Sygn. akt KIO 704/23

WYROK

z dnia 28 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Członkowie: Emilia Garbala

Joanna Gawdzik - Zawalska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 27 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 13 marca 2023 r. przez CDeX Prosta S.A., ul. Marcelińska 90, 60-324 Poznań w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych, ul. Żwirki i Wigury 9/13, 00-909 Warszawa

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze co do zarzutu wskazanego w pkt 1 i 2 petitum odwołania

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego CDeX Prosta S.A. z siedzibą w Poznaniu i:

   3.1. 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

   3.2. zasądza od odwołującego CDeX Prosta S.A. z siedzibą w Poznaniu na rzecz zamawiającego Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) 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) 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 704/23

UZASADNIENIE

Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawa oprogramowania do prowadzenia ćwiczeń, warsztatów i szkoleń"", nr postępowania: 2616.12.2023.AC.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp".

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 1 marca 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/ S 043-125306.

W postępowaniu tym wykonawca CDeX Prosta Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący") 13 marca 2023 wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnego z przepisami sformułowania treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji zamówienia, wyznaczenia terminu składania ofert nieadekwatnego do złożoności i specyfiki warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 112 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 PZP poprzez ustalenie warunku udziału w postępowaniu dyskryminującego część wykonawców, którzy wykonują dostawy w ramach wewnątrzwspólnotowej dostawy towarów/usług, objętej mechanizmem odwrotnego obciążenia (gdzie faktyczna wartość podatku wynosi 0% - stawka „np."), ponieważ wykonawcy wykonujący dostawy krajowe mają możliwość wykazania wyższej o 23% wartości dostawy, wyłącznie

na skutek konstrukcji mechanizmu związanego z naliczeniem podatku od towarów i usług, przy zachowaniu dokładnie takiego samego zakresu przedmiotowego dostawy - co w konsekwencji prowadzi do ustalenia warunku udziału w sposób uniemożliwiający prawidłową ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a także do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

2) art. 131 ust. 1 PZP w zw. z art. 138 ust. 1 i 4 PZP poprzez wyznaczenie terminu składania ofert bez uwzględnienia złożoności i specyfiki przedmiotu zamówienia oraz bez uwzględnienia czasu niezbędnego do przygotowania ofert i ich złożenia;

3) art. 387 § 1 i 2 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP oraz art. 99 ust. 1 PZP poprzez ustalenie w ramach OPZ wymagań i funkcjonalności dostarczanego oprogramowania – które są niemożliwe do spełnienia w wyznaczonym terminie umownym – co prowadzić będzie do nieważności umowy o zamówienie publiczne jako dotyczącej świadczenia niemożliwego w rozumieniu art. 387 § 1 KC oraz poprzez brak uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, tj. okoliczności, iż na rynku nie ma według najlepszej wiedzy Odwołującego żadnego rozwiązania spełniającego wszystkie wymogi Zamawiającego – co powoduje konieczność pominięcia pewnych funkcjonalności celem umożliwienia dostarczenia rozwiązań dostępnych na rynku lub podziału zamówienia na etapy celem umożliwienia wykonawcom wykonania prac programistycznych mających na celu stworzenie nowych funkcjonalności oferowanego oprogramowania wymaganych przez Zamawiającego;

a także innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia niniejszego Odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści Ogłoszenia i SWZ poprzez zmianę warunku udziału w postępowaniu zawartego pkt. III.1.3) Ogłoszenia oraz w Rozdziale V ust. 1 pkt 4) SWZ poprzez przyjęcie nowego następującego brzmienia tego warunku: „Wykonawca spełni warunek udziału w postępowaniu, jeżeli wykaże, że wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jedną (1) dostawę oprogramowania wraz ze szkoleniem, osadzeniem na platformie sprzętowej i wsparciem technicznym o wartości nie mniejszej niż 2 850 000,00 zł netto każda, wraz z podaniem jej wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawa ta była wykonywane oraz załączy dowody potwierdzające, że dostawa ta została wykonana lub jest wykonywana należycie”.

2) nakazanie Zamawiającemu wydłużenie terminu składania ofert tak, aby wykonawcy mieli realną możliwość przygotowania i złożenia ofert, tj. przedłużenia terminu składania ofert o 30 dni – do dnia 27 kwietnia 2023 r.

3) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści Opisu Przedmiotu Zamówienia poprzez usunięcie następujących punktów OPZ:

a. punktu I.2.3) w akapicie drugim o brzmieniu: „posiadać interfejs REST API umożliwiający realizację wszystkich funkcji administracyjnych (oraz użytkowych5 jeśli to możliwe)”;

b. punktu I.2 akapit trzeci w brzmieniu „Docelowo wszystkie moduły powinny być zintegrowane ze sobą w ramach oprogramowania (z wykorzystaniem REST API), czego efektem będzie to, że utworzenie grupy użytkowników spowoduje automatyczne utworzenie im kanałów dostępowych VPN, odpowiednio podzielonego repozytorium zasobów, kanałów komunikacji, itp. W zintegrowanym systemie dostępne będzie dodatkowo:”;

c. punktu I.2. 1) w akapicie czwartym o brzmieniu: „ konto głównego administratora (root) pozwalające na pełną kontrolę nad wszystkimi funkcjami każdego modułu, podsystemu”;

d. punktu I.2.3) na str. 53 o brzmieniu: „sieć „żółta” to sieć monitoringu, której zadaniem jest rejestrowanie wszystkich zdarzeń sieciowych we wszystkich tenantach”;

e. punktu I.3.1).a) na str. 53 o brzmieniu: „urządzeń sieciowych oraz fizycznej części serwerów – z dostępem dla minimum dwóch stacji roboczych wykorzystywanych jedynie do administrowania infrastrukturą sprzętową”;

f. punktu I.3.5) na str. 54 o brzmieniu: „wirtualizacja w oprogramowaniu powinna zapewniać funkcję szyfrowania na poziomie serwerów wirtualizacyjnych, maszyn wirtualnych oraz dysków wirtualnych”;

g. punktu I.3.6) na str. 54 o brzmieniu: „do szyfrowania powinny być użyte algorytmy nie gorsze niż AES256 w przypadku szyfrów symetrycznych i RSA2048 w przypadku szyfrowania asymetrycznego”;

h. punktu I.4.10).a) na str. 58 o brzmieniu: „zakłada się, że ćwiczący będą odbywali ćwiczenia lub szkolenia budujące ich umiejętności po poprawnym wykonaniem jednego Strona 5 z 16 lub wielu zadań w ramach ćwiczenia. Zdobywanie umiejętności jest sekwencyjne, tj. uwarunkowane zdobyciem umiejętności je

poprzedzających”;

i. punktu I.4.10).g) na str. 59 o brzmieniu: „ćwiczący będą oceniani bez

wykorzystywania agentów, poprzez wprowadzenie do systemu informacji o wskaźnikach z ustandaryzowanego pliku

(standard wybiera Wykonawca po uzgodnieniu z Zamawiającym)";

j. punktu I.4.12).c) na str. 61-62 o brzmieniu: „moduł Zasoby Współdzielone (współdzielenia plików i pracy grupowej): - oprogramowanie ma umożliwiać użytkownikom współdzielenie zasobów podczas ćwiczeń lub szkoleń grupowych (nie będzie wykorzystywane w ćwiczeniach indywidualnych). Współdzielenie zasobów ma być możliwe na dwa sposoby:

• offline – jako repozytorium plików przechowywane na lokalnym serwerze w dowolnym formacie i rozmiarze, do którego możliwy będzie dostęp z maszyn w ramach tenantu z wykorzystaniem protokołów: SFTP, GIT, WWW oraz SMB/CIFS;

• online – jako repozytorium plików współtworzonych w trybie rzeczywistym, do

którego dostęp możliwy będzie przez WWW; zakłada się jako minimum możliwość współpracy z dokumentem tekstowym typu Word, arkuszem kalkulacyjnym typu Excel, tablicą zadań typu Kanban, współdzielonym obszarem rysowania – whiteboard.

- dostęp do zasobów w czasie szkolenia ma być możliwy poprzez

wprowadzenie odpowiedniego kodu dostępowego grupy;

- należy zapewnić system monitorowania treści umieszczanych przez

ćwiczących w Module;

- podstawowe podziały zasobów powinny być tworzone automatycznie w momencie skonfigurowania grupy szkoleniowej/zespołu. W sytuacji, gdy lider grupy szkoleniowej stworzy w jej ramach dodatkowe zespoły, powinny być dla nich automatycznie utworzone zasoby współdzielone (np. w formie podkatalogów);

- w przypadku zmian w grupie szkoleniowej (np. usunięcie/dodanie użytkownika) odpowiednie zasoby współdzielone będą automatycznie rekonfigurowane w celu uwzględnienia wprowadzonych modyfikacji".

k. punktu I.4.12).e) myślnik drugi na str. 63 o brzmieniu: „umożliwi obsługę aplikacji klienckich za pośrednictwem emulowania klawiatury i myszy";

l. punktu I.4.12).f) myślnik pierwszy na str. 63 o brzmieniu: „wspierać będzie możliwość tworzenia i integracji z poszczególnymi scenariuszami automatycznych akcji wyzwalanych, tj. o zadanym czasie, na żądanie uczestnika, lidera lub trenera, w reakcji na wcześniej zdefiniowane zdarzenie w systemie/scenariuszu /tenancie, a także niezależnie w każdym tenancie z osobna lub jednocześnie dla wybranej grupy tenentów";

m. punktu I.4.12).f) myślnik trzeci na str. 64 o brzmieniu: „Generator Ruchu Sieciowego powinien umożliwiać generowanie ruchu o charakterystyce zbliżonej do ruchu występującego w sieci Internet, a także odtwarzanie nagranego wcześniej ruchu (szczególnie z plików w formacie .pcap, pcapng) z zapewnieniem jego prawidłowego przebiegu (np. sumy kontrolne, sekwencje TCP), ponadto moduł powinien umożliwiać dostosowanie generowanego ruchu sieciowego (w zależności od warstwy i protokołu), gdzie będzie generował ruch symulujący użytkowników, którzy eksploatują systemy uruchomione w tenancie (konieczny ze względu na wykonywanie zadań i

ćwiczeń w warunkach zbliżonych do warunków rzeczywistych, występujących w czasie pracy czy ćwiczeń wojskowych), dodatkowo zapewni generowanie ruchu wykorzystującego przynajmniej protokoły: DNS, DHCP, SMTP, POP3, SNMP, NTP, HTTP, HTTPS, WWW, FTP oraz TFTP, a także protokoły usług uruchomionych w ramach tenantu wraz z możliwością konfiguracji ich parametrów";

n. punktu I.4.12).f) myślnik czwarty punktor czwarty na str. 64 o brzmieniu: „baza danych ataku proponowanego rozwiązania zawierać będzie co najmniej 8000 różnych sygnatur ataku, przy czym daty upublicznionych podatności nie powinny przekraczać roku od momentu zaprojektowania scenariusza, baza powinna także mieć możliwość aktualizacji przez architekta lub administratora, dodatkowo w bazie powinno znajdować się co najmniej 25 różnych typów Malware, 25 różnych typów Ransomware, 25 różnych typów Phishing, oraz 25 różnych typów ataków aplikacji internetowych";

o. punktu I.4.12).f) myślnik czwarty punktor trzynasty na str. 65 o brzmieniu: „umożliwi ocenę skuteczność Systemów Zapobiegania Włamaniom dla urządzeń końcowych w szczególności FireEye NX";

p. punktu I.4.12).f) myślnik czwarty punktor czternasty na str. 65 o brzmieniu: „umożliwi ocenę skuteczność zapór sieciowych aplikacji w szczególności Palo Alto Networks";

q. punktu I.4.12).f) myślnik czwarty punktor dwudziesty drugi na str. 65 o brzmieniu: „zawierać będzie minimalną liczbę scenariuszy ataków na infrastrukturę krytyczną państwa, imitujące zagrożenia wewnętrzne, zewnętrzne oraz wykorzystanie funkcji /konfiguracji systemu do niezamierzonych celów";

r. punktu I.4.12).f) myślnik piąty punktor drugi na str. 66 o brzmieniu: „realizowana będzie kontrola bezpieczeństwa sieci działającej na systemach fizycznych, wirtualnych i chmurowych za pośrednictwem

dedykowanego systemu operacyjnego opartego na systemie Linux";

s. punktu I.4.12).f) myślnik piąty punktor trzeci na str. 66 o brzmieniu: „kontrola bezpieczeństwa punktów końcowych za pomocą agenta Windows lub Linux obsługującego Windows 7, 8.1 i 10 w wersjach dla systemów klienckich oraz 2012 R2, 2016 i 2019 oraz nowszych w wersji dla systemów serwerowych i Linux ujętych w Module Importu i Exportu – Repozytorium";

t. punktu I.4.12).f) myślnik piąty punktor czwarty na str. 66 o brzmieniu: „automatyczna i ciągła weryfikacja wymagania w zakresie łączności pomiędzy komponentami ataku i niezwłoczne zgłaszanie wszelkich zidentyfikowanych problemów z łącznością";

u. punktu I.4.12).f) myślnik piąty punktor siódmy na str. 66 o brzmieniu: „nie powinno inicjować połączeń z serwera zarządzającego do jego komponentów atakujących";

v. punktu I.4.12).f) myślnik piąty punktor ósmy na str. 66 o brzmieniu: „inicjować będzie połączenia z serwerem zarządzającym, wymagane jest dostarczenie instrukcji instalacji na systemach operacyjnych powszechnie używanych (np. Linux, BSD, Android)";

w. punktu I.4.13) na str. 67 o brzmieniu: „wymagane jest, aby oprogramowanie posiadało niezależny system wykonywania kopii zapasowych dołączany okresowo z możliwością odwzorowania części użytkowej jak i wszystkich repozytoriów";

x. punktów I.4.15) podpunkty od a) do u) na str. 68;

y. punktu I.4.20) na str. 67 o brzmieniu: „rozwiązanie musi być wyposażone w jednolity interfejs do zarządzania poniższymi warstwami oprogramowania: a) warstwa serwerów fizycznych; b) warstwa serwerów wirtualnych; c) warstwa sieci komunikacyjnej; d) warstwa macierzy dyskowej";

4) a w razie gdyby KIO nie wyraziła zgody na usunięcie ww. punktów OPZ Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonanie podziału zamówienia na dwa Etapy (opisane w pkt. VI.3) „Opis zarzutu nr 3") i objęcie ww. punktów Etapem II, w ramach którego zostanie ustalony przedłużony termin dostawy, tj. minimum 60 dni kalendarzowych i maksimum 270 dni kalendarzowych; w takiej sytuacji Odwołujący wnosi również o zmianie kryterium oceny ofert w związku z ustaleniem odmiennych terminów dostaw dla Etapu I oraz Etapu II poprzez:

a. ustalenie, iż termin dostawy Etapu I posiada wagę 32% (co odpowiada szacunkowemu zakresowi Etapu I (ponieważ 80% z obecnie ustalonej wagi 40% daje wyniki 32%);

b. ustalenie, iż termin dostawy Etapu II posiada wagę 8% (co odpowiada szacunkowemu zakresowi Etapu II (ponieważ 20% z obecnie ustalonej wagi 40% daje wyniki 8%);

Ponadto w powyższej sytuacji Odwołujący wnosi również o nakazanie Zamawiającemu dokonania innych zmian w SWZ – tak, aby w SWZ nie było postanowień niezgodnych z dokonanym podziałem na etapy i zmianą terminu dostawy oraz kryterium oceny ofert.

5) Ewentualnie Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w inny sposób zapewniający zachowanie zasad PZP opisanych niniejszym odwołaniu.

Ponadto, wniósł o:

6) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, w wysokości wynikającej z określonych przepisów, określonych na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, co dotyczy w szczególności:

kosztów związanych z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy (posiedzenie lub posiedzenia) Izby,

• kosztów wynagrodzenia pełnomocników, jednak nie wyższych niż kwota 3.600,00 zł

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał m.in.:

Zarzut nr 1

W SWZ Zamawiający wymaga na potwierdzenie zdolności technicznej i zawodowej referencji potwierdzających wykonanie w okresie ostatnich 3 lat co najmniej jednej dostawy oprogramowania wraz ze szkoleniem, osadzeniem na platformie sprzętowej i wsparciem technicznym o wartości nie mniejszej niż 3.500.000,00 zł brutto każda.

Zdaniem Odwołującego zapis ten ma charakter dyskryminacyjny bowiem wielu wykonawców wykonuje tego typu dostawy wraz ze szkoleniem, osadzeniem na platformie sprzętowej i wsparciem technicznym także na rzecz podmiotów zagranicznych. Transakcje takie objęte są często mechanizmem odwrotnego obciążenia jako wewnątrzwspólnotowa dostawa (eksport) – gdzie faktura nie obejmuje kwoty podatku VAT (na fakturze występuje adnotacja „NP." – nie podlega podatkowi VAT). W takiej sytuacji wartość netto równa się wartości brutto. Gdyby takie same dostawy były realizowane na rzecz podmiotów w Polsce to ich wartość brutto byłaby powiększona o 23% podatek VAT.

Zarzut nr 2

Odwołujący wskazał, że termin składania ofert co prawda mieści się w minimalnym zakresie wskazanym przez art. 138 PZP – jednak nie jest on zgodny z dyrektywami ustawodawcy wskazanymi w art. 131 ust. 1 PZP.

Zdaniem Odwołującego wyznaczony przez Zamawiającego termin składania ofert jest nieadekwatny do złożoności przedmiotu zamówienia i nie uwzględnia specyfiki przedmiotu zamówienia oraz czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty.

Zarzut nr 3

Odwołujący podnosi, iż w treści OPZ, który stanowi załącznik nr 7 do SWZ, Zamawiający przedstawił szereg wymogów dotyczących oprogramowania stanowiącego przedmiot postępowania oraz jego wdrożenia do środowiska szkoleniowego

Przeprowadzona przez Odwołującego analizie wymagań technicznych doprowadziła do wniosku, że konstruując opis przedmiotu zamówienia oraz planowany termin jego realizacji, Zamawiający nie uwzględnił zaawansowania i funkcjonalności oferowanych przez oprogramowanie dostępne na rynku usług cyberbezpieczeństwa i ewentualnego czasu jaki potrzebny jest na dostosowanie tych rozwiązań do wymagań Zamawiającego, a zatem elementów, które z całą pewnością mają ogromny wpływ na możliwość sporządzenia oferty.

Odwołujący przeprowadził dodatkową analizę, mającą na celu ustalenie, czy na rynku istnieje jakikolwiek produkt, który spełnia wszystkie wymagania postawione przez Zamawiającego w OPZ. Analiza ta doprowadziła do następującego wniosku – wedle najlepszej wiedzy Odwołującego, żaden z produktów dostępnych na rynku nie spełnia kumulatywnie wszystkich wymagań postawionych przez Zamawiającego. Powyższe oznacza, że niezależnie od tego, który z producentów oprogramowania zostanie wybrany w ramach przedmiotowego postępowania, pewne funkcjonalności wymagane przez Zamawiającego będę musiały zostać wyprodukowane, co oczywiście wymaga czasu. W treści Rozdziału IV SWZ Zamawiający wskazał, iż termin realizacji zamówienia w zakresie dostawy oprogramowania nie może być dłuższy niż 90 dni kalendarzowych liczonych od dnia zawarcia umowy (Rozdział IV, pkt. 1 SWZ). Dodatkowo Zamawiający duży nacisk kładzie na jeszcze szybszą realizację dostawy, ponieważ w Rozdziale XX termin dostawy został określony jako jedno z kryteriów oceny oferty, którego waga wynosi aż 40%. Oczywistym jest zatem, iż Zamawiający oczekuje realizacji dostawy oprogramowania w jeszcze krótszym terminie. Mając zatem na uwadze, że wedle najlepszej wiedzy Odwołującego, żaden z produktów dostępnych na rynku nie jest w 100% zgodny z wymaganiami Zamawiającego, a także wiedząc ile czasu potrzeba na wyprodukowanie oraz wdrożenie takich funkcjonalności jak np. funkcjonalność opisana w pkt. 4.12.f) OPZ (moduł generowania ruchu – w zakresie wymaganym w OPZ), Odwołujący wskazał, że dostarczenie oprogramowania wymaganego przez Zamawiającego, przy uwzględnieniu terminu maksymalnego wskazanego w Rozdziale IV pkt. 1 SWZ, jest świadczeniem niemożliwym w rozumieniu art. 387 § 1 i 2 KC.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie ze stanowiskiem doktryny nauk prawnych, „niemożliwość świadczenia może wystąpić także wówczas, gdy ustalony termin spełnienia świadczenia lub jego miejsce sprawia, że jest ono niewykonalne lub koszt, tudzież inny wysiłek, jaki trzeba byłoby włożyć w wykonanie tego zobowiązania, byłby w rażącej dysproporcji w stosunku do korzyści płynących z osiągnięcia społeczno-gospodarczego celu określonego zobowiązania. Ta ostatnia sytuacja określana jest mianem niemożliwości gospodarczej”

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że w treści załącznika nr 8 do SWZ (PROJEKTOWANE POSTANOWIENIA UMOWY) znajdują się postanowienia, które dodatkowo uniemożliwiają złożenie oferty przy jednoczesnym uwzględnieniu wymagań Zamawiającego zawartych w OPZ oraz maksymalnego terminu dostawy oprogramowania. Przykładowo należy tutaj wskazać na § 11 ust. 1 pkt. 2 zał. nr 8 do SWZ, który wskazuje, że istotnym naruszeniem umowy jest sytuacja, w której „zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że Wykonawca nie jest w stanie wykonać umowy w terminie umownym” czy też § 11 ust. 2 pkt. 1 zał. nr 8 do SWZ, które wskazują, że Zamawiający będzie uprawniony do odstąpienia od umowy bez wyznaczania okresu naprawczego na usunięcie naruszeń, w przypadku, gdy zobowiązanie

Wykonawcy stanie się niemożliwe do wykonania. Przy takich postanowieniach umownych, oraz czasie jaki jest potrzebny na wyprodukowanie oraz wdrożenia wszelkich funkcjonalności oprogramowania wymaganych przez Zamawiającego, wykonawca naraża się na odstąpienie od umowy oraz związaną z tym karę umowna (§ 10 ust. 1 pkt. 1 zał. nr 8 do SWZ) już poprzez samo podpisanie umowy, ponieważ tak jak zostało wskazane powyżej, dotrzymanie tak krótkiego terminu realizacji przy tak obszernych wymaganiach technicznych nosi znamiona niemożliwości gospodarczej.

W złożonej pismem z 24 marca 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający oświadczył, że uwzględnia zarzut wskazany w pkt 1 i pkt 2 petitum odwołania. Uwzględniając zarzut wskazany w pkt 1 Zamawiający dokonał sprostowania ogłoszenia w sekcji III.1.3 pierwotnego ogłoszenia oraz zmiany brzmienia Specyfikacji Warunków Zamówienia, Rozdział V – WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ust. 1 pkt 4). Co do zarzutu wskazanego w pkt 2 dokonał sprostowania ogłoszenia w sekcji IV.2.2 i IV.2.7 pierwotnego ogłoszenia oraz zmiany brzmienia Specyfikacji Warunków Zamówienia, Rozdział XVIII – MIEJSCE, SPOSÓB ORAZ TERMIN SKŁADANIA I OTWARCIA OFERT, ust. 2 i 3.

Na potwierdzenie powyższego wraz z pismem przedłożył sprostowanie ogłoszenia o zamówieniu oraz zmianę treści Specyfikacji Warunków Zamówienia.

W pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Co do zarzutu wskazanego w pkt 3 petitum odwołania, Zamawiający uważa, iż Odwołujący nie wykazał, że świadczenie jest rzeczywiście obiektywnie niewykonalne. Według najlepszej wiedzy Zamawiającego, na rynku występuje kilka

produktów spełniających wymagania opisane w OPZ. Są to między innymi:

- CyberRanges.com
- Cyber Force Platform firmy SimSpace
- Cyber Cents firmy ByLightOffering

Zamawiający w szczególności zwracał uwagę, że cyberprzestrzeń może być śmiertelnie niebezpieczna dla żołnierzy i cywilnych obywateli. Kwestia obronności państwa poprzez kształcenie i przygotowanie profesjonalnych kadr w obszarze cyberbezpieczeństwa na potrzeby jednostek organizacyjnych resortu obrony narodowej ma w aktualnej sytuacji geopolitycznej szczególne znaczenie. Dlatego też przygotowanie współczesnych żołnierzy do obrony i ataku w cyberprzestrzeni z bardzo wymagającym technologicznie przeciwnikiem jest kluczowym elementem szkolenia Dowództwa Komponentu Wojsk Obrony Cyberprzestrzeni.

Zamawiający podkreślił, że usunięcie kluczowych funkcjonalności takich jak obsługa REST API, konto administratora, obsługa VPN, szyfrowanie nośników, systemu tworzenia kopii zapasowych powodują, że SZ RP będą narażone na zakup produktu przestarzałego, który nie spełnia technologicznego poziomu współczesnych zagrożeń a tym samym nie będzie skuteczny do realizacji zaawansowanych szkoleń i ćwiczeń.

Dalej, że prawem i obowiązkiem Zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który zagwarantuje spełnienie jego uzasadnionych potrzeb, nawet gdyby powodowało to, że np. nie wszystkie produkty występujące na rynku w danej branży, będą w stanie spełnić wymogi wynikające z tego opisu. Na potwierdzenie powyższego w odpowiedzi powołał wyroki Krajowej Izby Odwoławczej. Z kolei Odwołujący nie wykazał, że wymagania określone przez Zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia nie są konieczne do osiągnięcia zakładanych celów lub pozostają z nimi w wyraźnej dysproporcji.

Zamawiający nie zgodził się również na podział dostawy systemu na dwa etapy. Zgodnie z najlepszą wiedzą Zamawiającego na rynku istnieją systemy klasy Cyber Range spełniające wymagane funkcjonalności i tym samym nie ma potrzeby wydłużania czasu dostawy i dzielenia zadania na dwa etapy. Podkreślał, że Minister Obrony Narodowej ma realizować zadania na wypadek kryzysu i stanu wojny. Długotrwałe wprowadzanie kluczowego systemu do ćwiczeń i szkoleń spowoduje nierealizowanie harmonogramu szkoleń wojska i brak udziału w ćwiczeniach międzynarodowych.

Na rozprawie Odwołujący podtrzymał zarzut wskazany w pkt 1 petitum odwołania. Zdaniem Odwołującego pomimo uwzględnienia przez Zamawiającego tego zarzutu, zmieniona treść SWZ nie odpowiada jego żądaniu. Zmiana została dokonana przed uwzględnieniem odwołania. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający powinien dokonać zmiany i dopuścić kwotę netto, a nie brutto. Co za tym idzie Zamawiający nie poprawił SWZ zgodnie z żądaniem wskazanym w odwołaniu.

Co do zarzutu z pkt 3 petitum odwołania, Odwołujący podtrzymał swoje twierdzenie, że na rynku nie ma podmiotu, który spełnia łącznie wszystkie wymagania OPZ. Na potwierdzenie powyższego wskazał chociażby na punkt I.4.12) lit. f) i wyjaśnił, że podmioty wymienione przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie bazują na matrycy MITRE, która zawiera tylko 3 typy ataków phishing, z kolei Zamawiający wymaga min. 25 różnych typów phishingu.

Podczas rozprawy Odwołujący wskazał również na pkt 1.4.12) lit. f) myślnik 4 punktor 22 OPZ, punkt I.4.20) OPZ, I.4.15) ppkt od a do u OPZ, I.4.12) lit. c) OPZ i wyjaśnił, że

wymagania tam wskazane są niejednoznaczne i zawierają sprzeczności. Odwołujący twierdzi, że na etapie postępowania odwoławczego Zamawiający de facto zmienia swoje wymagania, nie zmieniając przy tym zapisów SWZ.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, dowody złożone przez Odwołującego jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie oraz wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia w charakterze uczestnika postępowania.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie w zakresie zarzutu nieuwzględnionego przez Zamawiającego, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ wraz

z załącznikami (w tym OPZ);

2. dokumentów złożonych przez Odwołującego w toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron, mianowicie: oświadczenia spółki D5-IQ b.v. w języku angielskim wraz z tłumaczeniem na język polski; wyciąg ze strony immersivelabs.com oraz wyciąg ze strony linkedin.com/company/d5-iq-bv

Izba nie uwzględniła dowodu z wyciągu ze strony internetowej dot. phisingu. Wyciąg został złożony w języku angielskim bez tłumaczenia na język polski. Zgodnie zaś z art. 506 ust. 2 ustawy Pzp wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski.

Izba ustaliła, co następuje:

Zarzut nr 1 i 2

Zamawiający uwzględnił zarzut wskazany w pkt 1 i pkt 2 petitum odwołania. Pomimo powyższego, Odwołujący na rozprawie podtrzymał zarzut wskazany w pkt 1 odwołania.

Izba jest jednak związana oświadczeniem Zamawiającego o uwzględnieniu odwołania. Z tego też względu postępowanie w tym zakresie należało umorzyć zgodnie z art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 ust. 4 ustawy Pzp, zaś Zamawiający zobowiązany jest wykonać, powtórzyć lub unieważnić czynność w postępowaniu, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów. Odwołujący na str. 3 odwołania, w pkt 1), wyraźnie wskazał jak powinien brzmieć warunek po zmianie „(..) 1) dostawę oprogramowania wraz ze szkoleniem, osadzeniem na platformie sprzętowej i wsparciem technicznym o wartości nie mniejszej niż 2 850 000,00 zł netto każda (…)". Zatem, skoro Zamawiający uwzględnił zarzut nr 1 obowiązany jest wykonać czynność zgodnie z żądaniem Odwołującego.

Zarzut nr 3

Odwołujący kwestionował zapisy OPZ twierdząc, że wymagania i funkcjonalności dostarczanego oprogramowania opisane przez Zamawiającego są niemożliwe do spełnienia w wyznaczonym terminie umownym, co w konsekwencji prowadzić będzie do nieważności umowy o udzielenie zamówienia publicznego jako świadczenia niemożliwego w rozumieniu art. 387 § 1 KC. Nadto, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu brak uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, tj. okoliczności, iż na rynku nie ma żadnego rozwiązania spełniającego wszystkie wymagania OPZ, co powoduje konieczność dostosowania posiadanego oprogramowania do wymagań Zamawiającego. Dostosowanie oprogramowania, tak aby spełniało wymagania Zamawiającego, wymaga znacznie dłuższego czasu.

Zarzut podlegał oddaleniu jako niewykazany. W tym miejscu Izba przypomina, że ciężar dowodu spoczywa na stronie, która z danego twierdzenia wywodzi dla siebie skutki prawne. Oznacza to, że Odwołujący jako strona wnosząca o zmianę/usunięcie kwestionowanych postanowień zgodnie ze sformułowanym żądaniem, powinien wykazać zasadność żądania. W ocenie Izby nie miało to miejsca w przedmiotowej sprawie odwoławczej.

Na wstępie podkreślenia wymaga, że nie jest rolą Izby ulepszanie czy racjonalizacja postanowień SWZ czy też ogólnie rozumianych warunków zamówienia. Izba ocenia działania i zaniechania zamawiających pod kątem ich zgodności z prawem. Zamawiający jako

gospodarz postępowania, w granicach przepisów prawa, opisuje przedmiot zamówienia w sposób, który zagwarantuje spełnienie jego uzasadnionych potrzeb, nawet gdyby powodowało to, że nie wszystkie produkty występujące na rynku w danej branży, będą w stanie spełnić wymogi wynikające z tego opisu. W sytuacji gdy opis przedmiotu zamówienia jest podyktowany uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, a nie zamiarem faworyzowania konkretnego wykonawcy i dyskryminowania innych wykonawców, nie jest możliwe skuteczne ingerowanie w określony przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji decydowanie za zamawiającego, jakie rozwiązania ma dopuścić. W ocenie Izby wymogi postawione przez Zamawiającego, a wynikające z opisu przedmiotu zamówienia w powyżej przytoczonym zakresie mają uzasadnienie w świetle celu jakiemu ma służyć przedmiot zamówienia.

Choć pewne postanowienia, zdaniem Izby, były niejasne i wymagały doprecyzowania, to Odwołujący nie dochował należytej staranności i nie wystąpił do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SWZ. W odwołaniu Odwołujący również zaniechał wykazania, że postanowienia OPZ są niejednoznaczne czy też niezrozumiałe. Izba związana jest wyartykułowanymi w odwołaniu zarzutami i nie może orzekać w zakresie szerszym niż zostało to w odwołaniu wskazane.

Niezrozumiałe jest stanowisko Odwołującego, który co do niektórych punktów twierdzi, że wymagają one doprecyzowania, są niejasne a wręcz niemożliwe do spełnienia (np. punkt I.4.12) lit. f) OPZ – zgodnie z jego treścią Zamawiający wymaga, aby nie były inicjowane połączenia z serwerem zarządzającym z kolei Odwołujący wskazuje, że nie ma możliwość, żeby połączenia nie były inicjowane) a z drugiej strony wskazuje, że może dostosować swoje oprogramowanie do wymagań Zamawiającego, ale potrzebuje na to więcej czasu.

Abstrahując od powyższego, Odwołujący nie wykazał aby na rynku nie było produktu, który jest w stanie spełnić wszystkie wymagania Zamawiającego ani też, że dostosowanie dostępnego na rynku oprogramowania nie jest możliwe w terminie wskazanym przez Zamawiającego.

Odwołujący twierdził, że może dostosować posiadane oprogramowanie do wymagań Zamawiającego, ale w dłuższym terminie niż wskazał to Zamawiający. Nie sposób zatem stwierdzić, że doszło do naruszenia art. 387 § 1 i 2 KC w zw. z

art. 8 ust. 1 PZP oraz art. 99 ust. 1 PZP i przyjąć, że świadczenie jest niemożliwe do spełnienia co doprowadzi do nieważności umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Niemożliwość świadczenia z art. 387 KC musi mieć charakter obiektywny, pierwotny i trwały. Niewykonalność świadczenia w ujęciu obiektywnym polega na tym, że określonego świadczenia nie może zrealizować żaden podmiot, a więc nie tylko Odwołujący, ale także

każda osoba trzecia, a więc świadczenie to jest rzeczywiście niewykonalne. Ocenie zatem podlega samo świadczenie, a nie sytuacja Odwołującego.

Odwołujący ogólnikowo wskazał, że nie ma na rynku produktu spełniającego wszystkie wymagania Zamawiającego. Odwołujący nie pokusił się jednak, aby wskazać czego brakuje w produktach dostępnych na rynku i jaki jest realny termin na dostosowanie oprogramowania posiadanego przez inne podmioty do wymagań wskazanych przez Zamawiającego.

Co prawda Odwołujący przedłożył oświadczenie swojego partnera biznesowego, z którego wynika, że dokonał on podobnej analizy rynku jak Odwołujący i doszedł do tych samych wniosków. Jednakże z uwagi na trwałą współpracę pomiędzy podmiotem składającym oświadczenie a Odwołującym, należało do tego oświadczenia podejść z dużą ostrożnością. Niejako na marginesie, treść oświadczenia również jest zbyt ogólna.

Odwołujący nawet nie próbował wykazać, że dostępne na rynku oprogramowania nie spełniają wymagań wskazanych w odwołaniu, co w konsekwencji skutkuje niemożnością dostarczenia oprogramowania zgodnego z wymaganiami Zamawiającego w terminie przez niego określonym. Odwołujący wykazał jedynie, że jego oprogramowanie w zakresie wskazanym w odwołaniu nie spełnia wymagań Zamawiającego i na dostosowanie pewnych funkcjonalności potrzebuje ok 270 dni. Z tego powodu odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie bowiem, jak już wskazano powyżej, niewykonalność polega na tym, że określonego świadczenia nie może wykonać żaden z podmiotów, a nie że nie może go wykonać Odwołujący.

Nie bez znaczenia jest również to, że żaden z podmiotów specjalizujących się w dostawach tego typu nie przystąpił do postępowania po stronie Odwołującego.

Z tego powodu Izba oddaliła odwołanie – nie zostały wypełnione przesłanki art. 554 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi:

1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców;

2) niezgodność projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy.

W konsekwencji powyższych ustaleń Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów wskazanych przez Odwołującego w odwołaniu.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na

podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodniczący ...……..