawiający podniósł na rozprawie, iż w § 5 s.i.w.z. nie żądał od wykonawców złożenia certyfikatu, gdyż za moment uzyskania certyfikacji uznaje się przeprowadzenie audytu, a samo wydanie dokumentu ma znaczenie wtórne i może nastąpić w pewnym odstępie czasowym. Ponadto według Zamawiającego z § 5 s.i.w.z. wynikał wymóg posiadania systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji certyfikowanego, tj. takiego, który przeszedł pozytywnie audyt na zgodność z wymaganiami z normy ISO 27001:2005 do upływu terminu składania ofert, a zatem sam certyfikat mógł zostać wystawiony z datą późniejszą. Tymczasem takie stanowisko należy uznać za próbę zmiany na etapie oceny spełniania przez wykonawców treści warunku sprecyzowanego w ogłoszeniu i s.i.w.z., która zamykała się w żądaniu by wykonawca biorący udział w postępowaniu *wdrożył system zarządzania bezpieczeństwem informacji certyfikowany na zgodność z normą ISO 27011:2005 w zakresie przedmiotu zamówienia*. Zamawiający w ogłoszeniu i s.i.w.z. nie poprzestał zatem na żądaniu od

Sygn. akt KIO 2747/11

wykonawcy posiadania wdrożonego systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji zgodnego z normą ISO 27011:2005, lecz wymagał nadto istnienia potwierdzenia tej zgodności w postaci certyfikatu. Natomiast nigdzie w s.i.w.z. Zamawiający nie ujawnił swojej intencji dopuszczenia do udziału w prowadzonym postępowaniu także wykonawców, którzy co prawda wdrożyli system zarządzania bezpieczeństwem informacji odpowiadający standardowi ISO 27011:2005, jednak nie ma on (jeszcze) cechy systemu certyfikowanego na zgodność z tą normą. Zarówno ogłoszenie o zamówieniu, jak i s.i.w.z. zawierają nadto w opisie przedmiotu zamówienia jednoznaczne i stanowcze wskazanie, iż *wykonawca musi posiadać certyfikat ISO 27001*. Brak natomiast jakichkolwiek podstaw do uznania, iż wymóg ten należy rozpatrywać odrębnie od warunku udziału w postępowaniu, przez dopuszczenie by uzyskanie tego certyfikatu mogło nastąpić po dniu, na który ocenia się spełnianie tych warunków. W szczególności nie zostało to wyrażone ani w sformułowanym opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, ani w postanowieniach dotyczących formalności, które należy dopełnić przed zawarciem umowy. Natomiast zażądanie w wykazie oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy, wyłącznie oświadczenia na potwierdzenie sformułowanego tak, a nie inaczej warunku – wskazuje wyłącznie na dopuszczenie dokumentu potwierdzającego w postaci oświadczenia o posiadaniu wdrożonego i certyfikowanego systemu, bez konieczności okazania samego certyfikatu. Sformułowanie zamieszczone w pkt. 3. wiersza 3. tabeli zamieszczonej w § 5 s.i.w.z.: *oświadczenie o wdrożeniu systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji – na Załączniku nr 6 do SIWZ*, wprost bowiem odsyła do załącznika, w którym Zamawiający przygotował gotowe do podpisu oświadczenie, że *wykonawca, którego reprezentuję(jemy) wdrożył system zarządzania bezpieczeństwem informacji certyfikowany na zgodność z normą ISO 27011:2005 w zakresie przedmiotu zamówienia*. Z treści ogłoszenia i s.i.w.z. wynika zatem jedynie poprzestanie przez Zamawiającego na oświadczeniu wykonawcy o istnieniu jednocześnie dwóch okoliczności: po pierwsze – wdrożenia systemu zarządzania

bezpieczeństwem, po drugie – posiadania certyfikatu zgodności z wymaganą normą. Nie wynika natomiast z tych dokumentów, aby Zamawiający dopuścił by na dzień składania ofert wykonawca nie musiał jeszcze zakończyć certyfikacji wdrożonego systemu, to jest dysponować certyfikatem potwierdzającym zgodność wdrożonego systemu z normą ISO 27011:2005.

Brak zażądania od wykonawców złożenia dokumentu, który najlepiej nadawał się do potwierdzenia spełnienia określonego w ogłoszeniu i s.i.w.z. warunku, stworzył natomiast obiektywne utrudnienie możliwości zweryfikowania przez Zamawiającego rzeczywistego

15

Sygn. akt KIO 2747/11

stanu rzeczy. Obrazuje to treść wezwania do wyjaśnień wystosowana przez Zamawiającego 28 grudnia 2011 r., w którym zwrócił się on do Polcom z *prośbą o przedstawienie dowodu, że wdrożyli Państwo system zarządzania bezpieczeństwem informacji certyfikowany na zgodność z normą ISO 27001:2005 w zakresie przedmiotu zamówienia, w szczególności kopii certyfikatu ISO 27001*. W ocenie składu orzekającego łby wezwanie to, w którym Zamawiający zacytował fragment uzasadnienia odwołania (według *dostępnych ogólnie źródeł na publicznie dostępnych stronach sześciu podmiotów akredytowanych w Polsce do certyfikacji wg tej normy nie ma informacji o firmie Polcom. Nie ma jej również na liście certyfikowanych firm na stronie internetowej www.iso.2700.pl prowadzonej przez firmę PSBG*) – stanowi przyznanie przez Zamawiającego, iż powinien był powziąć wątpliwości co do prawdziwości oświadczenia załączonego przez Polcom do oferty. Co więcej, podjęte działania nie rozwiąły tych wątpliwości. W odpowiedzi 30 grudnia 2011 r. wystosowano bowiem następujące wyjaśnienia: *Firma Polcom Sp. z o.o. wdrożyła system zarządzania bezpieczeństwem informacji zgodny z normą ISO27001:2005. Niestety nie jesteśmy w stanie przedstawić kopii certyfikatu ISO27001*. Wykonawca odmówił zatem okazania certyfikatu, jednak nie z powodu zażądania od niego dokumentu niewymaganego w s.i.w.z., lecz powołując się na obiektywną niemożność jego przedstawienia. Przede wszystkim jednak w wyjaśnieniach tych potwierdził jedynie fakt wdrożenia systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji zgodnego z normą ISO27001:2005, nie potwierdzając, iż jest on certyfikowany. Spowodowało to, iż 4 stycznia 2012 r. Zamawiający wystosował kolejne wezwanie do wyjaśnienia tej samej okoliczności, tym razem formułując je w następujący sposób: *czy oświadczenie, które złożyli Państwo w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o wdrożeniu systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji certyfikowanym na zgodność z normą ISO 27001:2005 w zakresie przedmiotu zamówienia jest zgodne ze stanem faktycznym, tj. czy system został wdrożony?* Niezwłoczne wezwanie skierowane w tej samej sprawie świadczy o tym, iż udzielone wyjaśnienia nie były satysfakcjonujące również dla Zamawiającego, jednak zamiast położyć nacisk na okoliczność istnienia certyfikatu, w zakresie której uzyskał enigmatyczną odpowiedź – sprecyzował on swoją wątpliwość tak, jakby nadal miał wątpliwość czy wykonawca w ogóle wdrożył system zarządzania bezpieczeństwem. 4 stycznia 2012 r. Polcom *raz jeszcze uprzejmie* wyjaśnił, że: *po pierwsze – oświadczenie zawarte w naszej ofercie w przedmiotowym przetargu i dotyczące wdrożenia systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji zgodnego z normą ISO27001:2005 w zakresie przedmiotu zamówienia jest zgodne ze stanem faktycznym, po drugie – w chwili obecnej Polcom Sp. z o.o. nie jest w*

16

Sygn. akt KIO 2747/11

stanie przedłożyć dokumentu certyfikatu ISO270001, gdyż standardy zgodne z wymogami normy ISO27001:2005 są zawarte w dokumentach wewnętrznych (procedurach) Polcom Sp. z o.o. Zamawiający ponownie zatem uzyskał jedynie potwierdzenie faktu wdrożenia systemu zarządzania bezpieczeństwem zgodnego z wymaganym standardem. Część wyjaśnień odnosząca się do posiadania certyfikatu w żaden sposób nie mogła rozwiązać wątpliwości Zamawiającego, gdyż ich treść, choć enigmatyczna, zdaje się również wskazywać jedynie na wdrożenie standardów zgodnych z normą ISO 27001:2005 polegające na przestrzeganiu odpowiednich procedur zawartych w dokumentach wewnętrznych, bez przeprowadzenia

certyfikacji wdrożonego systemu.

Natomiast Odwołujący uzyskał 2 stycznia 2011 r. od SGS Polska spółki z o.o. z siedzibą w Warszawie, jednostki uprawnionej do certyfikacji systemów zarządzania opartych na wymaganiach normy PN-ISO/IEC 27001, potwierdzenie, że *firma Polcom Sp. z o.o. 32-050 Skawina, ul. Krakowska 43 nie posiadała na dzień 24.11.2011 certyfikatu na zgodność z powyższą normą, wydanego przez SGS Polska*. Z treści oświadczenia wynika także, iż *wg stanu na dzień 24.11.2011 w ww. firmie został zakończony audit, w trakcie którego firmie Polcom Sp. z o.o. została udzielona pozytywna rekomendacja auditora wiodącego do wydania certyfikatu na powyższą normę*. Dopiero w obliczu tego dowodu na rozprawie Zamawiający *ad hoc* zaprezentował pogląd, iż dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu należy uznać to za wystarczające. Wobec przytoczonych powyżej sformułowań ogłoszenia i s.i.w.z., a także wezwań do wyjaśnień, stanowisko takie nie być uznane za prawidłowe. Zamawiający nadto sam zastrzegł na rozprawie, że uzyskane przez Odwołującego oświadczenie nie może być uznane za rozstrzygające, gdyż nie przesądza o tym, czy Polcom nie dysponuje certyfikatem wydanym przez inny uprawniony podmiot. W ocenie składu orzekającego Izby Zamawiający potwierdził w ten sposób, iż dotychczas uzyskane wyjaśnienia nie mogły i nie rozwiąły jego wątpliwości co do dysponowania przez Polcom na dzień składania ofert systemem zarządzania bezpieczeństwem w zakresie przedmiotu zamówienia certyfikowanym na zgodność z normą ISO 27001:2005. Dopiero zatem po usunięciu tej ostatniej wątpliwości Zamawiający będzie w stanie podjąć decyzję o kompleksowej ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Polcom.

Odnosnie niektórych z przywołanych w odwołaniu tez z uzasadnień orzeczeń Izby w innych sprawach, skład orzekający Izby nie kwestionuje ich trafności, jednak wyroki te zapadły na tle odmiennych okoliczności faktycznych, a przywołane fragmentaryczne tezy, wyrwane z kontekstu, nie przystają do okoliczności niniejszej sprawy, w której Zamawiający przez działania podjęte po wniesieniu odwołania *de facto* przyznał, iż na etapie badania

17

Sygn. akt KIO 2747/11

oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu istniały przesłanki do powzięcia wątpliwości co do prawdziwości oświadczenia złożonego przez Polcom na załączniku nr 6 do s.i.w.z.

Natomiast w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, iż Zamawiający bezpodstawnie zaniechał odrzucenia oferty Polcom na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp z uwagi na niezgodność treści tej oferty z treścią s.i.w.z. w zakresie *urządzenia UTM*.

Z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wynika, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, iż zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez siebie oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego, co do zasady, to porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w s.i.w.z. przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna. Art. 82 ust. 3 pzp zastrzega przy tym formę pisemną pod rygorem nieważności dla oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, natomiast rozumienie pojęcia oferty należy wywieść z przepisu art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego. Nie budzi zatem wątpliwości, iż z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. Jednakże zakres wymaganej treści oferty wynika z postanowień s.i.w.z., a zatem to zamawiający określa elementy, które są dla niego istotne i będą stanowiły podstawę do merytorycznej oceny zgodności złożonych ofert z jego wymaganiami ujawnionymi w tym podstawowym dokumencie postępowania. W niniejszej sprawie w § 10 *Opis sposobu przygotowania oferty* w pkt. 1 lit. a s.i.w.z. Zamawiający zażądał wypełnienia Formularza ofertowego sporządzonego zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 1 do s.i.w.z., w tym wypełnienia *Wykazu miesięcznych opłat za poszczególne elementy Usługi*, stanowiącego

załącznik nr 1a do Formularza ofertowego. Z kolei w treści tego wzoru Zamawiający przygotował dwie tabele: a) *Udostępnienie sprzętu* i b) *Udostępnienie oprogramowania wraz z licencją* – w których dla poszczególnych pozycji oprócz podania *opłaty miesięcznej w zł (brutto)* wskazano miejsce na sprecyzowanie *nazwy i modelu*. W ocenie składu orzekającego Izby na mocy przywołanych postanowień s.i.w.z. Zamawiający wymagał w ramach treści

18

Sygn. akt KIO 2747/11

oferty, poza określeniem jej ceny, podania zryczałtowanych opłat za poszczególne elementy usługi, a także skonkretyzowania nazwy i modelu udostępnianych na czas jej wykonywania sprzętu i oprogramowania. W poz. 7 tabeli a) *Udostępnienie sprzętu* wykonawca Polcom wpisał w treści oferty dotyczącej nazwy i modelu: *Serwer + oprogramowanie Vyatta kompatybilny do połączenia z Juniper SRX650 wraz z 5 lat support*.

W odwołaniu podano okoliczności faktyczne na uzasadnienie dwóch zarzutów merytorycznej niezgodności tak sprecyzowanej treści oferty z treścią wymagań opisu przedmiotu zamówienia, po pierwsze – zarzutu zaoferowania rozwiązania programowego zamiast wymaganego rozwiązania sprzętowego, po drugie – zarzutu niespełnienia wymagania szczegółowego dotyczącego redundancji. Natomiast zawarte w treści odwołania zdania: *Ponadto Zamawiający wskazuje, że wspomniany wyżej Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia stanowiący Załącznik nr 3 do Umowy w podpunkcie 3, opisuje również wymagania dostawowe dla urządzenia UTM. Wśród nich znajduje się wymóg sprzętowy IPS do wykrywania i zapobiegania potencjalnym atakom* – stanowią w ocenie składu orzekającego Izby jedynie konstatację stanu faktycznego w zakresie wymagań opisu przedmiotu zamówienia. Odnośnie pierwszego zarzutu, na wstępie Izba stwierdziła, iż Odwołujący przytaczając w odwołaniu treść pkt. 3 części I *Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia*, pominął drugie zdanie: *UTM musi udostępniać funkcjonalność umożliwiającą bezpośrednią współpracę z UTM Juniper SRX650, usytuowanym w ośrodku podstawowym, w zakresie zestawiania tunelu IPsec z wykorzystaniem PKI*. W ocenie składu orzekającego Izby z takiego opisu *urządzenia UTM* nie wynika, iż niedopuszczalne było zaoferowanie serwera wraz z oprogramowaniem Vyatta, to jest rozwiązania integrującego element sprzętowy (serwer) z programowym (oprogramowanie Vyatta) jako urządzenie w rozumieniu funkcjonalnym, jeżeli tylko umożliwia ono bezpośrednią współpracę z UTM Juniper SRX650, którym dysponuje Zamawiający w ośrodku podstawowym. Odwołujący nie podważał istnienia takiej zgodności, tymczasem taki opis wskazuje na użycie terminu *urządzenie* w znaczeniu funkcjonalnym, z dopuszczeniem rozwiązań innego rodzaju niż reprezentuje UTM Juniper SRX650. Odwołujący nie zaprzeczył bowiem, iż również takie specjalizowane urządzenie zawiera oprogramowanie niezbędne do realizacji funkcji urządzenia UTM. W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący nie podważył zatem trafności stanowiska Przystępującego, iż przez taki opis Zamawiający zastrzegł jedynie, iż musi to być odrębne, autonomiczne rozwiązanie UTM, oparte na komponencie sprzętowym i programowym, wykluczając jedynie możliwość instalacji wyłącznie oprogramowania realizującego funkcje UTM bezpośrednio na serwerach usługowych. Nadto skoro oprogramowanie Vyatta stanowi specjalizowaną

19

Sygn. akt KIO 2747/11

dyskrybucję Linuxa, to nieporozumieniem jest twierdzenie, iż jest uruchamiana na komputerze z systemem operacyjnym Linux, sugerujące że jest to jeden z programów dodatkowych zainstalowanych na komputerze pracujących pod kontrolą tego systemu. Ponieważ Odwołujący nie podważył, iż Polcom zaoferował w ramach sprzętu jako urządzenie UTM udostępnienie odrębnego specjalizowanego serwera z oprogramowaniem Vyatta, nadających się do połączenia z Juniper SRX650 – bezpodstawny jest zarzut, iż stanowi to niedopuszczalne zaoferowanie rozwiązania emulującego router sprzętowy.

Odwołujący nie wykazał, iż oferowane przez Polcom rozwiązanie nie może działać jako klastrer sieciowy w trybie active/active. Przedłożony na rozprawie przez Odwołującego dowód w postaci oświadczenia z 5 grudnia 2011 r. uzyskanego od Zycko Polska sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie – nie może być uznany za wystarczający. Po pierwsze – odnosi się on

do wyłącznie do zagadnienia protokołu VRRP. Dowód ten nie podważa informacji wynikającej ze zgłoszenia przystąpienia, iż rozwiązanie Vyatta oferuje redundancję nie tylko wyłącznie w oparciu o ten protokół. Wbrew stanowisku zaprezentowanemu przez Odwołującego na rozprawie, to na nim ciążył ciężar udowodnienia, iż takie twierdzenia Przystępującego nie odpowiadają rzeczywistemu stanowi rzeczy. Po drugie – pomimo na rozprawie o właściwe tłumaczenie zdania *Vyatta only supports VRRP as a first hop redundancy protocol* (według Zamawiającego: *Vyatta wspiera protokół VRRP jako pierwszy poziom redundancji*; według Odwołującego: *Vyatta wspiera VRRP tylko jako pierwszą pętlę redundancji protokołu*) – Odwołujący nie podważył, iż zdanie *Active/ active HA could be achieved with multiple VRRP groups and strategic configuration of client gateways*, może być tłumaczone jako *Active/ active HA może być osiągnięty przez wielokrotne grupowanie VRRP i strategiczną konfigurację klienta bramek*. Wobec tego, iż opis przedmiotu zamówienia sprowadza się w tym zakresie do lakonicznego stwierdzenia *obsługa HA (Clustering) w trybach: Active/ Active, Active/Passive* – Odwołujący nie wykazał na czym miałoby w tym przypadku polegać niespełnienie tego wymagania.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, iż naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania, i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisem § 5 ust. 2 pkt 1

20

Sygn. akt KIO 2747/11

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), obciążając Zamawiającego kosztami niniejszego postępowania, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty, w ramach których uwzględniono wynagrodzenie pełnomocnika, na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku (faktury VAT) – zgodnie z przepisem § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący:

21