Sygn. akt: KIO 16/23

WYROK

z dnia 20 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant:

Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2023 r. przez odwołującego: wykonawcę Ventus Communications Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa – jednostki organizacyjne Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe, w imieniu których działa Zakład Informatyki Lasów Państwowych im. Stanisława Kostki Wisińskiego z siedzibą w Sękocinie Starym

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: NTT Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz S&T Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (przystępującego), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu nr 5 w zakresie podniesionym w pkt 42 uzasadnienia odwołania.

2. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu nr 1 oraz nr 7.

3. W zakresie pozostałych zarzutów oddala odwołanie.

4. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez przystępującego tytułem

wynagrodzenia pełnomocnika;

4.2. zasądza od odwołującego na rzecz przystępującego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez przystępującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: …..……

Sygn. akt: KIO 16/23

Uzasadnienie

Zamawiający Skarb Państwa – jednostki organizacyjne Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe, w imieniu których działa Zakład Informatyki Lasów Państwowych im. Stanisława Kostki Wisińskiego z siedzibą w Sękocinie Starym prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Zakup wielofunkcyjnych zapór sieciowych dla jednostek organizacyjnych Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe” (nr postępowania: DZ.270.90.2021). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2022/S 114-320470.

I. W dniu 2 stycznia 2023 r. wykonawca Ventus Communications Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

- czynności oceny ofert i wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NTT Poland Sp. z o. o. i S&T Poland Sp. z o.o. (dalej jako „Konsorcjum" lub „przystępujący");

- zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum.

Odwołujący podniósł następujące zarzuty naruszenia przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp":

- Zarzut 1. Zarzut naruszenia przepisów art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo iż treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie wymagania OPZ pkt 1 ppkt 1 i 2, a ponadto poprzez zaniechanie obowiązku przygotowania i prowadzenia postępowania z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji;

- Zarzut 2. Zarzut naruszenia przepisów art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo iż treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie wymagania OPZ pkt 9 lit m), a ponadto poprzez zaniechanie obowiązku przygotowania i prowadzenia postępowania z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji;

- Zarzut 3 – zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia co najmniej jednego zarzutu głównego - Zarzut naruszenia przepisu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp – przez zaniechanie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia dokumentu JEDZ dla

podwykonawcy oraz poprawienia JEDZ Konsorcjum poprzez wskazanie, że zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom;

- Zarzut 4. Zarzut naruszenia przepisów art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo iż treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie wymagania SWZ w pkt 5 „Informacja o przedmiotowych środkach dowodowych" ppkt 4 oraz sposobu realizacji umowy określonego w Istotnych Postanowieniach Umowy Rozdział 2 § 12 i 13, a ponadto poprzez zaniechanie obowiązku przygotowania i prowadzenia postępowania z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji;

- Zarzut 5. Zarzut naruszenia przepisów art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo iż Konsorcjum nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7 „Informacja o warunkach udziału w postępowaniu" ppkt 4 lit. b) „Warunek dysponowania odpowiednim potencjałem kadrowym" dla Inżyniera sieci, a ponadto poprzez zaniechanie obowiązku przygotowania i prowadzenia postępowania z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji;

- Zarzut 6 – zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia co najmniej jednego zarzutu głównego - Zarzut naruszenia przepisu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp – przez zaniechanie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia Wykazu osób w zakresie doświadczenia osób wskazanych dla roli Inżynier sieci;

- Zarzut 7. Zarzut naruszenia przepisów art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo iż treść oferty wskazana w Wyjaśnieniach RNC jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie wymagania SWZ w pkt 5 „Informacja o przedmiotowych środkach dowodowych" ppkt 4 oraz sposobu realizacji umowy określonego w Istotnych Postanowieniach Umowy Rozdział 2 § 12 i 13, a ponadto poprzez zaniechanie

obowiązku przygotowania i prowadzenia postępowania z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji;

- Zarzut 8. Zarzut naruszenia przepisów art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp i w związku z art. 16 ustawy Pzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo iż Wyjaśnienia RNC złożone przez Konsorcjum potwierdzają, że Konsorcjum będzie realizować przedmiot zamówienia niezgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, a tym samym złożone Wyjaśnienia RNC nie obaliły domniemania rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez niewłaściwą ocenę Wyjaśnień RNC złożonych przez Konsorcjum i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

- powtórzenia czynności oceny ofert,

- odrzucenia oferty Konsorcjum.

Uzasadniając zarzuty odwołania odwołujący podniósł między innymi:

Zarzut nr 1:

W ofercie Konsorcjum wskazało, że dostarczy urządzenia Fortinet – okoliczność niesporna. W „Opisie przedmiotu zamówienia" w Załączniku 1 do SWZ (dalej „OPZ") w pkt 2.8, 3.9 i 4.10 (identyczne brzmienie) dla Grupy urządzeń I, II i III

wymagano dostarczenia tzw. „półek": Urządzenie musi być wyposażone w uchwyty/szyny do montażu urządzeń w szafie RACK 19'. W OPZ w pkt 1 wskazano: 1. Wymagania ogólne 1) Wszystkie urządzenia muszą pochodzić z oferty jednego producenta; 2) Wszystkie wyspecyfikowane wartości muszą zostać potwierdzone w oficjalnej dokumentacji producenta oferowanego rozwiązania. Powyższe oznacza, że w przypadku, gdy producent nie załącza fabrycznie w komplecie z urządzeniem zestawu montażowego do szafy Rack – należy zaoferować oryginalny akcesoryjny system montażowy. Dla urządzenia oferowanego przez Konsorcjum w karcie katalogowej dla urządzeń serii FortiGate FortiWiFi 80F wskazana jako oficjalne akcesorium jest półka: Rack Mount Tray: SP-RACKTRAY-02 Rack mount tray for all FortiGate E series and F series desktop models. W oficjalnym podręczniku producenta Fortinet – podręcznik szybkiego uruchomienia urządzenia – Fortinet, Quick Start Guide FortiGate\FortiWiFi 80F Series na stronie 6-7 dla opcji montażu na stojaku/szynie znajduje się informacja, że Fortinet oferuje wiele standardowych i niestandardowych akcesoriów do montażu w szafie rack i na szynie, w tym zestaw do montażu w szafie rack, SP-RACKTRAY-02, który jest wymieniony w karcie katalogowej. Czyli możliwe jest zastosowanie niestandardowego zestawu, innego niż SP-RACKTRAY-02, pod warunkiem, że pochodzi on z oferty Fortinet. W piśmie z 16.09.2022 r. „Wyjaśnienia wykonawcy w zakresie obliczenia ceny" (dalej „Wyjaśnienia RNC", otrzymanym przez Odwołującego w dniu 23 listopada 2022 r. wraz z innymi dokumentami odtajnionymi przez Zamawiającego w wyniku wyroku KIO 2925/22) Konsorcjum wskazało, że zakupi urządzenia producenta Fortinet od autoryzowanego dystrybutora Fortinet w Polsce – Exclusive Networks Poland S.A. Jednocześnie w pozycji 7 tabeli nr 1 „Kalkulacja ceny oferty i jej elementów zamówienia" wskazało: Uchwyty/szyny do montażu szafy RAK dla I grupy urządzeń: Cena zakupu u dostawy Stalflex: 31 100,00 PLN. Dopiero w treści Wyjaśnień RNC Konsorcjum wskazało, że przedmiotowe półki, czyli uchwyty/szyny do montażu w szafie rack będą produkcji innej niż Fortinet, oraz że nie będą pochodziły z autoryzowanego kanału

dystrybucyjnego Fortinet. Stalflex nie figuruje na liście autoryzowanych dystrybutorów ani partnerów Fortinet. Odwołujący powołał się na wyjaśnienia, jakich udzielił zamawiający w dniu 5 sierpnia 2022 roku. Odwołujący stwierdził, że z wyjaśnień tych wynika, że komponenty rozszerzające muszą pochodzić z oferty producenta urządzeń lub muszą być wspierane przez producenta. Montaż w szafie RACK za pomocą niewspieranego systemu montażowego może doprowadzić do przekroczenia granicznych parametrów pracy, a w konsekwencji do awarii urządzenia i późniejszej odmowy obsługi zgłoszenia serwisowego i naprawy z powodu niewłaściwego użytkowania. Odwołujący wyjaśnił, że mając na uwadze wskazane przepisy prawne jak i postanowienia OPZ nie ma żadnych podstaw do tego, aby traktować półkę jako coś innego niż urządzenie.

Zarzut nr 2:

W OPZ w pkt 9 Zamawiający postawił następujące wymaganie: 9. Warunki licencjonowania oraz system gwarancyjny: (…) m) Bezpośredni i wolny od dodatkowych opłat dostęp do pomocy technicznej producenta przez telefon ….., e-mail na adres …. w języku Polskim oraz serwis WWW, w zakresie rozwiązywania problemów związanych z bieżącą eksploatacją systemu bezpieczeństwa w trybie całodobowym w każdy dzień tygodnia. Konsorcjum w załączniku 2 do Wyjaśnień RNC wskazało, w jaki sposób zamierza zrealizować ww. wymaganie. Exclusive Networks Poland S.A. wskazało w pozycji 15, że wymaganie to zrealizowane zostanie poprzez usługę własną Hezo, jako usługę: assistance – pomoc techniczna w zakładaniu Ticket-ów w języku polskim na 5 lat. Zgodnie z informacją ze strony , usługa Hezo świadczona jest przez bliżej nieokreślonych inżynierów Hezo do obsługi zgłoszeń serwisowych do wielu różnych producentów (Commvault, Extreme Networks, Fortinet, Gigamon, Huawei, WatchGuard, Poly, Purestorage, Quantum, Aualstar, Logitech, Yealink). Skoro zatem usługa ta dotyczy obsługi zgłoszeń serwisowych do wielu producentów – nie jest to więc dodatkowa usługa własna producenta Fortinet, a inżynierowie Hezo nie są inżynierami Centrum Pomocy Fortinet. Konsorcjum ma zamiar zlecić Exclusive Networks Poland S.A. realizację części przedmiotu zamówienia polegającą na pośredniczeniu pomiędzy Zamawiającym a producentem w korzystaniu z pomocy technicznej Fortinet. Takie rozwiązanie jest wprost sprzeczne z warunkami zamówienia – zgodnie z OPZ pkt 9 lit. m jednym z wymagań SWZ był bezpośredni dostęp do pomocy technicznej producenta w języku polskim. Z oferty dołączonej do Wyjaśnień RNC wynika wprost, że: a. Pomoc producenta nie jest świadczona w języku polskim – gdyż konieczna jest pomoc firmy pośredniczącej, aby taka pomoc była świadczona. b. Konsorcjum oferuje dostęp do pomocy technicznej za pośrednictwem co najmniej jednego podwykonawcy – a zatem nie jest to pomoc bezpośrednia. A zatem – Konsorcjum nie zaoferowało dostępu do pomocy technicznej

zgodnej z wymaganiami SWZ, a tym samym oferta Konsorcjum podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zarzut nr 3 (zarzut ewentualny):

Na wypadek nieuwzględnienia zarzutów głównych Odwołujący wskazuje, że Konsorcjum powinno zostać wezwane do uzupełnienia dokumentów JEDZ w sposób wskazany poniżej. W SWZ w pkt 10 Wykaz podmiotowych środków dowodowych, informacje dotyczące JEDZ oraz innych dokumentów wskazano: 5) dokument określony w pkt.2) lit. a) - JEDZ sporządza odrębnie: (…) b) podwykonawca, na którego zasobach wykonawca nie polega przy wykazywaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W takim przypadku musi zostać wypełniona część II sekcja A i B, część III (podstawy wykluczenia). JEDZ podpisuje kwalifikowanym podpisem elektronicznym podwykonawca. (…) 11) Wykonawca, który

zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, na etapie postępowania jest zobowiązany wypełnić część II sekcja D JEDZ, w tym, jeśli jest to wiadome, podać firmy podwykonawców. Konsorcjum nie dołączyło do oferty dokumentu JEDZ dla podwykonawców, ani też nie wskazało we własnym JEDZ, że zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom. Jak wskazano w Zarzucie 2 – Konsorcjum w Wyjaśnieniach RNC wskazało, że będzie korzystać z usług podwykonawcy. Tym samym – zobowiązane jest złożyć JEDZ dla podwykonawcy oraz poprawić własny JEDZ.

Zarzut nr 4:

W SWZ w pkt 5 Informacja o przedmiotowych środkach dowodowych Zamawiający wymagał następujących przedmiotowych środków dowodowych: W celu potwierdzenia że oferowane dostawy/usługi spełniają określone przez zamawiającego wymagania zawarte w OPZ, Zamawiający żąda złożenia przez Wykonawcę wraz z ofertą następujących przedmiotowych środków dowodowych: (…) 4) aktualny certyfikat PN-ISO/IEC 27001:2017-06 lub nowszego, (lub równoważnego odpowiednika) w zakresie zarządzania danymi klienta i informacjami związanymi z projektowaniem, produkcją i dostarczaniem usług, wydany przez uprawniony organ. Ponadto w § 12 Istotnych Postanowień Umowy Zamawiający wymagał ściśle

określonego sposobu realizacji zadania: § 12. Wykonawca oświadcza, że posiada i w trakcie realizacji Umowy będzie stosować się do wytycznych i norm wynikających z: aktualnego certyfikatu PN-ISO/IEC 27001:2017-06 lub nowszego, (lub równoważnego odpowiednika) w zakresie zarządzania danymi klienta i informacjami związanymi z projektowaniem, produkcją i dostarczaniem usług, wydany przez uprawniony organ; § 13. Wykonawca oświadcza, że przedmiot umowy będzie realizowany zgodnie z wdrożoną przez Wykonawcę normą ISO 27001/27002 lub nowszą (lub równoważnym odpowiednikiem). Z powyższego wynika, że podmioty świadczące usługi związane z zarządzaniem danymi klienta i informacjami związanymi z projektowaniem, produkcją i dostarczaniem usług zobowiązane są

posiadać certyfikat ISO 27001 oraz – jeśli będą to podwykonawcy, to należy dla takich podmiotów dołączyć do oferty certyfikat ISO 27001. Dopiero z treści Wyjaśnień RNC wynika, że przedmiot zamówienia w zakresie określonym w OPZ w pkt 9 lit. m) będzie wykonywać podwykonawca, tj. Exclusive Networks Poland S.A. świadcząca usługę pod nazwą Hezo Assistance. W oczywisty sposób usługa nazwana w wycenie jako assistance – pomoc techniczna w zakładaniu Ticket-ów w języku polskim na 5 lat kwalifikuje się do grupy usług związanych z zarządzaniem danymi Zamawiającego. Jej świadczenie wymaga dostępu do poufnych informacji o sieci teleinformatycznej Zamawiającego. Według najlepszej wiedzy Odwołującego podwykonawca Exclusive Networks Poland S.A. nie posiada certyfikatu ISO 27001 – Odwołujący zweryfikował informacje dostępne na stronach internetowych usługi Hezo () oraz Exclusive Networks Poland S.A. networks.com/pl. Podsumowując – podwykonawca Exclusive Networks Poland Sp. z o.o. nie posiada certyfikatu ISO 27001, zatem nie może świadczyć usług zgodnych z warunkami zamówienia. A tym samym – oferta Konsorcjum podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zarzut nr 5:

W SWZ w punkt 7 ppkt 4) lit. b) Warunek dysponowania odpowiednim potencjałem kadrowym w odnośniku drugim Zamawiający wymagał posiadania przez osoby dedykowane do roli Inżyniera sieci następującego doświadczenia: Inżynier sieci (co najmniej 2 osoby) pełniące rolę specjalisty ds. bezpieczeństwa i sieci, posiada wiedzę i doświadczenie w zakresie utrzymania, wdrażania rozwiązań i zarządzania infrastrukturą bezpieczeństwa sieci. Posiadający certyfikaty w zakresie zaoferowanego rozwiązania umożliwiające przeprowadzenie Wdrożenia oraz spełniający poniższe wymagania: - doświadczenie w przynajmniej jednym projekcie informatycznym w charakterze eksperta ds. bezpieczeństwa informatycznego (lub równoważnej roli); - doświadczenie w opracowywaniu oraz wdrażaniu polityk bezpieczeństwa i systemów zarządzania bezpieczeństwem informacji; - doświadczenie min. 3 lata w zarządzaniu urządzeniami typu firewall NGFW poparte aktualnymi certyfikatami producenta oferowanego rozwiązania; - doświadczenie w zaawansowanym routingu w tym znajomość protokołów OSPF, BGP, EIGRP poparte certyfikatami; - doświadczenie w administrowaniu infrastrukturą sieciową i bezpieczeństwa w minimum jednym projekcie o wartości co najmniej 1 000 000,00 zł brutto. Do pełnienia tej roli Konsorcjum w Wykazie osób wskazało 4 osoby: a. B. Ż. i P. S. z NTT, b. G. J. i P. T. z S&T. Na potwierdzenie spełnienia wymogu posiadania doświadczenia w opracowywaniu oraz wdrażaniu polityk bezpieczeństwa i systemów zarządzania bezpieczeństwem informacji Konsorcjum w Wykazie osób wskazało: 1) B. Ż. i P. S.: Posiada doświadczenie w opracowywaniu oraz wdrażaniu polityk bezpieczeństwa i systemów zarządzania bezpieczeństwem informacji: a. zdobyte w projekcie

Komenda Główna Policji w Warszawie – dostawa, instalacja oraz wdrożenie 2 szt. Firewall NGFW w pełnym ukompletowaniu wraz licencjami oraz udzielenie gwarancji wraz ze wsparciem serwisowym na okres 48 miesięcy – projekt powyżej 1 000 000,00 zł brutto. 2) G. J. i P. T. : Posiada doświadczenie w opracowywaniu oraz wdrażaniu polityk bezpieczeństwa i systemów zarządzania bezpieczeństwem informacji: a. zdobyte w projekcie Centrum Informatyki Resortu Finansów Zakup i dostawa dwóch urządzeń firewall typ 1 połączonych w niezawodnościowy klaster HA wraz z instalacją i wsparciem na okres 36 miesięcy – projekt powyżej 1 000 000,00 zł brutto. Zdaniem Odwołującego – żaden z ww. projektów nie spełnia wymagań określonych w SWZ w przedmiotowym zakresie. Odwołujący wyjaśnił, że system zarządzania bezpieczeństwem informacji to nie jest system informatyczny. System zarządzania bezpieczeństwem informacji to sposób zarządzania danej organizacji. Odwołujący powołał się na sposób rozumienia pojęcia „system zarządzania bezpieczeństwem informacji" przyjmowany przez Najwyższą Izbę Kontroli. Ponadto odwołujący przywołał postanowienia rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 2247, ze zm.). Jak zdaniem odwołującego wynika z powyższych regulacji system zarządzania bezpieczeństwem informacji – w definicjach normatywnych, ustawowych, jak również w perspektywie instytucji publicznych – to sposób funkcjonowania i organizacji pracy tych podmiotów. Składają się na niego procesy zachodzące w danej organizacji, procedury, analiza i postępowanie z ryzykiem, mierzenie i ocena wyników procesów, szkolenia, uświadamianie i ciągłe doskonalenie. Rozwiązania zabezpieczające, takie jak antywirusy, zapory sieciowe, ochrona przed wyciekiem danych, kontrola dostępu (fizyczna i do sieci), zarządzanie dostępem uprzywilejowanym itp. to tylko mały wycinek tego systemu. Aby te wszystkie zabezpieczenia zapewniały skuteczną ochronę informacji, muszą być częścią znacznie większego systemu – hierarchicznej i uporządkowanej organizacji, w której każdy aspekt jej funkcjonowania jest zaprojektowany z myślą o bezpieczeństwie informacji. Ogromna część „zabezpieczeń" ma charakter organizacyjny i proceduralny, nie informatyczny. (42.) Ponadto Odwołujący wskazał, że w

Wykazie osób dla panów B. Ż. i P. S. podano informacje dla projektu realizowanego na rzecz Komendy Głównej Policji, które są niezgodne ze stanem faktycznym w zakresie: a. świadczenia usług zaawansowanego routingu, w tym znajomości protokołów OSPF, BGP, EIGRP; b. wartości projektu.

Zarzut nr 6:

Na wypadek nieuwzględnienia Zarzutu 5 odwołujący wskazał, że Konsorcjum powinno zostać wezwane do uzupełnienia Wykazu osób w taki sposób – aby wykazać spełnienie warunku udziału w zakresie doświadczenia osób wskazanych dla roli Inżynier sieci.

Zarzut nr 7:

Przedmiot zamówienia w zakresie usług może zostać wykonany wyłącznie przez takiego wykonawcę, który posiada wymagany przez zamawiającego certyfikat ISO. W niniejszym postępowaniu certyfikat taki posiada S&T, członek konsorcjum, dla którego przewidziano wyłącznie 32 godziny prac wdrożeniowych – resztę usług ma świadczyć NTT. W dniu 12.12.2022 r. zamawiający wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczenia z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp w zakresie dotyczącym ewentualnych błędów lub nieprawidłowości. W piśmie z 13.12.2022 r. wykonawca NTT odpowiedział, że złożone przez Konsorcjum NTT na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp oświadczenie nie wymaga uzupełnienia. Konsorcjum przyznało tym samym, że zamierza wykonać zamówienie w sposób sprzeczny z zapisami IPU. Odwołujący powołał się na art. 7 pkt 20 ustawy Pzp. Załączony do oferty podział prac, którego prawidłowość została potwierdzona ww. wyjaśnieniami pokazuje jasno, że Konsorcjum nie zamierza wykonywać usług zgodnie z wymaganiami normy ISO 27001. Odwołujący wskazał, iż ma świadomość, że kwestia treści tego oświadczenia była już przedmiotem orzekania przez Krajową Izbę Odwoławczą. Jednakże po zapoznaniu się z Wyjaśnieniami RNC Odwołujący pozyskał nowe informacje, stanowiące podstawę faktyczną niniejszego zarzutu, które poprzednio nie mogły być objęte odwołaniem i nie stanowiły podstawy faktycznej zarzutu 2 w odwołaniu KIO 2925/22 – a to ze względu na fakt, że Konsorcjum w całości utajniło Wyjaśnienia RNC. W toku postępowania odwoławczego KIO 2925/22 Odwołującemu nie była znana liczba godzin, jakie Konsorcjum przewidziało w celu realizacji zamówienia – Wyjaśnienia RNC były wtedy jeszcze tajne. Przystępujący – wykorzystując to – starał się przedstawić obraz realizacji projektu w taki sposób, aby przekonać Izbę, że jest to jakaś niewielka liczba godzin, obejmujące jedynie 11 lokalizacji pilotażowych. I w związku z tym S&T – jako podmiot posiadający wymagany do świadczenia tych usług certyfikat – zrealizuje te wdrożenia, bo zmieści się w owych 32 godzinach. Tymczasem z treści Wyjaśnień RNC wynika coś dokładnie przeciwnego. Otóż liczba godzin pracy inżynierów szacowana w kalkulacji ceny to: a) 1278 godzin na wdrożenie i szkolenie b) 1880 godzin na konsultacje i serwis, w sumie: 3158 godzin, w tym usług świadczonych przez wykonawcę posiadającego wdrożony i certyfikowany system zarządzania bezpieczeństwem informacji wg ISO 27001 – S&T: 32 godziny. Wynika z tego zatem, że udział NTT w realizacji prac to 2850 godzin usług świadczonych niezgodnie z wymaganiami. Z odtajnionych Wyjaśnień RNC wynika, iż tylko nieznacznie powyżej 1% (dokładnie: 1,01%) usług (32 godziny z 3158 godzin) ma szanse być realizowane zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Do podobnych wniosków prowadzi analiza kosztów wykazanych w odtajnionych Wyjaśnieniach RNC. Wziąwszy pod uwagę, że wszystkie oferty na zakup sprzętu, stanowiące załączniki do Wyjaśnień RNC, kierowane były wyłącznie do NTT – z czego wynika, że to ten

podmiot będzie odpowiadać za dostawy – to cały udział S&T w Konsorcjum sprowadza się do jednoprocentowego udziału w usługach, co stanowi jedną tysięczną łącznej wartości brutto oferty. Dokładnie taki będzie również zakres zamówienia realizowany zgodnie z wdrożoną przez Wykonawcę normą ISO 27001/27002.

Zarzut nr 8:

Konsorcjum w Wyjaśnieniach RNC złożyło oświadczenie, że przedmiot zamówienia będzie realizowany niezgodnie z wymaganiami SWZ. Konsorcjum złożyło oświadczenie, że 99% wszystkich usług w wymiarze 3126 godzin świadczyć będzie NTT, który to podmiot nie posiada wymaganego certyfikatu, czyli – zakres zamówienia w zakresie 3.216 godzin realizowany będzie niezgodnie z wdrożoną przez Wykonawcę normą ISO 27001/27002. Jest to właściwie okoliczność niesporna. Tym samym – poprzez złożenie Wyjaśnień RNC o takiej, a nie innej treści – Konsorcjum nie obaliło domniemania rażąco niskiej ceny, które to domniemanie powstaje z chwilą wystosowania przez Zamawiającego wezwania w trybie art. 224 ust. 1 i/lub 2 ustawy Pzp. Nie można przyjąć, że wiarygodne i rzetelne są takie wyjaśnienia w zakresie ceny, które wprost opisują sposób realizacji zamówienia w sposób sprzeczny z wymaganiami SWZ.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu zarzutu oznaczonego w odwołaniu nr 5 w zakresie podniesionym w pkt 42 uzasadnienia odwołania.

II. Pismem wniesionym w dniu 13 stycznia 2023 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: NTT Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz S&T Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „przystępujący").

Pismem wniesionym w dniu 13 stycznia 2023 r. przystępujący zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania.

Stanowisko w sprawie przystępujący przedstawił w piśmie wniesionym w dniu 16 stycznia 2022 r. Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutów nr 1 i 7 - z uwagi na to, że w tym zakresie odwołanie zostało wniesione po

upływie terminu określonego w ustawie. Jednocześnie przystępujący wniósł oddalenie odwołania w całości - z uwagi na to, że

podniesione zarzuty są całkowicie chybione oraz nie znajdują podstaw w stanie faktycznym sprawy.

Uzasadniając ww. stanowisko w sprawie przystępujący podniósł między innymi:

W zakresie wniosku o odrzucenie części zarzutów odwołania:

Przystępujący wskazał, że odwołujący w zarzutach nr 1 i nr 7 powołuje się wyłącznie na okoliczności, które znane były na etapie, w którym zamawiający po raz pierwszy dokonał wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej (25 października 2022 r.) i to wówczas rozpoczął bieg termin na wniesienie odwołania wobec rzekomo niezgodnych z ustawą Pzp czynności i zaniechań zamawiającego. Odwołujący w ramach zarzutu nr 1 podnosi, że oferta przystępującego winna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z SWZ z uwagi na to, że rzekomo jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie wymagania OPZ pkt 1 ppkt 1 i 2, tj. w zakresie w jakim Przystępujący zaoferował szyny Stalflex RSA19-1U-350 (w zależności od nomenklatury szyny uchwyty/półki rack/szuflady). Informacja na temat zaoferowania przez Konsorcjum NTT szyn Stalflex RSA19-1U-3508 wynikała wprost jawnej z treści formularza ofertowego przystępującego i znana była odwołującemu na etapie, w którym po raz pierwszy skarżył wybór Konsorcjum NTT. Bez znaczenia pozostaje bowiem, że na skutek wyroku w sprawie KIO 2925/22 odwołujący uzyskał dostęp do pierwotnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w których znajduje się informacja o cenie ich zakupu. Zarówno zarzut nr 1 (ani żaden inny) nie zmierza bowiem do podważenia ceny oferty Konsorcjum NTT jako rażąco niskiej, w tym w odniesieniu do zawartych w niej cen jednostkowych. Okoliczności faktyczne, z których odwołujący wywodzi podstawę zarzutu nr 7 wynikają wyłącznie z oświadczenia z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, które załączone było do oferty Konsorcjum NTT, a jego treść znana była na etapie odwołania od pierwszego wyboru oferty przystępującego i co najistotniejsze, w żaden sposób nie zostało zmodyfikowane po wyroku KIO 2925/22 (stwierdza to sam odwołujący w pkt 47 odwołania). Innymi słowy, odwołujący znając treść złożonego wraz z ofertą na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowania oświadczenia z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, i wywodząc na jego podstawie, że oferta jest rzekomo niezgodna z SWZ z uwagi na to, że NTT zrealizuje część prac nie posiadając zdaniem odwołującego wymaganego dla każdego wykonawcy w konsorcjum certyfikatu ISO, winien był postawić ten zarzut skarżąc pierwszy wybór oferty najkorzystniejszej. Ujawnione wyjaśnienia RNC przystępującego nie wnoszą do sprawy i zakresu zaskarżenia zarzutu nr 7 żadnych nowych informacji czy okoliczności uzasadniających stawianie tego zarzutu.

W zakresie wniosku o oddalenie odwołania:

Zarzut nr 1:

Przystępujący wskazał, że zamawiający w treści SWZ, w tym w szczególności w OPZ czy projekcie umowy, nie zdefiniował pojęcia „urządzenia". Zdaniem przystępującego zamawiający w istocie sam dokonał podziału w formularzu ofertowym urządzeń i akcesoriów, tj. w kolumnie 3 oraz kolumnie 4. Nadto, stanowisko odwołującego, że „jeśli producent nie załącza fabrycznie w komplecie z urządzeniem zestawu montażowego do szafy Rack – należy zaoferować oryginalny akcesoryjny system montażowy" jest całkowicie nieuprawnione, gdyż po pierwsze, nie wynika to z wymagań wskazanych w OPZ w pkt 1, zważywszy na to, że uchwyty (akcesoria) nie stanowią urządzeń. Po drugie, oświadczenie producenta Fortinet, które przystępujący załączył do pisma procesowego, wskazuje wyraźnie, że uchwyty nie stanowią urządzenia, zaś akcesoria instalacyjne innych producentów nie wypływają na gwarancję urządzenia czy parametry pracy urządzeń.

Zarzut nr 2 i 3

Fortinet jest producentem zaoferowanych przez przystępującego urządzeń i nie prowadzi bezpośredniej sprzedaży swoich produktów. W tym celu posługuje się oficjalnymi dystrybutorami produktów, do których na terenie Polski zalicza się Exclusive Networks Poland S.A. Wszystkie zaoferowane przez przystępującego rozwiązania Fortinet są objęte wsparciem producenta tzw. Forticare. Jest to świadczenie producenta, realizowane bezpośrednio przez niego. Oferowane przez Exclusive Networks Poland S.A. narzędzie HEZO-Assistance rozszerza świadczone wsparcie producenta Fortinet o pomoc techniczną w zakładaniu Ticket-ów w języku polskim na okres 5 lat i daje dostęp do pomocy technicznej producenta – i nie jest to w żadnym stopniu usługa świadczona przez Exclusive Networks Poland S.A. Wsparcie to jest świadczone przez dedykowany klientowi (w tym wypadku zamawiającemu) portal internetowy www, telefon, e-mail, jest świadczone w języku polskim w trybie całodobowym w każdy dzień tygodnia. Zgłoszenia serwisowe zaś (tzw. ticket'y) są rozpoznawane bezpośrednio przez producenta Fortinet. Exclusive Networks Poland S.A. jako autoryzowany dystrybutor Fortinet świadczy usługi wyłącznie w imieniu i na rzecz Fortinet, nie zaś dla Konsorcjum NTT (tym bardziej jako jego podwykonawca). Przystępujący zauważył, że zaoferowane przez odwołującego rozwiązania Check Point nie oferują wsparcia w j. polskim przez producenta, jak wymaga tego zamawiający. Wsparcie Check Point jest natomiast realizowane poprzez lokalnych Certyfikowanych Współpracujących Dostawców Wsparcia (ang. Certified Collaborative Support Providers), którym w wypadku oferty odwołującego jest polski dystrybutor CLICO sp. z o.o. Przystępujący stwierdził, że odwołujący sam nie wskazał w dokumencie JEDZ Clico sp. z o.o., ani tym bardziej producenta Check Point. Ponadto przystępujący powołał się na postanowienia § 88 oraz § 93 wzoru umowy (IPU).

Zarzut 4

Zgodnie z SWZ zamawiający wymagał przedmiotowego środka dowodowego w postaci aktualnego certyfikatu PNISO/IEC 27001:2017-06 lub nowszego od wykonawcy – w żadnym miejscu SWZ, czy tym bardziej IPU brak stwierdzenia, jakoby certyfikat ten był wymagany od każdego podmiotu mogącego być zaangażowanym w realizację

zamówienia, w tym w szczególności producenta urządzeń, który świadczyć ma usługi wsparcia serwisowego. Zamawiający przewidział weryfikację certyfikatu ISO wyłącznie względem wykonawcy. Przystępujący powołał się na §13 wzoru umowy, zgodnie z którym „Wykonawca oświadcza, że przedmiot umowy będzie realizowany zgodnie z wdrożoną przez Wykonawcę normą ISO 27001/27002 lub nowszą (lub równoważnym odpowiednikiem)",

Zarzut nr 5 i 6

SWZ, w tym IPU oraz OPZ, nie definiują pojęcia „system zarządzania bezpieczeństwem informacji". Jak wskazuje sam odwołujący w pkt 39 odwołania „ogromna część „zabezpieczeń" ma charakter organizacyjny i proceduralny, nie informatyczny". Idąc tokiem rozumowania odwołującego podmioty dokonujące wdrożenia IT nie posiadają doświadczenia w tak szerokim zakresie jaki przedstawia i interpretuje odwołujący w pkt 39 – a tym bardziej nie jest to doświadczenie wymagane od „Inżyniera sieci", a takiej osoby dotyczy analizowany warunek.

Zarzut nr 7

Przystępujący podkreślił, że Wyjaśnienia RNC nie dotyczą podziału prac ani „sposobu realizacji zamówienia", są zaś wyłącznie przygotowaną przez Konsorcjum NTT kalkulacją ceny oferty. Jak jednoznacznie wynika z oświadczenia z art. 117 ust 4 ustawy Pzp, zastrzeżenie 32 godzin dot. wyłącznie prac inżyniera podczas wdrożenia projektu. Odwołujący pomija natomiast to, że S&T realizować będzie wsparcie w dostawie i wdrożeniu projektu oraz wsparcie kierownika projektu do zarządzania projektem – co w żaden sposób nie jest ograniczone czasowo i zakresowo. Osoby wskazane w wykazie osób na potwierdzenie spełnienia warunków udziału postępowaniu nie stanowią jedynych i wyłącznych osób zaangażowanych w realizację zamówienia po stronie obu członków Konsorcjum. Przystępujący stwierdził, że nawet gdyby z daleko posuniętej ostrożności hipotetycznie przyjąć, że pierwotnie przyjęty podział prac nie odpowiada wymogom SWZ jak podnosi to odwołujący i z czym nie zgadza się przystępujący – zamawiający jest uprawniony do wezwania w tym wypadku S&T do realizacji tego obszaru prac, do których miałby być wymagany przedmiotowo certyfikat ISO.

Zarzut nr 8

Zdaniem przystępującego całkowicie bezpodstawny jest także zarzut nr 8 jakoby oferta Konsorcjum NTT zawierała cenę rażąco niską. Przystępujący wskazał, że w treści odwołania odwołujący w żaden sposób nie odnosi się do ceny oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec złożenia przez odwołującego oświadczenia o wycofaniu zarzutu oznaczonego w odwołaniu nr 5 w zakresie podniesionym w pkt 42 uzasadnienia odwołania postępowanie odwoławcze podlegało w tym zakresie umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, stosowanego odpowiednio w sytuacji częściowego wycofania zarzutów odwołania.

Okoliczności faktyczne w zakresie przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie były pomiędzy stronami sporne.

Zarzuty nr 1 i 7

Izba uznała, że w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu nr 1 i 7 odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. W zakresie zarzutu nr 1 należy wskazać, że okoliczność zaoferowania przez przystępującego szyn Stalflex wynikała z jawnej treści formularza ofertowego tego wykonawcy i znana była odwołującemu na etapie, w którym po raz pierwszy skarżył wybór oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Ponadto, niezależnie od oceny twierdzenia odwołującego, że z postanowień SWZ wynikał wymóg, aby półki co najmniej pochodziły z autoryzowanego kanału dystrybucyjnego producenta, to wiedzę w tym zakresie co do oferty przystępującego odwołujący mógł również powziąć wcześniej niż z treści wyjaśnień RNC – sam odwołujący powołał się w tym zakresie na dowód w postaci wydruku ze strony internetowej Fortinet (załącznik nr 7 do odwołania), a zatem na informację powszechnie dostępną. W zakresie zarzutu nr 7 należy wskazać, że informację o podziale prac pomiędzy konsorcjantami odwołujący pozyskał już z treści oświadczenia przystępującego złożonego na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp. W wyjaśnieniach RNC zostały zawarte informacje w zakresie szacowanych ilości godzin poszczególnych prac, jednakże nie oznacza to, że postawienie ww. zarzutu nie było możliwe na etapie pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej. Jak wynika z uzasadnienia wyroku wydanego w sprawie KIO 2925/22 Izba uznała, że zarzut w powyższym zakresie został jedynie fragmentarycznie określony w treści odwołania i w związku podlegał oddaleniu. Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że zarówno zarzut nr 1 jak i zarzut nr 7 odwołujący powinien był podnieść w terminie liczonym od pierwszej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (25 października

2022 r.). Podniesienie ww. zarzutów na obecnym etapie postępowania należało uznać za spóźnione.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie drugim sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba uznała, że w zakresie pozostałych zarzutów odwołanie podlega oddaleniu.

Zarzuty nr 2, 3 oraz 4

W odniesieniu do zarzutu nr 2 należy na wstępie wskazać, że zamawiający nie sprecyzował w SWZ w jaki sposób

należy rozumieć wymóg bezpośredniości w odniesieniu do wymaganego dostępu do pomocy technicznej producenta. Dodatkowo, należy w tym zakresie powołać się na treść § 93 projektu umowy, zgodnie z którym: „W przypadku konieczności uzyskania bezpośredniej pomocy technicznej/wsparcia technicznego ze strony producenta, Wykonawca będzie pośredniczył w uzyskaniu koniecznego wsparcia." Z postanowienia tego zdaje się wynikać, że na gruncie postanowień SWZ bezpośredniego charakteru wsparcia producenta nie wyklucza pośredniczenie wykonawcy w jego uzyskaniu. W tej sytuacji, mając na uwadze zasadę, że wątpliwości winny być rozstrzygane na korzyść wykonawcy, przyjmowanie rozszerzającej interpretacji ww. wymogu należy uznać za niezasadne. Izba uznała, że odwołujący, na którym w pierwszej kolejności spoczywał ciężar dowodu, nie wykazał, aby wymóg bezpośredniego dostępu do pomocy technicznej producenta w języku polskim nie został spełniony w przypadku oferty przystępującego. Odwołujący powołał się w tym zakresie na treść wyjaśnień RNC udzielonych przez przystępującego, a dokładnie na informację w ofercie Exclusive Networks Poland S.A. odnośnie zapewnienia usługi Hezo: assistance – pomoc techniczna w zakładaniu Ticket-ów (czyli zgłoszeń serwisowych) w języku polskim na 5 lat. Zdaniem składu orzekającego Izby, na gruncie wskazywanych przez odwołującego i przystępującego postanowień SWZ, świadczenie o charakterze technicznym w zakresie jedynie zakładania tzw. ticketów nie wyklucza bezpośredniego charakteru oferowanego dostępu do pomocy technicznej producenta. W tym stanie rzeczy nazwanie tego świadczenia przez przystępującego narzędziem służącym do kierowania zgłoszeń jest uzasadnione. Odwołujący nie przedstawił żadnych konkretnych informacji jak i dowodów pozwalających Izbie na stwierdzenie, że skorzystanie z ww. narzędzia Hezo będzie oznaczać, że oferowany zamawiającemu przez przystępującego dostęp do pomocy technicznej producenta nie będzie bezpośredni, tj. w szczególności, że będą w tym zakresie występować jakieś pośrednie etapy. Informacje zawarte na stronie internetowej, na którą powołał się odwołujący, mają ogólny charakter i nie pozwalają na dokonanie żadnych konkretnych ustaleń. Jedyną pewną okolicznością jest w tym zakresie to, że w treści wyjaśnień RNC

przystępującego wsparcie Hezo zostało wskazane wyłącznie jako pomoc techniczna w zakładaniu ticketów, a nie w zakresie całego procesu realizowania pomocy technicznej producenta. Należy przypomnieć, że warunkiem uznania, że względem wykonawcy zachodzi podstawa do odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jest jednoznaczne ustalenie niezgodności oferty z warunkami zamówienia, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca. W związku z tym Izba uznała, że zarzut nr 2 podlegał oddaleniu.

W odniesieniu do zarzutu nr 3 należy odwołać się do zawartej w art. 7 pkt 27 ustawy Pzp definicji umowy o podwykonawstwo. Zgodnie z tym przepisem pod pojęciem umowy o podwykonawstwo należy rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, zawartą między wykonawcą a podwykonawcą, a w przypadku zamówienia na roboty budowlane innego niż zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami, na mocy której odpowiednio podwykonawca lub dalszy podwykonawca, zobowiązuje się wykonać część zamówienia. Podwykonawca jest zatem jedną za stron umowy o podwykonawstwo, zobowiązującą się wykonać część zamówienia. Po pierwsze, jak wynika ze stanowiska przedstawionego przez przystępującego Exclusive Networks Poland S.A. jako autoryzowany dystrybutor Fortinet świadczy usługi wyłącznie w imieniu i na rzecz Fortinet, nie zaś dla przystępującego. Nie dochodzi do zawarcia umowy o podwykonawstwo między przystępującym a Exclusive Networks Poland S.A. Powyższe wyklucza zatem uznanie Exclusive Networks Poland S.A. za podwykonawcę przystępującego. Po drugie, skład orzekający Izby nie widzi podstaw do kwalifikacji świadczenia o charakterze technicznym w zakresie jedynie zakładania tzw. ticketów – jako realizacji części zamówienia. Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że zarzut nr 3 nie podlega uwzględnieniu.

Natomiast w odniesieniu do zarzutu nr 4 należy wskazać, że warunkiem uznania zaistnienia podstawy do odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jest stwierdzenie niezgodności oferty z konkretnymi postanowieniami SWZ określającymi warunki zamówienia (art. 7 pkt 29 ustawy Pzp). Odwołujący powołał się w tym zakresie na pkt 5.4) SWZ zawierający wymóg złożenia certyfikatu ISO jako przedmiotowego środka dowodowego oraz postanowienia § 12 i 13 projektu umowy. Z żadnego z tych postanowień nie wynika obowiązek złożenia certyfikatu ISO przez podmiot, który nie jest wykonawcą czy podwykonawcą. Postanowienie zawarte w pkt 5.4) SWZ w ogóle nie wskazuje podmiotu, który ma posiadać wymagany certyfikat ISO. Z postanowień § 12 i 13 projektu umowy wręcz wynika, że chodzi o certyfikat wykonawcy. W tym stanie rzeczy przyjęcie interpretacji odwołującego – rozszerzającej względem postanowień SWZ na niekorzyść wykonawcy – należy uznać za niezasadne. Tym bardziej, że zgodnie ze stanowiskiem Izby przedstawionym

do zarzutu nr 3 podmiot Exclusive Networks Poland S.A nie został uznany za podwykonawcę. Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że zarzut nr 4 nie podlega uwzględnieniu.

Zarzuty nr 5 oraz 6

W odniesieniu do zarzutów dotyczących warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału kadrowego należy w pierwszej kolejności wskazać dwie kwestie. Po pierwsze, zamawiający nie określił w SWZ sposobu rozumienia pojęcia „system zarządzania bezpieczeństwem informacji". Po drugie, przyjęcie zaprezentowanego przez odwołującego sposobu rozumienia tego warunku udziału w postępowaniu prowadziłoby do uznania, że został on sformułowany przez zamawiający w sposób nieracjonalny i niecelowy. Jak bowiem wskazał sam odwołujący ogromna część elementów w zakresie systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji ma charakter organizacyjny i proceduralny, a nie informatyczny. Jednocześnie Izba nie podziela stanowiska odwołującego, że biorąc udział w realizacji projektu dotyczącego opracowania i wdrożenia systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji zawierającego elementy informatyczne jak i inne (tj. organizacyjne i proceduralne) inżynier sieci nabywa odmienne doświadczenie niż w przypadku realizacji projektu dotyczącego opracowania i wdrożenia ww. systemu zawierającego wyłącznie elementy informatyczne. Zdecydowanie bardziej uzasadnione wydaje się przeciwne stanowisko, gdyż poszczególne komponenty projektu przydzielane są osobom posiadającym niezbędne do ich realizacji kwalifikacje i doświadczenie. W konsekwencji osoby te nabywają doświadczenie w zakresie powierzonych im zadań – niezależnie od zakresu zadań innych osób

uczestniczących w realizacji danego projektu. Oczywiście nie należy zapominać, że w przypadku postanowień SWZ pierwszeństwo przyznaje się wykładni językowej. Jednakże jak wskazano powyżej, zamawiający w SWZ nie określił sposobu rozumienia pojęcia „system zarządzania bezpieczeństwem informacji", co pozwala na odrzucenie przedstawionej przez odwołującego interpretacji ww. warunku udziału w postępowaniu – jako prowadzącej do nieracjonalnych wniosków. W związku z powyższym okoliczność, że wskazane przez przystępującego osoby nie posiadają doświadczenia w opracowywaniu oraz systemów zarządzania bezpieczeństwem informacji – w znaczeniu zaprezentowanym przez odwołującego – nie stanowi podstawy do uznania, że przystępujący nie wykazał spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu. Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że zarzuty nr 5 i 6 podlegają oddaleniu.

Zarzut nr 8

Odwołujący wywiódł podstawę do odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp, z podnoszonej okoliczności zamiaru przystępującego (zdaniem odwołującego) realizacji zamówienia niezgodnie z warunkami określonymi w SWZ. Należy zauważyć, że o ile treść wyjaśnień RNC może być podstawą do stwierdzenia

niezgodności oferty wykonawcy z warunkami zamówienia (wyjaśnienia te wskazując na sposób kalkulacji ceny często odnoszą się również do przyjętego sposobu realizacji zamówienia) to prawidłową podstawą odrzucenia oferty jest w takim przypadku art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a nie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że zarzut nr 8 podlega oddaleniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie trzecim sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 a contrario ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: