

**WYROK**  
z dnia 26 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**  
**Protokolant: Wojciech Świdwa**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lipca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Energy Management and Conservation Agency S.A., ul. Wiejska 20, 00-490 Warszawa; Linux Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 123A, 02-017 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Najwyższa Izba Kontroli, ul. Filtrowa 57, 02-056 Warszawa**

przy udziale wykonawcy: **Media Sp. z o.o., ul. Piotrowicka 61, 40-723 Katowice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie;**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Energy Management and Conservation Agency S.A., ul. Wiejska 20, 00-490 Warszawa; Linux Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 123A, 02-017 Warszawa, i:**

**2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Energy Management and Conservation Agency S.A., ul. Wiejska 20, 00-490 Warszawa; Linux Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 123A, 02-017 Warszawa – tytułem wpisu od odwołania.**

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

**Zamawiający** – Najwyższa Izba Kontroli z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa oraz wdrożenie systemu typu Security Information and Event Management (SIEM), wraz z serwisem producenta oraz asystą techniczną Wykonawcy”, (nr ref. zamawiającego: BGO- BGZ.261.007.2016.PCh), na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp”, „ustawa” lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 19.04.2016 r., nr 2016/S 076-133392.

**Odwolujący** – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Energy Management and Conservation Agency S.A. z siedzibą w Warszawie; Linux Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – wniósł odwołanie od czynności i zaniechania zamawiającego, wskazując zaniechania:

- 1) odrzucenia oferty z dnia 24 maja 2016 r. złożonej przez wykonawcę MEDIA Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, pomimo że wykonawca nie spełnił warunków zamieszczonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”);
- 2) odtajnienia informacji zastrzeżonych w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa w zakresie wykazu zamówień i dowodów potwierdzających, że zamówienia zostały wykonane należycie;
- 3) wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w stosunku do *ceny zawartej w ofercie wykonawcy*.

Odwolujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych („ustawa Pzp” lub „ustawa”):

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zakresie zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy, pomimo niespełnienia warunków SIWZ;
- 2) art. 8 ust. 1 oraz art. 8 ust. 3 przez uznanie, że zastrzeżone przez wykonawcę informacje w zakresie rażąco niskiej ceny (załączniki od nr 1 do nr 10 do pisma wykonawcy z dnia 21 czerwca 2016 r.) oraz dokumenty w zakresie wykazu zamówień i dowodów potwierdzających, że zamówienia te zostały wykonane należycie, zamieszczone w ofercie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa pomimo faktu, że wykonawca nie uzasadnił w sposób należyty utajnienia treści tych dokumentów;
- 3) art. 7 przez wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu złożonej przez

wykonawcę, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;  
4) naruszenie innych przepisów, wskazanych bądź wynikających z dalszej treści odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) odtajnienia informacji zawartych w ofercie oraz wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy;
- 3) odrzucenia oferty wykonawcy;
- 4) powtórnego dokonania czynności badania i oceny ofert oraz wybór oferty najkorzystniejszej spośród ofert nieodrzuconych.

Uzasadnienie zarzutów.

I. Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy pomimo faktu, że oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zgodnie z wymaganiami SIWZ określonymi w załączniku nr 1 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia, część III Specyfikacja minimalnych wymagań zamawiającego, punkt 2 Wymagania dla minimalnej funkcjonalności Systemu, punkt 2.1. Wymagania funkcjonalne dla Systemu:

- pkt 2.1.15 System musi umożliwiać prezentację logu o zdarzeniu w interfejsie użytkownika w takiej formie, w jakiej ten log został przesłany do Systemu;
- pkt 2.1.22 System musi umożliwiać parsowanie logów o długości co najmniej 10000 znaków oraz zawierających więcej niż jedną linię.
- pkt 2.1.30 Reguły korelacji powinny być tworzone i zarządzane w interfejsie systemu, bez potrzeby użycia dodatkowych narzędzi firm trzecich.

Wykonawca zaoferował system, którego producentem jest RSA (RSA Security Analytics). Zaoferowany system nie spełnia wymagań opisanych z załączniku nr 1, część III, punkt 2, punkt 2.1, ppkt 2.1.15, 2.1.22, 2.1.30.

Na dowód powyższego odwołujący przedłożył dokumenty pochodzące z oficjalnej strony producenta systemu RSA, zawierające odpowiedzi udzielone przez wsparcie techniczne producenta użytkownikom systemu RSA. Materiał dotyczy oferowanego produktu (Security Analytics), odpowiedzi zostały udzielone 4 maja 2016 r. i 14 czerwca 2016 r. Załączone dowody jednoznacznie wskazują, że system zaoferowany przez wykonawcę nie umożliwia parsowania logów zawierających więcej niż jedną linię (naruszenie wymogu wskazanego w punkcie 2.1.22, dowód – załącznik nr 5) oraz, że wymaga użycia dodatkowych narzędzi firm trzecich (naruszenie wymogu wskazanego w punkcie 2.1.30, dowód – załącznik nr 6). Zgodnie z informacją serwisu RSA (dowód nr 5): System RSA nie może połączyć wieloliniowych logów samodzielnie.

Potwierdzeniem, że system wymaga użycia dodatkowych narzędzi firm trzecich jest odpowiedź producenta systemu, udzielona zamawiającemu dnia 20 czerwca 2016 r.: Logi zawierające więcej niż jedną linię oraz logi o długości powyżej 10000 znaków są jak najbardziej wspierane przez system RSA. Wspieranie to może być realizowane poprzez Logstash lub skrypt (w Log Dekoderze - element RSA lub źródle zdarzenia). Dowód: odpowiedź RSA The Security Division of EMC z dnia 20 czerwca 2016 r. (załącznik nr 7 do odwołania).

Powyższa odpowiedź potwierdza wprost niespełnienie przez oferowany przez wykonawcę system wymogu zamawiającego określonego w załączniku nr 1, część III, punkt 2, punkt 2.1, ppkt 2.1.30. W szczególności wymienione elementy Logstash i skrypt nie stanowią integralnej części systemu RSA.

Potwierdzeniem powyższej tezy jest również załącznik nr 6 do odwołania stanowiący odpowiedź oficjalnego wsparcia RSA na problem użytkownika dotyczący obsługi wielolinijkowego komunikatu pochodzącego z aplikacji Oracle Weblogic. Zgodnie z odpowiedzią serwisu rozwiązaniem problemu obsługi wielu linijek jest użycie dodatkowego narzędzia, które nie jest integralną częścią ofertowanego systemu RSA.

Powyższe dowody wskazują jednoznacznie, że zaoferowany przez wykonawcę system nie spełnia wymogów zamawiającego określonych w SIWZ.

**II.** Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy (stanowiącym wyjątek od generalnej zasady jawności postępowania wyrażonej w art. 8 ust. 1): *Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.*

Wykonawca w ofercie w ogóle nie uzasadnił utajnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. W piśmie z dnia 21 czerwca 2016 r. wykonawca (na wezwanie zamawiającego) zamieścił lakoniczne uzasadnienie utajnienia informacji zawartych w ofercie i w załącznikach do pisma z dnia 21 czerwca 2016 r., a zawierających informacje potwierdzające, że cena zaoferowana przez wykonawcę nie jest ceną rażąco niską. Wykonawca w żaden sposób nie uzasadnił dlaczego informacje zawarte w załącznikach do pisma stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Ciężar wykazania, że informacje zastrzeżone przez wykonawcę stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa jednoznacznie spoczywa na wykonawcy zastrzegającego takie informacje. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie – wyrok z dnia 24 listopada 2015 r., sygn. akt KIO 2446/15.

Odwołujący podkreślił, że w uzasadnieniu utajnienia zawartym w piśmie, wykonawca nie wykazał m.in., że informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, jak również nie wskazał, jakie działania podjęto w stosunku do informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa w celu zachowania ich poufności. Wykonawca nie zamieścił również w ofercie uzasadnienia utajnienia w zakresie wykazu zamówień i dowodów potwierdzających, że zamówienia te zostały wykonane należycie. Odwołujący podkreślił, że dla skutecznego zastrzeżenia informacji należy wykazać łączne spełnienie przez te informacje wszystkich przesłanek określonych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wobec powyższego należy uznać, że zarówno informacje zawarte w ofercie, jak i informacje zawarte w załącznikach do pisma są jawne. Dowód: dokumentacja w aktach postępowania.

Odwołujący wskazując, że żądania odwołania opisane w jego *petitum* są w pełni zasadne, wniósł jak na wstępie.

Wykaz załączników (merytorycznych): 5. Wydruk ze strony internetowej RSA: <https://community.rsa.com/thread/186567> wraz z tłumaczeniem na język polski; 6. Wydruk ze strony internetowej RSA: <https://community.rsa.com/docs/DOC-47911> wraz z tłumaczeniem na język polski; 7. Odpowiedź RSA The Security Division of EMC z dnia 20 czerwca 2016 r.

**Zamawiający** w odpowiedzi na odwołanie wniósł o: 1. oddalenie w całości odwołania, 2. przeprowadzenie dowodu z pisma firmy RSA EMC<sup>2</sup> z dnia 14.07.2016 r. Wskazując, że żaden z zarzutów przedstawionych w odwołaniu nie zasługuje na uwzględnienie, odniósł się do poszczególnych zagadnień będących przedmiotem odwołania i podniósł, co następuje:

Ad 1. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę MEDIA Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, pomimo że wykonawca nie spełnił warunków zamieszczonych w SIWZ.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutami przedstawionymi w odwołaniu, uznał, że nie było podstaw do odrzucenia oferty firmy Media Sp. z o.o., gdyż wybrane rozwiązanie firmy RSA, zaferowane przez firmę Media Sp. z o.o. spełnia warunki zawarte w SIWZ. Wskazał, że z uwagi na specyficzny przedmiot zamówienia już na etapie przygotowania postępowania przeprowadził rozpoznanie i analizę dostępnych na rynku rozwiązań. W ramach tego rozpoznania wykonał testy i prezentacje produktów oferowanych przez producentów i dostawców, w tym rozwiązania, którego producentem jest firma RSA. Na tej podstawie zamawiający stwierdził, że zaferowany przez firmę Media Sp. z o.o. system, którego producentem jest firma RSA, spełnia wymagania SIWZ, także w zakresie punktów: 2.1.15, 2.1.22 oraz 2.1.30. Ocena zamawiającego znajduje potwierdzenie w dokumentacji

oferowanego systemu, a także w pismach przesłanych przez RSA. Zamawiający zwrócił się do przedstawiciela producenta na rynku polskim z prośbą o zajęcie stanowiska i odniesienie się do zarzutów przedstawionych w odwołaniu. W odpowiedzi – pismo z dnia 14.07.2016 r. – przedstawiciel producenta potwierdził, że system spełnia wymagania postawione przez zamawiającego, a stanowisko odwołującego jest niezasadne i zawiera błędną interpretację SIWZ. Odwołujący popiera swoje tezy informacjami z forum dyskusyjnego. Nie jest to źródło wiarygodne i nie może stanowić podstawy do skutecznego zakwestionowania danego rozwiązania ze względu na nieznaną poziom wiedzy jego użytkowników oraz brak kompletności porad. Często na takich forach technicznych spotyka się publikacje ogólne, nieodnoszące się do konkretnych wersji systemów, czy aplikacji, a zwłaszcza do specyfiki środowiska w jakim działa dany system. Odwołujący nie jest partnerem ani nie posiada autoryzacji producenta tj. firmy RSA przez co, jak należy sądzić, nie ma dostępu do szczegółowej wiedzy technicznej na temat rozwiązania zaproponowanego przez firmę Media Sp. z o.o. Nie ma też dostępu do wsparcia producenta. Zdaniem NIK nie dysponuje on wystarczającą wiedzą na temat rozwiązania firmy RSA, którego funkcjonalność kwestionuje.

Odnosząc się do odwołania w zakresie pkt 2.1.30, zgodnie z którym *„Reguły korelacji powinny być tworzone i zarządzane w interfejsie systemu, bez potrzeby użycia dodatkowych narzędzi firm trzecich”*, zamawiający stwierdził, że zgodnie z posiadaną wiedzą i dokumentacją producenta oferowane rozwiązanie RSA posiada wskazaną funkcjonalność. Natomiast odwołanie konsorcjum odnośnie niespełnienia tego punktu SIWZ odnosi się do zupełnie innej funkcjonalności, niż wskazana w pkt 2.1.30. Funkcjonalności te nie są ze sobą wprost powiązane. Odwołujący wiąże je ze sobą w sposób nieprawidłowy i prawdopodobnie dlatego wyciąga błędne wnioski. Osiągnięcie wymaganych przez zamawiającego funkcjonalności, o których mowa w pkt 2.1.22 SIWZ, możliwe jest na 2 sposoby (co wskazał także przedstawiciel producenta w swoim wyjaśnieniu skierowanym do NIK). Jeden z tych sposobów nie wymaga używania narzędzi zewnętrznych, a jedynie konfiguracji standardowego komponentu systemu (Log Decoder) na etapie wdrożenia. Jest to typowe działanie na etapie wdrażania systemów klasy SIEM. Z uwagi na niesprecyzowanie na czym miałyby polegać niespełnianie wymogów z pkt 2.1.15 SIWZ, zamawiający nie odniósł się do tego zarzutu. Dowody: 1. oferta firmy Media Sp. z o.o., 2. pismo firmy Media Sp. z o.o. z dnia 21.06.2016 r., 3. pismo firmy RSA EMC z dnia 14.07.2016 r.

Ad 2. Naruszenie art. 8 ust. 1 i 3 Pzp przez uznanie, że zastrzeżone przez wykonawcę informacje w zakresie wykazu zamówień i dowodów potwierdzających, że zamówienia zostały należycie wykonane stanowią tajemnicą przedsiębiorstwa pomimo, że wykonawca nie uzasadnił w sposób należyty utajnienia treści tych dokumentów i w konsekwencji zaniechanie odtajnienia informacji zastrzeżonych w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa w ww. zakresie oraz w zakresie rażąco niskiej ceny.

Składając ofertę, firma MEDIA Sp. z o.o. umieściła „Wykaz wykonanych zamówień (...)” oraz dokumenty potwierdzające ich wykonanie w oddzielnej, zaklejonej kopercie (i na płycie). Na kopercie widnieje napis „INFORMACJE ZASTRZEŻONE (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA)”, a na płycie „ZASTRZEŻONE WYK. DOSTAW”. Zamawiający, badając kwestię zastrzeżenia tajemnicy doszedł do wniosku, że sposób przedłożenia dokumentów wskazuje na to, że wykonawca chce skorzystać z przewidzianej w art. 8 ust. 3 Pzp ochrony i traktuje informacje zawarte w tych dokumentach jak tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie było to jednak jednoznaczne, gdyż wykonawca nie przedstawił wymaganego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy. W tej sytuacji zamawiający uznał, że istnieją wątpliwości co do intencji wykonawcy i działając na podst. art. 26 ust. 3 Pzp wezwał firmę MEDIA Sp. z o.o. do uzasadnienia utajnienia wykazu zamówień i dowodów potwierdzających, że zamówienia zostały wykonane należycie. Postępowanie zamawiającego było zgodne z interpretacją zawartą w stanowisku prezentowanym na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych (*„Tajemnica przedsiębiorstwa w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 29 sierpnia 2014 r.”*). Przyjęto tam, że w przypadku, gdy wykonawca podjął czynności zmierzające do zastrzeżenia określonych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa ale nie wykazał dostatecznie, że informacje te stanowią taką tajemnicę, zamawiający może zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie. W opinii tej za aktualne uznano stanowisko Sądu Najwyższego, wyrażone w uchwale z dnia 21.10.2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05) aprobujące możliwość dokonania przez zamawiającego czynności wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty w przypadku wątpliwości co do wskazanego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajności określonych części oferty. Pismem z dnia 21.06.2016 r. spółka Media wyjaśniła, że dane zawarte w dokumentach, przekazanych jako załącznik nr 4, a także dołączonych do pisma stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż: 1) zawierają cenne informacje handlowe (np. ceny oferowane poszczególnym klientom): •które nie zostały podane do publicznej wiadomości, •pracownicy i kontrahenci zostali zobowiązani do zachowania poufności w kwestiach handlowych oraz zachowania w tajemnicy informacji przekazanych w związku z wykonywaniem obowiązków pracowniczych lub pozyskanych w wyniku nawiązanej współpracy gospodarczej, •w umowie z kontrahentem wskazanym w wykazie znalazła się klauzula poufności o treści *„Uczestnicy zobowiązują się do zachowania w tajemnicy wszystkich informacji technicznych i handlowych dotyczących projektu w posiadanie których weszli w czasie trwania niniejszej umowy”* (dowód dołączono); 2) zawierają informacje mające dla spółki wartość gospodarczą, gdyż są to dane: •o kontrahentach spółki, •oferowanych cenach, •oraz warunkach współpracy.

Zdaniem spółki informacje znajdujące się w omawianych dokumentach obrazują wynegocjowane z kontrahentami ceny, a przekazanie konkurentom wiadomości na temat

stawek i cen zaoferowanych innym podmiotom prowadziłyby do zagrożenia interesów spółki. W ocenie spółki istnieje obawa wykorzystania tych informacji przez inne podmioty, a to może doprowadzić do utrudnień w pozyskiwaniu zamówień, a nawet uniemożliwi spółce ich uzyskanie. W ww. piśmie spółka powołała się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z 22.11.2013 r., sygn. KIO 2602/13) i sądów powszechnych (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach sygn. akt XIX Ga 167/07) podnosząc fakt, że potwierdzają one prezentowane przez nią tezy.

Argumenty przedstawione powyżej dotyczą także zastrzeżenia poufności informacji zawartych w załącznikach do pisma z 21.06.2016 r. Dokumenty te to wyjaśnienia wykonawcy złożone w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Są to informacje wytworzone na potrzeby konkretnego postępowania i niewątpliwie mają wartość gospodarczą. Zasadność uznania tego typu danych za tajemnicę przedsiębiorstwa jest w ocenie zamawiającego oczywista (oprócz ww. wyroku stanowisko takie zaprezentowane zostało także np. w wyroku KIO 908/13).

Dokonując oceny zasadności zastrzeżenia informacji przez wykonawcę, zamawiający stwierdził, że nie ma podstaw do ujawnienia danych przedstawionych przez wykonawcę w dokumentach oznaczonych jako załącznik nr 4, a także w dokumentach dołączonych do pisma z dnia 21.06.2016 r. Co prawda składając ofertę wykonawca nie wyjaśnił dlaczego informacje zawarte w załączniku nr 4 stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale czynność ta została przez niego konwalidowana. Zastrzeżenie danych, dotyczących wykonanych prac nie było nietypowym zachowaniem wykonawcy. Zastrzeganie tego typu informacji oraz danych dot. pracowników zdolnych do wykonania robót przewidzianych w zamówieniu jest praktyką powszechnie stosowaną. Jest to działanie typowe i z reguły niekwestionowane przez zamawiających, dlatego w ocenie zamawiającego nie ma potrzeby uzasadniać tego typu stanowiska w sposób szczególny. Obszerność uzasadnienia, cytowanie wielu orzeczeń, stanowisk, czy komentarzy (łatwa do uzyskania w dobie techniki komputerowej) nie przesądza przecież o jego słuszności.

Mając na uwadze argumenty przedstawione przez wykonawcę, zamawiający uznał, że zastrzeżenie informacji przez wykonawcę – firmę Media Spółka z o.o. jest skuteczne. Zdaniem zamawiającego nie ma wątpliwości, że w przypadku tym występują łącznie przesłanki wymienione w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153 poz. 1509, z późn. zm.) – wartość gospodarcza, nieujawnienie do wiadomości publicznej, podjęcie działań w celu zachowania poufności. Dowód: 4. koperta i napis znajdujący się na płycie.

Ad 3. Naruszenie art. 7 ustawy przez wybór, jako najkorzystniejszej, oferty podlegającej odrzuceniu i naruszenie w ten sposób zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W ocenie zamawiającego nie ma podstaw do uznania, że oferta najkorzystniejsza podlegała odrzuceniu, a wybierając ją zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Przypadki, w których zamawiający zobowiązany został do odrzucenia oferty ustawodawca ujął w art. 89 Pzp. W postępowaniu, przedmiotem którego jest dostawa oraz wdrożenie systemu typu Security Information and Event Management (SIEM) wraz z serwisem producenta oraz asystą techniczną wykonawcy nie wystąpiła żadna z wymienionych w tym przepisie sytuacji. Powyżej – w części „Ad 1” przedstawiono argumenty merytoryczne, które nie pozostawiają wątpliwości, że nie było podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Podobnie w odniesieniu do zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa. Zagadnienie to omówiono w części „Ad 2.” Zamawiający zwrócił uwagę, że nawet gdyby uznano zastrzeżenie tajemnicy za niezasadne nie stanowiłoby to podstawy do odrzucenia oferty. Stanowisko takie prezentuje UZP (strona www.), Sąd Najwyższy (wyrok z 21.10.2005 r., III CZP 74/05) i arbitrzy (wyrok z 16.01.2006 r., sygn. UZP/ZO/0-19/06). W takim przypadku nie doszłoby jedynie do skutecznego zastrzeżenia tajemnicy. Zamawiający byłby zobligowany do dokonania oceny takiej oferty i ujawnienia wszystkich informacji, także tych objętych przez wykonawcę nieskutecznym zakazem udostępniania.

Z uwagi na niesprecyzowanie zarzutów nie odniesiono się do pkt 4 odwołania. Mając na względzie powyższe, zamawiający wniósł o uznanie, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i oddalenie go w całości.

Załączniki: 1. 2 odpisy odpowiedzi zamawiającego na odwołanie; 2. kopia koperty, w której znajdował się Wykaz i napisu znajdującego się na płycie; 3. kopia pisma firmy RSA EMC<sup>2</sup> z dnia 14.07.2016 r.

**Wykonawca Media Sp. z o.o.** z siedzibą w Katowicach, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wniósł o oddanie odwołania przedstawiając w piśmie z dnia 19 lipca 2016 r. uzasadnienie swojego stanowiska.

I. Odniesienie się do zarzutów natury technicznej.

Twierdzenia odwołującego odnośnie systemu informatycznego RSA Security Analytics są zupełnie nietrafne – nie znajdują pokrycia w rzeczywistości, zaś podejmując nieudaną próbę ich udokumentowania odwołujący przedstawia zupełnie niewiarygodne dowody. Zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego w tym zakresie, do oferty przystępującego dołączono oświadczenie, że całe oprogramowanie wchodzące w skład oferty jest oprogramowaniem o parametrach minimalnych spełniających wymagania zawarte w załączniku nr 1 do SIWZ. W dalszym załącznik do oferty – opis architektury systemu, koncepcja wdrożenia oraz sposób realizacji wymagań – w tabeli nr 6 „Realizacja wymagań funkcjonalnych dla systemu”

przedstawiono skonkretyzowane potwierdzenia spełnienia również tych wymogów SIWZ, których niedochowanie zarzuca odwołujący. Treść oferty przystępującego zawiera sformułowane w sposób wymagany przez zamawiającego (poprzez oświadczenia) potwierdzenie spełniania przez oferowany system wymogów omawianych w odwołaniu. Tymczasem odwołujący, w swym dążeniu do zakwestionowania zgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ opiera się w istocie na informacjach z grupy dyskusyjnej (forum internetowego), tworzonej przez użytkowników systemu RSA Security Analytics. Nie sposób przy tym nie odnotować, że materiał dowodowy załączony do odwołania, a sporządzony w języku angielskim, został przetłumaczony na język polski w sposób całkowicie niezrozumiały, najpewniej za pomocą informatycznego narzędzia translacyjnego. Fragmenty tłumaczenia załącznika nr 6 do odwołania, takie jak *Serwer Oracle WebLogic czasami podzielone dzienniki w dwóch liniach z EOL jak LF dla każdego, czy Dzieło wokół można zapisać dzienniki w katalogu tymczasowego* jednoznacznie potwierdzają, że odwołujący nie wypełnił obowiązku wynikającego z przepisu § 19 ust. 3 regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r., Dz. U. z 2014 r., poz. 964), zgodnie z którym *wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski.*

Nie złożenie przez odwołującego należytego tłumaczenia na język polski dokumentów przedstawionych jako załączniki nr 5 i 6 do odwołania przemawia za niebraniem tych dokumentów przez Izbę przy rozpoznawaniu odwołania – co potwierdza stanowisko zaprezentowane w wyroku KIO z dnia 13 listopada 2013 r., KIO 2478/13.

Przedstawione przez odwołującego wydruki z sieci społecznościowej tworzonej przez użytkowników systemu RSA Security Analytics nie przedstawiają wartości dla rozstrzygnięcia sprawy i nie potwierdzają zarzutów odwołania również z przyczyn merytorycznych. Serwis internetowy funkcjonujący pod adresem [community.rsa.com](http://community.rsa.com), z którego informacje zaczerpnął odwołujący, nie stanowi źródła oficjalnych informacji o cechach systemu RSA Security Analytics. Treści zamieszczane w serwisie w przeważającej większości nie pochodzą od przedstawicieli producenta systemu, lecz od jego użytkowników. Jako takie, nie mogą stanowić obiektywnego opisu właściwości posiadanych przez system, lecz powinny być traktowane jako porady korzystających z systemu informatyków co do możliwości wiążących się z jego używaniem. Nieuprawnione jest przedstawianie przedmiotowego serwisu jak czyni to odwołujący – jako oficjalnej strony producenta systemu RSA, zawierającej odpowiedzi udzielone przez wsparcie techniczne producenta użytkownikom systemu RSA.

Znajduje to potwierdzenie w oficjalnym dokumencie ustanawiającym zasady funkcjonowania serwisu [community.rsa.com](https://community.rsa.com) (RSA Community Network (RSA LINK) Terms of Use), dostępnym pod adresem <https://community.rsa.com/docs/DOC-1093>. Wskazano w jego treści (...), co oznacza w języku polskim: *Pracownicy RSA oraz moderatorzy Społeczności RSA wnoszą wkład [do serwisu] jako osoby fizyczne. Ich wypowiedzi stanowią ich osobiste opinie i nie reprezentują oficjalnego stanowiska, opinii, oświadczenia ani polityki RSA. RSA nie bierze odpowiedzialności za te wypowiedzi, przesłane lub w inny sposób przekazane przez pracowników RSA lub moderatorów RSA w serwisie, jak również co do precyzyjności tych wypowiedzi i możliwości polegania na nich.*

Niezależnie jednak od faktu, że materiały zamieszczone na stronach serwisu [community.rsa.com](https://community.rsa.com) nie mogą być traktowane jako oficjalny opis cech systemu, przystępujący wskazał, że wbrew twierdzeniom odwołującego żaden z załączonych do odwołania dokumentów nie dowodzi niezgodności oferty przystępującego z SIWZ.

Po pierwsze, zarzut niespełniania przez system wymogu z podpunktu 2.1.15 nie został w żaden sposób uargumentowany, ani w treści odwołania, ani dołączonych do niego dokumentów. Odwołujący nie wyjaśnił, na czym opiera przekonanie, jakoby oferowany przez przystępującego system nie umożliwiał prezentacji logu o zdarzeniu w interfejsie użytkownika w takiej formie, w jakiej ten log został przesłany do systemu. Nie odnosi się do tej kwestii żaden z dowodów przedstawianych wraz z odwołaniem, ani żaden fragment jego wyводу. Przystępującemu pozostaje w takiej sytuacji ponownie zanegować ten zarzut odwołania i raz jeszcze oświadczyć, że oferowany przez niego system pozwala na prezentację logu w postaci „surowej”, czyli takiej, w jakiej dany log został przesłany do systemu. Jest to zupełnie standardowa i podstawowa cecha systemu, bowiem generalnie rzecz ujmując zadaniem systemów informatycznych klasy SIEM (Security Information and Event Management - Zarządzanie informacjami i zdarzeniami z zakresu bezpieczeństwa) jest zbieranie i kojarzenie ze sobą płynących z różnych źródeł informacji o potencjalnych zagrożeniach dla bezpieczeństwa informatycznego danej jednostki, otrzymywanych właśnie w postaci tzw. logów.

Po drugie, zarzucając niedochowanie wymogów określonych w podpunktach 2.1.22 oraz 2.1.30 odwołujący w sposób nieuprawniony łączy te wymogi ze sobą. Tymczasem dotyczą one odrębnych zagadnień – pierwszy z nich odnosi się do parsowania logów, drugi zaś do reguł korelacji.

Przystępujący wyjaśnił, że w kontekście przedmiotu zamówienia, w pewnym uproszczeniu pojęcie parsowania należy rozumieć jako przetłumaczenie danych wysyłanych przez jeden system na język zrozumiały dla drugiego systemu (angielskie słowo to parse oznacza dokonywanie analizy składniowej). Większość systemów oraz programów komputerowych zapisuje informacje o zdarzeniach, które mają w nich miejsce, tworząc tzw.

logi. Logi mogą być wysyłane w dowolne miejsce, w tym przypadku do systemu klasy SIEM, który aby je przeanalizować musi je „zrozumieć” dlatego należy wcześniej wykonać parsowanie logów.

Z kolei korelacja logów oznacza już sam proces analizy zdarzeń na podstawie „zderzenia” ze sobą informacji z różnych systemów. Tytułem przykładu przytoczył opisaną niżej następującą hipotetyczną sytuację. Log (zapis zdarzenia w systemie) mówiący o tym, że jeden z użytkowników wpisał błędne hasło do systemu operacyjnego Windows sam w sobie niesie niewielką treść w zakresie bezpieczeństwa - podanie błędnego hasła zdarza się w sposób niezamierzony co jakiś czas wszystkim użytkownikom. Jednak jeśli system SIEM otrzyma drugi, niezależny log (informację) z systemu kadrowego (HR), że pracownik, którego konta dotyczyła nieudana próba logowania przebywa na urlopie, to skorelowanie tych dwóch logów będzie mogło oznaczać incydent naruszenia bezpieczeństwa, który wygeneruje określoną w systemie klasy SIEM określoną reakcję, np. wysłanie emaila do administratora albo zablokowanie konta nieobecnego użytkownika. Podany wyżej przykład jest stosunkowo prosty, jako że w rzeczywistości korelacja logów jest rzeczą bardziej skomplikowaną ze względu na ilość „zderzanych” ze sobą logów i ilość reguł korelacyjnych -ale zasada jest dokładnie taka sama.

Odwołujący zarzucił, że system RSA nie może połączyć wieloliniowych logów samodzielnie, to jest że wymagane jest do tego zewnętrzne narzędzie innego producenta. Przystępujący wskazał, że zamawiający nie postawił takiego wymagania w treści SIWZ. Opis podpunktu 2.1.30, wykluczający konieczność posługiwania się narzędziami firm trzecich dotyczy reguł korelacji, a nie parsowania logów. Łączenie wieloliniowych logów stanowi element procesu parsowania („tłumaczenia”) logów, nie zaś korelacji, która obejmuje już sparsowane („przetłumaczone”) logi. Tymczasem SIWZ w odniesieniu do procesu parsowania logów nie wyklucza użycia narzędzi zewnętrznych. System oferowany przez przystępującego pozwala zresztą na parsowanie logów wieloliniowych zarówno z użyciem narzędzia zewnętrznego, jak i bez posłużenia się takim narzędziem, przez odpowiednią konfigurację jednego z elementów systemu, określanego jako Log Decoder. Wyjaśnia to w szczególności pismo producenta systemu z dnia 14 lipca 2016 r., przekazane zamawiającemu w odpowiedzi na jego wezwanie wystosowane w związku z wniesieniem odwołania.

Powyższe ma jednak z punktu widzenia oceny zasadności odwołania znaczenie poboczne, ponieważ nie ulega wątpliwości, że przywoływane przez odwołującego wymogi SIWZ są spełnione przez system oferowany przez przystępującego. Reguły korelacji są tworzone i zarządzane w interfejsie systemu, bez potrzeby posługiwania się narzędziami zewnętrznymi – a tego właśnie dotyczy wymóg podpunktu 2.1.30. Odwołujący nie twierdzi zresztą w odniesieniu do reguł korelacji, jakoby rzecz miała się inaczej – lecz w sposób

nieuprawniony odnosi wymóg z podpunktu 2.1.30 do procesu parsowania logów, podczas gdy dotyczy on wyłącznie reguł korelacji.

II. Odniesienie się do zarzutu związanego z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący domaga się nakazania odtajnienia informacji zastrzeżonych przez przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a odnoszących się do wykazu wykonanych zamówień wraz z poświadczeniami zamawiających (dokumenty złożone wraz z ofertą) oraz do załączników załączonych do pisma zawierającego wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (składanych w toku postępowania, po otwarciu ofert).

Żądanie odwołującego także w tym zakresie pozostaje jednak nieuzasadnione, ponieważ przystępujący w sposób skuteczny zastrzegł, że informacje te nie mogą być udostępniane a także wykazał, że stanowią one tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Treść pisma przystępującego składanego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego dnia 16 czerwca 2016 r. zawiera obszernie uzasadnienie potrzeby zastrzeżenia informacji zawartych w wykazie dostaw oraz związanych z nim poświadczeniach. Godzi się jedynie w tym miejscu przywołać, że wedle zawartych w piśmie informacji, wykaz wykonanych zamówień zawiera informacje o kontrahentach spółki, oferowanych im cenach oraz warunkach współpracy. Tego rodzaju dane bez wątpienia mają wartość gospodarczą, ich ujawnienie zaś mogłoby narazić przystępującego na szkodę. Dokumenty spełniają wymagania przewidziane dla tajemnicy przedsiębiorstwa, ponieważ zawierają cenne informacje handlowe (np. ceny oferowane poszczególnym klientom), które nie zostały ujawnione do publicznej wiadomości. Ponadto przystępujący już w swych wyjaśnieniach podkreślił, że jego pracownicy oraz kontrahenci zostali zobowiązani do zachowania poufności w kwestiach handlowych oraz zachowania w tajemnicy informacji przekazywanych w związku z wykonywaniem obowiązków pracowniczych lub pozyskanych w wyniku nawiązanej współpracy gospodarczej. Co szczególnie istotne, w umowie z kontrahentem wskazanym w wykazie znalazła się klauzula poufności o treści *Uczestnicy zobowiązują się do zachowania w tajemnicy wszystkich informacji technicznych i handlowych dotyczących projektu, w posiadanie których weszli w czasie trwania niniejszej Umowy.* Okoliczność tę przystępujący wykazał przedstawiając stosowny wyciąg z przedmiotowej umowy. Przystępujący wskazał wyrok z dnia 5 października 2012 r., KIO 1955/12.

Wykaz dostaw zrealizowanych przez przystępującego wymienia wyłącznie zamówienia zrealizowane na rzecz podmiotów prywatnych. Specyfika systemów komputerowych klasy SIEM, których zadaniem jest zwiększenie bezpieczeństwa informatycznego danej jednostki, powoduje, że w interesie tejże jednostki nie leży ujawnianie, jakiego rodzaju system został w jej strukturach wdrożony – potencjalni atakujący mogą lepiej przygotować swoje szkodliwe

działania wiedząc, z jakimi zabezpieczeniami mają do czynienia. Jest to kolejna przyczyna, dla której przystępujący podjął działania nakierowane na nieujawnianie informacji o podmiotach, na rzecz których dostarczył przedmiotowe oprogramowanie. Przystępujący w szczególności nie przekazuje informacji na ten temat na swojej stronie internetowej (www.mediarecovery.pl), ani w żadnym publikowanych przez siebie materiałach reklamowych.

Odwołujący zarzucił także w treści odwołania, jakoby przystępujący nie wykazał, że informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej. Nie można jednak oczekiwać, aby przystępujący udowadniał okoliczność o charakterze negatywnym. To odwołujący winien w takiej sytuacji wykazać, jakoby określone informacje zafunkcjonowały w publicznie dostępnym obiegu informacji. Żadne źródła dowodowe mające potwierdzać taki stan rzeczy nie zostały jednak zaoferowane przez odwołującego. Przekazując na wezwanie zamawiającego informacje dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny przystępujący uzasadnił potrzebę zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wskazując, że skuteczność zastrzeżenia przedstawionych informacji znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych, w których wskazuje się, że tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią takie informacje, które mogą przedstawiać realną wartość, zwłaszcza dla konkurencji. Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku sygn. akt XIX Ga 167/07 uznał, że zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego w celu sprawdzenia, czy cena oferty nie jest rażąco niska, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Mogą być zatem przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu. Podobne stanowisko przedstawiła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2602/13, także w wyroku KIO z dnia 27 stycznia 2015 r., KIO 95/15, z dnia 14 maja 2013 r., KIO 908/13.

Kierując się względami ostrożności procesowej przystępujący wskazał też, że nawet gdyby uznać, że informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa powinny ulec odtajnieniu, odwołanie nie powinno zostać uwzględnione. Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Zacytował wyrok z dnia 11 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1290/14; KIO 1295/14.

Przystępujący wskazał, że powyższe obserwacje odnieść można zarówno do wykazu usług, jak i wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny przez przystępującego. Odwołujący nie zarzucił w treści odwołania niespełnienia przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu w postaci posiadania wiedzy i doświadczenia. Nie domagał się też odrzucenia oferty przystępującego z uwagi na rzekome zawarcie w niej rażąco niskiej ceny. W ten sposób, zważywszy na treść przepisu art. 192 ust. 7 Pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, odwołujący uniemożliwił Izbie zbadanie, czy

zarzucane zamawiającemu naruszenie przepisu art. 8 ust. 1 oraz 3 Pzp miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Powyższe także przemawia za oddaleniem odwołanie w zakresie przedmiotowego zarzutu. W tym stanie rzeczy, przystępujący wniósł jak we wstępie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, Izba stwierdziła, że wykonawca Media Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, w wyniku skutecznego przystąpienia, stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego, zwanym dalej „przystępującym”.

Odwołujący spełnia przesłanki, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniające go do wniesienia odwołania.

Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie w granicach przedstawionych w odwołaniu zarzutów i mając na uwadze przepis art. 192 ust. 2 ustawy, oddaliła odwołanie.

Stan faktyczny sprawy nie budził wątpliwości, został przedstawiony przez strony, odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz stanowisku przystępującego. Kwestią sporną pozostała ocena prawna czynności i zaniechania zamawiającego wskazanych w odwołaniu.

Ad 1. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zgodnie z przyjętą interpretacją przepisu, niezgodność treści oferty z treścią SIWZ skutkująca odrzuceniem oferty, musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na obowiązek poprawienia oferty wynikający z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp). Niezgodność może dotyczyć sfery zamawianego zobowiązania opisanego w SIWZ oraz zobowiązania przedstawionego w ofercie, w szczególności może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ w zakresie sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie co do formy oferty. Powinno też być wykazane na czym polega niezgodność – co konkretnie w treści oferty nie jest zgodne z treścią SIWZ i sposób niezgodności ze wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi postanowieniami czy normami SIWZ, łącznie ze zmianami SIWZ stanowiącymi uzupełnienie treści, wyjaśnieniami i odpowiedziami zamawiającego na pytania. Generalnie można przyjąć, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, polega na niezgodności zobowiązania, które

w swojej ofercie wykonawca przedstawia i przez złożenie oferty przyjmuje na siebie, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ. Zastosowanie przepisu jest możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia jej zgodności z treścią SIWZ (na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, z zastrzeżeniem zakazu dokonywania zmian w treści oferty) lub dokonania obligatoryjnych poprawek w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W okolicznościach sprawy nie występuje, w rozumieniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, niezgodność treści oferty przystępującego z treścią SIWZ w zakresie funkcjonalności systemu opisanych w załączniku nr 1 do SIWZ, część III, 2.1. Wymagania funkcjonalne dla Systemu: 2.1.15. System musi umożliwiać prezentację logu o zdarzeniu w interfejsie użytkownika w takiej formie, w jakiej ten log został przesłany do Systemu; 2.1.22. System musi umożliwiać parsowanie logów o długości co najmniej 10000 znaków oraz zawierających więcej niż jedna linię; 2.1.30. Reguły korelacji powinny być tworzone i zarządzane w interfejsie systemu, bez potrzeby użycia dodatkowych narzędzi firm trzecich.

Zgodność tę potwierdził przystępujący składając w ofercie stosowne oświadczenia, zamawiający oceniając ofertę oraz odwołujący wyjaśniając, że system spełnia wymagania co do opisu poszczególnych funkcjonalności, zarzucając jedynie, że zsumowane funkcjonalności nie stanowią oczekiwanego efektu, w sytuacji, gdy sumowanie podnoszone przez odwołującego, nie stanowiło wymagania zamawiającego.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego i przystępującego co do zaoferowanego systemu RSA Security Analytics, potwierdzonego w wyniku przeprowadzonych badań – testów i prezentacji produktów oferowanych przez producentów i dostawców, w tym rozwiązania, którego producentem jest firma RSA. Potwierdzeniem zasługującym na uwzględnienie w stopniu przesądzającym o nieuwzględnieniu zarzutu odwołania oznaczonego 1, jest stanowisko przedstawiciela producenta, że system spełnia wymagania zamawiającego, a stanowisko odwołującego jest niezasadne i zawiera błędną interpretację SIWZ (pismo z dnia 14.07.2016 r. – dowód załączony do odpowiedzi na odwołanie). W szczególności potwierdzenie, że: *pkt 2.1.15 – system RSA Security Analytics prezentuje logi o zdarzeniu w takiej formie jak log został wysłany do systemu, jest to standardowa funkcjonalność; pkt 2.1.22 – parsowanie logów wieloliniowych zawierających więcej niż 10000 znaków – o tym, że jest to możliwe, świadczy zrzut ekranu [przekazany zamawiającemu] oraz opisane dwa sposoby zrealizowania takiego zadania: 1. z użyciem narzędzia zewnętrznego – Logstash; 2. Bez użycia narzędzia zewnętrznego – poprzez odpowiednią konfigurację jednego z elementów systemu RSA Security Analytics (Log Decoder); pkt 2.1.30 – reguły korelacji są tworzone i zarządzane w interfejsie systemu, bez potrzeby użycia dodatkowych narzędzi. Wymaganie dotyczy kwestii tworzenia i zarządzania regułami korelacji a nie sposobu parsowania wieloliniowych logów. Jest to jedna*

*z podstawowych funkcjonalności systemów SIEM i trudno wyobrazić sobie systemy przeznaczone do korelacji logów nie posiadające takiej funkcjonalności.*

*Nie ulega wątpliwości, że system RSA Security Analytics spełnia wymagania, a błędna interpretacja pisma przez odwołującego, jest wynikiem jedynie walki konkurencyjnej. Odwołujący nie posiada autoryzacji RSA (nie jest autoryzowanym partnerem), co oznacza brak dostępu do szczegółowej wiedzy technicznej oraz bezpośredniego wsparcia [naszych] specjalistów. Oznacza to brak możliwości przeprowadzenia pełnej i merytorycznej analizy funkcjonalności proponowanego rozwiązania, wiedza dostępna jedynie w Internecie i na grupach dyskusyjnych jest do tego niewystarczająca.*

*Informacje z grupy dyskusyjnej prowadzonej przez producenta, jest to serwis stworzony z myślą o osobach skupionych wokół produktów RSA. W związku z tym, każdy użytkownik tego serwisu może zadać tam pytanie związane z technologią RSA i każdy użytkownik, który uważa, że zna odpowiedź, może spróbować pomóc. Serwis ten nie różni się niczym od wielu innych, których zadaniem jest tworzenie pewnego rodzaju społeczności wokół danego zagadnienia, technologii czy idei. Porady wskazane w odwołaniu zawierają niepełne informacje.*

Z przedstawionych względów, dowody odwołującego załączone do odwołania (informacje z forum dyskusyjnego) oraz wyjaśnienia pełnomocnika złożone na rozprawie – wiedza na podstawie doświadczenia zawodowego – nie mogły stanowić dowodu przeciwnego. Pismo przedstawiciela producenta z 20.06.2016 r. (załączone do odwołania jako załącznik nr 7), stanowiące pierwszą część wyjaśnień udzielonych zamawiającemu, kontynuowanych w postaci drugiego pisma z 14.07.2016 r., nie potwierdza stanowiska odwołującego przedstawionego w odwołaniu. Wydruki z internetowego forum dyskusyjnego nie stanowią, z przyczyn wskazanych wyżej, dowodu w rozumieniu art. 190 ust. 3 ustawy (załączniki nr 5 i 6 do odwołania). Opracowania i teksty złożone w języku angielskim, bez tłumaczenia na język polski, nie zostały uwzględnione w postępowaniu odwoławczym (§ 19 ust. 3 regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań – *wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski* – dotyczy to części załączników do odwołania i załączonych do pisma przystępującego.

Ad 2. Przepis art. 8 stanowi: *1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. 2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. 3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.*

*Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.*

W wyniku zmiany przepisu, której założeniem było ograniczenie nadużywania zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa w oświadczeniach i dokumentach składających się na ofertę w celu utrudnienia dostępu do treści oferty innym wykonawcom, wprowadzono obok zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, obowiązek wykonawcy wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w stosownym czasie.

Treść przywołanych w zarzucie 2 odwołania przepisów (art. 8 ust. 1 i 3 ustawy) stanowi o zasadzie jawności postępowania i o nie ujawnianiu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zatem, ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, spoczywa na wykonawcy, jako na podmiocie, który z danego faktu wywodzi skutki prawne.

Obowiązkiem oceny, czy zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa i wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią taką tajemnicę – nie później niż w terminie składania ofert – został obciążony zamawiający. Właściwe/zgodne z przepisem zastrzeżenie i wykazanie w stosownym czasie ustawowych przesłanek zastrzeżenia, powoduje obowiązek zamawiającego nie ujawniania informacji i odwrotnie – niewłaściwe zastrzeżenie bądź nie wykazanie tajemnicy przedsiębiorstwa nie później niż w terminie składania ofert, powoduje, że nakaz nie ujawniania, nie aktywuje się.

a. Przystępujący składając ofertę zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa – złożył „Wykaz wykonanych zamówień (...)” oraz dokumenty potwierdzające ich wykonanie w oddzielnej, zaklejonej kopercie (i na płycie). Kopertę oznaczył napisem „INFORMACJE ZASTRZEŻONE (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA)”, a na płycie „ZASTRZEŻONE WYK. DOSTAW”.

Zamawiający wezwał przystępującego pismem z dnia 16 czerwca 2016 r., na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, do uzupełnienia dokumentów, wskazując: *Zamawiający informuje, że aby zastrzeżenie przez Wykonawcę wybranych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa było skuteczne, zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy, Wykonawca musi wykazać, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W ofercie Państwa brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia utajnienia zastrzeżonego wykazu zamówień i dowodów, że zamówienia te zostały wykonane należycie. W związku z tym, Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, wzywa Państwa do przedstawienia uzasadnienia utajnienia ww. informacji. W przeciwnym razie, Zamawiający będzie traktował ofertę Państwa jako jawną w całości.*

Z treści wezwania wynika, że ocena zamawiającego wykazania przez przystępującego, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie była pozytywna – *W ofercie Państwa brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia utajnienia zastrzeżonego wykazu zamówień i dowodów, że zamówienia te zostały wykonane należycie.*

Zatem, przystępujący nie wykazał w terminie składania ofert, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Skutek zaniechania tej czynności wynika z przepisu art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy – nakaz nie ujawniania nie materializuje się.

Sąd Najwyższy podjął w dniu 21 października 2005 r. uchwałę, sygn. akt III CZP 74/05, w której wskazał, że w przypadku niezasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zamawiający zobowiązany jest w takiej sytuacji odtajnić informacje, bez negatywnego skutku w postaci odrzucenia oferty.

Oceniając ten zarzut Izba podnosi, że odwołujący zarzucił wyłącznie uznanie przez zamawiającego, że dokumenty w zakresie wykazu zamówień i dowodów potwierdzających należyte wykonanie dostaw, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, pomimo nieuzasadnienia w sposób należyty utajnienia treści tych dokumentów, wskazując zaniechanie – nie odtajnienie informacji w tym zakresie.

Izba podzieliła stanowisko przedstawione w wyroku z 30 września 2014 r., sygn. akt 1898/14, odnośnie analogicznego zarzutu: *W ocenie Izby należy podnieść, że nawet niezasadne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie ma wpływu na wynik postępowania w rozumieniu przepisu art. 192 ust. 2 Pzp, wskazującego przesłanki uwzględnienia odwołania, w sytuacji braku zarzutu dotyczącego czynności zamawiającego w zakresie zastrzeżonych informacji. Zatem, zarzut odnośnie czynności nie odtajnienia wykazu usług wraz z referencjami, dla wyłącznie sprawdzenia poprawności oferty przeciwnika, w sytuacji nie podniesienia zarzutu przeciwko tej poprawności, nie uzasadnia uwzględnienia odwołania.*

Izba podzieliła również stanowisko przystępującego i wskazane przez niego stanowisko przedstawione w cytowanym w piśmie przystępującego – wyroku z dnia 11 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1290/14; KIO 1295/14: (...) *należy wskazać, że nawet uwzględnienie ww. zarzutu [naruszenie art. 8 ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy], nie miałyby i nie mogłyby mieć wpływu na wynik postępowania, a to z tego względu, że odwołujący w treści odwołania, nie postawił zarzutów względem samego Wykazu usług złożonego przez Konsorcjum AMG.net. Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy P.z.p. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Przepis ten wyznacza dodatkową przesłankę materialnoprawną odwołania. Aby odwołanie mogło być uwzględnione, naruszenie przepisów ustawy daną czynnością zamawiającego bądź poprzez zaniechanie czynności obowiązkowej musiało mieć istotny wpływ lub też mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W sytuacji, gdy Wykaz usług załączony do wniosku*

*Konsorcjum AMG.net nie był kwestionowany przez samego zamawiającego, jak i przez innych wykonawców, w tym przez odwołującego, to oznacza, że nie zostało nawet uprawdopodobnione, że nawet gdyby zostało stwierdzone naruszenie przepisów ustawy P.z.p. w zakresie, o którym mowa powyżej, to mogłoby mieć ono wpływ na wynik postępowania.*

Zatem, zarzut ten nie stanowi podstawy uwzględnienia odwołania, gdyż uznanie wykazu zamówień i dowodów potwierdzających należyte wykonanie dostaw, za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, pomimo nieuzasadnienia w sposób należyty utajnienia treści tych dokumentów w stosownym czasie, wobec nie postawienia zarzutu niespełniania warunku udziału w postępowaniu, nie stanowi naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (art. 192 ust. 2 ustawy). Wpływ naruszenia przepisów ustawy na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, ustalany w postępowaniu odwoławczym, oceniany jest w granicach zarzutów rozpoznawanego odwołania. Treść zarzutu wskazującego naruszenie przepisów ustawy, przesądza o wpływie tego naruszenia na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

b. Zarzut, że zastrzeżenie przez przystępującego informacji w zakresie rażąco niskiej ceny (załączniki nr 1-10 do pisma z dnia 21 czerwca 2016 r.), z powodu nie uzasadnienia w sposób należyty utajnienia treści tych dokumentów, stanowi naruszenie art. 8 ust. 1 i 3 ustawy przez zaniechanie czynności odtajnienia założonych wyjaśnień – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący nie zakwestionował ceny oferty przystępującego, ewentualnego braku możliwości wykazania realności tej ceny, podanej podczas otwarcia ofert – *(art. 86 ust. ust. 3. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia; ust. 4. Podczas otwarcia ofert podaje się nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach; ust. 5. Informacje, o których mowa w ust. 3 i 4, przekazuje się niezwłocznie wykonawcom, którzy nie byli obecni przy otwarciu ofert, na ich wniosek)*

– podnosząc wyłącznie nienależyte utajnienie treści dokumentów, co nie znalazło potwierdzenia w postępowaniu dowodowym.

Zamawiający wezwał przystępującego pismem z dnia 16 czerwca 2016 r. wskazując: *Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zamawiający informuje, że: 1) zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy, przy ocenie wyjaśnień będzie brał pod uwagę, obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla Wykonawcy, oryginalność projektu Wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej*

na podstawie odrębnych przepisów; 2) zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy, odrzuci ofertę Wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeśli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przystępujący złożył wyjaśnienia pismem z dnia 21 czerwca 2016 r. i przedstawił uzasadnienie kalkulacji ceny oferty oraz zastrzegł załączniki nr 1-10 do wyjaśnień, wykazując, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W pkt 3 przedstawił uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa odnośnie do informacji zawartych w załącznikach – *gdyż z przyczyn przedstawionych w piśmie, stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Załączniki do pisma zostały przesłane w oddzielnej, oznaczonej kopercie. Skuteczność zastrzeżenia przedstawionych informacji (w piśmie jak i załączonych do oferty) znajduje potwierdzenie w orzecnictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych, w których wskazuje się, że tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią takie informacje, które mogą przedstawiać realną wartość, zwłaszcza dla konkurencji. Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku sygn. akt XIX Ga 167/07 uznał, że zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego w celu sprawdzenia, czy cena oferty nie jest rażąco niska, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Mogą być zatem przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu. Podobne stanowisko przedstawiła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia z 22 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2602/13*

– czyniąc tym zadość wymaganiu określone w art. 8 ust. 3 ustawy.

Do wyjaśnień załączył stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa załączniki:

*1. Kalkulacja kosztów; 2. Wycena dystrybutora; 3. Kalkulacja kosztów wdrożenia; 4. Kalkulacja kosztów 300 godzin asysty technicznej; 5. Kalkulacja kosztów szkolenia pięciodniowego; 6. Kalkulacja kosztów trzydniowego warsztatu powdrożeniowego; 7. Umowy o pracę: a. Pracownik 1; b. Pracownik 2 - załącznik I i II; 8. Wyciąg z umowy dotyczący poufności; 9. Wyciąg z portalu partnerskiego; 10. Wyciąg z umowy z dystrybutorem.*

Pismo przystępującego wraz z wykazem załączników stanowi dokumenty jawne, dostępne i co do treści znane odwołującemu. Załączniki przedstawiają elementy mające wpływ na cenę oferty, zostały złożone i zastrzeżone w terminie składania wyjaśnień, przedstawione uzasadnienie przystępującego pozwala na stwierdzenie, że wykazał on, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ad 3. Naruszenie art. 7 ustawy przez wybór, jako najkorzystniejszej, oferty podlegającej odrzuceniu i naruszenie w ten sposób zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wobec nie uwzględnienia zarzutów przystępującego, które uzasadniałyby unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, nie występuje naruszenie art. 7 ustawy. Odwołujący nie przedstawił uzasadnienia tego zarzutu, podobnie jak zarzutu oznaczonego 4.

Reasumując powyższe, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis uiszczony przez odwołującego w kwocie 15 000 zł.

**Przewodniczący: .....**