

Sygn. akt: KIO 1549/22

WYROK

z dnia 29 czerwca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Paulina Rypińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 czerwca 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Integrated Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Polską Spółkę Gazownictwa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Integrated Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Integrated Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Polskiej Spółki Gazownictwa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1549/22

Uzasadnienie

Zamawiający Polska Spółka Gazownictwa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę i wdrożenie systemów SIEM (Security Information and Event Management) oraz SOAR (Security Orchestration, Automation and Response), nr ref. 2020/W001/WP-002873. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 250-626230. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 9 czerwca 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Integrated Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wnieśli odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego dokonanej niezgodnie z ustawą Pzp z uwagi na:

- niezasadne uznanie, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówieni z uwagi na złożenie oferty nie obejmującej swoim zakresem elementy określone w §1 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 5 do SIWZ, podczas gdy złożona przez Odwołującego oferta obejmuje wszystkie elementy określone w §1 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 5 do SIWZ, wycenione adekwatnie w Formularzu Ofertowym zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ;
- niezasadne uznanie, że Zamawiający nie może wykorzystać pkt 3 ust. 8 Formularza Ofertowego i nie może dokonać zamówienia rozbudowy systemu SOAR poprzez dodanie nowych użytkowników, podczas gdy z treści oferty Odwołującego wynika, że w przypadku zgłoszenia przez Zamawiającego woli rozbudowy modułu SOAR, może jej dokonać, realizując zamówienia jednostkowe przewidziane w Projekcie Umowy w § 3 ustęp 1, za cenę 812,52 złotych za licencję na jednego użytkownika na jeden miesiąc, podaną w punkcie 3.8 Formularza Ofertowego za każdego dodatkowego użytkownika, aż do maksymalnej liczby użytkowników opisanej w SIWZ;
- niezasadne uznanie, że oferta Odwołującego jest nieporównywalna względem pozostałych złożonych ofert z uwagi na fakt, że Odwołujący złożył ofertę, która przewiduje, że Zamawiający realizując zakup podstawowy licencji SOAR otrzymuje możliwość pracy dla nieograniczonej liczby użytkowników, podczas gdy z treści oferty odwołującego wynika, że oferowane licencje SOAR są limitowane do liczby użytkowników - zarówno w ramach zakresu podstawowego (pkt 3.2 Formularza Ofertowego) dla 10 użytkowników, jak i dla rozbudowy systemu SOAR (pkt 3.8 Formularza Ofertowego) dla 6 użytkowników,

co skutkuje naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący przywołał treść opisu przedmiotu zamówienia, podnosząc, że Zamawiający jasno określił oczekiwaną liczbę użytkowników systemu SOAR w SIWZ, w szczególności w Formularzu Ofertowym, Projekcie Umowy oraz Pytaniach i Odpowiedziach udzielanych w toku postępowania. Odwołujący zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ wycenił oczekiwaną przez Zamawiającego liczbę użytkowników systemu SOAR, co znalazło swoje odzwierciedlenie w Formularzu Ofertowym. Podkreślenia wymaga, że w odpowiedzi Odwołującego na wezwania Zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym w szczególności odpowiedzi z 19 kwietnia 2022 r. jednoznacznie wynika, że oferta Odwołującego zawiera ograniczenia liczby użytkowników, narzucone przez Zamawiającego i wynikające z § 1 ust. 1 pkt 2 Projektu Umowy. Odpowiadając na pytanie Zamawiającego o sposób wyceny i sposób realizacji usługi obejmującej rozbudowę systemu SOAR, Odwołujący wyjaśnił, że dokonał wyceny podstawowego zakresu zamówienia dla systemu SOAR w Formularzu Ofertowym (przygotowanym przez Zamawiającego z zastrzeżeniem zakazu modyfikacji formularza, pominięcia części oraz wskazania wartości zerowych), poprzez rozbięcie ceny modułu ArcSight ESM na wymaganą wycenę modułu podstawowego SOAR (punkt 3.2 Formularza Oferty) i rozbudowy systemu SOAR (punkt 3.8 Formularza Oferty). Odwołujący zaoferował przedmiot zamówienia zgodnie z SIWZ, wyceniając poszczególne elementy Systemu zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i w sposób określony w Formularzu Ofertowym (10 operatorów w zakresie podstawowym - pozycja 3.2 Formularza Ofertowego i rozbudowa o 6 użytkowników - pozycja 3.8 Formularza

Ofertowego). Taki sposób wyceny przedmiotu zamówienia oraz sposób wykonania zamówienia został uznany za zgodny z wymaganiami SIWZ w wyroku wydanym przez Krajową Izbę Odwoławczą w dn. 25 października 2021 r. sygn. KIO 2813/21.

Odwołujący podniósł, że udzielona przez Odwołującego odpowiedź z 19 kwietnia 2022 została błędnie zinterpretowana przez Zamawiającego. Licencja dla 10 użytkowników systemu SOAR w ramach zakresu podstawowego została zaoferowana i wyceniona w punkcie 3.2 Formularza Ofertowego. Zamawiający niezasadnie stwierdza, że realizując zakup podstawowy licencji SOAR (pkt. 3 ust. 2 Formularza Ofertowego) za kwotę 354.232,22 zł otrzymuje możliwość pracy dla nieograniczonej liczby użytkowników, co powoduje, iż pkt 3 ust. 8 Formularza Ofertowego staje się nierealizowalny. Odwołujący podkreślił, że zgodnie z treścią Oferty, Odwołujący dostarcza wymaganą przez Zamawiającego liczbę użytkowników w ramach zakupu podstawowego, ograniczając (również zgodnie z wymogiem SIWZ) liczbę użytkowników systemu, a wymaganą rozbudowę liczby użytkowników, w ramach rozbudowy systemu SOAR oferuje w punkcie 3.8 Formularza Ofertowego.

Odwołujący zauważył, iż w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że wyraźną intencją Zamawiającego było uzyskanie wyceny podstawowego zakresu zamówienia obejmującego dostawę oprogramowania wraz z licencjami oraz wsparciem producenta na system SOAR w wersji zaproponowanej przez Wykonawcę, w zakresie nie większym niż 10 użytkowników (pkt. 3.2 Formularz Ofertowego), oraz wyceny dostawy oprogramowania wraz z licencjami oraz wsparciem producenta na System SOAR, w wersji zaproponowanej przez Wykonawcę, na zamówienie Zamawiającego, nie więcej niż w zakresie 6 użytkowników (pkt. 3.8 Formularza Ofertowego). Jednocześnie Zamawiający, oceniając wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a także stanowisko Odwołującego przedstawione w postępowaniu odwoławczym sygn. KIO 2813/21 uznał, że realizując zakup podstawowy licencji SOAR (pkt. 3 ust. 2 Formularza Ofertowego) za kwotę 354.232,22 zł otrzymuje możliwość pracy dla nieograniczonej liczby użytkowników, co powoduje, iż pkt 3 ust. 8 Formularza Ofertowego staje się nierealizowalny (niemożliwy do wykorzystania przez Zamawiającego), poprzez to, że Zamawiający nie może dokonać zamówienia rozbudowy systemu SOAR, poprzez dodanie nowych użytkowników, ponieważ realizując zakup podstawowy zamówienia obejmującego dostawę oprogramowania wraz z licencjami oraz wsparciem producenta na system SOAR w wersji Micro Focus ArcSight Platform 20.11 otrzymuje nieograniczoną liczbę użytkowników zgodnie z postanowieniami licencyjnymi Producenta. Zamawiający uznał tym samym, że sposób wykonania przedmiotu zamówienia determinują postanowienia umów licencyjnych sformułowane przez producenta oprogramowania, które oferuje Odwołujący, a nie treść oferty Odwołującego. Takie działanie Zamawiającego jest nieuprawnione i bezpodstawne.

Odwołujący podniósł ponadto, że ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia składa Odwołujący, dostosowując (konfiguruje) produkt producenta do wymagań Zamawiającego. Micro Focus nie jest wykonawcą, a jedynie producentem platformy, dostarczanej i konfigurowanej przez Odwołującego zgodnie z wymaganiami SIWZ. Powoływanie się przez Zamawiającego na fakt, że w postanowieniach licencyjnych produktu producent nie ogranicza liczby użytkowników systemu SOAR jest błędne, ponieważ to Odwołujący jest stroną umowy z Zamawiającym i dostawcą rozwiązania oferowanego Zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Platforma Micro Focus ArcSight jest elastycznym rozwiązaniem o szerokim zakresie funkcjonalności, które mogą być dostosowane do indywidualnych potrzeb odbiorcy. To Odwołujący odpowiada za dostosowanie tego systemu do potrzeb zdefiniowanych przez Zamawiającego, w szczególności wymagań opisanych w § 1 ust. 1 pkt 20 Projektu Umowy.

Odwołujący w odpowiedzi z dn. 19 kwietnia 2022 r. oświadczył, że co prawda standardowe warunki licencjonowania ArcSight SOAR nie ograniczają liczby użytkowników (operatorów) systemu SOAR, jednak niezależnie od tego, w złożonej Zamawiającemu ofercie, cena oferowanego modułu i jego rozbudowy została rozbита na dwie części (zakres podstawowy i rozbudowa) zgodnie z Formularzem Ofertowym. W pkt 3.2. Formularza Ofertowego Odwołujący zaoferował dostawę licencji dla systemu SOAR dla 10 użytkowników. W pkt 3.8. Formularze ofertowego Odwołujący zaoferował dostawę licencji do rozbudowy systemu SOAR dla 6 użytkowników. Z treści oferty Odwołującego wynika, że w przypadku zgłoszenia przez Zamawiającego woli rozbudowy modułu SOAR, Zamawiający może dokonać rozbudowy, realizując zamówienia jednostkowe przewidziane w Projekcie Umowy w § 3 ust. 1, za cenę 812,52 złotych za licencję na jednego użytkownika na jeden miesiąc, podaną w punkcie 3.8 Formularza Ofertowego za każdego dodatkowego użytkownika, aż do maksymalnej liczby użytkowników opisanej w SIWZ. Bezpodstawne jest w świetle powyższego twierdzenie Zamawiającego, że pkt 3 ust. 8 Formularza Ofertowego staje się nierealizowalny (niemożliwy do wykorzystania przez Zamawiającego), poprzez to, że Zamawiający nie może dokonać zamówienia rozbudowy systemu SOAR, poprzez

dodanie nowych użytkowników. Z treści oferty wynika, że realizując zakup podstawowy zamówienia obejmującego dostawę oprogramowania wraz z licencjami oraz wsparciem producenta na system SOAR w wersji Micro Focus ArcSight Platform 20.11 otrzymuje ograniczoną liczbę użytkowników zgodnie z postanowieniami § 1 ust. 1 pkt 2) Projektu Umowy.

Niezależnie od powyższego, z ostrożności procesowej Odwołujący wskazał na wyjaśnienia Zamawiającego dotyczące treści SIWZ. Jeden z uczestników postępowania zapytał, czy intencją Zamawiającego jest wprost ograniczanie liczby użytkowników systemu SOAR, a z odpowiedzi Zamawiającego wynika, że intencją nie jest limitowanie liczby użytkowników, tylko zapewnienie konta imiennego dla każdego użytkownika systemu. Odwołujący powołał się na pytania i odpowiedzi dn. 29 stycznia 2021, pytanie nr 27, strona 13, pytanie nr 28 strona 14, pytanie nr 31 strona 15. Odwołujący zwrócił także uwagę na fakt, że zgodnie z SIWZ Zamawiający przewidział dokonanie oceny ofert poprzez ocenę próbki.

Zamawiający nie dokonał jednak oceny oferty Odwołującego poprzez badanie próbki, nie zweryfikował zatem w praktyce funkcjonalności i parametrów oferowanego przez Odwołującego rozwiązania. Wstępnie prezentacja próbki została wyznaczona na dzień 10 stycznia 2022 r., który to termin Zamawiający wielokrotnie przesunął. Zamawiający nie wezwał Odwołującego, do dnia dzisiejszego, do prezentacji próbki. W odwołaniu podniesiono ponadto, że w uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający wskazał, że zaofertowane przez Odwołującego rozwiązania są niezgodne z SIWZ - oferują rozwiązania inne niż te wymagane przez Zamawiającego. Brak jest przy tym w uzasadnieniu wskazania, z którymi konkretnie wymaganiami Zamawiającego oferta Odwołującego jest niezgodna. Świadczy to tylko o tym, że Zamawiający nieprawidłowo ocenił ofertę Odwołującego - nie potrafiąc przyporządkować stwierdzonych hipotetycznych niezgodności do konkretnych wymagań SIWZ.

Z ostrożności procesowej, Odwołujący wskazał, iż powyższe nieprawidłowe działania Zamawiającego wynika z przyjęcia jako podstawy odniesienia dla oceny oferty nie treści SIWZ, ale rozwiązania opartego na produkcie innego producenta. Wymuszenie ograniczenia liczby użytkowników systemu SOAR wynika z modelu licencjonowania producenta Splunk, którego przedstawiciel w niniejszym postępowaniu złożył znacznie droższą ofertę. Odwołujący zrzut ekranu ze strony producenta Splunk. Przywołał też poglądy doktryny i orzecznictwo wskazujące, iż niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp polega na niezgodności zobowiązania, które wykonawca wyraża w swojej ofercie z zakresem zobowiązania, które opisał Zamawiający i którego przyjęcia oczekuje. Odrzucenie oferty dopuszczalne jest, gdy w treści oferty znajduje się oczywista nieusuwalna niezgodność (oświadczenia woli) z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ, a taka niezgodność, zdaniem Odwołującego, nie zachodzi pomiędzy treścią oferty Odwołującego a treścią SIWZ, ponieważ zaofertowany przez Odwołującego przedmiot zamówienia obejmuje swym zakresem elementy określone w § 1 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy i zapewnia Zamawiającemu możliwość rozbudowy systemu SOAR do wskazanej w SIWZ liczby użytkowników.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Mając na uwadze treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem

1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej jako „ustawa nPzp”).

Izba stwierdziła, iż w terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy nPzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy nPzp.

Izba uznała, iż Odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i nakazania

Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SIWZ, ofertę Odwołującego, wyjaśnienia udzielone przez Odwołującego na wezwania Zamawiającego w toku postępowania, zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego. Izba ponadto dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentu złożonego przez Odwołującego na rozprawie w postaci oświadczenia Micro Focus Polska Sp. z o.o. z dnia 26 czerwca 2022 r. na okoliczności wynikające z jego treści.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa i wdrożenie systemów SIEM (Security Information and Event Management) oraz SOAR (Security Orchestration, Automation and Response). Zgodnie z pkt 3.2 SIWZ Szczegółowy opis Przedmiotu Zamówienia, zakres usług, wymagania oraz obowiązki stron wynikające z realizacji Przedmiotu Zamówienia, określone zostały w Załączniku nr 6 do SIWZ Opis przedmiotu Zamówienia oraz we wzorze umowy stanowiącym Załącznik nr 5 do SIWZ.

W §1 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 5 do SIWZ wskazano, iż Zamawiający zleca, a Wykonawca zobowiązuje się zrealizować na rzecz Zamawiającego dostawę oprogramowania wraz z licencjami oraz wsparciem producenta na system SOAR (System SOAR) w zakresie nie mniejszym niż 10 użytkowników o następujących rolach:

2 administratorów SOAR, 1 kierownik SOC, 4 operatorów SOC, 3 osoby mające dostęp do systemu na zasadzie read only (tylko do odczytu), przy czym dostarczone licencje będą umożliwiały pracę jedynie 2 operatorom jednocześnie oraz nie większym niż 16 użytkowników dla użytkowników o następujących rolach: 2 administratorów SOAR, 2 kierowników SOC, 9 operatorów SOC, 3 osoby mające dostęp do systemu na zasadzie read only (tylko do odczytu) z czego w zakresie 6 użytkowników dla użytkowników o następujących rolach: 1 kierownik SOC i 5 operatorów SOC na zasadach określonych w § 3, przy czym dostarczone na podstawie Umowy licencje będą umożliwiały pracę jedynie 3 operatorom jednocześnie.

W załączniku nr 1 do SIWZ (wzór formularza ofertowego) zamawiający wymagał zaofiarowania m.in.: „3. Oferuję/oferujemy** wykonanie przedmiotu Zamówienia zgodnie z wszystkimi wymogami określonymi w SIWZ oraz we wzorze Umowy za cenę

przedstawioną poniżej: (...)

2. Dostawa oprogramowania wraz z licencjami oraz wsparciem producenta na system SOAR

w wersji.....w zakresie 10 użytkowników o następujących rolach: 2 administratorów

SOAR, 1 kierownik SOC, 4 operatorów SOC, 3 osoby mające dostęp do systemu na zasadzie read only (tylko do odczytu), przy czym dostarczone licencje będą umożliwiały

pracę jedynie 2 operatorom jednocześnie, cena wynosi: zł (słownie:

.....złotych) netto. (...);

8. Dostawa oprogramowania wraz z licencjami oraz wsparciem producenta na System

SOAR, w wersji , na zamówienie Zamawiającego, nie więcej niż w zakresie 6

użytkowników, dla użytkowników o następujących rolach: 1 kierownik SOC i 5 operatorów SOC, przy czym dostarczone licencje łącznie będą umożliwiały pracę jedynie 3 operatorom

jednocześnie. cena wynosi: zł [podana cena powinna wynikać z ceny

jednostkowej wskazanej poniżej x 6 użytkowników x 36 miesięcy] (słownie:

..... złotych) netto. W tym cena jednostkowa za 1 licencję dla jednego

użytkownika obowiązującą 1 miesiąc wynosi: zł (słownie:

złotych) netto.

Zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia udzielił wyjaśnień treści

SIWZ, w tym:

- w odpowiedzi na pytanie nr 11 o treści: „Prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający dopuszcza wstawienie stwierdzenia „nie dotyczy” w miejscu ceny wyrażonej w PLN w Formularzu Cenowym (Załącznik nr 1 do SIWZ opublikowanym dnia 1 marca 2021 roku) dla tych elementów, które nie są objęte dodatkowym licencjonowaniem i nie są dodatkowe płatne w oferowanym przez nas rozwiązaniu, a funkcjonalność ta zawarta jest w innych modułach proponowanym przez nas rozwiązaniach. Podana „Łączna wartość netto” i „Łączna wartość brutto” naszego rozwiązania w Formularzu Cenowym będzie zawierała realizację wszystkich wymagań co do funkcjonalności wskazanej przez

Zamawiającego w dokumencie SIWZ z dnia opublikowanym dnia 1 marca 2021 roku.”, Zamawiający wskazał, iż „Zamawiający nie dopuszcza takiej możliwości. Wszystkie pozycje w Formularzu ofertowym winny być wypełnione.”

- w odpowiedzi na pytanie nr 27 o treści: „W Załączniku nr 1 do SIWZ w formularzu ofertowym w pkt 3 tir. 2 wskazano, że dostawa dotyczyć ma „oprogramowania wraz z licencjami oraz wsparciem producenta na system SOAR w zakresie 10 użytkowników o następujących rolach: 2 administratorów SOAR, 1 kierownik SOC, 4 operatorów SOC, 3 osoby mające dostęp do systemu na zasadzie read only (tylko do odczytu), przy czym dostarczone licencje będą umożliwiały pracę jedynie 2 operatorom jednocześnie”. Zamawiający zakłada dostawę licencji dla 10 użytkowników przy jednoczesnym wykorzystaniu dwóch licencji operatorskich jednocześnie. Czy zamawiający oczekuje współdzielenia kont operatorskich w systemie, jest to informacja wydajnościowa, czy też Zamawiający oczekuje ograniczenia ilości jednocześnie zalogowanych osób? Wskazujemy, że taki zabieg może potencjalnie wpłynąć na jedną z cech systemu informatycznego jaką jest rozliczalność działań użytkowników lub też zmniejszyć użyteczność systemu podczas zwiększonego zapotrzebowania na pracę operatorów (np. podczas ataku na organizację).” Zamawiający wskazał, iż „Zamawiający podtrzymuje wymogi w tym zakresie. Intencją Zamawiającego jest posiadanie imiennych kont dla wszystkich użytkowników systemu SOAR określonych wg wskazanych w SIWZ ról, przy czym dla operatorów określony został tryb pracy umożliwiający pracy dwóch operatorów jednocześnie. W zapisach SIWZ w wymaganiach technicznych w pkt 31 został określony wymóg wydajnościowy dla ilości jednocześnie pracujących w systemach SIEM oraz SOAR.

- W odpowiedzi na pytanie nr 28 o treści „W Załączniku nr 1 do SIWZ w formularzu ofertowym w pkt 3 tir. 8 wskazano, że dostawa dotyczyć ma „oprogramowania wraz z licencjami oraz wsparciem producenta na System SOAR do docelowego wymiaru licencji 16 użytkowników, na zasadach umowy dla użytkowników o następujących rolach użytkowników: 2 administratorów SOAR, 2 kierowników SOC, 9 operatorów SOC, 3 osoby mające dostęp do systemu na zasadzie read only (tylko do odczytu), przy czym dostarczone licencje będą umożliwiały pracę jedynie 3 operatorom jednocześnie”. Zamawiający zakłada dostawę licencji dla 16 użytkowników przy jednoczesnym wykorzystaniu trzech licencji operatorskich jednocześnie. Czy zamawiający oczekuje współdzielenia kont operatorskich w systemie, jest to informacja wydajnościowa, czy też Zamawiający oczekuje ograniczenia ilości jednocześnie zalogowanych osób? Wskazujemy, że taki zabieg może potencjalnie wpłynąć na jedną z cech systemu informatycznego jaką jest rozliczalność działań użytkowników lub też zmniejszyć użyteczność systemu podczas zwiększonego zapotrzebowania na pracę operatorów (np.

podczas ataku na organizację).” Zamawiający wyjaśnił, iż „Zamawiający podtrzymuje wymogi w tym zakresie. Intencją Zamawiającego jest posiadanie imiennych kont dla wszystkich użytkowników systemu SOAR określonych wg wskazanych w SIWZ ról, przy czym dla operatorów określony został tryb pracy umożliwiający pracy trzech operatorów jednocześnie. W zapisach SIWZ w wymaganiach technicznych w pkt 31 został określony wymóg wydajnościowy dla ilości jednocześnie pracujących w systemach SIEM oraz SOAR.”

- W odpowiedzi na pytanie nr 31 o treści „Prosimy o potwierdzenie, że wymaganie jednoczesnej pracy dla maksymalnie dwóch użytkowników systemu SOAR dotyczy tylko operatorów SOC (max 2 operatorów pracuje jednocześnie spośród wszystkich czterech), a system SOAR ma w tym samym czasie umożliwić pracę na innych wymienionych kontaktach (2x administrator SOAR + 1x kierownik SOC + 3x osoby z dostępem read-only).” Zamawiający wyjaśnił, iż „Zamawiający podtrzymuje wymogi w tym zakresie. Intencją Zamawiającego jest posiadanie imiennych kont dla wszystkich użytkowników systemu SOAR określonych wg wskazanych w SIWZ ról, przy czym dla operatorów określony

został tryb pracy umożliwiający pracy dwóch operatorów jednocześnie. W zapisach SIWZ w wymaganiach technicznych w pkt 31 został określony wymóg wydajnościowy dla ilości jednocześnie pracujących w systemach SIEM oraz SOAR.”

W postępowaniu ofertę złożyło czworo wykonawców, w tym Odwołujący. Odwołujący w pkt. 3.2 formularza ofertowego wskazał, iż oferuje dostawę oprogramowania wraz z licencjami oraz wsparciem producenta na system SOAR w wersji Micro Focus ArcSight Platform 20.11 w zakresie 10 użytkowników o następujących rolach: 2 administratorów SOAR, 1 kierownik SOC, 4 operatorów SOC, 3 osoby mające dostęp do systemu na zasadzie read only (tylko do odczytu), przy czym dostarczone licencje będą umożliwiały pracę jedynie 2 operatorom jednocześnie, cena wynosi: 354.232,22 zł (słownie: trzysta pięćdziesiąt cztery tysiące dwieście trzydzieści dwa i 22/100 złotych) netto.

Odwołujący w pkt. 3.8 formularza ofertowego wskazał, iż oferuje dostawę oprogramowania wraz z licencjami oraz wsparciem producenta na System SOAR, w wersji Micro Focus ArcSight Platform 20.11, na zamówienie Zamawiającego, nie więcej niż w zakresie 6 użytkowników, dla użytkowników o następujących rolach: 1 kierownik SOC i 5 operatorów SOC, przy czym dostarczone licencje łącznie będą umożliwiały pracę jedynie 3 operatorom jednocześnie. Cena wynosi: 175.504,32 zł [podana cena powinna wynikać z ceny jednostkowej wskazanej poniżej x 6 użytkowników x 36 miesięcy] (słownie: sto siedemdziesiąt pięć tysięcy pięćset cztery i 32/100 złotych) netto. W tym cena jednostkowa za 1 licencję dla jednego użytkownika obowiązującą 1 miesiąc wynosi: 812,52 zł (słownie: osiemset dwanaście i 52/100 złotych) netto.

Zamawiający pismem z dnia 20 maja 2021 r., działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał, że cena całkowita oferty jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 Ustawy. Równocześnie jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. W odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący złożył wyjaśnienia z dnia 28 maja 2021 r. których treść zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 13 września 2021 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego

o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy

Pzp. Ww. czynność Zamawiającego została unieważniona na skutek wyroku Izby z dnia 25 października 2021 r., sygn. akt KIO 2813/21 uwzględniającego odwołanie wniesione przez Odwołującego.

Zamawiający po unieważnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego, w dniu 8 kwietnia 2022 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty. Wskazał, iż biorąc pod uwagę wyjaśnienia wykonawcy z dnia 28.05.2021 r. złożone na wezwanie Zamawiającego z dnia 20.05.2021 oraz złożone oświadczenie wykonawcy podczas rozprawy, która odbyła się w dniu 25.10.2021 r. w sprawie o sygnaturze akt KIO 2813/21, prosi o odpowiedź m.in. na poniższe pytania:

1) W jaki sposób Wykonawca wycenił i zamierza świadczyć rozbudowę systemu SOAR oferowaną w punkcie 3 ust. 8 Formularza Ofertowego. Czy Zamawiający dobrze interpretuje treść oferty w taki sposób, że realizując zakup podstawowy licencji SOAR (pkt. 3 ust. 2 Formularza Ofertowego) za kwotę 354.232,22 zł otrzymuje możliwość pracy dla nieograniczonej liczby użytkowników? W przypadku odpowiedzi twierdzącej, Zamawiający prosi o przesłanie oświadczenia producenta lub linku do informacji na stronie producenta potwierdzającego wskazany wyżej sposób licencjonowania.

2) Czy Zamawiający dobrze interpretuje treść oferty w taki sposób, że oferowany system SIEM firmy Micro Focus, którego integralną część stanowi system SOAR, licencjonowany jest za pomocą ilości zdarzeń przesłanych do systemu wyrażonych w liczbie EPS i tym samym system umożliwia korzystanie z jego funkcjonalności bez ograniczenia licencyjnego liczby użytkowników? W przypadku odpowiedzi twierdzącej Zamawiający prosi o przesłanie oświadczenia producenta lub linku do informacji na stronie Producenta potwierdzającego wskazany wyżej sposób licencjonowania. Mając na uwadze pkt. 1-2 powyżej, Zamawiający wskazał, że zgodnie z zapisami wzoru Umowy oraz OPZ, Zamawiający może ale nie musi dokonać rozbudowy systemu SIEM oraz systemu SOAR

o dodatkowe licencje do wymiaru maksymalnego wskazanego w postępowaniu.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący złożył wyjaśnienia, wskazując w zakresie pytania nr 1, iż SOAR jest częścią systemu ArcSight ESM, co było podkreślane w odpowiedziach udzielonych na wezwania Zamawiającego (z dnia 2022-05-21 oraz z dnia 2022-07-07) do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny. Odwołujący powołał się też na treść pisma z dnia 15 lipca 2021 r. (uzupełniające wyjaśnienia dotyczące kalkulacji ceny ofertowej). Odwołujący wskazał ponadto, iż dokonał wyceny podstawowego zakresu zamówienia dla systemu SOAR w Formularzu Ofertowym (przygotowanym przez Zamawiającego, gdzie niedopuszczalna była modyfikacja FO, pominięcie części ani wskazanie wartości zerowych) poprzez rozbitcie ceny modułu ArcSight ESM na wymaganą wycenę modułu podstawowego SOAR (punkt 3.2 FO) i rozbudowy systemu SOAR (punkt 3.8 FO). Wykonawca zaoferował przedmiot zamówienia zgodnie z SIWZ, wyceniając poszczególne elementy Systemu zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i w sposób określony w Formularzu Ofertowym (10 operatorów w zakresie podstawowym - pozycja 3.2 FO i rozbudowa o 6 użytkowników - pozycja 3.8 FO). Wykonawcy nie byli uprawnieni do dowolnej modyfikacji Formularza ofertowego, adekwatnie do modelu licencjonowania Producenta oferowanego przez poszczególnych wykonawców Rozwiązania. Sposób oferowania oprogramowania SOAR został narzucony przez Zamawiającego w SIWZ i odzwierciedlony w Formularzu Ofertowym - 10 operatorów w zakresie podstawowy (pozycja 3.2 FO) i rozbudowa o 6 użytkowników (pozycja 3.8 FO). Standardowe warunki licencjonowania ArcSight SOAR nie ograniczają liczby użytkowników (operatorów) systemu SOAR. Niezależnie od tego, w złożonej Zamawiającemu ofercie, cena oferowanego modułu i jego rozbudowy musiała zostać rozbita na dwie części (zakres podstawowy i rozbudowa) zgodnie z Formularzem Ofertowym. Wykonawca zwraca uwagę, że w toku postępowania zwracał się do Zamawiającego z pytaniem o możliwość modyfikacji Formularza Ofertowego. Pytanie Zamawiający opublikował w dniu 2021-03-12 jako pytanie nr 11 na stronie 16, razem z odpowiedzią udzieloną przez Zamawiającego (Odwołujący przytoczył treść pytań i odpowiedzi). W zawiązku z tym, zgodnie ze złożoną ofertą, w zakresie podstawowym Zamawiający otrzymuje możliwość użytkowania systemu SOAR przez 10 użytkowników (operatorów), a w zakresie jego rozbudowy - do 6 kolejnych użytkowników (operatorów). Wykonawca zwrócił uwagę, że powyższy sposób określenia ceny Oferty, oraz warunki zaoferowanego przez Wykonawcę rozwiązania, zostały potwierdzone jako prawidłowe i zgodne z SIWZ w postępowaniu odwoławczym przez Krajową Izbą Odwoławczą, co odzwierciedla uzasadnienie wyroku KIO 2813/21 z dnia 25 października 2021.

W zakresie pytania nr 2 Odwołujący wyjaśnił, iż zaoferowane rozwiązanie SIEM licencjonowane jest za pomocą ilości zdarzeń przesłanych do systemu wyrażonych w liczbie EPS i nie ogranicza liczby użytkowników systemu ArcSight SIEM. Na dowód załączono oświadczenie producenta o treści: „W imieniu Micro Focus producenta oprogramowania ArcSight potwierdzam, że zaoferowany przez Integrated Solutions Sp. z o.o. Lider Konsorcjum System ArcSight Platform licencjonowany jest za pomocą ilości zdarzeń przesłanych do sytemu wyrażonych w liczbie EPS. Zaoferowane komponenty między innymi ArcSight SOAR, ArcSight ESM, jak i ArcSight Logger, umożliwia korzystanie z jego funkcjonalności bez ograniczenia licencyjnego liczby użytkowników pracujących w tym systemie (umożliwia pracę nieograniczonej liczby użytkowników). Jednocześnie potwierdzam, że ArcSight SOAR jest częścią ArcSight ESM.”

Zamawiający w dniu 30 maja 2022 r. zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, iż wymagał złożenia oferty obejmującej swym zakresem elementy określone w §1 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 5 do SIWZ. Zamawiający wskazał, iż jego wyraźną intencją było uzyskanie wyceny podstawowego zakresu zamówienia obejmującego dostawę oprogramowania wraz z licencjami oraz wsparciem producenta na system SOAR w wersji zaproponowanej przez wykonawcę, w zakresie nie większym niż 10 użytkowników (pkt. 3.2 Formularz Ofertowego), oraz wyceny dostawy oprogramowania wraz z licencjami oraz wsparciem producenta na System SOAR, w wersji zaproponowanej przez wykonawcę, na zamówienie Zamawiającego, nie więcej niż w zakresie 6 użytkowników (pkt. 3.8 Formularza Ofertowego). Biorąc pod uwagę wyjaśnienia Odwołującego z dnia 28.05.2021 r. złożone na wezwanie Zamawiającego z dnia 20.05.2021 r. oraz złożone oświadczenie Odwołującego podczas rozprawy, która odbyła się w dniu 25.10.2021 r. w sprawie o sygnaturze akt KIO 2813/21, a także wyjaśnienia Odwołującego z dnia 19.04.2022 r. złożone na wezwanie Zamawiającego z dnia 08.04.2022 r., Zamawiający stwierdził, że realizując zakup podstawowy licencji SOAR (pkt. 3 ust. 2 Formularza Ofertowego) za kwotę 354.232,22 zł otrzymuje możliwość pracy dla nieograniczonej liczby użytkowników, co powoduje, iż pkt 3 ust. 8 Formularza Ofertowego staje się nierealizowalny (niemożliwy do wykorzystania przez Zamawiającego), poprzez to, że Zamawiający nie może dokonać zamówienia rozbudowy systemu SOAR, poprzez dodanie nowych użytkowników, ponieważ realizując zakup podstawowy zamówienia obejmującego dostawę oprogramowania wraz z licencjami oraz wsparciem producenta na system SOAR w wersji Micro Focus ArcSight Platform 20.11 otrzymuje nieograniczoną liczbę użytkowników zgodnie z postanowieniami licencyjnymi

Producenta. Odwołujący do wyjaśnień z dnia 19.04.2022 r. załączył oświadczenie Producenta zaproponowanego rozwiązania wskazujące, że cały system i jego postanowienia licencyjne, w żaden sposób nie ograniczają liczby użytkowników korzystających z systemu.

System licencjonowany jest jedynie poprzez ilość danych do niego przesłanych wyrażonych w EPS - Event pers second [zdarzenia na sekundę].

Dodatkowo Zamawiający wskazał, że oferta Odwołującego jest nieporównywalna względem pozostałych złożonych ofert z uwagi na fakt, że Odwołujący złożył ofertę, która przewiduje, że Zamawiający realizując zakup podstawowy licencji SOAR otrzymuje możliwość pracy dla nieograniczonej liczby użytkowników. Natomiast pozostali Wykonawcy złożyli oferty zgodnie z wymaganiami SIWZ, tj. wycenili dostawę oprogramowania wraz z licencjami oraz wsparciem producenta na System SOAR, w wersji Micro Focus ArcSight Platform 20.11, w wersji podstawowej dla nie więcej niż w zakresie 10 użytkowników. Powyższe wątpliwości, Zamawiający powziął po dogłębnej analizie formularza ofertowego oraz wszystkich dokumentów dookreślających i precyzujących zobowiązanie wykonawcy, złożonych podczas trwania postępowania. Zamawiający zaznaczył, że w dniu 25.10.2021 r. odbyła się rozprawa w sprawie o sygnaturze akt KIO 2813/21, podczas której Odwołujący zarzucił Zamawiającemu dokonanie nieprawidłowej czynności odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na:

- niezasadne uznanie, że treść oferty Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ z uwagi na niezaoferowanie przez Odwołującego i brak wyceny w pkt 3 ppkt 10 formularza oferty licencji EPS niezbędnych do zapewnienia obsługi 20 000 netflow per minute, podczas gdy Odwołujący zaoferował i wycenił właściwy rodzaj i liczbę licencji EPS niezbędnych do zapewnienia obsługi 20 000 netflow per minute,
- niezasadne uznanie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia z uwagi na niezaoferowanie i niewycenienie przez Odwołującego w pkt 3 ppkt 10 formularza oferty żadnych licencji, podczas gdy Odwołujący zaoferował i wycenił wszystkie licencje niezbędne do wykonania zamówienia w liczbie większej niż minimalna określona przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym licencje wymagane do obsługi modułu analizy ruchu sieciowego, co znalazło odzwierciedlenie w pkt 3 formularza oferty w sposób zgodny ze sposobem obliczenia ceny określonym przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający wskazał, iż zidentyfikował dodatkowe nieprawidłowości w złożonej ofercie, które nie są związane z poprzednimi przesłankami odrzucenia oferty. Stwierdził, że oferta Odwołującego nie odpowiada wymaganiom zawartym w SIWZ i postanowieniach umowy. Twierdzenie Wykonawcy o prawidłowości oferty w opisanych punktach ma charakter pozorny. Zamawiający podkreślił, że niezgodność treści oferty z opisem przedmiotu zamówienia - która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym

postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w SIWZ wymaganiom. Właśnie z taką sytuacją w ocenie Zamawiającego mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu w związku z ofertą złożoną przez Odwołującego. Zamawiający wskazał także na wyrok KIO z dnia 19 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 268/21. Podniósł, iż przedstawiona informacja przez wykonawcę pokazuje wyraźnie, że zaoferowane przez Konsorcjum rozwiązania są niezgodne z SIWZ - oferują rozwiązania inne, niż te wymagane przez Zamawiającego. Konsorcjum, jeżeli chciało zaoferować inne rozwiązania niż te wskazane przez Zamawiającego w treści dokumentów zamówienia, mogło skorzystać z instytucji wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ i wskazać na możliwość dokonania zmiany treści SIWZ w tym zakresie oraz jednocześnie złożyć odwołanie (Zamawiający wskazał na wyrok o sygn. akt KIO 1446/18). Tak się jednak nie stało, w związku z czym ofertę Konsorcjum należy oceniać przez pryzmat dokładnej treści dokumentów zamówienia. Zarówno treść SIWZ, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: Zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy (Konsorcjum), który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego, co do zasady, porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ - jest z nią zgodna. Zamawiający wskazał także na wyroki KIO w sprawach o sygn. akt KIO 2018/20, KIO 1543/14, KIO 2383/17.

lżba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Za nieudowodniony Izba uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Jak wskazuje się konsekwentnie w orzecznictwie, co było niesporne pomiędzy Stronami, niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanemu przez zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. Dodać należy, że to zamawiający określa w SIWZ

16

wymagania zarówno w odniesieniu do świadczenia, które zamawia, jak i w odniesieniu do zakresu i sposobu konkretyzacji oświadczenia woli składanego przez wykonawcę, będącego podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. Oferowany przez wykonawcę produkt powinien być zgodny z ustalonymi w SIWZ wymogami, a oświadczenia i dokumenty składane przez wykonawcę następnie w toku postępowania o udzielenie zamówienia na wezwania Zamawiającego powinny pozostawać spójne z oświadczeniem woli wykonawcy złożonym w ofercie. W przypadku powstania u zamawiającego wątpliwości co do zgodności treści oferty z treścią SIWZ, zadaniem wykonawcy, w odpowiedzi na wezwanie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, jest wykazać w sposób jednoznaczny tę zgodność. W tym celu wykonawca ma możliwość korzystania z dowolnych środków dowodowych, kluczowe jest natomiast dołożenie przez wykonawcę podczas składania wyjaśnień należytej staranności, ponieważ to na podstawie tych wyjaśnień Zamawiający podejmuje ostateczną decyzję co do zgodności oferty z warunkami zamówienia i jej ewentualnego odrzucenia.

Izba stwierdziła, iż decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego, podejmowana na gruncie oświadczeń i dokumentów złożonych przez Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym wyjaśnień, jakich udzielił wykonawca na wezwanie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, nie naruszała art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący nie wykazał również w postępowaniu odwoławczym, aby zaskarżona czynność Zamawiającego była niezgodna z przepisami ustawy.

Na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba ustaliła, że zaoferowane przez Odwołującego oprogramowanie ArcSight producenta Micro Focus, w tym komponent ArcSight SOAR, zgodnie ze standardowymi warunkami licencyjnymi producenta, umożliwia korzystanie z jego funkcjonalności bez ograniczenia licencyjnego liczby użytkowników pracujących w tym systemie, tj. umożliwia pracę nieograniczonej liczby użytkowników (vide pismo Micro Focus Polska Sp. z o.o. z 15.04.2022 r.). Oprogramowanie licencjonowane jest przez liczbę zdarzeń przesyłanych do systemu, a nie liczbę użytkowników. Powyższe wynika wprost z wyjaśnień Odwołującego z dnia 19 kwietnia 2022 r., gdzie wskazano, iż „Standardowe warunki licencjonowania ArcSight SOAR nie ograniczają liczby użytkowników (operatorów) systemu SOAR.”

Powyższe rozwiązanie różni się od modelu przyjętego w SIWZ przez Zamawiającego, który oczekiwał zaoferowania produktu z ograniczoną liczbą licencji w odniesieniu do użytkowników oprogramowania - w zakresie podstawowym dla 10 użytkowników, z możliwością opcjonalnego dokupienia licencji dla maksymalnie 6 dodatkowych użytkowników. Wskazuje na to jednoznacznie treść formularza ofertowego, gdzie Zamawiający dokonał rozbicia na dostawę oprogramowania wraz z licencjami oraz wsparciem producenta na system SOAR w zakresie 10 użytkowników (pkt 3.2 formularza - zamówienie podstawowe) oraz na dostawę oprogramowania wraz z licencjami oraz wsparciem producenta na System SOAR, na zamówienie Zamawiającego, nie więcej niż w zakresie 6 użytkowników (pkt 3.8 formularza - opcja). Potwierdzeniem powyższego jest § 1 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy, w którym wskazano, iż „Zamawiający zleca, a Wykonawca zobowiązuje się zrealizować na rzecz Zamawiającego dostawę oprogramowania wraz z licencjami oraz wsparciem producenta na system SOAR w zakresie nie mniejszym niż 10 użytkowników (...) oraz nie większym niż 16 użytkowników dla użytkowników (...)”. Zamawiający wymagał zatem dostarczenia systemu SOAR wraz z licencjami dla 10 określonych w SIWZ użytkowników, zastrzegając sobie możliwość zwiększenia liczby użytkowników maksymalnie do 16 osób. Powyższe miało przełożenie na sposób wyceny oferty. W tym celu wykonawcy mieli dokonać wyceny dostawy oprogramowania wraz z licencjami w zakresie podstawowym, tj. dla 10 użytkowników oraz podać cenę za dostawę dodatkowych 6 licencji, w tym „cenę jednostkową za 1 licencję dla jednego użytkownika

obowiązującą 1 miesiąc". SIWZ referowała wprost do „licencji dla użytkownika”, a zatem w ten sposób Zamawiający narzucił wykonawcom określony model licencjonowania zamawianego produktu i jak wskazał w odpowiedzi na odwołanie - uczynił to świadomie, mając wiedzę na temat rozwiązań oferowanych na rynku.

Ani Odwołujący, ani żaden inny wykonawca nie zakwestionowali treści postanowień SIWZ w ww. zakresie w drodze środków ochrony prawnej. Niezależnie zatem od zasadności przyjęcia takiego rozwiązania przez Zamawiającego, Odwołujący zobowiązany był zaoferować produkt zgodny z ustalonym w SIWZ modelem licencjonowania i wyceny, z ograniczeniem liczby użytkowników do określonej jednoznacznie w SIWZ. Ukształtowana ostatecznie w postępowaniu treść SIWZ jest wiążąca zarówno dla wykonawców, jak i dla Zamawiającego. Odwołujący składając ofertę miał świadomość, że w świetle warunków licencyjnych i polityki sprzedażowej Micro Focus pewne elementy oferowanego oprogramowania nie są dodatkowo licencjonowane, a tym samym nie są dodatkowo płatne. Odwołujący miał także świadomość, że nie koreluje to z treścią formularza ofertowego. Świadczy o tym fakt, iż Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z pytaniem dotyczącym możliwości niedokonania wyceny w formularzu ofertowym tych elementów, które nie są objęte dodatkowym licencjonowaniem i nie są dodatkowo płatne w oferowanym rozwiązaniu, na które Zamawiający odpowiedział negatywnie. Odwołujący nie zadał jednak Zamawiającemu pytania, czy dopuści produkt, który w świetle standardowych warunków licencyjnych producenta nie ogranicza liczby użytkowników, a jest licencjonowany poprzez liczbę zgłoszonych zdarzeń.

Skoro Odwołujący, mając świadomość powyższego (w szczególności faktu, że standardowe warunki licencjonowania ArcSight SOAR nie ograniczają liczby użytkowników systemu SOAR), nie zadbał na etapie kształtowania postanowień SIWZ o sprawdzenie czy oferowane przez niego oprogramowanie - nie odpowiadające modelowi przyjętemu w postępowaniu - zostanie dopuszczone przez Zamawiającego, to jego obciążają negatywne konsekwencje z tym się wiążące. Odwołujący zdecydował się zaoferować produkt ArcSight SOAR, dokonując w formularzu cenowym rozbitia ceny za dostawę licencji dla 10 użytkowników i za dostawę opcjonalnych dodatkowych licencji dla maksymalnie 6 użytkowników, pomimo iż producent przy zakupie produktu co do zasady gwarantuje dostęp dla nieograniczonej liczby użytkowników, gdyż model licencjonowania jest związany z ilością zdarzeń przesyłanych do systemu (EPS). W tej sytuacji Zamawiający słusznie uznał, że zaoferowany przez Odwołującego produkt - przy założeniu, że znajdują do niego zastosowanie standardowe warunki licencyjne producenta - nie odpowiada ustalonym w SIWZ wymaganiom dostarczenia produktu z ograniczoną liczbą licencji dla użytkowników.

Dalej należy wskazać, że jeżeli - jak twierdził Odwołujący na rozprawie - oferowany produkt można skonfigurować w taki sposób, aby odpowiadał on wymaganiom SIWZ, to zadaniem Odwołującego było wykazać powyższe już w chwili składania wyjaśnień treści oferty na wezwanie Zamawiającego. Tymczasem Izba stwierdziła, że wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w ogóle nie odnoszą się do możliwości konfiguracji oprogramowania SOAR, w tym zmiany warunków licencjonowania tego oprogramowania. Wyjaśnienia te prowadzą się w zasadzie jedynie do potwierdzenia, że standardowe warunki licencjonowania ArcSight SOAR nie ograniczają liczby użytkowników systemu oraz konstatacji, że z uwagi na konstrukcję formularza ofertowego i brak możliwości jego modyfikacji cena za dostawę licencji musiała zostać rozbita na dwa elementy (licencje dla 10 użytkowników i licencje na zamówienie dla dodatkowych maksymalnie 6 użytkowników). Nie zostało jednak wskazane, że warunki licencjonowania oprogramowania zostały zmienione na potrzeby postępowania. Nie zostało także chociażby wyjaśnione, że pomimo iż standardowe warunki licencyjne producenta nie ograniczają liczby użytkowników, to możliwe jest zaoferowanie licencji w zakresie ograniczonym - podstawowym dla 10 osób i opcjonalnym na zamówienie dla od 1 do 6 osób. Zamawiający w wezwaniu skierowanym do Odwołującego jednoznacznie odnosił się właśnie do tego, czy realizując zakup podstawowy licencji SOAR otrzyma możliwość pracy dla nieograniczonej liczby użytkowników, stało to bowiem w sprzeczności z treścią formularza ofertowego Odwołującego. Zadaniem Odwołującego było kwestię tę wyjaśnić w sposób kompleksowy i wykazać, że zaoferował produkt zgodny z wymaganiami wynikającymi z SIWZ. Stanowisko Odwołującego pozostało gołosłowne, stanowiło raczej próbę polemiki z treścią SIWZ i dopasowania zaoferowanego produktu do wymagań Zamawiającego, niż faktyczne wykazanie, że treść oferty odpowiada warunkom zamówienia. Dlatego zgodzić się należało z Zamawiającym, że Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie nie sprostał obowiązkowi jednoznacznego i wyczerpującego wyjaśnienia treści złożonej oferty, a z ze złożonych wyjaśnień wynika, że Odwołujący oferuje rozwiązanie niezgodne z wymogami określonymi w SIWZ.

Jak zauważono powyżej, na możliwość ewentualnej konfiguracji oprogramowania SOAR i jego dostosowania do potrzeb Zamawiającego Odwołujący wskazał dopiero w postępowaniu odwoławczym, niemniej nawet wówczas Odwołujący istnienia takiej możliwości nie wykazał. W odwołaniu jedynie zasygnalizowano, że wykonawca dostosowuje

(konfiguruje) produkt do wymagań Zamawiającego, jednak kwestii tej szerzej nie rozwinęto, porzeczając na stwierdzeniu, że oferowana platforma jest elastycznym rozwiązaniem. Z kolei dowód złożony przez Odwołującego na rozprawie w postaci oświadczenia Micro Focus Polska Sp. z o.o. nic do sprawy nie wnosi z uwagi zbyt ogólną treść tego oświadczenia. Nie odnosi się ono w ogóle do meritum sporu, lecz jedynie wskazuje, że produkt ArcSight SOAR może zostać odpowiednio skonfigurowany i dostosowany adekwatnie do potrzeb konkretnego zamawiającego w konkretnym postępowaniu. Oświadczenie to nie wskazuje ani na możliwość ograniczenia liczby użytkowników oprogramowania, na którą powołuje się Odwołujący, ani nie referuje do wymagań SIWZ, ani nie odnosi się do kwestii licencji. Tym samym zawarte w odwołaniu stwierdzenie, że Odwołujący dostarcza wymaganą w SIWZ liczbę użytkowników w ramach zakupu podstawowego, ograniczając liczbę użytkowników systemu, pozostało gołosłowne

Izba stwierdziła ponadto, że co prawda Odwołujący podczas rozprawy nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego wyrażonym w pkt 1.1.18 odpowiedzi na odwołanie (gdzie Zamawiający podniósł, że skoro Odwołujący nabędzie i zaoferuje Zamawiającemu określone oprogramowanie, którego warunki licencyjne zostały określone w ten, a nie inny sposób, to Odwołujący nie może ich ograniczyć lub zmienić wobec Zamawiającego), jednak Odwołujący poza prostym zaprzeczeniem nie przedstawił merytorycznej argumentacji i nie wykazał okoliczności przeciwnej. W szczególności Odwołujący nie wyjaśnił w sposób szczegółowy i konkretny, jak zamierza oferowane oprogramowanie dostosować, aby zrealizować wymóg dostarczenia produktu z ograniczeniem liczby użytkowników oraz jak takie ewentualne działania wykonawcy będą się miały do warunków licencyjnych producenta, które nie ograniczają liczby użytkowników systemu. Odwołujący nie dowiódł, że w ogóle możliwe jest dostarczenie systemu SOAR wraz z licencjami dla 10 użytkowników w zakresie podstawowym (pkt 3.1 Formularza ofertowego), a następnie dokonanie dostawy jednej lub więcej licencji dla dodatkowych użytkowników systemu SOAR, wycenianych w punkcie 3.8 Formularza ofertowego, a to taki produkt Odwołujący zaoferował. Odwołujący nie wyjaśnił czy możliwe jest ograniczenie z założenia nieograniczonej pod względem użytkowników licencji producenta do wymaganej w zamówieniu podstawowym liczby użytkowników, a następnie dostarczenie dodatkowych licencji dla nowych użytkowników wedle zapotrzebowania Zamawiającego i czy byłyby to faktycznie licencje producenta, czy jedynie swego rodzaju ingerencja wykonawcy w kwestię uprawnień dostępu do systemu, na którą wskazywał podczas rozprawy Zamawiający (czynność administracyjna, niezależna od licencji). Odwołujący nie wyjaśnił też jak dokonał w pkt 3.8 wyceny jednej licencji dla jednego użytkownika na jeden miesiąc, skoro oprogramowanie przy zakupie umożliwia dostęp nieograniczonej liczbie użytkowników. W tym stanie rzeczy w ocenie Izby prawidłowo wskazał Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego, że tak złożona oferta staje się nieporównywalna względem innych ofert, które obejmowały oprogramowanie SOAR wraz z licencjami dla określonej liczby użytkowników (były to oprogramowania innych producentów niż Micro Focus).

Słusznie także zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, że treść odwołania ograniczała się do konstatacji, że skoro Odwołujący dokonał w formularzu ofertowym stosownego rozbicia cenowego w poz. 3.2 i 3.8 formularza, to znaczy że zaoferował rozwiązanie odpowiadające wymaganiom Zamawiającego. Takie podejście sprowadzałoby weryfikację zgodności oferty z warunkami zamówienia li tylko do spełnienia formalnych wymagań, co wypaczałoby cel procedury badania i oceny ofert, którym jest m.in. sprawdzenie czy oferowany produkt faktycznie, materialnie, odpowiada wymaganiom ustalonym przez Zamawiającego. Merytorycznej zgodności oferowanego przez Odwołującego oprogramowania z wymaganiami SIWZ przeczy treść oświadczeń i dokumentów złożonych przez Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Z tych oświadczeń i dokumentów wynika, że Odwołujący zaoferował oprogramowanie SOAR, którego standardowe warunki licencyjne nie ograniczają liczby użytkowników, co stoi w sprzeczności z zawartym w formularzu ofertowym oświadczeniem o zaoferowaniu oprogramowania z licencją dla 10 użytkowników (z możliwością dokupienia na zamówienie dodatkowych 6 licencji). W tym miejscu uzupełniająco należy wskazać, iż za bezzasadne Izba uznała powoływanie się przez Odwołującego na fakt, że oświadczenie Micro Focus Polska załączone do wyjaśnień Odwołującego z dnia 19 kwietnia 2022 r. nie jest adekwatne do przedmiotu sporu, jako że było składane na inną okoliczność. Izba ustaliła, iż Zamawiający w wezwaniu z dnia 8 kwietnia 2022 r. prosił o przedstawienie oświadczenia producenta potwierdzającego sposób licencjonowania zarówno w odniesieniu do systemu SIEM, jak i SOAR, a złożone przez Odwołującego oświadczenie odnosi się do warunków licencjonowania systemu ArcSight Platform, w tym jego komponentów - m.in. ArcSight

SOAR, wskazując na brak ograniczenia licencyjnego liczby użytkowników. Zamawiający był zatem w pełni uprawniony do powołania się na treść tego oświadczenia.

Dalej należy wskazać, iż nie jest w ocenie Izby adekwatne w realiach przedmiotowego sporu powoływanie się przez Odwołującego na wyrok Izby z dnia 25 października 2021 r.

w sprawie o sygn. akt 2813/21. Ww. orzeczenie dotyczyło kwestii zgodności oferty Odwołującego z całkiem innymi wymaganiami, niż obecnie, a w szczególności tego czy Odwołujący mógł wycenić określone elementy oferty w innym miejscu niż było to dedykowane w formularzu ofertowym. Natomiast rozpoznawana aktualnie sprawa dotyczy sytuacji, w której Odwołujący dokonał rozbicia ceny w taki sposób, jaki był wymagany przez Zamawiającego, oferując tym samym dostawę oprogramowania z licencjami dla 10 użytkowników z możliwością dokupienia 6 dodatkowych licencji, pomimo iż w zaoferowanym rozwiązaniu co do zasady rozszerzenie liczby użytkowników oprogramowania nie jest dodatkowo płatne i nie wymaga zakupu dodatkowych licencji. Odmienny był zatem zarówno przedmiot zarzucanej niezgodności oferty z warunkami zamówienia, jak i odmienny był sposób wyceny elementów oferty dokonanej przez Odwołującego.

Niezasadne są także twierdzenia Odwołującego wskazujące na fakt, iż Zamawiający zaniechał dokonania oceny oferty Odwołującego poprzez ocenę próbki. Po pierwsze Odwołujący nie wyjaśnił w ogóle jak fakt niedokonania przez Zamawiającego oceny próbki systemu oferowanego przez Odwołującego miał przekładać się na możliwość odrzucenia jego oferty z powodu niezgodności z wymogiem dostarczenia produktu z ograniczoną liczbą licencji użytkownika, czego podstawą były wyjaśnienia treści oferty złożone przez Odwołującego oraz dokumenty pochodzące od producenta oprogramowania. Odwołujący, poza prostym stwierdzeniem, że nie dokonano oceny próbki, nie przedstawił wyводу uzasadniającego konieczność dokonania takiej oceny, Po drugie, jak słusznie zauważył Zamawiający, ocena próbki służyć miała potwierdzeniu spełnienia wymagań funkcjonalnych oprogramowania. Zgodnie z załącznikiem nr 7 do SIWZ „Opis zasad przygotowania i przeprowadzenia demonstracji próbki (.)” Zamawiający zastrzegł sobie prawo sprawdzenia w toku oceny ofert, czy zadeklarowane przez wykonawcę w ofercie funkcjonalności oferowanego rozwiązania są zgodne ze stanem faktycznym. W sytuacji, gdy na gruncie złożonych przez Odwołującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia oświadczeń i dokumentów, ujawniły się podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o inne okoliczności niż wymagania funkcjonalne oferowanego oprogramowania, przeprowadzanie demonstracji próbki i jej badania byłoby działaniem bezcelowym, jedynie przedłużającym postępowanie.

Nie jest uzasadnione także, zdaniem składu orzekającego, odwoływanie się do pytań nr 27, 28 i 31 jako mających wskazywać na intencje Zamawiającego co do braku limitowania liczby użytkowników oprogramowania. Zadane pytania dotyczyły innej kwestii, tj. współdzielenia kont operatorskich i ewentualnych ograniczeń w zakresie jednocześnie zalogowanych osób, natomiast liczba licencji użytkownika, jakich dostarczenia wymagał Zamawiający wskazana została w SIWZ. Również za bezzasadne Izba uznała twierdzenia Odwołującego, iż działanie Zamawiającego wynika z przyjęcia jako podstawy odniesienia dla oceny ofert nie treści SIWZ, ale rozwiązania opartego na produkcie innego producenta (modelu licencjonowania przyjętego przez producenta Splunk). Izba stwierdziła, że działanie Zamawiającego oparte jest bezpośrednio na wymaganiach wynikających z treści SIWZ, które wskazywały na obowiązek zaoferowania produktu wraz z licencją dla 10 użytkowników o określonych rolach, z możliwością dokupienia dalszych licencji dla dodatkowych użytkowników w razie zaistnienia takiej potrzeby. Jeżeli taki sposób ukształtowania warunków zamówienia w ocenie Odwołującego wskazywał na przyjęcie modelu licencjonowania stosowanego przez określonego producenta i wobec tego prowadzić mógł do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji, to istniała możliwość zaskarżenia treści SIWZ w przewidzianym dla tej czynności w ustawie Pzp terminie, tj. 10 dni od opublikowania ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ. Odwołujący powyższego nie uczynił.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy nPzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr stanowiącą koszty postępowania poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący:

