

**WYROK**  
z dnia 29 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 listopada 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 listopada 2018 r. przez wykonawcę **Comtegra Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Centrum Projektów Polska Cyfrowa z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (1) **Polski Instytut Rozwoju Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie [pełnomocnik]**, (2) **Polski Instytut Rozwoju Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** (3) **Usability Lab Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

#x200e2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Comtegra Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**

i:

2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Comtegra Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;

2.2) zasądza od wykonawcy **Comtegra Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego **Centrum Projektów Polska Cyfrowa z siedzibą w Warszawie** kwotę **1 000 zł 00 gr** (słownie: jeden tysiąc złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 i poz. 2018) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:.....**

**Sygn. akt KIO 2342/18**

**Uzasadnienie**

Zamawiający Centrum Projektów Polska Cyfrowa, ul. Spokojna 13a, 01-044 Warszawa wszczął postępowanie na usługi w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Wdrożenie systemu DLP [system ochrony przed wyciekami informacji – przyp. Izby] w Centrum Projektów Polska Cyfrowa«.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 27.07.2018 r. pod nrem 595997–N–2018.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 i poz. 2018) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający poinformował 5.11.2018 r. o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] **Polski Instytut Rozwoju Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie, ul. Twarda 18, 00105 Warszawa [pełnomocnik]**, [2] **Polski Instytut Rozwoju Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa**, [3] **Usability Lab Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Kazimierza Wielkiego 7 lok. 5, 65-047 Zielona Góra**;

2) wykluczeniu wykonawcy **Comtegra S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 474, 02884 Warszawa** na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się [...] wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia«

i odrzuceniu oferty tego wykonawcy, gdyż »została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert« – art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Wykonawca **Comtegra S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 474, 02-884 Warszawa [dalej – odwołujący]**, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, wniósł 13.11.2018 r. do Prezesa KIO odwołanie na odrzucenie oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego w sytuacji, gdy oferta nie została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert;

2) art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez bezpodstawne wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu postawione przez zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności oraz wykluczenia odwołującego i odrzucenia oferty odwołującego;

2) ponowne dokonanie czynności oceny ofert, wraz z ofertą odwołującego.

Argumentacja odwołującego

I. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego w sytuacji, gdy oferta nie została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby

albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Jako podstawę prawną odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert. W ocenie odwołującego zastosowana przez zamawiającego podstawa prawna jest nieprawidłowa i już tylko z tej przyczyny złożone odwołanie powinno zostać uwzględnione.

Pomimo podobieństwa uregulowań uznanie oferty za odrzuconą może nastąpić w postępowaniach jednoetapowych, natomiast odrzucenie oferty z powodu złożenia jej przez wykonawcę wykluczonego jest właściwe dla postępowań dwuetapowych, w których ocena podmiotowa wykonawców i w konsekwencji wykluczenie ich z udziału w postępowaniu dokonywane są na etapie badania wniosków, przed zaproszeniem wykonawców do złożenia oferty. Rozpoznawane postępowanie jest postępowaniem jednoetapowym, a więc uzasadnienie prawne wskazane przez zamawiającego jest nieprawidłowe. Co więcej brak jest w postępowaniu wcześniejszej czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu, która to czynność w ogóle mogłaby być rozważana w kontekście zastosowania podstawy prawnej wskazanej przez zamawiającego.

II. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez bezpodstawne wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu postawione przez zamawiającego

Zamawiający w rozdz. 5 ust. 5.1.2.3 SIWZ wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej – zamawiający wymagał na potwierdzenie spełnienia tego warunku, aby wykonawca:

- „a)w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizował co najmniej jedno wdrożenie informatyczne dotyczące systemów bezpieczeństwa,
- b) dysponuje lub na etapie realizacji umowy będzie dysponował, co najmniej dwoma osobami z których:
  - co najmniej jedna uczestniczyła w przeprowadzeniu dwóch wdrożeń systemów ochrony przed wyciekiem informacji [DLP – przyp. lzby],
  - co najmniej jedna posiada minimum dwuletnie doświadczenie w obsłudze systemu ochrony przed wyciekiem informacji”.

Zamawiający w żadnym fragmencie SIWZ nie wskazał co rozumie pod pojęciem „systemu ochrony przed wyciekiem informacji”, zostawiając w tym zakresie bardzo szeroki zakres systemów, które potencjalni wykonawcy mogli wskazać, na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W informacji o wykluczeniu odwołującego zamawiający wskazał, że w trakcie badania udzielonych wyjaśnień zamawiający ustalili, że żadna z osób, desygnowana przez wykonawcę do realizacji przedmiotu zamówienia, nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, polegającego na uczestniczeniu w co najmniej 2 wdrożeniach systemów ochrony przed wyciekiem informacji. W ocenie odwołującego nie może ulegać wątpliwości, że osobą wskazaną na potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, obejmującego co najmniej 2 wdrożenia systemów ochrony przed wyciekiem informacji była osoba Pana D. P. [dalej Pan D.].

Jednym z najistotniejszych elementów, w ocenie odwołującego, wskazanych w treści informacji o wykluczeniu jest akapit 13, gdzie zamawiający dopiero na tym etapie postępowania wskazał, że cyt. „[...] zamawiający przyjął założenie, że oprogramowanie antywirusowe nie jest systemem ochrony przed wyciekiem informacji, co wynika wprost z opisu przedmiotu [...] zamówienia”.

W ocenie odwołującego, gdyby takie było założenie zamawiającego od samego początku prowadzenia postępowania to informacja taka znalazłaby się od razu w treści SIWZ. Tymczasem mimo nieskomplikowanego charakteru informacji zamawiający, takie założenie przyjął dopiero po zapoznaniu się z ofertą odwołującego, dokonując *de facto* nieuprawnionej zmiany treści SIWZ po upływie terminu składania ofert.

Odwołujący w pełni podtrzymuje argumentację przedstawioną zamawiającemu w wyjaśnieniach z 27.09.2018 r., że doświadczenie Pana D. potwierdza spełnianie warunku udziału określonego w rozdz. 5 pkt 5.1.2.3 lit. b tiret pierwsze SIWZ.

W ocenie odwołującego, brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia, aby zamawiający w postępowaniu przyjmował jakiegokolwiek założenia, że oprogramowanie antywirusowe nie jest systemem ochrony przed wyciekiem informacji. Co więcej wdrożenia wskazane w odniesieniu do Pana D. dotyczą właśnie systemów ochrony przed wyciekiem informacji.

Jako przykłady rozwiązań ochrony przed wyciekiem informacji odwołujący wskazał: rozwiązania zarządzania danymi; kontrola granic sieci; segmentacja sieci i stref bezpieczeństwa; kontrola dostępu; tożsamość użytkowników i urządzeń; łączność i sieci VPN; szyfrowanie danych; urządzenia mobilne; usługi chmurowe; kontrola zawartości poczty elektronicznej i stron internetowych; aplikacje zarządzania i kontrola treści; bezpieczne przechowywanie.

Zarówno projekt wykonany na rzecz Agencji Rynku Rolnego jak i na rzecz Ministerstwa Rolnictwa i Rozwoju Wsi należy uznać za projekty dotyczące systemów ochrony przed wyciekiem informacji.

Jeśli chodzi o projekt wykonany na rzecz Agencji Rynku Rolnego przedmiotem dostawy były licencje Symantec Protection Suite Enterprise Edition, który to przedmiot zawiera oprócz Symantec EndPoint Protection (SEP) również moduł Symantec Mail Security for Microsoft Exchange (ochrona bramy pocztowej dla rozwiązania Microsoft Exchange) oraz Symantec Messaging Gateway – SMG (ochrony bramy pocztowej), który również należy ocenić jako system ochrony przed wyciekiem informacji. Elementem składowym dostarczonego oprogramowania Symantec Endpoint Protection (SEP) jest m.in. Application and device control (kontrola aplikacji i urządzeń), czyli nic innego jak wymagany przez zamawiającego system DLP.

Choć z treści uzasadnienia wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu nie wynika, by zamawiający kwestionował Projekt wykonany na rzecz Ministerstwa Rolnictwa i Rozwoju Wsi to z ostrożności wskazać należy, że przedmiotem zamówienia była dostawa Systemu Kontroli Dostępu Użytkowników do zasobów informatycznych. W tym przypadku Klient otrzymał system uwierzytelnienia dwuskładnikowego z wykorzystaniem tokenów hardware'owych i software'owych. Jest to również system ochrony przed wyciekiem danych, a więc wymagany przez zamawiającego na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 13.11.2018 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 15.11.2018 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

19.11.2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenia zamówienia [1] Polski Instytut Rozwoju Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie ul. Twarda 18, 00105 Warszawa [pełnomocnik], [2] Polski Instytut Rozwoju Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie ul. Twarda 18, 00105 Warszawa i [3] Usability Lab Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Kazimierza Wielkiego 7 lok. 5, 65047 Zielona Góra złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Odwołujący złożył pismo procesowe odwołującego z 27.11.2018 r. wskazując na brak możliwości zmiany SIWZ po terminie składania ofert oraz interpretowaniu postanowień SIWZ na korzyść wykonawcy.

Zamawiający wniósł do czasu zamknięcia posiedzenia odpowiedź na odwołanie 27.11.2018 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

27.11.2018 r. przystępujący złożył opinię prywatną dotyczącą oprogramowania klasy DLP i różnicy oprogramowania DLP od programu antywirusowego. Opinię sporządził pan dr A. N.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 Pzp, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

W ocenie Izby odwołujący wypełnił łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest odwołujący wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu rozpoznawanego zamówienia oraz odwołujący wykazał wystąpienie możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić – jako dowód – dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba przyjęła dowody złożone przez:

A) odwołującego:

- 1) dowód nr 1 – wydruk z prasy barażowej (strona internetowa), wycięcie na dole strony 1, na wykazanie, co może składać się na pojęcie DLP (system ochrony przed wyciekami informacji – przyp. Izby), które zdaniem odwołującego jest pojęciem szerszym, niż traktuje to Zamawiający;
- 2) dowód nr 2 – karta katalogowa Symantec Data Loss Prevention z tłumaczeniem na język polski na wskazanie rozumienia szerokiego pojęcia DLP; jest to rodzina produktów, rycina (graf) na dole obrazuje, jak są chronione dane przed wyciekami przez system Symantec;
- 3) dowód nr 3 – karta katalogowa Symantec Protection Suite Enterprise Edition na wykazanie, jak branża rozumie pojęcie DLP i w pełni to potwierdza wdrożenie pokazane przez pana D. programu spełniającego warunek systemowy Zamawiającego, str. 1 rycina; dowody nr 4 i 5 – są to szczegółowe karty katalogowe dotyczące dowodu nr 3 i wskazane jest w dowodach 4 i 5 systemu DLP;
- 4) dowód nr 6 – korespondencja z oficjalnym dystrybutorem produktu Symantec w Polsce na wykazanie wdrożenia systemu wykazanego w ARR pana D. i zawiera to wykazanie wdrożenie systemu DLP;
- 5) dowód nr 7 – karta katalogowa obrazująca część strategii wykonawcy Symantec, pokazany tu jest system ochrony przed wyciekami informacji, druga cegiełka od góry w lewej kolumnie; na wykazanie, że DLP może być jednym, ale nie jedynym systemem i jest to bardzo szeroki termin;

B) zamawiającego:

- 6) dowód nr 8 – str. 1, 2, 15 i 16 SIWZ z MRiRW na wykazanie, co było przedmiotem tamtego postępowania i że nie było to pełne DLP, gdyż system tam zamawiany nie posiadał wszystkich funkcji DLP; system ten był oparty na tokenach (tak jak w banku) i polegał na weryfikacji tylko uprawnień do logowania, ale nie chronił przed wyciekami informacji (DLP);
- 7) dowód nr 12 – wydruk ze strony internetowej na wykazanie jak rynek rozumie definicję DLP;

C) przystępującego:

- 8) dowód nr 9 – wydruk z korespondencji z dystrybutorem Asbis, która to korespondencja potwierdza, że oprogramowanie Symantec Protection Suite w wersji Enterprise Edition nie jest systemem DLP; dystrybutor Asbis specjalizuje się w sprzedaży i wdrażaniu systemów DLP;
- 9) dowód nr 10 w postaci korespondencji z dystrybutorem Symantec potwierdzający, że Symantec Protection Suite nie jest rozwiązaniem, które można uznać za system DLP;
- 10) dowód nr 11 na okoliczność ceny oprogramowania Symantec – pakiet za 493 zł;
- 11) opinia prywatna dotycząca oprogramowania klasy DLP i różnicy oprogramowania DLP od programu antywirusowego, którą to opinię sporządził pan dr A. N.

Izba nie wzięła pod uwagę dowodów złożonych przez:

A) odwołującego:

- 5) dowód nr 7 – karta katalogowa obrazująca część strategii wykonawcy Symantec, gdyż dowód został złożony w języku obcym bez tłumaczenia na język polski;

B) zamawiającego:

- 7) dowód nr 12 – wydruk ze strony internetowej, gdyż dowód nie został opatrzony żadnym podpisem składającego dowód.

Ponadto nie miał znaczenia dowód nr 11, gdyż zamawiający nie wyznaczył w SIWZ warunku cenowego wdrażanego oprogramowania.

Zarzut pierwszy – naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego w sytuacji, gdy oferta nie została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert – nie był rozpoznawany.

Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia odwołującego i odrzucenia oferty odwołującego przywołał art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, ponadto zamawiający wskazał na art. 24 ust. 4 Pzp oraz dodatkowo wskazał na art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp brzmi »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się [...] wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia«, art. 24 ust. 4 Pzp brzmi »Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą«, a art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert«.

Jak wynika z przytoczonych przepisów, zamawiający nieprawidłowo powołał się na art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, który nie ma zastosowania w postępowaniach trybie przetargu nieograniczonego, a rozpoznawane postępowanie jest właśnie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego. Tym niemniej zamawiający prawidłowo wskazał podstawę wykluczenia odwołującego (art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp), a w konsekwencji uznania oferty odwołującego za odrzuconą (art. 24 ust. 4 Pzp).

Zamawiający faktycznie uwzględnił zarzut pierwszy, cyt. »... uznając, iż Zamawiający, jakkolwiek dokonał błędnej subsumpcji i nieprawidłowo wskazał podstawę prawną wykluczenia Odwołującego« [pisownia oryginalna – przyp. Izby]. W związku z tym zarzut pierwszy, bez sprzeciwu wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, nie był rozpoznawany. Z tego względu Izba rozpoznała odwołanie w zakresie pozostałego, drugiego zarzutu, zgodnie z art. 186 ust. 4a Pzp. Art. 186 ust. 4a Pzp brzmi »W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów w części, gdy po jego stronie do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów, Izba rozpoznaje odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów«.

W ocenie Izby, zarzut drugi – naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez bezpodstawne wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu postawione przez zamawiającego – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że zamawiający określił w rozdz. 5 ust. 5.1.2.3 lit. b tiret pierwsze SIWZ warunek w zakresie posiadania zdolności zawodowej. Zamawiający ustanowił, że warunek w zakresie posiadania zdolności zawodowej spełni wykonawca jeżeli cyt.: »dysponuje lub na etapie realizacji umowy będzie dysponował, co najmniej dwoma osobami z których [...] co najmniej jedna uczestniczyła w przeprowadzeniu dwóch wdrożeń systemów ochrony przed wyciekami informacji«.

Odwołujący nie wykazał, że dysponuje wymaganą w SIWZ osobą w celu wykonania zamówienia. W piśmie z 24.09.2018 r., str. 16, odwołujący wykazał tylko, że wskazana osoba wdrażała oprogramowanie w Agencji Rynku Rolnego, w zasadzie przez jeden dzień, przy czym było to przedłużenie usługi licencji, a nie wdrożenie programu DLP. Odwołujący wskazał na rozprawie, że cyt. z protokołu »Nawet 1 dzień uczestnictwa we wdrażaniu [systemu – przyp. Izby] wypełnia warunek zamawiającego«, a takiego stwierdzenia Izba nie może uwzględnić, szczególnie bez nawet próby wykazania na czym miałyby polegać uczestnictwo we wdrażaniu systemu DLP w tak krótkim czasie (w zasadzie jeden dzień), na który opiewało zaświadczenie rekomendowanej osoby.

Użyty przez zamawiającego wyraz »uczestniczyć« – zgodnie ze »Słownikiem języka polskiego« Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2012 r. – znaczy »(1) brać w czymś czynny udział, współdziałać w jakiejś akcji; (2) mieć udział w wydatkach i zyskach jakiegoś przedsięwzięcia«. Nie do pogodzenia ze znaczeniem słownikowym wyrazu (przy jednoczesnym braku w SIWZ innego zdefiniowania znaczenia tego słowa) jest stanowisko odwołującego. Odwołujący próbuje sugerować inne rozumienie przedmiotowego wyrazu; jako jakiegokolwiek znalezienie się wskazanego pracownika w zespole przeprowadzającym warunkowe zadania, w tym przypadku zadania cyt. »dwóch wdrożeń systemów ochrony przed wyciekami informacji«. Izba musi także uwzględnić, że reguła tłumaczenia nieprecyzyjności SIWZ na korzyść wykonawcy wywodzi się z łacińskiej paremii »In dubio contra proferentem« – wątpliwości należy tłumaczyć na niekorzyść autora tekstu (w rozpoznawanym przypadku autora SIWZ, czyli zamawiającego). Podobnie Sąd Najwyższy w wyroku z 24 marca 2017 r., sygn. akt I CSK 443/16, »[...] wykładnia umowy [...] *in dubio contra proferentem*, w myśl której wątpliwości interpretacyjne, niedające się usunąć w drodze ogólnych zasad wykładni oświadczeń woli, powinny być interpretowane na niekorzyść powoda będącego autorem tekstu umowy wywołującego wątpliwości [...]. Strona, która korzysta z faktycznej swobody formułowania tekstu umowy, ponosi bowiem ryzyko jego niejasnej redakcji«.

Jednak to zainteresowany (odwołujący) powinien wykazać podstawy do możliwości innego rozumienia treści kwestionowanego postanowienia SIWZ, a temu odwołujący nie sprostał. Wynika to z art. 6 Kc w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp. Art. 6 Kc brzmi »Ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne«, a art. 14 ust. 1 Pzp brzmi »Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2017 r. poz. 459, 933 i 1132), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej«.

Izba nie może przystać na przyjęcie, że ktokolwiek może zrozumieć postanowienia SIWZ w sposób odbiegający od przeciętnego logicznego rozumowania. Jeżeli zamawiający nie określił w SIWZ w jakiej części wdrożenia oprogramowania miała brać udział dana osoba to nie może to oznaczać, że wystarczy powołać się na osobę, która brała udział we wdrażaniu danego oprogramowania nawet tylko 1 dzień, jak to próbował zasugerować odwołujący.

Ponadto Izba wzięła pod uwagę, że zamawiający i przystępujący dowodnie wykazali, że pojęcia »system antywirusowy« i »system ochrony przed wyciekami informacji (DLP)« różnią się od siebie. Otóż »system antywirusowy« to rozwiązanie komputerowe, którego celem jest ochrona systemu przed przenikaniem z zewnątrz i uruchamianiem szkodliwego oprogramowania zewnętrznego. Natomiast »system ochrony przed wyciekami informacji (DLP)« to rozwiązanie komputerowe, którego celem jest ochrona danych przed nieautoryzowaną dystrybucją na zewnątrz organizacji. Zamawiający warunkował możliwość wzięcia udziału w rozpoznawanym postępowaniu od wykazania, że wykonawca na etapie realizacji umowy będzie dysponował, co najmniej jedną osobą, która uczestniczyła w przeprowadzeniu dwóch wdrożeń systemów ochrony przed wyciekami informacji. Natomiast odwołujący dowiódł jedynie, że wskazywane na spełnienie warunku przez odwołującego systemy były co najwyżej częściami składowymi systemu ochrony przed wyciekami informacji (DLP). Jednak odwołujący nigdzie nie dowiódł, że można te części systemu traktować jako cały system ochrony przed wyciekami informacji (DLP), chociaż nawiązywały do systemu antywirusowego.

Zamawiający uwypuklił, że zastosowane w SIWZ pojęcia były rozumiane przez wykonawców, gdyż żaden wykonawca nie zwrócił się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ, do czego wykonawcy byli uprawnieni na podstawie art. 38 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp, który to przepis brzmi »Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia«. Izba musi wskazać, że brak zapytań do zamawiającego w sprawach SIWZ nie można traktować jako dowód na klarowność i jednoznaczność danej SIWZ. Zresztą Izba zauważa, że nieprecyzyjności czy możliwość różnej interpretacji SIWZ bardzo często są zauważane

dopiero na etapie postępowania zamówieniowego po wyborze najkorzystniejszej oferty. Dlatego takie znaczenie mają kontakty stron na etapie przed upływem terminu składania ofert, kiedy to jeszcze można wprowadzić zmiany do SIWZ.

Zamawiający także wskazał, że drugie uczestnictwo tej samej osoby we wdrażaniu systemu ochrony przed wyciekiem informacji (MRRiRW) także nie spełnia warunku zamawiającego, gdyż odwołujący wykazał tylko, że referencyjna usługa dotyczyła aplikacji do dwuskładnikowej autoryzacji, a nie systemu ochrony przed wyciekiem informacji.

W związku z wyżej przedstawioną argumentacją Izba nie może uwzględnić zarzutu drugiego naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez bezpodstawne wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 1 000,00 zł zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b 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. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:.....**