

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Mateusz Paczkowski

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 października 2024 r. przez wykonawcę COIG S. A. z siedzibą w Katowicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Górnośląsko-Zagłębiowska Metropolia z siedzibą w Katowicach przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Blue Energy sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu

orzeka:

oddala odwołanie,

kosztami postępowania obciąża wykonawcę COIG S. A. z siedzibą w Katowicach i:

zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę COIG S. A. z siedzibą w Katowicach tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Górnośląsko-Zagłębiowska Metropolia z siedzibą w Katowicach tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

zasądza od wykonawcy COIG S. A. z siedzibą w Katowicach na rzecz zamawiającego Górnośląsko-Zagłębiowska Metropolia z siedzibą w Katowicach kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

Sygn. akt:KIO 3881/24

UZASADNIENIE

Górnośląsko-Zagłębiowska Metropolia z siedzibą w Katowicach (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn.: „Usługa Operacyjnego Centrum Bezpieczeństwa (SOC) wraz z Sieciowym Centrum Operacyjnym (NOC) na potrzeby Urzędu Metropolitalnego Górnośląsko-Zagłębiowskiej Metropolii” (znak postępowania: ZP.270.16.2024). Wartość szacunkowa zamówienia jest poniżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 7 sierpnia 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00448638.

W dniu 21 października 2024 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu złożył wykonawca COIG S. A. z siedzibą w Katowicach (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono na niezgodne z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz zaniechania przez Zamawiającego czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 239 ustawy Pzp, w związku z art. 266 ustawy Pzp oraz w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5, art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez BLUE ENERGY sp. z o.o., jako najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy jej treść:

- 1) jest niezgodna z warunkami przedmiotowego zamówienia, oraz
- 2) zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, w związku z art. 281 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BLUE ENERGY sp. z o.o. w sytuacji, gdy oferta ta jest niezgodna z warunkami przedmiotowego zamówienia;

3. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, w związku z art. 224 ust. 5-6 ustawy Pzp i art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BLUE ENERGY sp. z o.o. w sytuacji, gdy oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

4. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, w związku z art. 281 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy NETWORK EXPERTS sp. z o.o. sp. k. w sytuacji, gdy oferta ta jest niezgodna z warunkami przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;
- 3) odrzucenia oferty złożonej przez BLUE ENERGY sp. z o.o., w związku z faktem, że:
 - a) zaproponowana przez ww. wykonawcę cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej, lub
 - b) oferta ww. wykonawcy jest niezgodna z warunkami przedmiotowego zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty złożonej przez NETWORK EXPERTS sp. z o.o. sp. k., w związku z faktem, że oferta ww. wykonawcy jest niezgodna z warunkami przedmiotowego zamówienia;
- 5) utrzymania odrzucenia oferty TRECOMS. A. sp. k.;
- 6) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ jest podmiotem zdolnym do jego wykonania, posiadającym w tym zakresie odpowiednie kompetencje i doświadczenie. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na trzecim miejscu. Niniejszym odwołaniem Odwołujący kwestionuje oferty sklasyfikowane na miejscu 2. (NETWORK EXPERTS sp. z o.o. sp. k.) i 1. (BLUE ENERGY sp. z o.o.). Uwzględnienie odwołania spowoduje, że oferta Odwołującego będzie jedyną ofertą w postępowaniu. Wskutek nieprawidłowości Zamawiającego opisanych w odwołaniu, oferta Odwołującego nie została wybrana jako najkorzystniejsza. Szkoda Odwołującego przejawia się w szczególności w tym, że brak wyboru oferty Odwołującego uniemożliwia Odwołującemu osiągnięcie zysku, jaki założył osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia. Interes Odwołującego wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa, w szczególności ustawy Pzp.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał w dniu 15 października 2024 r. (zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 21 października 2024 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 7 500,00 złotych (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania

Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający pismem z dnia 31 października 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Stanowisko Przystępującego BLUE ENERGY sp. z o.o.

Pismem z dnia 29 października 2024 r. BLUE ENERGY sp. z o.o. wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał przesłanki skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Natomiast podniesione w piśmie procesowym BLUE ENERGY sp. z o.o. z dnia 29 października 2024 r. uwagi odnośnie „braku po stronie Odwołującego legitymacji do skorzystania ze środków ochrony prawnej”, Izba uznała za niezasadne. Przystępujący wskazał w tym zakresie, że „nawet w przypadku rozstrzygnięcia odwołania zgodnie z jego treścią (ku czemu nie ma jednak merytorycznych podstaw), nie dojdzie do podpisania umowy z Odwołującym. Zwraca bowiem uwagę, iż oferta złożona przez Odwołującego w postępowaniu opiewała na kwotę 2.029.500,00 zł, zaś Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 910.200,00 zł brutto (pismo Zamawiającego z dnia 30 sierpnia 2024 r.). Z uwagi na powyższą różnicę (dwukrotność kwoty przeznaczonej na zamówienie), ewentualne uznanie, iż jedynie oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu, prowadziłoby do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia (art. 255 pkt. pkt. 2 i 3 Ustawy). Dodatkowo, nie można mówić o szkodzie po stronie Odwołującego (abstrahując już w tym miejscu od braku po stronie zamawiającego naruszeń przepisów Ustawy) – brak możliwości uzyskania zamówienia przez Odwołującego”. Zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Przy czym, jak słusznie podnosi się w orzecznictwie, interes w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp należy postrzegać szeroko, to znaczy nie przez pryzmat danego postępowania o udzielenie zamówienia, lecz jako możliwość uzyskania danego świadczenia będącego przedmiotem zamówienia, bez względu na to, w jakim postępowaniu zostanie ono wykonawcy udzielone. „Tym samym interes może być rozumiany jednolicie i niezależnie od okoliczności konkretnej sprawy, podnoszonych zarzutów oraz żądania co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania” (tak wyrok KIO z dnia 23 marca 2021 r., KIO 578/21, KIO 579/21, wyrok KIO z dnia 18 czerwca 2021 r., KIO 1299/21 oraz wyrok KIO z dnia 3 lutego 2023 r., KIO 174/23).

Przystąpienie do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie po stronie Zamawiającego zgłosił BLUE ENERGY sp. z o.o. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia ani opozycji przeciw przystąpieniu do postępowania odwoławczego, w związku z czym Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego zgłoszonego przez BLUE ENERGY sp. z o.o. po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, a także:

1. korespondencję mailową z dnia 18 października 2024 r. zawierającą oświadczenie p. W.P. z firmy Arrow Electronics (załączone do odwołania),
2. Korespondencję mailową załączoną do pisma procesowego BLUE ENERGY sp. z o.o.,
3. cztery oferty przedłożone przez Odwołującego na rozprawie.

Izba postanowiła przy tym uwzględnić wniosek Odwołującego o odtajnienie dowodu Przystępującego BLUE ENERGY sp. z o.o. w postaci korespondencji mailowej. Przedstawione przez Przystępującego uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy w ocenie Izby miało ogólny charakter i nie odnosiło się w sposób konkretny do informacji i dokumentów objętych zastrzeżeniem. W ocenie Izby BLUE ENERGY sp. z o.o. nie wykazał przesłanki wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. BLUE ENERGY sp. z o.o. przedstawił w tym przedmiocie uniwersalne, lakoniczne wyjaśnienia, wskazując, że zastrzegane informacje stanowią know-how oraz wyniki indywidualnie uzyskanych warunków współpracy na warunkach odbiegających od warunków oferowania produktów przez SPLUNK Inc. na rzecz innych podmiotów, a także dane posiadające wartość rynkową, które mogłyby zostać wykorzystane przez firmy konkurencyjne. Stąd też Izba nie znalazła podstaw do ograniczenia w tym zakresie zasady jawności wyrażonej w art. 545 ustawy Pzp.

Izba uznała zebrany materiał dowodowy za wystarczający i obiektywnie umożliwiający wydanie rozstrzygnięcia bez odwoływania się do wiedzy specjalisty, stąd Izba oddaliła wniosek Przystępującego BLUE ENERGY sp. z o.o., który następnie został poparty przez Odwołującego w trakcie rozprawy, o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki (celem wykazania zgodności oferty Przystępującego z wymogami określonymi w OPZ). Izba uznała, iż wniosek Przystępującego miał przede wszystkim charakter ewentualny, co zresztą potwierdził w trakcie rozprawy Przystępujący. Ponadto to nie na Przystępującym, lecz na Odwołującym spoczywał ciężar dowodu w tym zakresie i to Odwołujący powinien w celu wykazania prawidłowości swoich twierdzeń przedstawić stosowny materiał dowodowy, który w tym przypadku mógłby stanowić dokumentację techniczną oferowanego przez BLUE ENERGY sp. z o.o. systemu. Odwołujący tego nie uczynił, ograniczając się do poparcia wniosku Przystępującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego. Należy jednak wyjaśnić, że dowód z opinii biegłego ma w postępowaniu odwoławczym ma charakter ekstraordynaryjny, to znaczy że jego przeprowadzenie jest zasadne, gdy niezbędne jest uzyskanie wiadomości specjalnych, przy czym brak jest innych dowodów pozwalających na ustalenie faktów istotnych dla przedmiotu sporu. Innymi słowy, dowód z opinii biegłego może zostać przeprowadzony, gdy uzyskanie koniecznych wiadomości specjalnych nie może zostać ustalone innym dowodem (np. z dokumentu). Jednocześnie zastrzec trzeba, że rolą biegłego nie jest wyręczanie strony w dowodzeniu istotnych dla oceny zarzutu okoliczności faktycznych. Oznacza to, że to strony powinny dążyć do wykazania swoich twierdzeń (zob. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 28 lutego 2022 r., sygn. akt: XXIII Zs 154/21). Niezasadnym byłoby więc odwoływanie się do wiedzy specjalisty w sytuacji, gdy Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na poparcie swoich twierdzeń w zakresie zarzutu niezgodności oferty BLUE ENERGY sp. z o.o. z warunkami zamówienia.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron, uczestnika postępowania odwoławczego oraz zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny w sprawie:

W pkt 2.10 załącznika nr 1 do OPZ „Szczegółowy opis wymagań” wskazano, że:

„Musi istnieć integracja z zewnętrznymi bazami o zagrożeniach (Threat Intelligence Feeds - TI):

a.wsparcie dla plików CSV musi być wykonywalne z wykorzystaniem interfejsu graficznego GUI,

b.definicje w ramach integracji muszą zawierać nie mniej niż:

- i.adresy IP,
 - ii.domeny,
 - iii.sumy kontrolne (hash),
 - iv.adresy URL,
- c.wymagane jest, aby każda z zewnętrznych baz zagrożeń była w stanie wesprzeć do 50 tysięcy wpisów,
- d.wraz z systemem SIEM musi być dostarczony, już zintegrowany, zestaw komercyjnych baz zagrożeń,
- e.wraz z systemem SIEM musi być wspierany, już zintegrowany, zestaw baz zagrożeń niekomercyjnych (open source),
- f.system SIEM musi mieć możliwość korelacji informacji z baz zagrożeń z danymi otrzymywanymi w czasie rzeczywistym,
- g.system SIEM musi mieć możliwość korelacji informacji z baz zagrożeń z danymi historycznymi,
- h.system musi mieć możliwość odpytywania (ręcznego lub automatycznego) zewnętrznych źródeł reputacji, w tym również pochodzących od producenta samego systemu SIEM,
- i.system musi mieć możliwość wizualizacji informacji w oparciu o kategorie MITRE ATT&CK dla wbudowanych reguł. Reguły dostarczone przez producenta muszą być skatalogowane według wspomnianej nomenklatury jak również skatalogowane muszą być generowane przez nie alarmy".

W pkt 2.13 załącznika nr 1 do OPZ „Szczegółowy opis wymagań” wskazano, że: „Producent oferowanego systemu musi utrzymywać publicznie dostępną dokumentację”.

W pkt 2.14 załącznika nr 1 do OPZ „Szczegółowy opis wymagań” wskazano, że:

„Producent oferowanego systemu musi wspierać integrację z przynajmniej jednym rozwiązaniem typu SOAR, gdzie możliwe musi być co najmniej:

- a.uruchamianie procedur wykonawczych SOAR (tzw. Playbook) z poziomu SIEM,
- b.wykonywanie operacji na systemach zintegrowanych z SOAR, np. pobranie listy zablokowanych adresów IP na firewall, dodanie do blokady adresu URL, zweryfikowanie reputacji IOC w serwisie internetowym”.

W pkt 4 załącznika nr 1 do OPZ „Szczegółowy opis wymagań” wskazano, że:

„Wymagania do systemu SOAR.

Wykonawca zobowiązany jest posiadać w swoim centrum operacyjnym system klasy SOAR umożliwiający automatyzację obsługi i analizy incydentów Zamawiającego (dopuszczalne jest realizowanie tej usługi na komponentach dostarczonego oprogramowania SIEM oraz XDR)”.

W dniu 5 września 2024 r. Zamawiający wezwał BLUE ENERGY sp. z o. o. do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny lub jej istotnych części składowych.

W dniu 6 września 2024 r. BLUE ENERGY sp. z o. o. udzielił wyjaśnień na ww. wezwanie Zamawiającego, wskazując między innymi

- w pkt 3.2, że: „Pracochłonność dla zadania „Wdrożenie” została oszacowana w oparciu o ofertę dostawców systemu SIEM i SOAR (IBM i SPLUNK) oraz ekspercką wiedzę Departamentu Bezpieczeństwa IT w Blue Energy”,

- w pkt 3.3, że: „Splunk jest platformą SOAR wykorzystywaną przez Blue energy w modelu MSSP. Rozwiązanie umożliwia automatyzację obsługi i analizy incydentów. Miesięczny koszt licencji to 4 000,00 zł netto. Całkowity koszt licencji przypadający na ten projekt to 48 000,00 zł netto. Kalkulacja oparta o ofertę partnerską od SPLUNK”.

W dniu 19 września 2024 r. Zamawiający wezwał BLUE ENERGY sp. z o.o. do udzielenia uzupełniających wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, a ponadto zwrócił się o złożenie wyjaśnień treści złożonej oferty m. in. w zakresie wymagań wynikających z pkt 2.14 załącznika nr 1 do OPZ, o wyjaśnienie „czy uruchamianie procedur wykonawczych SOAR (tzw. Playbook) z poziomu SIEM jest możliwe?”.

Na powyższe wezwanie, pismem z dnia 20 września 2024 r. BLUE ENERGY sp. z o.o. udzielił następujących wyjaśnień względem wymagań z pkt 2.14 załącznika nr 1 do OPZ, „Rozwiązania, które zaproponowaliśmy w ofercie w pełni spełniają wymagania określone w pkt 2.14 załącznika nr 1 do OPZ. 1. W nawiązaniu do wymagania pkt. a: z poziomu systemu SIEM QRadar można ręcznie lub automatycznie uruchamiać procedury wykonawcze w systemie SOAR dla każdego z incydentów. Kategoryzacja incydentu po stronie systemu SIEM może wpływać na wybór odpowiedniej procedury wykonawczej po stronie systemu SOAR. Przesłany do systemu SOAR incydent uruchamia playbooka, który zawiera sekwencję automatycznych lub ręcznych kroków niezbędnych do wykonania w zakresie obsługi incydentu. W nawiązaniu do wymagania pkt b: system Splunk SOAR posiada bazę komponentów dostarczanych przez dostawcę, które umożliwiają realizację akcji w obrębie infrastruktury teleinformatycznej Klienta jak i po za nią. Akcje wykonywane są w ramach playbooków; potwierdzamy że system posiada możliwość wykonania min. wskazanych akcji pobranie listy zablokowanych adresów IP na firewall, dodanie do blokady adresu URL, zweryfikowanie reputacji IOC w serwisie internetowym jak i wielu innych; nadto system Splunk SOAR umożliwia tworzenie dedykowanych akcji oraz connectorów, które umożliwią integrację z niestandardowymi systemami. Należy przy tym zaznaczyć, że system SIEM Qradar posiada API, za pomocą którego istnieje możliwość wstecznej integracji w celu np. uzupełnienia informacji w incydencie obsługiwany w systemie SIEM”. W treści wyjaśnień BLUE ENERGY sp. z o.o. zamieścił „stanowisko producenta SIEM QRadar – firmy IBM w niniejszej sprawie w załączniku nr 1”.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Natomiast zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przy czym, wedle art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, a na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Ponadto w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp wskazano, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu nr 2 tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, w związku z art. 281 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BLUE ENERGY sp. z o. o. w sytuacji, gdy oferta ta jest niezgodna z warunkami przedmiotowego zamówienia, Odwołujący wskazywał na niezgodność oferty BLUE ENERGY sp. z o.o. z wymaganiami określonymi w pkt 2.14 załącznika nr 1 do OPZ. Odwołujący w uzasadnieniu zarzutu wskazywał, że „oferta BLUE ENERGY sp. z o. o. uchybia ww. warunkowi, ponieważ System IBM Qradar nie pozwala na przeprowadzenie procedowania i podejmowania decyzji wynikających z analizy SOAR-owymi (SPLUNK) z panelu GUI IBM QRadar. System SIEM IBM QRadar, za pośrednictwem API, jest w stanie przysyłać wygenerowane w nim zdarzenia (tzw. „offense”) do systemu SOAR Splunk. Offensy w systemie SOAR są zakładane oraz przypisywane jest wstępnie do nich playbook SOAR-owy. Natomiast obsługa playbooka musi nastąpić w platformie SPLUNK. Po przeprowadzeniu procedowania skryptów SOAR-owych lub w trakcie (w zależności od

scenariusza), decyzje podejmowane przez analityka muszą być wykonane w SOAR-ze. Po zakończeniu playbook-a SOAR-owego, za pośrednictwem API, wyniki w formie opisu są przesyłane do systemu QRadar do pola komentarza „NOTE”. System IBM QRadar nie pozwala na przeprowadzenie procedowania i podejmowania decyzji wynikających z analizy SOAR-owymi (SPLUNK) z panelu GUI IBM QRadar. Aby obsłużyć offense, w tym celu należy:

- 1) przypisać go do siebie w Qradarze;
- 2) przejść do rozwiązania SOAR (SPLUNK) i przepracować playbook (wraz z odpowiedziami analityka na pytania drzewa playbooka SOAR-owego);
- 3) SOAR SPLUNK przesyła wynik do pola komentarza NOTE za pośrednictwem API;
- 4) analityk przełącza się na konsolę Qradar i w niej zamyka zdarzenie (offense)”.

Dodatkowo Odwołujący w trakcie rozprawy, powołując się na posiadaną wiedzę swojego pracownika (popartą okazaniem certyfikatu ukończenia szkolenia IBM pt. "Zaawansowana Administracja i Konfiguracja QRADAR SIEM 7.4"), przedstawił ustną argumentację na poparcie zarzutu.

Zamawiający uznając zarzut nr 2 za niezasadny, w odpowiedzi na odwołanie zauważył między innymi, że „problem ten był przedmiotem badania zamawiającego, który pismem z dnia 19 września 2024 r. wezwał przystępującego Blue Energy Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień, czy uruchamianie procedur wykonawczy SOAR (tzw. Playbook) z poziomu SIEM jest możliwe. Przystępujący Blue Energy Sp. z o.o. pismem z dnia 20 września 2024 r. w sposób dokładny, jednoznaczny, wyjaśnił zgodność złożonej oferty z postanowieniami punktu 2.14 oraz 2.4 załącznika nr 1 do OPZ. Mało tego, przystępujący przedstawił potwierdzenie swoich wyjaśnień od producenta SIEM QRadar — firmy IBM oraz zrzut ekranu działającego zaoferowanego programu QRadar pokazujący ten proces. Producent potwierdził, że „z poziomu QRadar można ręcznie lub automatycznie wysłać incydent do SOAR. Kategoryzacja incydentu po stronie SIEM wpływa na wybór odpowiedniego typu incydent po stronie SOAR. Incydent w SOAR uruchamia playbook, a w playbooku poszczególne kroki mogą być wykonywane ręcznie przez operatora bądź automatycznie. Jednocześnie incydent w SOAR może wykonywać różne akcje z systemami z nim zintegrowanymi. Jeżeli chodzi o punkt „b”, można utworzyć akcję w interfejsie QRadara, która utworzy w SOAR „incydent techniczny”, którego jedynym celem będzie uruchomienie akcji w ramach integracji ze zintegrowanym systemem. Co więcej, w wyniku uruchomienia takiej akcji po stronie SOAR, jednym z kroków może być odesłanie integracji do QRadar z wykorzystaniem API lub modułu integracyjnego SOAR/SIEM.” Dodatkowo producent potwierdził, że „zarówno tworzenie jak i modyfikację parserów wykonuje się w graficznym narzędziu DSM Editor”. Jak wskazano wyżej, wyjaśnienia te były dla zamawiającego przekonujące i nie budziły wątpliwości, przystępujący bowiem wykazał, podając przykłady (potwierdzone dodatkowo korespondencją z producentem oprogramowania), w jaki sposób za pomocą rozbudowanych komponentów realizowane będą funkcjonalności kwestionowane przez odwołującego”.

Natomiast w swoim piśmie procesowym BLUE ENERGY sp. z o.o. podniósł między innymi, że „oferowane przez Przystępującego rozwiązanie spełnia wymagania pkt 2.14 (s. 8) załącznika nr 1 do OPZ poprzez zastosowanie wbudowanego środowiska tworzenia niestandardowych aplikacji platformy IBM QRadar oraz interfejsów API obu środowisk. Platforma IBM QRadar posiada wbudowane środowisko tworzenia niestandardowych aplikacji i rozszerzeń interfejsu użytkownika. Niestandardowa aplikacja dodaje nową funkcjonalność do GUI (interfejsu graficznego) platformy IBM QRadar, taką jak elementy nawigacyjne, przyciski, strony i inne. Aplikacje są opracowywane przy użyciu struktury aplikacji GUI IBM QRadar. IBM QRadar udostępnia interfejsy API, zestaw SDK i edytor aplikacji. Środowisko Splunk SOAR posiada dwukierunkowy interfejs API; dzięki funkcjonalności istnieje możliwość zarządzania i operacyjnej kontroli dla artefaktów, akcji, procedur wykonawczych (playbooks) oraz innych obiektów. Interfejs API umożliwia osiągnięcie integracji do systemu trzeciego (np. SIEM); przykładowo istnieje uruchomienie akcji/playbooka z określonymi parametrami (metoda: /rest/action_run; dokumentacja <https://docs.splunk.com/Documentation/SOARonprem/6.3.0/PlatformAPI/RESTRunAction>).

Proponowana konfiguracja zapewni realizację określonych przez Zamawiającego wymagań funkcjonalnych, zwłaszcza uruchamiania procedur wykonawczych SOAR Splunk z poziomu graficznego interfejsu użytkownika oraz podejmowania decyzji przez analityka poprzez wykorzystanie środowiska niestandardowych aplikacji systemu SIEM IBM QRadar. Nadto metody API umożliwiają parametryzację, co umożliwia sterowanie realizowanymi działaniami na podstawie wcześniej pozyskanych informacji poprzez sekwencyjne uruchamianie poszczególnych playbooków. Proponowana konfiguracja w pełni wspiera procedowanie oraz podejmowanie decyzji względem analizowanego incydentu bezpieczeństwa oraz nadto pozwala na dwukierunkową komunikację w zakresie realizacji takich działań jak m.in. pobranie listy zablokowanych adresów IP na firewall, dodanie do blokady adresu URL, zweryfikowanie reputacji IOC w serwisie internetowym oraz wiele innych”.

Przystępujący podkreślił przy tym, że „Odwołujący niepoprawnie opisał architekturę funkcjonowania zaproponowanego przez Przystępującego rozwiązania w zakresie:

- „obsługa playbooka musi nastąpić w platformie SPLUNK” – w oferowanym rozwiązaniu zapewniono wykorzystanie niedomyślnej aplikacji dostępnej w interfejsie użytkownika IBM QRadar, z poziomu której będzie można uruchomić i kontrolować status działania obiektu np. playbook’a,
- „decyzje podejmowane przez analityka muszą być wykonane w SOAR-ze” – w oferowanym rozwiązaniu zapewniono wykorzystanie niedomyślnej aplikacji dostępnej w interfejsie użytkownika IBM QRadar, z poziomu której będzie można uruchomić i kontrolować status działania obiektu np. akcji,
- „Po zakończeniu playbook-a SOAR-owego, za pośrednictwem API, wyniki w formie opisu są przesyłane do systemu QRadar do pola komentarza „NOTE”” – w oferowanym rozwiązaniu zapewniono wykorzystanie niedomyślnej aplikacji dostępnej w interfejsie użytkownika IBM QRadar, z poziomu której będzie można uzyskać dostęp do wyników działania playbook-a,
- „System IBM QRadar nie pozwala na przeprowadzenie procedowania i podejmowania decyzji wynikających z analizy SOAR-owymi (SPLUNK) z panelu GUI IBM QRadar” – w oferowanym rozwiązaniu zapewniono wykorzystanie niedomyślnej aplikacji dostępnej w interfejsie użytkownika IBM QRadar oraz posiada wbudowane funkcjonalności określania i wykonywania niedomyślnych akcji, wzbogacania zdarzeń, analityki artefaktów, czy dwukierunkowy interfejs API co umożliwi osiągnięcie pożądanego przez Zamawiającego funkcjonalności na wiele sposobów;
- analityk przełącza się na konsolę Qradar i w niej zamyka zdarzenie (offense) – z uwagi na /w analityk nie ma potrzeby przełączania konsoli; nadto incydenty (offence) mogą być automatycznie zamykane poprzez playbooks realizowane w systemie SOAR (integracja dwukierunkowa).

Nadto w dokumentach postępowania nie zawarto wymagania dot. funkcjonalności przeprowadzenia procedowania i podejmowania decyzji wynikających z analizy SOAR-owymi (SPLUNK) z panelu GUI IBM QRadar”.

Swoją argumentację pisemną Zamawiający oraz Przystępujący BLUE ENERGY sp. z o.o. uzupełnili w ramach ustnych wypowiedzi na rozprawie.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby zasadnym jest poczynienie następujących uwag. Po pierwsze należy przypomnieć, iż postępowanie odwoławcze przed Izbą ma charakter kontryktoryjny, a więc strony i uczestnicy mają obowiązek wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, co znajduje wyraz w art.

534 ust. 1 ustawy Pzp. Natomiast rolą Izby jest ocena postawionych w odwołaniu zarzutów przez pryzmat zaprezentowanej argumentacji i dowodów, która prowadzi do wydania orzeczenia w sprawie. Przy czym Izba nie jest obowiązana do wyłączenia stron i uczestników w zgromadzeniu przekonujących dowodów, zachowując jednak prawo dopuszczenia z urzędu dowodu niewskazanego przez stronę (art. 534 ust. 2 ustawy Pzp). Stąd też to strony i uczestnicy, aby potwierdzić swoje twierdzenia, powinni co do zasady poprzeć je stosownym materiałem dowodowym.

Po drugie podkreślić trzeba, że to na odwołującym spoczywa ciężar dowodu dotyczący zasadności wniesionego odwołania. To odwołujący, a więc wykonawca kwestionujący daną czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, ma obowiązek udowodnić prawidłowość podniesionych w odwołaniu twierdzeń. W konsekwencji, w przypadku, gdy zarzuty odwołania nie zostaną dostatecznie wykazane stosownymi dowodami (nie zostaną udowodnione), Izba oddali odwołanie.

Przenosząc te uwagi na grunt przedmiotowej sprawy, Izba uznała, że Odwołujący nie udźwignął ciężaru dowodu, który na nim spoczywał i nie znalazła powodów do zaakceptowania stanowiska Odwołującego i w konsekwencji uwzględnienia zarzutu nr 2. Zdaniem Izby, Odwołujący nie wykazał w sposób przekonujący zasadności odrzucenia oferty BLUE ENERGY sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z uwagi na niezgodność treści oferty z pkt 2.14 załącznika nr 1 do OPZ. Przede wszystkim należy wyraźnie podkreślić, że Odwołujący żadnego ze swoich twierdzeń w tym zakresie nie poparł jakimikolwiek dowodami. Odwołujący w treści odwołania oraz w trakcie rozprawy przedstawił więc wyłącznie własne stanowisko, którego nie można absolutnie uznać za obiektywne w sprawie. Brak jest zatem uzasadnienia dla nadania większej wagi argumentacji Odwołującego względem stanowisk zaprezentowanych przez Zamawiającego i Przystępującego. Niemniej jednak to na Odwołującym w tym przypadku spoczywał ciężar dowodu, z którego w ocenie Izby się nie wywiązał, przedstawiając jedynie głosowne stanowisko. W treści odwołania Odwołujący nie odniósł się chociażby do dokumentacji technicznej oferowanego systemu przez BLUE ENERGY sp. z o.o. w celu wykazania braku wymaganych funkcjonalności przez Zamawiającego. Konkludując, wobec tak postawionego zarzutu, niepopartego żadnym dowodem, zdaniem Izby brak było jakichkolwiek argumentów za uznaniem stanowiska Odwołującego za zasadne.

Przechodząc do oceny zarzutu nr 3, tj. zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, w związku z art. 224 ust. 5-6 ustawy Pzp i art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BLUE ENERGY sp. z o.o. w sytuacji, gdy oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, należy stwierdzić, co następuje.

W ramach tego zarzutu Odwołujący powołując się na treść wyjaśnień BLUE ENERGY sp. z o.o. z dnia 6 września 2024 r. wywodził, że „BLUE ENERGY sp. z o.o.:

- 1) wystąpił do dostawcy systemu SPLUNK SOAR o przedstawienie oferty na ten system;
- 2) otrzymał od dostawcy systemu SPLUNK SOAR ofertę na ten system;
- 3) jest partnerem SPLUNK w modelu MSP”.

Odwołujący przy tym zastrzegł, że „zweryfikował powyższe stwierdzenia BLUE ENERGY sp. z o.o. u źródła, tj. u:

- 1) producenta systemu SOAR – SPLUNK i uzyskał informację, że BLUE ENERGY sp. z o.o. nie był i nie jest partnerem MSP i nie miał na dzień 30 sierpnia 2024 r. (termin składania ofert) możliwości oferowania i sprzedawania rozwiązań SPLUNK w tym modelu,
- 2) jedynego dystrybutora w Polsce produktów SPLUNK (m. in. systemu SOAR) – ARROW ECS sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i uzyskał oficjalne oświadczenie menedżera produktu SOAR – W.P. (całość oświadczenia stanowi załącznik do odwołania), zgodnie z którym:
 - a) BLUE ENERGY sp. z o.o. nie wystąpił o przedstawienie oferty na system SPLUNK SOAR,
 - b) ARROW ECS sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, jako jedyny dystrybutor w Polsce produktów SPLUNK: – nie składał BLUE ENERGY sp. z o.o. oferty na potrzeby przedmiotowego postępowania przetargowego, – nie złożył oferty na potrzeby przedmiotowego postępowania przetargowego jakimkolwiek partnerowi posiadającemu status MSP,
 - c) cena SPLUNK SOAR, przedstawiona w wyjaśnieniach złożonych przez BLUE ENERGY sp. z o.o. w stosunku do cen producenta jest wadliwa i zaniżona.

Powyższe doprowadziło Odwołującego do następujących wniosków:

- „1) BLUE ENERGY sp. z o.o. zaoferował Zamawiającemu system SPLUNK SOAR w modelu MSP, choć formalnie nie był do tego uprawniony;
- 2) celowo wprowadził w błąd Zamawiającego, udzielając mu nieprawdziwych informacji w wyjaśnieniach dot. ceny swojej oferty w zakresie systemu SPLUNK SOAR;
- 3) w sposób celowy i bez danych źródłowych (nie posiadając oferty autoryzowanego dystrybutora SPLUNK ani producenta – SPLUNK) przedstawił zaniżoną cenę oferty.

Odwołujący wyjaśnił, że biorąc pod uwagę powyższe „BLUE ENERGY sp. z o.o. nie mógł legalnie zaoferować Zamawiającemu systemu SPLUNK SOAR w modelu MSP w przedmiotowym postępowaniu. SPLUNK nie prowadzi bezpośredniej sprzedaży swoich produktów. Produkty SPLUNK są wprowadzane do dystrybucji w danym kraju (w tym w Polsce) poprzez:

- 1) ustanowionych przez SPLUNK autoryzowanych dystrybutorów w danym kraju – na dzień dzisiejszy jedynym autoryzowanym dystrybutorem produktów SPLUNK na Polskę jest ARROW ECS sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie;
- 2) partnerów SPLUNK, którzy jako jedyni mogą zwracać się do SPLUNK – za pośrednictwem autoryzowanego dystrybutora, o przedłożenie oferty sprzedaży produktów SPLUNK dla klientów końcowych.

W ww. modelu obowiązuje krajowa regionalizacja – partner SPLUNK z danego kraju może kierować zapytania ofertowe na potrzeby klienta końcowego z tego samego kraju, wyłącznie do autoryzowanego dystrybutora SPLUNK z tego samego kraju. Innymi słowy – ofertę na SPLUNK SOAR dla Zamawiającego polski partner SPLUNK może uzyskać jedynie od autoryzowanego dystrybutora SPLUNK w Polsce, tj. ARROW ECS sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie. Podsumowując:

- 1) tylko podmiot posiadający status partnera SPLUNK może sprzedawać produkty SPLUNK klientom końcowym;
- 2) istnieje ograniczona liczba partnerów SPLUNK, którzy mogą sprzedawać produkty SPLUNK w modelu MSP – żaden z tych partnerów nie był uczestnikiem przedmiotowego postępowania;
- 3) bez oferty od autoryzowanego dystrybutora SPLUNK w Polsce, tj. ARROW ECS sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, partner nie może sprzedawać produktów SPLUNK”.

Odwołujący powołując się na informacje uzyskane „od autoryzowanego dystrybutora SPLUNK w Polsce, tj. ARROW ECS sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie o oraz własnej wiedzy Odwołującego (jako partnera SPLUNK)”, wskazał, że „cena rocznej licencji na system SPLUNK SOAR w modelu:

- 1) on prem., to koszt co najmniej 35 000 \$ netto (tj. ok 143 000 zł netto);
- 2) MSP, to koszt co najmniej 17 000 \$ netto (tj. ok 70 000 zł netto).

Biorąc pod uwagę, że BLUE ENERGY sp. z o.o. wyceniła roczny koszt licencji SPLUNK SOAR na kwotę 48 000 zł, to kwotę tę w świetle powyższych danych uznać za wadliwą i zaniżoną. Dalej – jeśli powyższe konstatacje zestawzić z kwotą spodziewanego zysku BLUE ENERGY sp. z o.o. w wysokości 90 265,50 zł, to należy zauważyć, że gdyby BLUE

ENERGY sp. z o.o. chciała zakupić licencje na produkt SPLUNK SOAR w modelu on prem, w oficjalnym kanale dystrybucyjnym (opisanym powyżej), koszty zakupu ww. licencji, przekroczyłyby kwotę spodziewanego zysku. A to pozwala na stwierdzenie, że oferta BLUE ENERGY sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę”.

Do odwołania Odwołujący załączył dowód w postaci korespondencji mailowej z dnia 18 października 2024 r. zawierającą oświadczenie p. W.P. z firmy Arrow Electronics.

Dodatkowo, Odwołujący przedstawiając stanowisko w zakresie zarzutu nr 3 na rozprawie, przedłożył jako dowody cztery przykładowe oferty Odwołującego na okoliczność, że zaoferowana przez BLUE ENERGY sp. z o.o. cena licencji została zaniżona. Oferty te w częściowo, a w szczególności w zakresie przedmiotu oferty, zostały sporządzone w języku obcym. W tym miejscu należy wskazać, że zgodnie z art. 506 ust. 1 ustawy Pzp, postępowanie odwoławcze jest prowadzone w języku polskim. Natomiast wedle art. 506 ust. 2 ustawy Pzp, wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. W uzasadnionych przypadkach Izba może żądać przedstawienia tłumaczenia dokumentu na język polski poświadczonego przez tłumacza przysięgłego. Powyższe oznacza, że obowiązek przedstawienia tłumaczenia na język polski dokumentu sporządzonego w języku obcym dotyczy również dokumentów stanowiących dowód w sprawie. Przedłożenie więc przez Odwołującego dowodów bez tłumaczenia na język polski powoduje, że Izba uznała je za podlegające pominięciu jako wadliwe pod kątem formalnym.

Zamawiający, uznając zarzut nr 3 za niezasadny, wskazał między innymi, że „zarzut ten odwołujący opiera przede wszystkim na twierdzeniu, że przystępujący zaoferował system SPLUNK SOAR w modelu MSP, choć formalnie nie był do tego uprawniony ponieważ nie był i nie jest partnerem MSP i nie ma możliwości oferowania i sprzedawania rozwiązań SPLUNK w tym modelu. Twierdzenie to odwołujący opiera na informacji od dystrybutora ARROWS ECS Sp. z o.o. o wyłączności na oferowanie w Polsce produktów SPLUNK. Przy analizowaniu rażąco niskiej ceny powyższe twierdzenie odwołującego nie ma jednak znaczenia, gdyż przystępujący nie był na etapie postępowania przetargowego zobowiązany do dysponowania licencją. Powinien ją natomiast dysponować na etapie realizacji umowy. Zatem fakt wykupienia licencji może ewentualnie przełożyć się na niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, jednakże nie ma on znaczenia z punktu widzenia analizy dotyczącej rażąco niskiej ceny. Zamawiający nie był nawet uprawniony do badania, czy istotnie przystępujący dysponuje już stosowną licencją. Zamawiający nie wyklucza nawet, że na etapie realizacji umowy przystępujący może nabyć licencję od odpowiedniego dystrybutora.

Jedynie na marginesie wskazać należy, że mailowe oświadczenie bliżej niezbadanej spółki ARROW ECS Sp. z o.o. w żadnym wypadku nie dowodzi, że przystępujący nie mógł nabyć produktu SPLUNK od innego podmiotu, np. od samego producenta, tj. SPLUNK Inc. W załączonej do odwołania wiadomości mailowej spółka informuje jedynie, że jest jedynym dystrybutorem w Polsce produktów SPLUNK, oraz, że nie składała spółce Blue Energy Sp. z o.o. oferty. Ponadto do wyjaśnień z dnia 6 września 2024 r. przystępujący dołączył umowę pomiędzy nim a Gdynia Container Terminal S.A., na świadczenie usług przy użyciu oprogramowania SPLUNK, zatem zamawiający posiadał dowód, że oprogramowanie to jest dla przystępującego dostępne. Podobnie jak informację o jedynym dystrybutorze produktów SPLUNK w Polsce, należy jako niewiarygodną ocenić informację spółki ARROW ECS Sp. z o.o., że cena SPLUNK SOAR przedstawiona w wyjaśnieniach złożonych przez Blue Energy Sp. z o.o. w stosunku do cen producenta jest wadliwa i zaniżona. Twierdzenie to nie zostało poparte żadnymi innymi dowodami, np. informacją producenta, cennikami czy nawet cenami obowiązującymi u spółki ARROW ECS Sp. z o.o. Na czym miałyby polegać z kolei wadliwość ceny, nie wiadomo. Dodać także należy, że ani producent ani dystrybutorzy nie publikują żadnych cenników (na stronie internetowej ARROW ECS SP. z o.o. brak jest cenników), gdyż wycena zawsze posiada charakter indywidualny dostosowany do danego zamówienia i danego dystrybutora lub sprzedawcy. Zatem również cena podana w odwołaniu przez odwołującego jawi się jako niewiarygodna i nie poparta żadnymi dowodami”.

Zamawiający dodał przy tym, że „chybione są również twierdzenia odwołującego jakoby oferta złożona przez przystępującego zawierała rażąco niską cenę” a „cena wynikająca z oferty Blue Energy Sp. z o.o. taką nie jest, co chociażby wynika z tego, że oscyluje ona w granicach wartości szacunkowej zamówienia, która wynosiła 740 000,00 zł netto”.

Zamawiający dodał także, że „nawet przyjmując za wiarygodne ceny licencji podane w odwołaniu — różnica pomiędzy podaną przez przystępującego w wyjaśnieniach kwotą 48 000 zł netto a kwotą licencji podaną przez odwołującego wynosi jedynie 22 000 zł, jasnym bowiem było, że przystępujący nie oferował licencji w modelu on prem, ale w modelu MSP. Taka różnica w jednym nieistotnym elemencie ceny nie może przesądzać o rażąco niskiej cenie. Na pewno taka różnica nie pozbawiałaby przystępującego zysku”.

Zamawiający zaznaczył ponadto, że „przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług a nie zakup programu komputerowego, stąd wyjaśniając cenę zamawiający badał realność wyceny usługi, której licencja nie stanowi istotnego elementu (zamawiający nie wskazywał w OPZ uzyskania licencji oprogramowania). Usługa ta w głównej mierze opiera się na monitorowaniu stąd to koszty osobowe miały dla zamawiającego największe znaczenie ze względu na wymagania co do minimalnej liczebności zespołów oraz ich kompetencji, które generują największą wartość. Dlatego podanie przez wykonawcę w wyjaśnieniach z dnia 06.09.2024r. kosztów licencji miało na celu potwierdzenie, że cena oferty uwzględnia wszystkie elementy składające się na koszt świadczenia usługi”.

Zamawiający nadmieniał też, że „producent oprogramowania SPLUNK nigdzie nie publikuje swojego cennika produktów, wręcz przeciwnie zachęca do uzyskania indywidualnej wyceny oferty poprzez rozbudowany formularz kontaktowy. SPLUNK posiada bardzo rozbudowany i elastyczny model cenowy za licencję, m.in. liczony za liczbę hostów (monitowanych urządzeń) lub ilość danych wprowadzanych do platformy SPLUNK lub za typy obciążeń, które wpadają do platformy SPLUNK, lub za metryki obciążalności na minutę (MTS), czy licencjonowanie w modelu MSP. Wybór licencji i sposób rozliczania Zamawiający pozostawia Wykonawcy, który jako podmiot profesjonalny powinien dostosować do potrzeb tak by zrealizować umowę zgodnie z wymaganiami oraz w sposób optymalny by wypracować zysk”.

Natomiast stanowisko pisemne BLUE ENERGY sp. z o.o. w odniesieniu do zarzutu nr 3 brzmiało następująco: „Odwołujący w powyższym zakresie powołuje się na to, iż rzekomo jedynym dystrybutorem w Polsce produktów SPLUNK jest ARROW ESC sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie. Przystępujący w tym miejscu wskazuje, iż nie jest mu znana ta okoliczność. Przystępujący w odniesieniu do produktów SPLUNK prowadził negocjacje cenowe bezpośrednio z producentem tych produktów (bez udziału pośredników), tj. SPLUNK Inc. Nie jest Przystępującemu wiadomym, czy spółka ARROW ESC sp. z o.o. posiada „wyłączność regionalną” na oferowanie określonych produktów SPLUNK. Nawet jednak gdyby taką wyłączność posiadał, to jest kwestią roszczeń pomiędzy SPLUNK Inc. a ARROW ESC Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, fakt naruszania „wyłączności” przez producenta (np. poprzez oferowanie swoich produktów bezpośrednio, z pominięciem partnerów regionalnych). Przystępujący posiada przy tym status partnera SPLUNK (choć wbrew twierdzeniom Odwołującego nie ma to znaczenia). Kwestia „statusu” partnerstwa ma jedynie znaczenie w kontekście cen na jakich dany partner oferować może produkty SPUNK. Odnosząc się do kwestii cen wskazywanych przez Odwołującego na str. 6 odwołania, w pierwszej kolejności mieć na uwadze należy, iż Odwołujący nie wykazał źródła

wskazywanych kwot i tego, iż kwoty te faktycznie odnoszą się do produktu oferowanego przez Przystępującego w ramach postępowania. Odwołujący wskazuje przy tym, iż powołane przez niego ceny odnoszą się do samego systemu SPLUNK SOAR (w określonym modelu). Tymczasem oczywistym jest, iż zakup samego systemu to kwestia zupełnie odrębna od oferowania samej licencji na korzystanie z systemu. Zakup systemu powoduje, iż nabywca uzyskuje możliwość oferowania określonych rozwiązań opartych o ten system na rzecz różnych odbiorców. Tym samym posiadając określone prawa do samego systemu ma możliwość oferowania konkurencyjnych cen (wykorzystanie systemu w ramach różnych zamówień / zleceń). Dodatkowo, wskazać należy, iż Przystępujący prowadziła negocjacje w odniesieniu do samych licencji na SPLUNK (bezpośrednio z producentem) i uzyskała ceny konkurencje w zakresie możliwości oferowania licencji. Zaoferowana w ramach postępowania przez Przystępującego cena, uwzględniała tym samym, uzyskaną indywidualnie od producenta cenę na licencję a nadto rabat oferowany przez producenta dla swoich partnerów (uzyskanie takiego partnerstwa nie jest formalnie trudne, stąd przy kalkulowaniu ceny oferty, Przystępujący mógł uwzględnić uzyskaną indywidualnie cenę na licencję i planowany do uzyskania rabat)".

Do swojego pisma BLUE ENERGY sp. z o.o. załączył dowód w postaci korespondencji mailowej prowadzonej pomiędzy przedstawicielem BLUE ENERGY sp. z o.o. a przedstawicielem Splunk Inc., zawierającą ostateczną ofertę dla Przystępującego.

Swoje stanowiska pisemnie Zamawiający oraz Przystępujący BLUE ENERGY sp. z o.o. uzupełnili w ramach ustnych wypowiedzi na rozprawie.

W ocenie Izby zarzut nr 3 podlegał oddaleniu. Należy wskazać, iż zarzut sprowadzał się w istocie do zarzucenia, iż wycena licencji SPLUNK SOAR na kwotę 48 000 zł netto (co bezspornie wynika z wyjaśnień BLUE ENERGY sp. z o.o. z dnia 6 września 2024 r.) była zaniżona, a po drugie wadliwa z tego względu, że BLUE ENERGY sp. z o.o. nie mógł zaoferować systemu SPLUNK SOAR w modelu MSP (na który to model bezspornie powołał się w wyjaśnieniach z dnia 6 września 2024 r.). Początkowo należy zgodzić się z Odwołującym, iż z analizy treści cytowanych fragmentów wyjaśnień BLUE ENERGY sp. z o.o. z dnia 6 września 2024 r. wynika, że BLUE ENERGY sp. z o.o. wystąpił do dostawcy systemu SPLUNK SOAR o przedstawienie oferty na ten system, otrzymał od dostawcy systemu SPLUNK SOAR ofertę na ten system oraz, że jest partnerem SPLUNK w modelu MSP. Należy uznać te okoliczności za niesporne, bowiem wynikają one z oświadczenia BLUE ENERGY sp. z o.o. zawartego w wyjaśnieniach. Niemniej w dalszej części uzasadnienia zarzutu, Odwołujący formułuje argumentację na poparcie zarzutu, której nie sposób w ocenie Izby przyznać racji.

Po pierwsze Odwołujący wskazał, że zweryfikował wspomniane stwierdzenia BLUE ENERGY sp. z o.o. u producenta systemu SOAR – tj. SPLUNK i uzyskał informację, że BLUE ENERGY sp. z o.o. nie był i nie jest partnerem MSP i nie miał na dzień 30 sierpnia 2024 r. (termin składania ofert) możliwości oferowania i sprzedawania rozwiązań SPLUNK w tym modelu. Twierdzenie to Odwołujący nie popiera żadnym dowodem w postaci oświadczenia producenta SPLUNK, stąd też twierdzenie Odwołującego należy uznać za gołosłowne i niepotwierdzone.

Po drugie Odwołujący odniósł się do kwestii modelu sprzedaży produktów firmy SPLUNK poprzez regionalną dystrybucję, w konkluzji stwierdzając, że tylko podmiot posiadający status partnera SPLUNK może sprzedawać produkty SPLUNK klientom końcowym, istnieje ograniczona liczba partnerów SPLUNK, którzy mogą sprzedawać produkty SPLUNK w modelu MSP – żaden z tych partnerów nie był uczestnikiem przedmiotowego postępowania, bez oferty od autoryzowanego dystrybutora SPLUNK w Polsce, tj. ARROW ECS sp. z o. z siedzibą w Krakowie, partner nie może sprzedawać produktów SPLUNK. Brak jest jednakże dowodów obiektywnie potwierdzających powyższe założenia Odwołującego. Odwołujący wywodził też, że z oświadczenia jedyne dystrybutora w Polsce produktów SPLUNK (m. in. systemu SOAR) – ARROW ECS sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie, stanowiącym dowód złożony przez Odwołujący razem z odwołaniem, wynika, że BLUE ENERGY sp. z o. o. nie wystąpił o przedstawienie oferty na system SPLUNK SOAR, dystrybutor nie składał BLUE ENERGY sp. z o. o. oferty na potrzeby przedmiotowego postępowania przetargowego i nie złożył oferty na potrzeby przedmiotowego postępowania przetargowego jakimkolwiek partnerowi posiadającemu status MSP oraz że cena SPLUNK SOAR, przedstawiona w wyjaśnieniach złożonych przez BLUE ENERGY sp. z o. o. w stosunku do cen producenta jest wadliwa i zaniżona. Należy jednakże zauważyć, że sam BLUE ENERGY sp. z o.o., co zresztą wynika z treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny, powoływał się na ofertę partnerską bezpośrednio od SPLUNK, nie wspominając o ofercie od dystrybutora ARROW ECS sp. z o. o. Przy czym należy zgodzić się z Przystępującym, iż nawet gdyby ARROW ECS sp. z o.o. posiadał „wyłączność regionalną” na oferowanie określonych produktów SPLUNK, to jest kwestią roszczeń pomiędzy producentem a dystrybutorem.

Co zaś się tyczy stwierdzenia zawartego w przedstawionym dowodzie odnośnie wyceny licencji przez BLUE ENERGY sp. z o.o., zdaniem Izby lakoniczne wskazanie, że cena jest „w stosunku do cen producenta jest wadliwa i zaniżona” nie może być postrzegane za wystarczające dla uznania, że zaoferowana cena licencji przez Przystępującego była nierynkowa. Podobnie Odwołujący, pomimo powoływania się na informacje uzyskane od autoryzowanego dystrybutora, nie przedstawił wyceny dokonanej przez tego dystrybutora. W treści odwołania Odwołujący przedstawił ceny rocznej licencji na system SOAR w dwóch modelach, lecz nie załączył przy tym jakiegokolwiek obiektywnego potwierdzenia tych wycen. Należy pamiętać, że co prawda art. 537 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, że ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. Prowadzi to do konkluzji, że w zakresie tego zarzutu, ciężar dowodu spoczywał na Przystępującym BLUE ENERGY sp. z o.o. Tym niemniej, pomimo przeniesienia ciężaru dowodu na wykonawcę, którego oferty dotyczy zarzut rażąco niskiej ceny, nie oznacza to, że Odwołujący jest zwolniony z inicjatywy dowodowej w celu udowodnienia, że udzielone przez konkurenta wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są nierzetelne czy niewystarczające dla obalenia domniemania rażąco niskiej ceny. To w gestii Odwołującego w tym przypadku leży wykazanie, że powinna nastąpić odmienna od dokonanej ocena wyjaśnień BLUE ENERGY sp. z o.o. przez Zamawiającego. Nie jest zatem zasadnym samo wskazanie, iż wycena licencji jest zaniżona i wadliwa na podstawie własnych przekonań lub też informacji niepotwierdzonych dowodem. Zarazem zdaniem Izby logicznym jest argument Przystępującego, że prowadził negocjacje w odniesieniu do samych licencji na SPLUNK (bezpośrednio z producentem) i uzyskał ceny konkurencyjne w zakresie możliwości oferowania licencji. Stąd też za przekonujące należy uznać, że w warunkach wolnorynkowych można uzyskać indywidualną wycenę danego produktu. Przy czym zauważyć trzeba, że Odwołujący nie formułuje zarzutu, że Przystępujący powinien załączyć do wyjaśnień jako dowód ofertę, na którą powoływał się w wyjaśnieniach.

Zarazem zastrzec trzeba, że postępowanie odwoławcze w zakresie dowodów nie może służyć uzupełnianiu dowodów, które powinny zostać złożone razem z wyjaśnieniami. Izba rozstrzyga bowiem prawidłowość czynności Zamawiającego w postaci analizy wyjaśnień i dowodów, którymi posługiwał się wykonawca w toku postępowania przetargowego. Natomiast nowa argumentacja czy dowody, zawarte przez wykonawcę dopiero na etapie postępowania odwoławczego nie są dopuszczalne. Stąd też dowód w postaci korespondencji mailowej, który przedłożył razem z pismem procesowym Przystępujący BLUE ENERGY sp. z o.o. Izba pominęła. Jednakże powyższa okoliczność nie wpływa na negatywną ocenę podniesionego przez Odwołującego zarzutu.

W związku z powyższym, zdaniem Izby zarzut nr 3 nie zasługiwał na uwzględnienie.

W konsekwencji powyższej oceny zarzutów nr 2 i nr 3, także zarzut nr 1, tj.: zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 239 ustawy Pzp, w związku z art. 266 ustawy Pzp oraz w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5, art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez BLUE ENERGY sp. z o. o., jako najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy jej treść jest niezgodna z warunkami przedmiotowego zamówienia oraz zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, ze względu na swój wynikowy charakter wobec zarzutów nr 2 i nr 3, również podlegał oddaleniu.

Co zaś się tyczy oceny zarzutu nr 4, tj. zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, w związku z art. 281 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy NETWORK EXPERTS sp. z o. o. sp. k. w sytuacji, gdy oferta ta jest niezgodna z warunkami przedmiotowego zamówienia, to należy wskazać, że w ramach tego zarzutu Odwołujący zarzucił, że oferta złożona przez NETWORK EXPERTS sp. z o. o. sp. k. jest niezgodna z warunkami przedmiotowego zamówienia, określonymi w OPZ. Odwołujący podnosząc niezgodność oferty NETWORK EXPERTS sp. z o. o. sp. k. z pkt 4 załącznika nr 1 do OPZ, zwrócił uwagę, że „uwzględniając definicję SOAR, zamieszczoną w OPZ, SOAR nie jest dedykowanym osobnym rozwiązaniem, lecz częścią rozwiązania Elastic Security, w związku z czym nie można kupić samodzielnie produktu SOAR od producenta Elastic – w tym zakresie zaoferowane rozwiązanie jest niezgodne z definicją zamieszczoną w postępowaniu, a więc jego warunkami”. Zarzucając niezgodność oferty NETWORK EXPERTS sp. z o. o. sp. k. z pkt 2.10 załącznika nr 1 do OPZ, Odwołujący wskazał, że „w celu wykonania analizy zagrożenia z plików CSV w funkcji Threat Intelligence należy doinstalować kolejne zewnętrzne rozwiązanie, którym jest LOGSTASH i nie jest częścią rozwiązania zgodnie z wymaganiami OPZ. Ponadto należy wytworzyć dedykowany parser. Po do głębszej analizie stwierdzono, że użytkownik końcowy nie jest w stanie w prosty sposób wytworzyć takiej konfiguracji lub wytworzenie wymaga odpowiednich kompetencji, które dość często są po stronie vendora rozwiązania”. Z kolei na niezgodność oferty NETWORK EXPERTS sp. z o. o. sp. k. z pkt 2.13 załącznika nr 1 do OPZ wskazuje zdaniem Odwołującego to, że „producent oferowanego systemu – Elastic nie udostępni publicznie dokumentacji SOAR. Udostępnione przez Elastic linki przekierowują do serwisu internetowego, która nie zawiera szczegółowych technicznych informacji”. Odwołujący zarzucił również niezgodność oferty NETWORK EXPERTS sp. z o. o. sp. k. z pkt 2.14 załącznika nr 1 do OPZ, podnosząc, że „w materiałach udostępnionych przez producenta oferowanego systemu dostępnych pod adresem <https://www.elastic.co>, nie znaleziono informacji o istnieniu gotowych playbook-ów dla systemu SOAR”.

Jednocześnie Izba pominęła przedstawione na rozprawie w ramach tego zarzutu uwagi Odwołującego odnośnie niezgodności oferty NETWORK EXPERTS sp. z o. o. sp. k. z pkt 2.6 załącznika nr 1 do OPZ. Zgodnie z art. 555 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że zakres rozpoznania sprawy przez Izbę ograniczony jest zarzutami przedstawionymi w odwołaniu. Zachowując wcześniejsze uwagi odnośnie zawartości zarzutu odwołania, należy dodać, iż odwołujący w uzasadnieniu faktycznym zobowiązany jest podać wszystkie okoliczności potwierdzające zasadność twierdzeń wyrażonych w odwołaniu, a samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy Pzp nie tworzy zarzutu. Jednocześnie nadmienić trzeba, że niezależnie od podstawy prawnej wskazanego naruszenia, nowe okoliczności faktyczne nieznanne odwołaniu, nie mogą być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę.

W pisemnej odpowiedzi na zarzut nr 4 Zamawiający przekazał, że „również w tym przypadku zamawiający wezwał w dniu 19 września 2024 r. wykonawcę Network Experts Sp. z o.o. Sp. k. do wyjaśnień, czy rozwiązanie oferowane przez tego wykonawcę — Elastic spełnia wymogi określone w ww. postanowieniach załącznika nr 1 do OPZ. Pismem z dnia 23 września 2024 r. wykonawca wyczerpująco i w oparciu o przykłady i dokumentację dostępne na stronie producenta oprogramowania Elastic przedstawił materiał dowodowy, który w sposób szczegółowy wyjaśnił i udowodnił realizację wymagań zdefiniowanych w OPZ”. Zamawiający przy tym zawarł fragmenty wyjaśnień wykonawcy NETWORK EXPERTS sp. z o.o. sp. k. odnośnie pkt 2.10, 2.13, 2.14 oraz 4 załącznika nr 1 do OPZ. Swoje stanowisko w tym zakresie Zamawiający podtrzymał w trakcie rozprawy.

Nie powielając wcześniej poczynionych uwag przez Izbę odnośnie ciężaru dowodu oraz gromadzenia dowodów na poparcie faktów, z których wywodzi się skutki prawne poczynionych przy ocenie zarzutu nr 2, wskazać trzeba, iż mają one również zastosowanie w stosunku do zarzutu nr 4. Również w tym przypadku Odwołujący nie pokusił się o przedstawienie jakichkolwiek dowodów na poparcie swoich twierdzeń odnośnie niezgodności oferty NETWORK EXPERTS sp. z o.o. sp. k. względem pkt 2.10, 2.13, 2.14 oraz 4 załącznika nr 1 do OPZ. Odwołujący oparł swoje stanowisko na własnych przekonaniach, których nie sposób ocenić bez odniesienia się choćby do jakichkolwiek specyfikacji technicznych. Co prawda Odwołujący lakonicznie w zakresie niezgodności z pkt 2.14 odniósł się w odwołaniu do strony internetowej producenta systemu oferowanego przez NETWORK EXPERTS sp. z o.o. sp. k., tym niemniej należy zauważyć, iż na podstawie samego stwierdzenia, że Odwołujący, a więc podmiot istotnie zainteresowany rozstrzygnięciem zarzutu na swą korzyść, nie znalazł danej informacji o istnieniu gotowych playbooków dla systemu SOAR, nie można przyjąć, że taka niezgodność rzeczywiście występuje. Twierdzenia odnośnie tego zarzutu, podobnie jak w przypadku zarzutu nr 2, nie znajdują uzasadnienia w jakichkolwiek dowodach. Z tego też tytułu, w ocenie Izby brak jest podstaw do przyjęcia subiektywnej argumentacji Odwołującego jako przekonującej względem argumentacji zawartej w odpowiedzi na odwołanie, która odnosi się do wyjaśnień NETWORK EXPERTS sp. z o.o. sp. k. złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tym samym także zarzut nr 4 nie zasługiwał w ocenie Izby na uwzględnienie.

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

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:.....