

WYROK

z dnia 22 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak-Żuraw

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 listopada 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 listopada 2012 r. przez wykonawcę **NETIA S.A., Ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Urząd Komunikacji Elektronicznej, ul. Kasprzaka 18/20, 01-211 Warszawa,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Exatel S.A., Trecom Sp. z o.o. S.K.A., ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowne badanie i ocenę ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Exatel S.A., Trecom Sp. z o.o. S.K.A., ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa,**

2. kosztami postępowania obciąża **Urząd Komunikacji Elektronicznej, ul. Kasprzaka 18/20, 01-211 Warszawa,**

i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **NETIA S.A., Ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Urząd Komunikacji Elektronicznej, ul. Kasprzaka 18/20, 01-211 Warszawa** na rzecz **NETIA S.A., Ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

Uzasadnienie

Urząd Komunikacji Elektronicznej, ul. Kasprzaka 18/20, 01-211 Warszawa (dalej „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) na "Świadczenie usługi transmisji danych dla jednostek organizacyjnych Urzędu Komunikacji Elektronicznej oraz usługi Wi-Fi dla Centrali Urzędu Komunikacji Elektronicznej, przez okres 48 miesięcy". Wartość przedmiotowego zamówienia na usługi oszacowano na kwotę większą niż wyrażona w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 14 lipca 2012 r. pod numerem 2012/S 134-223418.

W dniu 5 listopada 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa (dalej „Odwołujący”).

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu, iż:

- 1) wadliwie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum wykonawców EXATEL S.A. oraz Trecom Sp. z o.o. S.K.A.;
- 2) zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę GTS Poland Sp. z o.o. z powodu jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej "SIWZ");
- 3) zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum wykonawców EXATEL S.A. oraz Trecom Sp. z o.o. S.K.A. z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ;
- 4) wadliwie przyjął, iż zastrzeżone przez wykonawców EXATEL S.A. i Trecom Sp. z o.o. S.K.A. oraz GTS Poland Sp. z o.o. informacje i oświadczenia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający naruszył tym samym art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 i 3 i art. 8 ustawy Pzp.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum wykonawców EXATEL S.A. oraz Trecom Sp. z o.o. S.K.A.;
- 2) powtórzenia czynności obejmującej badanie i ocenę ofert;

- 3) odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę GTS Poland Sp. z o.o. z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ;
- 4) odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum wykonawców EXATEL S.A. oraz Trecom Sp. z o.o. S.K.A. z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ;
- 5) ponownego przeprowadzenia badania prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofertach wskazanych powyżej wykonawców;
- 6) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazywał, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest wykonawcą, którego oferta po przeprowadzeniu badania i oceny ofert została sklasyfikowana na pozycji trzeciej. W przypadku odrzucenia ofert konsorcjum wykonawców EXATEL S.A. oraz Trecom Sp. z o.o. S.K.A. oraz oferty złożonej przez wykonawcę GTS Poland Sp. z o.o. oferta Odwołującego winna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Odwołujący uzyska wówczas możliwość zawarcia z Zamawiającym umowy w sprawie niniejszego zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu Odwołujący podnosił, iż w dniu 26 października br. Zamawiający poinformował wykonawców uczestniczących w niniejszym postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum wykonawców EXATEL S.A. oraz Trecom Sp. z o.o. S.K.A.. Tym samym niniejsze odwołanie zostało złożone w terminie przewidzianym ustawą Pzp.

I. zarzut dot. oferty GTS Poland Sp. z o.o.

1. Zgodnie z treścią punktu 12.1.5) SIWZ wykonawcy zostali zobowiązani do złożenia wypełnionych wykazów znajdujących się w załączniku nr 1 do umowy, potwierdzających spełnianie przez oferowany sprzęt określonych wymagań. W przedmiotowym załączniku wykonawca określał producenta i model oferowanego urządzenia wraz z dookreśleniem wykorzystywanego przez urządzenie systemu operacyjnego. Ponadto wykonawca składał oświadczenie co do spełniania przez oferowane urządzenie wyspecyfikowanych w treści załącznika funkcjonalności.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy uznać iż przedmiotowy wykaz w zakresie pozwalającym na określenie treści oferty wykonawcy jest dokumentem, który nie może zostać pominięty w treści oferty oraz nie jest dokumentem uzupełnialnym na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (w zakresie spełniania przez oferowane dostawy lub usługi wymagań określonych przez zamawiającego). Jak bowiem słusznie zauważa Krajowa Izba Odwoławcza (wyrok KIO z dnia 28 marca 2011 r. sygn. akt KIO 542/11, Zeszyty orzecznicze

UZP nr 9):

"Izba uznaje, że treść wymaganych specyfikacji technicznych oferowanego sprzętu stanowi merytoryczną treść oferty poprzez wskazanie nazw, symboli i szczegółowej konfiguracji parametrów technicznych konkretnego zaoferowanego sprzętu. Brak powyższych informacji uniemożliwia ustalenie, jaki sprzęt jest zaoferowany przez wykonawcę, a w konsekwencji rzeczywiste badanie zgodności treści oferty z treścią siwz w zakresie zaoferowanego przedmiotu zamówienia. Należy stwierdzić, że są to informacje określające wprost przedmiot oferty i składające się na jej treść, natomiast nie są to oświadczenia lub dokumenty mające potwierdzić, że oferowany sprzęt spełnia wymogi postawione przez zamawiającego. (...) Zważywszy, że przedmiotowe informacje stanowią treść oferty, objęte są one regulacjami art. 87 ust. 1 ustawy, zatem zasadne jest uznanie, że nie ma do nich zastosowania przepis art. 25 ust. 1 i art. 26 ust. 3 ustawy, a tym samym zarzut zaniechania ich zastosowania jest nieuprawniony. Izba zauważa przy tym, że wymóg opisanie, poprzez specyfikacje techniczne, oferowanego przedmiotu dostaw wynika wprost z postanowień siwz, a ustalenia tego nie zmienia fakt, iż został on sformułowany nie w formularzu oferty, lecz załączniku do niej oraz w instrukcji dla wykonawców w części mającej określać opis warunków udziału w postępowaniu oraz wymaganych dokumentów. Wobec powyższego, Izba uznaje, że decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego w częściach, w których została złożona, jest uzasadniona przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp".

Biorąc pod uwagę powyższe należy uznać, iż oferta wykonawcy GTS Poland Sp. z o.o. winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż w jej treści pominięte zostało oświadczenie na temat „stanowiska monitorowania i weryfikacji jakości świadczonych usług wraz z odpowiednim oprogramowaniem” (załącznik nr 1, strona 52 SIWZ). Wykonawca ten nie zamieścił w treści oferty informacji na temat producenta i modelu oferowanego urządzenia wraz z określeniem wykorzystywanego przez urządzenie systemu operacyjnego. Jak wskazano powyżej, taka wada oferty nie może być konwalidowana w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

2. Odwołujący wskazywał także na jeszcze jedną okoliczność uzasadniającą odrzucenie oferty wykonawcy GTS Poland Sp. z o.o. z powodu jej niezgodności z SIWZ. W treści oferty (strona 47) wykonawca ten zawarł informację na temat oferowanego oprogramowania do zarządzania połączeniami sieciowymi na komputerach osobistych. Należy zauważyć, iż zastosowane przez GTS Poland Sp. z o.o. oprogramowanie „Cisco Anyconnect Secure Mobility Client z systemem operacyjnym w wersji 3.x” nie spełnia wszystkich wymagań funkcjonalnych stawianych przez Zamawiającego. Odwołujący

podczas przygotowywania oferty brał pod uwagę oprogramowania różnych producentów, w tym także powyżej wskazane rozwiązanie. Dodać jednak należy, iż zgodnie z pozyskaną przez Odwołującego opinią producenta oprogramowania, oferowane rozwiązanie należy uznać za niespełniające wymagań zawartych w punktach 4 oraz 13 tabeli na stronie 67 SIWZ („możliwość ręcznego włączania lub wyłączania kart sieciowych”, a także „Detekcja sieci LAN może następować przy użyciu próby „ping” lub wysłania zapytania http/https lub weryfikacji adresu IP zewnętrznej bramy”).

Odnosząc się do warunku dotyczącego detekcji sieci LAN (punkt 13 wymagań) należy zauważyć, iż oprogramowanie Cisco Anyconnect Secure Mobility Client realizuje funkcję detekcji sieci LAN w inny sposób, opierając się o detekcję adresów zaufanych serwerów DNS oraz zaufanej domeny DNS otrzymywanych jako parametry DHCP. Co oznacza, że nie ma detekcji sieci LAN w żaden z trzech proponowanych sposobów. Czyli nie ma weryfikacji za pomocą próby „ping”, nie ma weryfikacji za pomocą wysłania zapytania http, także nie ma weryfikacji adresu IP bramy zewnętrznej. Dodatkowo oprogramowanie Cisco Anyconnect Secure Mobility Client nie spełnia wymagań punktu 4, gdyż nie pozwala z poziomu tegoż oprogramowania na „ręczne” włączanie i wyłączanie kart sieciowych.

Należy dodać, iż Zamawiający pismem z dnia 19 września 2012 roku wezwał wykonawcę GTS Poland Sp. z o.o. do wyjaśnień treści oferty w zakresie funkcjonalności oznaczonej liczbą 13. Jak stwierdził Zamawiający: "oprogramowanie Cisco Anyconnect Mobility Client wskazane przez wykonawcę w ofercie nie spełnia wymagania zamawiającego". W tym zakresie Zamawiający powołał się na opinię producenta, firmy Cisco z dnia 27 września 2012 roku, w której jednoznacznie potwierdzono brak spełniania przedmiotowej funkcjonalności (pismo w dokumentacji postępowania). Wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 23 października 2012 roku odnosząc się do wniosku o wyjaśnienia stwierdził, iż wymóg oznaczony numerem 13 („Detekcja sieci LAN może następować przy użyciu próby „ping” lub wysłania zapytania http/https lub weryfikacji adresu IP zewnętrznej bramy”) rozumiał w ten sposób, iż może być on spełniony przez inne rozwiązania niż opisane w treści wymogu (inne niż próby ping lub wysyłanie zapytania). W ocenie Odwołującego taka treść rozumienia warunku przeczy jednak jednoznacznej treści SIWZ. Biorąc pod uwagę powyższe, złożona oferta winna zostać uznana za niezgodną z treścią SIWZ.

3. Ponadto należy zauważyć, iż wobec jednoznacznej treści SIWZ treść składanych ofert nie powinna pozostawiać wątpliwości co do producenta i modelu oferowanych urządzeń, a także rodzaju wykorzystywanego przez oferowane urządzenie systemu

operacyjnego. Jak słusznie wskazuje się w orzecznictwie (wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 117/12):

"warunek merytoryczny dla wszystkich wykonawców był ten sam i polegał na obowiązku podania rodzaju, typu materiału - urządzenia. Izba reprezentuje zapatrywanie, że oferta nie może dawać możliwości do dodatkowych poszukiwań jej treści. Według Izby treść oferty musi być jednoznaczna w celu możliwości poddania jej weryfikacji pod względem jej zgodności z treścią SIWZ"

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący stawiał zarzut nieprecyzyjności treści oświadczenia złożonego przez wykonawcę GTS Poland Sp. z o.o. w treści załącznika nr 1. Zamawiający nie ma możliwości zweryfikowania, jaki rodzaj modelu jest oferowany oraz jaka jest wersja systemu operacyjnego oferowana dla poszczególnych urządzeń. Informacja o oferowanym urządzeniu ma zasadnicze znaczenie przy badaniu oferty, bowiem wskazując na konkretny rodzaj czy typ wyrobu, nie daje w tym zakresie wykonawcy możliwości dokonania jednostronnej zmiany elementu oferty przedmiotowo istotnego w trakcie wykonywania zamówienia publicznego (wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 117/12):

Przedłożone przez wykonawcę informacje faktycznie nie potwierdzają spełnienia wymagań przez oferowane urządzenia.

Biorąc pod uwagę powyższe należy zwrócić uwagę na następujące okoliczności:

1) W ofercie GTS na stronie 29 zaofერowano model Cisco 2911. Obecnie oraz w terminie składania ofert, producent Cisco Systems nie oferował routera o identyfikatorze podzespołu (part number) 2911. Obowiązujące identyfikatory podzespołu to: Cisco2911/K9, Cisco 2911-SEC/K9, Cisco2911-V/K9 itp. Oferowany identyfikator Cisco 2911 oznacza następujące braki w konfiguracji sprzętowej i programowej:

Punkt 6 - „Musi posiadać zainstalowany wewnętrzny sprzętowy moduł akceleracji szyfrowania DES/3DES/AES”. Router serii 2911 bez odpowiedniego oprogramowania z wbudowanymi funkcjami bezpieczeństwa nie może wykorzystywać wbudowanego akceleratora, jak również nie może szyfrować transmisji danych.

Punkt 40 - „Musi posiadać funkcjonalność firewall (w trybie routed oraz transparent)”. Router serii 2911 bez odpowiedniego oprogramowania z wbudowanymi funkcjami bezpieczeństwa nie może działać w trybie firewalla.

2) W ofercie GTS na stronie 41 zaofęrowano model „2504 Wireless Controller”. Obecnie

oraz w terminie składania ofert, producent Cisco Systems nie oferował kontrolera sieci bezprzewodowych o identyfikatorze podzespołu (part number) „2504 Wireless Controller”. Obowiązujące identyfikatory to: AIR-CT2504-5-K9, AIR-CT2504-15-K9, AIR-CT2504-25-K9 i AIR-CT50-K9, gdzie liczby 5, 15, 25 i 50 oznaczają licencje na obsługę punktów dostępowych. Proponowane przez Wykonawcę urządzenie nie posiada wystarczającej ilości licencji na punkty dostępowe i w konsekwencji nie spełnia punktu 3 - „Obsługa min. 15 punktów dostępowych z możliwością rozszerzenia do min. 50 (kratowe lub klasyczne)”.

3) W ofercie na stronie 42 wykonawca oferuje model „5508 Cisco Wireless Controller”. Obecnie oraz w terminie składania ofert, producent Cisco Systems nie oferował kontrolera sieci bezprzewodowych o identyfikatorze podzespołu (part number) „5508 Cisco Wireless Controller”. Obowiązujące identyfikatory to: AIR-CT5508-12-K9, AIR-CT5508-25-K9, AIR-CT5508-50-K9, AIR-CT5508-100-K9, AIR-CT5508-250-K9 i AIR-CT5508-500-K9, gdzie liczby 12, 25, 50, 100 i 250 oznaczają licencje na obsługę punktów dostępowych. Istnieje wątpliwość, że proponowane przez Wykonawcę urządzenie nie posiada wystarczającej ilości licencji na punkty dostępowe i w konsekwencji nie spełnia punktu 3 - „Zarządzanie zgodnie z protokołem CAPWAP (RFC 5415) min. 25-ma punktami dostępowymi (kratowymi i klasycznymi)”.

II. zarzut dot. oferty EXATEL S.A. oraz Trecom Sp. z o.o. S.K.A.

Odwołujący podnosił także zarzut niezgodności treści oferty konsorcjum wykonawców EXATEL S.A. oraz Trecom Sp. z o.o. S.K.A. z SIWZ.

W niniejszym postępowaniu proponowane przez Zamawiającego rozwiązania w niektórych aspektach odnosiły się do rozwiązań typowych, w pewien sposób narzucający sposób realizacji usług z wykorzystaniem konkretnych urządzeń i funkcjonalności obecnych na rynku. Choć nie zostały wskazane w dokumentacji postępowania nazwy konkretnych produktów, ani zamawiający nie ograniczał sposobu świadczenia usług do z góry określonych urządzeń, to jednak niektóre rozwiązania były ekonomiczne najbardziej uzasadnione. Prawidłowe przygotowanie oferty (z optymalizacją kosztów) preferowało określone typy urządzeń lub rodzaje oprogramowania. Jednym z takich rozwiązań jest brane pod uwagę także przez Odwołującego rozwiązanie dotyczące oprogramowania do zarządzania połączeniami sieciowymi na komputerach osobistych (załącznik nr 1 do umowy, punkt 12, strona 67 SIWZ). Rozwiązaniem optymalnym jest wykorzystanie oprogramowania „Cisco Anyconnect Secure Mobility Client z systemem operacyjnym w wersji 3.x”. Jest to rozwiązanie wybrane przez spółkę GTS Poland Sp. z o.o. Odwołujący w toku przygotowywania oferty spostrzegł jednak (jak wskazywano powyżej), iż rozwiązanie to nie

spełnia wszystkich wymagań funkcjonalnych stawianych przez Zamawiającego. Zgodnie z opinią producenta oprogramowania, oferowane rozwiązanie należy uznać za niespełniające wymagań zawartych w punktach 4 oraz 13 tabeli na stronie 67 SIWZ. Jak Odwołujący podawał powyżej, także Zamawiający pismem do wykonawcy GTS Poland Sp. z o.o. kwestionował zgodność powyższego oprogramowania ze swoimi wymaganiami. Proponowane rozwiązanie miało charakter typowego. Jak należy przypuszczać, nie tylko Odwołujący (jedynie wstępnie) oraz GTS Poland Sp. z o.o. w tym zakresie dokonało wyboru oprogramowania „Cisco Anyconnect Secure Mobility Client”. W związku z brakiem dostępu do treści oferty konsorcjum wykonawców EXATEL S.A. oraz Trecom Sp. z o.o. S.K.A. (co zostanie omówione w kolejnym zarzucie), biorąc pod uwagę typowość rozwiązania, Odwołujący przyjął nieweryfikowalne dla niego na tym etapie postępowania (przed odtajnieniem tej części oferty konsorcjum wykonawców EXATEL S.A. oraz Trecom Sp. z o.o. S.K.A. wskutek uznania odwołania Odwołującego) założenie, iż także konsorcjum wykonawców EXATEL S.A. oraz Trecom Sp. z o.o. S.K.A. zastosowało kwestionowane oprogramowanie. Tym samym Odwołujący stawiał zarzut niezgodności oferty tego wykonawcy z SIWZ.

III. zarzut dotyczący tajemnicy przedsiębiorstwa

Odwołujący podnosił także zarzut dotyczący zaniechania przez Zamawiającego ujawnienia treści oświadczeń i informacji złożonych w trakcie prowadzonego postępowania przez konsorcjum wykonawców EXATEL S.A. i Trecom Sp. z o.o. S.K.A. oraz wykonawcę GTS Poland Sp. z o.o. Zamawiający odmówił Odwołującemu dostępu do pełnej treści ofert złożonych w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący zauważał, iż generalną zasadą zamówień publicznych wyrażoną w art. 8 ustawy Pzp jest jawność postępowania. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w przepisach ustaw. Z treści art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wynika, iż przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się (1) nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje (2) posiadające wartość gospodarczą, (3) co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, co oznacza, iż tajemnicą przedsiębiorstwa jest tylko taka informacja, która spełnia łącznie powyżej wymienione trzy przesłanki (wyrok SN z dnia 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz. 5). Zarazem jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO z dnia 23 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 528/10, podobnie w

wyroku KIO z dnia 25 stycznia 2011 roku sygn. KIO 51/11, w którym utajnieniu podlegały jedynie niektóre informacje przedstawione przez wykonawcę w treści złożonych pism):

"aby można było mówić o uprawnionym bądź nieuprawnionym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający powinien dokonać oceny, czy łącznie zostały spełnione wskazane wyżej przesłanki. Przede wszystkim powinien dokonać oceny, jaki charakter ma zastrzeżona informacja. Następnie powinien ustalić, czy informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które są nieznane ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, jak również, czy przedsiębiorca ma wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnych odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął w celu zachowania poufności informacji. (...) bardzo precyzyjnie i dokładnie należy się odnosić do treści poszczególnych dokumentów, może bowiem wystąpić sytuacja, iż tajemnicą przedsiębiorstwa faktycznie jest objęta tylko część dokumentu, nie zaś jego całość. W takim przypadku zastrzeżenie całej treści dokumentu jest nieuprawnione."

Nie jest uzasadnione zastrzeżenie ujawnienia całości dokumentów wówczas, gdy tylko w części tego dokumentu znajduje się informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa (wyrok KIO z dnia 18 marca 2011 r. sygn. akt KIO 452/11). Należy także pamiętać, iż ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje (Informator UZP nr 4 rok 2011 str. 46).

Jak zauważono w kolejnym wyroku KIO dotyczącym jawności postępowania (wyrok KIO z dnia 11 marca 2011 r. sygn. akt KIO 399/11):

"Złożenie gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorącym udział w przyszłych postępowaniach dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji zawartych w ofertach w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznałoby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań pozwalających na zachowanie poufności tychże informacji. Takie działanie prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania i jako takie - byłoby zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców".

W toku prowadzonego postępowania Zamawiający wystąpił do wykonawców o udzielenie stosownych wyjaśnień w sprawie zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednak w ocenie Odwołującego w niniejszym postępowaniu doszło do zaniechania Zamawiającego w rzetelnym badaniu skuteczności zastrzeżenia prowadzącego do złamania podstawowej zasady jawności postępowania zawartej w art. 8 ustawy Pzp. Nie wydaje się

bowiem prawdopodobne, by wszystkie informacje zawarte w utajnionych dokumentach można było uznać w całości za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawcy utajнили skutecznie wykazy osób i usług, a także dokumenty potwierdzające należyte ich wykonanie. Należy zarazem przyjąć, iż jeśli tylko wśród zastrzeżonych informacji znalazły się informacje na temat realizacji wykonywanych na rzecz podmiotów publicznych, zastrzeżenie takie jest bezzasadne (wyrok KIO z dnia 18 marca 2011 r. sygn. akt KIO 452/11).

Odwołujący zauważał także, iż w ofercie konsorcjum EXATEL S.A. i Trecom Sp. z o.o. S.K.A. zastrzeżono niejawnosć oświadczenia złożonego przez tego wykonawcę w treści załącznika nr 8 do SIWZ (dokument pod nazwą: kryteria oceny ofert Technologia realizacji łączy dostępowych). Jak słusznie zauważa Krajowa Izba Odwoławcza (wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO 2793/10):

"informacje opracowywane na potrzeby konkretnego postępowania, w tym przede wszystkim w oparciu o informacje przedłożone przez zamawiającego w SIWZ a więc jawne, nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa".

W ocenie Odwołującego dokument będący informacją o planowanym sposobie realizacji zamówienia podlegający ocenie zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert - nie może być dokumentem skutecznie utajnionym przez wykonawcę.

Odnosząc się do terminu podniesienia zarzutu w zakresie wadliwosci zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazać należy na następującą opinię Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO z dnia 26 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 100/12):

"termin na wniesienie odwołania od zaniechania odtajnienia zastrzeżonych w ofercie informacji powinien być liczony od momentu uzyskania przez wykonawcę wiedzy o podjęciu przez zamawiającego decyzji odnośnie skuteczności dokonanego zastrzeżenia. Zamawiający przekazując informacje o odmowie udostępnienia wykonawcom oferty w pełnym zakresie automatycznie uruchamia początek biegu terminu na wniesienie odwołania".

Odwołujący został poinformowany przez Zamawiającego o odmowie udostępnienia całości ofert w dniu 29 października br. Tym samym niniejsze odwołanie także w tym zakresie zostało wniesione we właściwym terminie.

Reasumując, Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu 5 listopada 2012 r.

W dniu 7 listopada 2012 r. Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania.

W dniu 9 listopada 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego konsorcjum EXATEL S.A. i Trecom Sp. z o.o. S.K.A. (w formie elektronicznej za pośrednictwem skrzynki ePUAP, dodatkowo 12 listopada 2012 r. w formie pisemnej).

W dniu 19 listopada 2012 r. przed otwarciem posiedzenia Zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, w której, działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z wniesionym odwołaniem i przedstawionymi w nim zarzutami:

1) uwzględnił w całości zarzut sformułowany w pkt (5) odwołania, dotyczący tajemnicy przedsiębiorstwa - zaniechania przez Zamawiającego ujawnienia treści oświadczeń i informacji złożonych w trakcie prowadzonego postępowania przez konsorcjum wykonawców: EXATEL S.A. i Trecom Sp. z o.o. S.K.A.

W związku z uwzględnieniem ww. zarzutu Zamawiający:

- udostępni informacje zastrzeżone przez Przystępującego, jako tajemnica przedsiębiorstwa, w szczególności w zakresie wskazanym w odwołaniu,
- dokona ponownej oceny i badania ofert.

2) wnosił o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie ponieważ nie ma ono uzasadnienia.

Jednocześnie Zamawiający wnosił o obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.

Zdaniem Zamawiającego zarzuty dotyczące odrzucenia oferty GTS Poland Sp. z o.o. (pkt 1-3 odwołania) podlegają oddaleniu, z uwagi, iż Odwołujący nie posiada interesu prawnego w żądaniu odrzucenia tej oferty. Zamawiający w dniu 6 listopada br. wykluczył ze wskazanego na wstępie postępowania GTS Poland Sp. z o. o. Wskazany powyżej Wykonawca został w dniu 6 listopada 2012 r. wykluczony z postępowania, z uwagi na to, iż nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, Zamawiający pismem przesłanym w dniu 24 października 2012 r., zwrócił się do Wykonawcy o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o okres 60 dni. Stosowna zgoda powinna zostać doręczona Zamawiającemu w terminie do dnia 3 listopada 2012 r., tj. do końca okresu związania ofertą. Wykonawca, pismem przesłanym do Zamawiającego, nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. W związku z powyższym, Zamawiający wykluczył GTS Poland Sp. z o. o. z postępowania na podstawie art.

24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, a oferta tego Wykonawcy została uznana za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Odwołujący obecnie nie posiada interesu prawnego w żądaniu ponownego odrzucenia oferty GTS Poland Sp. z o.o. i tym samym zarzuty sformułowane w pkt 1-3 odwołania podlegają oddaleniu.

Również oddaleniu podlega zarzut sformułowany w pkt 4 odwołania a dotyczący odrzucenia oferty konsorcjum wykonawców: EXATEL S.A. oraz Trecom Sp. z o.o. S.K.A. Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący zarzut ten może sformułować dopiero po dokonaniu wglądu w ofertę konsorcjum wykonawców: EXATEL S.A. oraz Trecom Sp. z o.o. S.K.A. Obecnie zarzut ten został sformułowany na podstawie „nieweryfikowalnego przez Odwołującego na tym etapie postępowania (przed odtajnieniem tej części oferty Exatel wskutek uznania odwołania) założenia, iż także Exatel / Trecom zastosował kwestionowane oprogramowanie.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie nie posiada braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Izba uznała także, że Odwołujący spełnia przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawców - konsorcjum EXATEL S.A. i Trecom Sp. z o.o. S.K.A. z uwagi na spełnienie przez nich przesłanek skuteczności przystąpienia określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Wobec informacji o niewyrażeniu przez GTS Poland Sp. z o.o. zgody na przedłużenie terminu związania ofertą (oświadczenie z 31 października 2012 r.) oraz wykluczeniu na skutek tego oświadczenia wykonawcy z postępowania zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp (decyzja Zamawiającego z 6 listopada 2012 r.) na posiedzeniu przed Izbą Odwołujący cofnął zarzuty odwołania względem oferty tego wykonawcy. Odwołujący podtrzymał natomiast pozostałe zarzuty dotyczące konsorcjum EXATEL S.A. i Trecom Sp. z o.o. S.K.A., w tym odnoszące się do niezasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez tego

wykonawcę, pomimo jego uwzględnienia przez Zamawiającego w szerszym zakresie niż literalnie wskazany w treści żądań odwołania.

Wobec powyższego oświadczenia Odwołującego Izba stwierdziła, iż zarzuty odwołania względem oferty GTS Poland Sp. z o.o. nie podlegają merytorycznemu rozpatrzeniu.

Izba uznała również, iż wobec uwzględnienia przez Zamawiającego przed otwarciem rozprawy w sprawie rozpatrzenia przedmiotowego odwołania zarzutu dotyczącego niezasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz decyzji o odtajnieniu oferty konsorcjum EXATEL S.A. i Trecom Sp. z o.o. S.K.A. w zakresie szerszym niż żądał Odwołujący w treści odwołania (Zamawiający doprecyzował, iż odtajnieniu podlegać będzie załącznik nr 1 w całości, załącznik nr 8 w całości, wykaz usług dotyczący podmiotów publicznych był udostępniony, wykaz usług wraz z referencjami dotyczący podmiotów niepublicznych zostanie udostępniony bez nazw podmiotów, wykaz osób bez nazwisk osób, załącznik nr 5 bez nazw podmiotów i bez lokalizacji), spór pomiędzy Stronami w tym zakresie stał się bezprzedmiotowy. Także konsorcjum EXATEL S.A. i Trecom Sp. z o.o. S.K.A. oświadczyło, iż nie oponuje co do zakresu odtajnienia jego oferty, w szczególności w zakresie załącznika nr 1 obejmującego sporną treść oferty konsorcjum EXATEL S.A. i Trecom Sp. z o.o. S.K.A., z zastrzeżeniem odtajnienia w takim samym zakresie oferty Odwołującego. Dalsza część postępowania dowodowego potwierdziła faktyczne odtajnienie oferty konsorcjum EXATEL S.A. i Trecom Sp. z o.o. S.K.A. m.in. w spornym zakresie. Izba podziela stanowisko prezentowane w wyroku KIO z 13 kwietnia 2011 r. sygn. akt KIO 707/11 względem skutków częściowego uwzględnienia odwołania. Izba potwierdza, iż postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp jest postępowaniem kontradyktoryjnym, polegającym na rozstrzygnięciu sporu pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym. W sytuacji kiedy co do części podniesionych zarzutów spór nie występuje, uznać należy, iż prowadzenie w tym zakresie postępowania staje się bezprzedmiotowe. Zdaniem Izby stanowisku temu nie stoi na przeszkodzie przepis art. 186 ust. 2 ustawy Pzp zgodnie z którym „ w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze”. W przypadku częściowego uwzględnienia zarzutów Izba nie może dokonać częściowego umorzenia postępowania, gdyż przepisy ustawy Pzp nie dają jej takiej kognicji, jednak biorąc pod uwagę fakt, że ustawa Pzp nie nakazuje zamawiającemu powstrzymania się z dokonaniem czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, polegających na uwzględnieniu części zarzutów podniesionych w odwołaniu, to należy uznać, że takie uwzględnienie jest skuteczne i następuje ono z chwilą podania tej informacji do wiadomości wykonawców. Ponadto

przepisy nie przewidują żadnej szczególnej formy odtajnienia ofert wykonawców, a dla zadośćuczynienia oczekiwaniom Odwołującego wystarczające było poinformowanie o zmianie stanowiska Zamawiającego względem skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponadto należy zauważyć, iż zakresem żądania Odwołującego objęte było jedynie ponowienie czynności badania prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofertach kwestionowanych wykonawców, a samo uzasadnienie zakresu ofert objętych bezpodstawnym utajnieniem bardzo enigmatyczne. Odwołujący powoływał się na niezasadność utajnienia informacji dotyczących realizacji wykonywanych na rzecz podmiotów publicznych, podczas gdy wykaz usług w tym zakresie w ofercie konsorcjum EXATEL S.A. i Trecom Sp. z o.o. S.K.A. był jawny. Podnosił także niedopuszczalność zastrzeżenia - załącznik nr 8 (dokument pod nazwą kryteria oceny ofert Technologia realizacji łączy dostępowych). Powoływał jako uzasadnienie tezę z wyroku KIO z dnia 12 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO 2793/10 o bezzasadności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji opracowywanych na potrzeby konkretnego postępowania, w tym przede wszystkim w oparciu o informacje przedłożone przez Zamawiającego w SIWZ, a więc jawne, bez rozwinięcia argumentacji w kontekście stanu faktycznego przedmiotowej sprawy. Odnosił się także do wadliwości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa względem dokumentu będącego informacją o planowanym sposobie realizacji zamówienia podlegającym ocenie zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert (załącznik nr 8 do SIWZ), co w świetle okoliczności, iż obecnie najniższa cena była jedynym kryterium oceny ofert, wydaje się argumentacją dość wątpliwą. Zarówno decyzja Zamawiającego o odtajnieniu ofert, jak i zakres tego odtajnienia przekracza zatem żądania Odwołującego wyartykułowane w treści odwołania. Tym samym w ocenie Izby należy uznać, że orzekanie w zakresie już nieistniejącego przedmiotu sporu jest naruszeniem ratio legis ustawy Pzp, które to ratio legis wyklucza prowadzenie sporu pomimo braku jego faktycznego przedmiotu. Tym samym jeśli ustawodawca nie zakazał zamawiającemu w trakcie postępowania odwoławczego, uwzględniania zarzutów odwołania, to tym samym zamawiający nie może być „karany” za dokonanie takiej czynności, co często dalszy spór pomiędzy stronami czyni bezprzedmiotowym. Tym samym jeżeli Zamawiający przed otwarciem rozprawy uznaje część zarzutów podniesionych w odwołaniu, w zakresie wręcz przekraczającym zakres żądania Odwołującego, to w ocenie Izby za podstawę orzekania winny być przyjęte tylko te zarzuty, które są nadal przedmiotem sporu. Żaden przepis ustawy Pzp nie nakłada na Izbę obowiązku rozpoznawania zarzutów co do których spór pomiędzy stronami na skutek określonych czynności Zamawiającego podjętych przed otwarciem rozprawy de facto wygaś. Dlatego też przyjmowanie w sytuacji uwzględnienia części zarzutów odwołania przez Zamawiającego za podstawę orzeczenia Izby zarzutów uwzględnionych przed rozprawą przez Zamawiającego należy uznać za sprzeczne z celem art. 191 ust. 2 ustawy Pzp. Izba

ocenia sprawę mając na uwadze stan sprawy, czyli istniejące okoliczności faktyczne i stan prawny obowiązujący na dzień, do którego strony i uczestnik postępowania mogli przytaczać fakty i dowody, tj. na dzień zamknięcia rozprawy. Ponadto zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp uwzględnienie odwołania wiąże się z obowiązkiem objęcia sentencją nakazania określonych czynności Zamawiającemu. Obowiązek ten w niniejszej sprawie poprzez uwzględnienie odwołania w szerszym zakresie niż literalnie żądał tego Odwołujący, należy uznać za faktycznie zrealizowany. Brak jest zatem podstaw do nakazywania Zamawiającemu dokonania czynności, które objął uwzględnieniem i to w szerszym zakresie niż żądał Odwołujący. Ponadto postępowanie dowodowe przed Izba oparte zostało częściowo o dokumenty odtajnione przez Zamawiającego (załącznik nr 1), co potwierdza stanowczy charakter oświadczenia Zamawiającego. Brak jest zatem ewentualnych przesłanek dla uznania, iż Zamawiający pomimo takiej deklaracji nie udostępni oferty w odtajnionym przez siebie zakresie. Biorąc pod uwagę powyższe, zasadny wydaje się wniosek, że z chwilą uznania przez Zamawiającego przed rozprawą części zarzutów podniesionych w odwołaniu, to Odwołujący winien poddać racjonalnej analizie zarzuty pozostałe i sens ich dalszego podtrzymywania, a nie liczyć na to że niezależnie od oceny tych pozostałych zarzutów, Izba biorąc pod uwagę częściowe uwzględnienie zarzutów przez Zamawiającego, dokona uwzględnienia odwołania i kosztami postępowania obciąży Zamawiającego.

Uwzględniając przedstawione powyżej stanowisko, wobec uwzględnienia zarzutu dotyczącego wadliwego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie konsorcjum EXATEL S.A. i Trecom Sp. z o.o. S.K.A., Izba nie dokonywała jego merytorycznego rozpatrzenia i oceny zasadności i nie mógł się on stać podstawą uwzględnienia odwołania.

Na marginesie jedynie Izba zauważa, iż wskazaną przez Odwołującego jako początek biegu terminu na wniesienie odwołania wobec wadliwości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa datę odmowy udostępnienia całości ofert - 29 października 2012 r. - należy uznać za chybioną. Nie sposób bowiem liczyć terminu na podniesienie zarzutu w tym zakresie po poinformowaniu o wyniku postępowania, co miało miejsce 26 października 2012 r. Stanowisko Odwołującego oznaczałoby zatem, iż termin na wniesienie odwołania w takiej sytuacji zależałby od decyzji wykonawcy o zapoznaniu się z aktami postępowania, co więcej upływałby po terminie wniesienia odwołania wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Stanowisko Odwołującego byłoby zatem zasadne w przypadku wnoszenia odwołania przed wyborem oferty najkorzystniejszej (jak w stanie faktycznym, którego dotyczy cytowany przez Odwołującego wyrok KIO z 26 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 100/12), jednak gdy odwołanie wnoszone jest po wyborze oferty najkorzystniejszej, termin

przekazania informacji o wyniku postępowania wyznacza co do zasady bieg ostatecznego terminu na wniesienie odwołania wobec wadliwego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (w zależności od stanu faktycznego danej sprawy).

Izba uznała natomiast, iż potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum EXATEL S.A. i Trecom Sp. z o.o. S.K.A., pomimo iż treść oferty tego wykonawcy jest sprzeczna z treścią SIWZ. Jak było to wskazane powyżej w odniesieniu do spornego załącznika nr 1 nastąpiło odtajnienie oferty konsorcjum EXATEL S.A. i Trecom Sp. z o.o. S.K.A., na co konsorcjum. Konsorcjum EXATEL S.A. i Trecom Sp. z o.o. S.K.A. wyraziło zgodę. Konsorcjum EXATEL S.A. i Trecom Sp. z o.o. S.K.A. potwierdziło, iż w załączniku nr 1 do umowy w pkt 12 zaoferowało oprogramowanie Cisco Anyconnect Secure Mobility Client z systemem operacyjnym w wersji 3.x".

Zamawiający w Załączniku nr 1 do umowy, w pkt Architektura rozwiązania - sekcja Architektura węzła internetowego, wymagał aby wskazane przez Wykonawcę w punkcie „12. Oprogramowanie do zarządzania połączeniami sieciowymi na komputerach osobistych musi spełniać następujące wymagania określone w poniższej tabeli:" tabela w pkt 4 obejmowała wymóg: „Możliwość ręcznego włączania lub wyłączania kart sieciowych”, a w pkt 13 „Detekcja sieci LAN może następować przy użyciu próby „ping” lub wysłania zapytania http/https lub weryfikacji adresu IP zewnętrznej bramy”. Należało podać producenta, model i wersję systemu operacyjnego. Konsorcjum EXATEL S.A. i Trecom Sp. z o.o. S.K.A. w ofercie na str. 76 podało w powyższej tabeli oprogramowanie: Producent: Cisco, Model: Anyconnect Secure Mobility Client, Wersja systemu operacyjnego: 3.x oraz potwierdziło funkcjonalność przedmiotowego oprogramowania słowem „TAK” we wszystkich wymaganych pozycjach powyższej tabeli, w tym w pozycji 4 i 13. Zamawiający wezwał Konsorcjum EXATEL S.A. i Trecom Sp. z o.o. S.K.A. do wyjaśnień. Wskazał, że według informacji Zamawiającego (w załączeniu do niniejszego pisma), uzyskanej od Producenta wskazanego powyżej oprogramowania, firmy Cisco Systems Poland Sp. z o.o., oprogramowanie to nie posiada funkcjonalności oprogramowania z pozycji 13. powyższej tabeli „Detekcji sieci LAN może następować przy użyciu próby „ping” lub wysłania zapytania http/https lub weryfikacji adresu IP zewnętrznej bramy ". Funkcjonalność, o której mowa w wymaganiach na oprogramowanie do zarządzania połączeniami sieciowymi na komputerach osobistych w punkcie 13. „Detekcja sieci LAN może następować przy użyciu próby „ping” lub wysłania zapytania http/https lub weryfikacji adresu IP zewnętrznej bramy", określona jest w oficjalnych, wskazanych w piśmie dokumentach producenta oprogramowania (CISCO), jako Trusted Network Detection (TND). TND nadzoruje połączenia użytkownika komputera w

trakcie połączeń z zewnątrz oraz wewnątrz sieci zaufanej, w tym kontroluje wykorzystywanie, tzw. połączeń VPN (Virtual Private Network), zestawianych dla połączeń z sieci niezaufanych do sieci zaufanej. Dla prawidłowej konfiguracji TND niezbędne jest przede wszystkim wyspecyfikowanie zaufanej domeny (domen) DNS (Domain Name System) i/lub zaufanego serwera (serwerów) DNS, które to ustawienia sesje połączeniowe muszą poprawnie skojarzyć, dla zapewnienia, że połączenie odbywa się do sieci zaufanej. Wykorzystywany w oprogramowaniu Cisco Anyconnect Secure Mobility Client mechanizm oparty o DNS nie jest zgodny z zapisem w punkcie 13 w/w. tabeli. Mechanizm detekcji sieci zaufanej, opiera się na informacji uzyskanej z usługi DHCP (Dynamie Host Configuration Protocol) lub z konfiguracji karty sieciowej, które nie stanowią integralnej części oprogramowania. Podsumowując, oprogramowanie Cisco Anyconnect Mobility Client, wskazane przez Wykonawcę w ofercie nie spełnia wymagania Zamawiającego, by detekcja sieci LAN następowała przy użyciu próby „ping”, wysłania zapytania http/https lub weryfikacji adresu IP zewnętrznej bramy. Zamawiający prosił o wyjaśnienie rozbieżności pomiędzy informacją podaną w ofercie, w powyższej tabeli, w pozycji 13, która potwierdza posiadanie wymaganej przez Zamawiającego funkcjonalności, a treścią oświadczenia przesłanego Zamawiającemu przez Producenta oprogramowania firmy Cisco Systems Poland Sp. z o.o., z którego wynika, że przedmiotowe oprogramowanie nie posiada wymaganej przez Zamawiającego funkcjonalności. Zamawiający dopuszczał przesłanie w/w wyjaśnień faksem w nieprzekraczalnym terminie do 23-10-2012 r. do godz. 16:00, a następnie prosi o niezwłoczne ich potwierdzenie w formie pisemnej na adres Zamawiającego.

Pismo Cisco Systems Poland Sp. z o.o., na które powołał się Zamawiający, stanowiło odpowiedź na pismo Zamawiającego z 26 września 2012 r., w którym Zamawiający wskazywał na powstałe wątpliwości, czy oprogramowanie Cisco Anyconnect Secure Mobility Client spełnia wszystkie wymagania, określone w załączniku nr 1 pkt 12 (załączonym do pisma).

W odpowiedzi Cisco Systems Poland Sp. z o.o. wskazało, że oficjalna dokumentacja dotycząca oprogramowania Cisco Anyconnect Secure Mobility Client, dostępna jest na stronie producenta m.in. pod adresami:

http://www.cisco.com/en/US/prod/collateral/vpndevc/ps6032/ps6094/ps6120/data_sheet_c78-527494_psi0884_Products_Data_Sheet.html

http://www.cisco.com/en/US/docs/security/vpn_client/anyconnect/anyconnect31/administration/guide/anyconnectad_min31.html

Wskazywano, że funkcjonalności opisane w punktach od 1 do 14 przesłanego pisma, za wyjątkiem punktu 13, są wprost realizowane przez oprogramowanie Cisco Anyconnect Secure Mobility Client. Funkcjonalność przedstawiona w punkcie 13 jest realizowana w

odmienny sposób niż opisany w punkcie 13 tabeli. Oprogramowanie Cisco Anyconnect Secure Mobility Client realizuje detekcję sieci wewnętrznej LAN (funkcjonalność Trusted Network Detection), opierając się o detekcję adresów zaufanych serwerów DNS oraz zaufanej domeny DNS otrzymywanych jako parametry DHCP. Przedstawiciel Cisco Systems Poland Sp. z o.o. prosił także, by ostatecznej weryfikacji parametrów technicznych wspomnianego oprogramowania w zakresie postawionych szczegółowych wymagań określonych w SIWZ, dokonywać w oparciu o oficjalne dane podawane przez producenta na stronach Internetowych oraz informacje przedstawione przez Oferentów. Pismo podpisał dyrektor handlowy.

Konsorcjum EXATEL S.A. i Trecom Sp. z o.o. S.K.A. w piśmie z 23 października 2012 r. podnosiło, iż w odpowiedzi na wezwanie z dnia 19 października 2012 r. do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty zaoferowane oprogramowanie Cisco Anyconnect Secure Mobility Client 3.x spełnia wymagania SIWZ w zakresie pozycji 13 Tabeli Załącznika nr 1 do umowy, punkt Architektura rozwiązania - sekcja Architektura węzła internetowego. Wykonawca potwierdzał, iż wskazane oprogramowanie posiada wymaganą funkcjonalność czyli „Detekcja sieci LAN może następować przy użyciu próby „ping” lub wysłania zapytania http/https lub weryfikacji adresu IP zewnętrznej bramy”. Konsorcjum EXATEL S.A. i Trecom Sp. z o.o. S.K.A. podnosiło, że oprogramowanie Cisco Anyconnect umożliwia detekcję sieci na różne sposoby. Jedną z możliwości wykrycia sieci LAN jest weryfikacja sufiksów DNS oraz adresów serwerów DNS aktualnie przypisanych do interfejsu sieciowego. Proces ten w piśmie Zamawiającego został opisany jako TND. Odnosząc się do zastrzeżeń Zamawiającego, Konsorcjum EXATEL S.A. i Trecom Sp. z o.o. S.K.A. zwracało uwagę, iż detekcja sieci LAN odbywa się w oparciu o parametry będące częścią konfiguracji oprogramowania, a więc będące integralną częścią rozwiązania. W celu detekcji zaufanej sieci LAN, mechanizm TND weryfikuje, czy aktualne parametry interfejsu, są zgodne z parametrami wskazanymi w konfiguracji oprogramowania. Podsumowując, detekcja odbywa się poprzez weryfikację zasobów sieci LAN, które zostały w tym celu zdefiniowane w konfiguracji oprogramowania Cisco Anyconnect Secure Mobility Client 3.x. Mechanizm detekcji wykorzystujący próbę ping oraz zapytanie http/https, także opiera się na zasobach zewnętrznych, dostępnych w sieci LAN.

Ponadto zwracano uwagę, że zaproponowane oprogramowanie Cisco Anyconnect Secure Mobility Client 3.x, posiada metodę detekcji sieci LAN o nazwie Secure Trusted Network Detection, która polega na wysłaniu zapytania HTTPS, co spełnia przedmiotowe wymaganie Zamawiającego w tym zakresie. Zapytanie HTTPS wysyłane jest do serwera znajdującego się w sieci LAN, która ma być wykrywana. Jeżeli to połączenie jest możliwe,

oznacza to, że stacja znajduje się w zaufanej sieci LAN. W treści wyjaśnień załączono fragment dokumentacji producenta „Cisco AnyConnect Secure Mobility Client Administrator Guide, Release 3.1” dotyczącej wskazanego oprogramowania wraz z tłumaczeniem zaznaczonych zdań, potwierdzającego realizację funkcjonalności zgodnie z zapisem ww. pozycji 13 .

"Tłumaczenie zaznaczonych zdań:

- „ Funkcjonalność Secure Trusted Network Detection pozwala na wykrycie, czy stacja robocza znajduje się w sieci LAN[...]"
- „ Kiedy stacja robocza znajduje się poza siecią lokalną funkcjonalność Secure Trusted Network Detection, wykonuje zapytanie DNS i podejmuje próbę kontaktu z przygotowanym serwerem HTTPS."

Wskazywano też na link, gdzie znajdują się oficjalne dokumenty producenta.

Ponadto Konsorcjum EXATEL S.A. i Tecom Sp. z o.o. S.K.A. informowało, iż osoba podpisująca pismo z 27 września 2012 r. nie posiada umocowania do składania oświadczeń w imieniu Cisco Systems Poland Sp. z o.o., a szczegółowa wiedza, również praktyczna, w zakresie funkcjonalności systemów Cisco znana jest inżynierom oferenta posiadającym certyfikaty CCIE (Cisco Certified Internetwork Expert) oraz CCDE (Cisco Certified Design Expert).

Z takim samym zapytaniem Zamawiający zwrócił się także do GTS Poland Sp. z o.o. wykonawca ten wskazał, że w załączniku nr 1 do umowy, w pkt. Architektura rozwiązania - sekcja Architektura węzła internetowego, Zamawiający wymienił wymagania, które musi spełniać oprogramowanie do zarządzania połączeniami sieciowymi. W punkcie 13 tabeli znalazło się wymaganie zgodnie, z którym oferowane oprogramowanie miało posiadać funkcjonalność „detekcję sieci LAN". Jednocześnie Zamawiający określił, iż ta funkcjonalność może być realizowana w określony sposób tj. „przy użyciu próby „ping" lub wysłania zapytania http/https lub weryfikacji adresu IP zewnętrznej bramy." Z opisu tego wymagania nie wynika jednak, iż wymienione metody detekcji sieci LAN są jedynymi dopuszczonymi, a co za tym idzie Wykonawca potraktował ten wymóg literalnie jako zbiór otwarty metod, których oprogramowanie może wykorzystywać do detekcji sieci LAN. Wybrane przez wykonawcę oprogramowanie realizuje funkcję detekcji sieci LAN, co potwierdził producent w piśmie załączonym do wezwania do wyjaśnień. Producent napisał wprost, iż „Funkcjonalność przedstawiona w pkt 13 jest realizowana...". Tym samym nie można mówić o jakiegokolwiek rozbieżności pomiędzy treścią oferty a treścią oświadczenia

producenta oprogramowania i wymogami określonymi w SIWZ. Z uwagi na to, iż Zamawiający formułując punkt 13 tabeli nie narzucił metody, którą powinna wykorzystywać funkcja detekcji sieci LAN, należy uznać, że wybrane przez Wykonawcę oprogramowanie Cisco Anyconnect Secure Mobility Client spełnia wymóg określony w punkcie 13 tabeli, jednak przy wykorzystaniu innej metody niż trzy przykładowe wymienione przez Zamawiającego.

Zamawiający uznał natomiast spełnienie funkcjonalności z pkt 4 w oparciu o oświadczenie wykonawców oraz stanowisko Cisco Systems Poland Sp. z o.o.

Izba stwierdziła, że Odwołujący nie udowodnił, iż oprogramowanie Cisco Anyconnect Secure Mobility Client 3.x. nie spełnia funkcjonalności określonej w pkt 4 "Możliwość ręcznego włączania lub wyłączenia kart sieciowych". Na dowód powyższego przedstawił jedynie stanowisko certyfikowanych inżynierów CISCO, iż ww. oprogramowanie powyższego parametru nie spełnia. Opinia Jacka Skowry (certyfikat CCIE Nr 23929 – Routing and Switching) nie zawiera żadnego faktycznego uzasadnienia w tym zakresie, ograniczając się do potwierdzenia braku funkcjonalności. Z kolei opinia RRC Poland Sp. z o.o. – autoryzowanego dystrybutora sprzętu Cisco Systems - wskazuje jedynie, iż funkcjonalność ta jest realizowana przez funkcjonalność Windows i jest niezależna od Cisco AnyConnect. Odwołujący podnosił ponadto, iż jedynie Windows 7 pozwala na jej osiągnięcie, nie ma zaś takiej możliwości przy Windows XP oraz Vista - również objętych wymogiem Zamawiającego (pkt 1 Wsparcie dla systemów Windows XP, Vista i Windows 7). Izba zauważa, iż zgodnie z wymogiem Zamawiającego oprogramowanie miało zapewniać realizację funkcjonalności "Możliwość ręcznego włączania lub wyłączenia kart sieciowych", a przedstawione przez Konsorcjum EXATEL S.A. i Trecom Sp. z o.o. S.K.A. zrzuty ekranu aplikacji Cisco Anyconnect Secure Mobility Client przedstawiające funkcję ręcznego zarządzania (włączania/wyłączania) kartami sieciowymi wskazują, iż funkcjonalność jest zapewniona. Odwołujący nie udowodnił, iż winna być ona realizowana w odmienny sposób, względnie że tryb przewidziany w zaproponowanym oprogramowaniu jest nieprawidłowy/niewystarczający. Odwołujący nie wykazał także, iż funkcjonalność ta nie jest wykonywana w ramach systemu Windows XP i Vista. W tym zakresie ograniczył się jedynie do twierdzenia o przeprowadzeniu stosownej nieudanej próby zweryfikowania funkcjonalności dla Windows XP i Vista, jednak nie przedstawił na to twierdzenie żadnego dowodu. Okoliczność, że przedstawione zrzuty z ekranu dotyczą tylko Windows 7 nie stanowi wystarczającego potwierdzenia braku jej dostępności dla Windows XP i Vista i nie zwalnia Odwołującego z przeprowadzenia stosownego dowodu.

Izba uznała natomiast, że potwierdził się zarzut dotyczący niespełnienia wymagania wskazanego w pkt 13 „Detekcja sieci LAN może następować przy użyciu próby „ping” lub

wysłania zapytania http/https lub weryfikacji adresu IP zewnętrznej bramy”. Wprawdzie Odwołujący, nie mając na etapie sporządzenia odwołania dostępu do wyjaśnień Konsorcjum EXATEL S.A. i Trecom Sp. z o.o. S.K.A. z 2 października 2012 r., odwoływał się głównie do dostępnej dla niego dokumentacji postępowania, tj. kierowanej do GTS Poland Sp. z o.o., gdzie wskazywano na realizację tej funkcjonalności - detekcja sieci LAN - poprzez Trusted Network Detection (detekcja zaufanych serwerów DNS oraz zaufanej domeny DNS otrzymywanych jako parametry DHCP), podczas gdy w wyjaśnieniach z 23 października 2012 r. Konsorcjum EXATEL S.A. i Trecom Sp. z o.o. S.K.A. powołało się na funkcjonalność Secure Trusted Network Detection, nie zmienia to w zasadniczy sposób rozstrzygnięcia. Należy stwierdzić, iż spełnienie tej funkcjonalności wskazywane przez Konsorcjum EXATEL S.A. i Trecom Sp. z o.o. S.K.A. opiera się na określonej interpretacji wymogu Zamawiającego podanego w pkt 13. Konsorcjum EXATEL S.A. i Trecom Sp. z o.o. S.K.A. przyjęło bowiem, że oprogramowanie Cisco AnyConnect Mobility Client poprzez Secure Trusted Network realizuje funkcjonalność „detekcja sieci LAN” przy użyciu wysłania zapytania http/https (jako jednego z trzech dopuszczalnych sposobów). Konsorcjum EXATEL S.A. i Trecom Sp. z o.o. S.K.A. przyjęło zatem, iż detekcja sieci LAN oparta na wysłaniu zapytania http/https w każdym przypadku spełnia wymóg Zamawiającego, nawet gdy wysłanie zapytania http/https uzależnione jest od dokonania innej czynności (tu: wykonania zapytania DNS). Konsorcjum EXATEL S.A. i Trecom Sp. z o.o. S.K.A. w treści wyjaśnień pomija bowiem całkowicie przywoływaną przez siebie treść oficjalnego opisu funkcjonalności Secure Trusted Network Detection, zgodnie z którą dla podjęcia próby kontaktu z przygotowanym serwerem https (wysłanie zapytania https) niezbędne jest uprzednie wykonanie zapytania DNS (kontakt z zewnętrznym serwerem). Oznacza to zatem, iż nie ma możliwości detekcji sieci LAN poprzez samodzielne i bezpośrednie wysłanie zapytania https. Konsorcjum EXATEL S.A. i Trecom Sp. z o.o. S.K.A. oraz Zamawiający w swoich wystąpieniach wskazywali, iż w pkt 13 Zamawiający nie wyłączył dopuszczalności takiego rozwiązania. Izba zauważa, iż literalna wykładnia pkt 13 wskazuje na konieczność zastosowania rozwiązania, które dla detekcji sieci LAN wykorzystuje wysłanie zapytania http/https jako samodzielną i niezależną od innych czynności metodę detekcji. Nie zezwala zatem na posłużenie się rozwiązaniem, które ogranicza i uzależnia skuteczność użycia dopuszczonej metody - zapytania http/https od dokonania innej czynności – wysłania zapytania DNS. De facto oprogramowanie zaproponowane przez Konsorcjum EXATEL S.A. i Trecom Sp. z o.o. S.K.A. przewiduje w ramach realizacji funkcjonalności detekcji sieci LAN inny sposób niż wymagany przez Zamawiającego, który odwołuje się wprawdzie do wysłania zapytania http/https, jednak możliwość jego wykorzystania uzależnia od dodatkowych czynności. Należy zauważyć, iż Zamawiający i Konsorcjum EXATEL S.A. i Trecom Sp. z o.o. S.K.A. w toku postępowania przed Izbą potwierdzili, iż możliwa jest detekcja sieci LAN

wyłącznie za pomocą wysłania zapytania http/https. Dodatkowym potwierdzeniem w tym zakresie było stanowisko Konsorcjum EXATEL S.A. i Trecom Sp. z o.o. S.K.A., iż z uwagi na okoliczność, że oprogramowanie AnyConnect Secure Mobility Client zawiera Interfejs Programowania Aplikacji (API) możliwa jest zmiana funkcjonalności na oczekiwaną przez Zamawiającego. Powyższe pośrednio potwierdza zatem, iż metoda wykorzystywana w oprogramowaniu zaoferowanym przez Konsorcjum EXATEL S.A. i Trecom Sp. z o.o. S.K.A. wykorzystuje zapytanie http/https jako sposób detekcji sieci LAN, jednak odmiennie niż oczekiwał Zamawiający i niż wynika to z literalnego brzmienia wymogu z pkt 13. Zgodnie z pkt 13 detekcja sieci LAN miała być możliwa poprzez wysłanie zapytania http/https samodzielnie, a funkcjonalność Secure Trusted Network Detection wymaga dodatkowo wysłania zapytania DNS. Oznacza to zatem, że detekcja sieci LAN następuje faktycznie poprzez wysłanie zapytania DNS i następnie zapytania http/https. Taki sposób nie był przewidziany jako dopuszczalny w pkt 13. Izba nie podziela także stanowiska, iż zaoferowanie interfejsu API pozwala na dostosowanie funkcjonalności do wymagań Zamawiającego. Izba zauważa, iż argument powyższy dotyczy etapu realizacji zamówienia, podczas gdy spełnienie wymagań Zamawiającego odnosi się do czynności badania ofert. Ponadto Izba ocenia prawidłowość czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu w oparciu o dostępną mu wiedzę i wyjaśnienia wykonawców. Z oferty Konsorcjum EXATEL S.A. i Trecom Sp. z o.o. S.K.A. nie wynika, aby zaoferowano zmodyfikowaną wersję oprogramowania ze zmienioną funkcjonalnością detekcji sieci LAN. Treść wyjaśnień odwołuje się do określonego sposobu rozumienia danej funkcjonalności – Secure Trusted Network Detection – która nie jest zgodna z wymaganiem Zamawiającego. Izba nie podziela także stanowiska Zamawiającego, iż wymaganie było niejednoznaczne. Zdaniem Izby jego literalne brzmienie wskazywało dopuszczalny sposób wykładni w wystarczająco precyzyjny dla profesjonalisty sposób. Również przedstawione przez Konsorcjum EXATEL S.A. i Trecom Sp. z o.o. S.K.A. pismo Cisco Systems Poland Sp. z o.o. z 15 listopada 2012 r. potwierdza jedynie, że funkcjonalność – detekcja sieci LAN przy użyciu zapytania https w oprogramowaniu Cisco Anyconnect Secure Mobility Client 3.1 dostępna jest pod nazwą Secure Trusted Network Detection. Opiera się zatem na określonej interpretacji wymogu Zamawiającego. Z kolei opinia z 16 listopada 2012 r. (M..... R..... CCDE 20122006) zawiera tylko ocenę, iż zaoferowane oprogramowanie posiada wymagane funkcjonalności (ręczne włączanie lub wyłączenie kart sieciowych oraz detekcja sieci LAN przy użyciu wysłania zapytania http/https), nie zawierając bardziej wyczerpującego uzasadnienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, iż nie został spełniony wymóg Zamawiającego określony w pkt 12 ppkt 13 „Detekcja sieci LAN może następować przy użyciu próby „ping” lub wysłania zapytania http/https lub weryfikacji adresu IP zewnętrznej

bramy ", co skutkuje koniecznością odrzucenia Konsorcjum EXATEL S.A. i Trecom Sp. z o.o. S.K.A. Izba uznaje bowiem, iż załącznik nr 1 stanowi część oświadczenia woli wykonawcy składającego się na ofertę i jako taki jest nieuzupełnialny w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Izba podziela w tym zakresie stanowisko Odwołującego prezentowane w odwołaniu.

Powyższe oznacza, że w tym zakresie naruszony został także przepis art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

W świetle powyższego na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 4 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).

Przewodniczący: