Sygn. akt: KIO 190/19

WYROK

z dnia 20 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Luiza Łamejko

Protokolant:Dominik Haczykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lutego 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lutego 2019 r. przez wykonawcę **Bezpieczne.it Sp. z o.o., ul. Poleczki 20A, 02-822 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Informatyki Resortu Finansów, ul. Samorządowa 1, 26-601 Radom**

przy udziale:

A.wykonawcy **„Comtegra" S.A., ul. Puławska 474, 02-884 Warszawa**
B.wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Integrated Solutions Sp. z o.o. i Prosystem S.A., ul. Marcina Kasprzaka 18/20, 01-211 Warszawa**
C.wykonawcy **Passus S.A., ul. Bzowa 21, 02-708 Warszawa**

zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.**Oddala odwołanie,**
2.kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Bezpieczne.it Sp. z o.o., ul. Poleczki 20A, 02-822 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Bezpieczne.it**
Sp. z o.o., ul. Poleczki 20A, 02-822 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **Bezpieczne.it Sp. z o.o., ul. Poleczki 20A, 02-822 Warszawa** na rzecz **Centrum Informatyki Resortu Finansów, ul. Samorządowa 1, 26-601 Radom**kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Radomiu.

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 190/19

U z a s a d n i e n i e

Centrum Informatyki Resortu Finansów(dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Zakup usługi kompleksowej ochrony bramy internetowej oraz stacji roboczych i serwerów. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 17 października 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2018/S 200-454874.

W dniu 4 lutego 2019 r. wykonawca bezpieczne.it Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechania czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegających na:

1.dokonaniu odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt. 4) ustawy Pzp,

2.unieważnieniu postępowania w części I na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z prowadzeniem postępowania z naruszeniem zasad udzielania zamówień publicznych,
2.art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w związku z uznaniem, że złożone wyjaśnienia przez Odwołującego są niewystarczające, a w konsekwencji odrzucenia oferty Odwołującego,
3.art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp w związku z odrzuceniem oferty Odwołującego przez uznanie, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę,
4.ewentualnie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w związku z zaniechaniem kolejnego wezwania do złożenia wyjaśnień, w sytuacji, jeśli okaże się, że złożone wyjaśnienia budzą jakieś wątpliwości.

Uzasadniając wniesione odwołanie Odwołujący podał, że bezpieczne.it Sp. z o.o., będąc drugim w rankingu ofert, skutecznie odwołał się od czynności wyboru ofert w części 1
i 2 wykonawców Passus S.A. i Comtegra S.A. zarzucając ofertom konkurencyjnym brak wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Przedmiotem odwołania były ogólnikowe
i gołosłowne wyjaśnienia złożone przez obu wykonawców, co Krajowa Izba Odwoławcza potwierdziła wyrokiem

uwzględniającym z dnia 11 stycznia 2019 r. o sygn. akt KIO 2637/18. Odwołujący w niniejszym postępowaniu oparł swoje zarzuty wobec wykonawców Comtegra S.A. i Passus S.A. na braku możliwości uchwycenia ekonomicznych wartości w kalkulacji kosztowej, która została przez wykonawców przedstawiona, jednak w taki sposób, że nie było możliwe jej przeanalizowanie, gdyż dana pozycja kosztowa zawierała łącznie zestawienie kosztów różnych, niezależnych od siebie, co czyniło niemożliwym ich weryfikację. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie był w stanie ocenić w ten sposób złożonych wyjaśnień ani przyjętych stawek, które, pozwoliłyby na ustalenie wartości kosztów, ponieważ poziom ogólności na to nie pozwalał. Wobec braku jakichkolwiek konkretnych danych, ocena zasadności przyjętych wartości była po prostu niemożliwa. Wyjaśnienia,
w części, w jakiej odnosiły się do ogólnych założeń mających identyfikować sprzyjające temu wykonawcy uwarunkowania, nie mogły być uznane za konkretne i identyfikujące rzeczywistą sytuację pozwalającą na obniżenie kosztów na poziomie uzasadniającym tak znaczącą różnicę ceny do wartości zamówienia oraz cen innych ofert. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem o sygn. akt KIO 2637/18 nakazała ponowną ocenę ofert.

Odwołujący wskazał także, że dokonując ponownej oceny ofert Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego złożoną w Części 1 i Części 2, gdyż według Zamawiającego, Odwołujący nie wywiązał się ze spoczywającego na nim obowiązku wykazania, że cena oferty została skalkulowana prawidłowo - złożył wyjaśnienia ogólne, nieprecyzyjne, a także nie poparł ich dowodami. Zamawiający stwierdził, że dokonał oceny kierując się wytycznymi KIO, jednak w ocenie Odwołującego, owe wytyczne pozostają całkowicie nieadekwatne do wyjaśnień Odwołującego.

Odwołujący stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu nie jest możliwe proste porównanie cen ofert, albowiem każda z nich zawiera inną technologię i inaczej skonstruowaną ofertę usługową, której granice wyznaczają wymagania technologiczne. Po odrzuceniu ofert Comtegra S.A. i Passus S.A. w postępowaniu pozostały dwie oferty,
a każda z nich dotyczy produktu innego producenta (McAfee i TrendMicro), i każda charakteryzuje się własnym stopniem złożoności, a co za tym idzie, innym stopniem pracochłonności oraz innym sposobem wykonania, oraz innymi wymaganiami infrastruktury. Ponadto, zdaniem Odwołującego, koszty zostały wskazane w taki sposób, iż nie można mieć wątpliwości co do ich znaczenia, mają swoje odniesienie w konkretnych pozycjach i są potwierdzone dowodami, nie można więc zgodzić się z Zamawiającym co do uniwersalnego sposobu dokonania przez niego oceny nawet jeśli jest ona poprzedzona deklaracją „równego traktowania" wszystkich wykonawców. W przekonaniu Odwołującego, w wyjaśnieniach Odwołującego można bez problemu uchwycić wartość kosztową wszystkich pozycji
z kalkulacji cenowej. Zamawiający arbitralnie uznał, że wszystkie pozycje kosztowe winny wskazywać oszczędności, podczas gdy zawierają ceny rynkowe, lub zwyczajnie dotyczą kwestii „oczywistych", które stanowią fakty notoryjne.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego przedstawionego w piśmie z dnia 25 stycznia 2019 r., w którym Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego Odwołujący stwierdził:

1.Zarzut dotyczący części wyjaśnień „III. Ryzyko Wykonawcy"

Twierdzenie Zamawiającego, że Odwołujący nie przedstawił w wyjaśnieniach, w jaki sposób zmiana warunków SIWZ spowodowała zmianę „niepewności-ryzyko", ograniczył się do ogólnych wniosków, które nie przedstawiają żadnej kalkulacji kosztów, pomimo tego, że sam w wyjaśnieniach podnosi, że ryzyko dla wykonawcy przyjmuje wartość pieniężną, nie wykazał, w jakiej wysokości wpłynęło ono na obniżenie ceny oferty, Odwołujący uznał za niezrozumiałe. W ocenie Odwołującego, Odwołujący wskazał ryzyko związane
z następującymi okolicznościami:

a)Koniecznością zakupu szkoleń autoryzowanych, które musiałyby spełnić warunki warsztatów autoryzowanych - koszty szkoleń autoryzowanych zostały wskazane w kalkulacji cenowej dla osobno dla Części 1 i Części 2 oraz dla Części 1 w pozycji warsztaty dla 20 osób 3 dni i Części 2 w pozycji 3 dniowe warsztaty dla 5 osób.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w przedmiotowym zakresie zadał pytanie:

Pytanie: Jednocześnie zwracamy się z prośbą o potwierdzenie czy w par. 3 ust. 22 Zamawiający ma na myśli szkolenia autoryzowane a nie warsztaty (warsztaty nie są bowiem szkoleniami autoryzowanymi (certyfikowanymi)?

Odpowiedź: Tak, Zamawiający wprowadził modyfikację do Załącznika C1 do SIWZ
w powyższym zakresie Wymagane szkolenie musi zapewnić zdobycie niezbędnej wiedzy umożliwiającej administrowanie usługą przez Zamawiającego.

Oznacza to, jak wskazał Odwołujący, że dokonana modyfikacja miała wpływ na wycenę świadczenia w zakresie nakładów, jakie pierwotnie (bez zmiany) należałoby ponieść, a jakie w konsekwencji zmian Odwołujący ponosi. Stąd też argument dotyczący wpływu modyfikacji SIWZ na cenę. Tym samym, jest to okoliczność, która ma wpływ na rozbieżności cen ofertowych w stosunku do ceny szacowanej.

b)Producenci oprogramowania nie gwarantują czasów napraw, co oznaczało, że Wykonawca musi wejść w rolę Producenta i tworzyć łaty oprogramowania:

Pytanie: Zamawiający wymaga następujących terminów usunięcia Błędów:

1) 4 godziny dla Błędu krytycznego;

2) 8 godzin dla Błędu poważnego;

3) 14 Dni Kalendarzowych dla Błędu drobnego;

Producenci oprogramowania nie gwarantują czasów napraw. W związku z tym prosimy
o wprowadzenie zapisu: Jeżeli usunięcie awarii krytycznej lub niekrytycznej wymaga przygotowania poprawki przez

producenta oprogramowania, czas usunięcia Błędu biegnie od terminu przygotowania i opublikowania przez producenta poprawki do oprogramowania.

Odpowiedź: Zamawiający wprowadził modyfikację do Załącznika C1 oraz C2 do SIWZ z dnia 30.10.2018 r.

W dniu 30 października Zamawiający udzielił odpowiedzi:

Pytanie nr 6

Z naszej najlepszej wiedzy wynika, iż żaden producent oprogramowania nie gwarantuje czasu napraw.

Czy przy realizacji wdrożenia usługi oraz warunków jej świadczenia np. w par. 2 pkt 1 oraz par. 3 ust. 15 pkt 1-3 Zamawiający dopuszcza dodanie w Umowie zapisu, że do czasu napraw nie wlicza się czasu rozwiązania problemu przez producenta? Dotyczy to sytuacji interwencji producenta, takich jak zmiana w produktach lub przygotowanie odpowiedniego patcha lub fix - w tej sytuacji czas rozwiązania problemu jest liczony od momentu opublikowania poprawki.

Odpowiedź: Zamawiający wprowadził modyfikację do Załącznika C1 oraz C2 do SIWZ
w powyższym zakresie.

Tym samym Zamawiający wprowadził modyfikację do Załącznika C1 oraz C2 do SIWZ z dnia 30.10.2018 r.

Odwołujący stwierdził, że oczywistym dla wykonawcy, i mającym wpływ na kalkulację ceny, było, że Zamawiający wskazał wprost przeniesienie ciężaru odpowiedzialności za ryzyko błędu, które w związku z tym, że wymaga interwencji producenta, na którego działanie (szybkość wprowadzenia poprawek przez producenta, przygotowanie patha, czy zmian w oprogramowaniu, które jest własnością producenta) wykonawca nie ma żadnego przełożenia, a zatem jest od niego w 100% zależny, a przede wszystkim nie ponosi z tego tytułu kar, ma niebagatelny wpływ na cenę oferty.

Odwołujący zaznaczył, że zawarł fakty notoryjne, w jego ocenie nie podlegające uzasadnieniu, bez wątpienia bowiem dokonane modyfikacje mają korzystny wpływ na cenę oferty. Stąd też twierdzenie, że ryzyko (konieczność lub jak to jest po modyfikacji, brak konieczności zapłaty za niektóre zdarzenia) ma wartość pieniężną.

2.Zarzut dotyczący części wyjaśnień „VI. Niezaktualizowana wartość zamówienia"

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego dotyczącego części VI wyjaśnień Odwołujący stwierdził, że zarzut Zamawiającego jest o tyle niezrozumiały, iż Zamawiający wymaga wyjaśnienia, jak dopuszczenie konkurencji, a przede wszystkim złożenie oferty
z innym rozwiązaniem niż Trend Micro miało wpływ na cenę ofertową *versus* szacunkowa wartość zamówienia. Odwołujący wskazał, że umożliwienie konkurowania z ofertą w oparciu o dotychczasowe rozwiązanie Odwołujący wyjaśnił wskazując w pozycji Tabelaryczne zestawienie kosztów wartość licencji dla 1 i 2 części.

Zarzut jest o tyle niezrozumiały, zdaniem Odwołującego, że Odwołujący wskazywał wartość licencji, która wynika z uzyskania „ceny specjalnej", czyli ceny uzyskanej przez bezpieczne.it do przedmiotowego przetargu, poza cennikiem. W przekonaniu Odwołującego, trudno wyjaśniać Zamawiającemu oczywiste okoliczności, takie jak udzielenie „ceny specjalnej" jednemu wykonawcy lub wykonawcom startującym wspólnie do przetargu, czego wyrazem jest sytuacja, w której, pomimo ogromnej liczby na rynku wykonawców, którzy są partnerami technologii McAfee czy TrendMicro, oferty składają jedynie dwaj, którzy uzyskali ceny specjalne. Oczywistym zatem jest, że „druga cena", wyższa niż cena specjalna, jest na tyle nieopłacalna, że w przedmiotowym postępowaniu nie zostały złożone oferty nie posiadające cen specjalnych, gdyż z góry oferty te skazane były na przegraną. Odwołujący podkreślił, że zasady te są znane profesjonalnym uczestnikom rynku. Rezultat cen specjalnych jest również znany Zamawiającemu, który zwracając się z prośbą
o oszacowanie cen licencji przed wszczęciem postępowania do Producenta otrzymał od niego ceny cennikowe bez upustów. Odwołujący przywołał zatem fakty powszechnie wiadome. Odwołujący stwierdził, że nie jest konieczne wskazywanie wysokości upustów, przy przedstawianiu konkretnej ceny.

3.Zarzut dotyczący części wyjaśnień „V. Pozycja Wykonawcy bezpieczne.it"

Odnosząc się do twierdzenia Zamawiającego, że nie zostało wyjaśnione co wykonawca rozumie przez określenie „ceny specjalne", a poziom tych cen nie został poparty dowodami przedstawiającymi wysokość otrzymanych warunków specjalnych, jak też do twierdzenia, że przedstawiona teza o współdzieleniu kosztów pracy pomiędzy innych Klientów spółki o bardzo wysokim SLA jest ogólnikowa i nie została poparta żadnym dowodem wskazującym, w jaki sposób mogło to wpłynąć na cenę oferty, a także, że wykonawca nie przedstawił kalkulacji, w jaki sposób koszty pracy są współdzielone, nie wyjaśnił, jakiej wysokości są to oszczędności, Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie zauważył, lub nie zrozumiał, że wykonawca wskazał SLA jako uzasadnienie swoich twierdzeń. Jednocześnie, jak zauważył Odwołujący, pojęcie SLA określa Service Level Agreement i jest używane jako synonim wysokiej dostępności usługi, polecającej na jej ciągłym monitorowaniu i kontrolowaniu dostępności 24/7, oczywistym jest zatem, że wykonawca wskazał zakres prac. Ponadto, pismem z dnia 17 listopada 2018 r. Odwołujący wprost wskazywał Zamawiającemu, że nie da się w przedmiotowym postępowaniu współdzielić innych kosztów niż helpdesk. Jak podał Odwołujący, Zamawiający otrzymał pismo od Odwołującego po dacie złożenia wyjaśnień, które wskazywało wprost, na jakie koszty Zamawiający ma zwrócić uwagę. Wobec dokonanego już odrzucenia ofert Passus S.A. i Comtegra S.A., ma ono w kontekście odwołania o tyle doniosłe znaczenie, że w treści pisma Odwołujący wskazywał, na jakie koszty należy zwrócić uwagę i jakie koszty on sam wycenił, mając na uwadze różnice w technologiach z poszczególnych ofert. Pismem z dnia 17 listopada 2018 r. Odwołujący wskazywał, że wezwani do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy w swoich uzasadnieniach winni przedłożyć stosowne dowody, w tym dowody na źródło pochodzenia zasadniczego składnika kosztowego zamówienia, tj. licencji oprogramowania (do dnia dzisiejszego nie jest znana pełna

nazwa licencji z ofert konkurencyjnych). Odwołujący podniósł także, że wyjaśnienia te powinny uwzględniać nazwę i typ oraz model przyjętego oprogramowania, który posłuży im do realizacji usługi objętej zamówieniem, zgodnie z prawem właściwym danej umowie licencyjnej, winny być także przeanalizowane pod kątem zgodności licencyjnej oferowanej usługi. Według Odwołującego, licencje rządowe nie mogły zostać użyte do świadczenia usługi w ramach przedmiotowego postępowania, gdyż ich użycie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
a także narusza postanowienia umowy z Zamawiającym w zakresie § 1 2 umowy: „Prawa własności intelektualnej". Sytuacja ta dotyczy zarówno części pierwszej, jak i drugiej zamówienia, gdzie licencje te stanowią zasadniczy element kosztowy do wytworzenia usługi komercyjnej. Odwołujący zauważył, że zupełnie odmiennie zostało to wskazane w ofercie Odwołującego, gdzie od samego początku znana była zamawiającemu nazwa licencji wraz z rozszerzeniem.

Ponadto Odwołujący wskazał, że w kontekście rażąco niskiej ceny Odwołujący wskazywał konieczność ustalenia w ofertach konkurencyjnych:

1)Stawki godzinowej wykonawców,

2)Pracochłonności przewidzianej na poszczególne zdania.

Odwołujący w piśmie do Zamawiającego podnosił, że zdalna administracja 24/7 jest dla wykonawcy niemalże taki samym kosztem, jak administracja świadczona *on site*. Wyjaśniał cyt.: „Trudno też zgodzić się z faktem by można było współdzielić koszty inne niż helpdesk — przyjmowanie zgłoszeń w obsłudze Klienta będącego największym przedsiębiorstwem w kraju. W świetle skategoryzowania przez Zamawiającego rodzajów błędów i ich definicji mało prawdopodobnym jest by było możliwe pogodzenie usługi
w szerszym zakresie niż de facto przyjmowanie informacji o błędach od Zamawiającego
i świadczenie usługi przez jakikolwiek zespół nie dedykowany do wykonania zamówienia".

Niezrozumiałym jest zatem, w ocenie Odwołującego, że Zamawiający formułuje zarzut, jakoby wykonawca nie wyjaśnił Zamawiającemu, o jakie koszty współdzielone Odwołującemu chodzi, wszak Zamawiający czerpie swoją wiedzę na podstawie wszystkich dokumentów otrzymanych od wykonawcy i winien je analizować całościowo. A te dokumenty jednoznacznie wskazywały na koszty współdzielone w zakresie *help desku*, oraz wprost identyfikowały koszty zakupu licencji, a przed wszystkim kładły nacisk na okoliczność otwarcia SIWZ na innych producentów. Wobec powyższego, twierdzenie, ze wykonawca nie wyjaśnił, jakie powyższe okoliczności generują oszczędności, jest, zdaniem Odwołującego, całkowitym niezrozumieniem treści złożonych wyjaśnień, lub co gorsza próbą porównania na siłę faktycznie ogólnych wyjaśnień konkurencji z konkretnymi wartościami wyjaśnień złożonych przez Odwołującego.

4.Zarzut dotyczący części wyjaśnień „VII. Wyliczenie Wykonawcy"

Odnośnie zarzutu Zamawiającego dotyczącego braku wskazania „jakie obowiązki będą wykonywać specjaliści o niższych kwalifikacjach oraz w jakim zakresie będą wykonywać obowiązki pracownicy o wyższych kwalifikacjach. Nie przedstawił żadnej kalkulacji, ani kosztów pracy, ani liczby roboczogodzin w zakresie wykonywanych zadań przez w/w specjalistów." Odwołujący podniósł, że w wyroku z dnia 17.01.2018 r., KIO 17/18, KIO wskazała, iż jeżeli okoliczności, jakie przywołuje wykonawca w wyjaśnieniach, dotyczą wyłącznie założeń przyjętych podczas kalkulacji ceny, to wówczas trudno jest oczekiwać od wykonawcy, aby posiadał i złożył dowody mające inny walor niż oświadczenie własne Wykonawcy". Odwołujący zwrócił uwagę, że wskazał, iż korzysta z bazy wiedzy (opisu problemów i ich rozwiązań, które się już wydarzyły i znany jest sposób ich rozwiązania), stąd możliwa jest wieloetapowa automatyzacja zadań, oraz weryfikacja ich wykonania. Oczywistym jest zatem, że błędy proste będą obsługiwać inżynierowie o niższych kompetencjach, a złożone eksperci, co wprost przekłada się na stawki. Przy wskazaniu zróżnicowanych stawek oczywistym jest, że dywersyfikacja prac w zależności od kompetencji powoduje niższe koszty, niż gdyby całość prac wykonywał personel
o najwyższych kompetencjach, są to jednak metody optymalizacji i automatyzacji prac (weryfikacja i kontrola prac wykonanych przez I, II i III linią suportową).

Odwołujący przypuszcza, że Zamawiający nie zrozumiał wyjaśnień Odwołującego
i czyta osobno każdy punkt z wyjaśnień nie łącząc informacji. Odwołujący nie zgodził się
z twierdzeniem Zamawiającego o braku dowodów i założeń w kosztach pracy, skoro Odwołujący ujął je w tabeli, w sposób jednoznacznie identyfikujący czynność. Zupełnie niezrozumiałe jest, zdaniem Odwołującego, stanowisko o rzekomym braku oszczędności, skoro przedstawiono konkretne wartości. Jak stwierdził Odwołujący, wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny nie muszą w każdym przypadku lub zakresie wykazywać oszczędności, mają za to pokazać, jakie koszty na realizację danego obszaru ponosi wykonawca i to właśnie zostało przedstawione w ofercie STINET i tabeli kosztowej. Odwołujący podkreślił, że jest to sytuacja zupełnie odmienna od tej, w której Izba orzekła o gołosłowności wyjaśnień Passus S.A. i Comtegra S.A. Odwołujący przywołał wyrok Izby o sygn. akt KIO 1453/18 wskazując, że wyrok ten pokazuje, jak należy rozumieć obowiązki wykonawcy co do przedstawiania dowodów i sprowadza się do tego, że nie wszystko musi być poparte odrębnym dokumentem, a dodatkowo Izba wskazuje, że wezwanie musi być precyzyjne, stąd też jeśli Zamawiający uznał, że złożone przez nas wyjaśnienia w jakiejś części są niewystarczające lub niejasne, to winien wezwać Odwołującego do ponownego złożenia wyjaśnień. W opinii Odwołującego, takiej czynności nie zabrania fakt, że Zamawiający nie wzywał ponownie wykonawców Passus S.A. i Comtegra S.A. Odwołujący podkreślił, że wyjaśnienia złożone przez ww. wykonawców co do zasady były na tyle ogólne, że można pokusić się o stwierdzenie, że wcale nie musiały dotyczyć tego konkretnego postępowania,
a każdego innego, czego bez wątpienia nie można powiedzieć o wyjaśnieniach Odwołującego.

Jak zauważył Odwołujący, odnosząc się do złożonych przez Odwołującego wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny Zamawiający stwierdził, że „Ponowna analiza wyjaśnień wykonawcy, przeprowadzona z zapewnieniem równego traktowania wykonawców, wykazała, że wykonawca w odpowiedzi na wezwanie nie wywiązał się ze spoczywającego na nim obowiązku, składając wyjaśnienia ogólne/nieprecyzyjne. Nie wykazał, że cena oferty została skalkulowana prawidłowo, a brak takiego wykazania jest równoznaczne z obowiązkiem odrzucenia oferty. Przedstawienie tylko zapewnień co do prawidłowości ceny oraz przedstawienie ogólnego rozbicia

ceny ofertowej przy jednoczesnym braku podania szczegółów kalkulacji ceny, spowodowało, że wykonawca nie wykazał realności zaoferowanych cen. W związku z powyższym, na podstawie art. 90 ust. 3 oraz 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający odrzucił ofertę jako zawierającą rażąco niską cenę". Odwołujący stwierdził, że Zamawiający posługuje się cytatami z wyroku, w obszernej mierze powtarzając zarzuty Odwołującego wobec ofert Comtegra S.A. i Passus S.A. Zdaniem Odwołującego, w tym kontekście aktualny wydaje się zarzut, że Zamawiający nie zbadał wyjaśnień Odwołującego i ich nie przeanalizował. Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający kwestionuje pracochłonność, podczas gdy jest ona wprost wskazana w osobnych tabelach kosztowych i ma wartość pieniężną, co pozwala sądzić, że Zamawiający nie odczytał kosztów pracy, a w każdym razie ich nie zrozumiał, lub nie znalazł. W ocenie Odwołującego, Zamawiający skupił się na wyjaśnieniach w treści opisowej, nie czytając kalkulacji kosztowej oraz dokumentów złożonych do oferty.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem, w sytuacji, gdy Zamawiający nie informuje wykonawcy, jakie elementy oferty budzą jego wątpliwości, co do ewentualnego rażącego zaniżenia ceny oferty, co w niniejszej sytuacji potwierdza „suche" przepisanie ustawy, a wykonawca złożył wyjaśnienia, ale nie wynika z nich jednoznacznie, że wykonawca zaoferował rażąco niską cenę, a niektóre elementy wyjaśnień co do kosztów czy założeń kalkulacyjnych nie zostały w dostateczny sposób wyjaśnione, możliwe jest wezwanie wykonawcy do dodatkowych wyjaśnień.

Odwołujący wskazał ponadto, że w swojej kalkulacji kosztowej zawarł wszystkie dające się wyodrębnić elementy kosztowe pozwalające na ich jednoznaczną identyfikację, ona sama jest tak szczegółowa, jak wynika to z uwarunkowań techniczno-organizacyjnych.

Odwołujący zaznaczył, iż niezasadnym jest porównanie jego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z wyjaśnieniami ofert pozostałych wykonawców, gdyż są zupełnie inne, dotyczą systemu o innej złożoności, a ponadto wyjaśnienia Odwołującego zawierają wyciąg projektu technicznego, są spójne, konkretne i adekwatne do oferowanego rozwiązania. Zdaniem Odwołującego, bardzo precyzyjnie został wskazany główny koszt usługi, czyli licencje oraz koszt sprzętu. Wyjaśnienia Odwołującego nie zawierają łączonych kosztów
z różnych grup, i w miarę możliwości dowodzenia, na etapie składania wyjaśnień zostały potwierdzone dowodami.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający musi mieć na uwadze, że w niniejszym przypadku zgodnie z SIWZ, ostateczny kształt kosztów zależy od zaakceptowanego projektu, co będzie miało miejsce po podpisaniu umowy, zatem aktualnym pozostaje zasada weryfikacji założeń, która nieco „lżej" traktuje konieczność składania dowodów, albowiem w dalszym ciągu są to założenia, nie zaś gotowe, precyzyjne rozwiązania w oparciu
o zdefiniowane przez Zamawiającego wytyczne. Więc o ile wykonawca zna wszystkie wymagania techniczne własnego produktu i jest w posiadaniu projektu, to ostateczny kształt będzie znany wykonawcy po podpisaniu umowy i po zaakceptowaniu przez niego projektu wdrożenia. Jak stwierdził Odwołujący, wykonawca nie zna poziomu merytorycznego osób po stronie Zamawiającego, nie jest mu wiadome, czy dla występującego błędu wystarczy wyciągnięta z bazy danych instrukcja, jakie kroki podjąć w celu jego rozwiązania czy też konieczna będzie interwencja polegająca na jego znacznie większym zaangażowaniu, stąd oczywistym było założenie, że w miarę możliwości pracują trzy linie suportowe
o zróżnicowanych kompetencjach, natomiast wykonują one prace w przyjętym wymiernym koszcie wskazanym jako miesięczny koszt w tabeli załączonej do złożonych wyjaśnień. Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2018 r. o sygn. akt KIO 104/2018, gdzie stwierdzono, że przepisy ustawy Pzp nie ograniczają wykonawców co do środków dowodowych, które mają oni składać w celu wykazania prawidłowości i rzetelności kalkulacji ceny oferty czy też kosztu. Z przepisów ustawy Pzp wcale nie wynika, ażeby wykonawca w celu wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, że została rzetelnie skalkulowana, byłby zobowiązany do przedstawiania konkretnych dowodów, w tym wiążących ofert swoich potencjalnych kontrahentów. Obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie, że cena lub koszt jest realny i nie zawiera znamion rażąco niskiej/niskiego w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonawca może zadośćuczynić temu obowiązkowi za pomocą wszelkich dostępnych środków dowodowych. Takim dowodem może być również samo oświadczenie wykonawcy.

Jak podkreślił Odwołujący, Zamawiający kieruje swoje wątpliwości do części opisowej wyjaśnień Odwołującego, nie kwestionując kalkulacji cenowej dla części 1 i 2. Odwołujący zaznaczył, że żadna z zawartych w tabeli kwot nie została przez Zamawiającego podważona czy podana w wątpliwość, jako kwota nierealna. Odwołujący zauważył również, że zgodnie
z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, brak złożenia dowodów na potwierdzenie wyjaśnień dotyczących ceny nie skutkuje odrzuceniem, gdy z ich treści można wyczytać takie informacje, które tłumaczą sposób kalkulacji zaoferowanej ceny (wyrok z dnia 2 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 547/15).

Odwołujący podał, że wykonawca biorący udział w postępowaniu oczekuje, że złożona przez niego oferta w postępowaniu zostanie oceniona zgodnie z wyartykułowanymi w SIWZ wymaganiami oraz na podstawie ustawy, w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych, natomiast Zamawiający wykona ciążące na nim ustawowe obowiązki, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców, w tym dokonania rzetelnej oceny ofert, (por. m.in. wyroki z 8 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1021/17, z dnia 20 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 681/17, z dnia 6 czerwca 2016 r., sygn. akt KIO 800/16).

Odwołujący zaznaczył, że celem postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp jest ustalenie faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawców cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia - procedura wyjaśniająca musi zmierzać do wyjaśnienia sposobu skalkulowania zaoferowanej ceny, a także wątpliwych jej kosztów. Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający, jak wynika z wezwania, nie miał żadnych wątpliwości, bowiem wezwanie było formalnym wypełnieniem obowiązków ustawowych i jedynie zacytowaniem ustawy, co więcej nie miał ich również w późniejszym okresie, gdy po raz pierwszy dokonywał wyboru najkorzystniejszej oferty. Za wyrokiem Izby z dnia 25 lipca 2017 r. o sygn. akt KIO 1336/17, Odwołujący stwierdził, że wyjaśnienia kierowane do wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie są li tylko

formalnym aspektem procedury udzielania zamówienia publicznego - a zatem powinny one zmierzać do uzyskania realnych wyników tej procedury. Celem procedury opartej na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest uzyskanie potwierdzenia realności ceny, nie zaś „wciągnięcie" wykonawcy w formalną pułapkę skutkującą odrzuceniem jego oferty ze względu na wypełnienie się hipotezy normy prawnej uregulowanej w treści przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Nie sposób bowiem zgodzić się
z poglądem, że odrzucenie oferty z przyczyn formalnych (tj. na skutek nierzetelnego wypełnienia obowiązku z art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp) powinno następować w każdym wypadku, w szczególności gdy oferta nie nosi znamion oferty z ceną rażąco niską. Takie stanowisko, przy przyjęciu i ustaleniu, że istnieje duże prawdopodobieństwo, że oferta została skalkulowana w sposób rzetelny i ekonomicznie uzasadniony, jest nie do przyjęcia.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie kwestionuje żadnych pozycji z kalkulacji cenowej, przeciwnie, podczas rozprawy przed Izbą podnosił, iż znane mu są ceny rynkowe, dlatego uznał wyjaśnienia Odwołującego za wystarczające. Jeżeli zatem dokonał ponownej oceny wyjaśnień Odwołującego, Zamawiający winien wskazać wprost swoje wątpliwości
i zażądać wyjaśnień. Dopiero o tak skonstruowane żądanie można było oczekiwać, że Odwołujący złoży takie wyjaśnienia, które pozwolą Zamawiającemu na weryfikację pozytywną kalkulacji Odwołującego, tym bardziej, że pierwsze wezwanie było cytowaniem ustawy, natomiast na rozprawie Zamawiający twierdził, że oferty wykonawców w tym oferta Odwołującego, nie jest rażąco niska, on sam zaś posiada wiedzę, by stwierdzić, że ceny te są realne. Odwołujący podał też, że w orzecznictwie wskazuje się na zasadność ponownego zwrócenia się o wyjaśnienia, jeżeli pierwsze wezwanie zamawiającego nie pozwalało ustalić oczekiwanego ich zakresu (wyrok z dnia 24 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1602/17 i KIO 1614/17).

Uzupełniająco Odwołujący zauważył, że Zamawiający wskazywał podczas rozprawy, że najistotniejszym kosztem jest dla niego koszt licencji w 1 i 2 części postępowania, i to on właśnie podlegał weryfikacji. Odwołujący wskazał, że w swoich wyjaśnieniach wskazał nazwę licencji, koszt ich zakupu i przedstawił wszystkie czynniki cenotwórcze w kalkulacji cenowej, osobno dla 1 i 2 części.

Powyższe, jak stwierdził Odwołujący, stanowi pozostawienie Odwołującego
w niejasnej sytuacji, co do intencji i oczekiwań Zamawiającego. Jeśli oczekiwanym jest wykazanie przed Zamawiającym, iż jego obawy są bezpodstawne, to należy również oczekiwać od Zamawiającego, iż ten sprecyzuje, jakie elementy budzą jego wątpliwości co do możliwości ich wykonania w kontekście złożonej oferty (wyrok z dnia 27 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 718/18). Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający takich sprecyzowanych wątpliwości nie miał, mając wiedzę o przedmiocie oferty oraz posiadając jej kalkulację od producenta przed wszczęciem postępowania, albowiem Zamawiający dysponował szacunkami, oraz odbył spotkania z producentem.

Odwołujący wskazał, że w postępowaniu złożyło ofertę 3 wykonawców na bazie trzech różnych systemów różnych producentów: Symantec 2 oferty, McAfee 2 oferty i Trend Micro 2 oferty. Odwołujący podał, że o fakcie zastosowania przez wykonawców konkurencyjnych rozwiązań Symantec i Trend Micro dowiedział się dopiero po analizie odtajnionych wyjaśnień tych wykonawców, tzn. po złożeniu swoich wyjaśnień. Naturalnym zatem, ze względu na chronologię zdarzeń w postępowaniu, jest, że nie mógł się odnieść
w wyjaśnieniach swojej oferty do ofert i systemów konkurencyjnych innych wykonawców. Odwołujący stwierdził, że wyjaśniał cenę w oparciu o własny projekt techniczny, dotyczący oferty, tak więc zarzut Zamawiającego jest bezzasadny i nielogiczny.

Odwołujący zwrócił uwagę na okoliczność, że każdy z systemów różni się technologicznie, tzn. wymaga różnego typu sprzętu i oprogramowania niezbędnego do uruchomienia, różne są ceny licencji poszczególnych producentów oraz metody licencjonowania jak i sposoby rozliczeń i płatności. Dodatkowo zauważył, że dla każdego
z systemów występuje różna pracochłonność w jego instalacji i utrzymaniu. Odwołujący zaznaczył, że wezwany do złożenia wyjaśnień złożonej ceny Odwołujący bezpieczne.it nie opisywał różnic technologicznych w systemach, bowiem nie wiedział, w stosunku do jakich systemów ma się porównywać. Odwołujący w wyjaśnieniach przedstawił oryginalność własnego projektu, na bazie producenta McAfee.

Odwołujący wskazał, że zasadniczym elementem wyjaśnień ceny każdego
z wykonawców jest nazwa licencji zaoferowanego producenta, cena zaoferowanych licencji
i model zaoferowanego licencjonowania, i to ta pozycja świadczy o przewadze. Wszystkie te trzy elementy określa part number licencji lub ich dokładna nazwa produktu. Bez dokładnej nazwy produktu, part numberu licencji nie można sprawdzić poprawności funkcjonalności zaoferowanego rozwiązania, kompletności niezbędnych elementów dodatkowych sprzętowych i programowych, ani też kosztów instalacji, utrzymania i finansowania. Istotną rzeczą jest cena zakupu licencji przez każdego z wykonawców, bowiem cena cennikowa dla tego postępowania może przekroczyć 10 mln złotych, tzn. upusty na licencjach mogą dochodzić do 98%. Odwołujący wskazał, że w swoim piśmie do Zamawiającego z 17 listopada 2018 r. oświadczył, że to właśnie cena licencji stanowi przeszło połowę wartości projektu i na cenie licencji generowane są oszczędności. Pozostałe czynniki kosztowe muszą być uwzględnione w kalkulacji, ale mają znaczenie drugorzędne.

Odwołujący, jak podkreślił, w swoich wyjaśnieniach podał szczegółowo nazwę licencji, part number oraz model licencjonowania, oraz ilość i cenę licencji. Ponadto,
w piśmie skierowanym do Zamawiającego w dniu 17 listopada 2018 r. (wniosek o zbadanie ofert Comtegra S.A. i Passus S.A. pod kątem rażąco niskiej ceny) wskazał, że właśnie typ
i model licencji, a także model licencjonowania będą zasadniczo świadczyły o poziomie ceny oferty danego wykonawcy. Dodatkowo, Odwołujący wskazał na najistotniejsze elementy cenotwórcze oferty, na których mogą być generowane nieuzasadnione oszczędności,
a także podjął próbę wskazania Zamawiającemu, w jakim zakresie powinien badać cenę oferty, gdyż według wiedzy i doświadczenia Odwołującego, wyjaśnienia wykonawców Comterga S.A. i Passus S.A. nie stanowią wyjaśnień zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp. Odwołujący zaznaczył, że w tym zamówieniu Zamawiający zamawia usługę,
a nie dostawę. Zamawiający nie będzie miał praw właścicielskich do infrastruktury, tj. sprzętu i oprogramowania, ani też

nie będzie ponosił obowiązków związanych
z utrzymaniem tej infrastruktury. Odwołujący podał, że do budowy systemu w modelu usługowym powinny być stosowane odpowiednie licencje, a układ kosztów składowych oferty będzie się różnił dla zamówienia dostawy i zamówienia świadczenia usługi (między innymi: w modelu usługowym będzie wprowadzony składnik stałej administracji systemu,
a nie jego serwisowania, czyli odpowiedzi na zgłoszone uszkodzenia, w modelu usługowym muszą wystąpić składniki kosztów instalacji oraz demontażu po zakończeniu usługi.
W przypadku dostawy systemu nie ma składnika demontażu). Ponadto, jak zauważył Odwołujący, wyszczególnił, wskazał i opisał osiem identyfikowanych i weryfikowalnych zasadniczych składników kosztowych charakterystycznych dla zamówienia Zamawiającego, które powinny być uwzględnione w wyjaśnianiach Comtegra S.A. i Passus S.A. oraz zredagował osiem punktów, w których Zamawiający winien wezwać wykonawców Comterga S.A. i Passus S.A. do uzupełnienia złożonych wyjaśnień.

W zakresie własnych wyjaśnień Odwołujący wskazał, że na etapie składania ofert wszyscy wykonawcy, poza wykonawcą Konsorcjum Integrated, który wcześniej przez okres ponad 6 lat świadczył usługę, nie mieli wiedzy o szczegółach technicznych uwarunkowań
u Zamawiającego, poza opisem podanym przez Zamawiającego. Powyższe wynika z SIWZ
i zadawanych pytań, zgodnie z którymi Zamawiający oświadczał, że udzieli informacji po podpisaniu umowy, na etapie tworzenia projektu, do którego zastrzegł sobie prawo akceptacji. Odwołujący podkreślił, że jedynie obecny wykonawca, tzn. konsorcjum Integrated znał szczegóły zamówienia. Zgodnie z założeniami SIWZ, projekt wykonawczy systemów dla zadania nr 1 tzn.: „ochrony stacji roboczych" i dla zadania nr 2 tzn.: „ochrona bramy internetowej" był elementem dostaw i miał powstać po podpisaniu umowy. Zatem wykonawcy składający ofertę musieli w sposób szacunkowy określić elementy składowe kosztów. Oczywistym jest, jak stwierdził Odwołujący, że wykonawca Konsorcjum Integrated swoje szacunki mógł przygotować bardziej szczegółowo, ze względu na posiadanie większe doświadczenie praktyczne wynikające z faktu obecnego świadczenia usług. Dla systemu ochrony stacji roboczych znana była maksymalna ilość użytkowników (max 65 tyś.), ilość lokalizacji z serwerami (19 szt.) i funkcjonalności systemu. Dla systemu bramy internetowej znane było max ilość użytkowników (max 65 tyś.), wymagane elementy składowe systemu (macierze, konsola KVM) i funkcjonalności systemu. Powyższe spowodowało, że wykonawcy musieli oszacować ceny całości zadania na określonym poziomie, uwzględniając ich przeszacowanie. Jednak takie szczegóły, jak np. jaka będzie precyzyjna konfiguracja serwera w każdej z 19 lokalizacji dla systemu „ochrony stacji roboczych" (np.: ile kart sieciowych będzie w poszczególnym serwerze w poszczególnej lokalizacji lub ile będzie pamięci RAM) lub jaka będzie pojemność macierzy dyskowej w zadaniu „ochrona bramy internetowej" nie było możliwe na tym etapie, gdyż Zamawiający nie udzielał potrzebnych ku temu informacji. Wykonawcy (poza wykonawcą Konsorcjum Integrated) mogli jedynie szacunkowo określić koszt poszczególnego składnika swojej oferty.

Zdaniem Odwołującego, ważne dla rzetelnego oszacowania kosztów oferty było uwzględnienie wszystkich jego składników w sposób dający możliwość ich identyfikacji
i weryfikacji ekonomicznej przedmiotu zamówienia. Odwołujący, jak zauważył, w kalkulacji przywołał wyciąg z projektu technicznego dla obu części, dostosowany pod potrzeby Zamawiającego wspólnie z producentem.

Odwołujący podał, że zastosował rozwiązanie firmy McAfee. System ten charakteryzuje się odmienną od pozostałych konkurentów konstrukcją (która jest znana Zamawiającemu, bowiem ten uczestniczył w prezentacjach i szkoleniach przygotowanych dla niego specjalnie w marcu 2018 przez McAfee) i obejmuje budowę systemu ochrony stacji roboczych w oparciu o komponenty nazwane przez producenta McAfee jako: między innymi „serwery repozytorium", „serwery epo", „agent hendlery", „serwery SQL" itp. Odwołujący zauważył, że w swoich wyjaśnieniach w tabelaryczny sposób, dokładnie wyszczególnił wszystkie elementy projektu zgodnie z unikalną nomenklaturą i wymaganiami zaoferowanego przez siebie producenta firmy McAfee oraz rozpisał koszty poszczególnych elementów składowych wchodzących w skład zaoferowanego rozwiązania McAfee, wskazując koszt każdego z komponentów i jego zaoferowaną ilość. Oczywistym jest, zdaniem Odwołującego, że systemy bazujące na innych technologiach tzn. systemy wykonawców konkurencyjnych bazujących na technologiach Symantec i Trend Micro, nie będą zawierały oznaczeń poszczególnych podsystemów „serwery epo", „agent hendlery", gdyż te nazwy są cechą charakterystyczną wyłącznie dla systemu McAfee i w ogóle nie występują w systemach Symantec i Trend Micro. Odwołujący wskazał, że podana przez niego kalkulacja na etapie składania oferty i udzielania wyjaśnień ceny bazuje na założeniach projektowych zgodnie z dokumentacją techniczną zaoferowanego przez siebie producenta McAfee, ale jej dokładność na tym etapie musi opierać się na szacunkach. Odwołujący stwierdził, że złożone wyjaśnienia tabelaryczne są wyciągiem z koncepcji technicznej dla projektu „ochrona stacji roboczych" dla ministerstwa finansów i szczegółowo opisują nie tylko koszty i ilości poszczególnych składników, ale także metodę i sposób wykonania przedmiotu umowy. Wyjaśnienia te są charakterystyczne wyłącznie dla złożonej oferty przez Odwołującego. Świadczą o tym charakterystyczna dla systemów McAfee nomenklatura komponentów, dobór ich ilości oraz ich koszty składowe.

Odwołujący nie zgodził się z twierdzeniem Zamawiającego, że zastosowane wyjaśnienia są ogólnikowe lub uniwersalne. Oczywistym jest, jak zauważył Odwołujący, że na etapie składania wyjaśnień ceny Odwołujący nie wyjaśnia faktów notoryjnych. Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia są dwie części, system: „ochrona stacji roboczych"
i system „ochrona bramy internetowej". Systemy te są odmienne i mają odmienne składniki
i odmienną budowę. Odmienny będzie również sposób zaangażowania specjalistów. Zatem układ kosztów dla tych systemów będzie różny. Wszystko to przekłada się na odmienne wyjaśnienia Odwołującego dla obu części. Odwołujący podał, że wyjaśnienia wykonawców Comterga S.A. i Passus S.A. byłyby takie same i nie były w ogóle związane ani
z zaoferowaną technologią ani, też nie odnosiły się bezpośrednio do charakterystycznych potrzeb Zamawiającego.

Odwołujący podkreślił ponadto, że przedłożył zasadniczy dowód stanowiący o cenie oferty, tzn. konkretną ofertę na zakup licencji do systemu. Oferta zawiera szczegółowy opis tej licencji w modelu licencjonowania charakterystyczny dla potrzeb Zamawiającego (Managed Services Specialization), w szczególności wskazujący na właściwy jej dobór uwzględniający charakter zamówienia tzn. Zamawiający zamawia usługę a nie zakup sytemu czy licencji. Wykonawca wskazuje, że zaoferowany przez niego typ licencji to inny typ niż powszechne stosowany w przypadku zakupu na

własność. System bazujący na takich licencjach będzie inaczej obsługiwany. Oferta podwykonawcy, firmy STINET, złożona jako dowód, określa ilość licencji, cenę 1 szt., podaje walutę oraz sposób płatności. Oferta pochodzi od autoryzowanego partnera producenta McAffe o najwyższym poziome partnerskim. Konsekwencją przedłożenia dowodu w postaci oferty na licencje do systemu jest, jak zaznaczył Odwołujący, tabela kosztowa podająca wszelkie koszty składowe oferty. Tabela składa się z 4 kolumn, 38 wierszy, ujmuje łącznie ponad 1 50 składników kosztowych rozbijając koszty na koszty infrastruktury, wdrożenia, finansowania, koszty ogólne i zysk. Odwołujący wskazał, że koszt licencji jest zasadniczy i wynosi 1,33 mln zł netto, co stanowi zasadniczy składnik kosztowy zamówienia. Ponadto, cena licencji zawiera niezwykle wysoki poziom upustu w porównaniu do pozostałych składników cenowych i ceny tej nie da się ustalić za pomocą publikowanych cenników. Przy czym Odwołujący, jak stwierdził, otrzymał jedynie ofertę cenową od firmy STINET i nie zna poziomu upustów.

Odwołujący wyjaśnił, że elementy składowe kosztów podane w tabeli są charakterystyczne wyłącznie dla zaoferowanego rozwiązania bazującego na zaoferowanej technologii w tym:

1)podsystemy charakterystyczne dla zaoferowanego systemu producenta McAffe. Zastosowana w tabeli nomenklatura techniczna jest wyciągiem z koncepcji charakterystycznej wyłącznie dla tego producenta w odniesieniu do specyficznych potrzeb Zamawiającego. Świadczą o tym nazwy własne charakterystyczne jedynie dla tej technologii np.: „epo", „agent handlery" itp.

2)podane zostały ilości licencji i urządzeń charakterystycznych dla koncepcji dla zamówienia „ochrona stacji roboczych", w tym unikalny rodzaj licencji w modelu usługowym (Service Manage Provider), podane ilości licencji, ilości serwerów, ilości systemów dodatkowych niezbędnych dla prawidłowej pracy systemu bazującego na technologii McAffe w zastosowaniu do systemu „ochrona stacji roboczych" opisanego przez Zamawiającego
w OPZ: systemy operacyjne, serwery SQL i inne

3)uwzględnione wszystkie składniki kosztowe pracy, przy czym uwzględniono indywidualne potrzeby Zamawiającego np. instalację każdego z 19 serwerów lub np.: demontaż 19 szt. serwerów po okresie umowy

4)koszty finansowania charakterystyczne dla modelu usługowego zamówienia

5)koszty ogólne

6)zakładany zysk w układzie miesięcznym

Odwołujący wskazał, że poza tabelą opisał znaczenie istotnych wg niego pozycji tabelarycznych. Wskazał, że do podania szacunków pracy przyjął stawki godzinowe dla poszczególnego rodzaju zadań: młodszego inżyniera, inżyniera i eksperta i podał stawki za roboczogodzinę. W zakresie organizacji pracy wskazał na stosowaną przez niego organizację pracy, polegającą tym, że realizacja poszczególnych zadań odbywa się w miarę możliwości przez specjalistów o niższych kwalifikacjach pod nadzorem specjalistów
o wyższych kwalifikacjach. Ponadto wskazał, że udział podwykonawcy przewidział
w zakresie konsultacji, nadzoru nad wykonaniem projektu, udziału w II i III linii wsparcia. Odwołujący podkreślił, że przyjęta zasada jest zasadą odmienną od organizacji pracy przyjętą przez innych wykonawców, którzy ustalają jednakowy wysoki koszt dniówki specjalisty.

W ocenie Odwołującego, przygotowując tabelę z wyjaśnieniami Odwołujący wykazał, że cena żadnego z zaoferowanych komponentów nie jest zaniżona, ani żaden z niezbędnych komponentów nie został pominięty. Co więcej, Odwołujący wskazał, że Zamawiający
w SIWZ dawał dużą dowolność wykonawcom i Zamawiającego w ogóle nie interesowała np. budowa systemu w szczególności np. jego składniki w centrali tzn. np.: ile i jakich wykonawca zastosuje serwerów oraz jakich użyje podsystemów do obsługi zaoferowanego systemu. Odwołujący w wyjaśnieniach podał szczegóły swojej koncepcji systemu, np.
w wierszu nr 5 opisał szczegółowo wszystkie komponenty sprzętowe systemu instalowane
w centrali, mimo że Zamawiający nie wymagał takiej szczegółowości: 1 szt. serwer epo, 2 szt. agent handlerów, 1 serwer bazodanowy. Odwołujący podał koszt netto poszczególnych elementów składowych. Podobnie, w wierszu 9 Odwołujący wskazał wszystkie niezbędne komponenty oprogramowania zaoferowane w centrali: licencje systemu operacyjnego pod agent handlery ich cenę i ilość, licencje systemu operacyjnego pod system bazy, ich cenę
i ilość, licencje baz danych SQL ich cenę i ilość.

Odwołujący zwrócił też uwagę, że w zakresie kosztów pracy rozpisał całe wdrożenie na 11 zasadniczych pozycji kosztowych wymagających zaangażowania różnego typu specjalistów: wiersze od 1 3 do 24 dzieląc pozycje kosztowe na zadania wykonywane na etapie wdrożenia (wiersze od 1 2 do 21), na etapie miesięcznego utrzymania (wiersz 22) oraz na etapie wyłączenia i zakończenia usługi (wiersz 23). Poziom szczegółowości przedstawiony przez Odwołującego przygotowany z największą starannością umożliwia skontrolowanie Zamawiającemu czy wykonawca uwzględnił wszystkie składniki i zadania do wykonania zamówienia oraz czy koszt jakiegokolwiek zadania nie został przez wykonawcę zaniżony lub pominięty. Przykładowo, Odwołujący podał np. koszt instalacji jednego serwera repozytorium w jednej z 19 lokalizacji i ustalił go przeciętnie na 1500zł. W wyjaśnieniach podanych poza tabelą Odwołujący podał, jak widzi poszczególne zadania np. 36 miesięczna obsługa obejmuje: monitoring systemu, wgrywanie poprawek, usuwanie uszkodzeń, modernizacja systemu. Z treści tabeli wynika również, że system będzie miał uruchomiony unikalny, łatwiejszy w obsłudze system zarządzania z jednej konsoli, tzw. epo, którego nie mają zaoferowane przez innych wykonawców systemy Symantec i Trend Micro.

Na koniec Odwołujący wskazał, że precyzyjnie określił koszty finansowe.

Odwołujący zauważył, że jako jedyny podał właściwy model licencji, które stanowią większość kosztów oferty. Spośród 3 możliwych modeli licencjonowania (pismo do Zamawiającego z dnia 17 listopada 2018 r.) Odwołujący wybrał

model dla zamówienia
o charakterze usługowym bazujący na licencjach producenta McAffe w modelu MSP /Managed Services Specialization/. Zgodnie z wyjaśnieniami i nazwą licencji, Odwołujący rozlicza się z dostawcą oprogramowania jedynie za zużyte licencje i w okresach kwartalnych. Koszt finansowania nie obejmuje 36 + 2 = 38 miesięcy, jak przy zakupie licencji dożywotnich, ale wyłącznie 3 miesiące (Odwołujący rozlicza się w układzie kwartalnym, oferta STINET). Podobna sytuacja występuje w zadaniu nr 2 „ochrona bramy internetowej", gdzie Odwołujący również złożył ofertę w oparciu o rozwiązania McAffe. System ten jednak różni się zarówno licencjami, komponentami sprzętowymi oraz pracochłonnością od systemu „ochrona stacji roboczych".

Jak zaznaczył Odwołujący, zadaniem wykonawcy na etapie wyjaśniania ceny nie było rozpisywanie się na temat koncepcji technicznej, ale zwięzłe wyjaśnienie elementów składowych ceny oferty w taki sposób, aby Zamawiający mógł skontrolować czy nie pominięto jakiś istotnych elementów kosztowych lub nie zaniżono ich ceny. Z technicznego punktu widzenia budowa systemu „ochrona bramy internetowej" możliwa jest za pomocą dwóch odmiennych rozwiązań technicznych: budowa systemu w oparciu o gotowe urządzenia producenta tzw. „appliance" lub w oparciu o licencje systemu producenta, zakup sprzętu we własnym zakresie i stworzenie systemu bazując na licencjach producenta i oddzielnie zakupionych komponentach: sprzęcie, dodatkowym oprogramowaniu i innych. Powyższe będzie miało swój wymiar w kalkulacji kosztów budowy i utrzymania systemu. Odwołujący zauważył, że z wyjaśnień złożonych przez Odwołującego wynika jednoznacznie, że Odwołujący przyjął drugą koncepcję techniczną, tzn. budowę systemu w oparciu
o licencje, a nie tzw. „appliance". Odwołujący zaoferował dwa typy licencji
o wyszczególnionych w wyjaśnieniach nazwach, part numberach, ilościach i cenach jednostkowych w podanym modelu licencjonowania. Odwołujący wskazał, że przedstawił również jako dowód ofertę zakupu tych licencji od podwykonawcy - firmy STINET posiadającej najwyższy poziom partnerski producenta McAffe. Odwołujący zwrócił również uwagę, że z tabelarycznego zestawienia złożonego w ramach wyjaśnień wynika, że Odwołujący zaoferował rozwiązanie polegające na zakupie licencji McAffe oraz zbudowaniu środowiska wirtualnego na bazie środowiska wirtualizacyjnego VMware. Mimo, że Zamawiający pozwalał na dużą dowolność w zakresie budowy tego systemu i nie wymagał podawania elementów składowych środowiska, Odwołujący podał wszystkie elementy składowe zaoferowanego rozwiązania bazując na wcześniej przygotowanej koncepcji technicznej. Odwołujący w tabelarycznej formie wyszczególnił podając nazwy własne istotnych składników systemu, w tym licencje systemu pochodzące od producenta McAffe, których koszt stanowi ponad 50% całości kosztów (w tabeli umieszczono łączny koszt licencji, szczegółowy opis, part numbery, ilość i ceny podano poza tabelą). Odwołujący podkreślił przy tym, że właśnie ta pozycja kosztowa ma zasadnicze znaczenie, bowiem ceny licencji dla dużego zadania obejmującego 65 tyś. użytkowników nie są powszechnie znane,
co Odwołujący wskazywał w piśmie z 17 listopada 2018 r. kierowanym do Zamawiającego. Ponadto, jak wskazał Odwołujący, w wyjaśnieniach Odwołujący przedstawił wszystkie inne składniki, które wg niego miały wpływ na cenę oferty, tzn. ilość serwerów macierzy, przełączników i licencji VMware. Zarówno typ, nazwy urządzeń i licencji oraz ich ilości są charakterystyczne i wynikają z koncepcji technicznej Odwołującego, która jest wyłączna dla zadania Zamawiającego pn.: „ochrona bramy internetowej". Odwołujący podkreślił, że
w wyjaśnieniach przedstawił tabelę z 31 wierszami, 4 kolumnami, rozbijając koszty na koszty infrastruktury, wdrożenia i obsługi, finansowania, koszty ogólne, zysk. Łącznie Odwołujący podał ponad 120 istotnych składników kosztowych swojej oferty. W zakresie kosztów pracy Odwołujący rozbił koszty pracy na 7 pozycji. Zasady i sposób realizacji zamówienia, koszty pracy, roboczogodziny poszczególnych specjalistów, które obejmują technologie tego samego producenta i współpracę z tym samym podwykonawcą (w tej samej ofercie podwykonawcy) podał w części pierwszej wyjaśnień. Odwołujący zaznaczył, że wyjaśnienia w zakresie infrastruktury, jak i kosztów pracy w dwóch zadaniach różnią się. Wynika to
z innego charakteru realizowanych zadań. Podobnie jak w zadaniu „ochrona stacji roboczych" poziom dokładności wyjaśnień wynika z faktu, że na tym etapie wykonawca nie ma przygotowanego projektu technicznego, który powstanie dopiero po podpisaniu umowy, a oferta złożona jest na bazie przygotowanej przez niego koncepcji technicznej.

Odnosząc się do zarzutów Zamawiającego o brak wyjaśnień w zakresie podawanym przez niego w uzasadnieniu, Odwołujący stanął na stanowisku, że nie mają one istotnego znaczenia dla wyjaśnienia ceny oferty. Ponadto, wyjaśnienie tych zarzutów nie stanowi problemu dla Odwołującego, w szczególności gdy Odwołujący poświęcił kilkaset godzin na przygotowanie koncepcji technicznych, oferty, dodatkowych pism kierowanych do Zamawiającego oraz wyjaśnień. Odwołujący wskazał, że nie mógł się domyślać, że Zamawiającemu zależy na wyjaśnieniu podniesionych w uzasadnieniu o odrzuceniu oferty okoliczności, gdyż nie formułował ich w swoim wezwaniu, a waga tych okoliczności
w wyjaśnieniu ceny jest znikoma. Odwołujący stwierdził, że zarzuty Zamawiającego nie wynikają z zaleceń Izby, ale wynikają z indywidualnego działania Zamawiającego, który wcześniej nie reagował na pisma do niego kierowane przez Odwołującego. Zdaniem Odwołującego, jeżeli jednak wg Zamawiającego istniała taka konieczność, to powinien dopytać Odwołującego w tym zakresie.

Dodatkowo, Odwołujący zwrócił uwagę na stanowisko prezentowane przez Zamawiającego podczas rozprawy przed KIO w dniu 9 stycznia 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2637/18.

Odwołujący przywołał również stanowisko KIO wyrażone w wyroku z dnia 11 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2704/17, w którym Izba przypomniała, że punktami odniesienia dla określenia rażąco niskiej ceny są przede wszystkim: wartość przedmiotu zamówienia, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu, a także wiedza, doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych, jakimi dysponują członkowie komisji Zamawiającego. Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający miał wiedzę przed wszczęciem postępowania na temat różnic
w technologiach oraz dysponował cenami rozwiązań. Zamawiający nie kwestionował też wartości w pozycjach kosztowych kalkulacji cenowej Odwołującego. Odwołujący zwrócił uwagę na wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2729/17, w którym Izba podkreśliła, że mechaniczne porównywanie wartości zamówienia z cenami złożonych ofert nie daje podstaw do odgórnego założenia, że cena jest nierealna, a w niniejszym przypadku przy dwóch różnych ofertach wręcz niemożliwe. Jak zauważył Odwołujący, orzecznictwo
w tym zakresie podkreśla, że Zamawiający nie może korzystać z uprawnienia „mechanicznie", ani swobodnie.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący stwierdził, że zarzuty dotyczące oferty Odwołującego są całkowicie

bezzasadne, nie można bowiem porównać wyjaśnień Odwołującego do wyjaśnień podmiotów odrzuconych w przedmiotowym postępowaniu. Tym samym, skoro konsekwencją odrzucenia oferty Odwołującego było unieważnienie postępowania w części 1, to również ta czynność została dokonana z naruszeniem prawa.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

1.nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty
w części 1 i części 2,

2.nakazanie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w części 1, bowiem nie zachodzi przesłanka istnienia braku żadnej ważnej oferty,

3.nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego,

4.przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów:

1)pismo Odwołującego bezpieczne.it z dnia 1 ó listopada 2018 r.

2)pismo Odwołującego bezpieczne.it z dnia 17 listopada 2018 r.

3)odwołanie wniesione przez Odwołującego 21 grudnia 2018 r.

4)odpowiedź na odwołanie Zamawiającego

5)protokół z rozprawy przed KIO 2637/18

6)wyrok KIO 2637/18 z dnia 11 stycznia 2019 r.

7)zawiadomienie o unieważnieniu czynności oceny ofert, wyboru i powtórzeniu (...) z dnia 25 stycznia 2019 r.

8)informacja o odrzuceniu oferty

9)wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny w pełnej wersji (dokumentacja utajniona) z dnia 16 listopada 2018 r.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy „Comtegra" S.A., wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Integrated Solutions Sp. z o.o. i Prosystem S.A., oraz Passus S.A.

Izba ustaliła, że Zamawiający określił wartość szacunkową zamówienia na łączną kwotę 14 814 236,85 zł, w tym wartość części 1 na kwotę 9 651 034,27 zł, części 2 na kwotę 5 163 202,58 zł.

W zakresie części 1 zostały złożone oferty z następującymi cenami:

- oferta Comtegra S.A.: 2 982 750,00 zł,

- oferta Odwołującego: 3 751 500,00 zł,

- oferta Konsorcjum Integrated Solutions Sp. z o.o. i Prosystem S.A.: 6 520 000,00 zł.

W zakresie części 2 zostały złożone oferty z następującymi cenami:

- oferta Odwołującego: 4 428 000,00 zł,

- oferta Passus S.A.: 3 936 000,000 zł,

- oferta Konsorcjum Integrated Solutions Sp. z o.o. i Prosystem S.A.: 4 619 000,00 zł.

Izba ustaliła, że w dniu 21 grudnia 2018 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności wyboru oferty złożonej przez Comtegra S.A. w części 1 i zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Pzp, dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Passus S.A. w części 2 i zaniechania odrzucenia oferty ww. wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Integrated Solution Sp. z o.o. i Prosystem S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust 1 ustawy Pzp, art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, a także art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Przedmiotowe odwołanie zostało rozpoznane przez Izbę wyrokiem z dnia 11 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 2637/18, w którym Izba uwzględniając odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia ofert wykonawców Comtegra S.A. i Passus S.A. z uwagi na rażąco niską cenę nakazała Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1 zamówienia, odrzucenie oferty Comtegra S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 2 zamówienia, odrzucenie oferty Passus S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W dniu 25 stycznia 2019 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu czynności oceny ofert, wyboru oferty najkorzystniejszej, o powtórzeniu czynności oceny ofert w części 1 i 2, oraz o unieważnieniu postępowania w części 1 zamówienia. Zamawiający poinformował, że unieważnił przeprowadzoną czynność oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty dokonaną w dniu 11 grudnia 2018 r. z uwzględnieniem wytycznych wskazanych
w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 11 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 2637/18 oraz odrzuca oferty złożone w części 1 przez Comtegra S.A., w części 2 przez Passus S.A.

Zamawiający zawiadomił także, że dokonał powtórzenia czynności oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, w wyniku ponownej oceny ofert odrzucił oferty Bezpieczne.it Sp. z o.o. i Konsorcjum: Integrated Solutions Sp. z o.o. i Prosystem S.A.,
w konsekwencji tego unieważnił postępowanie w części 1 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, jako że w postępowaniu nie została złożona żadna oferta nie podlegająca odrzuceniu.

Uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego w części 1 i 2 zamówienia Zamawiający wskazał, żew dniu 9 listopada 2018 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny odnośnie ofert złożonych dla części 1 oraz części 2 przedmiotowego zamówienia. Odwołujący złożył w dniu 16 listopada 2018 r. pismo z wyjaśnieniami. Zamawiający wskazał, że w wyroku z dnia 11 stycznia 2019 r. w sprawie KIO 2637/18 Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. Z uzasadnienia wyroku Izby wynika, że ocena dokonana przez Zamawiającego wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Bezpieczne.it. Sp. z o.o. nie podlegała ocenie w postępowaniu przed Izbą. Jednocześnie Izba wskazała, że „Ocena ta należy do Zamawiającego, który dokonując na mocy niniejszego wyroku powtórzenia czynności badania i oceny ofert, będzie miał możliwość ponownego poddania tych wyjaśnień analizie, z zapewnieniem równego traktowania wykonawców".

Zamawiający stwierdził, że mając na uwadze wytyczne KIO oraz w celu zapewnienia równego traktowania wykonawców, Zamawiający dokonał ponownej oceny oferty wykonawcy Bezpieczne.it Sp. z o.o. w oparciu o takie same kryteria, jakie zostały przedstawione w wyroku KIO w zakresie oceny ofert Comtegra S.A. oraz Passus S.A.

Zamawiający podał, że po dokładnej analizie, zgodnie z wytycznymi w wyroku KIO, odrzuca oferty wykonawcy Bezpieczne.it Sp. z o.o. złożone w części 1 i części 2, ponieważ wykonawca nie wywiązał się ze spoczywającego na nim obowiązku wykazania, że cena oferty została skalkulowana prawidłowo - złożył wyjaśnienia ogólne, nieprecyzyjne, a także nie poparł ich dowodami.

Zamawiający argumentował że wykonawca w przedstawionych wyjaśnieniach
w części „III. Ryzyko Wykonawcy" powołując się na udzielone przez Zamawiającego wyjaśnienia z dnia 30 października 2018 r. - Pytanie nr 6 oraz z dnia 31 października - Pytanie nr 48 oraz Pytanie nr 63 stwierdza, że „(...) wobec wprowadzonych przez Zamawiającego zmian Wykonawca oszacował ponownie wartość niepewności-ryzyko związane z realizacją przedmiotu zamówienia w obu częściach zadania. (...). Po wprowadzeniu przez Zamawiającego zmian w sposób wyeliminowanie dotychczasowego, niezwykle wysokiego i nieprzewidywalnego ryzyka pozwoliło w znaczny sposób obniżyć cenę ofertę". Zamawiający stwierdził, że wykonawca nie przedstawił w ww. wyjaśnieniach, w jaki sposób zmiana warunków SIWZ spowodowała zmianę „niepewności-ryzyko", ograniczył się do ogólnych wniosków, które nie przedstawiają żadnej kalkulacji kosztów, pomimo tego, że sam w wyjaśnieniach podnosi, że „(…) ryzyko dla wykonawcy przyjmuje wartość pieniężną (...)", wykonawca nie wykazał, w jakiej wysokości wpłynęło ono na obniżenie ceny oferty.

Odnosząc się do części „IV Niezaktualizowana wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia" wyjaśnień Odwołującego, Zamawiający podał, że wykonawca powołuje się na dotychczasowe umowy zawarte w CIRF i wyjaśnia, że: „(...) Analizując dotychczasowe postępowania Zamawiającego obejmujące wymagany zakres usług nie było możliwe złożenie oferty w oparciu o rozwiązanie konkurencyjne do rozwiązania producenta Trend Micro, zatem sam fakt, że Zamawiający dopuścił możliwość rywalizacji pomiędzy produktami dostępnymi na rynku wzmocnił element rywalizacji, co w sposób ewidentny miało wpływ na cenę oferty". Zamawiający stwierdził, że wykonawca nie wykazał, jaką wymierną korzyść
w stosunku do innych wykonawców z tego tytułu osiągnął i nie udowodnił, w jaki sposób wartość elementu rywalizacji wpłynęła na obniżenie ceny oferty.

W zakresie części „V Pozycja Wykonawcy bezpieczne.it" wyjaśnień Odwołującego Zamawiający zauważył, że wykonawca wskazał „(...)Otwarcie specyfikacji na inne rozwiązania przez Zamawiającego niż usługi świadczone przez dotychczasowego dostawce w oparciu o dotychczasowe rozwiązanie spowodowało mobilizację Wykonawcy do czynienia starań o ceny specjalne, w oparciu, o które konkurencja nabrała realnych i wymiernych cech konkurencyjności w postaci rzetelnej oferty na warunkach specjalnych, z uwzględnieniem wszystkich uwarunkowań sprzedażowych, oraz co bardzo istotne obwarowań licencyjnych zapisanych w umowie.(...)". Zamawiający stwierdził, że nie zostało wyjaśnione, co rozumie wykonawca przez o kreślenie „ceny specjalne", a poziom tych cen nie został poparty dowodami przedstawiającymi wysokość otrzymanych warunków specjalnych. Dalej Zamawiający argumentował, że w ostatnim akapicie tego punktu wykonawca wskazuje: „(...) Nie bez znaczenia jest fakt, że niektóre koszty pracy w ofercie usługowej są współdzielone pomiędzy innych Klientów spółki o bardzo wysokim SLA jak np. Umowa SCA dla PP Porty Lotnicze w Warszawie". W ocenie Zamawiającego, przedstawiona teza jest ogólnikowa i nie została poparta żadnym dowodem, wskazującym w jaki sposób mogło to wpłynąć na cenę oferty. Zamawiający uznał, że wykonawca nie przestawił kalkulacji, w jaki sposób koszty pracy są współdzielone, nie wyjaśnił, jakiej wysokości są to oszczędności.

Zamawiający zauważył, odnosząc się do części „VII Wyliczenie Wykonawcy" wyjaśnień Odwołującego, że wykonawca wskazuje „(...) W zakresie organizacji pracy przyjęto zasadę, że realizacja poszczególnych zadań odbywa się w miarę możliwości przez specjalistów o niższych kwalifikacjach pod nadzorem specjalistów o wyższych

kwalifikacjach". Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie wykazał, jakie obowiązki będą wykonywać specjaliści o niższych kwalifikacjach oraz w jakim zakresie będą wykonywać obowiązki pracownicy o wyższych kwalifikacjach, nie przedstawił żadnej kalkulacji, ani kosztów pracy, ani liczby roboczogodzin w zakresie wykonywanych zadań przez ww. specjalistów. Jak wskazał Zamawiający, Odwołujący podał koszt stawki roboczogodziny specjalistów, którzy będą uczestniczyli w wykonywanym zamówieniu oraz posiłkuje się oświadczeniem podwykonawcy „(…) Jednocześnie STINET oferuje udział we wdrożeniu, konsultacjach, pracach projektowych, a także pełnienie funkcji II i III linii wsparcia w cenie roboczogodziny: ...zł — inżynier i ...zł — ekspert". Jak zauważył Zamawiający,
w wyjaśnieniach zostały podane przez wykonawcę oraz podwykonawcę takie same wartości roboczogodziny specjalistów: inżynier oraz ekspert, wykonawca jednak nie wykazał, jakiego rzędu oszczędności z tego tytułu uzyskał. Zamawiający stwierdził ponadto, że Odwołujący nie wskazuje również, jakie przyjął założenia pracochłonności, stanu zatrudnienia oraz
w jakim wymiarze jego pracownicy oraz podwykonawcy będą zaangażowani przy realizacji zamówienia. Zamawiający zaznaczył, że zgodnie z wyrokiem KIO, należy to uznać za istotne braki złożonych wyjaśnień, ponieważ z uwagi na przedmiot zamówienia koszty pracy stanowią istotną składową ceny.

Zamawiający podał, że w kolejnym akapicie wykonawca wyjaśnia „(...) Automatyzacja procesu usług wprowadzona w ramach I, II, III linii suportowej pozwoliła na bardziej efektywne wykorzystanie czasu pracy na wszystkich poziomach wykonywanej usługi oraz ich bezproblemową kontrolę i weryfikację. Z kolei na koszt ostateczny wykonywanej usługi wpływa bezpośrednio możliwość współdzielenia kosztów jej poniesienia pomiędzy kilku klientów jednocześnie". Jak zauważył Zamawiający, nie wiadomo jednak, na czym wskazana w wyjaśnieniach automatyzacja polega i jaką oszczędność generuje, nie zostało wykazane,
w jaki sposób automatyzacja przekłada się na ponoszone koszty. Zamawiający zaznaczył, że wyjaśnienia nie przedstawiają założeń i szczegółów kalkulacji kosztu wykonywanej usługi poprzez rozdzielenie jej na kilku klientów jednocześnie.

Zamawiający poinformował, że ponowna analiza wyjaśnień Odwołującego, przeprowadzona z zapewnieniem równego traktowania wykonawców, wykazała, że Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie nie wywiązał się ze spoczywającego na nim obowiązku, składając wyjaśnienia ogólne i nieprecyzyjne. Odwołujący, w ocenie Zamawiającego, nie wykazał, że cena oferty została skalkulowana prawidłowo, a brak takiego wykazania jest równoznaczny z obowiązkiem odrzucenia oferty. Zamawiający wskazał, że przedstawienie tylko zapewnień co do prawidłowości ceny oraz przedstawienie ogólnego rozbicia ceny ofertowej przy jednoczesnym braku podania szczegółów kalkulacji ceny, spowodowało, że wykonawca nie wykazał realności zaoferowanych cen. W związku
z powyższym, Zamawiający za uzasadnione uznał odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jako zawierającej rażąco niską cenę.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie
i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, treść wyjaśnień Bezpieczne.it Sp. z o.o. z dnia 16 listopada 2018 r., treść informacji Zamawiającego z dnia 25 stycznia 2018 r., jak też treść wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 2637/18, jak również stanowiska stron i uczestników postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

Na wstępie zauważenia wymaga okoliczność, że Izba rozpoznając przedmiotowe odwołanie zobowiązana była wziąć pod uwagę ustalenia i rozważania podjęte przez Izbę
w sprawie o sygn. akt KIO 2637/18, w którym Izba stwierdziła, że zarówno Comtegra S.A., jak i Passus S.A. w złożonych wyjaśnieniach nie wykazali prawidłowości zaoferowanej ceny. Powyższe było konieczne dla zapewnienia zachowania zasady równego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z utrwalonym już w orzecznictwie Izby oraz sądów okręgowych poglądem, złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie
z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów. To na wykonawcy bowiem ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Obowiązek taki wynika z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Z uwagi na dyspozycję ww. przepisu, wyjaśnienia wykonawcy muszą być konkretne, wyczerpujące i rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę. Nadto wskazać należy, iż sytuacja prawna wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w ogóle ich nie złożył, oraz wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólnikowe, jest taka sama. W obu bowiem przypadkach oferta wykonawcy podlega odrzuceniu.

Izba po analizie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny uznała, że nie są one wystarczające do stwierdzenia, że zaoferowana cena jest realna. Izba stwierdziła, że Odwołujący
w złożonych wyjaśnieniach wykazał się znajomością przedmiotu zamówienia, nakreślił założoną przez siebie organizację pracy, jak też podał zestawienie tabelaryczne kosztów. Izba miała też na względzie, że ostateczny kształt kosztów zależy w przedmiotowym postępowaniu od zaakceptowanego projektu, co będzie miało miejsce po podpisaniu umowy, a co za tym idzie, że części kosztów kalkulowanych przez wykonawcę opiera się na założeniach, nie zaś na precyzyjnych wytycznych opisanych przez Zamawiającego
w dokumentacji postępowania.

Izba stwierdziła jednak, że Odwołujący, wskazując na zmiany wprowadzone przez Zamawiającego w treści dokumentacji postępowania, które, jak podał Odwołujący, miały doniosłe znaczenie dla wykonawcy, nie określił poziomu cenowego, o jaki możliwe było obniżenie kosztów realizacji zamówienia. Było to tym bardziej możliwe, że jak stwierdził Odwołujący w wyjaśnieniach, Odwołujący „wobec wprowadzonych przez Zamawiającego zmian (…) oszacował ponownie wartość niepewności – ryzyko związane z realizacją przedmiotu zamówienia w obu częściach zadania.”.

Ponadto, Odwołujący wskazując na mobilizację wykonawcy do czynienia starań
o ceny specjalne, na podjęte starania o zaakceptowanie cen specjalnych na poziomie zarządu regionu europejskiego, które Odwołujący finalnie uzyskał, nie wykazał, jaki poziom upustu był w stanie uzyskać, nie poparł tych twierdzeń dowodami. Odwołujący nie przedstawił także wpływu faktu współdzielenia niektórych kosztów pracy w ofercie usługowej pomiędzy innych klientów na cenę zamówienia.

Za najistotniejsze uchybienie Odwołującego w zakresie analizowanych wyjaśnień Izba uznała brak złożenia dowodu na okoliczność cen oferowanych przez Odwołującego licencji i sprzętu, których udział w cenie jest znaczący. Za taki dowód nie można uznać załączonego do wyjaśnień oświadczenia firmy STINET S.D., bowiem nie zostało ono podpisane. Odwołujący złożył na rozprawie oświadczenie, że STINET S.D. jest stałym partnerem handlowym Odwołującego, a załączona do wyjaśnień oferta została przesłana pocztą elektroniczną. Oświadczenie Odwołującego nie może jednak zostać uznane za wystarczające, jako że Odwołujący nie załączył choćby wydruku korespondencji elektronicznej dla uprawdopodobnienia pochodzenia takiego oświadczenia. Izba stoi przy tym na stanowisku, że nie każde wyjaśnienia dotyczące wysokości zaoferowanej ceny muszą zostać poparte dowodami – jest to zależne od przedmiotu zamówienia, rodzaju kosztów, indywidualnej sytuacji wykonawcy. Jednak w okolicznościach przedmiotowej sprawy, w świetle oceny przez Krajową Izbę Odwoławczą wyjaśnień złożonych przez Comtegra S.A. i Passus S.A. w sprawie o sygn. akt KIO 2637/18, z uwagi na to, że koszt licencji to zasadniczy składnik przedmiotowego zamówienia, na który Odwołujący pozyskał wyjątkowe upusty, a także mając na względzie fakt, że koszt ten jest możliwy do wykazania przez wykonawcę, Izba stwierdziła, że nie złożenie na tę okoliczność dowodu należy uznać za nie wykazanie realności tego kosztu.

Podsumowując, Izba stwierdziła, że kalkulację i argumentację przedstawione przez Odwołującego Zamawiającemu w złożonych wyjaśnieniach należy uznać za bardziej rozbudowane w stosunku do wyjaśnień złożonych przez Comtegra S.A. i Passus S.A., jednak nie na tyle, aby uznać, że Odwołujący wykazał, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Wskazane przez Odwołującego czynniki są jedynie ogólnymi stwierdzeniami, niepopartymi konkretnymi kwotami, o jakie Odwołujący mógł obniżyć cenę. Powyższe jest uzasadnione tym bardziej, że jak wskazano powyżej, Odwołujący nie złożył dowodu na realność zaoferowanej ceny, czy jej części składowej.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego o możliwości powtórnego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny Izba wskazuje, że przepisy ustawy Pzp nie regulują kwestii dopuszczalności ponownego wezwania wykonawcy do złożenia takich wyjaśnień. Należy jednak mieć na uwadze, że celem systemu zamówień publicznych jest umożliwienie wydatkowania środków publicznych w warunkach uczciwej konkurencji, a fundamentem tego systemu są zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Z uwagi na powyższe, Izba przychyliła się do poglądu prezentowanego w orzecznictwie KIO oraz sądów powszechnych, że wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę co do zasady ma charakter jednokrotny, a oferta wykonawcy, który zlekceważył wezwanie zamawiającego
i złożył wyjaśnienia ogólnikowe, nie poparte dowodami, podlega odrzuceniu. Zwrócenie się do wykonawcy, który złożył wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, o dalsze wyjaśnienia jest dopuszczalne, jednak wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca dołożył należytych starań, aby wyjaśnienia były szczegółowe, możliwe było powzięcie informacji o rodzaju i poziomie kalkulowanych przez wykonawcę kosztów, co zostało poparte dowodami, jednak przyjęte założenia czy elementy kalkulacji budzą wątpliwości zamawiającego czy wymagają doprecyzowania. Mając na uwadze treść złożonych przez Odwołującego wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny Izba stwierdziła, że umożliwienie Odwołującemu złożenia dodatkowych wyjaśnień oraz dowodów stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

Mając na względzie przywołane powyżej okoliczności, a także w celu zachowania zasady równego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Izba zdecydowała, że należy oddalić wniesione przez Odwołującego odwołanie.

Izba nie dopatrzyła się uchybień w czynnościach Zamawiającego, a co za tym idzie, nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a także art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak
w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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 :……