Sygn. akt: KIO 373/19

WYROK
z dnia 18 marca 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 marca 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2019 roku przez wykonawcę **Emca S.A. z siedzibą w Warszawie (00-490)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibąw Warszawie (00-175)**

przy udziale wykonawcy **Linux Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (00-807),**zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

oddala odwołanie,

kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Emca S.A. z siedzibą w Warszawie (00-490)** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Emca S.A. z siedzibą w Warszawie (00-490**) tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Warszawie.

Przewodniczący: ……....

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

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego przez Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibąw Warszawie (00-175) [dalej „zamawiający"] na „Rozbudowę oprogramowania SPLUNKz 36 miesięcznym wsparciem i konsultacjami technicznymi" wykonawca Emca S.A.z siedzibą w Warszawie (00-490) złożył odwołanie od czynności zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego oraz wyboru oferty Linux Polska Sp. z o.o.z siedzibą w Warszawie (00-807) jako oferty najkorzystniejszej pomimo faktu, iż oferta ta nie spełnia wymagań Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ").

Odwołujący zarzucił zamawiającego naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp"]:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3, poprzez uznanie, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez uznanie, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści SIWZ,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez zaniechanie jego zastosowania wobec oferty Linux Polska Sp. z o.o.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
3. odrzucenia oferty Linux Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
4. dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,

ewentualnie z ostrożności

5. unieważnienia postępowania jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący stwierdził, że:

ismem z dnia 22 lutego 2019 r., został poinformowany o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,

3 lutego 2019 r. zamawiający wezwał go do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz potwierdzenia, że zaoferowane przez niego w ofercie oprogramowanie równoważne spełnia wymagania zawarte w Rozdziale 1 pkt. 2 ppkt 2) SIWZ,

ismem z dnia 19 lutego 2019 r. udzielił odpowiedzi na wszystkie zagadnienia podniesione przez zamawiającego.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez uznanie, że oferta odwołującego zawiera rażąco niska cenę odwołujący oświadczył, że w swoich wyjaśnieniach wskazał szczegółowo wszystkie czynniki mające wpływ na zaoferowaną cenę, jak również przedstawił szczegółową kalkulację ceny ofertowej.

Odwołujący odniósł się do zawiadomienia o odrzuceniu jego oferty w następujący sposób:

ad 1.1.) zawiadomienia – zamawiający nie wskazał, na czym mają polegać niespójności pomiędzy przedstawionymi kosztami zakupu licencji i kosztów wsparcia producenta rozwiązania z kalkulacją przedstawioną w pkt. 7.1. i 7.2. wyjaśnień; stwierdził, że wszystkie informacje są spójne, na potwierdzenie czego załączył do odwołania ofertę Emca Software Sp. z o.o.

ad 1.2a) zawiadomienia – takie stawki obowiązują u odwołującego i nie odbiegają one od stawek rynkowych, zaś zamawiający nie przedstawił dowodów przeciwnych.

ad 1.2b) zawiadomienia – koszt 160 godzin dodatkowych konsultacji został uwzględniony w koszcie 5000 godzin konsultacji o których mowa w § 4 ust 1. Wzoru Umowy; zamawiający w Formularzu ofertowym nie wskazał miejsca do przedstawienia wyceny dodatkowych 160 godzin konsultacji w związku z czym ich koszt został skalkulowany w wynagrodzeniu umownym.

ad 1.2c) zawiadomienia – w swoich wyjaśnieniach wskazał, że w ramach kosztów licencji uwzględnione zostały również koszty związane z migracją nowego rozwiązania oraz wsparcia dla platformy Splunk na czas migracji świadczonego przez inżynierów EMCA specjalizujących się w technologii Splunk w tym inżyniera z certyfikatem Splunk Certified Architect. Koszt usługi wsparcia dla obecnej instalacji systemu Splunk uwzględniony jestw wycenie migracji. Pracę inżyniera Splunk odwołujący szacuje na 240 roboczogodzin x 258 PLN netto = 61 920 PLN

ad 1.2d) zawiadomienia – koszt specjalistów z certyfikatami RHCE oraz inżyniera RedHat Certified Specialist In OpenShift Administration został skalkulowany w koszcie roboczogodziny Konsultacji,zamawiający nie definiuje wymaganego zaangażowania i pracochłonności wymienionych inżynierów; podczas tworzenia kalkulacji odwołujący

założył wykorzystanie rzeczonych inżynierów w przypadku zaistnienia takiej konieczności.

ad 1.3) zawiadomienia – stwierdził, że nie ma obowiązku wykazywania wysokości zysku, niemniej oświadczył, że zysk został uwzględniony w wynagrodzeniu umownym.

ad 1.4) zawiadomienia – wyjaśnił, że koszty dojazdu do zamawiającego zostały zawarte w koszcie stawki godzinowej; siedziba odwołującego znajduje się w Warszawie, w odległości 10 km od siedziby zamawiającego, wobec czego koszty dojazdu nie stanowią istotnego elementu kosztotwórczego.

ad 1.5) zawiadomienia – oświadczył, że wszystkie koszty zostały zawarte w stawce za roboczogodzinę, która zawiera zarówno koszty ogólnego zarządu, zysk, jak również koszty dojazdów do siedziby zamawiającego; uzupełnił, że w zakresie przedmiotu zamówienia nie ma kosztów delegacji, gdyż wszystkie usługi świadczone są na terenie Warszawy.

ad 1.6) zawiadomienia – stwierdził, że przedstawił szczegółową kalkulację ceny oferty z uwzględnieniem wszystkich okoliczności mających wpływ na tę cenę.

Do odwołania załączył ofertę producenta oprogramowania potwierdzającą – wedle odwołującego – wycenę zawartą w wyjaśnieniach.

Podkreślił, że oferowany produkt jest opracowany przez polskich inżynierów i dlatego jego cena jest niższa niż zagranicznej konkurencji, a nadto że producent oprogramowania jest podmiotem z grupy kapitałowej odwołującego, co ma istotny wpływ na określenie wysokości rabatów dostępnych dla odwołującego.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez uznanie, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści SIWZ odwołujący stanął na stanowisku, że zamawiającego w sposób nieprecyzyjny opisał cechy systemu równoważnego.

Stwierdził, że w swoich wyjaśnieniach potwierdził spełnienie przez oferowane rozwiązanie wszystkich wymagań zamawiającego określonych w Rozdziale I pkt. 2 ppkt. 2), 3) i 4) SIWZ, jak również wskazał odpowiednie strony internetowe, na których znajdują się informacje potwierdzające spełnienie przez produkt oferowany przez odwołującego wszystkich wymagań SIWZ w zakresie równoważności.

Podał, co następuje.

w zakresie ppkt. 2 – producent oprogramowania potwierdza wymaganą współpracę z wymienionymi przez zamawiającego produktami, ale z uwagi na szeroki zakres prowadzonych wdrożeń nie skupia się na detalicznym przedstawieniu wersji, ponieważ te zmieniają się dynamicznie. Oświadczył, że na bazie informacji uzyskanych od producenta potwierdza zgodność z wymaganiami zamawiającego; na potwierdzenie załączył do odwołania oświadczenie EMCA Software Sp. z o.o.

w zakresie ppkt. 3 – producent Forcepoint wskazuje sposób integracji, poprzez protokół syslog, który jest w pełni wspierany, co jest opisane na witrynie producenta Energy Logserver. Zauważył, że nieuzasadnione jest wymaganie od producentów oprogramowania deklarowanie wszystkich nawet najmniejszych realizowanych integracji, które są i tak wykonywane w ramach tych samych protokołów i narzędzi, przykładowo porównywane oprogramowanie Splunk nie posiada potwierdzenia z wymaganym HPE Synergy; załączył do odwołania wydruk ze strony internetowej Energy Logserver.

w zakresie ppkt. 4 – stwierdził, że zarzut jest dla niego niezrozumiały. W Wyjaśnieniach w pkt 6. odwołujący przedstawił opis certyfikatu oraz jego zakres, który potwierdza spełnienie wymagań zamawiającego. Podkreślił, iż w ofercie wskazał jaki produkt równoważny oferuje – jest to oprogramowanie Energy Logserver Perpetual 16 Data Node oraz Energy LogServerSIEM Module Perpetual.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wobec oferty Linux Polska Sp. z o.o. z Warszawy podał, że 28 lutego 2019 r. otrzymał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej

Stwierdził, że zaoferowane przez tego wykonawcę rozwiązanie nie spełnia wymagań określonych w rozdziale I pkt.2, pkt. 2.1. 2). 1) e SIWZ, tj. wymóg posiadania przez oprogramowanie rozwiązania posiadającego natywną integrację, potwierdzoną w oficjalnych dokumentach producenta sprzętu IT, dla posiadanych przez zamawiającego rozwiązań PaloAlto 5060, CheckPoint r77, F5 BIG-IP 7200, ForcePoint oraz HPE Synergy.

Stwierdził, że producent oferowanego rozwiązania nie wykazuje posiadania natywnej integracji, potwierdzonej w oficjalnych dokumentach producenta sprzętu IT dla posiadanego przez zamawiającego rozwiązania HPE Synergy na potwierdzenie czego załączył do odwołania wydruk ze strony internetowej splunk.com

W odniesieniu do zarzutu zaniechania unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp odwołujący stwierdził, że zamawiający opisał takie warunki postępowania, które stawiają oferenta systemu równoważnego w dużo gorszej pozycji. Oświadczył, że analizując sposób prowadzenia postępowania można odnieść wrażanie, iż dopuszczenie zastosowania systemu równoważnego podyktowane jest postanowieniami ustawy, a nie wolą zamawiającego dopuszczenia do postępowania rozważenia ofert konkurencyjnych, mogących realizować założenia projektu przy znacznie niższych kosztach inwestycji.

Stwierdził, że zamawiający specyfikuje przedmiot postępowania, skupiając się na nazwie rozwiązania Splunk. W ocenie odwołującego zamawiający formalnie dopuszcza rozwiązanie równoważne, jednak brak w SIWZ precyzyjnego opisu kryterium równoważności. Podał, że funkcjonalność opisana jest w zaledwie kilku linijkach, co – wedle odwołującego – sugeruje, że wyboru rozwiązania zamawiający dokonał już przed wszczęciem postępowania.

Uzupełnił, że przy wartości przedmiotu zamówienia na poziomie 9 min zł należałoby oczekiwać dokładniejszej specyfikacji funkcji systemu niż tylko podanie nazwy rozwiązania preferowanego.

Podniósł, że dostawca systemu równoważnego zobligowany jest do dostawy licencji wraz ze sprzętem, którego wymiarowanie dwukrotnie przekracza ograniczenia licencji systemu opisanego w Rozdziale I pkt 2.1.2 SIWZ; przedmiotem postępowania jest licencja na ilość danych 1Tb dziennie, ale tylko dostawca systemu równoważnego musi dostarczyć sprzęt dla 2Tb danych dziennie, podczas gdy dostawca licencji Splunk nie musi dostarczać sprzętu. Dodał, że sprzęt, który dostarczyć ma dostawca systemu równoważnego to wartość około 1,8 mln zł netto.

Stwierdził także, że zamawiający „hasłowo" zaznaczył, że sprzęt dla systemu równoważnego musi być w formie "kasetowej", tj. najdroższej opcji dostarczania serwerów. Wskazał, że kaseta jest formą zabudowy serwera i nie ma wpływu na jego prędkość/wydajność, natomiast serwer tradycyjny, wolnostojący, o jednakowych parametrach producenta w porównaniu z identycznym kasetowym będzie prawie dwukrotnie tańszy.

Wskazał, że zamawiający nie podał parametrów środowiska (rodzaj procesorów, pamięci), ale zaznaczył typ obudowy, co znacząco podwyższa koszt oferty systemu równoważnego i sugeruje to, że ważniejsza jest obudowa niż parametry serwera, których zamawiający już nie specyfikuje.

Wskazał także, że zamawiający „hasłowo" zaznaczył, że macierz dyskowa musi być typu "Flash", jednocześnie nie podając więcej parametrów tego urządzenia. Uzupełnił, że macierze Flash są wielokrotnie droższe od macierzy dla

dysków tradycyjnych i nie spotyka się ich zastosowania w projektach wymagających dużych przestrzeni danych. Podkreślił, że obowiązek wyceny macierzy Flash spoczywa tylko na dostawcy systemu równoważnego.

Podniósł nadto, że pomimo przewidywanej dużej wartości dostawy sprzętu zamawiający nie przewidział w postanowieniach umowy procedury odbioru urządzeń ani też harmonogramu dostawy; dokumenty odnoszą się do płatności za licencję/certyfikat producenta systemu i pomijają aspekt ewentualnej dostawy sprzętu oraz płatności za niego; również harmonogram nie zawiera czasu przewidzianego na zakup sprzętu, co sugeruje to, że scenariusz dostawy systemu równoważnego nie jest w rzeczywistości przewidziany i zamawiający pominął formalności z tym związane.

Powołał się na wyrok Krajowej izby Odwoławczej z dnia 29 października 2013 r., sygn. akt KIO 2424/13: „*Zamawiający dopuszczając zaoferowanie rozwiązania równoważnego powinien zagwarantować taki czas jego realizacji, aby wykonawcy oferujący takie rozwiązanie mogli faktycznie i rzetelnie przygotować się do realizacji zamówienia, unikając sankcji za nieterminowe wykonanie zamówienia*".

Stwierdził, że oferowane przez niego rozwiązanie równoważne jest realną konkurencją dla wymienionej aplikacji amerykańskiego producenta Splunk, posiada pełny polski rodowód, referencje z wdrożeń w branży bankowej, energetycznej, publicznej i prywatnej, wobec czego dziwić może fakt tak niechętnego podejścia zamawiającego dla rozwiązania równoważnego.

Oświadczył, że oferowany przez niego produkt posiada również wdrożenia poza granicami, a nadto, że posiada strategicznych partnerów, którzy sprzedają z sukcesem produkt w Szwecji, Anglii oraz w innych krajach, poprzez swoje kanały partnerskie.

Uznał, że jest to rozwiązanie wartościowe, o dużej przydatności w infrastrukturze zamawiającego.

Wskazał dodatkowo, że postępowanie zostało wszczęte w dniu 27 grudnia 2018 r., co ze względu na okres świąteczno-noworoczny uniemożliwiło wniesienie odwołania dotyczącego warunków postępowania i wpłynęło na konkurencyjność postępowania.

Wyraził przekonanie, że z tego też prawdopodobnie powodu w postępowaniu nie złożono żadnych dodatkowych ofert, poza ofertą EMCA S.A., na system równoważny.

Powołał się na wyrok KIO z dnia 9 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1209/18: *„Przesłanka unieważnienia postępowania, o której mowa w przepisie art. 93 ust 1 pkt 7 p.z.p. odwołuje się nie tylko do podstaw unieważnienia umowy zawartych w zamkniętym katalogu art. 146 ust. 1 p.z.p., ale również do innych wad postępowania, z powodu których Prezes Urzędu Zamówień Publicznych jest uprawniony do wystąpienia do sądu z powództwem o unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie przepisu art. 146 ust 6p.z.p.. Katalog wad postępowania, które mogą skutkować unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. jest zatem katalogiem otwartym."*

W ocenie odwołującego w postępowaniu ma się do czynienia z taką okolicznością, gdyż oferty złożone w postępowaniu nie mogą być porównywalne, widoczne jest, że producent systemu Splunk jest preferowany, gdyż ma do zaoferowanie znacznie mniejszy zakres niż pozostali wykonawcy oferujący system równoważny, a zamawiający opisując przedmiot zamówienia naruszył postanowienia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp – nie zapewnił zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Uznał, że wykonawca wybrany w takim postępowaniu zostałby wybrany z naruszeniem postanowień art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Na podstawie dokumentacji przekazanej przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (2 płyty CD) przy piśmie z dnia 7 marca 2019 r., wskazanej w dalszej części uzasadnienia, Odpowiedzi na odwołanie (pismo zamawiającego z dnia 18 marca 2019 r.), Pisma procesowego przystępującego (pismo z dnia 18 marca 2019 r.), a także stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił także, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut uznania, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Pismem z dnia 13 lutego 2019 r. zamawiający, z powołaniem się na art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień, przytaczając treść pkt. 1 z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp co do zakresu tychże wyjaśnień.

Dodatkowo zamawiający wskazał, że oczekuje wyjaśnień „*w której pozycji Formularza Ofertowego i czy w ogóle została uwzględniona cena dotycząca* (…) *infrastruktury*" (str. 1 wezwania drugi akapit) oraz „*czy faktycznie cena oferty w pełni uwzględnia (…) wynagrodzenie w/w osób w zakresie ilości roboczogodzin oraz pracochłonności danej osoby*." (str. 1 wezwania trzeci akapit).

Nadto, poprzez użycie tzw. pogrubionej czcionki, zamawiający podkreślił, że „*oczekuje przedstawienia informacji – szczegółowej kalkulacji ceny oferty – z uwzględnieniem powyższych okoliczności oraz dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ofertowej.*" (str. 1 wezwania czwarty akapit).

Odwołujący odpowiedział na wezwanie zamawiającego – pismem z dnia 19 lutego 2019 r., w tym przedstawił „Kalkulację Ceny ofertowej" (str. 8-9 wyjaśnień).

Odwołujący wskazał w szczególności, że uwzględnił „*dodatkowy 28% rabat na koszty zakupu licencji oraz supportu*" (str. 2 odpowiedzi pkt 1 drugi akapit) oraz „*dodatkowy 10% rabat na koszty zakupu modułu oraz supportu*" (str. 2 odpowiedzi pkt 1 trzeci akapit), podając także, iż dzięki tym rabatom „*ma zapewniony poziom marżowości pozwalający na bezpieczną i opłacalną realizację dostawy i wdrożenia oferowanego rozwiązania*." (str. 3 odpowiedzi pierwszy akapit).

Do odpowiedzi odwołujący nie załączył żadnych dowodów.

Pismem z dnia 22 lutego 2019 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty w szczególności na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu zamawiający podał m.in., że „*Wykonawca w wyjaśnieniach nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających elementy cenowe oferty, takich jak: 1) oferty producenta oprogramowania na zakup licencji oprogramowania, 2) oferty producenta oprogramowania na usługi wsparcia oferowanego oprogramowania, 3) dowodów potwierdzających wynagrodzenie specjalistów.*" (str. 2 zawiadomienia pierwszy akapit).

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Bez wątpienia zamawiający, kierując do odwołującego wezwanie z 13 lutego 2019 r. jednoznacznie wyartykułował, że oczekuje także dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Ten element wezwania odwołujący, składając pismo z 19 lutego 2019 r. oraz w odwołaniu, całkowicie pominął.

Odwołujący nie załączył bowiem do swojej odpowiedzi żadnych dowodów, nie odniósł się także do tej kwestii w odwołaniu, nie prezentując żadnego stanowiska i argumentacji, pozwalającej stwierdzić w szczególności, że ze względu na okoliczności wskazane w odpowiedzi w tym przypadku składanie dowodów było zbędne.

Skład orzekający Izby stwierdza, że powołanie się przez wykonawcę na rabaty od podmiotów zewnętrznych wymaga dla wykazania ich poziomu załączenia do wyjaśnień ofert/umów/porozumień, czy choćby oświadczeń tych podmiotów, zwłaszcza w sytuacji (jak przedmiotowa), gdy chodzi o rabaty wysokie (sięgające 28%), które znacząco wpływają na wysokość zaoferowanej, niskiej ceny (na wpływ ten wskazał sam odwołujący na str. 3 wyjaśnień – „*ma zapewniony poziom marżowości pozwalający na bezpieczną i opłacalną realizację dostawy i wdrożenia oferowanego rozwiązania*".

Brak dowodów oznacza dla zamawiającego brak możliwości jakiejkolwiek weryfikacji twierdzeń samego wykonawcy (co w tym przypadku było niezbędne i kluczowe dla oceny charakteru zaoferowanej ceny), a dla tegoż wykonawcy, że nie wywiązał się z ciążącego na nim obowiązku wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp).

Abstrahując od oceny przez skład orzekający Izby innych zastrzeżeń wskazanych przez zamawiającego w zawiadomieniu z 22 lutego 2019 r., do których odnosił się odwołujący w odwołaniu, uznać wobec powyższego należało, że zaoferowana przez odwołującego cena jest rażąco niska (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp), wobec czego zamawiający zasadne odrzucił ofertę odwołującego.

Zarzut uznania, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści SIWZ czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z rozdziałem I „Przedmiot zamówienia" pkt 2 ppkt 2.1. SIWZ przedmiotem zamówienia jest uzyskanie przez zamawiającego licencji oraz dostępu do usługi wsparcia dla oprogramowania SPLUNK Enterprice Perpetual License 1 TB/day dla 1 szt. lub równoważne oraz SPLUNK Enterprice Security Perpetual License 250 GB/day dla 1 szt lub równoważne.

Zamawiający wskazał tamże sposób rozumienia oprogramowania równoważnego (lit. a – f), w tym: wskazał, że wykonawca zapewni rozwiązanie posiadające natywną integrację, potwierdzoną w oficjalnych dokumentach producenta oprogramowania z RedHat Boss, RedHat Linux Enterprise 7.xxlub wyższy, Oracle Database 11.xx lub wyższy oraz VM, a także rozwiązanie posiadające natywną integrację, potwierdzoną w oficjalnych dokumentach producenta sprzętu IT dla posiadanych przez zamawiającego rozwiązań PaloAlto 5060, CheckPoint r77, F5 BIG-IP 7200, ForcePoint oraz HPE Synergy.

Odwołujący, jak wskazał w Formularzu ofertowym wg wzoru załącznika nr 1A dotyczącego rozwiązania równoważnego, co potwierdził w odwołaniu (str. 5) zaoferował rozwiązanie równoważne Energy Logserver Perpetual – 16 Data Node oraz Energy LogServer SIEM Module Perpetual.

Pismem z dnia 13 lutego 2019 r. na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wezwał odwołującego, wobec zaoferowania oprogramowania równoważnego, m.in. „*do potwierdzenia, iż zaoferowane (…) w ofercie Oprogramowanie równoważne spełnia wymagania Zamawiającego zawarte w Rozdziale I pkt. 2 ppkt 2) SIWZ*" (wymagania dotyczące natywnej współpracy i posiadania natywnej integracji).

Odwołujący udzielił wyjaśnień przy piśmie z dnia 19 lutego 2019 r. i w ich ramach oświadczył, iż zaoferowane przez niego oprogramowanie równoważne spełnia wymagania zamawiającego zawarte w Rozdziale 2 pkt. 2 ppkt. 2) SIWZ (str. 5, trzeci akapit wyjaśnień).

Odwołujący w ramach wyjaśnień wskazał nadto strony internetowe producenta: , , (str. 6 wyjaśnień).

Pismem z dnia 22 lutego 2019 r. zamawiający zawiadomił odwołującego m.in. o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z tego w szczególności powodu, że odwołujący „nie przedstawił jednoznacznych i bezsprzecznych argumentów potwierdzających spełnienie powyższych wymagań".Zamawiający uzasadnił m.in., iż „*pomimo oświadczenia na stronie 6 wyjaśnień, we wskazanych materiałach (na które powołuje się Oferent) nie ma żadnego potwierdzenia jakiejkolwiek współpracy z produktem ForcePoint, co (pomimo oświadczenia złożonego w piśmie) nie znajduje żadnego dowodu w materiałach pod przesłanym adresem www.*".

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Bezsprzecznie, co wyartykułował zamawiający w SIWZ, wymóg co do natywnej integracji, potwierdzonej w oficjalnych dokumentach producenta sprzętu IT dotyczył wyłącznie przypadku oferowania przez wykonawcę równoważnego przedmiotu umowy.

Porównanie zaoferowanego przez odwołującego przedmiotu z tym wskazanym przez zamawiającego w SIWZ prowadzi do oczywistego wniosku, że nie jest to taki sam przedmiot zamówienia, wobec czego wymagał zbadania i oceny, czy jest przedmiotem równoważnym.

W świetle SIWZ nie było wystarczającym złożenie przez wykonawcę „oderwanego" od stanu rzeczywistego oświadczenia o równoważności oferowanego oprogramowania z oprogramowaniem wskazanym w tejże SIWZ. Oświadczenie to miało znajdować potwierdzenie w „*oficjalnych dokumentach producenta oprogramowania*", co oznacza, że odwołujący na wezwanie zamawiającego winien wskazać, które konkretnie treści ze wskazanych przez siebie – jako oficjalnych dokumentów producenta – stron internetowych potwierdzają złożone przez odwołującego oświadczenie, czego odwołujący nie uczynił, poprzestając na prezentacji własnych wniosków, których podstawa, ze względu na sposób ich prezentacji przez odwołującego, nie była możliwa do zidentyfikowania.

Zasadnie zatem zamawiający uznał, że odwołujący nie wykazał zaoferowania równoważnego przedmiotu umowy, co obligowało zamawiającego do odrzucenia oferty odwołującego.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z rozdziałem I „Przedmiot zamówienia" pkt 2 ppkt 2.1. SIWZ przedmiotem zamówienia jest uzyskanie przez zamawiającego licencji oraz dostępu do usługi wsparcia dla oprogramowania SPLUNK Enterprice Perpetual License 1 TB/day dla 1 szt. lub równoważne oraz SPLUNK Enterprice Security Perpetual License 250 GB/day dla 1 szt. lub równoważne.

Zamawiający wskazał tamże (lit. e), iż przez oprogramowanie równoważne rozumie, że wykonawca zapewni oprogramowanie posiadające natywną integrację, potwierdzoną w oficjalnych dokumentach producenta sprzętu IT dla posiadanych przez zamawiającego rozwiązań PaloAlto 5060, CheckPoint r77, F5 BIG-IP 7200, ForcePoint oraz HPE Synergy.

Przystępujący zaoferował SPLUNK Enterprice Perpetual License 1 TB/day oraz SPLUNK Enterprice Securi Perpetual License 250 GB/day (Formularz ofertowy, str. 2 oferty).

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Bezsprzecznie, co wyartykułował zamawiający w SIWZ, wymóg co do natywnej integracji, potwierdzonej w oficjalnych dokumentach producenta sprzętu IT dotyczył wyłącznie przypadku oferowania przez wykonawcę równoważnego przedmiotu umowy.

Porównanie zaoferowanego przez przystępującego przedmiotu z tym wskazanym przez zamawiającego w SIWZ prowadzi do oczywistego wniosku, że jest to taki sam przedmiot zamówienia, tj. SPLUNK Enterprice Perpetual License 1 TB/day oraz SPLUNK Enterprice Security Perpetual License 250 GB/day.

Odwołujący ani w odwołaniu, ani na rozprawie nie wskazał postanowienia SIWZ, które nakłada na wykonawcę oferującego taki sam jak wskazany przez zamawiającego w SIWZ przedmiot dodatkowe wymogi w zakresie wykazania jego cech/parametrów.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że nie ma podstaw do stwierdzenia niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ.

Zarzut unieważnienia postępowania jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, czym zamawiający naruszył przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp jako spóźniony nie mógł zostać poddany przez skład orzekający Izby ocenie.

Wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy są w tym przypadku, wedle odwołującego, warunki postępowania, jakie zamawiający opisał w SIWZ, *„które stawiają oferenta systemu równoważnego w dużo gorszej pozycji*" (str. 5 odwołania ostatni akapit).

Innymi słowy, wada tkwi w postanowieniach SIWZ, których jednak skład orzekający Izby, ze względu na upływ zawitego terminu na ich kwestionowanie, nie może poddać ocenie co do zgodności z przepisami ustawy Pzp.

W konsekwencji za spóźniony uznać także należy zarzut zaniechania przez zamawiającego unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby wskazuje, że „dowody" załączone do odwołania i złożone na posiedzeniu przez odwołującego nie mogły zostać uwzględnione, ponieważ nie dysponował nimi zamawiający na etapie podejmowania czynności odrzucenia oferty odwołującego, a to przecież zgodność czynności zamawiającego z przepisami ustawy Pzp jest poddawana ocenie Izby.

Ponieważ nie potwierdził się żaden z podniesionych w terminie zarzutów skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1) lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: ……