

WYROK

z dnia 25 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Kuciak
Piotr Kozłowski
Sylwester Kuchnio**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 maja 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) Comp S.A., adres dla pełnomocnika: ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150, 02-642 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Krypton Polska Sp. z o.o., al. Jerozolimskie 131, 02-304 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) Comp S.A., adres dla pełnomocnika: ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) Comp S.A., adres dla pełnomocnika: ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „*Rozbudowa sieci szyfrowej poprzez dostawę i konfigurację urządzeń kryptograficznych wraz z odpowiednią infrastrukturą centrum zarządzania*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S 016-024339.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez bezzasadne uznanie, iż Odwołujący złożył w postępowaniu nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, ewentualnie naruszenie art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 i 4 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe uznanie, iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz ewentualne zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezzasadne uznanie, że oferta Odwołującego jest niezgodna z SIWZ; ewentualnie, naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione uznanie, że złożenie oferty przez Odwołującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji;
- 5) art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie podania pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego;
- 6) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z wyżej wymienionym przepisami art. 89 i art. 24 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie wyżej wymienionych przepisów ustawy.

W tym stanie rzeczy Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty;
- 3) dokonania powtórnego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego; ewentualnie, wezwanie Odwołującego do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp lub art. 90 ust. 1 ustawy Pzp;
- 4) dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podał:

W zakresie wykluczenia ze względu na nieprawdziwe informacje.

Odwołujący zaprzeczył jakoby złożone przez niego informacje były nieprawdziwe i wypełniały przesłanki, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jednocześnie zaniechanie przez Zamawiającego wyjaśnienia ewentualnych wątpliwości, które powziął w związku ze złożonymi wyjaśnieniami i automatyczna ocena, iż Odwołujący umyślnie złożył nieprawdziwe informacje, zdaniem Odwołującego, narusza art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i wskazuje na celowe zaniedbanie po stronie Zamawiającego, który dokonał pobieżnej i nieprawidłowej oceny złożonych przez Odwołującego wyjaśnień.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w uzasadnieniu wskazał, iż nieprawdziwość złożonych informacji polega na tym, że:

- a. Kalkulacja przedstawiona w piśmie złożonym przez Odwołującego na rozprawie przed KIO w dniu 22 kwietnia 2015 r. nie wskazywała, iż jest to kalkulacja odnosząca się i wynikająca jedynie z właściwości Krypton sp. z o.o., natomiast, iż miała ona przedstawiać *minimalne koszty, jakie należy ponieść w celu realizacji zamówienia*.
- b. Kalkulacja złożona wraz z wyjaśnieniami ceny z dnia 14 maja 2015 r. ma zawierać *zupełnie przeciwstawne wyliczenia* niż te zawarte w piśmie z dnia 22 kwietnia 2015 r. oraz zawiera wskazanie, iż poprzednia kalkulacja jest *obarczona błędem, tj. zawiera kwoty brutto a nie netto*. Przy czym, zdaniem Zamawiającego, rozbieżne kalkulacje niewątpliwie mogą mieć wpływ na wynik postępowania, a co najmniej jedna z nich zawiera *nieprawdziwe informacje*.
- c. Koszty certyfikacji wskazane w obu kalkulacjach są różne, mimo iż jest to czynność prowadzona za stałą kwotę określoną w rozporządzeniu, a *ilość urządzeń jest tu bez znaczenia, ponieważ każdy Wykonawca certyfikuje taką samą ilość*.
- d. Dokument - wydruk z maila - stanowi nieprawdziwą informację, która ma wpływ na wynik postępowania, jest to bowiem dowód prowadzący do uznania, iż złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający dokonał wykluczenia Odwołującego z postępowania nie wykazując jednocześnie spełnienia przesłanek wykluczenia określonych w

przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie tylko nie wykazał nieprawdziwości wskazanych w uzasadnieniu odrzucenia informacji, ale nie określił nawet, które konkretnie informacje są nieprawdziwe i na jakiej podstawie tak twierdzi - w żadnym punkcie uzasadnienia Zamawiający nie wykazał nieprawdziwości którejkolwiek ze złożonych przez Odwołującego informacji. Odwołujący stwierdził, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, wskazane przez niego rozbieżności w żaden sposób nie świadczą o nieprawdziwości złożonych informacji, a wynikają jedynie z pobieżnego zbadania i nieprawidłowej oceny złożonych dokumentów przez Zamawiającego.

Dalej Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie wykazał, iż Odwołujący działał umyślnie, w celu wprowadzenia w błąd Zamawiającego. Tymczasem, jak podał Odwołujący, zgodnie z aktualną linią orzeczniczą, związaną z prounijną wykładnią przedmiotowego przepisu, wykluczenie wykonawcy powinno znajdować oparcie w obiektywnych czynnikach pozwalających uznać, że złożenie nieprawdziwych informacji było działaniem celowym, skierowanym na uzyskanie zamówienia.

Odwołujący zauważył, że podstawową funkcją regulacji wymienionej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest wyeliminowanie z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego takich wykonawców, którzy świadomie podając nieprawdę wprowadzają w błąd zamawiającego, co do informacji mających znaczenie dla wyniku prowadzonego postępowania. Celem przedmiotowej regulacji nie jest natomiast eliminacja z postępowania wykonawców, którzy omyłkowo, nieświadomie podali informacje niezgodne z rzeczywistością i których zamiarem nie było wprowadzenie zamawiającego w błąd. Powyższa interpretacja wynika z brzmienia przepisu art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE, tzw. dyrektywy klasycznej. Zaś, interpretując przepisy krajowe wydane w celu transpozycji postanowień dyrektywy UE należy kierować się tzw. prounijną wykładnią prawa, natomiast ta na gruncie omawianej problematyki nakazuje przyjąć, że celem ww. przepisu dyrektywy klasycznej jest eliminacja z postępowania wykonawców, którzy umyślnie wprowadzają zamawiającego w błąd.

Nadto, zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie wskazał, że informacje, które Zamawiający uznał za nieprawdziwe (czemu Odwołujący zaprzeczył) w ogóle miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania i jaki to miałby być wpływ. Jeśli Zamawiającemu chodziło o ewentualną omyłkę w podaniu kwot netto i brutto, to wskazanie na ceny brutto zamiast na netto, w ocenie Odwołującego, w ogóle nie miało wpływu na wynik postępowania, gdyż niezależnie od oceny przez Zamawiającego tych informacji i tak miałyby miejsce jeszcze aukcja elektroniczna.

W ocenie Odwołującego, nieuprawnione i niezrozumiałe są twierdzenia Zamawiającego w zakresie przedmiotu kalkulacji zawartej w piśmie z dnia 22 kwietnia 2015 r. Zdaniem Odwołującego, nie może budzić wątpliwości, iż tak jak całe pismo procesowe

Odwołującego oraz postępowanie odwoławcze przed KIO, dotyczy ona oferty i ceny zaoferowanej przez Krypton Polska sp. z o.o. (dalej jako: „Krypton” lub „Przystępujący”). Punkt I pisma procesowego, którego częścią jest tabela z kalkulacją (nie jedyną zresztą zawartą w przedmiotowym piśmie), dotyczy tych elementów oferty wynikających z SIWZ, których Krypton nie uwzględnił w wyjaśnieniach i nie wycenił prawidłowo - pkt 6 zawierający tabelę jest bezpośrednio kontynuacją pkt 4 i 5, które odnoszą się do kosztów i wyjaśnień wykonawcy Krypton. Wprowadzeniem do tabeli jest zdanie oznaczone jako pkt 6: *„Poniżej Odwołujący przedstawia szacunkowe koszty realizacji w/w elementów przedmiotu zamówienia”*. Są to koszty odnoszące się do właściwości oferty Krypton, gdyż tylko ona była przedmiotem tego postępowania (sygn. akt: KIO 721/15).

Fakt, iż tabela w pkt 6 pisma z 22 kwietnia 2015 r. odnosi się bezpośrednio do właściwości Krypton wynika również wprost z jej treści - wskazano ilość urządzeń, rodzaj certyfikacji (tylko ABW - a nie ABW lub SKW, a zatem certyfikacji, którą posiadają urządzenia Krypton), jak również bezpośrednio wskazano na właściwości Krypton w opisie pozycji w wierszu 3 tabeli. Podobnie w oczywisty sposób, zdaniem Odwołującego, kalkulacja zawarta w wyjaśnieniach z dnia 14 maja 2015 r. odnosi się do oferty Odwołującego i okoliczności jemu właściwych – sporządzenie w wyjaśnieniach porównania z kalkulacją z pisma z 22 kwietnia 2015 r. zostało dokonane na wyraźne żądanie Zamawiającego i służy podkreśleniu różnic w okolicznościach właściwych obu wykonawcom, które przekładają się na sposób realizacji zamówienia.

W ocenie Odwołującego, nie jest słuszne twierdzenie, iż wyliczenia te są zupełnie przeciwstawne - są odmienne stosownie do odmiennych okoliczności właściwych obu wykonawcom. Ze względu na ewidentne różnice w charakterystyce obu spółek, ich kalkulacje kosztów nie mogły być takie same.

W zakresie rozbieżności między wartościami tabeli zawartej w piśmie z dnia 22 kwietnia 2015 r. a opisem kolumn, jak podał Odwołujący - mamy tu do czynienia, zgodnie zresztą z wyjaśnieniami Odwołującego - nie z nieprawdziwymi informacjami, ale ze zwykłą omyłką Odwołującego przy przygotowywaniu pisma. Odwołujący stanowczo zaprzeczył, iż było to działanie celowe, zmierzające do wprowadzenia w błąd Zamawiającego lub Krajową Izbę Odwoławczą - takie twierdzenia nie tylko są niczym nieuzasadnione, ale graniczą z absurdem.

W wyjaśnieniach z dnia 14 maja 2015 r., dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, Odwołujący poinformował Zamawiającego o omyłce w nazewnictwie kolumn tabeli zawartej w pkt 6 pisma z dnia 22 kwietnia 2015 r., do którego odniesienia się wymagał Zamawiający, polegającej na tym, że zamiast słowa „netto”, w opisie kolumny trzeciej i czwartej powinny znajdować się słowo „brutto”, ponieważ kwoty, które zostały przedstawione w niniejszej tabeli, są w rzeczywistości wartościami brutto nie

netto. Odwołujący dokonywał kalkulacji w programie Excel, wpisując do tabeli wartości netto, które były automatycznie przeliczane na wartości brutto za pomocą stosownej formuły („*1,23”). Wartości zawarte w poszczególnych wierszach są zatem wartościami brutto - w opisie kolumn, który dodawano już po skopiowaniu tabeli do edytora tekstu, w którym tworzono pismo procesowe, omyłkowo wpisano, że są to wartości netto. Jest to zwykła omyłka, dostrzeżona przez samego Odwołującego dopiero *post factum*, która w istocie - nie miała i nie mogła mieć żadnego wpływu na wynik postępowania. Zmiana opisu kolumny z netto na brutto nie zmieniałaby faktu, iż koszty oszacowane przez Odwołującego w dalszym ciągu przewyższają istotnie cenę ofertową Krypton (kwota brutto z tabeli 8 272 282,43 zł w porównaniu do ceny Krypton: 6 054 411,00 zł brutto).

Odwołujący podniósł, że niezależnie zatem od popełnienia przez Odwołującego przedmiotowej omyłki - nie miała i nie mogła mieć ona realnie żadnego wpływu na wynik postępowania. Znacząca różnica, ponad 25% pomiędzy ceną brutto oferty Krypton w kwocie ok. 6,05 mln zł a wskazaną w szacunkowej kalkulacji kosztów wartością ok. 8,27 mln zł jest na tyle istotna, że omyłka pisarska wskazująca błędnie, że mamy do czynienia z wartością netto (a więc przeszło 10 mln zł brutto), a więc przekładająca się hipotetycznie na przeszło 47,5% różnicę, nie miała tu żadnego znaczenia i wpływu na decyzje Zamawiającego, czy też KIO, zwłaszcza, że Zamawiający znając treść pisma procesowego (myśląc, że ma do czynienia z tą większą, ponad 47,5% rozbieżnością) nie zmienił swojej oceny, co do ceny oferty Krypton, a zatem, tym bardziej nie podjąłby takiej decyzji na podstawie różnicy „tylko” 25%.

Zdaniem Odwołującego, powyższa omyłka, jak również jakiegokolwiek twierdzenia Zamawiającego, odnoszące się do nieprawdziwości informacji przedkładanych w toku postępowania odwoławczego, nie mogą mieć przełożenia na decyzję o wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, bowiem w sposób jednoznaczny przepis ten odnosi się do informacji składanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia, a postępowanie odwoławcze niewątpliwie nie jest postępowaniem, do którego odnosi się dyspozycja ww. przepisu. Zatem, nawet gdyby (czemu Odwołujący stanowczo zaprzeczył) doszło do przedłożenia nieprawdziwych informacji w postępowaniu przed KIO - zarzut taki, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie może stanowić podstawy do wykluczenia Odwołującego z postępowania prowadzonego przez Zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, że również pozorne niezgodności w zakresie kosztów certyfikacji nie są w żadnym razie przykładem nieprawdziwych informacji – Zamawiający pobieżnie i niedokładnie przeanalizował przedstawioną kalkulację. Jednakże obie kalkulacje są spójne pod względem założeń w zakresie kosztów certyfikacji:

Koszt certyfikacji składa się z dwóch elementów: (a) kosztu wykonania badania – na podstawie rachunku, jaki wystawia właściwa służba za udział swoich specjalistów w

wykonywaniu badań, oraz (b) kosztu wydania właściwego certyfikatu zgodności – który rzeczywiście jest wartością jednostkowo stałą, jednakową dla każdego wykonawcy, wynikającą z przepisów ogólnych. Przygotowując szacunkową kalkulację, przedstawioną w piśmie z dnia 22 kwietnia 2015 r. w pozycji nr 1 – koszty certyfikacji, zostały uwzględnione obie wartości tj. (a) i (b), dla ilości certyfikatów właściwych dla oferty Krypton.

W trakcie rozprawy przed KIO przedstawiciele Krypton podnieśli, że koszt badań wykonywanych przez specjalistów właściwej służby wynika z rzeczywistej ilości przepracowanych godzin i zależy od procedur przyjętych w porozumieniu pomiędzy danym producentem a daną służbą, a co za tym idzie może być różny dla różnych producentów, a nawet może być różny dla różnej skali produkcji (np. pracy dla pojedynczych urzędów może być jednostkowo więcej niż dla kilkuset urzędów). Dlatego przygotowując kalkulację załączoną do wyjaśnień z 14 maja 2015 r., w celu wykazania rzeczywistych kosztów realizacji wskazanych elementów przedmiotu zamówienia właściwych dla Odwołującego, koszty (a) i (b) prezentowane uprzednio w pierwszym wierszu kalkulacji z pkt 6 pisma procesowego łącznie, zostały rozbite i zaprezentowane w dwóch osobnych wierszach (w pierwszym oraz piętnastym) tabeli stanowiącej załącznik nr 1 do wyjaśnień ceny – co zostało wyraźnie opisane w komentarzach.

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący uwzględnił takie same koszty certyfikacji zarówno w kalkulacji z 22 kwietnia, jak i w kalkulacji z 14 maja. Obie kalkulacje przyjmują te same wartości w celu oszacowania kosztów certyfikacji, a jedynie argumentacja Krypton, przedstawiona w trakcie rozprawy przed KIO sprawiła, że koszty te zostały w późniejszej kalkulacji rozbite i zaprezentowane w dwóch różnych pozycjach, które odpowiednio i wyraźnie opisano (Odwołujący zakładał, że Zamawiający, który sam w wezwaniu oczekiwał odniesienia się do twierdzeń z etapu postępowania odwoławczego w sprawie KIO 721/15, oczekiwał również uwzględnienia tej okoliczności). Rezerwa dotyczy wszelkich nieprzewidzianych kosztów, w tym między innymi część z tej rezerwy pokryje koszt robocizny służby wykonującej pracę związaną z certyfikacją.

W ocenie Odwołującego, co najwyżej można mu przypisać, nietrafność przewidywania co do oczekiwanego (a nie wprost wyartykułowanego) przez Zamawiającego poziomu szczegółowości odniesienia się do wyliczeń przedstawionych w piśmie z dnia 22 kwietnia 2015 r. Zdaniem Odwołującego, należy także wziąć pod uwagę, iż Zamawiający wyznaczył wyjątkowo krótki termin na przygotowanie wyjaśnień (pierwotnie wyznaczono Odwołującemu 24h na przygotowanie wyjaśnień, a dopiero na skutek wniosku przesunięto ten termin, ale tylko o kolejne 24h).

Ponadto to Zamawiający wprost zażądał, na co zwrócił uwagę Odwołujący, aby wyjaśnienia zawierały w swej treści odniesienie się do tabeli zawartej w piśmie z dnia 22 kwietnia 2015 r. Odwołujący nie dysponował porównaniem kalkulacji własnych

Odwołującego do kalkulacji z pisma procesowego, która przygotowywana była pod kątem oferty Krypton, a co za tym idzie, przygotowując to porównanie musiał wziąć pod uwagę różnice pomiędzy oboma producentami szyfratorów.

Odwołujący podniósł, że w żadnym razie nie było to celowe działanie Odwołującego, zmierzające do wprowadzenia kogokolwiek w błąd, tym bardziej, iż przyjmując sposób rozumowania Zamawiającego, iż któryś ze wskazanych kosztów jest nieprawdziwy: wynikająca z powyższego różnica w kwotach, którą mógłby „zyskać” Odwołujący w celu wykazania podnoszonych twierdzeń (180.000,00 zł łącznie), nie wpłynęłaby w sposób przesądzający na ocenę kalkulacji złożonej w piśmie z dnia 22 kwietnia 2015 r. oraz w żaden sposób nie wpływa na wynik kalkulacji załączonej do wyjaśnień z dnia 14 maja 2015 r. (koszt ten uwzględniono w poz. 15 kalkulacji i powiększa on sumę całej kalkulacji).

Odwołujący zaprzeczył twierdzeniom Zamawiającego, iż powoływany przez niego wydruk maila jest dokumentem stanowiącym *nieprawdziwą informację, która ma wpływ na wynik postępowania* i może stanowić podstawę wykluczenia Odwołującego z postępowania, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp - informacja, którą potwierdzać miał złożony wydruk jest prawdziwa i Zamawiający nie wykazał faktu przeciwnego.

Zdaniem Odwołującego, nie jest również prawdziwe twierdzenie Zamawiającego, dotyczące ilości urządzeń certyfikowanych przez każdego wykonawcę. Jest oczywiste, że oferty te różnią się co do ilości urządzeń dostarczanych do centralnej części systemu (w przypadku oferty firmy Krypton są to 4 szt. szyfratorów, a w przypadku oferty Odwołującego jest to 14 szt. szyfratorów), jak również co do ilości urządzeń serwisowych, przekazywanych Zamawiającemu (1 szt. w przypadku oferty firmy Krypton i 4 szt. w przypadku oferty Odwołującego). Biorąc pod uwagę jedynie ww. informacje, różnica w ilości certyfikowanych urządzeń szyfrujących wynosi 13 szt. - i ta różnica również została wykazana w kalkulacji załączonej do wyjaśnień z dnia 14 maja 2014 r. Oczywisty błąd Zamawiającego w tym zakresie, potwierdza jedynie zarzuty Odwołującego co do braku staranności i rzetelności w dokonanej ocenie złożonych przez Odwołującego wyjaśnień i nieprawidłowości podjętej decyzji o odrzuceniu jego oferty.

Odwołujący podkreślił, iż Zamawiający dostrzegając nieścisłości lub mając wątpliwości co do przedstawionych wyjaśnień i kalkulacji miał możliwość (podobnie, jak uczynił to w odniesieniu do Krypton) zwrócenia się do Odwołującego o ich wyjaśnienie. Zdaniem Odwołującego, działania Zamawiającego naruszają zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w szczególności w sytuacji, w której, jak wynika z uzasadnienia informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego - Zamawiający nie potrafi określić, które dokładnie ze złożonych informacji są nieprawdziwe (konieczne jest wykazanie obiektywnej nieprawdziwości przedstawionych danych), a jedynie stwierdza, iż „*jakieś nieprawdziwe informacje muszą w nich być*”.

W zakresie odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 4 ustawy Pzp ze względu na rażąco niską cenę.

Zdaniem Odwołującego, uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego ze względu na rażąco niską cenę opiera się na błędnej ocenie i niedokładnej analizie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego. W ocenie Odwołującego, Zamawiający powołał się na okoliczności, które nie świadczą wcale o rażąco niskim charakterze ceny, ale stanowią efekt niezrozumienia po stronie Zamawiającego, który zaniechał wyjaśnienia rzekomych rozbieżności (do części z nich Odwołujący odniósł się w części argumentacji zamieszczonej powyżej, dotyczącej złożenia nieprawdziwych informacji).

W opinii Odwołującego, twierdzenia Zamawiającego, iż wyjaśnienia Odwołującego są nieprzekonujące czy też niewystarczające są niezrozumiałe w świetle obszernych wyjaśnień i kalkulacji przedstawionych przez Odwołującego. Odwołujący podał, iż złożył wyjaśnienia odpowiadając na wszystkie aspekty podniesione w wezwaniu Zamawiającego i również na wyraźne życzenie Zamawiającego - dokonując porównania zaoferowanej przez siebie ceny z kalkulacją zawartą w pkt 6 pisma z 22 kwietnia 2015 r. Jakkolwiek, czego Zamawiający w jakiś sposób nie dostrzegł, kalkulacja przygotowana w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt: KIO 721/15 odnosiła się do wykonawcy Krypton - porównanie obu cen wymagało porównania okoliczności i właściwości obu wykonawców. Skoro zatem Zamawiający sam oczekiwał odniesienia się Odwołującego do twierdzeń podnoszonych uprzednio w stosunku do oferty wykonawcy Krypton - bezzasadnym jest obecnie czynienie przez Zamawiającego zarzutu z faktu porównywania właściwości obu wykonawców.

Ponadto, porównanie takie, zważywszy na specyfikę przedmiotu zamówienia, jest dość naturalne - Zamawiający zarzuca Odwołującemu, iż w wyjaśnieniach wskazuje na cechy, które *mogą charakteryzować każdego Wykonawcę* - nie jest to prawdą, gdyż spośród wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu, tylko dwóch z nich jest producentami oferowanych przez siebie produktów. Skoro Zamawiający uznał, że cena na poziomie takim, jaka została zaoferowana przez Krypton nie jest rażąco niska, to naturalnym sposobem argumentacji mającym przekonać Zamawiającego, że cena oferty Odwołującego również jest rzetelna, jest porównanie tych okoliczności, które odróżniają obu wykonawców, na korzyść Odwołującego. Na rozprawie przed KIO w sprawie o sygn. akt: KIO 721/15 Krypton wskazywał, iż jest jedynie 2 producentów, których szyfratory spełniają wymagania SIWZ (Krypton i Enigma). Odwołujący zwrócił uwagę, że cechy, które powołuje Odwołujący w wyjaśnieniach mogą być może charakteryzować innych wykonawców w innych postępowaniach, ale nie charakteryzują oferenta, do którego ceny Zamawiający porównuje cenę Odwołującego i który jest jedynym producentem szyfratorów oprócz Odwołującego, biorącym udział w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący podał, że w wyjaśnieniach obszernie wskazał na okoliczności realnie

wyróżniające Odwołującego na rynku, którego dotyczy przedmiot zamówienia – są to okoliczności obiektywne i mające przełożenie na cenę – przeciwna ocena dokonana przez Zamawiającego jest wadliwa, jak również nie została przez niego uzasadniona.

Zamawiający wskazał, że argumentacja Odwołującego jest nieprzekonująca w zakresie, w jakim dotyczy skali zamówienia, organizacji, wielkości przedsiębiorstwa, ilości pracowników. Ocena Zamawiającego jest nieprawidłowa i nie odpowiada faktycznej treści złożonych przez Odwołującego wyjaśnień.

Odwołujący zwrócił uwagę, że powoływał się w wyjaśnieniach na efekt skali działalności, który ma istotne przełożenie na możliwość zaoferowania konkurencyjnej ceny ze względu na nieponoszenie części kosztów lub też ich mniejszą wysokość. Nie jest trafne twierdzenie Zamawiającego, że okoliczności te zwiększają koszty w innych obszarach – uzyskiwanie przychodów ze zdywersyfikowanej działalności pozwala na pokrycie zwiększonych ewentualnie kosztów z pozostałych źródeł przychodu, tym samym – koszt realizacji zamówienia w przełożeniu na jeden szyfrator jest stosunkowo niski i może być niższy niż u konkurentów. Argumentacja Odwołującego została obszernie przedstawiona w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach z dnia 14 maja 2015 r.

Odwołujący podał, że w wyjaśnieniach Odwołującego ujęto również uzasadnienie, dla którego koszty przeprowadzenia szkoleń w przypadku Odwołującego kształtują się inaczej niż koszty wykonawców nieposiadających tych samych właściwości – w pkt 19 wyjaśnień z dnia 14 maja 2015 r., Odwołujący wskazał, że dysponuje własnym centrum szkoleniowym, którego koszt utrzymania jest stały i podlega rozliczeniu zgodnie z polityką rachunkową Odwołującego i pokrywany jest z przychodów uzyskiwanych z całej działalności Odwołującego, a zatem – Odwołujący nie ponosi kosztu wynajęcia pomieszczeń, który Zamawiający podnosi w uzasadnieniu odrzucenia oferty w wysokości takiej, jak inni wykonawcy. Podobnie, fakt posiadania większej liczby osób kompetentnych do przeprowadzenia szkoleń w różnych miejscach kraju, oszczędza koszty związane z podróżą, zakwaterowaniem i wyżywieniem tych ekspertów. Nie jest zrozumiałe, na jakiej podstawie Zamawiający twierdzi, że argumentacja Odwołującego w tym zakresie jest niewiarygodna i nieprzekonująca.

Nieprawdnie jest również twierdzenie, iż Odwołujący dokonując wyceny nie wyliczył pracochłonności gwarancji i serwisu – przeczy temu wprost treść pkt 12-14 Załącznika nr 1 do wyjaśnień z dnia 14 maja 2015 r., gdzie dokonano przeliczenia kosztów pracy na etaty, które wiążą się bezpośrednio z czasem pracy. Zamawiający nie określił obowiązującego wykonawców sposobu określenia pracochłonności, zatem obecne twierdzenia w tym zakresie nie mogą stanowić skutecznej podstawy uznania, iż cena oferty Odwołującego jest rażąco niska. Ponadto, Zamawiający nie kwestionuje poprawności dokonanych wyliczeń, ale jedynie bezpodstawnie twierdzi, iż Odwołujący w ogóle nie podał kalkulacji. Wobec treści pkt

12 -14 Odwołujący może jedynie stwierdzić, że Zamawiający nie przeczytał dokładnie złożonych wyjaśnień.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający błędnie wskazuje, że Odwołujący nie uwzględnił w cenie wszystkich elementów zamówienia, tj. „nie obejmuje całości kosztów dostawy infrastruktury do zarządzania, w szczególności w zakresie sprzętu komputerowego w centrali, licencji standardowych na oprogramowanie dedykowane (wykonawca oferuje jedynie rozszerzenie do licencji na oprogramowanie dedykowane) a także urządzeń HSM.

Odwołujący stoi na stanowisku, że jego oferta jest kompletna i zawiera wszystkie wymagane elementy zamówienia. Odwołujący czyniąc zadość żądaniu wezwania z dnia 12 maja 2015 r. przedstawił rozbić ceny w sposób odpowiadający kalkulacji zawartej w piśmie z dnia 22 kwietnia 2015 r. Zamawiający nie wskazywał ponadto, jak szczegółowego rozbić kosztów oczekuje ani nie wymagał podania wartości konkretnych pozycji kosztowych, na które wskazuje w uzasadnieniu odrzucenia oferty.

Odwołujący podniósł, że jeżeli Zamawiający uznał za konieczne bardziej szczegółowe rozbić kosztów, powinien był wezwać Odwołującego do uszczegółowienia złożonych wyjaśnień, tak jak zrobił to w odniesieniu do oferty Krypton. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający w sposób rażąco stosuje podwójne standardy w odniesieniu do wykonawcy Krypton i Odwołującego – kalkulacja złożona przez Krypton w odpowiedzi na powtórne wezwanie Zamawiającego nie jest bardziej szczegółowa niż kalkulacja złożona przez Odwołującego (obaj wykonawcy dokonują na pewnym poziomie agregacji pozycji kosztowych). Szczególnie rażące jest porównanie kalkulacji Odwołującego z kalkulacją pierwotnie przedstawioną przez Krypton. Pierwsze wyjaśnienia Krypton zawierały trzy bardzo ogólne pozycje kosztowe, w których miał zawierać się cały przedmiot zamówienia – a kalkulacja ta została przez Zamawiającego oceniona jako wystarczająca i przekonująca i tej oceny Zamawiający bronił w postępowaniu przed KIO (sygn. akt: KIO 721/15).

Oferta Odwołującego obejmuje cały zakres przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami SIWZ, również – w zakresie bezpodstawnie kwestionowanym przez Zamawiającego.

Pismem z dnia 23 lutego 2015 r. (odpowiedzi na pytania do treści SIWZ) Zamawiający ustalił następujące zasady dostawy licencji (§ 8 Licencje):

1. „Z chwilą zapłaty przez Zamawiającego na rzecz Wykonawcy wynagrodzenia za wykonanie Umowy Wykonawca:

a) Dla oprogramowania standardowego, nieopracowanego na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia, udzieli/prześle Zamawiającemu nieodpłatnie licencje/sublicencje uprawniające do korzystania z dostarczonych egzemplarzy oprogramowania standardowego na zasadach określonych przez producenta/twórcę oprogramowania.”

Odwołujący podniósł, że celem wprowadzenia przepisów dotyczących rażąco niskiej ceny było także wyeliminowanie wykonawców, którzy nie gwarantują należytej realizacji zamówienia. Biorąc pod uwagę wieloletnie doświadczenie obu członków Konsorcjum (także na rynku publicznym i przede wszystkim w zakresie dostawy szyfratorów), ich sytuację finansową, a także okoliczność i w skład Konsorcjum wchodzi spółka giełdowa (podlegająca szczególnej weryfikacji i nadzorowi finansowemu), to Odwołujący nie mógł sobie pozwolić na zaoferowanie ceny, która by nie pokrywała kosztów związanych z realizacją zamówienia przy uwzględnieniu godziwego zysku.

Zdaniem Odwołującego, zupełnie kuriozalne są ponadto stwierdzenia Zamawiającego, iż „ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa” nie może podać Odwołującemu przyczyn braku zaakceptowania poszczególnych pozycji formularza cenowego czy też nie uwzględnienia dowodów.

Po pierwsze, Odwołujący zwrócił uwagę, że brak podania argumentacji uniemożliwia Odwołującemu skorzystanie ze środków ochrony prawnej. Mamy bowiem do czynienia z sytuacją, w której z jednej strony Zamawiający odrzuca ofertę Odwołującego, zaś z drugiej strony - nie wskazuje na przyczyny tego odrzucenia. W ten sposób można odrzucić każdą ofertę.

Dalej Odwołujący zwrócił uwagę, że tajemnica przedsiębiorstwa zobowiązuje Zamawiającego do zachowania poufności przekazanych informacji wobec podmiotów trzecich, ale nie wobec samego Wykonawcy ani Krajowej Izby Odwoławczej - Zamawiający nie może skutecznie unikać podania podstawy faktycznej swojej decyzji powołując się na konieczność ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego.

Odwołujący podkreślił, że objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa części wyjaśnień wcale nie jest przeszkodą do tego, aby Zamawiający mógł odnieść się do ich treści w całości. Otóż, Zamawiający mógł po prostu część uzasadnienia swojego stanowiska ująć w dokumencie, który nie byłby dostępny wszystkim wykonawcom, ale jedynie Odwołującemu i Krajowej Izbie Odwoławczej. Co więcej, objęcie części wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa nie przeszkodziło Zamawiającemu na obszerne ich cytowanie w części uzasadnienia odrzucenia dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji. Należy zatem uznać, że zaniechanie przez Zamawiającego podania całości uzasadnienia jest podyktowane wyłącznie złą wolą i utrudnieniem korzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej.

W ocenie Odwołującego, działanie Zamawiającego narusza poza tym art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który zobowiązuje Zamawiającego do przedstawienia okoliczności prawnych i faktycznych odrzucenia oferty. Jest to niezbędne, aby zarówno sam Odwołujący, jak i Krajowa Izba Odwoławcza mogli zweryfikować prawidłowość podjętej decyzji. Uzasadnienie, w którym Zamawiający wskazuje, iż nie akceptuje argumentacji

Odwołującego odnośnie „poszczególnych pozycji oraz, iż „nie wszystkie dowody zostały uwzględnione” - bez ich konkretnego wskazania - nie spełnia wymagań ww. przepisu i nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący zwrócił uwagę, że na Zamawiającym, podejmującym decyzję o odrzuceniu oferty, spoczywa obowiązek szczegółowego wskazania, w jakim aspekcie i dlaczego, wyjaśnienia Wykonawcy nie zostały przez niego uwzględnione - tylko w ten sposób ujawnione przyczyny odrzucenia oferty mogą być powoływane w celu wykazania przez Zamawiającego zasadności jego decyzji, gdyż tylko one mogą być oceniane przez Krajową Izbę Odwoławczą, rozpoznającą odwołanie wniesione na czynność odrzucenia oferty.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie wskazał innych niż zaprezentowane powyżej powodów, dla których uznał wyjaśnienia za nieprzekonujące, a zaoferowaną cenę - za rażąco niską. Zamawiający wskazuje jedynie, iż argumentacja go nie przekonuje oraz, iż w dalszym ciągu posiada wątpliwości, co do rzetelności kalkulacji ceny oferty Odwołującego - takie podstawy nie są wystarczające dla uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Podejmując takie rozstrzygnięcie, Zamawiający musi mieć pewność, co do słuszności podejmowanej decyzji oraz precyzyjnie wskazać Odwołującemu fakty, na których się opiera. Zdaniem Odwołującego, ogólnikowe i miejscami enigmatyczne stwierdzenia zawarte w uzasadnieniu informacji o odrzuceniu nie są wystarczające, jak również nie pozwalają Odwołującemu na pełne i skuteczne odniesienie się do kwestionowanych przez Zamawiającego kwestii. Wątpliwości, czy niejasności, które dostrzegł w wyjaśnieniach Zamawiającego, mogły co najwyżej stanowić podstawę dla wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień w tym zakresie. Zaniechanie tego, w ocenie Odwołującego, narusza przepisy art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, jak również - świadczy o nierównym traktowaniu przez Zamawiającego obu wykonawców wzywanych do wyjaśnień w zakresie ceny oferty.

W zakresie odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp z tego powodu, iż złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zdaniem Odwołującego, zarzut stawiany ofercie Odwołującego jest bezzasadny, opiera się bowiem na tych samych błędnych przesłankach, na podstawie których Zamawiający uznał zaoferowaną przez Odwołującego cenę jako rażąco niską. Złożone w dniu 14 maja 2015 r. wyjaśnienia wykazują, że zaoferowana cena pokrywa koszty realizacji zamówienia, zaś Zamawiający nie wykazał, że Odwołujący oferuje towary czy usługi poniżej kosztów własnych. Ponadto, skuteczny zarzut czynu nieuczciwej konkurencji wymaga wykazania, iż wykonawca podejmuje takie działania w celu eliminacji innych przedsiębiorców - w niniejszym przypadku, nie może być mowy o takiej sytuacji, bowiem dążenie Odwołującego do uzyskania zamówienia - po pierwsze mieści się w ramach dopuszczalnej

walki konkurencyjnej, a po drugie - nie eliminuje i nie utrudnia konkurentom skutecznego ubiegania się o inne zamówienia (zarówno publiczne, jak i poza reżimem Pzp) na rynku krajowym (choć Zamawiający podając podstawy odrzucenia *de facto* nie definiuje, o jaki rynek konkretnie mu chodzi).

Odwołujący ponownie podniósł, iż Zamawiający nie ma racji twierdząc, że kalkulacja złożona w piśmie z dnia 22 kwietnia 2015 r. miała odnosić się nie tylko do właściwości i kosztów obiektywnie koniecznych do poniesienia przez Krypton, ale również do kosztów (a nie tylko elementów zamówienia, które należy wziąć pod uwagę przy wycenie oferty) Odwołującego. Poza tym, nawet idąc za tym tokiem rozumowania Zamawiającego, jego argumentacja, zdaniem Odwołującego, obarczona jest istotnym błędem logicznym. Skoro Zamawiający wnioskuje o zaoferowaniu realizacji przedmiotu zamówienia poniżej kosztów z faktu, iż cena jest niższa niż wartość powyżej 8,2 mln zł wyliczona przez Odwołującego w kalkulacji z dnia 22 kwietnia 2015 r., to tak samo, za cenę rażąco niską, nierealną i oferowaną poniżej kosztów wykonania, należy uznać cenę 6,05 mln zł, zaoferowaną przez wykonawcę Krypton, którą Zamawiający uznał w niniejszym postępowaniu za najkorzystniejszą. Przedstawiona przez Zamawiającego argumentacja mająca wykazywać zasadność odrzucenia oferty Odwołującego powinna wykazywać fakty. Jak zauważył Odwołujący, jeśli zatem podążać za błędnym rozumowaniem - poziom kosztów 8,2 mln zł, do którego Zamawiający przyrównuje ofertę Odwołującego powinien być poziomem obiektywnym i mającym zastosowanie tak samo do Odwołującego, jak i każdego innego wykonawcy - w tym również Krypton. W takiej sytuacji, na tej samej podstawie, co ofertę Odwołującego, należałoby odrzucić ofertę Krypton, która zawiera cenę o ponad 25% niższą niż tenże poziom kosztów. Dalej Odwołujący wskazał, że niezależnie od tego, iż Odwołujący podważa same założenia, na których opiera się ocena Zamawiającego, to podkreślił również, że to na Zamawiającym odrzucającym ofertę w postępowaniu, co do zasady, spoczywa ciężar wykazania, iż oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, jest niezgodna z SIWZ itd. Odrzucenie oferty nie może opierać się na założeniach, przypuszczeniach, insynuacjach Zamawiającego, czy też być wynikiem jego negatywnego nastawienia wobec jednego z wykonawców.

Odwołujący zauważył, że cytowany w tej części uzasadnienia fragment wyjaśnień Odwołującego z dnia 14 maja 2015 r. został przez Zamawiającego umieszczony wybiórczo i w oderwaniu od kontekstu, w którym był zamieszczony - w żaden sposób nie potwierdza i nie może on potwierdzać popełnienia przez Odwołującego jakiegokolwiek czynu nieuczciwej konkurencji.

Zdaniem Odwołującego, całkowicie bezpodstawne jest uzasadnienie, iż złożenie przez Odwołującego oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji ze względu na wykorzystywanie czy też nadużywanie pozycji dominującej. Twierdzenia Zamawiającego są

nieprawdziwe i *de facto* naruszają dobre imię Odwołującego, zwłaszcza, że odnoszą się do okoliczności, które nie mają związku z przedmiotowym postępowaniem, a podnoszenie tego typu okoliczności nie stanowi merytorycznego uzasadnienia czynności Zamawiającego. Zamawiający wykracza poza swoje uprawnienia i kompetencje, które wynikają jedynie z pozycji Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. Po pierwsze, zdaniem Odwołującego, rzekomy czyn nieuczciwej konkurencji nie mógłby stanowić podstawy odrzucenia oferty Odwołującego, gdyż Zamawiający upatruje go w przeszłych czy też przyszłych działaniach Odwołującego - podstawą odrzucenia jest czyn nieuczciwej konkurencji, który polega na złożeniu danej oferty w konkretnym postępowaniu, podnoszona przez Zamawiającego argumentacja nie odnosi się do takiego przypadku.

W zakresie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na niezgodność z treścią SIWZ.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający podniósł wskazany zarzut niezgodności z SIWZ dopiero na etapie po aukcji elektronicznej, a więc - już po dopuszczeniu Odwołującego do udziału w aukcji i po przeprowadzeniu badania i oceny zgodności jego oferty z treścią SIWZ. Co istotne - skutek wyroku KIO Zamawiający dwukrotnie dokonywał przed aukcją elektroniczną badania ofert, trudno zatem znaleźć racjonalne argumenty, dlaczego dopiero po aukcji Zamawiający „znalazł błędy w ofercie” Odwołującego. Oferta Odwołującego nie uległa zmianie w stosunku do oferty pierwotnie złożonej, która to oferta nie podlegała odrzuceniu i została już uprzednio dwukrotnie oceniona przez Zamawiającego jako zgodna z SIWZ. Podnoszenie zarzutu niezgodności z SIWZ na obecnym etapie, w ocenie Odwołującego, stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto, Odwołujący zwrócił uwagę, że zarzut niezgodności treści oferty z treścią SIWZ wymaga wskazania, który punkt oferty Odwołującego pozostaje w sprzeczności z określonym punktem Specyfikacji. W szczególności, nie może on opierać się z jednej strony jedynie na przypuszczeniach, co do treści oferty Wykonawcy, z drugiej zaś - zmieniać i nadinterpretowywać treści SIWZ, obarczając Wykonawcę negatywnymi konsekwencjami sporządzenia jej niezgodnie z zamierzeniami Zamawiającego, artykułowanymi dopiero na obecnym etapie postępowania. Uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego nie odpowiada temu standardowi, w zakresie każdej z trzech podnoszonych okoliczności faktycznych.

Odwołujący podniósł, iż Zamawiający ponownie opiera swoją ocenę jedynie na przypuszczeniach, bezpodstawnie zaniedbując wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień i nie dając możliwości wytłumaczenia i przedstawienia swojego stanowiska bez konieczności zastosowania procedury odwoławczej przed KIO. Takie działanie, podobnie jak w przypadku oceny wyjaśnień Odwołującego pod kątem rażąco niskiej ceny oferty, jest

niezgodne z zasadami wyrażonymi w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, do których przestrzegania Zamawiający jest zobowiązany.

W zakresie dotyczącym infrastruktury zarządzającej.

Odwołujący podniósł, iż wskazana w tym zakresie argumentacja Zamawiającego nie jest dla Odwołującego w pełni zrozumiała - postawiony zarzut niezgodności z SIWZ nie znajduje uzasadnienia ani w postanowieniach SIWZ ani w ofercie Odwołującego, czy też w treści złożonych wyjaśnień.

Odwołujący wskazał Zamawiającemu, że różnica pomiędzy szacunkowym kosztem, jaki musi ponieść firma Krypton na dostarczenie nowej infrastruktury zarządzania wynika głównie z faktu konieczności dostarczenia przez firmę Krypton bardzo drogich urządzeń HSM, które to urządzenia firma Krypton wyprodukowała dotychczas w zaledwie kilku egzemplarzach (3-4 szt./po jednym na każdą zrealizowaną instalację, może maksymalnie po dwa egzemplarze dla systemu pracującego w Straży Granicznej). Tak więc, nawet całkowicie abstrahując od (oczywiście bezzasadnych) twierdzeń Zamawiającego, który na obecnym etapie próbuje dokonać niedopuszczalnej zmiany postanowień SIWZ twierdząc, że w ramach realizacji wariantu drugiego nie można rozbudować istniejącej infrastruktury zarządzającej, to i tak zgodnie ze szczegółowymi opisami kalkulacji kosztowej, jakie przedstawił Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 14 maja 2015 r., w ramach realizacji niniejszego projektu Odwołujący dostarczy wszystkie elementy pozwalające na należyte zrealizowanie zamówienia, w tym wszystkie niezbędne licencje (własne i podmiotów trzecich), wszystkie wymagane urządzenia, w tym serwery, stacje robocze, urządzenia HSM, urządzenia sieciowe, itd.

Ponownie zatem, ocena Zamawiającego jest błędna i wynika z niewłaściwej interpretacji złożonych przez Odwołującego wyjaśnień z dnia 14 maja 2015 r., która nie znajduje potwierdzenia w ofercie Odwołującego, jak również w treści wyjaśnień dotyczących ceny oferty. Ponadto, wskazana przez Zamawiającego niedopuszczalność rozbudowy w zakresie infrastruktury zarządzającej nie odpowiada treści SIWZ ustalonej przez Zamawiającego w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że w SIWZ Zamawiający zawarł następujące wymagania dotyczące infrastruktury do zarządzania (Załącznik nr 4 do SIWZ (OPZ), strona 26): „Policja realizuje projekt budowy rozległej, ogólnopolskiej sieci teleinformatycznej, zapewniającej certyfikowaną ochronę kryptograficzną transmisji danych niejawnych do klauzuli POUFNE włącznie (Policyjna Sieć Transmisji Danych Niejawnych - PSTDN).

Dotychczas zbudowano i akredytowano około 50 węzłów sieci (obiekty Policji) w całym kraju. Zamawiający planuje rozbudowę PSTDN o kolejnych 421 węzłów, zlokalizowanych w obiektach Policji.

Realizacja tego zadania polegać będzie na dostarczeniu przez Wykonawcę kompletnego rozwiązania umożliwiającego rozbudowę i uruchomienie PSTDN w kolejnych 421 węzłach tj. dostarczenie urządzeń ochrony kryptograficznej (szyfratorów IP) posiadających aktualny certyfikat wydany przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego (ABW) lub Służbę Kontrwywiadu Wojskowego (SKW) zgodnie z art. 50 ust. 2 ustawy o ochronie informacji niejawnych, dostarczenie kompletnej lub rozbudowę istniejącej infrastruktury do zarządzania siecią szyfratorów, zapewnienie szkolenia (warsztatów) dla 40-tu administratorów i 20-tu inspektorów bezpieczeństwa teleinformatycznego sieci szyfratorów, zapewnienie wsparcia przy konfiguracji, uruchamianiu i akredytacji węzłów PSTDN”.

Zdaniem Odwołującego, przytoczone postanowienia SIWZ wprost dopuszczają alternatywną możliwość dostarczenia kompletnej (nowej) lub rozbudowę już istniejącej infrastruktury do zarządzania.

Odwołujący zwrócił uwagę na treść Załącznika nr 4 do SIWZ (OPZ), strony 26-27: „Przedmiotem zamówienia jest zakup i dostarczenie rozwiązania składającego się z:

- ✓ 421 (czterystu dwudziestu jeden) certyfikowanych urządzeń ochrony kryptograficznej (szyfratorów IP), a w przypadku rozwiązania alternatywnego opisanego w punkcie 2 powyżej, 438 (421+17) (czterystu trzydziestu ośmiu) urządzeń, dla węzłów PSTDN poza lokalizacją centralną. Wszystkie dostarczone urządzenia poza lokalizacją centralną muszą być tego samego typu (...). Wykonawca dostarczy aktywne, zarządzalne urządzenia sieciowe niezbędne w centralnej lokalizacji do realizacji połączeń szyfratorów. Urządzenia te będą zapewniały możliwość ich bezpiecznej konfiguracji i będą skonfigurowane) na poziomie akceptowalnym przy akredytacji systemu przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego;*
- ✓ Infrastruktury zarządzającej (centralnej) siecią szyfratorów (rozbudowa istniejącej lub dostarczenie nowej);*
- ✓ Kompletu kart mikroprocesorowych do zarządzania grupą dostarczonych urządzeń kryptograficznych;*
- ✓ Kompletu licencji niezbędnych do użytkowania zakupionego rozwiązania.”*

Zdaniem Odwołującego, przytoczone powyżej postanowienia SIWZ wprost dopuszczają alternatywną możliwość dostarczenia kompletnej (nowej) lub rozbudowę już istniejącej infrastruktury do zarządzania.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w SIWZ, w załączniku nr 4 do SIWZ (OPZ), na stronie 26 Zamawiający zawarł następujące zapisy w zakresie wymagań dotyczących dopuszczalnych wariantów realizacji zamówienia: „ze względu na uwarunkowania zewnętrzne i wewnętrzne, zamawiający dopuszcza alternatywnie dwa warianty realizacji zamówienia.

WARIANT 1

Pierwszy wariant polega na dostarczeniu rozwiązania kompatybilnego z istniejącą infrastrukturą PSTDN tzn. wykorzystywanymi w Policji szyfratorami typu CompCrypt ETA-VPN 100P (dopuszcza się w tym wariantcie w ramach rozbudowy PSTDN możliwość podniesienia wersji oprogramowania posiadanych przez Policję szyfratorów CompCrypt ETA-VPN 100P).

WARIANT 2

Drugi wariant polega na dostarczeniu innego rozwiązania (w oparciu o inny certyfikowany sprzęt ochrony kryptograficznej). Takie alternatywne rozwiązanie musi jednak zapewnić możliwość zestawienia tuneli VPN z nowobudowanymi węzłami PSTDN nie tylko do lokalizacji centralnej, lecz także do istniejących węzłów PSTDN w 17-tu obiektach Komend Wojewódzkich/Stołecznej Policji. Łączy się to z koniecznością dostarczenia dodatkowo 17 (siedemnastu) certyfikowanych szyfratorów IP.”

W ocenie Odwołującego, przytoczone powyżej postanowienia SIWZ jednoznacznie przeczą twierdzeniom Zamawiającego, zawartym w piśmie z dnia 15 maja 2015 r., że **„wariant drugi zakłada realizację zamówienia poprzez dostawę rozwiązania kompletnego, bez wykorzystywania posiadanych przez Zamawiającego urządzeń/systemów”**. Nadto, bezsprzecznie wskazują, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, zawartym w piśmie z dnia 15 maja 2015 r., że w wariantcie 2 Zamawiający wprost wymaga zapewnienia połączenia (zestawienia tuneli) z nowobudowanymi węzłami PSTN także do istniejących obecnie 17-tu węzłów PSTN.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w ramach toczącego się postępowania przetargowego, Zamawiający wielokrotnie podkreślał, że realizowane przedsięwzięcie jest *rozbudową* już istniejącej Policijnej Sieci Transmisji Danych (PSTDN). Poczynając od tytułu postępowania *„Rozbudowa sieci szyfrowej poprzez dostawę i konfigurację urządzeń kryptograficznych”* poprzez cytowane już wyżej zapisy OPZ: *„Policja realizuje projekt budowy rozległej, ogólnopolskiej sieci teleinformatycznej, (...). Dotychczas zbudowano i akredytowano około 50 węzłów sieci (obiekty Policji) w całym kraju. Zamawiający planuje rozbudowę PSTDN o kolejnych 421 węzłów, zlokalizowanych w obiektach Policji”*, a kończąc na zapisach zawartych w paragrafie 1 projektu umowy (Załącznik nr 5 do SIWZ), gdzie w punkcie 1 zapisano, że *„przedmiotem Umowy jest sprzedaż, dostarczenie, instalacja, i konfiguracja przez Wykonawcę do siedziby Zamawiającego, fabrycznie nowego i nieużywanego oraz sprawnego sprzętu informatycznego wraz z niezbędnymi licencjami koniecznego do dokonania Rozbudowy sieci szyfrowej, zwanym dalej sprzętem. Szczegółowy opis Przedmiotu Umowy zawiera załącznik nr 1”* (co interesujące, w załączonym do SIWZ wzorze umowy zamawiający sam wyróżnił słowa *„Rozbudowa sieci szyfrowej”*).

Odwołujący wyjaśnił, że planowana rozbudowa ma polegać na tym, że zostanie utworzone 421 nowych węzłów sieci do istniejących już ponad 50 starych (w rzeczywistości

blisko 70). Aby nie faworyzować żadnego z potencjalnych dostawców/wykonawców zamawiający dopuścił dwa warianty realizacji:

Pierwszy polegający na dostarczeniu do 421 nowych węzłów sieci, 421 szyfratorów takich samych jak te, które już Zamawiający posiada. W tym przypadku oczywiste jest, zdaniem Odwołującego, że cała sieć składająca się z 421+50 jednakowych (kompatybilnych) szyfratorów będzie działała razem, spójnie, bezproblemowo wymieniając informacje pomiędzy dowolnymi punktami, bez żadnych ograniczeń technicznych, w ponad 471 węzłach sieci PSTDN.

Drugi wariant polega również na dostarczeniu do 421 nowych węzłów sieci, 421 ale innych szyfratorów, niekompatybilnych z tymi, które Zamawiający obecnie posiada. W tym wariantcie oczywiste jest, że 421 nowych szyfratorów nie będzie mogło wprost wymieniać informacji z 50 starymi szyfratorami (50 obecnie eksploatowanymi węzłami sieci PSTDN), więc, aby takie współdziałanie usprawnić, zamawiający wymagał dostarczenia kolejnych 17 urządzeń, które zostaną dostawione do wybranych (wojewódzkich/stołecznego), starych węzłów sieci, po to, aby umożliwić/utworzyć pośrednie połączenie pomiędzy starymi i nowymi węzłami sieci. W ten sposób zostanie utworzona sieć mieszana, ale również obejmująca taką samą ilość 471 węzłów sieci PSTDN.

Odwołujący podał, że szyfratory pracujące w rozległej sieci, rozrzucone na terenie całego kraju, odpowiadają za realizację szyfrowanej komunikacji pomiędzy poszczególnymi węzłami sieci, umożliwiając bezpieczne przekazywanie informacji niejawnych, i to jest ich podstawowe działanie i podstawowa funkcjonalność. Zamawiający, określa tę funkcjonalność w SIWZ jako „*realizacja połączeń komunikacyjnych/produkcyjnych*”. Poza tą podstawową funkcjonalnością, szyfratory muszą być w jakiś sposób zarządzane (zdalna administracja i zdalna kontrola bezpieczeństwa). Do tego celu służy właśnie infrastruktura zarządzająca. Z punktu widzenia wygody, łatwości, szybkości, itp. działania administratorów i inspektorów bezpieczeństwa, łatwiej jest pracować z jednym a nie z dwoma (lub większą liczbą) różnymi systemami zarządzania (infrastrukturą zarządzającą). Ujednolicenie systemów zarządzania minimalizuje błędy, upraszcza administrowanie siecią rozległą, pozwala na szybsze reagowanie na wszelkie incydenty, pozwala na gromadzenie w jednym miejscu wszystkich istotnych informacji, itp. Oczywiście więc jest, zdaniem Odwołującego, że o ile tylko istniałaby taka możliwość, Zamawiający (każdy użytkownik) dążyłby do ujednolicenia zarządzania (infrastruktury zarządzającej), bo jest to rozwiązanie lepsze i bezpieczniejsze pod każdym względem. Dlatego w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, niezależnie od wyboru wariantu rozbudowy sieci PSTDN, dopuścił możliwość rozbudowy istniejącej infrastruktury zarządzającej - po to, aby w efekcie móc realizować wszelkie funkcje zarządcze z jednego miejsca i z wykorzystaniem tych samych narzędzi. Jednak zdając sobie sprawę, że różni producenci urządzeń kryptograficznych, dostarczają nie tylko różne szyfratory, ale także

różne systemy zarządzania (różną infrastrukturę zarządzającą), Zamawiający dopuścił alternatywnie dostarczenie innego niż obecnie posiada systemu zarządzania. Jednakże bezsprzecznie korzystne dla Zamawiającego byłoby posiadanie jednego spójnego systemu zarządzania PSTDN, dlatego wykluczanie takiej możliwości w wariantcie drugim, byłoby z punktu widzenia Zamawiającego całkowicie nielogiczne i sprzeczne z interesem Policji, dlatego wszystkie zapisy SIWZ (OPZ) dopuszczają alternatywnie, według dowolnego uznania wykonawcy, dostarczenie nowego systemu zarządzania (nowej infrastruktury zarządzającej), albo rozbudowę obecnie wykorzystywanego systemu zarządzania (obecnie wykorzystywanej infrastruktury zarządzającej). Dla Odwołującego, jak podaje, było to oczywiste, zatem nie miał wątpliwości, co do przyjętego sposobu interpretacji treści SIWZ - jest ona usprawiedliwiona zarówno ze względu na literalną treść postanowień SIWZ, jak i z punktu widzenia funkcjonalnego i celowościowego.

W zakresie wydajności oraz ilości interfejsów szyfratorów.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z oświadczeniem zawartym w ofercie Odwołującego z dnia 5 marca 2015 r. Odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie ze wszystkimi wymaganiami Zamawiającego, określonymi w SIWZ oraz załącznikach do SIWZ. Między innymi Odwołujący zadeklarował dostarczenie urządzeń szyfrujących, spełniających wszystkie wymagania Zamawiającego, w tym wymagania w zakresie wydajności szyfrowania komunikacji produkcyjnej, wymagania w zakresie ilości tuneli komunikacyjnych i tuneli do zarządzania, wymagania w zakresie ilości dostarczanych urządzeń (w tym również określone limity w zakresie sumarycznej ilości szyfratorów dostarczonej do centralnej lokalizacji), jak również wszystkie inne wymagania określone w SIWZ (w tym wymagania wymienione na str. 28 OPZ).

Zamawiający nie wymagał wskazania przez Wykonawcę nazwy, typu, modelu, rodzaju, wersji wykonania, ani wskazania jakichkolwiek parametrów technicznych dostarczanych urządzeń szyfrujących, ani na etapie składania ofert ani na etapie wyjaśnień, w związku z czym twierdzenia Zamawiającego, co do oferowanego urządzenia i jego parametrów technicznych pozostają w sferze przypuszczeń Zamawiającego i nie znajdują jakiegokolwiek potwierdzenia w ofercie Odwołującego. Odwołujący zwrócił uwagę, iż nie był wzywany do udzielenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty.

Enigma SOI jako producent urządzeń szyfrujących oferowanych w niniejszym postępowaniu, oświadczyła ponownie, że złożona przez Odwołującego oferta spełnia wszystkie wymagania, jakie Zamawiający określił w SIWZ i w załącznikach do SIWZ. W szczególności oferowane w niniejszym postępowaniu urządzenia szyfrujące (szyfratory IP) posiadają/umożliwiają/zapewniają:

- a) Interfejsy Ethernet min. 100 Mb/s (1 zewnętrzny i minimum 2 wewnętrzne);
- b) Szyfrowanie na poziomie protokołu IP;

- c) Zestawienie minimum 100 tuneli VPN jednocześnie;
- d) Możliwość podłączenia kilku odrębnych podsieci VPN;
- e) Szyfrowanie komunikacji produkcyjnej z wydajnością 50 Mb/s w jednym kierunku (w lokalizacji centralnej sumaryczna wydajność szyfrowania komunikacji produkcyjnej w jednym kierunku minimum 300 Mb/s);
- f) Poufność, integralność oraz niezaprzeczalność przesyłanych danych;
- g) Możliwość zdalnego zablokowania „skompromitowanego” urządzenia stanowiącego element sieci szyfratorów;
- h) Przycisk umożliwiający wprowadzenie urządzenia w stan bezpieczny;
- i) Uwierzytelnienie użytkowników w oparciu o karty mikroprocesorowe;
- j) W przypadku zaniku napięcia zasilania zapewniać samoczynny powrót do ustawień konfiguracyjnych oraz stabilną pracę po przywróceniu zasilania (bez udziału administratora/inspektora bezpieczeństwa teleinformatycznego);
- k) Możliwość zapewnienia redundancji połączeń szyfrowanych z wykorzystaniem drugiego takiego samego urządzenia szyfrującego (przełączanie bez udziału administratora);
- l) Zasilanie 230 V, 50-60 Hz.

Nie jest również prawdą, jak twierdzi Odwołujący, że urządzenia serii CompCrypt Eta MIL 10P nie spełniają wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ oraz w załącznikach do SIWZ dla urządzeń dostarczanych do centralnej lokalizacji. Jako producent urządzeń szyfrujących CompCrypt Eta MIL 10P, Enigma SOI deklaruje, że urządzenia te spełniają wszystkie wymagania Zamawiającego określone w SIWZ i w załącznikach do SIWZ, w szczególności spełniają również wszystkie wymagania, jakie zostały określone dla urządzeń dostarczanych do centralnej lokalizacji.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, przywołuje materiały informacyjne dotyczące szyfratorów serii CompCrypt Eta MIL 10P, do których odnośniki są wskazywane przez Służbę Kontrwywiadu Wojskowego, w oficjalnym wykazie certyfikowanych środków ochrony kryptograficznej, z których według opinii Zamawiającego wynika, że urządzenie serii CompCrypt Eta MIL 10P nie spełniają wymagań SIWZ. Twierdzenia takie, zdaniem Odwołującego, nie są zgodne z prawdą.

W pierwszej kolejności Odwołujący zwrócił uwagę, że przywoływany przez Zamawiającego wykaz publikowany na stronach internetowych Służby Kontrwywiadu Wojskowego to „wykaz certyfikatów typu wydanych przez SKW”, zawierający między innymi listę zatytułowaną „certyfikaty ochrony kryptograficznej”.

Ww. lista „certyfikatów ochrony kryptograficznej” jest prezentowana w formie tabeli, podzielonej na 8 kolumn, z których ostatnia zawiera nazwę producenta (WIL, Enigma) oraz w kilku przypadkach również linki do cyt.: „folderów producenta”, czyli materiałów

reklamowych/marketingowych. Znikąd nie wynika, że informacje tam wskazane traktować należy jako oficjalną i aktualną specyfikację zawierającą aktualne parametry techniczne czy eksploatacyjne rozwiązań. Zwłaszcza, iż odnośniki do folderu producenta wskazano w przypadku 5 z 9 pozycji ww. listy/tabeli (nie jest to element obligatoryjny). W przypadku rozwiązań CompCrypt Eta MIL 10P, wskazywane foldery zostały opracowane przeszło 2,5 roku temu i zawierają informacje marketingowe, aktualne na tamten okres czasu – tj. dla urządzeń wykonanych w oparciu o inne komponenty elektroniki oraz pracujących z inną wersją firmware/oprogramowania systemowego. Urządzenia MIL 10P otrzymały certyfikaty kilka lat temu. Od tamtej pory, co kilka miesięcy są w nich wprowadzane zmiany drobnych elementów elektroniki oraz zmiany oprogramowania wewnętrznego (firmware). Za każdym razem, każda kolejna wersja (po każdej kolejnej zmianie) jest oceniana przez SKW i certyfikat jest up-dateowany do wersji aktualnie obowiązującej – między innymi po to w tabelce na stronach SKW jest podawana wersja firmware.

Wykonawca Enigma i Comp podtrzymał swoje oświadczenie, zawarte w złożonej w dniu 5 marca 2015 r. ofercie, że oferuje rozwiązanie spełniające wszystkie wymagania Zamawiającego, określone w SIWZ oraz w załącznikach do SIWZ, w tym również urządzenia szyfrujące spełniające wszystkie wymagania zapisane w SIWZ i załącznikach.

Reasumując Odwołujący podniósł, że czynność odrzucenia oferty Odwołującego i wykluczenia go z postępowania jest wyraźnym przejawem nierównego traktowania Odwołującego w stosunku do wykonawcy Krypton.

Odwołujący zauważył, że przedstawił obszerne i przekonujące wyjaśnienia, poparte dowodami i kalkulacjami, odpowiadającymi wymaganiom Zamawiającego, określonym w wezwaniu do złożenia wyjaśnień. Ocena wyjaśnień z dnia 14 maja 2015 r. została przeprowadzona w oderwaniu od standardu zastosowanego przez Zamawiającego w stosunku do wyjaśnień złożonych przez Krypton (w szczególności - brak wystosowania dodatkowego wezwania do wyjaśnienia ewentualnych wątpliwości), jak również w oderwaniu od faktycznej treści złożonych wyjaśnień.

Przedstawione uzasadnienie wskazuje, zdaniem Odwołującego, iż Zamawiający jedynie pobieżnie zapoznał się z treścią złożonych przez Odwołującego wyjaśnień oraz zawiera istotne braki w przedstawieniu szczegółowych podstaw faktycznych podjętej decyzji. Czynność Zamawiającego - w odniesieniu do każdej z podstaw wykluczenia i odrzucenia oferty Odwołującego - opiera się bardziej na przypuszczeniach, wątpliwościach Zamawiającego niż na rzetelnej i uzasadnionej, w świetle postanowień SIWZ, ocenie oferty Odwołującego. W tym kontekście, rażące jest zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, szczególnie w tym zakresie, w którym Zamawiający dopatruje się zawinionego działania Odwołującego w sytuacji, w której w rzeczywistości

mamy do czynienia z omyłką lub brakiem zrozumienia po stronie Zamawiającego.

Podsumowując Odwołujący podał, że argumentacja wyżej przedstawiona potwierdza zasadność i konieczność wniesienia niniejszego odwołania. Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny oferty Odwołującego i wyjaśnień z dnia 14 maja 2015 r.:

1. Kalkulacja załączona do wyjaśnień z dnia 14 maja 2015 r. nie zawiera nieprawdziwych informacji;
2. Koszt certyfikacji został ujęty także w pozycji nr 15 tabeli;
3. Załączona do wyjaśnień korespondencja mailowa nie zawiera nieprawdziwych informacji w zakresie ceny określonych rozwiązań, a nieścisłość z podaniem daty nie miała i nie ma wpływu na wynik postępowania;
4. Podana podczas aukcji cena Odwołującego obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, w tym dostawy infrastruktury do zarządzania, a łączenie kilku pozycji kosztowych i zaprezentowanie ich w jednym wierszu nie oznacza nie uwzględnienia wszystkich kosztów;
5. Wskazane w wyjaśnieniach okoliczności wpływające na obniżenie ceny są obiektywne i właściwe jedynie Odwołującemu;
6. Odniesienie się do zasobów Krypton było zasadne i konieczne z uwagi na to, iż jest to jeden z dwóch producentów szyfratorów i wskazanie różnic pomiędzy dwoma producentami udowodniało realność ceny Odwołującego, jak również odpowiadało wezwaniu Zamawiającego;
7. Poprzednie postępowanie odwoławcze dotyczyło oferty Krypton i oczywistym jest, że wszystkie dowody przedstawione wówczas dotyczyły tej oferty;
8. Zastrzeżenie przez Zamawiającego, że nie może odnieść się w uzasadnieniu odrzucenia oferty do kalkulacji i dowodów przedstawionych przed Odwołującego ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa i poprzestanie jedynie na stwierdzeniu „nie zostało zaakceptowane” i „nie wszystkie dowody zostały uwzględnione” - stanowi naruszenie art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie, z którym Zamawiający powinien wskazać wszystkie okoliczności faktyczne i prawne odrzucenia oferty i wykluczenia wykonawcy;
9. Wobec wykazania przez Odwołującego, iż jego cena pokrywa wszystkie koszty, to zarzut nieuczciwej konkurencji nie znajduje uzasadnienia;
10. Zamawiający oparł zarzut niezgodności z SIWZ (zarówno, co do wydajności urządzeń, jak i liczby interfejsów sieciowych) jedynie na przypuszczeniach, nie mając pełnej i aktualnej wiedzy, co do parametrów oferowanych przez Odwołującego urządzeń. Zarówno w zakresie ilości tuneli, jak i wydajności, oferowane przez Odwołującego rozwiązanie zapewnia spełnienie wymagań Zamawiającego, w ramach podanej w ofercie liczby szyfratorów w lokalizacji centralnej i jest w pełni zgodne z

postanowieniami SIWZ;

11. Doświadczenie, sytuacja finansowa oraz procedury kontroli finansowej wskazują na niemożliwość zaferowania przez Odwołującego ceny niepokrywającej kosztów realizacji zamówienia i niezapewniającej osiągnięcia zysku.

W miejscu dodać należy, że stanowisko Odwołującego zostało zaprezentowane z wyłączeniem treści, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Analogiczną uwagę należy uczynić w odniesieniu do ustaleń Izby.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, pismem z dnia 11 marca 2015 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i przedłożenia dowodów w przedmiocie *„elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:*

- 1) *oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy lub kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314), bądź innych elementów kształtujących cenę Wykonawcy;*
- 2) *pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.”*

Pismem z dnia 13 marca 2015 r. Przystępujący złożył odpowiedź na powyższe wezwanie wskazując, że:

1. *„Krypton Polska jest firmą wchodzącą na rynek z nowoczesnymi urządzeniami generacji, realizując Politykę Bezpieczeństwa Państwa, stawiającą na polskie, bezpieczne, nowoczesne i perspektywiczne rozwiązania technologiczne. W sytuacji konkurowania z firmami funkcjonującymi na rynku od wielu lat, oferującymi swoje produkty po niskich cenach (z zastosowanymi starymi rozwiązaniami technologicznymi o istotnie niższych parametrach), Krypton Polska zmuszony jest do stosowania adekwatnej strategii biznesowej. Dlatego stałym elementem działania Krypton Polska jest dążenie do obniżania kosztów produkcji.*
2. *Tajemnica przedsiębiorstwa.*
3. *Wpływ na wysokość ceny jaka została zaferowana w ramach przedmiotowego przetargu, ma głównie wielkość zamówienia, którego przedmiotem jest przy realizacji 2 wariantu zamówienia (oferowanego przez Krypton Polska) - 438 sztuk (+ 5 sztuk*

zapasowych) certyfikowanych urządzeń ochrony kryptograficznej (szyfratorów IP). Realizacja jednorazowo tak dużego zamówienia pozwala na minimalizację kosztów produkcji, zapewniając zysk wystarczający dla niedużej firmy.

Ponadto:

- a. Dobór komponentów wchodzących w skład rozwiązania stanowiącego przedmiot zamówienia, dokonany został w oparciu o wymagania stawiane przez Zamawiającego, przy jednoczesnym uwzględnieniu jego możliwości finansowych.
 - b. Wysoka jakość i wynikająca z niej niezawodność urządzeń, skutkować będzie oszczędnościami w kosztach 3 letniej gwarancji i serwisu.
 - c. Czynnikiem wpływającym na możliwość zaoferowania obecnej ceny jest fakt, iż szereg wymagań zawartych w OPZ jest standardowo realizowana przez Krypton Polska w wyniku innych, wcześniej zawartych umów i nie stanowi przez to dodatkowego obciążenia finansowego, które musiałoby wpłynąć na wyższą cenę. Powyższe jest przejawem oszczędności metody wykonania zamówienia.
 - d. Krypton dysponuje wysoko wykwalifikowanym personelem, którego kompetencje umożliwiają w istotny sposób optymalizację kosztów pracy. Zaznaczenia wymaga, iż wartość kosztów pracy przyjęta dla ustalenia ceny oferty odpowiada zasadom wynagradzania za pracę, ustalonym zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa.
 - e. Tajemnica przedsiębiorstwa.
 - f. Doświadczenie Krypton Polska pozwala na rzetelną wycenę kosztów produkcji, oferowanie konkurencyjnych, rynkowych cen, nie powodujących strat wykonawcy. Powyższe skutkuje możliwością zaoferowania przez Krypton Polska konkurencyjnych cen za wykonanie przedmiotu zamówienia. Na dowód, że proponowana przez Krypton Polska cena oferty ustalona została na podstawie obiektywnych czynników, do niniejszego pisma załączona jest kalkulacja sporządzona dla potrzeb niniejszego postępowania. Wynika z niej jednoznacznie, że końcowa cena za wykonanie przedmiotu umowy została wyliczona w oparciu o rzetelne dane, z bardzo atrakcyjną, ale ekonomicznie uzasadnioną ceną za podstawowe urządzenia, które stanowią blisko 90% całości.
4. Biorąc pod uwagę charakter podmiotu udzielającego zamówienie oraz prestiż jaki niesie za sobą realizacja przedmiotowego zamówienia, Krypton Polska uznał, że budując swoją pozycję jest w stanie zrealizować niniejsze zamówienie z niższą niż standardowo marżą, która pozwala jednakże na osiągnięcie wymiernego zysku.
 5. Choć proponowana cena urządzeń Krypton Polska odbiega od cen zaoferowanych przez jedyną do niedawna firmę produkującą szyfratory, to nie może ona zostać uznana za rażąco niską wyłącznie wskutek zawyżenia cen ofert przez pozostałych wykonawców, którzy przystąpili do postępowania o udzielenie zamówienia. Ponieważ

w swojej ofercie Krypton zaproponował nowy produkt - K2 Lite, a zamówienie dotyczy systemu o skali niespotykanej wcześniej, to trudno jest wskazać analogię do innych systemów i sposobów ich realizacji.

6. Krypton Polska wdrożył szereg priorytetowych systemów zbudowanych z podobnych funkcjonalnie urządzeń, w których marża ze sprzedaży była zbliżona do ustalonej w przedmiotowej ofercie. Systemy takie wdrożone zostały w Biurze Ochrony Rządu, Ministerstwie Spraw Wewnętrznych oraz Jednostkach Wojskowych, w uzgodnionych terminach i bez zastrzeżeń ze strony Zamawiających. Dowodzi to, że proponowane rozwiązania pozwalają na skuteczną realizację przedmiotu zamówienia nawet przy niższej cenie.
7. Krypton Polska jest jedną z niewielu firm w Polsce, która w swojej polityce jakości (dostępnej m.in. na stronie internetowej firmy) podnosi kwestię „etycznego funkcjonowania w biznesie”. Ponieważ etyka w biznesie jest dla Krypton Polska rzeczywistym walorem, dlatego firma nie udzieliła nikomu zgody na użycie swoich produktów w celu złożenia „konkurencyjnych ofert”, które miały znaczący wpływ na podniesienie średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert. Mając powyższe na uwadze oraz fakt, iż na polskim rynku istnieją wyłącznie dwa podmioty zajmujące się produkcją urządzeń kryptograficznych, zapewniających ochronę informacji niejawnych, Krypton założył, że nie może dojść do aukcji elektronicznej, bowiem zgodnie z art. 91a ust. 1 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, oceny ofert z zastosowaniem aukcji można dokonać jedynie w sytuacji, gdy w postępowaniu złożono co najmniej trzy niepodlegające odrzuceniu oferty. Dlatego, Krypton Polska zdecydował się umieścić swoją cenę końcową w ofercie złożonej w postaci papierowej w dniu 5.03.2015 r., uznając za oczywiste, że na tym etapie zostanie rozstrzygnięty przetarg.

Zaproponowana cena uwzględnia więc obiektywne koszty produkcji przedmiotu zamówienia i obiektywne czynniki, o których mowa w Piśmie FZ 1343/15, z dnia 11 marca 2015 r., jak też marżę Krypton Polska. Biorąc pod uwagę powyższe oferta Krypton Polska jest rzetelna i w pełni uwzględnia ograniczenia finansowe, w Policji o których wielokrotnie Krypton był informowany. Nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia i pozwala w warunkach rynkowych na prawidłową realizację przedmiotu zamówienia.”

Przedmiotowe wyjaśnienia, złożone przez Przystępującego, zostały pozytywnie ocenione przez Zamawiającego, w związku z powyższym w dniu 1 kwietnia 2015 r. Zamawiający przesłał m.in. Odwołującemu i Przystępującemu zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej oraz informację o przyznaniu punktacji w przedmiotowym

postępowaniu.

Wobec przedmiotowej czynności, podjętej w dniu 1 kwietnia 2015 r., Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sprawa o sygn. akt: KIO 721/15), zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1. *„art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę złożonych wyjaśnień i zaniechanie odrzucenia oferty Krypton Polska Sp. z o.o., mimo, iż oferta tego wykonawcy zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś Krypton Polska Sp. z o.o. nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp;*
2. *art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. nr 47, poz. 211 ze zm.), zwanej dalej: „UZNK”, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Krypton Polska Sp. z o.o. mimo, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na sprzedaży usług i towarów poniżej kosztów ich świadczenia/wytworzenia;*
3. *art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Krypton Polska Sp. z o.o. mimo, iż jest ona niezgodna z treścią SIWZ;*
4. *art. 8 ust 1-3 w zw. z art. 7 ust 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 UZNK poprzez zaniechanie ujawnienia całości oferty oraz wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Krypton Polska Sp. z o.o. mimo, iż zastrzeżone informacje nie spełniają przesłanek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa i wykonawca nie wykazał zasadności dokonanego zastrzeżenia;*
5. *art. 89 ust 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 UZNK poprzez sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami działania Krypton Polska Sp. z o.o. i Zamawiającego, naruszające interes Odwołującego;*
6. *art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na dopuszczenie Krypton Polska Sp. z o.o. do udziału w aukcji elektronicznej, mimo zgłoszenia udziału w postępowaniu po wyznaczonym terminie, jak również w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy.”*

W toku postępowania odwoławczego, Odwołujący złożył pismo procesowe (pismo z dnia 22 kwietnia 2015 r.) wskazując, że w uzupełnieniu argumentacji odwołania, Odwołujący *„poniżej odniesie się po kolei do wszystkich punktów przedmiotowych wyjaśnień - wykazując, iż złożone przez Krypton wyjaśnienia „elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny” nie spełniają przesłanek art. 90 ust. 1 Ustawy PZP, zatem Krypton nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny i jego oferta powinna zostać odrzucona przez*

Zamawiającego”. Nadto, Odwołujący w pkt 6 rzeczonego pisma przedstawił „szacunkowe koszty realizacji w/w elementów przedmiotu zamówienia:

Lp	Wymaganie SIWZ	Koszt realizacji zgodnie z wymaganiami	Koszt realizacji w przeliczeniu na jedno Urządzenie (w PLN
1	Koszty wydania certyfikatów dla 450 sztuk urządzeń (438+4+5+1+2 = 450 szt.) - każda sztuka dostarczanych do Zamawiającego urządzeń podlega badaniu przez ABW i dla każdej jednej sztuki ABW musi wystawić certyfikat zgodności.	630.688,50	1.401,53
2	Koszt produkcji 450 szt. Urządzeń, obejmujący: części, koszt pracy, amortyzację środków produkcji.	4.292.762,50	9.539,47
3	Koszt wytworzenia dodatkowego stoku serwisowego pozostającego w dyspozycji Krypton w celu realizacji zobowiązań serwisowych - około 20 sztuk urządzeń dodatkowych.	183.345,00	414,10
4	Koszty dostaw Urządzeń zgodnie z SIWZ - tj. dostawy zgodnie z SIWZ: 9 dostaw x 50 szt. co 5 dni roboczych.	79.071,43	175,71
5	Koszty pracy inżynierów w czasie odbiorów obejmujące rozpakowanie, konfigurowanie, testowanie dostarczonych Urządzeń - należy przyjąć koszt pracy obejmujący minimum jedną godzinę na jedno urządzenie.	49.200,00	109,33
6	Koszty dostawy sieciowych urządzeń aktywnych do centrali	24.600,00	54,67
7	koszty dostawy infrastruktury do zarządzania obejmującej: serwery, oprogramowanie firm trzecich, licencje, CAL'e Microsoft, itp.	124.254,65	276,12

8	<i>koszt dostawy kompletu kart mikroprocesorowych</i>	<i>24.907,50</i>	<i>18,45</i>
9	<i>koszt przeprowadzenia 3 dniowych szkoleń dla 60 osób z zakwaterowaniem i wyżywieniem, w tym zapewnienie indywidualnych stanowisk szkoleniowych (min. 10 szt. urządzeń szyfrujących, komputery, itp.) i materiałów szkoleniowych</i>	<i>129.852,86</i>	<i>288,56</i>
10	<i>koszt konfiguracji Urzędzeń do pracy w PSTDN</i>	<i>73.800,00</i>	<i>164,73</i>
11	<i>koszt świadczenia 3 letniego wsparcia Zamawiającego - zgodnie z SIWZ, str. 29, wymagania serwisowe i gwarancyjne: „wszechstronna pomoc w administracji i utrzymaniu uzyskanego rozwiązania” - należy przyjąć co najmniej 0,5 etatu specjalisty przez cały okres świadczenia wsparcia.</i>	<i>332.100,00</i>	<i>738,00</i>
12	<i>koszt świadczenia serwisu gwarancyjnego z czasem reakcji 4 godzin od zgłoszenia awarii w trybie 24/7/365 - SIWZ, str. 29, wymagania serwisowe i gwarancyjne - należy przyjąć co najmniej 5 etatów, ze względu na świadczenie usługi w trybie 24/7/365,</i>	<i>1.660.500,00</i>	<i>3.690,00</i>
13	<i>koszt organizacji kanału komunikacyjnego 24/7/365 - SIWZ, str. 29, wymagania serwisowe i gwarancyjne</i>	<i>332.100,00</i>	<i>738,00</i>

14	koszt świadczenia wsparcia technicznego zamawiającego, świadczonego także w miejscu instalacji Urzędzeń na terenie całego kraju – SIWZ, str. 29-30, wymagania serwisowe i gwarancyjne.	332.100,00	738,00
----	--	------------	--------

Nadto Odwołujący wskazał w powołanym piśmie procesowym (pkt 9), że każdy z wykonawców ponosi koszty finansowe w związku ze złożeniem oferty, które to koszty winny być wskazane w wyjaśnieniach Przystępującego, a są to m.in. *„koszty rezerwy finansowej na ryzyka związane z realizacją kontraktu, takie jak: potencjalne kary umowne, koszt 3-letniej rękojmi, koszt wymiany urządzeń na nowe w okresie 3-letniej gwarancji – koszt 700.000 złotych.”*

Wyrokiem z dnia 27 kwietnia 2015 r. (sygn. akt: KIO 721/15, 741/15) Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 721/15, nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności zaproszenia Krypton Polska Sp. z o.o. do udziału w aukcji elektronicznej z dnia 31 marca 2015 r. (przesłane 1 kwietnia 2015 r.) oraz powtórzenie czynności badania i oceny oferty Krypton Polska Sp. z o.o., w ramach której nakazano ujawnienie zastrzeżonej części wyjaśnień Krypton Polska Sp. z o.o. z 13 marca 2015 r., tj. złożonej kalkulacji ceny oferty w zakresie wskazanym w odwołaniu oraz na rozprawie przez Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 721/15, czyli wyłącznie w zakresie opisu poszczególnych pozycji kosztowych, nakazano również Zamawiającemu wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 90 ust.1 Pzp Krypton Polska Sp. z o.o. w zakresie przedstawionej pierwotnie kalkulacji ceny oferty przy wyjaśnieniach z 13 marca 2015 r. W zakresie pozostałych zarzutów oddalono odwołanie. Jednocześnie z uzasadnienia treści przedmiotowego wyroku wynika, że Izba przy rozpoznawaniu rzeczowego odwołania wzięła pod uwagę pismo procesowe z dnia 22 kwietnia 2015 r., złożone przez Odwołującego.

Pismem z dnia 30 kwietnia 2015 r. Zamawiający podał, że: *„zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 kwietnia 2015 r. (Sprawa KIO 741/15 oraz 721/15), Zamawiający informuje o dokonaniu unieważnienia zaproszenia do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej z dnia 31 marca 2015 roku i odtajnieniu złącznika do wyjaśnień Wykonawcy Krypton Polska Sp. z o.o. dotyczących rażąco niskiej ceny tj. ogólnej kalkulacji cenowej, w zakresie pozycji kosztowych.”*

Pismem z dnia 30 kwietnia 2015 r. Zamawiający zwrócił się do Przystępującego,

powołując się na wskazany wyżej wyrok Izby, „o udzielenie kolejnych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy lub kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314), bądź innych elementów kształtujących cenę Wykonawcy;
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

W przypadku, złożenia przez Państwa wyjaśnień objętych tajemnicę przedsiębiorstwa, Zamawiający zgodnie ze wskazanym wyrokiem KIO, dokona odtajnienia pozycji kosztowych. W związku z powyższym, Zamawiający prosi o złożenie dodatkowej wersji wyjaśnień zawierającej jedynie pozycje kosztowe.”

Pismem z dnia 5 maja 2015 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia wskazując: „Zaoferowana przez Krypton Polska w niniejszym postępowaniu cena - 6 054 411,00 zł, uwzględnia w należytej wysokości wszystkie niezbędne do poniesienia koszty realizacji zamówienia m.in.: całkowity koszt urządzeń wraz z rezerwą serwisową i wymaganą infrastrukturą zarządzającą, kompletu kart mikroprocesorowych, kompletu licencji, dokumentacji, dostawy, szkoleń, konfiguracji urządzeń do pracy, wsparcia technicznego, organizacji kanału komunikacyjnego, serwisu gwarancyjnego na okres 36 miesięcy, koszty projektu badawczo-naukowego, certyfikacji „Zgodności” każdej sztuki szyfratora, koszty pracy niezbędne do złożenia szyfratora, jego zapakowania i przygotowania do przewozu do Zamawiającego jak i innych niezbędnych czynności wymaganych dla prawidłowej realizacji przedmiotu umowy oraz gwarantuje Krypton Polska osiągnięcie zysku.

W ramach niniejszych wyjaśnień Krypton Polska przedstawia dowody zawierające informacje uzasadniające, iż cena oferowana przez Krypton Polska nie jest rażąco niska, a które zostały złożone w ramach postępowania odwoławczego zainicjowanego przez Konsorcjum Enigma SOI/Comp S.A. sygn. akt KIO 721/15. Ponadto Krypton Polska podtrzymuje swoje dotychczasowe wyjaśnienia i dowody złożone w tym zakresie Zamawiającemu, jak również w ramach niniejszych wyjaśnień składa dodatkową argumentację, wyjaśnienia i dowody.

Ponieważ przedstawiane w załącznikach dane są najcenniejszymi informacjami, istotnie wpływającymi na sposób funkcjonowania firmy na rynku, ich ujawnienie może

narazić Krypton Polska na straty, wykluczając konkurencyjność oraz prowadzenie niezależnej strategii cenowej.

Biorąc pod uwagę determinację z jaką jedyny konkurent - Enigma SOI dąży do pozyskania tych informacji, zwracam się z prośbą o nieudostępnianie danych oznaczonych tajemnicą przedsiębiorstwa podmiotom zewnętrznym oraz limitowany dostęp do tych informacji wśród pracowników Zamawiającego.

Zgodnie z wnioskiem Zamawiającego, zestawienia pozycji kosztów zostały wyodrębnione do załączników nr IB, 2B 4B, które nie zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do wniosku Zamawiającego dotyczącego złożenia dowodów dotyczących wysokości zaoferowanej ceny informuję co następuje:

I. *Kompletność oferty - uwzględniającej wszystkie elementy wymagane przez SIWZ - dowodzi załącznik nr 1A. Podane wartości kosztów oraz wartość końcowa oferty ponad wszelką wątpliwość dowodzą, iż Krypton Polska osiąga godziwy zysk.*

II. *Istotny wpływ na wysokość ceny zaoferowanej przez Krypton Polska w niniejszym postępowaniu, mają szyfratory DP. Na podstawie załącznika 1A możliwe jest wyliczenie udziału procentowego kosztów szyfratorów w całkowitym koszcie realizacji zamówienia. Z wartości tej wynika znaczny udział kosztu szyfratora w wartości oferty. Dlatego też wybór odpowiednich rozwiązań technicznych do budowy szyfratora był kluczowy dla osiągnięcia ich niskiej ceny. Dowód kosztów produkcji zaoferowanych szyfratorów przedstawiono w załączniku 2A - stanowiącym tajemnicę przedsiębiorstwa. Na podstawie tego załącznika widoczne jest, iż zaoferowana cena urządzenia jest realna i na jej podstawie można było złożyć ofertę z ceną jaka zaproponował Krypton Polska.*

III. *Kolejnym elementem wpływającym na wysokość oferty są oszczędności jakie uzyskano dla potrzeb realizacji przedmiotowego zamówienia. Przykładowe dowody na ich osiągnięcie przedstawiono w załączniku 3 - stanowiącym tajemnicę przedsiębiorstwa.*

Z uwagi jednak na fakt, iż Krypton Polska na mocy wiążących go umów z dostawcami oraz innymi podmiotami z nim współpracującymi, zobowiązany jest do zachowania w poufności warunków negocjacji z ww. podmiotami, w niniejszych wyjaśnieniach ceny, ograniczył się wyłącznie do wskazania rezultatu przedmiotowych negocjacji w postaci uzyskania atrakcyjnych rabatów cenowych. Na dowód powyższego zobowiązania, poniżej Spółka przedstawia treść standardowej klauzuli umownej zawieranej w umowach o zachowaniu poufności, zawieranych z dostawcami oraz innymi podmiotami współpracującymi z Krypton Polska:

„Przedmiotem Umowy jest zobowiązanie się Stron do zachowania w tajemnicy wszelkich informacji otrzymanych lub ujawnionych sobie wzajemnie przez Strony („Informacje Poufne”) uzyskanych w toku negocjacji, rokowań zmierzających do podjęcia współpracy, zawarcia

umowy/umów, przejęcia udziałów Stron oraz informacji uzyskanych w czasie wykonywania wszelkich umów zawartych pomiędzy Stronami, zwanych dalej „Projektem”.

IV. *Inne metody oszczędności wykonania zamówienia oraz określenie kosztów pracy osób zatrudnionych w Krypton Polska do realizacji przedmiotowego zamówienia wskazane są w załączniku 4A - stanowiącym tajemnicę przedsiębiorstwa.*

Krypton Polska zdecydowanie oświadcza, iż żaden z pracowników zatrudnionych w Spółce nie otrzymuje wynagrodzenia niższego od minimalnego wynagrodzenia ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2002 r., Nr 200, poz. 1679 ze zm.).

V. *Wpływ na wysokość oferowanej przez Krypton Polska ceny za realizację przedmiotowego zamówienia ma również fakt, iż jest ona niewielką firmą zatrudniającą 20 pracowników, a zatem koszty jej utrzymania są niewielkie w porównaniu do kosztów jakie pociąga za sobą utrzymanie tak dużej firmy jaką jest konkurencyjna spółka Enigma Systemy Ochrony Informacji Niejawnych, z siedzibą w Warszawie.*

Złożone przez Krypton Polska wyjaśnienia ceny – pismo z dnia 13 marca 2015 r., znak: Kr-31/2015 wraz z dołączoną do nich kalkulacją kosztów oraz przedstawione w niniejszym piśmie dodatkowe wyjaśnienia ceny wraz załączonymi do niniejszego pisma dokumentami/dowodami, jednoznacznie dowodzą, iż cena oferty Krypton Polska, nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.”

Pismem z dnia 12 maja 2015 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego, na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp „o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

- 1) *oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy lub kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314), bądź innych elementów kształtujących cenę Wykonawcy;*
- 2) *pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.*

Zamawiający wskazuje, że zgodnie z wyżej przywołanym przepisem, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen

wszystkich złożonych ofert, Zamawiający zobowiązany jest zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy. Zamawiający odrzuci ofertę Wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

Zamawiający żąda, aby wyjaśnienia odnosiły się również do złożonego przez Państwa w trakcie rozprawy „Pisma Odwołującego” z dnia 22 kwietnia 2015 roku zawierającego szczegółowe kalkulacje cenowe odnoszące się do całości zamówienia, kosztów realizacji w przeliczeniu na jedno urządzenie oraz dodatkowych kosztów. Państwa oferta złożona w toku aukcji elektronicznej opiewa na kwotę 4 500 000,00 zł brutto a przeprowadzona przez Państwa kalkulacja cenowa to 8 272 282,43 zł netto. Podnosili Państwo, iż jest to minimalna kwota, za jaką można zrealizować przedmiotowe zamówienie. Daleko idące wątpliwości budzi pozycja „Koszt produkcji 450 szt. Urządzeń, obejmujący części, koszt pracy, amortyzacja środków produkcji” wyceniona na kwotę netto 4 292 762,50 zł, czyli więcej niż obecna kwota jakiej zapłaty oczekują Państwo za realizację całego zamówienia. Zamawiający wnosi o szczegółowe wyjaśnienie wskazanych rozbieżności, w szczególności poprzez pokazanie wartości elementów cenotwórczych (wskazanych w kalkulacji), które zostały obniżone i umożliwiły złożenie przez Państwa oferty w kwocie 4 500 000,00 zł.

Zamawiający wnosi również o odniesienie się do stawianych przez Państwa w odwołaniu twierdzeń dotyczących oferty Wykonawcy Krypton Polska Sp. z o. o., w szczególności:

1. „poziom zaoferowanej przez Krypton ceny jest zbyt niski, aby zapewnić pokrycie kosztów obiektywnie koniecznych do poniesienia w przypadku przedmiotowego zamówienia”,
2. „cena zaoferowana przez Krypton odbiega również od cen oferowanych w innych postępowaniach, zarówno przez Wykonawcę, jak i Odwołującego. Uwzględniając różnice wynikające z okoliczności specyficznych dla każdego postępowania, cena oferty Krypton zaoferowana w tym postępowaniu, odbiega od poziomu rynkowego i realnego kosztu realizacji zamówienia”

Powyższe pokazuje, iż uważali Państwo wykonanie przedmiotowego zamówienia za cenę 6 054 411,00zł za nierealne i oderwane od rzeczywistego kosztu realizacji zamówienia, tymczasem obecna Państwa oferta jest o 25 % niższa.”

Pierwotnie termin na złożenie przedmiotowych wyjaśnień przez Odwołującego Zamawiający wyznaczył na dzień 13 maja 2015 r., jednakże wobec wniosku Odwołującego o wydłużenie terminu na udzielenie odpowiedzi w tym przedmiocie (pismo z dnia 12 maja 2015 r.), Zamawiający ostatecznie ustalił ten termin na dzień 14 maja 2015 r.

W odpowiedzi (pismo z dnia 14 maja 2015 r.) Odwołujący wyjaśnił, że: *„Kalkulacja ceny oferty Konsorcjum została sporządzona w oparciu o obowiązujące u każdego z członków Konsorcjum zasady kalkulowania projektów.*

Są to metody parametryczne, wsparte historycznymi danymi statystycznymi, kolekcjonowanymi w całym okresie działania poszczególnych członków Konsorcjum (ponad 22 lata funkcjonowania Enigma SOI i ponad 25 lat funkcjonowania COMP S.A.). Ocena złożoności danego projektu, prowadzona przez zespół ekspercki, przekłada się na model kalkulacji weryfikowany na podstawie danych przechowywanych przez dział kontroli i nadzoru. Przy wycenie danej oferty brane są pod uwagę także specyficzne dla danego projektu cechy. Doświadczenia z realizacji projektów obejmujących dostawę urządzeń kryptograficznych oraz usług z tym związanych pozwoliło Konsorcjum tak oszacować cenę ostateczną oferty, aby z jednej strony obejmowała wszelkie ryzyka związane z realizacją zamówienia, zaś z drugiej strony - aby oferta pozostawała ofertą konkurencyjną.

Konsorcjum wskazuje, że dane statystyczne, służące wyznaczeniu ostatecznego budżetu projektu, pochodzą z realizacji przedsięwzięć o przedmiocie analogicznym do przedmiotu zamówienia, jednakże o zróżnicowanej skali (budżety od około 75 000 zł brutto do ponad 12 500 000 złotych) oraz zróżnicowanych warunków prowadzenia projektów. Podejście takie, poparte odpowiednim skalowaniem zależnym od docelowego opisu przedmiotu zamówienia oraz ram czasowych projektu (determinujących ilość zaangażowanych zasobów), zapewnia uzyskanie odpowiednio wiarygodnych danych dla przedsięwzięć/projektów o analogicznym przedmiocie zamówienia.

Podkreślić też należy, że Członkowie Konsorcjum posiadają certyfikaty jakości świadczonych usług. Certyfikaty te potwierdzają wysoką pozycję i renomę firm wchodzących w skład Konsorcjum na rynku oraz wysoką jakość oferowanych usług i produktów, a przede wszystkim wskazują na ukierunkowanie działań na uzyskanie satysfakcji Klientów ze współpracy z poszczególnymi członkami Konsorcjum. W ramach funkcjonowania systemów jakości członkowie Konsorcjum opracowali procedury uruchamiania, planowania i realizacji projektów, które następnie zostały wykorzystane przy tworzeniu budżetu projektu. Zasady te ustalają standardy w zakresie harmonogramowania, kontroli postępu realizacji prac i zarządzania ryzykiem.

Poszczególni członkowie Konsorcjum posiadają następujące certyfikaty jakości świadczonych usług:

✓ COMP SA - certyfikat ISO 9001:2008

✓ ENIGMA SOI Sp. z o.o. - System Zarządzania jakością zgodny z wymaganiami PN-EN ISO 9001:2009 i AQAP 2110:2009.

W ramach funkcjonowania w/w systemów jakości opracowane zostały u każdego z członków Konsorcjum procedury uruchamiania, planowania i realizacji projektów. Procedury te ustalają standardy w zakresie harmonogramowania, kontroli postępu realizacji prac i zarządzania ryzykiem. Procesy wspierane są przez dedykowane wewnętrzne systemy informatyczne. Szczególną uwagę zwrócono na odpowiednie przygotowanie kierowników do prowadzenia projektów konsultingowych (usługi nadzoru i zarządzania). Prowadzone są dla nich szkolenia (podwyższanie kwalifikacji) w zakresie metodyki prowadzenia projektu (PMP, Prince2, itp.). Jest to o tyle istotne, gdyż stosowanie szeroko rozumianych zasad PM (project management) powoduje bezpośrednie przełożenie na:

- wykształcenie mechanizmów ułatwiających dostosowanie przedsiębiorstwa do gwałtownych i coraz trudniejszych do przewidzenia zmian w otoczeniu,
- wykształcenie controllingu i mechanizmów wczesnego ostrzegania wspomagających podejmowanie decyzji przez kadrę zarządzającą,
- ułatwiona kontrola nad portfelem prowadzonych projektów,
- znaczne obniżenie poziomu ryzyka inwestycyjnego przez harmonogramowanie i budżetowanie prowadzonych projektów,
- możliwość zatrzymywania w firmie najważniejszego zasobu, jakim jest wiedza i doświadczenie - nie dopuszczenie do ich utraty wraz z zakończonym projektem lub wraz z odejściem pracownika,

co z kolei ma duży wpływ oraz przełożenie na obniżenie ceny przy zachowaniu ryzyk inwestycyjnych na niskim poziomie.

Niniejszym oświadczamy, że w cenie podanej podczas aukcji Konsorcjum uwzględniło wszystkie elementy ujęte w opisie przedmiotu zamówienia i SIWZ. Cena ta zawiera wszystkie elementy wymienione w SIWZ, przy zagwarantowaniu wszystkich wymienionych tam i oczekiwanych przez Zamawiającego rezultatów, które spodziewa się uzyskać od Wykonawcy w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia przy zachowaniu niezbędnych parametrów jakościowych, czasowych oraz finansowych. Cena Konsorcjum uwzględnia wszystkie niezbędne koszty realizacji zamówienia, wskazane przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej, w szczególności wskazane w SIWZ przez Zamawiającego, jako elementy przedmiotu zamówienia:

- a. Koszty wydania certyfikatów dla 470 sztuk urządzeń certyfikowanych.
- b. Koszt produkcji 470 sztuk urządzeń, obejmujący: części, koszt pracy, amortyzację środków produkcji;
- c. Koszt wytworzenia dodatkowego stoku serwisowego pozostającego w dyspozycji

Wykonawcy w celu realizacji zobowiązań serwisowych - w przypadku Enigmy koszt ten rozkłada się na większą liczbę kontraktów;

- d. *Koszty dostaw Urządzeń zgodnie z SIWZ -;*
- e. *Koszty pracy inżynierów w czasie odbiorów obejmującą rozpakowanie, konfigurowanie, testowanie dostarczonych Urządzeń -;*
- f. *Koszty dostawy sieciowych urządzeń aktywnych do centrali*
- g. *koszty dostawy infrastruktury do zarządzania obejmującej: serwery, oprogramowanie firm trzecich, licencje itp.*
- h. *koszt dostawy kompletu kart mikroprocesorowych -*
- i. *koszt przeprowadzenia 3-dniowych szkoleń dla 60 osób z zakwaterowaniem i wyżywieniem, w tym zapewnienie indywidualnych stanowisk szkoleniowych (min. 10 szt. urządzeń szyfrujących, komputery, itp..) i materiałów szkoleniowych -;*
- j. *koszt konfiguracji Urządzeń do pracy w PSTDN*
- k. *koszt świadczenia 3-letniego wsparcia Zamawiającego -koszt świadczenia serwisu gwarancyjnego z czasem reakcji 4 godzin od zgłoszenia awarii w trybie 24/7/365;*
- l. *koszt organizacji kanału komunikacyjnego 24/7/365;*
- m. *koszt świadczenia wsparcia technicznego zamawiającego, świadczonego także w miejscu instalacji Urządzeń na terenie całego kraju.*

Wykonawca przedstawia aktualne kalkulacje w następujących załącznikach:

Załącznik nr 1 - Kalkulacja kosztów odnosząca się do szczegółowej kalkulacji zawartej w „Piśmie Odwołującego” z dnia 22 kwietnia 2015 r. wraz z dowodami;

Załącznik nr 2 - Porównanie wysokości kosztów elementów składowych przyjętych do kalkulacji ceny jednostkowej szyfratora do oferty i aukcji.

Mając na uwadze powyższe oraz w kontekście okoliczności wskazanych w dalszej części pisma przedmiotowa cena jest realna i właściwa z punktu widzenia zasad finansowania projektów, doświadczenia Konsorcjum oraz racjonalnego gospodarowania i gwarantuje należyte wykonanie zamówienia. Cena Konsorcjum uwzględnia wszystkie wymagania wymienione w SIWZ, przy zagwarantowaniu osiągnięcia wszystkich wymienionych tam i oczekiwanych przez Zamawiającego rezultatów.”

Pozostała część wyjaśnień, jak i załączone dowody stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zauważyć należy, że Odwołujący podał również, iż w piśmie procesowym z dnia 22 kwietnia 2015 r. omyłkowo, opis w kolumnie trzeciej i czwartej tabeli zawiera zwrot „kwota netto”, podczas gdy winno być „kwota brutto.”

Pismem z dnia 15 maja 2015 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że podlega on wykluczeniu z przedmiotowego postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3

ustawy Pzp, bowiem „złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Tym samym na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp ofertę Wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.” W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wskazał na następujące okoliczności: „Nieprawdziwe informacje to takie, które nie są zgodne ze stanem faktycznym, odbiegają od rzeczywistości. Mogą one być zawarte w oświadczeniach i dokumentach składanych przez wykonawcę. Złożenie fałszywych informacji w toku postępowania o udzielenie zamówienia ma miejsce, jeżeli spełnione są łącznie dwie przesłanki: wykonawca przedstawił nieprawdziwe informacje oraz informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Dodatkowo doktryna orzecznicza wskazuje jednoznacznie na element zawinienia wykonawcy: „Jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji.” Ten sposób wykładni potwierdzają także przepisy art. 26 ust. 3, które nakazują wystąpienie z żądaniem uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, jeżeli zawierają one błędy, oraz art. 87 ust. 2, który nakazuje poprawę omyłek w treści oferty. Ustawodawca dopuszcza więc poprawienie złożonych dokumentów i oświadczeń wiedzy i woli, w tym w zakresie treści oferty, pomimo że mogły one przekazywać informacje niezgodne z rzeczywistością. Podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu taki wykonawca, który umyślnie przekazuje w postępowaniu nieprawdziwe informacje, mając świadomość szkodliwego skutku swego zachowania i celowo do niego zmiernając. Ustawodawca dopuszcza bowiem uzupełnienie prawidłowych dokumentów i poprawienie oferty, w przypadku gdy przedstawione informacje nieprawdziwe mają charakter błędu lub omyłki – z założenia więc działania nieumyślnego.

W trakcie postępowania odwoławczego przed KIO, Wykonawca Enigma SOI Sp. z o.o. złożył „Pismo Odwołującego” z dnia 22 kwietnia 2015 roku zawierające szczegółowe kalkulacje cenowe odnoszące się do całości zamówienia. Wykonawca zarówno w trakcie rozprawy, jak i w złożonym piśmie nie wskazał, iż jest to kalkulacja odnosząca się i wynikająca jedynie z właściwości Krypton Sp. z o.o. Podkreślał za to, że jest to kalkulacja przedstawiająca minimalne koszty, jakie należy ponieść w celu realizacji zamówienia.

Na późniejszym etapie postępowania Wykonawca złożył kolejną kalkulację, zawierającą zupełnie przeciwstawne wyliczenia. Dodatkowo Wykonawca wskazał, że pierwotna kalkulacja jest obciążona błędem tj. zawiera kwoty brutto a nie netto. Niewątpliwie tak rozbieżne kalkulacje mogą mieć wpływ na wynik postępowania, a co najmniej jedna z nich zawiera nieprawdziwe informacje. Złożenie rozbieżnych kalkulacji mogło wprowadzić w błąd nie tylko Zamawiającego, ale także Krajową Izbę Odwoławczą. Celem złożenia nieprawdziwych kalkulacji było doprowadzenie do odrzucenia ofert konkurencyjnych, dyskredytacja innych Wykonawców aż wreszcie doprowadzenie do wyboru przez Zamawiającego oferty Enigma SOI Sp. z o.o.

Jaskrawym przykładem nieprawdziwości informacji zawartych w złożonych kalkulacjach jest rozbieżność w zakresie kosztów certyfikacji. Jedna kalkulacja zakłada dużo niższy koszt przeprowadzenia certyfikacji, mimo iż jest to czynność prowadzona przez ABW lub SKW za stałą kwotę określoną w rozporządzeniu, dla wszystkich podmiotów trzecich (ilość urządzeń jest tu bez znaczenia, ponieważ każdy Wykonawca certyfikuje taka samą ilość).

Wykonawca załączył do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny dowody. Zdaniem Zamawiającego dowód ten nie jest autentyczny i nosi znamiona ingerencji w jego treść. Jest to wydruk wiadomości elektronicznej. Trudno, jednak przyjąć by system pocztowy wygenerował wiadomość oznaczoną następującą datą wysłania: „środa, 8 maja 2015 10:17:27”. W rzeczywistości 8 maja przypadał w piątek. Taka zmiana musiała być dokonana przez Wykonawcę, ponieważ niewątpliwie nie ma możliwości by taki błąd został wygenerowany przez aplikację. Dokument ten stanowi nieprawdziwą informację która ma wpływ na wynik postępowania, jest to bowiem dowód prowadzący do uznania iż złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a tym samym nie podlega odrzuceniu.

Zamawiający uznał również, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 4 ustawy Pzp, bowiem zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podał, że: „Zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 1 Pzp, Zamawiający był obowiązany wezwać Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Wykonawca złożył przedmiotowe wyjaśnienia w dniu 14 maja 2015 r.

Za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną nierealistyczną, znacznie odbiegającą od cen rynkowych innych takich samych lub podobnych rodzajów zamówień, wskazującą na możliwość wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy lub roboty budowlanej lub ofertę zawierającą cenę nierealną z punktu widzenia logiki, doświadczenia życiowego oraz racjonalnego gospodarowania. "W doktrynie i orzecznictwie podnosi się także, że cena rażąco niska to cena nierealna, niepozwalająca na realizację zamówienia z należytą starannością, wskazująca na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku" (wyrok KIO z dnia 29 września 2010r., KIO/UZP 2004/10). Ustawodawca w art. 90 ust 2 wskazuje, iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy, który powinien przedstawić rzetelne, konkretne i wyczerpujące wyjaśnienia wraz z załączeniem dowodów na potwierdzenie podnoszonych twierdzeń.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że cena powinna obejmować wszelkie elementy zamówienia. Tego wymagania, jak wynika z przedstawionego wyżej uzasadnienia

dotyczącego niezgodności oferty z treścią SIWZ, Wykonawca nie spełnił. Oferta wykonawcy nie obejmuje całości kosztów dostawy infrastruktury do zarządzania, w szczególności w zakresie sprzętu komputerowego w centrali, licencji standardowych na oprogramowanie dedykowane (wykonawca oferuje jedynie rozszerzenie do licencji na oprogramowanie dedykowane) a także urządzeń HSM. Przedstawiona kalkulacja nie uwzględnia innych kosztów, których konieczność poniesienia sama Enigma SOI Sp. z o.o. wskazywała w swoim piśmie złożonym podczas rozprawy przed KIO np. kosztów związanych ze złożeniem ofert, łączy kilką pozycji kosztowych w jedną.

Trudno przypisać zaoferowanej przez Wykonawcę cenie cechę realności. Przedstawione wyjaśnienia są niewystarczające, ponadto wynika z nich, że zaoferowana cena jest rażąco niska. Wykonawca obszerną część swoich wyjaśnień poświęcił na argumenty niemające wprost przełożenia na wysokość poniesionych kosztów tj. posiadanie wiedzy i doświadczenia, historycznych danych statystycznych, certyfikatów i systemów jakości, systemów zarządzania projektami, osiągniętych zysków, umiejscowienia i skali produkcji. Takie cechy mogą charakteryzować każdego Wykonawcę, trudno również określić, które certyfikaty czy systemy kontroli są lepsze i mogą pozwolić na uzyskanie korzystniejszej ceny. Idealne odniesienie do przedstawionych w wyjaśnieniu argumentów stanowią twierdzenia samego Wykonawcy Enigma SOI Sp. z o. o. podnoszone w odwołaniu z dnia 09.04.2015 r. „czynniki obniżające koszty powinny mieć charakter obiektywny i nie być wspólne dla pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu, którzy zaoferowali ceny bardziej zbliżone do poziomu rynkowego. Niewystarczające przy tym jest jedynie ogólne stwierdzenie, iż dany czynnik obniża koszty, ale konieczne jest, co najmniej wskazanie, w jakim stopniu lub o jaką wartość zostają zmniejszone obiektywne koszty wykonawcy i jakie przełożenie znajduje to na zaoferowaną w postępowaniu cenę. (...) Nie jest wystarczające złożenie wyjaśnień wymieniających jedynie wysokość ponoszonych kosztów, bez udowodnienia prawidłowości ich ujęcia stosownymi, dołączonymi do wyjaśnień dowodami”. Powyższe dotyczy również argumentów dotyczących skali zamówienia. Jest to właściwe dla każdego Wykonawcy. Informacje dotyczące organizacji, wielkości przedsiębiorstwa, ilości pracowników itp. nie są zdaniem Zamawiającego wystarczające i przekonywujące. W pewnych obszarach z pewnością prowadzą do obniżenia kosztów działalności, jednak w innych znacząco je zwiększają. Wykonawca nie podjął żadnej próby wykazania jak opisane wyżej czynniki wpływają wprost na wysokość ceny.

Oddzielnego omówienia wymagają zagadnienia dotyczące serwisu i gwarancji. Każdy Wykonawca powinien dokonać kalkulacji ilości potrzebnych roboczogodzin dla odpowiedniego personelu i na tej podstawie dokonać wyceny. Zadaniem Zamawiającego przytoczone argumenty w zakresie posiadanego personelu i ilości realizowanych umów,

również na rzecz Zamawiającego, nie są przekonywujące. Bez znaczenia są informacje o zasobach innych Wykonawców w tym zakresie.

Argumenty w zakresie prowadzenia szkoleń nie są zadaniem Zamawiającego przekonywujące. Wykonawca oparł je przede wszystkim na porównaniu z zasobami innego Wykonawcy. Wielkość Wykonawcy ma w tym przypadku drugorzędne znaczenie. Koszty wynajęcia pomieszczeń, zapewnienia wyżywienia itp. są usługami o standardowym charakterze i ich koszty są zbliżone dla wszystkich Wykonawców.

Odnosząc się do złożonych wyjaśnień, Zamawiający wskazuje, że nie wywodzi rażąco niskiego charakteru zaoferowanej przez Wykonawcę ceny z samego faktu kwestionowania przez Enigma SOI Sp. z o. o. ceny oferty konkurencyjnej. Czym innym jest odnoszenie się przez Zamawiającego do kalkulacji cenowej („Pismo Odwołującego” z dnia 22 kwietnia 2015) złożonej przed Krajową Izbą Odwoławczą. Kalkulacja cenowa Wykonawcy opiewała na kwotę 8 272 282,43 zł netto, gdzie sam „Koszt produkcji 450 szt. Urządzeń, obejmujący części, koszt pracy, amortyzacja środków produkcji ” wyceniono na kwotę netto 4 292 762,50 zł, czyli więcej niż obecna kwota jakiej zapłaty oczekują Enigma SOI Sp. z o.o. za realizację całego zamówienia. Wykonawca zarówno w trakcie rozprawy, jak i w złożonym piśmie nie wskazał, iż jest to kalkulacja odnosząca się i wynikająca jedynie z właściwości Krypton Sp. z o. o. Stąd próba porównania przedstawionej kalkulacji z obecnie oferowaną ceną tj. 4 500 000,00 zł. Dowody składane w toku postępowania muszą być rzetelne a przede wszystkim prawdziwe. Zmiana stanowiska Wykonawcy, co do rzetelności przedstawionej w trakcie rozprawy kalkulacji, budzi poważne wątpliwości w zakresie zachowania zasad dotyczących uczciwej konkurencji

Przygotowane przez Wykonawcę uzasadnienie obniżenia kosztów poszczególnych pozycji kalkulacji cenowej, również nie zostało zaakceptowane przez Zamawiającego. Z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa, Zamawiający wskaże jedynie na rażące rozbieżności w zakresie kosztów certyfikacji. Druga kalkulacja zakłada dużo niższy koszt przeprowadzenia certyfikacji, mimo iż jest to czynność prowadzona przez ABW lub SKW za stałą kwotę określoną w rozporządzeniu, dla wszystkich podmiotów trzecich (ilość urządzeń jest tu bez znaczenia, ponieważ każdy Wykonawca certyfikuje taką samą ilość).

Z uwagi na zastrzeżenie przedłożonych dowodów jako tajemnica przedsiębiorstwa, Zamawiający wskazuje jedynie, że nie wszystkie dowody zostały uwzględnione. Szczególne wątpliwości, co do autentyczności budzi dowód numer 2. Trudno, bowiem przyjąć by system pocztowy wygenerował wiadomość oznaczoną następującą datą wysłania: „środa, 8 maja 2015 10:17:27”. W rzeczywistości 8 maja 2015 r. przypadał w piątek.”

Zamawiający uznał również, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podał: *„Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta bądź narusza ten interes. Czynem nieuczciwej konkurencji jest także sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów własnych. Tego typu działania były podejmowane przez Wykonawcę Enigma SOI Sp. z o.o. w trakcie trwania postępowania.*

Zaoferowana cena jest na poziomie poniżej kosztów niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia. W trakcie trwania postępowania odwoławczego przed KIO, Wykonawca Enigma SOI Sp. z o.o. złożył „Pismo Odwołującego” z dnia 22 kwietnia 2015 roku zawierające szczegółowe kalkulacje cenowe odnoszące się do całości zamówienia. Kalkulacja cenowa Wykonawcy opiewała na kwotę 8 272 282,43 zł netto, gdzie sam „Koszt produkcji 450 szt. Urządzeń, obejmujący części, koszt pracy, amortyzacja środków produkcji” wyceniono na kwotę netto 4 292 762,50 zł, czyli więcej niż obecna kwota jakiej zapłaty oczekują Enigma SOI Sp. z o.o. za realizację całego zamówienia. Wykonawca zarówno w trakcie rozprawy, jak i w złożonym piśmie nie wskazał, iż jest to kalkulacja odnosząca się i wynikająca jedynie z właściwości Krypton Sp. z o.o. Wykonawca ponadto wskazywał, iż „poziom zaoferowanej przez Krypton ceny jest zbyt niski, aby zapewnić pokrycie kosztów obiektywnie koniecznych do poniesienia w przypadku przedmiotowego zamówienia” oraz „cena zaoferowana przez Krypton odbiega również od cen oferowanych w innych postępowaniach, zarówno przez Wykonawcę, jak i Odwołującego. Uwzględniając różnice wynikające z okoliczności specyficznych dla każdego postępowania, cena oferty Krypton zaoferowana w tym postępowaniu, odbiega od poziomu rynkowego i realnego kosztu realizacji zamówienia”. Powyższe pokazuje, iż Enigma SOI Sp. z o.o. uważała wykonanie przedmiotowego zamówienia za cenę 6 054 411,00 zł za nierealne i oderwane od rzeczywistego kosztu realizacji zamówienia, tymczasem obecna oferta tego Wykonawcy jest o 25 % niższa i wynosi 4 500 000,00 zł.

Wykonawca wprost wskazał, że przedmiotowe zamówienie „jest dla konsorcjum priorytetowe ze względu na możliwość zaoferowania analogicznych rozwiązań sprzętowych do jednostek korespondujących z Policją” a także „realizacja zamówienia 3/BŁHZ15/MP przez Konsorcjum znacząco podniesie prawdopodobieństwo możliwości realizacji w/w dostaw po konkurencyjnych cenach. Stąd też, dążenie decydentów do potraktowania zamówienia jako strategicznego z punktu widzenia biznesowego”. Z kontekstu przedłożonych wyjaśnień wynika, iż Wykonawca przez długi okres wykorzystywał pozycję dominującą na rynku (istnienie realnej konkurencji od 3-4 lat) oferując swoje produkty w

znacznie wyższych cenach. Sam Wykonawca wskazuje, że zrealizował bardzo dużo projektów na rzecz państwowych odbiorców, natomiast konkurencja uzyskała 3-4 takie zamówienia.

Powyższe fakty mogą wprost prowadzić do wniosku, iż oferowanie ceny na poziomie poniżej kosztów niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia mają na celu utrzymania pozycji dominującej na rynku, zapewnienie przyszłych zamówień a tym samym wykluczenie pozostałych wykonawców z rynku.”

Izba oddaliła wnioski dowodowe zgłoszone przez Odwołującego na okoliczność zaferowania ceny realnej a nie rażąco niskiej i odmówiła przeprowadzenia dowodu z dokumentów przedłożonych na rozprawie uznając, że ciężar udowodnienia wskazanej okoliczności spoczywa na wykonawcy i obciąża go w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dopuszczenie rzeczonych dowodów w toku postępowania odwoławczego w istocie doprowadziłoby do umożliwienia Odwołującemu, wbrew przepisom prawa, wykazania rzeczonych okoliczności poza postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego i zmuszałoby Izbę do oceny czynności Zamawiającego, w świetle dowodów, które nie mogły być podstawą oceny Zamawiającego. Jeśli Odwołujący zaniechał inicjatywy dowodowej w tym przedmiocie w toku postępowania odwoławczego, albo też inicjatywa ta była niedostateczna to musi to skutkować określoną oceną w świetle przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, a nie możliwością przywrócenia Odwołującemu szansy na prawidłową i wyczerpującą reakcję na wezwanie Zamawiającego w toku postępowania odwoławczego, tym bardziej, że brak oparcia do takiego działania w przepisach prawa.

Izba ustaliła, że Zamawiający nie wymagał wskazania w treści oferty oferowanych urządzeń. W ofercie Odwołującego na próżno również poszukiwać takich informacji.

W związku z powyższym Izba nie uwzględniła wniosków dowodowych zmierzających do wykazania, że określone urządzenia spełniają wymagania Zamawiającego, a tym samym niezgodność treści oferty z treścią SIWZ nie zachodzi, gdyż w ocenie Izby, kreacja treści oferty na podstawie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego nie jest możliwa. W tej sytuacji powołane dowody z dokumentów należało uznać za nieprzydatne do rozstrzygnięcia sprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Ustawodawca wprowadzając przedmiotowy przepis stworzył zamawiającemu narzędzie do ochrony przed działaniami podejmowanymi ze strony wykonawców, które prowadzą do wypaczenia procesu udzielania zamówienia publicznego. Jest to więc instrument pozwalający zamawiającemu na eliminowanie zjawisk patologicznych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, niezależnie od oceny tych czynności i zachowań na gruncie innych przepisów prawa. Oznacza to, że dążeniem ustawodawcy było zagwarantowanie zamawiającemu możliwości bezpośredniej i natychmiastowej reakcji w postępowaniu niezależnie od tego, że dane zachowanie powinno podlegać ocenie w świetle chociażby norm prawnokarnych.

Z przywołanego przepisu należy odkodować obowiązek wykluczenia wykonawcy, który składając nieprawdnie informacje dąży do uzyskania zamówienia. W orzecznictwie nie ma jednolitości poglądów co do tego, czy jedynie umyślność działania winna być podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania, czy też wystarczające jest niezachowanie należytej staranności. Biorąc jednakże pod uwagę cywilny charakter norm ustawy Pzp Izba stoi na stanowisku, że przypisanie wykonawcy braku należytej staranności stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania, jakkolwiek pogląd ten nie ma istotnego znaczenia w niniejszej sprawie, bowiem zdaniem Izby umyślność działania Odwołującego jest niepodważalna.

Jednocześnie dostrzeżenia wymaga, że brzmienie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie pozostawia wątpliwości, że złożenie nieprawdziwych informacji ma wpływ na wynik prowadzonego postępowania nie tylko wtenczas, kiedy związek przyczynowo-skutkowy zachodzący pomiędzy złożeniem nieprawdziwych informacji a wynikiem postępowania jest oczywisty i jest to okoliczność pewna, czyli skutkiem złożenia nieprawdziwych informacji jest wypaczenie wyniku postępowania, ale tożsamo należy ocenić sytuację, w której złożenie nieprawdziwych informacji nie zawsze doprowadzi do wskazanego skutku, ale samo zaistnienie już takiej możliwości, jeśli mogło mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Nie należy również pomijać, że złożenie nieprawdziwych informacji nie musi nastąpić jedynie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem takie ograniczenie z analizowanego przepisu prawa nie wynika. Jednakże oczywistym jest, że złożenie nieprawdziwych informacji musi albo może oddziaływać na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a zatem ich złożenie musi nastąpić w związku z toczącym się postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że rację ma Zamawiający, który przypisał Odwołującemu złożenie nieprawdziwych informacji, które mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W pierwszej

kolejności zwrócić należy uwagę, że w toku postępowania odwoławczego (sygn. akt: KIO 721/15, KIO 741/15) Odwołujący dążył do wykluczenia Przystępującego z powodu zaferowania rażąco niskiej ceny oraz sprzedaży usług i towarów poniżej kosztów ich świadczenia/wytworzenia, a więc z tej przyczyny, że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W celu wykazania przedmiotowych okoliczności Odwołujący w piśmie procesowym z dnia 22 kwietnia 2015 r. (pkt 6) przedstawił m.in. koszty realizacji zamówienia, nie wskazując wcale, że koszty te dotyczą, jak twierdził później Odwołujący, Przystępującego. W ocenie Izby, opis kolumn wspomnianej tabeli, gdzie mowa o kosztach realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ, wskazuje, że chodzi o pewne minimalne koszty realizacji zamówienia. Co więcej takie działanie jest charakterystyczne dla wykonawców (odwołujących), którzy starając się udowodnić zaferowanie rażąco niskiej ceny tworzą na potrzeby postępowania odwoławczego kalkulację kosztową wykonania danego zamówienia na poziomie pewnego minimum, starając się wykazać swoją rację. Tym bardziej jest to niezbędne i uzasadnione, gdy zarzutem objęta jest okoliczność świadczenia usług czy dostawy towarów poniżej kosztów wytworzenia. Ponadto, należy sobie uświadomić, że dany wykonawca nie zna szczegółowo specyfiki danego podmiotu i jego możliwości biznesowych i negocjacyjnych na tyle dokładnie, aby mógł sporządzić taką wycenę niejako za przeciwnika, ale z uwzględnieniem okoliczności wyłącznie jego charakteryzujących. Natomiast jest możliwe dokonanie wyceny danego zamówienia w oparciu o wymogi zamawiającego, znajomość rynku i pewne doświadczenie związane z prowadzeniem określonej działalności, aby móc ocenić, a przynajmniej podjąć taką próbę, realność określonych kosztów przy możliwości wyznaczania pewnego minimum.

W ocenie Izby, nie ulega wątpliwości, że rzeczona tabela miała na celu pokazanie Zamawiającemu i Krajowej Izbie Odwoławczej, że wyjaśnienia Przystępującego są nie tylko niewystarczające, ale co więcej nie ma możliwości wykonania zamówienia za cenę zaferowaną przez Przystępującego.

Niebagatelne znaczenie ma również okoliczność, że wycena kosztów realizacji zamówienia, sporządzona przecież na potrzeby postępowania odwoławczego, referuje do kwot netto, które jak okazało się później, w dalszym toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w rzeczywistości stanowiły kwoty brutto. Przy czym nie może umknąć uwadze również i ta okoliczność, że przyznanie tego faktu nastąpiło niemalże miesiąc później i to na żądanie Zamawiającego, w związku z wezwaniem Odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie złożonej oferty, w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Zamawiający kierując do Odwołującego przedmiotowe wezwanie, zażądał uzasadnienia wysokości zaferowanej po aukcji elektronicznej ceny przez pryzmat oświadczeń i twierdzeń zawartych w odwołaniu i powoływanym piśmie procesowym. W odpowiedzi, Odwołujący

starając się uwiarygodnić zaoferowaną cenę przyznał, że przyjęte w rzeczonym piśmie procesowym kwoty w istocie winny być kwotami netto a nie brutto.

Powyższe, zdaniem Izby pokazuje, że Odwołujący na użytek postępowania odwoławczego złożył nieprawdziwe informacje i dla Izby nie budzi wątpliwości, że uczynił to po pierwsze umyślnie, starając się stworzyć wrażenie, że poniżej określonych kosztów realizacja zamówienia nie jest możliwa, a żeby uczynić to wrażenie większym (donioślejszym), kwoty brutto oznaczył jako kwoty netto.

Wyjaśnienia Odwołującego, że podanie kwot netto zamiast brutto jest wynikiem omyłki nie znajduje żadnego uzasadnienia. Po pierwsze bowiem, jak wielokrotnie podkreślał Odwołujący, jest on profesjonalnym wykonawcą, funkcjonującym na rynku urządzeń kryptograficznych od wielu lat i doskonale znającym ten rynek. W związku z powyższym nie sposób przyjąć, że całą kalkulację cenową sporządził w wyniku błędu. Jakkolwiek można sobie wyobrazić, że określona pozycja może być obarczona błędem, jeśli sporządzona wycena jest bardzo rozbudowana, ale już nie sposób przyjąć, że cała wycena jest dotknięta tego rodzaju błędem, że kwoty netto profesjonalnemu wykonawcy pomyliły się z kwotami brutto. Tym bardziej jest to niewiarygodne, że jak podał Odwołujący, nastąpiło to w wyniku przekopiowania tabeli z programu Exel do edytora tekstu. Nie trzeba zaś nikogo przekonywać, że w danym programie, również w edytorze tekstu, nie zachodzą żadne procesy samodzielnie, ale z udziałem jego użytkownika.

Po wtóre, Odwołujący przedkładając wspomniane pismo procesowe i referując je na rozprawie nie dostrzegł rzekomo popełnionej omyłki. Okoliczność ta jest o tyle niewiarygodna, że podniesiono dwa zarzuty związane z zaoferowaną przez Przystępującego ceną i w istocie stanowiły one jeden z kluczowych elementów sporu. Z przekonaniem graniczącym z pewnością można zaś stwierdzić, że przyznanie przez Odwołującego tej okoliczności (rzekomego błędu) nie nastąpiłoby, gdyby Zamawiający nie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny i to z uwzględnieniem kalkulacji zawartej w piśmie procesowym z dnia 22 kwietnia 2015 r.

W ocenie Izby, całokształt opisanych okoliczności wskazuje, że intencją Odwołującego było pokazanie takiej kalkulacji w toku postępowania odwoławczego, która miała przekonać o zaoferowaniu przez Przystępującego rażąco niskiej ceny i dopuszczenie się czynu nieuczciwej konkurencji. Nie ma zatem najmniejszych wątpliwości, zdaniem Izby, że u podstaw tego działania legła umyślność. Nieprawdziwość informacji co do ceny została potwierdzona przez samego Odwołującego, który przyznał, składając wyjaśnienia w dniu 14 maja 2015 r., że nie odpowiada prawdzie, iż koszty podane w kalkulacji, zawartej w przedmiotowym piśmie procesowym, dotyczą kwot netto. Nie znajduje zaś żadnego uzasadnienia twierdzenie, że powyższe jest wynikiem błędu. Skoro zaś te informacje były nakierowane na uzyskanie określonego rozstrzygnięcia, a więc miały doprowadzić do

ukształtowania określonego wyniku postępowania, oznacza to, że ziszcili się przesłanki do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jak wskazano bowiem wyżej, nie tylko wpływ na wynik, ale również możliwość tego wpływu aktualizuje obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Przechodząc do drugiej z przyczyn wykluczenia Odwołującego z postępowania zauważyć należy, że Odwołujący w omawianym piśmie procesowym wskazał określoną kwotę, jaką wykonawca musi ponieść w celu uzyskania certyfikatu ochrony kryptograficznej. Odwołujący pominął jednakże okoliczność, że z mocy § 2 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 lipca 2011 r. w sprawie opłat za przeprowadzenie przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego albo Służbę Kontrwywiadu Wojskowego czynności z zakresu bezpieczeństwa teleinformatycznego jedynie opłata za wydanie certyfikatu, która stanowi równowartość 0,25 kwoty bazowej, została ściśle określona w przedmiotowym rozporządzeniu. Biorąc zaś pod uwagę, że zgodnie z art. 53 ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2010 r., Nr 182, poz. 1228 ze zm.), wysokość kwoty bazowej odpowiada kwocie przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw bez wypłat nagród z zysku w czwartym kwartale roku poprzedniego, ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 17 lipca 1998 r. o pożyczkach i kredytach studenckich oraz mając na względzie okoliczność, że zgodnie z obwieszczeniem Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego z dnia 20 stycznia 2015 r. w sprawie przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw bez wypłat nagród z zysku w czwartym kwartale 2014 r., rzeczony wynagrodzenie wynosiło 4.138,58 zł, należało przyjąć, że cena za wydanie certyfikatu wynosi 1034,64 zł. Zaś, koszt przeprowadzenia badań i oceny bezpieczeństwa urządzenia kryptograficznego, zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 3 powołanego rozporządzenia, nie jest stały, a został określony ramowo. Odwołujący dopiero w treści załącznika nr 1 do wyjaśnień z dnia 14 maja 2015 r. wskazał, że na koszt związany z certyfikacją urządzeń składa się koszt ściśle określony podanym wyżej wskaźnikiem oraz koszt kształtujący się w określonym przedziale cenowym (poz. 15 tabeli).

Natomiast przedkładając kalkulację sporządzoną w piśmie procesowym z dnia 22 kwietnia 2015 r. Odwołujący w żaden sposób na tę okoliczność nie zwrócił uwagi, wręcz przeciwnie, podał określoną kwotę w taki sposób, aby zasugerować, że jest to pewien minimalny koszt, jaki należy przyjąć (Odwołujący podał go z dokładnością do dziesiątych złotego). Tymczasem, jak podano wyżej, koszt określony w rozporządzeniu pewnymi ramami nie jest wartością stałą i jak sam Odwołujący podał w treści wyjaśnień z dnia 15 maja 2015 r. jego rozpiętość może być znaczna. Nie może być więc uznana za odpowiadającą prawdzie kalkulacja, w której przyjęto ściśle określoną wartość, podczas, gdy pozostaje ona nieznaną

dla Odwołującego, a nie ma podstaw, aby przyjąć, bowiem Odwołujący okoliczności tej nie wykazał, że uzasadnione jest przyjęcie maksymalnego, jak sam wskazał Odwołujący, kosztu przeprowadzenia badań i oceny bezpieczeństwa.

Powyższe pokazuje, że Odwołujący podał ściśle określony (dokładny) koszt związany z certyfikacją urządzeń mając świadomość, że wartość jednego z elementów tego kosztu jest ruchoma i ze względu na przyjętą stawkę za prowadzenie badań, określoną ramowo w rozporządzeniu i którą ostatecznie określa porozumienie zawarte pomiędzy daną Służbą przeprowadzającą badania i wykonawcą oraz ilość godzin niezbędnych do przeprowadzenia badań (wartość nieznana na tym etapie, a tym bardziej nieznana dla Odwołującego w odniesieniu do konkurencyjnego wykonawcy), może kształtować się na różnym poziomie, a różnice w cenie już chociażby ze względu na przyjętą cenę za roboczegodzinę mogą być znaczne. Celowość tego działania nie budzi wątpliwości Izby. Odwołujący wyceniając na tak wysokim poziomie koszty związane z certyfikacją dążył do wykazania, że cena oferty Przystępującego jest rażąco niska, starając się wytworzyć mylne wrażenie, iż jest to wartość minimalna. Dopiero zaś na etapie składania własnych wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny wskazał, że koszt ten może kształtować się na różnym poziomie, sam ujmując element ruchomy tego kosztu w rezerwie finansowej. Potwierdził tym samym, że ujęcie przedmiotowego kosztu w wartości ściśle określonej nie znajduje oparcia w stanie faktycznym, a więc nie odpowiada prawdzie.

Odnosząc się do ostatniej z podstaw wykluczenia Odwołującego z postępowania rację należy przyznać Zamawiającemu, że dowód nr 2, stanowiący złącznik do wyjaśnień z dnia 14 maja 2015 r. nosi znamiona ingerencji. Nie jest bowiem możliwe, aby system informatyczny (pocztowy) wygenerował wiadomość opatrzoną datą wysłania: „środa, 8 maja 2015 r. 10:17:27”, podczas gdy 8 maja przypadał w piątek. Powyższe pozwala na przyjęcie, że Odwołujący przerobił sporny dokument, aby pokazać Zamawiającemu, że dysponował określoną ofertą przed rozpoczęciem aukcji elektronicznej, a służyło to uwiarygodnieniu ceny oferty zaproponowanej przez Odwołującego. Skoro zaś dokument ten nie jest autentyczny, nie można przyjąć, jak starał się to wykazać Odwołujący, że określoną ofertą na dany dzień dysponował.

W ocenie Izby, nie ulega wątpliwości, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp kreuje dla zamawiającego obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu złożenia nieprawdziwych informacji, które mogły mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego również w sytuacji, gdy zamawiający nie powziął wiedzy o tym fakcie w toku rzeczzonego postępowania, jednakowoż zostały one złożone w związku z przedmiotowym postępowaniem i na jego wynik mogły oddziaływać. Uznanie przeciwnej koncepcji oznaczałoby bowiem, że posłużenie się przez wykonawcę przedmiotowymi

informacjami w toku postępowania odwoławczego (na etapie którego wiedza o niewiarygodności tych informacji nie była dostępna) nie rodzi żadnych negatywnych skutków prawnych, choć mogło to doprowadzić do wypaczenia wyniku postępowania. Przyjęcie proponowanej przez Odwołującego wykładni prowadziłoby wprost do zniweczenia celu, dla którego przedmiotowy przepis został wprowadzony i z tych względów nie jest możliwe.

Zdaniem Izby okoliczności, które legły u podstaw wykluczenia Odwołującego z postępowania nie budzą wątpliwości, przedstawione zostały w sposób jasny i czytelny przez Odwołującego, zatem nie było uzasadnienia do wzywania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby, znalazło potwierdzenie stanowisko Zamawiającego co do zaoferowania ceny rażąco niskiej przez Odwołującego. Pierwszorzędne znaczenie należy przypisać w tym względzie okoliczności, że Odwołujący nie wykazał, że istotny element kosztowy, jakim jest cena za moduł elektroniczny, mógł zostać zaoferowany po znacznie niższej cenie niż to przyjęto na potrzeby kalkulacji ceny oferty. Skoro dokument, stanowiący dowód nr 2 do wyjaśnień z dnia 14 maja 2015 r. nosi cechy ingerencji nie można przyjąć, że oferta ta jest wiarygodna a co więcej, że Odwołujący dysponował nią przed rozpoczęciem aukcji elektronicznej.

Trafne jest również spostrzeżenie Zamawiającego, że w piśmie procesowym z dnia 22 kwietnia 2015 r. Odwołujący w pkt 9 wskazał, iż w związku ze złożeniem oferty każdy z wykonawców ponosi określone koszty finansowe (gwarancji, konieczność ustanowienia rezerwy finansowej). Przyjmując ten element za konieczny i niezbędny, a związany z realizacją zamówienia, Odwołujący nie uwzględnił go w kalkulacji ceny własnej oferty. Nie został wskazany bowiem w załączniku nr 1 do wyjaśnień z dnia 14 maja 2015 r., a w każdym razie nie wynika to z opisu pozycji 15 tabeli. Co więcej nawet, gdyby przyjąć, że koszt ten jest zawarty w przedmiotowej pozycji jest on znacznie niższy niż przyjęto na potrzeby kalkulacji przedstawionej w piśmie procesowym z dnia 22 kwietnia 2015 r., a wprowadzenie tak istotnej zmiany nie zostało w ogóle uzasadnione.

Zgodzić się należy z Zamawiającym, że wskazanie na posiadanie wiedzy i doświadczenia, powołanie się na dane statystyczne, certyfikaty, systemy jakości, systemy zarządzania projektami, osiągnięte zyski jest niewystarczające do obalenia domniemania rażąco niskiej ceny. W istocie są to okoliczności, na które może powoływać się każdy z wykonawców, zatem aby tego rodzaju twierdzeniom możliwe było przypisanie określonej wartości należy w sposób bardziej szczegółowy przedstawić związek pomiędzy tymi warunkami, charakteryzującymi danego wykonawcę a oferowaną ceną. Brak wykazania, w

jaki sposób rzeczono okoliczności przekładają się na cenę oferty należy uznać za twierdzenia nieudowodnione. Ich uprawdopodobnienia również na próżno poszukiwać w wyjaśnieniach złożonych przez Odwołującego.

Analogiczne uwagi należy odnieść do argumentacji Odwołującego odnośnie skali zamówienia, organizacji, wielkości przedsiębiorstwa i ilości pracowników.

Zdaniem Izby, twierdzenia Odwołującego odnośnie kosztów przeprowadzenia szkoleń również nie są przekonujące, tym bardziej biorąc pod uwagę wycenę tych kosztów w piśmie z dnia 22 kwietnia 2015 r. oraz uzasadnienie Odwołującego zawarte w wyjaśnieniach z dnia 14 maja 2015 r. Powołanie się na określone okoliczności w ogólności, bez jakiegokolwiek analizy co do ich wpływu na cenę nie może być uznane za wystarczające.

Rację ma również Zamawiający, że brak uzasadnienia co do *de facto* obniżenia kosztów związanych z certyfikacją urzędów. Odwołujący przyjął jako pewny koszt za wydanie certyfikatów, natomiast koszt badania i oceny został ujęty w ramach rezerwy finansowej, co do której nie wiadomo, jakie kwoty mieści i czy w rzeczywistości jest tak, że obejmuje również te koszty, mając chociażby na uwadze okoliczność, że Odwołujący nie przewidział żadnych kosztów, które należy ponieść w związku ze złożeniem oferty, choć koszt ten uważał za niezbędny (pismo z dnia 22 kwietnia 2015 r.).

Natomiast, jeśli idzie o zakwestionowanie przez Zamawiającego kosztów dotyczących serwisu i gwarancji, to stwierdzić należy, że Zamawiający uczynił to nieskutecznie. W istocie Zamawiający nie odniósł się do wyjaśnień przedstawionych przez Odwołującego i uzasadnienia tam zawartego co do wysokości tych kosztów. Odwołujący wskazał bowiem, jaką część etatu pracownika dedykuje w celu wykonania rzeczonych czynności, a Zamawiający analizy w tym zakresie nie przeprowadził i poprzestał na ogólnej konstatacji.

Twierdzenia Zamawiającego o barku wyceny dostawy infrastruktury do zarządzania również należy uznać za nietrafne, bowiem Zamawiający rzeczony brak wywodzi nie znając treści oferty w tym zakresie (wykonawca nie wskazał, jakie urządzenia oferuje wobec braku takiego obowiązku).

Wobec treści wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, w ocenie Izby, brak podstaw do wezwania do złożenia dodatkowych wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Zdaniem Izby stoi temu na przeszkodzie przepis art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy

Pzp, który w określonych okolicznościach kreuje dla zamawiającego obowiązek wezwania do złożenia wyjaśnień, czemu Zamawiający sprostą, jednakże wobec udzielonych wyjaśnień mocą przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający zobowiązany jest zająć stanowisko i dokonać ich oceny. Rolą zamawiającego nie jest dokonywanie wielokrotnej oceny wyjaśnień składanych wobec kolejnych wezwań zamawiającego, bowiem to prowadziłoby do przejęcia inicjatywy przez zamawiającego w zakresie wyjaśnień, a przynajmniej w odniesieniu do poprawności i wyczerpującego charakteru na zamawiającego (wobec konieczności ciągłej weryfikacji kolejnych wyjaśnień), co nie znajduje uzasadnienia, skoro ciężar udowodnienia realności zaoferowanej ceny spoczywa na wykonawcy.

Co do zarzutu naruszenia przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp to rację ma Odwołujący, że wskazywanie przez Zamawiającego, iż nie akceptuje „poszczególnych pozycji” oraz, że „nie wszystkie dowody zostały zaakceptowane” nie stanowi właściwego wypełnienia dyspozycji wskazanego przepisu. Podobnie jak brak dostatecznego uzasadnienia ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa. Niemniej jednak powyższe naruszenie nie może prowadzić na uwzględnienia odwołania wobec treści przepisu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Dodać również należy, że niezależnie od podanych wad, uzasadnienie przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny dawało podstawy do weryfikacji w przedmiocie, który został wyartykułowany.

W ocenie Izby, nie potwierdził się zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z przepisem art. 3 ust. 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Okoliczności opisane powyżej w ten sposób należy właśnie zakwalifikować. Wykonawca dążąc do uzyskania zamówienia umyślnie wprowadzał Zamawiającego w błąd, aby uzyskać zamówienie, co wprost godziło w interes Przystępującego, którego wyeliminowanie było celem Odwołującego.

Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców (art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k.). W okolicznościach niniejszej sprawy stwierdzono, że Odwołujący zaoferował rażąco niską cenę, a analizując motywy jego działania (opisane powyżej) uzasadnionym było przyjęcie, iż czynił to w celu eliminacji konkurencji. Zaoferowanie rażąco niskiej ceny nigdy zaś nie mieści się w granicach walki konkurencyjnej, biorąc pod uwagę wskazany przepis.

Zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w ocenie Izby, znalazł potwierdzenie. O niegodności treści oferty z treścią SIWZ, zdaniem Izby, można mówić jedynie w okolicznościach, w których przedmiot świadczenia, zgodnie z wymaganiami zamawiającego winien być opisany (wyspecyfikowany) w treści oferty i wykazuje niegodność względem tych wymagań.

Skoro zaś w niniejszej sprawie z taką sytuacją nie mamy do czynienia, to niemożliwe jest stwierdzenie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Za niedopuszczalne należy uznać, jak uczynił to Zamawiający, domniemywanie treści oferty na podstawie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, złożonych przez Odwołującego. Z pewnością te dokumenty nie kreują treści oferty, a zatem posługiwanie się nimi w celu dokonania oceny treści oferty jest nieuprawnione. Niemniej jednak stwierdzone naruszenie pozostaje bez wpływu na wynik postępowania i stąd też nie może prowadzić do uwzględnienia odwołania (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp).

Izba nie dostrzegła podstaw do stwierdzenia naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, bowiem działania Zamawiającego nie były nakierowane na naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, a błędna ocena okoliczności faktycznych nie może być uznana za sprzeniewierzenie się tej zasadzie. Nie sposób również uznać, w świetle treści wezwań do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, kierowanych do wykonawców oraz ich oceny, że Zamawiający nierówno traktował wykonawców. Treść wezwań w istocie jest tożsama, zaś nałożenie na Odwołującego obowiązku ustosunkowania się do treści pisma z dnia 22 kwietnia 2015 r. należy uznać za uzasadnione. Ocen wyjaśnień również nie budzi wątpliwości. Izba nie może odnosić się do pierwotnej oceny wyjaśnień, bowiem ta została dokonana przez inny skład orzekający Izby, natomiast powtórna ocena wyjaśnień Przystępującego nie została zakwestionowana, a ocena względem Odwołującego została utrzymana i uznana przez Izbę za poprawną, zatem nie ma podstaw do przypisania Zamawiającemu przedmiotowego zarzutu.

Izba stwierdziła, że Zamawiający udzielił zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami prawa, a zatem o przypisaniu Zamawiającemu naruszenia przepisu art. 7 ust. 3 ustawy Pzp również nie może być mowy.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł.

Przewodniczący:

.....

.....