



L.dz. Adm 19/2022/_____/2022

Wyjaśnienia treści Specyfikacji Warunków Zamówienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na podst. art. 275 pkt 1 ustawy Pzp

Działając na podstawie art. 284 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (tekst jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) Zamawiający, w odpowiedzi na pytanie zgłoszone w toku przedmiotowego postępowania przez Wykonawców, przekazuje poniżej treść zapytań i udziela następujących wyjaśnień dotyczących treści Specyfikacji Warunków Zamówienia w postępowaniu pn. **Dostawa sprzętu i oprogramowania podnoszącego poziom cyberbezpieczeństwa systemów teleinformatycznych wykorzystywanych do udzielania świadczeń opieki zdrowotnej – znak sprawy Adm 19/2022.**

l.p.	Treść pytania	Treść wyjaśnienia udzielonego przez Zamawiającego
1	<p>Wykonawca zwraca się z prośbą o wyjaśnienie, czy Zamawiający przewiduje usunięcie pkt. 27 wymagań ogólnych znajdującego się na str. 7 OPZ.</p> <p>Zamawiający w pkt. 27 wymagań ogólnych znajdującego się na str. 7 OPZ określił następujące wymaganie dot. systemu NAC: <i>„Zaoferowane rozwiązanie musi być uznane przez firmę analityczną Gartner Research. To znaczy musi być wymienione w bieżącym na moment składania oferty raporcie Market Guide for Network Access Control lub musi być wymienione w Gartner Peer Insights w kategorii Network Access Control, gdzie musi posiadać przynajmniej 100 opinii i status „Customer’s Choice”.</i></p> <p>Wskazania wymaga, iż takie kryterium równoważności narusza podstawowe zasady PZP – co zostanie wyjaśnione poniżej.</p> <p>Znajdowanie się systemu w Raporcie Gartnera</p> <p>Wykonawca zaznacza, iż raport Gartnera pt. Market Guide for Network Access Control („Raport Gartnera”) stworzony został przez prywatną firmę Gartner, która prowadzi prywatny serwis internetowy Gartner.com dotyczący m.in. rozwiązań technologicznych. Raport Gartnera jest to zatem opracowanie własne firmy Gartner. Znajdują się tam wybrane przez pracowników/ekspertów firmy Gartner systemy kontroli dostępu – jednak brak jest ogólnodostępnych informacji co do tego, jakie oprogramowanie było badane i jest objęte Raportem. Należy założyć, iż Raport Gartnera zawiera zatem subiektywną listę systemów kontroli dostępu rekomendowaną przez prywatną firmę Gartner.</p> <p>Zdaniem Wykonawcy taki subiektywny Raport nawet nie skupia się na badaniu technicznych aspektów systemów celem wyłonienia najlepszych systemów NAC do zarekomendowania, lecz zawiera po prostu listę sprawdzonych przez Gartnera oprogramowań największych producentów – które mogą co prawda spełniać pewne wymogi Gartnera, lecz niekoniecznie wymogi danych zamawiających i niekoniecznie muszą to być najlepsze jakościowo produkty na rynku.</p> <p>Firma Gartner nie badała bowiem wszystkich lub większości systemów NAC dostępnych na rynku, lecz skupiła się na wybranych przez siebie produktach. Jako firma globalna posiadająca główną siedzibę w Stanach Zjednoczonych skupia się w Raporcie Gartnera na oprogramowaniu „globalnym” największych firm informatycznych.</p> <p>Zdaniem Wykonawcy taki Raport nie może być miarodajny dla ustalenia „najlepszych” systemów NAC – które mogą być rekomendowane jako najbardziej odpowiednie rozwiązania dla zamawiających (skoro pomija wiele systemów NAC, które mogą spełniać nawet najbardziej restrykcyjne wymogi techniczne). Przykładowo z informacji posiadanych przez Wykonawcę wynika, iż firma Gartner nigdy nie zwróciła się do polskiego producenta systemu NACVIEW (jest to system NAC) celem zbadania systemu i ewentualnie</p>	<p>Zamawiający dokonuje modyfikacji załącznika nr 2 do SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ) przez wykreślenie punktu 27 z tabeli nr 2 - Wymagania dotyczące systemu NAC, zawarte w punkcie 3.2.2 Opisu przedmiotu zamawiania (str. 7).</p>



umieszczenia go w Raporcie. Wykonawcy oferujący NACVIEW są zatem bezpodstawnie wykluczeni z niniejszego postępowania – ponieważ system nie został wybrany do analizy przez firmę zewnętrzną. Oznacza to także dyskryminację krajowych producentów oprogramowania.

Powyższe oznacza istotne ograniczenie konkurencji – brane pod uwagę mogą być tylko produkty z niemiarodajnego Raportu firmy prywatnej. Zdaniem Wykonawcy Raport Gartnera mógłby być miarodajny i dawać podstawę do kierowania się nim przy ocenie jakości produktu tylko gdyby:

- ocenie podlegały wszystkie lub większość systemów NAC dostępnych na rynku (a nie tylko systemy największych firm informatycznych),
- każdy system był zbadany według powszechnie dostępnych zasad i kryteriów,
- ustalone byłyby minimalne parametry techniczne i inne kryteria – które po spełnieniu pozwalałyby na znalezienie się każdemu oprogramowaniu w Raporcie.

Skoro powyższe kryteria nie są spełnione przez Raport Gartnera to jako dokument niemiarodajny nie może on stanowić podstawy dla oceny, czy dany system może zostać zaoferowany w przetargu publicznym, w którym zasada uczciwej konkurencji jest podstawową zasadą, którą powinien kierować się każdy Zamawiający.

Ponadto umieszczenie danego systemu w Raporcie Gartnera w żadnym stopniu nie może świadczyć o spełnianiu danych wymogów jakościowych konkretnego Zamawiającego. Umieszczenie w przedmiotowym Raporcie oznacza bowiem wyłącznie, iż dany system może być polecany przez firmę Gartner – ale niekoniecznie taka rekomendacja będzie odpowiednia z punktu widzenia konkretnej infrastruktury Zamawiającego. Taki wymóg nie jest więc uzasadniony zdaniem Odwołującego żadnymi potrzebami lub istotnymi interesami Zamawiającego, między innymi dlatego, że pracownicy/eksperti Gartner nie mogli kierować się potrzebami konkretnej firmy (Zamawiającego) i nie uwzględniali wszystkich lub większości systemów NAC w analizie.

Znajdowanie się systemu na Liście systemów ze strony Gartnera i wymóg co do liczby ocen i statusu „Customer’s Choice”

Oferowany system musi być wymieniony w Rapocie Gartnera lub musi być wymieniony w Gartner Peer Insights w kategorii Network Access Control, gdzie musi posiadać przynajmniej 100 opinii i status „Customer’s Choice”.

Serwis pn. Gartner Peer Insights („GPI”) zawiera listę ocenianych i recenzowanych systemów kontroli dostępu („Lista systemów ze strony Gartnera”). GPI jest serwisem z recenzjami i ocenami przeznaczonym dla użytkowników końcowych celem podzielenia się swoimi doświadczeniami. GPI umożliwia także dostawcom danych technologii zapoznanie się z opiniami klientów oraz umożliwia zapoznanie się z produktami przez kupujących.

Co istotne – produkty są dodawane do list zawartych na GPI (w tym także do Listy systemów ze strony Gartnera dotyczącej systemów kontroli dostępu) przez Gartner na wniosek dostawców technologii – a zatem nie zawiera ona kompletnej listy wszystkich systemów kontroli dostępu. Nie ma żadnego wymagania prawnego, aby dany dostawca/producent musiał zgłaszać swój produkt do GPI, by mógł oferować swoje rozwiązania dla danych kontrahentów np. w sektorze publicznym.

Już sam wymóg, aby producent musiał zgłaszać oprogramowanie do prywatnego serwisu internetowego zdaniem Wykonawcy jest niedopuszczalnym wymogiem w kontekście zasady uczciwej konkurencji. Jednakże najpoważniejszym naruszeniem tej zasady jest wymaganie, aby produkt posiadał przynajmniej 100 opinii i status „Customer’s Choice”.

Powyższy wymóg spełniają wyłącznie trzy systemy NAC z Listy systemów ze strony Gartnera. Co jednak istotne, liczba recenzji i status „Customer’s Choice” w żadnym wypadku nie mogą świadczyć o spełnianiu określonych wymogów jakościowych lub cech wymaganych przez Zamawiającego. Oprogramowanie może zmieniać swoje funkcjonalności i cechy (takie jak np. stabilność działania), więc nie wiadomo, czy recenzje i oceny mogą w ogóle odnosić się do oprogramowania oferowanego w niniejszym postępowaniu. Dodatkowo recenzje i oceny są subiektywną opinią danych użytkowników.

Zamawiający dopuszcza zatem wyłącznie trzy produkty bazując na:

- ich popularności (co wynika z wymogu minimum 100 opinii);
- subiektywnych ocenach użytkowników wystawionych w różnym czasie na różnym etapie rozwoju oprogramowania (przy czym np. dobra opinia danego użytkownika wcale nie oznacza, iż program będzie prawidłowo działał w zupełnie innej infrastrukturze innego użytkownika).

Ponadto również w tej sytuacji następuje dyskryminacja producentów krajowych – którzy nie mają pełnego dostępu do rynku np. amerykańskiego (gdzie jest znaczenie więcej potencjalnych użytkowników niż w Polsce i większa możliwość uzyskania opinii w GPI).

Powyższe oznacza, iż również opisywany w niniejszym punkcie wymóg pozostaje niemiarodajny i w żadnym stopniu nie może świadczyć o spełnianiu danych wymogów jakościowych Zamawiającego. Wprowadzenie omawianych wymogów nie może być też zatem konieczne z punktu widzenia potrzeb lub istotnych interesów zamawiającego. Bazowanie na popularności danych systemów i subiektywnych ocenach oznacza niedopuszczalne ograniczenie konkurencji dla wykonawców oferujących oprogramowanie, które może spełniać wszelkie wymogi Zamawiającego – lecz nie ma tylu ocen lub wymaganego statusu w ramach prywatnego serwisu GPI.



Opisywane niemiernorodajne kryterium nie może zatem stanowić podstawy dla oceny, czy dany system może zostać zaofertowany w przetargu publicznym, w którym zasada uczciwej konkurencji jest podstawową zasadą, którą powinien kierować się każdy Zamawiający.

Opis przedmiotu zamówienia utrudniający uczciwą konkurencję – wszystkie wymagania może spełnić wyłącznie jeden system NAC jednego producenta

Niezależnie od powyższego wskazania wymaga, iż opisane powyżej wymogi dot. umieszczenia w Raporcie Gartnera lub posiadania liczby ocen i statusu „Customer's Choice” w połączeniu z opisanymi w OPZ wymogami technicznymi spełnia wyłącznie jeden producent i jeden system, tj. system Aruba Clearpass firmy HEWLETT PACKARD ENTERPRISE COMPANY.

Prowadzi to do nieuzasadnionego uprzywilejowania wykonawców dysponujących systemem tego właśnie producenta oraz wyeliminowania innych wykonawców i produktów. Aby taki niedopuszczalny opis przedmiotu zamówienia został wyeliminowany niezbędne pozostaje usunięcie z OPZ omówionych powyżej wymogów dot. Raportu Gartnera i GIP (Zamawiający może przy tym wskazać inne wymogi jakościowe – o czym będzie mowa w punkcie e poniżej).

Wymogi dot. Raportu Gartnera i GIP a system SIEM

Wykonawca zaznacza, iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający zamierza nabyć także system SIEM. Co jednak istotne w odniesieniu do systemu SIEM Zamawiający nie wskazuje już na wymogi dotyczące umieszczenia w Raporcie Gartnera oraz wymogi związane z liczbą ocen i statusem „Customer's Choice” w ramach GIP.

Zdaniem Wykonawcy potwierdza to tylko fakt, iż wymogi te nie są miernorodajne (skoro w tym wypadku nie zostały przyjęte) i w zakresie systemu NAC nie mają one na celu wyselekcjonowania odpowiednich z punktu widzenia technicznego oraz wymogów funkcjonalnych systemów – lecz w połączeniu z innymi wymogami zmierzają do ograniczenia konkurencji poprzez możliwość zaofertowania tylko jednego systemu NAC.

W takim stanie rzeczy niezbędne pozostaje wykreślenie opisywanych wymogów z OPZ w zakresie systemu NAC – co umożliwi zachowanie uczciwej konkurencji.

Alternatywne wymogi potwierdzające jakość systemów NAC

Jeżeli Zamawiający zamierza potwierdzić spełnianie określonych wymogów jakościowych lub co do funkcjonalności systemu NAC to zdaniem Wykonawcy może skorzystać z innych metod niż odwołanie do niemiernorodajnych Raportu Gartnera i GIP – które to inne metody nie będą ograniczać konkurencji i będą miernorodajne.

Przykładowo możliwe jest postawienie wymogu przeprowadzenia demonstracji w celu potwierdzenia, że oferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone przez zamawiającego oraz określone parametry jakościowe i funkcjonalności.

Prawne aspekty związane z wymogami dot. Raportu Gartnera oraz GIP

W art. 99 ust. 4 PZP wskazane zostało, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Ponadto zgodnie z art. 16 PZP Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Zamawiający musi zatem przy formułowaniu opisu przedmiotu zamówienia stosować określone w powyższych przepisach zasady, tj. zasadę: konkurencyjności, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców.

zasada konkurencyjności oraz równego traktowania wykonawców

W myśl art. 99 ust. 4 PZP przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję przez uprzywilejowanie lub wyeliminowanie niektórych wykonawców bądź produktów.

W Rekomendacjach Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczących zamówień publicznych na systemy informatyczne (II tom) („Rekomendacje”) wprost wskazane zostało, iż „nie powinno dochodzić do sytuacji, w których w postępowaniu prowadzonym w trybie konkurencyjnym wskutek możliwych do uniknięcia zaniedbań zamawiającego nie istnieje rzeczywista konkurencja. Dlatego zamawiający już na etapie tworzenia opisu przedmiotu zamówienia powinni uwzględnić możliwe zagrożenia dla konkurencyjności zamówień. Chodzi o zagrożenia występujące zarówno w danym postępowaniu, jak i przyszłych postępowaniach dotyczących tego samego rozwiązania informatycznego”.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny prawa zakazane jest więc dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję, wskazując na konkretny produkt, lecz także takiego, który hipotetycznie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku².

W komentarzu UZP do PZP wskazane zostało kolei, iż

„Niedopuszczalne jest zatem w świetle art. 99 ust. 4 Pzp zaburzenie konkurencji pomiędzy wykonawcami, mające swoją genezę w przygotowanym opisie przedmiotu zamówienia, polegające albo na preferencji w opisie konkretnego wykonawcy lub produktu, albo na niemającym uzasadnienia wyeliminowaniu wykonawcy lub produktu. Poprzez niedopuszczalne preferowanie należy rozumieć wszystkie zabiegi, przy użyciu dowolnych sposobów opisu przedmiotu zamówienia, które w sposób nieuzasadniony preferują lub



wprost wskazują na konkretnego wykonawcę lub konkretny produkt. Skutkiem takiego zapisu jest niemożność złożenia oferty zgodnej z tak sformułowanym opisem przedmiotu zamówienia przez wykonawcę innego niż preferowany lub zaproponowania innego niż preferowany produkt. Zapisami eliminującymi określone produkty (i określonych wykonawców) będą zaś takie, które w sposób inny niż odpowiadający subiektywnym opiniom użytkowników i rzeczywistym potrzebom zakupowym zamawiającego związanym z realizacją przypisanych mu zadań, prowadzą do niemożności złożenia oferty przez określone grupy wykonawców (i zaproponowania określonych grup produktów)”3.

W tym kontekście wskazania wymaga, iż wskazane w OPZ wymogi dot. Raportu Gartnera i GIP w sposób nieuzasadniony preferują systemy producentów znajdujących się w Raporcie Gartnera lub spełniających wymogi dot. liczby ocen i statusu „Customer’s Choice”. Są to bowiem wymogi niemiarodajne i odwołujące się do subiektywnych opinii użytkowników lub pracowników/ekspertów Gartnera. Takie wymogi nie mogą mieć uzasadnienia w potrzebach Zamawiającego – skoro inne systemy (niepełniające wymogów dot. Raportu Gartnera i GPI) mogą spełnić techniczne wymogi Zamawiającego.

Ponadto w doktrynie prawa wskazuje się, iż:

„Zakaz negatywnego wpływu na konkurencję nie oznacza konieczności nabywania przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom zarówno co do jakości, jak i funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych. Jednocześnie wiąże się z nim nakaz dopuszczenia konkurencji między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do zamówienia. Stąd bardzo istotną czynnością zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla zamawiającego kluczowe znaczenie. (...) Jednocześnie zamawiający ma ograniczoną swobodę precyzowania wymagań, w tym sensie, że muszą one mieć uzasadnienie; osiągnięcie określonego celu uzasadnionego potrzebami zamawiającego jest przeciwwagą dla ograniczenia konkurencji”.

W tym kontekście wskazania wymaga, iż wymogi dot. Raportu Gartnera i GIP nie są wymogami miarodajnymi, które określają cechy mające dla Zamawiającego kluczowe znaczenie. Wymogi te w sposób nieuzasadniony ograniczają konkurencję, ponieważ określone przez Zamawiającego wymogi techniczne i co do funkcjonalności mogą być spełnione przez systemy, które nie są zawarte w Raporcie lub które nie spełniają wymogów w zakresie GIP. Takie ograniczenie konkurencji pozostaje zatem niedopuszczalne w świetle powyższych przepisów i stanowiska doktryny oraz orzecznictwa.

Co więcej wszystkie wymogi interpretowane łącznie wskazują na to, że mogą być spełnione tylko przez jeden system NAC – co stanowi istotne naruszenie opisanych powyżej przepisów i podstawowych zasad PZP.

Kwestia konkurencji międzymarkowej o Kwestia efektywności

W Rekomendacjach Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczących zamówień publicznych na systemy informatyczne (II tom) („Rekomendacje”) wprost wskazane zostało, iż zamawiający powinien dążyć do zapewnienia, aby konkurencja w postępowaniu miała charakter międzymarkowy, a nie wewnątrzmarkowy. Według tych Rekomendacji „jeżeli zamawiający przewiduje wdrożenie systemu informatycznego od podstaw, ponieważ nie dysponuje jeszcze takim rozwiązaniem albo zamierza zastąpić dotychczasowe, przestarzałe rozwiązania, zasadą powinno być opisywanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby konkurencja odbywała się pomiędzy wykonawcami oferującymi rozwiązania różnych producentów”.5. Zasada ta nie została dotrzymana w ramach OPZ w niniejszym postępowaniu, ponieważ opis wymogów interpretowany łącznie prowadzi do tego, że wszystkie wymogi spełnia tylko oprogramowanie jednego producenta. Aby to zostało wyeliminowane powinny zostać usunięte niemiarodajne wymogi dot. Raportu Gartnera i GIP.

Zgodnie z Rekomendacjami Opis przedmiotu zamówienia, który nie uwzględnia rzeczywistych i uzasadnionych potrzeb zamawiającego, prowadzi do udzielenia zamówienia w sposób sprzeczny z zasadą efektywności6.

W tym kontekście wskazania wymaga, iż Zamawiający dąży do nabycia systemu rekomendowanego przez prywatną firmę Gartner lub do systemu, który jest popularny i posiada określoną liczbę korzystnych subiektywnych opinii użytkowników. Prowadzi do wyeliminowania innych systemów, które mogą spełniać wszelkie wymogi Zamawiającego i to bez żadnego uzasadnienia dla istotnych potrzeb Zamawiającego. Wobec tego w obecnym brzmieniu OPZ poprzez opisane powyżej wymogi narusza zasadę efektywności.

Mając na uwadze powyższe Wykonawca wskazuje, iż uzasadnione pozostaje usunięcie pkt. 27 wymagań ogólnych znajdującego się na str. 7 OPZ i dlatego składa niniejszy wniosek o wyjaśnienie SZW oraz jednocześnie wniosek o usunięcie tego punktu z OPZ.

Dorota Achcińska
Dział Zamówień Publicznych
e-mail: dzpublicznych@wsp-bilikiewicz.pl
tel. 58 52 47 518