



**Wykonawcy zainteresowani
udziałem w postępowaniu**

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obejmującego ZADANIE A - Dostawa i uruchomienie systemu firewall oraz rozwiązania DLP wraz z niezbędnymi licencjami.

Urząd Lotnictwa Cywilnego występując jako Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie w ZADANIU A - Dostawy i uruchomienia systemu firewall oraz rozwiązania DLP wraz z niezbędnymi licencjami, działając zgodnie z art. 38 ust. 1 i 2 oraz ust. 4 i 4 a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) w związku z zadanymi przez Wykonawcę pytaniami dotyczącymi Zadania A, publikuje treść zapytania w oryginalnym brzmieniu:

„W związku z wątpliwościami w zapisach opisujących przedmiot zamówienia, które uniemożliwiają przygotowanie oferty, która spełni Państwa oczekiwania, a jednocześnie nie będzie podlegała odrzuceniu w trakcie jej sprawdzania prosimy o odpowiedzi na poniższe pytania.

Dokonywany przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia(SIWZ) opis przedmiotu zamówienia wpływa na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowi o istotnych postanowieniach późniejszej umowy. Stąd też, na Zamawiającym spoczywa obowiązek

jasnego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie, wykorzystania do jego opisu standardowych określeń technicznych, które są zwykle używane w danej dziedzinie, zrozumiałych

dla wszystkich osób trudniących się działalnością w danej branży.

Art. 29 ust. 1 prawa zamówień publicznych nakłada na zamawiającego obowiązek opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zapis ten służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonych art. 7 ust. 1 ustawy. Biorąc pod uwagę zapis art. 29 ust. 2 prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym przedmiot zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, wystarczy do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. Zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 18 grudnia 2003r.

zamawiający powinien unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które by wskazywały na konkretny wyrób albo na konkretnego wykonawcę. Nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego. Wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu

zamówienia określone są tak, że aby je spełnić oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt.

Do wyjątków dopuszczających odmienny od uregulowanego art. 29 ust. 1 prawa zamówień publicznych opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia należy art. 29 ust. 3 prawa zamówień publicznych. Jednakże, ze względu na to, iż przepis ten ma charakter

Strona 2

wyjątkowy, może być on stosowany tylko w wyjątkowych sytuacjach i interpretowany ściśle: gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia lub gdy zamawiający nie może opisać przedmiotu

zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń a opisowi towarzyszą wyrazy "lub równoważne"

albo podobne, co nadaje wymienionym konkretnym produktom charakter przykładowy.

Zamawiający wskazując w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na konkretny produkt a pomijając minimalne wymagania dające obraz realnych oczekiwań co do oferowanego produktu, nie tylko narusza zasadę określoną w art. 29 ust. 1 pkt. 3 ustawy, ale także zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego dostępu do zamówienia publicznego określone art. 7 ust. 1 prawa zamówień publicznych, zniechęcając do

udziału w postępowaniu wykonawców oferujących produkty innych marek.

Zamawiający narusza ustawę - Prawo zamówień publicznych także wówczas jeżeli, mimo, że istnieją sposoby opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie

dokładnych i zrozumiałych określeń, opisuje go poprzez wskazanie na znak towarowy lub wskazanie innych

parametrów przesądających o wyborze konkretnej marki.

Zgodnie ze stanowiskiem Komisji Europejskiej w sprawie dotyczącej naruszeń prawa wspólnotowego w zakresie dostaw komputerów, odwołanie się do konkretnej marki stanowi naruszenie postanowień dyrektywy 93/36/EWG w sprawie zamówień publicznych na dostawy (Art. 8 pkt. 6), a wskazanie konkretnego mnożnika częstotliwości - niewystarczające dla przeprowadzenia oceny działania komputera - jest sprzeczne z Artykułem 28 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, który zabrania ustanawiania barier w handlu wewnątrz-wspólnotowym.

Przepis art. 93 ust. 1 pkt. 7 prawa zamówień publicznych nakłada na zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z treścią tego przepisu koresponduje wyliczenie naruszeń postępowania skutkujące nieważnością umowy, dokonane art. 146 ust. 1 prawa zamówień publicznych, co pozwala na wskazanie m.in. przypadków, w których zachodzi bezwzględna konieczność unieważnienia postępowania. Wśród takich przypadków jest opisana art. 146 ust. 1 pkt. 6 prawa zamówień publicznych sytuacja, kiedy w postępowaniu o zamówienie publiczne doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, a następnie naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania, oraz sytuacja określona art. 146 ust. 1 pkt. 5, który odwołuje się do dokonania wyboru oferty

z rażącym naruszeniem ustawy.

Jeżeli więc zamawiający opisał przedmiot zamówienia nie w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty jak wymaga tego ustawa, ale poprzez wskazanie znaku towarowego, mimo, iż nie było to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia ani tym,

że nie mógł on opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń - dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem przepisów prawa zamówień publicznych.

Mając na uwadze powyższe prosimy o odpowiedź na odnoszące się do Załącznika nr 1A SIWZ pytania:

1. W następujących punktach w załącznika nr 1A do SIWZ „1. Wymagania techniczne dla klastra urządzeń typu Next Generation Firewall – 2 sztuki urządzeń pracujących w klastrze w trybie activeactive wraz z niezbędnym systemem zarządzania” wymagacie Państwo następujących parametrów wydajnościowych:

Strona 3

7. Urządzenie realizujące funkcje Firewall musi dysponować minimum 8 portami 10/100/1000BASETX z możliwością rozbudowy sprzętowej do co najmniej 12 portów 10/100/1000BASE-TX.

8. Urządzenie musi zapewniać możliwość tworzenia min. 100 interfejsów wirtualnych definiowanych jako VLANy w oparciu o standard 802.1Q.

9. Urządzenie w zakresie Firewall'a musi obsługiwać nie mniej niż 5 milionów jednoczesnych połączeń oraz 35 tys. nowych połączeń na sekundę

10. Urządzenie musi zapewniać przepustowość Firewall'a na poziomie nie mniej niż 10Gbps dla pakietów maksymalnie UDP 1518 bajtów.

11. Urządzenie musi zapewniać wydajność szyfrowania AES-256: nie mniej niż 150Mbps.

13. Urządzenie musi zapewniać wydajność skanowania ruchu w celu ochrony przed atakami (IPS) na poziomie min. 1 Gbps przy czym skanowanie musi obejmować całe pakiety.

16. Urządzenie musi zapewniać możliwość rozbudowy do obsługi min. 5 oddzielnych logicznych instancji systemów bezpieczeństwa w zakresie routingu, Firewall'a.

Powyższe wymagania w sposób jednoznaczny wskazują na produkt McAfee Next Generation Firewall Appliances NGF-1035, którego fragment specyfikacji zamieszczamy poniżej:

Appliance Specifications	NGF-321*	NGF-325*	NGF-1035	NGF-1065
Performance				
Firewall throughput (UDP 1518 byte)	4 Gbps	4 Gbps	10 Gbps	20 Gbps
VPN throughput (AES-128-GCM)	1 Gbps	1 Gbps	1.2 Gbps	3 Gbps
VPN tunnels	6,000	6,000	20,000	20,000
VPN clients	unlimited	unlimited	unlimited	unlimited
Concurrent connections (no inspection)	2 mil	2 mil	5 mil	8 mil
New TCP connections/sec (no inspection)	15,000	15,000	35,000	100,000
64-byte packets per second (no inspection)	800,000	800,000	1.2 mil	5 mil
VLAN tagging	unlimited	unlimited	unlimited	unlimited
Inspection throughput (UDP 1518 byte)	700 Mbps	700 Mbps	1 Gbps	3 Gbps
HTTP inspection (21 kB payload)	200 Mbps	200 Mbps	400 Mbps	1.2 Gbps
SSL inspection (AES-256)	150 Mbps	150 Mbps	150 Mbps	450 Mbps
Inspected concurrent connections	100 000	100 000	150 000	1 mil
Virtual contexts (default/max)	3/3	3/3	0/5	0/5
Features				
Antispam	option	option	option	option
Antivirus	option	option	option	option
Web filtering	option	option	option	option
Full inspection	yes	yes	yes	yes
Application control	yes	yes	yes	yes
McAfee® Multi-Link	yes	yes	yes	yes
Server load balancing	yes	yes	yes	yes
Clustering	yes	yes	yes	yes
Ports				
Fixed Ethernet interfaces	5 x 10/100/1,000	5 x 10/100/1,000	4 x 10/100/1,000	4 x 10/100/1,000
Gigabit Ethernet—copper ports	5	5 to 13	4 to 12	4 to 12
10 Gigabit Ethernet ports	0	0	0 to 4	0 to 4
Other interfaces	3 G modem support	3 G modem support	3 G modem support	3 G modem support
Network I/O slots	0	2	1	1
Network I/O modules	—	4-port GE copper, 4-port FE with switch, 1-port GE (SFP)	4-port GE copper, 8-port GE copper, 2-port 10 G open, 2-port	
Module PCI Express version	—	—	2.0	2.0
Connectors	2 x USB, 1 x serial	2 x USB, 1 x serial	2 x USB, 1 x serial	2 x USB, 1 x serial

Strona 4

Ponadto, wymagane parametry wydajnościowe określone są przez Zamawiającego jako „minimalne”, tymczasem producenci rozwiązań, w tym także McAfee, podają w/w wartości jako graniczne/maksymalne, możliwe do osiągnięcia tylko dla specyficznego ruchu generowanego w idealnych, laboratoryjnych warunkach.

W związku z powyższym zwracamy się do Zawijającego, o wskazanie **realnych, rzeczywistych parametrów wydajnościowych** jakie na dzień dzisiejszy Zamawiający wymaga dla swojej infrastruktury. Pozwoli to dobrać zarówno producenta, jak i model urządzenia odpowiadający faktycznym potrzebom Zamawiającego.

Jednocześnie pragniemy zwrócić uwagę, że na rynku dostępne są inne, uznane rozwiązania klasy „Enterprise Firewalls” inne niż McAfee, ocenianie na równi lub lepiej od McAfee. Potwierdzają to m.in. opiniotwórcze porównania firmy Gartner oraz NNS Labs.

Poniżej fragment raportu Gartner z kwietnia 2014:



Z najlepszych praktyk wykonawcy oraz analizy specyfikacji wynika, iż wskazane przez Zamawiającego parametry spełnia tylko jeden producent.

Pragniemy zauważyć, że dopuszczenie do postępowania tylko i wyłącznie jednego producenta jest sprzeczne z Ustawą o Zamówieniach Publicznych i naraża Zamawiającego na wysokie koszty zakupu Strona 5

– w takiej sytuacji nie ma faktycznej konkurencji, która pozwala na zakup rozwiązania spełniającego wymagania Zamawiającego za najniższą możliwą cenę.

2. Tożsame zastrzeżenia dotyczą się także wszystkich przedmiotów stanowiących zadanie A przedmiotowego postępowania.

Z najlepszych praktyk wykonawcy oraz analizy specyfikacji wynika, iż wskazane przez Zamawiającego parametry spełnia tylko jeden producent, co jest niezgodne z ustawą Prawo Zamówień Publicznych.

W związku z powyższym zwracamy się do Zawijającego, o wskazanie **realnych, rzeczywistych parametrów wydajnościowych i jakościowych** jakie na dzień dzisiejszy Zamawiający wymaga dla swojej infrastruktury. Pozwoli to dobrać zarówno producenta, jak i model urządzenia/oprogramowania odpowiadający faktycznym potrzebom Zamawiającego.

Mając na uwadze wstęp i powyższe pytania, należy zauważyć, że zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Zgodnie z literalnym brzmieniem powyższego przepisu wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia, na co wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 1 października 2008 r. (sygn. KIO/UZP 984/08). Jedną z naczelných zasad systemu zamówień publicznych jest zasada wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, z której wynika, że zamawiający ma obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy oraz doprecyzowana w stosunku do zasad rządzących opisem przedmiotu

zamówienia w art. 29 ust. 2 ustawy zasada chroniąca uczciwą konkurencję nie została w powyższych przepisach zawężona podmiotowo tylko i wyłącznie do wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Ustawodawca stanął jednoznacznie na stanowisku, iż zamawiający (będący zazwyczaj instytucją publiczną lub jedynie dysponentem środków publicznych) nie może w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego formułować opisu przedmiotu zamówienia, który bezpośrednio lub nawet pośrednio godziłby w wyżej wskazaną zasadę. Jak wynika z literalnej wykładni art. 29 ust. 2 ustawy użyty w treści tego przepisu zwrot „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję” wskazuje, iż dla uznania naruszenia ustanowionego w powyższej normie prawnej zakazu wystarczające jest jedynie takie działanie zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio.

Ponadto, należy wskazać, iż nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określany jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego - wystarczy, że wymogi i parametry dla

przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić wykonawca musi dostarczyć jeden konkretny produkt. Powyższy pogląd został wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 maja

2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 423/08), w którym Izba stwierdziła, że: „Naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób”.

Powyższe stanowisko zostało rozwinięte w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 28/07; KIO/UZP 100/07), w którego uzasadnieniu Izba stwierdziła, że:

„Przepis

Strona 6

art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zakazuje opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Należy przy tym zauważyć, że przez utrudnienie uczciwej konkurencji należy rozumieć opisywanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia (z wyjątkiem sytuacji zastrzeżonych w ustawie), lub poprzez opisanie przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem oznaczeń lub parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę), lub konkretny produkt. W szerokim rozumieniu tego przepisu ograniczenie zasady uczciwej konkurencji może nastąpić w wyniku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób na tyle rygorystyczny, że ogranicza to krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, a jednocześnie nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego”. Natomiast w wyroku z dnia 11 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 33/07) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że: „Zamawiającemu wolno określić przedmiot w sposób odpowiadający jego potrzebom, pod warunkiem, że określenie przedmiotu nie spowoduje wyeliminowania konkurencji poprzez wskazanie na konkretne rozwiązanie techniczne, które oferuje tylko jeden dostawca”.

A zatem, w niniejszym stanie faktycznym nie sposób uznać, że przedmiot zamówienia został opisany w sposób, który nie utrudniał uczciwej konkurencji.

Wobec powyższego poprzez opisanie niektórych elementów przedmiotu zamówienia przez podanie parametrów wskazujących konkretny produkt, jest wysoko prawdopodobne, że zamawiający dopuścił się naruszenia dyspozycji art. 29 ust. 2 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Chcielibyśmy również przedstawić stanowisko wynikające z art. 15 ust. 10 ustawy z dnia 21 listopada 2008r. O służbie cywilnej w zakresie zasady racjonalnego gospodarowania środkami publicznymi.

W myśl powyższego zakłada się:

- osiąganie celów przy racjonalnym wykorzystaniu środków,
- rozliczalność dbałości o środki i mienie publiczne.

Czy zatem publikowanie specyfikacji technicznej, która znacząco ogranicza możliwość zaoferowania sprzętu przez szersze grono oferentów, prowadzące do zwiększenia całkowitych kosztów zakupu są zgodne z zasadą racjonalnego gospodarowania środkami publicznymi? Naszym zdaniem - NIE.

Chcemy poinformować, że w przypadku zaniechania z Państwa strony działań mających na celu doprowadzenie do możliwości uzyskania zamówienia publicznego przez szersze grono podmiotów gospodarczych (podatników), wykorzystamy wszystkie środki dostępne prawem, w tym wyspecjalizowane środki kontrolno-audytowe.

Jednocześnie informujemy, że przygotowujemy odwołanie na zapisy SIWZ do Krajowej Izby Odwoławczej, które zostanie złożone w terminie określonym ustawą.”

W odpowiedzi na powyższe pismo Zamawiający wyjaśnia, co następuje:

1. Zamawiający określając parametry wydajnościowe urządzenia firewall oparł się na sumarycznej oszacowanej niezbędnej wydajności. Projektowane rozwiązanie w oparciu o wyspecyfikowane urządzenie agreguje funkcje kilku posiadanych, odrębnych rozwiązań firewall.
2. Zamawiający definiując parametry techniczne uznał, iż oszacowane, ogólnie przyjęte parametry służące do opisu wydajności tej klasy urządzeń zaokrągli do realnego, wskazanego parametru, co w żadnym stopniu nie wpływa na ograniczenie konkurencyjności w dostawie rozwiązania.

3. Zamawiającemu znanych jest kilka rozwiązań technicznych spełniających przedstawione parametry wydajnościowe (np. urządzenia Firm Fortinet, McAfee, Check Point). Wszystkie rozwiązania są oczekiwanej klasy „mid-enterprise” lub „enterprise”.
4. Parametry wydajnościowe dostępne w notach katalogowych wielu producentów są parametrami określającymi wydajność maksymalną („up-to”, warunki idealne pracy urządzenia/oprogramowania). Na ich podstawie można dokonać oceny porównawczej w stosunku do rozwiązań innych producentów. W ocenie Zamawiającego jest to wystarczające do wyznaczania potrzebnej wydajności.

Podsumowując przedstawione wyjaśnienia Zamawiający stwierdza, iż zapisami specyfikacji technicznej nie naruszył zasady uczciwej konkurencji.

W związku z udzieloną odpowiedzią Zamawiający **ustala nowy termin składania ofert w Zadaniu A na dzień - 24.11.2014 r., godzina 13.00. Otwarcie ofert nastąpi w tym samym dniu w siedzibie Urzędu Lotnictwa Cywilnego, Warszawa, ul. Marcina Flisa 2, o godzinie 13.15 w sali nr 2, parter.**

DYREKTOR GENERALNY



Mirosław Maszyński