

Sygn. akt: KIO 721/15

Sygn. akt: KIO 741/15

WYROK

z dnia 27 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Członkowie: Renata Tubisz
Barbara Bettman

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 kwietnia 2015 r. w Warszawie** odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu **10 kwietnia 2015 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Firm: 1) Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. (Lider); 2) Comp S.A. (Partner) z adresem dla siedziby lidera: ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa** (sygn. akt: KIO 721/15)
- B. w dniu **10 kwietnia 2015 r.** przez wykonawcę **Krypton Polska Sp. z o.o., al. Jerozolimskie 131, 02-304 Warszawa** (sygn. akt: KIO 741/15)

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Krypton Polska Sp. z o.o., al. Jerozolimskie 131, 02-304 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 721/15** po stronie zamawiającego,
- B. wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. (Lider); 2) Comp S.A. (Partner) z adresem dla siedziby lidera: ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa** oraz **Przedsiębiorstwo Badawczo Produkcyjne Enamor Sp. z o.o., ul. Morska 85, 81-225 Gdynia** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 741/15** po stronie zamawiającego

orzeka:

1A. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 721/15, nakazuje 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.), nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny oferty Krypton Polska Sp. z o.o., w ramach której nakazuje 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, nakazuje 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 oddala odwołanie;

1B. oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 741/15;

2. kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa – Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa i Krypton Polska Sp. z o.o., al. Jerozolimskie 131, 02-304 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Konsorcjum Firm: 1) Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. (Lider); 2) Comp S.A. (Partner) z adresem dla siedziby lidera: ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa i Krypton Polska Sp. z o.o., al. Jerozolimskie 131, 02-304 Warszawa tytułem wpisu od odwołań,

2.2. zasądza zapłatę kwoty w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez Skarb Państwa – Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa na rzecz Konsorcjum Firm: 1) Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. (Lider); 2) Comp S.A. (Partner) z adresem dla siedziby lidera: ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa która to kwota stanowi koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu wliczonego w poczet kosztów postępowania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 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:

.....

Członkowie:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 721/15

Sygn. akt: KIO 741/15

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Rozbudowa sieci sztywnej poprzez dostawę i konfigurację urządzeń kryptograficznych wraz z odpowiednią infrastrukturą centrum zarządzania*”, znak: 3/Błil/15/MP, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2015/S 016-024339 z dnia 23.01.2015 r. przez Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa zwaną dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 01.04.2015 r. (faxem) Zamawiający przesłał zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej oraz informacje o przyznanej punktacji w przedmiotowym postępowaniu następującym Wykonawcom: A) Konsorcjum Firm: 1) Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. (Lider); 2) Comp S.A. (Partner) z adresem dla siedziby lidera: ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa zwane dalej: „*Konsorcjum Enigma-Comp*” albo „*Odwolującym o sygn. akt: KIO 721/15*” albo „*Przystępującym w sprawie o sygn. akt: KIO 741/15*”; B) Krypton Polska Sp. z o.o., al. Jerozolimskie 131, 02-304 Warszawa zwana dalej: „*Krypton Polska Sp. z o.o.*” albo „*Odwolującym w sprawie o sygn. akt: KIO 741/15*” albo „*Przystępującym w sprawie o sygn. akt: KIO 721/15*”; C) Przedsiębiorstwo Badawczo Produkcyjne Enamor Sp. z o.o. Sp. z o.o., ul. Morska 85, 81-225 Gdynia zwane dalej: „*Przedsiębiorstwo Badawczo Produkcyjne Enamor Sp. z o.o.*” albo „*Przystępującym w sprawie o sygn. akt: KIO 741/15*”; D) Konsorcjum Firm: 1) Koncept Sp. z o.o. (Lider); 2) Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. (Partner) z adresem dla siedziby lidera: ul. Wodniaków 19, 03-992 Warszawa zwane dalej: „*Konsorcjum Koncept-ZSK*” albo „*Przystępującym w sprawie o sygn. akt: KIO 721/15 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO 741/15*”.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 721/15 – Konsorcjum Enigma-Comp:

W dniu 10.04.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum Enigma-Comp wniosło odwołanie na czynność z 01.04.2015 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 09.04.2015 r. (faxem i e-mailem). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 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 Pzp;
2. art. 89 ust 1 pkt 3 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 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 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 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 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.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. ujawnienia zastrzeżonych części oferty Krypton Polska Sp. z o.o., tj.: opis oferowanego rozwiązania oraz kalkulacji załączonej do wyjaśnień z dnia 13.03.2015 r. w zakresie, w jakim nie spełnia przesłanek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa, w szczególności w zakresie opisu pozycji kosztowych;

2. unieważnienia czynności zaproszenia Krypton Polska Sp. z o.o. do udziału w aukcji elektronicznej;
 3. odrzucenia oferty Krypton Polska Sp. z o.o.;
 4. przeprowadzenia aukcji bez udziału Krypton Polska Sp. z o.o.;
- ewentualnie, w przypadku przeprowadzenia przez Zamawiającego aukcji przed rozstrzygnięciem postępowania odwoławczego:
5. nakazanie unieważnienia aukcji przeprowadzonej z udziałem Krypton Polska Sp. z o.o. i jej powtórzenia bez udziału tego Wykonawcy.

Odnośnie zarzutu rażąco niskiej ceny i czynu nieuczciwej konkurencji.

- a) Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów Pzp w brzmieniu po nowelizacji wprowadzonej ustawą o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 29 sierpnia 2014 r. (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232). Aktualne brzmienie art. 90 Pzp, wiąże się z powstaniem domniemania rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy wezwanego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, którego ciężar obalenia spoczywa na wykonawcy wezwanym do udzielenia wyjaśnień. Przy czym, okoliczność przeprowadzania aukcji elektronicznej nie wyłącza obowiązku skierowania do wykonawcy, którego oferta spełnia przesłanki określone w art. 90 ust. 1 Pzp, wezwania do wyjaśnienia ceny oferty przed jej przeprowadzeniem. Znajduje to potwierdzenie m.in. w wyroku KIO z 24.06.2011 r., KIO 1210/11, KIO 1225/11, KIO 2110/11, KIO 2125/11.
- b) W przedmiotowej sprawie, Zamawiający zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, zobowiązany był do wezwania wykonawcy Krypton Polska Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, gdyż cena złożonej oferty była istotnie niższa niż wartość zamówienia i średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert. Różnica tych wartości znacznie przekroczyła 30%. W takiej sytuacji, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień.
- c) Na Krypton Polska Sp. z o.o. spoczywało zatem wykazanie, iż zaferowana cena ma charakter realny, znajduje odzwierciedlenie w nakładach, które należy ponieść na zrealizowanie przedmiotu zamówienia oraz, iż zachodzą po stronie tego Wykonawcy obiektywne czynniki, które umożliwiły tak istotne, w stosunku do poziomu rynkowego, zniżenie ceny oferty. Wykonawca powinien był przedstawić wyjaśnienia konkretne i wyczerpujące, wraz z dołączeniem dowodów na potwierdzenie podnoszonych twierdzeń i wskazywanych wartości.
- d) Obowiązkiem Zamawiającego natomiast była prawidłowa ocena złożonych wyjaśnień, tj. z uwzględnieniem zgodności oferty z przedmiotem zamówienia oraz konieczności wykazania przez Wykonawcę okoliczności, które są tylko dla niego indywidualne, a jednocześnie nie zachodzą w przypadku pozostałych wykonawców ubiegających się

o tego rodzaju zamówienia o podobnej skali i wartości. Złożone wyjaśnienia powinny były wykazać brak domniemanego rażąco niskiego charakteru zaoferowanej ceny. Zważywszy na szczególny charakter przedmiotu zamówienia oraz praktykę zamówień publicznych (por. np. potwierdzone ostatnio wyrokiem Sądu Okręgowego orzeczenie KIO z 7.11.2014 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 2185/14), wyjaśnienia powinny być wyczerpujące i szczegółowe, odnoszące się do konkretnych okoliczności złożonej oferty, a także zawierać kalkulację kosztów z uwzględnieniem ponoszonego ryzyka i godziwego zysku oraz wskazaniem konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. 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. Nie wystarczające 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. Powyższe stanowisko potwierdza liczne orzecznictwo sądów okręgowych rozpatrujących skargi na wyroki KIO (wyrok SO w Rzeszowie sygn. akt: I Ca 117/12, wyrok SO Warszawa-Praga sygn. akt: IV Ca 1299/09, wyrok SO w Katowicach sygn. akt: XIX 179/13). Nie jest wystarczające złożenie wyjaśnień wymieniających jedynie wysokość ponoszonych kosztów, bez udowodnienia prawidłowości ich ujęcia stosownymi, dołączonymi do wyjaśnień dowodami. Ponadto, Wykonawca wskazując elementy oferty mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, oprócz ich wymienienia, musi wskazać również, w jakim stopniu specyficzne dotyczące go okoliczności wpłynęły na obniżenie ceny oferty, aż do poziomu wskazanego w ofercie.

- e) Wyjaśnienia złożone przez Krypton Polska Sp. z o.o. w dniu 13.03.2015 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nie spełniają wyżej wymienionych wymagań, w związku z czym, należy uznać, iż Wykonawca ten nie wykazał skutecznie, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Przedstawione przez Krypton Polska Sp. okoliczności i elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny w żaden sposób nie dowodzą możliwości jej obniżenia do poziomu zawartego w ofercie i nie wykazują jej realnego charakteru. Wyjaśnienia złożone przez Krypton Polska Sp. z o.o. nie tylko nie dowodzą realności zaoferowanej ceny, ale wskazują na to, iż wykonawca ten nie uwzględnił w należytej wysokości wszystkich niezbędnych do poniesienia kosztów realizacji zamówienia. Przykładowo, wskazał, iż:

Powoływanie się na strategię biznesową spółki oraz dążenie do obniżenia kosztów w celu uzyskania zamówienia w żaden sposób nie dowodzi rzetelności zaoferowanej ceny - jest to okoliczność wspólna wszystkim wykonawcom biorącym udział w tym postępowaniu,

jak również w jakimkolwiek innym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto, nie dowodzi ona, iż cena jest adekwatna do przedmiotu zamówienia.

Powołując się na okoliczności związane z przygotowaniem do złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu, jak również na odbywające się najwyraźniej poza procedurą postępowania o udzielenie zamówienia negocjacje i wymianę informacji z Zamawiającym w zakresie przewidywanego budżetu na sfinansowanie zamówienia, Krypton Polska Sp. z o.o. stara się uzasadnić, dlaczego zaoferował wskazaną cenę, jednakże w żaden sposób nie dowodzi, iż cena ta ma charakter rynkowy i realny, zapewniający pokrycie kosztów realizacji zamówienia.

Skala zamówienia jest czynnikiem kształtującym w takim samym stopniu cenę każdego z wykonawców biorących udział w postępowaniu. Podobnie, jak dążenie do optymalizacji kosztów, czy też spełnienia wymagań Zamawiającego *przy jednoczesnym uwzględnieniu jego możliwości finansowych* - ogólne stwierdzenia tego typu, stanowiące jedynie deklarację Wykonawcy nie zasługują na uznanie za faktyczne czynniki uzasadniające poziom ceny zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp.

Krypton Polska Sp. z o.o. w pkt 3b wyjaśnień powołuje się na wysoką jakość i niezawodność urządzeń skutkującą oszczędnościami w kosztach gwarancji i serwisu, jednakże nie wskazuje, jakiej wielkości są to oszczędności, w związku z kosztem produkcji urządzeń i jak przekładają się na poziom ceny. Ponadto, jak wskazuje Krypton Polska Sp. z o.o. w pkt 2 wyjaśnień, zaoferowane urządzenie jest nowe i stworzone specjalnie na potrzeby tego zamówienia, a zatem nie jest wiarygodne powoływanie się na ich dotychczasową niezawodność. Krypton Polska Sp. z o.o. nie przedstawił żadnych dowodów fta okoliczność, iż jakość i niezawodność oferowanych przez niego urządzeń jest wyższa niż innych urządzeń dostępnych na rynku oraz nie wykazał, że w ogóle okoliczności ta zachodzi.

Krypton Polska Sp. z o.o. wskazuje, iż prace nad zaoferowanym urządzeniem, rozpoczęte zostały w 2012 r. i dopiero w 2014 r. zakończone uzyskaniem certyfikatu ochrony kryptograficznej. Dwuletni proces prac nad urządzeniem i poniesione koszty na prace rozwojowe i badawcze powinien znaleźć swoje odzwierciedlenie w cenie każdego z wyprodukowanych i sprzedawanych urządzeń.

Krypton Polska Sp. z o.o. nie precyzuje, na czym polegać ma optymalizacja kosztów pracy i poza deklaracją o zgodności zasad wynagradzania za pracę z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, nie uzasadnia, iż wysokość przyjętych do ustalenia ceny zamówienia kosztów pracy odpowiada wymaganiom ustawowym, jak również - wynagrodzeniu pracowników o wskazywanych przez sam Krypton Polska Sp. z o.o., wysokich kwalifikacjach. Stawki roboczogodziny pracowników zaangażowanych w realizację zamówienia powinny odpowiadać stawkom rynkowym pracowników zatrudnionych na

analogicznych stanowiskach/posiadających zbliżone kwalifikacje. Uwzględnić należy również koszty pracy poniesione w związku z pracami nad opracowaniem oferowanych w postępowaniu urządzeń.

Krypton Polska Sp. z o.o. powołuje się na uzyskiwanie rabatów cenowych, jednakże nie wskazuje ich wysokości, co czyni tę okoliczność nieprzydatną do oceny realności zaofertowanej ceny i nie dowodzi, iż obniżenie cen komponentów urządzenia umożliwi tak istotne obniżenie ceny zamówienia. Krypton Polska Sp. z o.o. nie przedstawił również, mimo ciążącego na nim obowiązku, żadnych dowodów wykazujących prawdziwość okoliczności, na którą wskazuje.

Nie jest trafne powoływanie się na doświadczenie Krypton Polska Sp. z o.o., gdyż jest to okoliczność właściwa również dla Enigma SOI sp. z o.o., która posiada nawet dłuższe niż Krypton Polska Sp. z o.o. doświadczenie w produkcji urządzeń kryptograficznych. Ponadto, przykłady wdrożeń dla BOR, MSW oraz JW, które wskazuje Krypton Polska Sp. z o.o. Polska w pkt 6 swoich wyjaśnień, to projekty obejmujące ilości rzędu 10 szt. szyfratorów IP, a więc ponad czterdziestokrotnie mniej niż rozbudowywana przez Zamawiającego sieć łączności niejawnej PSTDN.

Z wyjaśnień wynika, iż Krypton Polska Sp. z o.o. nie uwzględnił całości kosztów zamówienia, zarówno jeśli chodzi o koszty urządzeń i ich oprogramowania, jak i koszty dodatkowe wchodzące w zakres przedmiotu zamówienia, w szczególności nie uwzględnił:

- pełnej ilości urządzeń wymaganych przez Zamawiających;
- kosztów dostosowania funkcjonalności do wymagań SIWZ;
- kosztów związanych z prowadzeniem serwisu na terenie całej Polski;
- kosztu utworzenia rezerwowego stocku serwisowego;
- kosztów związanych z tworzeniem poprawek i aktualizacji oprogramowania oraz ich certyfikacji itp.

Okoliczności wskazywane w pkt 7 wyjaśnień w żaden sposób nie obalają domniemania rażąco niskiej ceny złożonej przez Krypton Polska Sp. z o.o. oferty.

Krypton Polska Sp. z o.o. nie przedstawia żadnych dowodów dla wykazania prawdziwości swoich twierdzeń. Załączona kalkulacja, nawet jeśli wskazuje, jaką wysokość poszczególnych kosztów przyjął Wykonawca, nie wystarcza dla wykazania braku rażąco niskiej ceny, w sytuacji, gdy wysokości poszczególnych kosztów stanowią jedynie deklaracje Krypton Polska Sp. z o.o., nie poparte obiektywnymi czynnikami i dowodami. W celu wykazania realności przyjętych dla kalkulacji kosztów, konieczne jest wykazanie, iż ujęte w kalkulacji wartości odpowiadają stanowi rzeczywistości i nie zostały zaniżone jedynie na potrzeby składanych wyjaśnień.

Cena zaofertowana przez Krypton Polska Sp. z o.o. w niniejszym postępowaniu, jak również treść złożonych wyjaśnień, wskazuje na to, iż ma ona charakter rażąco niski – nie

wynika to przy tym jedynie z faktu odbiegania tej ceny od poziomu cen rynkowych, ale również wskazuje na to, iż Krypton Polska Sp. z o.o. nie uwzględnił wszystkich kosztów koniecznych do poniesienia w celu należytej realizacji przedmiotu zamówienia. Wskazuje to również na naruszenie przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które zabraniają świadczenia usług i sprzedaży towarów poniżej kosztów ich wytworzenia. Poziom zaoferowanej przez Krypton Polska Sp. z o.o. ceny jest zbyt niski, aby zapewnić pokrycie kosztów obiektywnie koniecznych do poniesienia w przypadku przedmiotowego zamówienia, tj. kosztów:

- a. produkcji urządzeń - z wyszczególnieniem ceny jednostkowej za każdy typ urządzenia oraz elementów składających się na cenę jednostkową urządzenia (wyszczególnić co najmniej: opłaty za czynności z zakresu bezpieczeństwa teleinformatycznego przeprowadzane przez odpowiednie służby; koszty bezpośrednie i pośrednie produkcji/zakupu; koszt oprogramowania dedykowanego i wykorzystywanych licencji);
- b. prac badawczo-rozwojowych poniesionych w celu wytworzenia oferowanych rozwiązań oraz przyszłych do których ponoszenia Krypton Polska Sp. z o.o. jest zobowiązany, w szczególności związanych z dopuszczalnymi zmianami wymagań AB W;
- c. rezerwy serwisowej, utrzymywanej u Zamawiającego (wymagana rezerwa dotyczy urządzeń szyfrujących IP, urządzeń dla lokalizacji centralnej i do zarządzania kluczami HSM) i na własnym magazynie;
- d. wsparcia technicznego, koszt utrzymania kanału kontaktowego oraz koszty serwisu, biorąc pod uwagę reżim serwisowy 365 dni w roku, 7 dni w tygodniu, 24 godziny na dobę (wyszczególnić koszt 1 roboczogodziny oraz wysokość przewidzianą przez cały okres realizacji zamówienia);
- e. szkoleń (na osobę/koszt łączny za 1 dzień szkolenia z wyszczególnieniem kosztu zakwaterowania i wyżywienia; kosztów materiałów szkoleniowych; kosztów wynagrodzenia przeprowadzających szkolenie);
- f. infrastruktury zarządzającej, w szczególności serwerów i urządzeń sieciowych;
- g. dostawy kart mikroprocesorowych;
- h. dostarczanych w ramach umowy licencji;
- i. opracowania dokumentacji, zgodnie z postanowieniami umowy;
- j. transportu poszczególnych partii na miejsce dostawy, z uwzględnieniem zachowania zasad bezpieczeństwa;
- k. pracy (na etapie dostawy urządzenia i serwisu/obsługi gwarancyjnej).

Konieczność poniesienia w w. kosztów wynika wprost z przedmiotu zamówienia, zatem nieuwzględnienie lub nienależyte uwzględnienie przez Krypton Polska Sp. z o.o. wskazanych elementów kosztowych uniemożliwia uznanie wyjaśnień złożonych przez tego

wykonawcę za odpowiadające wymogom przepisu art. 90 Pzp i wykazujące rzetelność zaoferowanej ceny. Elementy te powinny również znaleźć odzwierciedlenie w załączonej przez Krypton Polska Sp. z o.o. do wyjaśnień kalkulacji.

Cena zaoferowana przez Krypton Polska Sp. z o.o. odbiega również od cen oferowanych w innych postępowaniach, zarówno przez tego Wykonawcę, jak i Odwołującego. Uwzględniając różnice wynikające z okoliczności specyficznych dla każdego postępowania, cena oferty Krypton Polska Sp. z o.o. zaoferowana w tym postępowaniu, odbiega od poziomu rynkowego i realnego kosztu realizacji zamówienia.

Złożenie przez Krypton Polska Sp. z o.o. oferty zawierającej cenę niepokrywającą wszystkich kosztów realizacji zamówienia stanowi również czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie bowiem z art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK, 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 odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Nie może budzić żadnych wątpliwości fakt, iż samo zaoferowanie rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

a. Przedstawione powyżej stanowisko Odwołującego potwierdza także opinia UOKiK z 4.02.2003 r. *interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji* (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 1, poz. 240). W opinii tej UOKiK napisał m. in.: *Na wstępie należy wskazać, że nie każde utrudnianie dostępu do rynku jest czynem nieuczciwej konkurencji. Jest nim tylko takie utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, które może być uznane za sprzeczne z ustawą, czyli nieuczciwe. Aby tak się stało, muszą być spełnione przesłanki z art. 15 uznk. Za takie będą więc uznawane tylko działania, które naruszają klauzulę generalną ustawy (art. 3 ust 1) są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnieniem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym wypadku jest art. 15 ustawy. Utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów, w efekcie czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług lub wyjścia z danego rynku, ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji.* ”

b. Złożenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu postanowień ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi osobną przesłankę odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Wskazał na wyrok SO w Białymstoku z 13.07.2007 r., sygn. akt: II Ca 431/07 oraz wyrok ZA z 15.12.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-3740/05.

Odnosnie zarzutu dotyczący niezgodności oferty Krypton Polska Sp. z o.o. z treścią SIWZ.

Niezgodność z wymaganiami SIWZ w zakresie Infrastruktury do Zarządzania szyfratorami IP:

1. Zgodnie z treścią Opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 4 do SIWZ zwanego dalej: „OPZ”), postępowanie dotyczy *rozbudowy sieci szyfrowej poprzez dostawę i konfigurację urządzeń kryptograficznych wraz z odpowiednią infrastrukturą centrum zarządzania*. W pierwszej części OPZ, Zamawiający opisuje cel zamówienia i warunki jego realizacji, do których dostosować się mają wykonawcy składający oferty w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający poinformował, iż realizując projekt budowy sieci niejawnnej, dotychczas zbudował i akredytował około 50 węzłów tej sieci (w rzeczywistości blisko 70 węzłów) i planuje jej rozbudowę o kolejne 421 węzłów (wariantowo 438 węzłów).
2. W związku z tym, *„realizacja tego zadania polegać będzie na dostarczeniu przez Wykonawcę kompletnego rozwiązania umożliwiającego rozbudowę i uruchomienie PSTDN w kolejnych 421 węzłach”*. Dalsza treść OPZ precyzuje, iż kompletne rozwiązanie obejmuje:
 - a. *„dostarczenie urządzeń ochrony kryptograficznej (szyfratorów IP)”*
 - b. *„dostarczenie kompletnej lub rozbudowę istniejącej infrastruktury do zarządzania siecią szyfratorów”*.
3. Z powyższych postanowień SIWZ wynika, że:
 - a. Zamawiający posiada już kilkadziesiąt działających (akredytowanych przez ABW - a więc przetwarzających informacje niejawne) węzłów sieci niejawnnej,
 - b. Zamawiający posiada również działający i akredytowany system zarządzania (infrastruktura do zarządzania siecią szyfratorów),
 - c. Zamawiający w ramach niniejszego postępowania oczekuje między innymi dostawy kolejnych 421 szyfratorów,
 - d. Zamawiający w ramach niniejszego postępowania oczekuje między innymi dostarczenia kompletnej, albo rozbudowy już istniejącej infrastruktury do zarządzania,

Zatem, intencją Zamawiającego jest uzyskanie jednej, spójnej infrastruktury zarządzania wszystkimi szyfratorami (tzn. tymi akredytowanymi i obecnie

eksploatowanymi oraz tymi, które dopiero zostaną dostarczone). W związku z czym, dostarczony w ramach niniejszego postępowania system zarządzania, niezależnie od tego czy dostarczana będzie nowa infrastruktura, czy też rozbudowywana obecnie istniejąca, musi pozwalać na poprawne zarządzanie wszystkimi szyfratorami pracującymi w sieci PSTDN.

4. Zamawiający informuje, że posiadane i dotychczas eksploatowane w sieci PSTDN szyfratory to urządzenia CompCrypt ETA-VPN 100P, których producentem jest Enigma Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o. Zgodnie z wiedzą Odwołującego, Krypton Polska Sp. z o.o. nie spełnia wymogu dostarczenia kompletnej infrastruktury do zarządzania szyfratorami w sieci PSTDN, ponieważ urządzenia produkowane przez tego wykonawcę nie zapewniają współpracy z elementami infrastruktury zarządzania, z którymi współpracują wykorzystywane przez Zamawiającego szyfratory CompCrypt Eta VPN 100P. Krypton Polska Sp. z o.o. nigdy nie wystąpił do Enigma SOI sp. z o.o. z zapytaniem o możliwość zakupu wymaganych elementów infrastruktury, do których wyłączne majątkowe prawa autorskie posiada ich producent.

Niezgodność oferty z wymaganiami SIWZ w zakresie Stanowiska centrum zarządzania i generacji kluczy dla szyfratorów IP:

5. Zgodnie z wiedzą Odwołującego, rozwiązanie oferowane przez Krypton Polska Sp. z o.o. Polska nie zapewnia generacji kluczy dla szyfratorów IP wchodzących w skład dostarczanego rozwiązania, a tym samym nie spełnia wymagania opisanego na stronie 28 OPZ, w pkt 1 wymagań dla „*Stanowisko centrum zarządzania i generacji kluczy dla szyfratorów IP...*”
6. Zamawiający w pkt 8 wymagań dla „*Stanowisko centrum zarządzania i generacji kluczy dla szyfratorów IP...*” wymagał zapewnienia możliwości przyłączenia redundantnego centrum zarządzania w odległej lokalizacji. Rozwiązanie oferowane przez Krypton Polska Sp. z o.o. nie spełnia tego wymagania.

DODATKOWO: podnosił z ostrożności procesowej, nie znając treści utajnionych przez Krypton Polska Sp. z o.o. Polska wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zaoferowanego przez Krypton Polska Sp. z o.o. Polska rozwiązania, że prawdopodobnie Krypton Polska Sp. z o.o. Polska nie przewidział w swojej kalkulacji kosztów dostosowania (i ponownej certyfikacji) oferowanego przez siebie rozwiązania (szyfratorów K2 Lite) do tak określonego wymogu Zamawiającego, a tym samym kalkulacja w oparciu o którą Krypton Polska Sp. z o.o. Polska przygotowywał swoją ofertę cenową jest niekompletna.

Odnośnie zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa.

1. Zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania, w związku z tym przesłanki umożliwiające jego zastosowanie powinny być interpretowane ściśle. Zgodnie z brzmieniem art. 8

ust. 3 Pzp, wykonawca chcący zastrzec jawności zawartych w ofercie informacji stanowiących dla niego tajemnicę przedsiębiorstwa, zobowiązany jest zastrzec, nie później niż w terminie składania ofert, że nie mogą być one udostępniane i wykazać, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, konieczne jest zatem nie tylko wykazanie, iż dane informacje spełniają obiektywne przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 UZNK, ale również - prawidłowe wykazanie tego faktu nie później niż w dniu składania ofert. Brak złożenia w ofercie uzasadnienia lub też złożenie niedostatecznie przekonującego uzasadnienia skutkować musi odtajnieniem przedmiotowych informacji. Obowiązek zbadania prawidłowości dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia spoczywa na Zamawiającym, który zgodnie z art. 8 ust. 1-3, jak również art. 7 ust. 1 Pzp, zobowiązany jest do rzetelnego przeprowadzenia tej czynności i ujawnienia informacji nieprawidłowo objętych przez wykonawcę klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa.

2. W myśl art. 11 pkt 4 UZNK przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:
 - a. ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,
 - b. nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
 - c. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.
3. Nie można uznać za skuteczne zastrzeżenia jawności oferty jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji ich prawidłowości, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Utrzymanie przez Zamawiającego takiego zastrzeżenia, stanowi rażące naruszenie nie tylko art. 8 ust. 1-3 Pzp, ale również zasady równego traktowania wykonawców i poszanowania zasad uczciwej konkurencji. Uzasadniając zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca powinien w stosunku do każdej z tych informacji wskazać i udowodnić, iż spełniają przesłanki z art. 11 ust. 4 UZNK. Nie jest wystarczające przy tym jedynie twierdzenie wykonawcy, iż informacja takie przesłanki spełnia, ale konieczne jest tego konkretne wykazanie, w odniesieniu nie tylko do rodzaju zastrzeżonych informacji, ale do konkretnych danych podlegających zastrzeżeniu przez wykonawcę.
4. Zarówno w przypadku zastrzeżonego przez Krypton Polska Sp. z o.o. opisu realizacji

funkcjonalności redundancji, jak i załączonej do wyjaśnień ceny kalkulacji, przedstawione przez Krypton Polska Sp. z o.o. uzasadnienie zastrzeżenia nie spełnia wymagań ustawowych.

- a. Wykonawca nie wskazał, które z informacji zawartych w tych dokumentach ujawniają wskazywaną przez niego *indywidualną koncepcję* w przypadku zastrzeżonej treści oferty i stanowią o jego przewadze konkurencyjnej.
- b. Nie sposób również wskazać, jak załączona do wyjaśnień ceny kalkulacja miałaby ujawniać elementy systemu, a przez to prezentować jego architekturę, a przez to ułatwiać zapoznanie się ze sposobem działania oraz metodami wytwarzania stosowanymi przez Krypton Polska Sp. z o.o. Takie ogólnikowe i niezwiązane w żaden sposób ze złożonym dokumentem uzasadnienie, mogłoby być ewentualnie skuteczne tylko wówczas, jeśli w istocie załączona kalkulacja ujawniałaby tego rodzaju informacje. Wskazanie pozycji kosztowych - wynikających wprost z opisu przedmiotu zamówienia lub powszechnie rozpoznawalnych ze względu na jego specyfikę - nie wchodzi w zakres opisu metod wytwarzania i sposobu działania ani też innych okoliczności, którymi Krypton Polska Sp. z o.o. uzasadnia prawidłowość dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.
- c. W szczególności, na ochronę nie zasługują te informacje, które są publicznie dostępne lub powszechnie znane, a zatem - nie stanowią o przewadze konkurencyjnej Krypton Polska Sp. z o.o. ani nie przedstawiają wartości gospodarczej. Nie jest zatem zasadne podtrzymywanie utajnienia tych informacji, które dotyczą wskazanych w kalkulacji opisów pozycji kosztowych wynikających wprost z opisu przedmiotu zamówienia (w szczególności tych kategorii kosztów, które zostały wymienione w niniejszym odwołaniu) lub oczywistych dla każdego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu (np. zysk, koszty pracy itp.). Na ochronę nie zasługują również informacje dotyczące modelu zaoferowanych urządzeń i te związane z ich funkcjonowaniem, które są powszechnie dostępne, np. zawarte w opublikowanych na stronie internetowej Krypton Polska Sp. z o.o. kartach katalogowych oferowanych produktów.
- d. Podkreślił, iż nie jest zasadne objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa ogólnie całości dokumentu, jedynie ze względu na fakt, iż niektóre zawarte w nim informacje mogą zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa - wykazanie przesłanek uzasadniających zastrzeżenie konieczne jest w odniesieniu do każdej z pojedynczych informacji zawartych w przedmiotowym dokumencie.
- e. Krypton Polska Sp. z o.o., poza deklaracjami i rozważaniami natury ogólnej zawartymi w złożonych wyjaśnieniach nie przedstawił żadnych dowodów uzasadniających prawdziwość podnoszonych twierdzeń i wykazujących okoliczności, na które się powołuje w celu wykazania spełnienia przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 UZNK.

5. Niezależnie od kwestionowania przez Odwołującego skuteczności wykazania zasadności dokonanego zastrzeżenia, Konsorcjum Enigma-Comp wskazuje, iż informacje zawarte w wymaganym przez Zamawiającego opisie rozwiązania realizującego funkcjonalność redundancji szyfratorów nie spełniają przesłanek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa.
 - a. Opis wymagań Zamawiającego i wytyczne, co do sposobu realizacji funkcjonalności redundancji szyfratorów został zawarty w Opisie przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 4 do SIWZ). Ponadto, w formularzu ofertowym wykonawcy określili oferowaną przez nich ilość szyfratorów w lokalizacji centralnej, jak również - wybrany przez nich wariant realizacji zamówienia. Nie sposób zatem wskazać, które z informacji zawartych w opisie rozwiązania mogłyby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.
 - b. Nie mamy tutaj do czynienia z know-how wykonawcy, gdyż w OPZ wskazano, co przedmiotowe rozwiązanie ma zapewniać, i w jakim trybie ma być realizowana redundancja. Wobec tego, iż funkcjonalność redundancji zakłada zastosowanie podstawowego i oczywistego mechanizmu zastępowania uszkodzonego urządzenia podstawowego, urządzeniem zapasowym, to przy uwzględnieniu innych wytycznych Zamawiającego, opis takiego rozwiązania nie zawiera żadnych innowacyjnych rozwiązań technologicznych, których ujawnienie mogłyby grozić przedsiębiorcy poniesieniem szkody czy też zaburzeniem równowagi konkurencyjnej. Należy podkreślić, że szkody uzasadniającej zastrzeżenie informacji na podstawie art. 8 ust. 3 Pzp nie można upatrywać w poddaniu opisanego rozwiązania weryfikacji innych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Opis rozwiązania funkcjonalności redundancji nie zawiera zatem jako taki, żadnych informacji, które można zasadnie uznać za posiadające dla wykonawcy wartość gospodarczą.
 - c. Nawet jeśli, sposób dokonania samego opisu rozumiany jako sposób sporządzenia przedmiotowego dokumentu (jego forma graficzna, zastosowane sformułowania) jest unikalny i nie był wykorzystany w innych postępowaniach, to nie uzasadnia to traktowania całości dokumentu jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy. Bowiem sam sposób opisu rozwiązania, nie pozwala na zakwalifikowanie jako informacja o charakterze technologicznym czy technicznym (lub jakimkolwiek innym wymaganym zgodnie z art. 11 ust. 4 uznk), jak również nie ujawnia istotnych informacji, którym przyznać można wartość gospodarczą.
6. Ponadto, Zamawiający w informacji z 11.03.2015 r. o odtajnieniu informacji zastrzeżonych przez Odwołującego, dokonał ujawnienia opisu realizacji

funkcjonalności redundancji w ofercie Odwołującego, powołując się na niewystarczające uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Podtrzymanie utajnienia części oferty Krypton Polska Sp. z o.o. w sytuacji, gdy dotyczy ona tego samego rodzaju informacji, co zawarte w ofercie Odwołującego, stanowi również rażące naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający nieprawidłowo ocenił, iż uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedstawione przez Krypton Polska Sp. z o.o. jest dostatecznie szczegółowe i odnosi się bezpośrednio i konkretnie do podlegających zastrzeżeniu informacji. Treść ta, w równym stopniu, pozwala na jej wykorzystanie w przypadku jakiegokolwiek opisu funkcjonalności rozwiązań technicznych i nie uzasadnia objęcia ochroną tej części oferty, zwłaszcza w świetle ujawnienia przedmiotowego dokumentu w ofercie Odwołującego.

Odnośnie zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji (art. 3 ust. 1 UZNK).

1. Art. 3 ust. 1 UZNK ogólnie reguluje czyn nieuczciwej konkurencji, wskazując, że jest nim działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zdaniem Odwołującego właśnie z takim działaniem mamy do czynienia w związku z niniejszym postępowaniem.
2. Jak wynika z korespondencji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą Krypton Polska Sp. z o.o. oraz ze złożonych przez wykonawcę Krypton Polska Sp. z o.o. wyjaśnień - firma Krypton Polska Sp. z o.o. od 2012 r. działa w porozumieniu z Zamawiającym.
3. Jak wynika z wyjaśnień (str. 2 pkt 2) złożonych przez Krypton Polska Sp. z o.o. w dniu 13.03.2015 r. w 2012 r. miało miejsce spotkanie Zamawiającego z wykonawcą Krypton Polska Sp. z o.o., na którym omawiane były założenia stworzenia przez Krypton Polska Sp. z o.o. nowego sprzętu kryptograficznego, przeznaczonego dla Komendy Głównej Policji. Jak wynika z dalszych stwierdzeń wyjaśnień - sprzęt ten został stworzony i zaferowany właśnie w niniejszym postępowaniu.
4. Co więcej - z szeregu innych pism złożonych przez wykonawcę Krypton Polska Sp. z o.o. wynika wprost, że wysokopunktowane kryterium oceny ofert premiuje rozwiązanie oferowane przez Krypton Polska Sp. z o.o.. W Rozdz. XIII „Opis kryteriów z podaniem ich znaczenia i sposobu oceny ofert” Zamawiający wskazał, że jednym z kryteriów z wagą 10% jest „Liczba szyfratorów w lokalizacji centralnej” i wskazał, że „najwyżej punktowana będzie oferta proponująca najmniejszą ilość urządzeń kryptograficznych (szyfratory IP) dla lokalizacji centralnej, które spełniają wszystkie wymagania opisane w Załączniku nr 4 do SIWZ”.
5. Tymczasem wykonawca Krypton Polska Sp. z o.o. w szeregu pism wskazywał, że w jego przekonaniu to właśnie jego rozwiązanie, jako jedyne spełnia wymaganie 4 szyfratorów w lokalizacji centralnej, zaś rozwiązanie Odwołującego spełnia wymagania SIWZ dla liczby 14 szyfratorów:

- a. Pismo z 3.04.2015 r.: „Z uwagi jednak na fakt, iż rozwiązanie oferowane przez spółkę Enigma wymaga aż 14 szyfratorów w lokalizacji centralnej, wyłącznie Krypton Polska Sp. z o.o. Polska ma możliwość zaoferowania rozwiązania z liczbą 4 szyfratorów w lokalizacji centralnej”;

Zatem Krypton Polska Sp. z o.o. miał pełną świadomość, że przedmiotowy zapis SIWZ w sposób zupełnie nieuzasadniony preferuje i dodatkowo punktuje rozwiązanie oferowane właśnie przez wykonawcę Krypton Polska Sp. z o.o. i zdaniem wykonawcy Krypton Polska Sp. z o.o. - tylko przez niego. Stąd też wykonawca Krypton Polska Sp. z o.o. - pomimo zapisów SIWZ o przeprowadzeniu aukcji elektronicznej - był przekonany, że w postępowaniu zostaną złożone tylko 2 oferty i do aukcji nie dojdzie.

6. Powyższe wskazuje, że Krypton Polska Sp. z o.o. od 2012 r. prowadzi niedozwolone działania, które doprowadziły do tego, że wyłącznie urządzenia firmy Krypton Polska Sp. z o.o. mogą być oferowane jako najkorzystniejsze i spełniające wymagania SIWZ w najwyższym stopniu w przedmiotowym postępowaniu. Działania te były prowadzone w porozumieniu z Zamawiającym - na co wskazuje wyraźne oświadczenie wykonawcy Krypton Polska Sp. z o.o. o ustaleniach z Zamawiającym co do stworzenia nowego urządzenia kryptograficznego, jak i fakt zamieszczenia przez Zamawiającego w SIWZ kryterium oceny ofert spełnianego według oświadczeń Krypton Polska Sp. z o.o. tylko przez rozwiązanie firmy Krypton Polska Sp. z o.o. Z całą pewnością takie działanie Krypton Polska Sp. z o.o. jest działaniem niedozwolonym, sprzecznym zarówno z prawem jak i z dobrymi obyczajami. Jakikolwiek bowiem ustalenia dokonywane przez wykonawcę z Zamawiającym, dokonywane z pominięciem pozostałych wykonawców - jest działaniem zabronionym, naruszającym dobre obyczaje - czyli zasadę równego traktowania wykonawców.
7. Zaś działania powyższe zagrażają i/lub naruszają interesy Odwołującego. Odwołujący powinien być uczestnikiem przedmiotowego spotkania, które miało miejsce w 2012 r. Jeśli bowiem Zamawiający miał jakieś plany i założenia co do przyszłości zamawianych urządzeń kryptograficznych, chciał zmienić ich funkcjonalność, uważał, że dotychczasowe ceny są niesatysfakcjonujące, itp. - to po prostu powinien zorganizować spotkanie z wszystkimi potencjalnymi wykonawcami. Preferowanie tylko jednego wykonawcy jest zupełnie nieuzasadnione.
8. Podkreślił, że wbrew temu, co twierdzi wykonawca Krypton Polska Sp. z o.o. w swoich wyjaśnieniach, w Polsce funkcjonują co najmniej TRZY różne podmioty produkujące i oferujące urządzenia kryptograficzne, w tym szyfratory IP spełniające wymagania Zamawiającego. Oprócz Enigma SOI sp. z o.o. i Krypton Polska Sp. z o.o., trzecim producentem (którego wyroby znajdują się na liście certyfikowanych rozwiązań SKW) jest Wojskowy Instytut Łączności z Zegrza. Wykonawca Krypton Polska Sp. z o.o.

doskonale wie zarówno o istnieniu WIŁ, jak i o ofercie WIŁ- a zatem Zamawiający powinien zorganizować spotkanie co najmniej tych 3 wykonawców.

9. Powyższe wprost wskazuje, że złożenie oferty przez wykonawcę Krypton Polska Sp. z o.o. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż wykonawca Krypton Polska Sp. z o.o. od 2012 r. prowadził działania sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami, które to działania zagrażają i/lub naruszają interes innego przedsiębiorcy, czyli Odwołującego.

Odnośnie zarzutu zaniechania niedopuszczenia Krypton Polska Sp. z o.o. do aukcji elektronicznej. Zgodnie z wezwaniem Zamawiającego z 31.03.2015 r., zgłoszenia do aukcji elektronicznej można było nadsyłać do dnia 1.04.2015 r. do godz. 14.00. Z dokumentacji postępowania wynika, iż zgłoszenie wykonawcy Krypton Polska Sp. z o.o. wpłynęło do Zamawiającego w dniu 1.04.2015 r. o godz. 14.03, a zatem - po upływie wyznaczonego terminu. Tym samym, wykonawca ten nie powinien zostać dopuszczony do udziału w aukcji. Dopuszczenie Krypton Polska Sp. z o.o. do udziału w aukcji elektronicznej w przedmiotowej sytuacji stanowi rażące naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp.

Zamawiający w dniu 10.04.2015 r. wezwał (e-mailem) w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 13.04.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum Koncept-ZSK zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Powyższe zgłoszenie przystąpienia było nieskuteczne o czym w dalszej części uzasadnienia.

W dniu 13.04.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Krypton Polska Sp. z o.o. Polska Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniosło na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 741/15 – Krypton Polska Sp. z o.o.:

W dniu 10.04.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Krypton Polska Sp. z o.o. wniosło odwołanie na czynność z 01.04.2015 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 10.04.2015 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Zarzucił naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Wykonawców: Przedsiębiorstwa Badawczo Produkcyjnego Enamor Sp. z o.o. oraz Konsorcjum Koncept-ZSK, których treść nie odpowiada treści SIWZ;
2. art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Wykonawców: Przedsiębiorstwa Badawczo Produkcyjnego Enamor Sp. z o.o. oraz Konsorcjum Koncept-ZSK, podlegających odrzuceniu jako złożone przez Wykonawców podlegających wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia w związku ze złożeniem nieprawdziwych informacji;
3. art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez dopuszczenie zmiany treści oferty Konsorcjum Koncept-ZSK;
4. art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia ofert Wykonawców: Przedsiębiorstwa Badawczo Produkcyjnego Enamor Sp. z o.o. oraz Konsorcjum Koncept-ZSK, których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
5. art. 36b ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Wykonawców: Przedsiębiorstwa Badawczo Produkcyjnego Enamor Sp. z o.o. oraz Konsorcjum Koncept-ZSK, do złożenia wyjaśnień w zakresie obowiązku wskazania w treści oferty podwykonawców, którym Wykonawca zamierza powierzyć realizację części zamówienia;
6. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 91a ust. 1 w zw. z art. 89 ust 1 pkt. 3 Pzp, poprzez wyznaczenie przez Zamawiającego aukcji elektronicznej, w sytuacji gdy złożono jedynie dwie niepodlegające odrzuceniu oferty;
7. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 91b ust. 1 w zw. z art. 89 ust 1 pkt 3 Pzp, poprzez zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej wykonawców, których oferty podlegały odrzuceniu.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie Zamawiającemu:

- 1) odrzucenia ofert Wykonawców: Przedsiębiorstwa Badawczo Produkcyjnego Enamor Sp. z o.o. oraz Konsorcjum Koncept-ZSK;
- 2) unieważnienia czynności zaproszenia ww. Wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej;
- 3) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

4) zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego;

5) przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania oraz dokumentów wymienionych w uzasadnieniu niniejszego odwołania, na okoliczności wskazane w treści odwołania w tym zasadności zarzutów opisanych w niniejszym odwołaniu.

W ramach przedmiotowego postępowania, Zamawiający realizuje projekt budowy rozległej, ogólnopolskiej sieci teleinformatycznej, zapewniającej certyfikowaną ochronę kryptograficzną transmisji danych niejawnych do klauzuli *Poufne* włącznie (Policyjna Sieć Transmisji Danych Niejawnych - PSTDN). Realizacja tego zadania ma polegać na dostarczeniu przez Wykonawcę kompletnego rozwiązania umożliwiającego uruchomienie PSTDN w 438 węzłach (lokalizacjach).

a) Aby szyfrator IP (szczególny typ szyfratora przeznaczony do ochrony informacji niejawnej przetwarzanej w sieciach komputerowych działających w oparciu o protokół sieciowy IP (ang. Internet Protocol), mógł być zastosowany do zabezpieczania informacji niejawnych w systemie teleinformatycznym (sieć komputerowa jest szczególnym przypadkiem systemu), to zgodnie z ustawą z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych - art. 50 ust 2 (Dz. U. z 2010 r., Nr 182, poz. 1228 ze zm.) musi on posiadać certyfikat Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego (dalej „ABW”) lub Służby Kontrwywiadu Wojskowego (dalej „SKW”).

b) Kompletna lista certyfikowanych urzędzeń uprawniających do ochrony informacji niejawnych oraz produkujących je podmiotów, dostępna jest na stronach internetowych ABW i SKW. Wynika z niej, że w Polsce istnieją certyfikowane szyfratory IP tylko trzech producentów: Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. zwanej dalej: „*Enigma SOI*”, Krypton Polska Sp. z o.o. oraz Wojskowego Instytutu Łączności z Zegrza zwanej dalej „*WiŁ*”.

c) W ogłoszonym przez Zamawiającego postępowaniu, mogły zostać zaoferowane jedynie urządzenia dwóch producentów - Enigmy SOI oraz Odwołującego, gdyż szyfratory IP produkowane przez WiŁ nie spełniają technicznych wymagań Zamawiającego.

d) Opis systemu i ranga „*lokalizacji centralnej*” znalazła odzwierciedlenie w systemie oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu (3/Błil/15/MP). Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu (3/Błil/15/MP) określił trzy parametry oceny ofert: cena - 85%, okres gwarancji - 5%, liczba szyfratorów w lokalizacji centralnej - 10%. O ile dwa pierwsze parametry są oczywiste i nie wymagają komentarza, to trzeci parametr - liczba szyfratorów w lokalizacji centralnej - wymaga doprecyzowania, z racji wagi jaką przywiązuje do niej Zamawiający (co wynika z jej roli w tworzonym systemie i ograniczenie liczby szyfratorów do 15).

Z Opisu przedmiotu zamówienia wynika wymóg Zamawiającego, aby:

a) *Wykonawca dostarczył szyfratory IP dla lokalizacji centralnej w ilości zapewniającej*

możliwość sumarycznego zestawienia minimum 1000 tuneli VPN komunikacyjnych i minimum 700 tuneli VPN do zarządzania, oraz

b) Dostarczenie do lokalizacji centralnej urządzenia kryptograficzne muszą zapewnić pełną redundancję połączeń. (co oznacza konieczność dostarczenia do lokalizacji centralnej dwa razy tyle urządzeń ile wymagane jest do zapewnienia podstawowej, określonej przez Zamawiającego wydajności (1000 i 700 tuneli VPN)).

Uwaga: Parametr „ilość tuneli VPN” zestawianych przez szyfrator IP jest jedną z wartości charakteryzujących urządzenie i jest istotnym elementem mówiącym o jakości urządzenia.

Porównanie rozwiązań Enigma SOI - Odwołujący:

A. Szyfratory firmy Enigma SOI zestawiają maksymalnie do 250 tuneli VPN (parametr ten jest jasno określony i powszechnie dostępny na stronach internetowej producenta i w kartach katalogowych urządzeń).

Aby spełnić wymagania Zamawiającego w zakresie tuneli VPN, firma Enigma SOI musi dostarczyć 7 urządzeń ($250 \text{ tuneli VPN} * 4 \text{ urządzenia} = \text{sumarycznie } 1000 \text{ tuneli komunikacyjnych}$ i dodatkowo $250 \text{ tuneli VPN} * 3 \text{ urządzenia} = \text{sumarycznie } 750 \text{ tuneli do zarządzania}$).

Ponieważ system lokalizacji centralnej musi mieć zapewnioną redundancję (nadmiarowe zabezpieczenie na wypadek awarii podstawowego zestawu szyfratorów), to liczbę szyfratorów należy podwoić (o kolejne 7 urządzeń).

Razem, w lokalizacji centralnej Enigma musi zastosować 14 szyfratorów.

B. Szyfratory Odwołującego zestawiają maksymalnie do 1000 tuneli VPN

Aby spełnić wymagania Zamawiającego w zakresie tuneli VPN, Odwołujący musi dostarczyć 2 urządzenia: ($1000 \text{ tuneli VPN} * 1 \text{ urządzenia} = \text{sumarycznie } 1000 \text{ tuneli komunikacyjnych}$ i dodatkowo $1000 \text{ tuneli VPN} * 1 \text{ urządzenie, do zestawienia } 750 \text{ tuneli do zarządzania}$).

Dla zapewnienia redundancji systemu, powyższą liczbę szyfratorów należy podwoić (o kolejne 2 urządzenia).

Razem, w lokalizacji centralnej Odwołujący musi zastosować 4 szyfratory.

Uwaga: Nie jest technicznie możliwe połączenie urządzeń Enigmy SOI i Krypton Polska w jednym systemie.

Wnioski:

- Powyższe wyliczenia zostały przedstawione przez producentów sprzętu, z uwzględnieniem pełnej znajomości urządzeń, przy maksymalnym wykorzystaniu ich możliwości. Jakikolwiek inne rozwiązanie techniczne - uwzględniając wymagania Zamawiającego - nie może być zbudowane w oparciu o mniejszą liczbę szyfratorów IP danego producenta.
- Różnica w ocenie (punktacji) wynosi 7,14 pkt pomiędzy ilością 14 szyfratorów (rozwiązanie w oparciu o urządzenia firmy Enigma SOI) a 4 szyfratorami Odwołującego.

Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 5.03.2015 r. o godz. 10:00. Przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę 11 000 000 zł brutto, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło czterech Wykonawców:

- 1) Krypton Polska Sp. z o.o.;
- 2) Konsorcjum Enigma-Comp;
- 3) Przedsiębiorstwo Badawczo Produkcyjnego Enamor Sp. z o.o.;
- 4) Konsorcjum Koncept-ZSK.

Oferta Odwołującego jako jedyna, zmieściła się w ramach środków przeznaczonych na realizację zamówienia przez Zamawiającego. Ceny pozostałych trzech ofert istotnie przewyższają kwotę przeznaczoną przez Zamawiającego na realizacji przedmiotu zamówienia.

Pismem z 31.03.2015 r. (doręczonym za pośrednictwem fax-u w dniu 1.04.2015 r.) Zamawiający poinformował Odwołującego o wynikach oceny spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, oraz otrzymanej punktacji i pozycji oferty Odwołującego. Zamawiający wskazał również, iż żadna oferta nie została odrzucona oraz zaprosił Odwołującego do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej. Pismem z 9.04.2015 r. znak: FZ 2163/15, Zamawiający poinformował o zmianie terminu aukcji elektronicznej, wyznaczając nowy termin otwarcia aukcji elektronicznej na dzień 14.04.2015 r., godz. 11:00.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp. Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jak słusznie podkreśla się w orzecznictwie, treść SIWZ to przede wszystkim, opis potrzeb i wymagań Zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia poprzez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego, natomiast treść oferty to jednostronne zobowiązanie Wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które ma odpowiadać opisanym w SIWZ potrzebom Zamawiającego (za wyrokiem KIO o sygn. KIO/UZP 151/08, KIO/UZP 41/10). W pierwszej kolejności wskazał, na wprost wynikający z treści SIWZ, wymóg złożenia wraz z ofertą „w celu potwierdzenia; że oferowana dostawa odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego, opisu rozwiązania realizującego funkcjonalność redundancji szyfratorów w oferowanym rozwiązaniu centrum zarządzania siecią szyfratorów (automatycznego przełączania na szyfrator zapasowy w przypadku awarii aktywnego urządzenia – Rozdz. VI, pkt 4 SIWZ). Dla spełnienia powyższego wymogu koniecznym było, przedłożenie wraz z ofertą opisu rozwiązania realizującego funkcjonalność redundancji szyfratorów w oferowanym rozwiązaniu, który miał wykazać, że oferowana przez Wykonawcę dostawa spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ. Załączone do ofert spółki Przedsiębiorstwo Badawczo Produkcyjne Enamor Sp. z o.o. oraz Konsorcjum Koncept-ZSK propozycje rozwiązań realizujących funkcjonalność redundancji

szyfratorów, zawierają uniwersalne opisy nie odnoszące się w sposób bezpośredni do przedmiotu dostawy. W odpowiedzi na oczekiwania Zamawiającego, Odwołujący przedstawił szczegółowy opis rozwiązania realizującego funkcjonalność redundancji szyfratorów w oferowanym przez Odwołującego rozwiązaniu, który to opis w sposób jednoznaczny potwierdza, że oferowana dostawa odpowiada wymaganiom Zamawiającego. Przyjmując nawet, że zamiarem Zamawiającego, było uzyskanie wyłącznie Opisu rozwiązania realizującego funkcjonalność redundancji szyfratorów w oferowanym centrum zarządzania siecią szyfratorów (co stoi w sprzeczności z treścią pism Zamawiającego z 24.03.2015 r. znak: 1724/15 i znak: 1725/15 oraz z 27.03.2015 r. znak: 1866/15 i znak: 1867/15), to w dalszej mierze opisy przedłożone przez spółkę Przedsiębiorstwo Badawczo Produkcyjne Enamor Sp. z o.o. oraz Konsorcjum Koncept-ZSK, stanowią wyłącznie definicję procesu redundancji. Z uwagi na swoją ogólność oraz brak doprecyzowania przez ww. Wykonawców przedmiotowych opisów pomimo wezwania Zamawiającego do uszczegółowienia oferty i wskazania zastosowanych szyfratorów, tak sformułowane opisy nie zawierające wskazania zastosowanych szyfratorów LP nie spełniają wymogu zawartego w treści SIWZ i z tego powodu oferty złożone przez spółkę Przedsiębiorstwo Badawczo Produkcyjne Enamor Sp. z o.o. oraz Konsorcjum Koncept-ZSK, powinny podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Główny element przedmiotowego zamówienia stanowi dostawa szyfratorów IP posiadających aktualny certyfikat ochrony kryptograficznej do przetwarzania informacji okluzuli „poufne” wyłącznie, wydany przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego (ABW) lub Służbę Kontrwywiadu Wojskowego (SKW) zgodnie z art. 50 ustawy o ochronie informacji niejawnych. Zgodnie z informacjami opublikowanymi na stronach internetowych ABW oraz SKW, jedynie Odwołujący oraz firma Enigma SOI, są producentami urządzeń spełniających wymagania Zamawiającego w zakresie certyfikacji oraz innych wymagań technicznych stawianych przez Zamawiającego w SIWZ. Ze względów technicznych oferowane przez Konsorcjum Enigma-Comp rozwiązanie przewiduje 14 sztuk szyfratorów IP w lokalizacji centralnej. Zastosowane w urządzeniach kryptograficznych nowe technologie, pozwoliły Odwołującemu na przedstawienie oferty z liczbą 4 sztuk szyfratorów IP w lokalizacji centralnej (zgodnie ze szczegółami technicznymi wskazanymi w pkt I uzasadnienia). Zgodnie z treścią ofert złożonych przez Wykonawców spółkę Przedsiębiorstwo Badawczo Produkcyjne Enamor Sp. z o.o. oraz Konsorcjum Koncept-ZSK, ich rozwiązania przewidują 4 szyfratory IP w lokalizacji centralnej. Z uwagi na powyższe Zamawiający powziął uzasadnione wątpliwości co do możliwości realizacji przedmiotu zamówienia przez spółkę Przedsiębiorstwo Badawczo Produkcyjne Enamor Sp. z o.o. oraz Konsorcjum Koncept-ZSK w oferowanym rozwiązaniu z 4 szyfratorami w lokalizacji centralnej, wzywając ww.

Wykonawców pismem z 24.03.2015 r. znak: FZ 1724/15; znak: FZ 1725/15 oraz pismem z 27.03.2015 r. znak: FZ 1866/15; znak: FZ 1867/15, do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie. Zgodnie ze złożonymi przez spółkę Przedsiębiorstwo Badawczo Produkcyjne Enamor Sp. z o.o. oraz Konsorcjum Concept-ZSK oświadczeniami (pisma z 26.03.2015 r.), oferowane przez ww. Wykonawców szyfratory IP znajdują się w „Wykazie obowiązujących certyfikatów wydanych przez DBTI ABW dla urządzeń i narzędzi kryptograficznych przeznaczonych do ochrony informacji niejawnych z dnia 4 czerwca 2014 r. ” (dalej „wykaz ABW”) lub „Wykazie certyfikatów typu wydanych przez SKW dla urządzeń kryptograficznych, urządzeń realizujących zabezpieczenia teleinformatyczne oraz środków ochrony elektromagnetycznej, służących do ochrony informacji niejawnych (wydanie z dnia 20 lutego 2015 r.)”, (dalej „wykaz SKW”). Z uwagi na powyższe wskazał, iż żaden z szyfratorów IP, znajdujących się w wykazie SKW nie pozwala na realizację przedmiotu zamówienia z liczbą czterech szyfratorów IP w lokalizacji centralnej. Szyfrator IP firmy Enigma SOI znajdujący się w wykazie ABW, nie pozwala natomiast w żaden sposób na realizację zamówienia z proponowaną liczbą 4 szyfratorów IP w lokalizacji centralnej. Pozostałe szyfratory IP znajdujące się na wykazie ABW, to urządzenia produkowane przez Odwołującego. A zatem spośród wszystkich urządzeń znajdujących się na wykazach ABW i SKW, jedynymi urządzeniami spełniającymi wymagania stawiane przez Zamawiającego w SIWZ, z możliwością realizacji zamówienia z proponowaną liczbą czterech szyfratorów w lokalizacji centralnej, są urządzenia Odwołującego. Stosownie do oświadczenia Odwołującego zawartego w piśmie z 13.03.2015 r. znak: Kr-31/2015 oraz z 26.03.2015 r. znak: Kr-36/2015, żaden inny podmiot poza Odwołującym nie ma możliwości sprzedaży urządzeń szyfrujących produkowanych przez Odwołującego. Zbudowanie rozwiązania z wykorzystaniem innych urządzeń niż Odwołującego, z przyczyn technicznych wymaga zastosowania większej liczby urządzeń szyfrujących w lokalizacji centralnej. Z treści wyjaśnień Konsorcjum Concept-ZSK, z 30.03.2015 r., wynika, iż oferowany przez ww. Wykonawcę szyfrator IP, jest urządzeniem produkowanym przez spółkę Enigma SOI (który znajduje się w wykazie certyfikatów ABW i SKW). W świetle powyższego, oraz faktu, iż sam producent spółka Enigma SOI oferuje urządzenia, których technologia wymaga zastosowania 14 urządzeń szyfrujących IP w lokalizacji centralnej, wskazać należy na faktyczny brak możliwości zaoferowania przez Konsorcjum Concept-ZSK (budując rozwiązanie na urządzeniach ww. producenta) realizacji zamówienia w proponowanej liczbie 4 szyfratorów w lokalizacji centralnej. Ponadto z wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Concept-ZSK pismem z 30.03.2015 r. (odpowiedź na pismo Zamawiającego z 27.03.2015 r. znak. FZ 1867/15) wynika, że w wartości parametru „liczba szyfratorów w lokalizacji centralnej”, Wykonawca ten podał liczbę „jednostek centralnych” zbudowanych w oparciu o „skalowalne urządzenia kryptograficzne”. Zgodnie z brzmieniem pkt 3) Rozdz. XIII SIWZ, poprzez kryterium liczby urządzeń

w lokalizacji centralnej rozumieć należy liczbę urządzeń kryptograficznych czyli szyfratorów IP, co zostało określone w sposób jednoznaczny, włącznie z podaniem szczegółowych parametrów technicznych dla pojedynczego urządzenia w części Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ). W celu spełnienia wymagań „jednostka centralna” musiałaby stanowić samodzielne urządzenie kryptograficzne - szyfrator IP, posiadający certyfikat ABW lub SKW. Z treści wyjaśnień Konsorcjum Koncept-ZSK wynika natomiast, że „jednostka centralna” składa się z więcej niż jednego urządzenia kryptograficznego - „jednostka centralna (JC) składa się z kilku modułów kryptograficznych”. Pod pojęciem moduł kryptograficzny, zgodnie z pismem Konsorcjum Koncept-ZSK z 30.03.2015 r., rozumieć należy urządzenia (szyfratory IP) oferowane przez spółkę Enigma SOI.

Złożone przez spółkę Przedsiębiorstwo Badawczo Produkcyjne Enamor Sp. z o.o. oraz Konsorcjum Koncept-ZSK wyjaśnienia w żaden sposób nie dowodzą, iż są one w stanie zrealizować zamówienie z wykorzystaniem czterech urządzeń szyfrujących w lokalizacji centralnej, zaś wskazanie, iż urządzenia szyfrujące ww. Wykonawców znajdują się w wykazach ABW i SKW (przy uwzględnieniu faktu, iż Odwołujący nie udostępnił swoich produktów żadnemu Wykonawcy) wręcz wyklucza taką możliwość.

W świetle przedstawionych wyżej faktów brak jest podstaw dla przyjęcia, iż którykolwiek z dwóch Wykonawców - spółka Przedsiębiorstwo Badawczo Produkcyjne Enamor Sp. z o.o. czy też Konsorcjum Koncept-ZSK, może zrealizować przedmiotowe zamówienie z proponowaną liczbą czterech szyfratorów IP w lokalizacji centralnej bez szkody dla Zamawiającego. Tym samym budzi zastrzeżenie, uznanie złożonych przez ww. Wykonawców wyjaśnień za wystarczające, w sytuacji gdy są one niekompletne i nastroczają nowych wątpliwości.

Przedstawiona argumentacja czyni uzasadnionym twierdzenie, iż zarówno spółka Przedsiębiorstwo Badawczo Produkcyjne Enamor Sp. z o.o. jak i Konsorcjum Koncept-ZSK, złożyły nieprawdziwe oświadczenia o możliwości realizacji zamówienia z proponowaną liczbą 4 szyfratorów IP w lokalizacji centralnej, mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, co skutkuje koniecznością wykluczenia ww. Wykonawców z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, a w konsekwencji odrzucenia ich ofert zgodnie z art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp.

Oдноśnie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Wykonawca Konsorcjum Koncept-ZSK, przystępując do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, zaoferował rozwiązanie z liczbą 4 szyfratorów IP w lokalizacji centralnej. Jednakże z treści wyjaśnień złożonych przez ww. Wykonawcę, pismem z 30.03.2015 r., wynika, iż zmodyfikował on treść złożonego w ofercie oświadczenia, bowiem potwierdza ona możliwość realizacji zamówienia jednakże z proponowaną liczbą „jednostek centralnych” w lokalizacji centralnej, które to jednostki składają się z kilku

modułów kryptograficznych. Z powyższego bezpośrednio wynika, iż oferowane rozwiązanie nie przewiduje 4 szyfratorów IP w lokalizacji centralnej, lecz 4 „jednostki centralne”, z której każda składa się z „kilku” urządzeń szyfrujących IP. W świetle powyższych faktów, wyjaśnienia Konsorcjum Koncept-ZSK są niezgodne z wynikającym z treści SIWZ, kryterium oceny ofert - „Liczba szyfratorów w lokalizacji centralnej”, które to kryterium w sposób jednoznaczny zakłada, iż najwyżej punktowana będzie oferta proponująca najmniejszą ilość urządzeń kryptograficznych (szyfratorów IP) dla lokalizacji centralnej (Rozdz. XIII, pkt. 3) SIWZ), bowiem wyjaśnienia ww. Wykonawcy jednoznacznie wskazują, iż liczba szyfratorów w lokalizacji centralnej będzie znacznie przekraczać proponowaną liczbę 4 sztuk.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Dla oceny ofert spółki Przedsiębiorstwo Badawczo Produkcyjne Enamor Sp. z o.o. oraz Konsorcjum Koncept-ZSK, istotne znaczenie ma również fakt złożenia przez ww. Wykonawców ofert, zawierających taką samą cenę za realizację przedmiotu zamówienia - 22 410 600.00 zł. oferujących taką samą długość okresu gwarancji - 36 miesięcy oraz ilość szyfratorów w lokalizacji centralnej - w liczbie 4, pomimo przedstawienia różnych rozwiązań (co wynika ze złożonych wyjaśnień). Doświadczenie życiowe nie pozwala na swobodne przyjęcie, iż identyczność cen zaoferowanych przez ww. Wykonawców (co do grosza) jest wyłącznie dziełem przypadku. Zastrzeżenia budzi również treść wyjaśnień (pismo Konsorcjum Koncept-ZSK z 25.03.2015 r. oraz pismo spółki Przedsiębiorstwo Badawczo Produkcyjne Enamor Sp. z o.o. z 26.03.2015 r.) złożonych przez ww. Wykonawców w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień z 24.03.2015 r. znak: FZ 1725/15 oraz znak: FZ 1724/15, które sformułowane zostały w podobny, lakoniczny sposób. Stosownie do przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r., Nr 50, poz. 331) zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. W miejscu tym wskazać należy na pogląd prezentowany przez M. Sieradzką zdaniem, której „wszelkie uzgodnienia pomiędzy Wykonawcami, niezależnie od ich formy, zakłócają wybór najkorzystniejszej oferty”. (M. Sieradzka, Zmowy przetargowe w świetle zamówień publicznych oraz prawa konkurencji, W-wa 2015, s. 8). Porozumienie pomiędzy wykonawcami polegające na uzgodnieniu warunków ofert, w tym ich cen, mające na celu zakłócenie wyboru najkorzystniejszej oferty, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i na tej podstawie, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, oferty Wykonawców: spółki Przedsiębiorstwo Badawczo Produkcyjne Enamor Sp. z o.o. oraz Konsorcjum Koncept-ZSK, powinny

podlegać odrzuceniu przez Zamawiającego. Powyższe budzi również uzasadnione przypuszczenie, iż zamiarem Wykonawców było doprowadzenie do aukcji elektronicznej, bowiem w przypadku zastosowania aukcji, ocena ofert nie kończy się po ocenie dokonanej przez komisję przetargową na podstawie złożonych w terminie ofert Wykonawców, a w trakcie aukcji wykonawcy mogą zmieniać swoje oferty w zakresie ceny. Rywalizacja podmiotów zainteresowanych dostępem do zamówienia publicznego oraz zawarciem umowy o jego wykonanie musi być uczciwa, co oznacza obowiązek rzetelnego i niezafałszowanego uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. (M. Sieradzka, Zmowy przetargowe w świetle zamówień publicznych oraz prawa konkurencji, W-wa 2015, s. 7)

Oдноśnie zarzut naruszenia art. 36b ust 1 w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp.

Zamawiający realizując uprawnienie z art. 36b ust. 1 Pzp, wyraźnie zobligował Wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu, do wskazania części zamówienia, które zamierzają powierzyć podwykonawcom i uczynił to w pkt 6 Rozdz. III SIWZ oraz formularzu ofertowym (Zał. nr 1 do SIWZ, w pkt 10). Niewątpliwie częścią zamówienia jest wdrożenie systemu oraz zapewnienie serwisu gwarancyjnego przez okres gwarancyjny wskazany w ofercie, co jednoznacznie wynika z samego Opisu przedmiotu zamówienia (Zał. nr 4 do SIWZ) oraz Zał. nr 3 do Projektu umowy (Zał. nr 5 do SIWZ). Bez wątplenia treść ofert Wykonawców: spółki Przedsiębiorstwo Badawczo Produkcyjne Enamor Sp. z o.o. oraz Konsorcjum Koncept-ZSK, jednoznacznie wskazuje na zamiar samodzielnego wykonania zamówienia (bez udziału podwykonawców). Wykonawcy w formularzach ofertowych w pkt. 10 wyraźnie wskazali na brak zamiaru powierzenia wykonania jakiegokolwiek części zamówienia podwykonawcom. Z uwagi na powyższe, w obliczu złożonych przez ww. Wykonawców oświadczeń, z których jednoznacznie wynika, iż oferowane przez nich szyfratory IP nie są ich produktami, powstaje wątpliwość w zakresie samodzielnej (bez posłużenia się w przedmiotowym zakresie podwykonawcami) realizacji usługi wdrożenia systemu oraz serwisu gwarancyjnego, która leży w kompetencji producenta urządzeń szyfrujących. Powyższa wątpliwość powinna zostać wyjaśniona przez Zamawiającego w drodze wezwania spółki Przedsiębiorstwo Badawczo Produkcyjne Enamor Sp. z o.o. oraz Konsorcjum Koncept-ZSK, do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie, której to czynności Zamawiający zaniechał.

Oдноśnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 91a ust. 1 i art. 91b ust. 1 w zw. z art. 89 ust 1 pkt. 3 Pzp. Wobec przedstawionej wyżej argumentacji, uzasadniającej konieczność odrzucenia ofert Wykonawców: spółki Przedsiębiorstwo Badawczo Produkcyjne Enamor Sp. z o.o. oraz Konsorcjum Koncept-ZSK z treścią SIWZ, Zamawiający zapraszając ww. Wykonawców do aukcji elektronicznej, naruszył przepis art. 89 ust 1 pkt 3 Pzp, art. 91a ust. 1 i art. 91b ust. 1 Pzp. Zgodnie z art. 91a ust. 1 i art. 91b ust. 1 Pzp, Zamawiający przeprowadza aukcję elektroniczną jeżeli złożono co najmniej trzy oferty niepodlegające

odrzuconiu oraz zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuconiu. W przedmiotowym stanie faktycznym brak jest podstaw dla przeprowadzenia w celu rozstrzygnięcia niniejszego postępowania, aukcji elektronicznej, gdyż ostatecznie do przetargu powinny zostać dopuszczone wyłącznie dwie oferty, formalnie i merytorycznie spełniające wymagania Zamawiającego - oferta Odwołującego oraz oferta Konsorcjum Enigma-Comp.

Zamawiający w dniu 13.04.2015 r. wezwał (e-mailem) w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 16.04.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum Enigma-Comp zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 16.04.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum Koncept-ZSK zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Powyższe zgłoszenie przystąpienia było nieskuteczne o czym w dalszej części uzasadnienia.

W dniu 16.04.2015 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) Przedsiębiorstwo Badawczo Produkcyjne Enamor Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Podczas posiedzenia z udziałem stron w dniu 22.04.2015 r. Zamawiający oświadczył przez swoich umocowanych pełnomocników, że uwzględni w całości odwołanie o sygn. akt: KIO 741/15.

W konsekwencji uwzględni w całości odwołanie o sygn. akt: KIO 741/15 przez Zamawiającego w trybie art. 186 ust. 4-5 Pzp - Przystępujący do odwołania 741/15 po stronie Zamawiającego, tj. Konsorcjum Enigma-Comp zgłasza sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w całości, podobnie sprzeciw zgłosiło Przedsiębiorstwo Badawczo Produkcyjne Enamor Sp. z o.o.

Na mocy zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z 14.04.2015 r. sprawy o sygn. akt: KIO 721/15, KIO 741/15 zostały skierowane do łącznego rozpatrzenia.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępujących w sprawie o sygn. akt: KIO 721/15 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO 741/15 złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp a Wykonawcy wnoszący wszystkie odwołania posiadali interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający ich do złożenia odwołań.

Odnośnie zgłoszonego przystąpienia Konsorcjum Koncept-ZSK do obu odwołań:
W obu wypadkach zgłoszone przystąpienia było nieskuteczne z uwagi na brak wskazania wymaganego obligatoryjnie zgodnie z art. 185 ust. 2 zd. 1 Pzp interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której miało miejsce zgłoszone przystąpienie. Nadto, w terminie wymaganym na zgłoszenie przystąpienia nie zostało wykazane także umocowanie do działania lidera w imieniu drugiego z członków konsorcjum. Należy zauważyć, że w odróżnieniu od odwołania, przystąpienie nie podlega uzupełnieniu. W tej drugiej kwestii podobnie w wyroku KIO z dnia 08.07.2014 r., sygn. akt: KIO 1286/14, wyroku KIO z dnia 15.04.2014 r., sygn. akt: KIO 518/14, wyroku KIO z dnia 10.12.2013 r., sygn. akt: KIO 2716/13, postanowienie z dnia 05.12.2013 r., sygn. akt: KIO 2703/13, czy też wyroku KIO z dnia 08.11.2013 r., sygn. akt: KIO 2525/13. (za wyrokiem KIO z 15.10.2014 r., sygn. akt: 2013/14). Dodatkowo Izba stwierdza za postanowieniem KIO z 26.07.2011 r., sygn. akt: KIO 1509/11 oraz za wyrokiem KIO z 05.01.2015 r., sygn. akt: KIO 2669/14, że: *"Stosownie do art. 185 ust. 4 zd. 2 Pzp, Izba uwzględni opozycję, jeżeli zgłaszający opozycję uprawdopodobni, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił; w przeciwnym razie Izba oddała opozycję. Z przywołanego przepisu wyprowadzić można dwa wnioski. Po pierwsze: podstawą do zgłoszenia opozycji może być wyłącznie zarzut braku interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której wykonawca zgłasza przystąpienie. Wskazane w art. 185 ust. 2 Pzp pozostałe przestanki w postaci: zachowania terminu na zgłoszenie przystąpienia, formy oświadczenia oraz obowiązku przekazania kopii zgłoszenia odwołującemu i zamawiającemu, mimo, że warunkują one skuteczność zgłoszenia przystąpienia i podlegają obligatorijnemu badaniu przez Izbę, nie mogą stać się, w aktualnym stanie prawnym, podstawą opozycji. O uwzględnieniu lub oddaleniu opozycji Izba orzeka w formie postanowienia na podstawie*

art. 185 ust. 4 zd. 4 Pzp. Z uwagi na zamknięty charakter regulacji art. 185 ust. 4 Pzp oraz brak innego przepisu ustawy stanowiącego podstawę do wydania postanowienia, niezachowanie pozostałych przesłanek zgłoszenia przystąpienia warunkować może wyłącznie uznanie braku skuteczności przystąpienia. Po wtóre: podstawą opozycji może stać się uprawdopodobnienie braku interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść wskazanej strony, nie zaś braku interesu prawnego. (...) nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych dokonana ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778 ze zm.) zmieniła materialno prawne przesłanki dopuszczalności rozpoznania odwołania. Kategorię interesu prawnego zastąpiły przesłanki interesu oraz szkody. Adekwatnie, również w zakresie instytucji przystąpienia, skuteczność zgłoszenia przystąpienia nie jest obecnie uwarunkowana wykazaniem interesu prawnego - bezpośredniego związku utraty możliwości uzyskania zamówienia przez wykonawcę zgłaszającego przystąpienie z normą prawną. Przepisy art. 185 ust. 2 - 4 Pzp posługują się kategorią interesu, który może mieć postać tak interesu prawnego, jak i faktycznego, co zbliża przesłanki uczestnictwa w procedurze odwoławczej do postępowania nieprocesowego uregulowanego w przepisach kodeksu postępowania cywilnego. Podkreślić przy tym należy, że do zgłoszenie przystąpienia, inaczej niż stanowi to art. 179 ust. 1 Pzp, nie jest niezbędne wykazywanie szkody.". Dodatkowo Izba wskazuje za wyrokiem KIO z 04.09.2013 r., sygn. akt: KIO 2055/13, że: "(...) wymogiem art. 185 Pzp jest przystąpienie po jednej ze stron. Nie ma natomiast obowiązku, na który wskazywał zamawiający popierania wszystkich zarzutów odwołania. W ocenie Izby przystępujący może ograniczyć się do popierania tych zarzutów, w których ogniskuje się jego interes. Jedynym zakazem jaki ustanawia w takiej sytuacji ustawa, jest zakaz (...) składania oświadczeń sprzecznych ze stanowiskiem strony, do której przystąpił.". W konsekwencji, Izba przyjęła jak powyżej.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody: z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem w sprawie o sygn. akt: KIO 721/15, sygn. akt: KIO 741/15, w tym w szczególności postanowień SIWZ, zał. nr 4 do SIWZ /OPZ/, zał. nr 5 do SIWZ /wzór umowy/, oferty Krypton Polska Sp. z o.o. (zwłaszcza opisu zaoferowanego rozwiązania – zastrzeżonego jako tajemnica przedsiębiorstwa), oferty Przedsiębiorstwa Badawczo Produkcyjnego Enamor Sp. z o.o. (zwłaszcza formularza ofertowego) oraz oferty Konsorcjum Concept-ZSK (zwłaszcza formularza ofertowego), wykazu obowiązujących certyfikatów wydanych przez DBTI ABW dla urządzeń i narzędzi kryptograficznych przeznaczonych do ochrony informacji niejawnych

z 04.06.2014 r.; (wydruk ze strony internetowej ABW), wykazu certyfikatów typu wydanych przez SKW dla urzędzeń kryptograficznych, urzędzeń realizujących zabezpieczenia teleinformatyczne oraz środków ochrony elektromagnetycznej, służących do ochrony informacji niejawnych - wydanie z 20.02.2015 r. (wydruk ze strony internetowej SKW), pisma Zamawiającego wezwania do wyjaśnień w trybie art. 90 ust.1 Pzp z 11.03.2015 r., znak: FZ 1343/15, skierowanego do Krypton Polska Sp. z o.o., pisma Odwołującego z 13.03.2015 r., znak Kr-31/2015, skierowanego do Zamawiającego wraz z kalkulacją ceny oferty, pisma Zamawiającego z 24.03.2015 r. znak: FZ 1724/15, skierowanego do Konsorcjum Koncept-ZSK; pisma Konsorcjum Koncept-ZSK z 26.03.2015 r. skierowanego do Zamawiającego; pisma Zamawiającego z 24.03.2015 r. znak: FZ 1725/15, skierowanego do Przedsiębiorstwa Badawczo Produkcyjnego Enamor Sp. z o.o., pisma Przedsiębiorstwa Badawczo Produkcyjnego Enamor Sp. z o.o. z 25.03.2015 r. znak: EN 190/E-838/14-15/2015/2015, skierowanego do Zamawiającego; pisma Odwołującego z 26.03.2015 r., znak: Kr-36/2015, skierowanego do Zamawiającego, pisma Zamawiającego z 27.03.2015 r. znak: FZ 1866/15, skierowanego do Przedsiębiorstwa Badawczo Produkcyjnego Enamor Sp. z o.o., pisma Przedsiębiorstwa Badawczo Produkcyjnego Enamor Sp. z o.o. z 31.03.2015 r. znak: EN 204/E-838/14-15/2015/2015, skierowanego do Zamawiającego, pisma Zamawiającego z 27.03.2015 r. znak: FZ 1867/15, skierowanego do Konsorcjum Koncept-ZSK, pisma Konsorcjum Koncept-ZSK z 30.03.2015 r., skierowanego do Zamawiającego, pisma Zamawiającego z 31.03.2015 r. znak: FZ 1952/15, wraz z załącznikiem /zaproszenia do aukcji elektronicznej/, zgłoszenie /e-mailowe/ - Krypton Polska Sp. z o.o. z godz. 14:03 z 01.04.2015 r., opisu rozwiązania realizującego funkcjonalność redundancji szyfratorów Przedsiębiorstwa Badawczo Produkcyjnego Enamor Sp. z o.o. (zał. nr 8 do oferty Przedsiębiorstwa Badawczo Produkcyjnego Enamor Sp. z o.o.), opisu rozwiązania realizującego funkcjonalność redundancji szyfratorów w oferowanym rozwiązaniu centrum zarządzania siecią szyfratorów Konsorcjum Koncept-ZSK (zał. do oferty Konsorcjum Koncept-ZSK), pisma Zamawiającego z 27.03.2015 r. do Konsorcjum Enigma-Comp znak: FZ 1821/15 odnośnie nie zakończenia badania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Krypton Polska Sp. z o.o., częściowy wgląd /oświadczenie z 17.03.2015 r. po odmowie z 12.03.2015 r. znak: FZ 1388/15/, wgląd z 08.04.2015 r. - wynika z pisma z 09.04.2015 r.

Izba dopuściła jako dowód w sprawie KIO 721/15 złożone przez Odwołującego na rozprawie:

- wydruki rachunku zysków i strat z lat 2014 do 2013 na okoliczność ponoszenia przez Krypton Polska Sp. z o.o. strat finansowych przez okres ostatnich 10 lat,

- wydruk z emaila – potwierdzający dokonanie zgłoszenia przez Odwołującego do aukcji elektronicznej w terminie godzinowym wyznaczonym przez Zamawiającego (Zamawiający potwierdził na rozprawie godzinę wpływu zgłoszenia Odwołującego).

Izba dopuściła jako dowód w sprawie KIO 721/15 złożone przez Zamawiającego na rozprawie:

- korespondencje z Krypton Polska Sp. z o.o. oraz Comp SA innej instytucji, która była organizatorem spotkań w 2012 r.

Izba uznała pismo z 21.04.2015 r. Odwołującego w sprawie KIO 721/15 wraz z notkami biograficznymi autora dr inż. B. S. – złożone na rozprawie przez Odwołującego, jako opinie prywatną będącą stanowiskiem strony w sprawie.

Izba dopuściła jako dowód w sprawie KIO 721/15 złożone na rozprawie przez Przystępującego - Krypton Polska Sp. z o.o. w trybie § 23 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t. j. Dz. U. z 2014 poz. 964) zwanego dalej: „rozporządzeniem” – dowód nr 1 /szczegółowe wyliczenie kosztów i marż/, dowód nr 2 /koszty wytworzenia urządzenia K2 Lite/ oraz dowód nr 3 /przykładowe wysokości cen i upustów wraz z 5 fakturami/ - wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa – złożone jedynie dla składu orzekającego Izby.

Izba dopuściła jako dowód w sprawie KIO 741/15 złożone przez Odwołującego na rozprawie – pismo z 22.04.2015 r. wraz z dołączonym zestawieniem, jak i wykaz ABW – z 04.06.2014 r. i SKW – z 20.02.2015 r./tutaj jako źródło pobrania 3 z 4 materiałów informacyjnych – także złożonych i dopuszczonych - odnośnie parametrów technicznych urządzeń 3 producentów na rynku krajowym urządzeń kryptograficznych/.

Izba uznała pismo z 20.04.2015 r. Przystępującego – Konsorcjum Enigma -Comp w sprawie KIO 741/15 - autora dr inż. B. S. – złożone na rozprawie przez Przystępującego, jako opinie prywatną będącą stanowiskiem uczestnika w sprawie.

Izba dopuściła jako dowód w sprawie KIO 741/15 złożone przez Zamawiającego na rozprawie – notatkę szacującą.

Izba dopuściła jako dowód w sprawie KIO 741/15 złożone na rozprawie przez Przystępującego - Przedsiębiorstwo Badawczo Produkcyjnego Enamor Sp. z o.o. w trybie § 23 rozporządzenia – materiały techniczne odnośnie zaoferowanego rozwiązania /stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa/.

Izba dopuściła jako dowód w sprawie KIO 741/15 złożone na rozprawie przez Przystępującego - Przedsiębiorstwo Badawczo Produkcyjnego Enamor Sp. z o.o. – wykaz ważniejszych projektów.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę odwołanie o sygn. akt: KIO 721/15, przystąpienie do odwołania o sygn. akt: KIO 721/15, a także pismo w sprawie Odwołującego o sygn. akt: KIO 721/15 złożone na posiedzeniu, pismo Przystępującego - Krypton Polska Sp. z o.o. w sprawie KIO 721/15 złożone na rozprawie, odwołania o sygn. akt: KIO 741/15, przystąpienia (dwa) do odwołania o sygn. akt: KIO 741/15, a także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępujących tak w sprawie o sygn. akt: KIO 721/15, jak i w sprawie o sygn. akt: KIO 741/15 złożone ustnie do protokołu w toku posiedzenia i rozprawy.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 721/15 – Konsorcjum Enigma-Comp:

Izba dokonała następujących ustaleń dotyczących przedmiotowego odwołania.

W tym zakresie, Izba przywołuje wynikające z odwołania postanowienia SIWZ oraz treść wyjaśnień z 13.03.2015 r. Krypton Polska Sp. z o.o. Jednocześnie zastrzegając, że opis zaferowanego rozwiązania został zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa, co jednakże nie przeszkodziło przeprowadzenia zawnioskowanego na rozprawie przez Odwołującego dowodu z powyższego elementu złożonej oferty przez Krypton Polska Sp. z o.o. Podobnie w zakresie załączonej do wyjaśnień z 13.03.2015 r. kalkulacji ceny oferty. Przy czym, w tym zakresie, Izba wyraziła swoje stanowisko podczas rozpatrywania stosownych zarzutów, także w kontekście złożonych na rozprawie dowodów przez Krypton Polska Sp. z o.o. w trybie § 23 rozporządzenia. W pozostałym zakresie postanowienia SIWZ zostaną przywołane przy rozpatrywaniu stosownego zarzutu w dalszej części.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 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 Pzp, Izba uwzględniła zarzut jedynie częściowo.

W ocenie Izby, brak jest bowiem podstaw do odrzucenia oferty Krypton Polska Sp. z o.o. jako zawierającej cenę rażąco niską - na obecnym etapie. Koniecznym jest jedynie uwzględnienie zarzutu w zakresie nieprawidłowej oceny złożonych wyjaśnień

z 13.03.2015 r. Niewątpliwie bowiem same wyjaśnienia w oderwaniu od załączonej kalkulacji ceny oferty mogłyby być odebrane jako niespełniające wymagań określonych w art. 90 ust. 1-3 Pzp, jednakże w kontekście załączonej kalkulacji – definitywne stwierdzenie takiego ich charakteru – jest przedwczesne.

Przy czym, Izba uznała konieczność uznania zarzutu, co do zasady – względem nieprawidłowej oceny złożonych wyjaśnień, przy czym nakazując stosowne wezwanie, z uwagi na określone okoliczności, które zostaną przed stawione w dalszej części.

W tym zakresie, bowiem konieczne jest zwrócenie uwagi na kwestie o charakterze wstępnym, tzn. czy w ogóle przedmiotowy zarzut winien być podnoszony i w konsekwencji, czy Izba winna w ogóle rozpatrywać zarzut sformułowany przez Odwołującego. W tym bowiem aspekcie obowiązujące przepisy Pzp dają możliwość dwóch interpretacji. Pierwsza, że zaproszenie do aukcji elektronicznej jest właściwym momentem – ma to swoje oparcie w analizie art. 91a ust. 1 w zw. z art. 91 c ust.1 zd. 2 Pzp. Druga, że wynik aukcji elektronicznej (wyrok KIO z 18.08.2011 r., sygn. akt KIO 1641/11, czy też wyrok KIO z 27.10.2011 r., sygn. akt: KIO 2206/11, KIO 2217/11, KIO 2218/11 – stanowisko to także poparł Sąd Okręgowy w Warszawie wyrokiem z 31.01.2012 r., sygn. akt V Ca 2878/11) – ma to swoje oparcie w analizie art. 91 c ust. 4 Pzp w kontekście okoliczności bezspornej, że wobec zamiaru przeprowadzenia aukcji elektronicznej – cena zaoferowana w „ofercie papierowej” nie ma charakteru ostatecznego – odnosi się to w konsekwencji do cen wszystkich uczestników aukcji elektronicznej, co ma istotne znaczenie chociażby w kontekście wymogu procentowego od którego przewidział Ustawodawca wymóg wezwania do wyjaśnień w trybie art. 90 ust.1 Pzp. W tym stanie faktycznym, za koniecznością rozpoznania przedmiotowego zarzutu przemawiało – chociażby stwierdzenie Krypton Polska Sp. z o.o. – w wyjaśnieniach z 13.03.2015 r. – że zaoferowana cena ma charakter ostateczny /późniejsza zmiana tego oświadczenia w toku rozprawy – Izba oceniała – jako działanie będące odpowiedzią na zaistniała sytuację procesową/.

Ostatecznie zarzut został rozpoznany przez skład orzekający Izby, albowiem konieczna była ocena dokonanych przez Zamawiającego czynności oceny wyjaśnień z 13.03.2015 r.

Odnosząc się, zaś do meritum, Izba stwierdziła, tak jak wskazywano powyżej, że wyjaśnienia z 13.03.2015 r. mogą budzić wątpliwości, nie są bowiem jednoznaczne w swej wymowie, jednocześnie należy zauważyć, że materiały dowodowe zostały przedłożone na rozprawie przez Krypton Polska Sp. z o.o. w trybie § 23 rozporządzenia stanowią pogłębienie pierwotnych wyjaśnień.

W ocenie Izby, biorąc pod uwagę, że materiały dowodowe przedłożone przez Krypton Polska Sp. z o.o. zostały złożone wyłącznie do wiedzy składu orzekającego Izby, Izba uznała, że nie może oceniać charakteru zaoferowanej ceny w oparciu o materiały, które nie były w dyspozycji Zamawiającego w toku badania i oceny oferty Krypton Polska Sp. z o.o. Mając świadomość art. 190 ust. 1a Pzp, uznała, że w gestii Zamawiającego jest definitywna ocena charakteru zaoferowanej ceny dokonana w oparciu o materiały dotychczas nie będące w jego dyspozycji. Stąd konieczność ponownego wezwania w tym zakresie. Kwestią ocenną pozostaje także na ile materiały z rozprawy stanowią pogłębienie pierwotnych wyjaśnień, a na ile mogą być uznane za informacje nowe. Powyższa okoliczność nie pozostaje bez wpływu na stanowisko Izby w tym zakresie. Należy zastrzec, że niejednokrotnie stanowisko przedstawione w uzasadnieniu orzeczenia jest wynikiem kompromisu poglądów doktryny i orzecznictwa, które chociażby w zakresie dopuszczalności wzywania więcej niż raz przedstawia poglądu za (np. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 05.07.2007 r., sygn. akt: V Ca 2214/06, wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie w wyroku z dnia 09.12.2010 r., sygn. akt: V Ga 122/10, wyrok KIO z 10.04.2014 r., sygn. akt: KIO 586/14, opinia prawna Informatora Urzędu Zamówień Publicznych - numer 11 za 2013 r.), jak i przeciw (na zasadzie analogi z art. 26 ust. 3 Pzp).

Izba wskazuje, że: *„(...) przywołany przepis ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym dla niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pozwala Zamawiającemu na skierowanie do wykonawcy wezwania do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny ofertowej, w sytuacji gdy jakieś elementy wyjaśnień budzą jego wątpliwości, czy wymagają doprecyzowania. Podkreślić jednak należy, że jest to prawo Zamawiającego, a nie jego obowiązek. Z całą pewnością jednak takie wyjaśnienia nie mogą prowadzić do jakichkolwiek negocjacji z wykonawcą ani też nie mogą prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Jeśli udzielone wyjaśnienia są jasne, ale nie usprawiedliwiają ustalenia ceny ofertowej wykonawcy na określonym, zaniżonym poziomie, Zamawiający nie powinien mieć takich wątpliwości i - w kontekście zasady, że to wykonawca, do którego Zamawiający skierował wezwanie do wyjaśnienia ceny ofertowej ma obowiązek wykazać okoliczności, dzięki którym uprawniony był do ustalenia swojej ceny ofertowej na takim a nie innym poziomie - nie ma z pewnością obowiązku kierowania do niego wezwania o złożenie dodatkowych wyjaśnień, które potwierdzałyby jednak te okoliczności.”* (za wyrokiem z 20.01.2015 r., sygn. akt: 2814/14, sygn. akt: KIO 2819/14). Podobnie wyrok KIO z 10.02.2014 r., sygn. akt: KIO 144/14. W przedmiotowym stanie faktycznym, takie wątpliwości zaistniały, jednocześnie należy podkreślić, że w tym wypadku konieczność samego wezwania wynika przede wszystkim ze specyficznego trybu dowodów złożonych na rozprawie przez Krypton Polska Sp. z o.o., które nie były znane ani wcześniej, ani w toku rozprawy, stąd konieczność ponownego badania

i oceny oferty Krypton Polska Sp. z o.o. w tym zakresie. Izba bowiem w przedmiotowym składzie i w tym stanie faktycznym, uznała, że nie może zastępować Zamawiającego pod tym względem.

Zgodnie bowiem z art. 191 ust. 2 Pzp wydając wyrok bierze pod uwagę „*stan rzeczy ustalony w toku postępowania*”. Zaś sformułowanie „*w toku postępowania*” odnosi się do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższego nie zmienia przepis art. 190 ust. 1 zd 2 Pzp, zgodnie z którym strony mogą przedstawiać dowody na poparcie swych twierdzeń do zamknięcia rozprawy. Oznacza to jedynie tyle, że wprawdzie dowody strony mogą składać aż do zamknięcia rozprawy, jednakże mogą one dotyczyć tylko takiego stanu rzeczy, który został ustalony w toku postępowania. W ww. zakresie podzielono w pełni stanowisko przedstawione w wyroku SO w Poznaniu z 08.01.2014 r., sygn. akt: X Ga 652/13. Jednocześnie podkreślić należy, że przyjęcie przeciwnego poglądu oznaczałoby de facto, że ocena oferty Odwołującego dokonana zostałaby, po raz pierwszy dopiero przez Izbę.

W sytuacji zastrzeżenia uzyskanych w wyniku nakazanego wezwania wyjaśnień, jako tajemnica przedsiębiorstwa winny one niewątpliwie zawierać stosowne wykazanie zasadności takiego działania, zgodnie z intencją ostatniej nowelizacji Pzp w tym zakresie. Przy czym, odtajnienie opisu pozycji kosztowych pierwotnej kalkulacji nie jest wiążące dla Zamawiającego wobec ewentualnej uzyskanej pogłębionej kalkulacji, o ile Krypton Polska Sp. z o.o., skutecznie wykaże, że materiały uzyskane w toku nakazanych wyjaśnień mają zasadnie status tajemnicy przedsiębiorstwa, zostały podjęte przez Wykonawcę stosowne kroki w tym zakresie, konkretnie – nie hasłowo - celem zachowania ich poufnego charakteru, że ich odtajnienie wiązałoby się z ujawnieniem architektury zaoferowanego rozwiązania. W pierwotnej kalkulacji – nie było takiego niebezpieczeństwa.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust 1 pkt 1 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, Izba oddaliła niniejszy zarzut, kierując się stanowiskiem Izby względem zarzutu poprzedniego oraz nakazanym wezwaniem – uznając niniejszy zarzut za co najmniej przedwczesny.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Krypton Polska Sp. z o.o., mimo iż jest ona niezgodna z treścią SIWZ, Izba uznaje zarzut za podlegający oddaleniu.

W pierwszej kolejności – w zakresie niezgodności z wymaganiami SIWZ w zakresie Infrastruktury do Zarządzania szyfratorami IP – Izba stoi na stanowisku, że zarzut w tym zakresie jest błędny, po analizie postanowień SIWZ dotyczących wariantu 2 należy uznać, iż argumentacja Zamawiającego odnośnie możliwości wymiany istniejących szyfratorów IP za mające podstawy w OPZ (zał. nr 4 do SIWZ). Wyraźnie jest tam bowiem mowa o dostarczeniu innego rozwiązania (w oparciu o inny certyfikowany sprzęt ochrony kryptograficznej). Takie alternatywne rozwiązanie musi jednak zapewnić zestawienie tuneli VPN z nowobudowanych węzłów PSTDN (...), lecz także do istniejących węzłów PSTDN w 17-tu obiektach (...). Łączy się to z koniecznością dostarczenia dodatkowo 17 (...) certyfikowanych szyfratorów IP. Potwierdza to argumentacje Zamawiającego, że: *„(...) w konsekwencji świadomości istniejących uwarunkowań przewidział możliwość wymiany istniejących urządzeń na nowe, nie będzie miała miejsce współpraca starych urządzeń z nowymi zaoferowanymi przez Krypton Polska Sp. z o.o. (...) istotą postępowania jest stworzenie sieci szyfratorów zapewniających łączność między powiatami a województwem. Owe 17 sztuk dotychczasowych szyfratorów to 17 sztuk szyfratorów znajdujących się w danym województwie. Pozwoli to stworzyć sieć węzłów komunikacyjnych pomiędzy poszczególnymi powiatami. (...)”*.

Względem kolejnej kwestii – niezgodności oferty z wymaganiami SIWZ w zakresie Stanowiska centrum zarządzania i generacji kluczy dla szyfratorów IP:

- a) co do – nie zapewnienia generacji kluczy dla szyfratorów IP wchodzących w skład dostarczonego rozwiązania – czyli nie spełnienia wymagań opisanych w pkt 1 str. 28 OPZ. Izba wskazuje, że przeprowadziła dowód zawnioskowany z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa z opisu zaoferowanego rozwiązania, Brak jest podstaw do kwestionowania stanowiska Zamawiającego z rozprawy po zapoznaniu się ze str. 7 opisu. Należy zauważyć, że złożona opinia prywatna – będąca w ocenie Izby poszerzonym stanowiskiem Odwołującego w sprawie – jak sama wskazuje jest oparta o ogólnie dostępne materiały i nie uwzględnia zaoferowanego w ramach przedłożonego opisu rozwiązania. Izba podkreśla, że to Zamawiający wskazał fragment opisu, gdzie znajduje się potwierdzenie zakwestionowanej funkcjonalności. Przy czym, także pozostały opis daje podstawy pośrednio do takiego wniosku – z uwagi na ich charakter (str. 4 opisu).
- b) co do – nie zapewnienia możliwości przyłączenia redundantnego centrum zarządzania w odległej lokalizacji (pkt.8 str. 29 OPZ) – niniejsza funkcjonalność została zapewniona (str. 7 opisu).

Względem ujęcia w swojej kalkulacji kosztów ponownej certyfikacji – brak jest podstaw do negowania ujęcia tych kosztów, niewątpliwie wynikają one z materiałów złożonych na rozprawie przez Krypton Polska Sp. z o.o., z uwagi na nakazaną czynność kwestia ta powinna zostać przedstawiona Zamawiającemu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust 1-3 w zw. z art. 7 ust 1 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, Izba uznaje zarzut za podlegający częściowemu uwzględnieniu.

Na wstępie Izba odniesie się do kwestii terminowości tego zarzutu. Odwołujący uzyskał wgląd 17.03.2015 r., 27.03.2015 r. oraz ostatni raz 08.04.2015 r. Z treści pisma Zamawiającego z 27.03.2015 r. w tej materii wynika jednoznacznie, że badanie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa względem Krypton Polska Sp. z o.o. nie zostało jeszcze zakończone. W ocenie Izby, powyższe skutkuje uznaniem, że termin na sformułowanie niniejszego zarzutu biegł od zaproszenia do aukcji elektronicznej. W ocenie Izby, zarzut sformułowany przez Odwołującego względem oferty Krypton Polska Sp. z o.o. ma wpływ na wynik i jego uznanie winno także skutkować uwzględnieniem odwołania – w kontekście kalkulacji ceny oferty załączonej do wyjaśnienie z 13.03.2015 r.

Względem opisu zaoferowanego rozwiązania. Niewątpliwie biorąc pod uwagę ostatnia nowelizacje konieczne jest równoczesne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa i wykazanie zasadności takiego zastrzeżenia. Nie można jedynie powoływać się na orzeczenia KIO, co do zasadności zastrzeżenia danych informacji, konieczne jest konkretne przedstawienie jakimi krokami podjął Wykonawca, aby zachować tajemnicę przedsiębiorstwa np. istnienie klauzul w umowach z pracownikami, nawet z podaniem ich treści lub załączeniem ich wzorów lub wyciągów, odpowiednio wyczernionych kopii, przywołaniem konkretnych nr umów w zakresie których na pracownikach lub inne podmiotu wymusiły tajemnicę przedsiębiorstwa. Wdrożenie określonego systemu ochrony informacji. W zakresie, opisu zaoferowanego rozwiązania, Izba zmuszona była wziąć pod uwagę charakter informacji w stosunku do których strony były zgodne na rozprawie, czyli nie wymagało to dowodu, że opisy dostępne jawnie są niepełne, zaś wiedza techniczna upubliczniana jest w bardzo ograniczonym zakresie. Izba wzięła także pod uwagę, że jest to urządzenie szyfrujące, mające certyfikat ABW, z tych względów automatyczne odtajnienie, bez uwzględnienia tej specyfiki byłoby działaniem contra lege intencji Ustawodawcy przy ostatniej nowelizacji w tym zakresie. Izba stwierdziła, że opis nie jest tylko i wyłącznie

ogólnym opisem, ale zawiera elementy szczegółowe zaoferowanego rozwiązania. Owe elementy stanowią jego znaczną część. Biorąc pod uwagę tę okoliczność, Izba uznała, że zasadnie Krypton Polska Sp. z o.o. zastrzegł i wykazał – z uwagi na specyfikę – zasadność tego zastrzeżenia – Izba uznała za wystarczające w tym stanie faktycznym uzasadnienie z akapitu 3 i 4 str. 31 oferty oraz biorąc pod uwagę okoliczność przyznaną przez strony – co do poufnego charakteru pewnych informacji technicznych – gdyż niewadliwie zaoferowane rozwiązanie stanowi architekturę dedykowanego rozwiązania.

W zakresie odtajnienia opisu Odwołującego – Izba nie ma mocy władczej ponownego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa – informacji odtajnionych przez Zamawiającego. Jeżeli więc uznać zasadność zarzutu w tym zakresie, to nie ma to wpływu na wynik, a Wykonawca może dochodzić swych praw w innym trybie.

Względem kalkulacji ceny oferty załączonej do wyjaśnień z 13.03.2015 r. Izba uznała, że Wykonawca nie wykazał zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie opisu pozycji kosztowych, zaś charakter kalkulacji załączonej do wyjaśnień z 13.03.2015 r. w swej istocie nie grozi ujawnieniu architektury zaoferowanego rozwiązania. Izba wzięła pod uwagę specyfikę przedmiotu zamówienia, ale uznała, że w tym stanie faktycznym ujawnienie pozycji kosztowych zgodnie z wnioskiem Odwołującego nie narusza tajemnicy przedsiębiorstwa, ani żadnych innych tajemnic ustawowo chronionych. Przy czym, Izba nie odtajniła podane kwoty uznając, że te dane mogłyby wpłynąć na konkurencję, w razie przeprowadzenia aukcji elektronicznej. Nadto, należy zauważyć, że wskazany na rozprawie przez Zamawiającego fragment uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień z 13.03.2015 r. został uznany przez Odwołującego, okoliczność przyznana (art. 190 ust. 5 zd. 2 Pzp), za uzasadniający pozostawienie jako tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawionych w ramach kalkulacji kwot.

Jednocześnie Izba podkreśla (za wyrokiem KIO z 07.04.2015 r., sygn. akt: KIO 568/15, sygn. akt: KIO 570/15), że: *„(...) samo złożenie uzasadnienia co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa oznaczonych informacji, nie zawsze będzie owym „wykazaniem”, o którym mowa w powołanym powyżej przepisie. Wykazać oznacza coś więcej, aniżeli jedynie wyjaśnić. Nie będą zatem spełniać przesłanki z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp ogólnikowe wyjaśnienia, zawierające gołosłowne, niczym nie potwierdzone, twierdzenia (często zresztą powtarzające się w wielu postępowaniach o udzielenie zamówienia), że zastrzeżone informacje mają duże znaczenie dla wykonawcy, że nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, że posiadają znaczną wartość gospodarczą, itd.*

Dla owego „wykazania” często nie wystarczą same deklaracje i twierdzenia, i wówczas wykonawca będzie zobowiązany nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić, czy choćby uprawdopodobnić, ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących

uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, a określonych w cytowanym powyżej art. 11 ust. 4 UZNK. Izba zauważa, że to od charakteru i rodzaju informacji, jak i innych okoliczności dotyczących danej informacji, jak i wykonawcy, będzie zależało to czy dla „wykazania” wystarczy jedynie wyjaśnienia z powołaniem się na uwarunkowania gospodarcze, geopolityczne, na zasady działania na danym rynku, itp., czy też konieczne będzie przedstawienie konkretnych dowodów, np. umów, koncepcji, raportów, itd. Czasem wystarczy odwołanie się do pewnych zdarzeń i związanych z nimi okoliczności, np. odwołanie się do faktu zawarcia konkretnej umowy w oznaczonej dacie z danym podmiotem i odniesienie się do niektórych postanowień takiej umowy.

Aby spełnić przesłankę „wykazania”, o której mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, wykonawca winien zatem wykazać, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. że spełniają łącznie wszystkie przesłanki, określone w art. 11 ust. 4 ustawy Pzp, a które zostały przytoczone powyżej. (...).

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 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, Izba oddaliła zarzut, uznając, że nie został udowodniony.

Dla stwierdzenia zmowy przetargowej, gdyż do tego *de facto* sprowadza się sformułowany zarzut, między w tym stanie faktycznym Zamawiającym, a Krypton Polska Sp. z o.o., konieczne jest stwierdzenie, że między uczestnikami rynku doszło do niedozwolonego porozumienia, którego celem lub skutkiem jest zakłócenie konkurencji na rynku. Ogólny zakaz zmów przetargowych wprowadza art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów [Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.], zakazując pomiędzy wykonawcami ustaleń, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegających w szczególności na uzgadnianiu warunków składanych ofert, zakresu prac lub ceny. Oczywistym jest także, że z uwagi na charakter tego rodzaju działania [w istocie - deliktu gospodarczego] a także konsekwencje, jakie się z nim wiążą, niespotykaną będzie sytuacja, że uczestnicy tego rodzaju porozumienia dadzą formalny wyraz, który pozwoli uchwycić porozumienie [np. zawrą w tej mierze stosowną umowę] czy w inny sposób będą je eksponować. Przeciwnie, tego rodzaju porozumienie będzie zwykle starannie ukrywane i zaprzeczane przez zainteresowane podmioty. W konsekwencji, stwierdzenie zmowy przetargowej wymaga każdorazowo ustalenia na podstawie okoliczności towarzyszących, analizy całokształtu zdarzeń i czynności, które mają miejsce, w taki sposób, że doprowadzą one do stwierdzenia, że w toku typowych, normalnych czynności, ocenianych przez pryzmat

logiki, zasad doświadczenia życiowego oraz statystycznego prawdopodobieństwa, pewne zdarzenia nie miałyby szansy zaistnieć, gdyby nie niedozwolone porozumienie. Innymi słowy, stwierdzenie zmywy przetargowej, o ile odbywa się nie na podstawie wyraźnego i pozostającego poza jakimikolwiek wątpliwościami porozumienia, wymaga ustalenia, że niepodobieństwem jest, by określony stan rzeczy zaistniał w wyniku zwykłego przypadku i normalnego, typowego przebiegu zdarzeń, lecz jego źródłem jest porozumienie zainteresowanych podmiotów mające na celu określony rezultat rynkowy. Oznacza to tyle, że nie jest właściwe ani dopuszczalne uznawanie, że wątpliwości co do istnienia niedozwolonego porozumienia należy rozstrzygać na niekorzyść wykonawców co do których takie wątpliwości występują a także, że nie można przyjmować na podstawie poszlak i okoliczności towarzyszących domniemania istnienia takiego porozumienia. Przeciwnie - te poszlaki muszą mieć taki rozmiar, że w świetle zasad logiki, doświadczenia życiowego, statycznych prawidłowości jako oczywisty w konkretnym stanie faktycznym będzie jawić się wniosek, że określony układ zdarzeń nie miałby miejsca, gdyby nie istnienie określonego porozumienia między podmiotami. Stąd - wbrew tezie formułowanej w odwołaniu - nie jest wystarczające dla stwierdzenia zmywy między wykonawcami dostrzeżenie "istnienia uzasadnionego podejrzenia, iż złożenie ofert w postępowaniu stanowi czyn nieuczciwej konkurencji". Dla stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji nie jest wystarczające podejrzenie, ale konieczne jest ustalenie zaistnienia niedozwolonego porozumienia.

Izba podnosi, że brak jest wiarygodnych podstaw do uznania zmywy przetargowej między Zamawiającym, a Krypton Polska Sp. z o.o. Należy zauważyć, że Zamawiający przedstawił dowód (korespondencje z Krypton Polska Sp. z o.o. oraz Comp SA) z którego wynikało, że w 2012 r. odbywał spotkania nie tylko z Krypton Polska Sp. z o.o., ale także z jednym z członków konsorcjum Odwołującego. Powyższą okoliczność potwierdził na rozprawie sam Odwołujący, co więcej wynika z nich, że organizatorem spotkania nie był Zamawiający, a inna instytucja, która także brała w nim udział.

Stanowisko Odwołującego, co do przedmiotu spotkania, Izba uznaje za polemiczne w stosunku do stanowiska Zamawiającego z rozprawy, albowiem Odwołujący w żaden wiarygodny sposób nie wykazał zasadności swoich podejrzeń. Brak jest podstaw do negacji też Zamawiającego przedstawionych na rozprawie co do charakteru i celu spotkań z 2012 r.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust 1 i 3 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, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

W ocenie Izby, brak jest podstaw prawnych do niedopuszczenia Krypton Polska Sp. z o.o. do udziału w aukcji elektronicznej z uwagi na przekroczenie wskazanego terminu zgłoszenia (w tym wypadku wskazanej godziny o 3 minuty). Ani bowiem z przepisów Pzp, ani z zaproszenia do aukcji elektronicznej nie wynika rygor takiego rodzaju. Jednocześnie, w sytuacji uznania tego zarzutu, nasuwa się pytanie, co do charakteru i skutków ewentualnej zmiany danych (zastąpienia jednych osób innymi) w tych zgłoszenia przez innych uczestników postępowania. Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie o sygn. akt: KIO 721/15 na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 741/15 – Krypton Polska Sp. z o.o.:

Izba dokonała następujących ustaleń dotyczących przedmiotowego odwołania.

W tym zakresie, Izba przywołuje wynikające z odwołania postanowienia SIWZ oraz przywołane dowody także w kontekście dowodów przywołanych na rozprawie oraz wynikających z dokumentacji postępowania, co zostanie przedstawione w toku rozpatrywania poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Wykonawców: Przedsiębiorstwa Badawczo Produkcyjnego Enamor Sp. z o.o. oraz Konsorcjum Koncept-ZSK, których treść nie odpowiada treści SIWZ, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

W tym wypadku, istotą zarzutu jest *de facto* kwestia poziomu szczegółowości oczekiwanego przez Zamawiającego opisu oferowanego rozwiązania. Należy zgodzić się ze stanowiskiem Przedsiębiorstwa Badawczo Produkcyjnego Enamor Sp. z o.o., że kwestia ta nie została uregulowana przez Zamawiającego, ani w Rozdz. VI pkt 4 lit. b SIWZ, ani też w żadnym innym fragmencie SIWZ. W rezultacie, braku precyzji w tym zakresie (SIWZ nie mówi o poziomie szczegółowości oczekiwanego opisu oferowanego rozwiązania) rodzi konieczność uznania, że nieprecyzyjne w tym względzie postanowienia SIWZ nie mogą działać na niekorzyść Wykonawców i skutkować odrzuceniem ofert obu Wykonawców: Przedsiębiorstwa Badawczo Produkcyjnego Enamor Sp. z o.o. oraz Konsorcjum Koncept-ZSK. Nawet ogólne opisy są bowiem wystarczające. Powyższa zasada wynika, chociażby

przykładowo w wyroku KIO z 15.07.2014 r., sygn. akt: KIO 1343/14: „Izba za orzecznictwem wskazuje, czego nie dostrzegł Zamawiający, że wszelkie niejasności w postanowieniach SIWZ działają każdorazowo na korzyść Wykonawców. W konsekwencji, Izba nie może przejść do porządku dziennego nad zaistniałą sytuacją. (...)”.

Nadto, w ocenie Izby, obaj Wykonawcy zaoferowali wariant 2 – zgodnie z którym – polega on na dostarczeniu innego rozwiązania (w oparciu o inny certyfikowany sprzęt ochrony kryptograficznej) (str. 26 OPZ). W efekcie, brak jest podstaw do kwestionowania zgodności treści oferty z postanowieniami SIWZ. Zamawiający nie wskazywał, że chodzi o „pojedynczy”, tak jak stwierdził Odwołujący w odwołaniu, szyfrator IP. Zgodnie zaś, z przywołaną powyżej zasadą niejednoznaczne postanowienia SIWZ nie mogą być one interpretowane na niekorzyść Wykonawców, w tym wypadku - Przedsiębiorstwa Badawczo Produkcyjnego Enamor Sp. z o.o. oraz Konsorcjum Koncept-ZSK. Co więcej zaoferowane urządzenie – szyfrator składający się z modułów, jak stwierdził na rozprawie Odwołujący, czy też szyfrator oparty na rozwiązaniu klastrowym, jak stwierdziło z kolei Przedsiębiorstwo Badawczo Produkcyjnego Enamor Sp. z o.o. – w ocenie Izby niewątpliwie będzie rozwiązaniem – w oparciu o inny certyfikowany sprzęt ochrony kryptograficznej. Ponadto, Przedsiębiorstwo Badawczo Produkcyjnego Enamor Sp. z o.o. podczas rozprawy przedłożyło dowody, co do technicznej realności zaoferowanego rozwiązania. W tym zakresie, należy zauważyć, że mimo ich złożenia w trybie art. 23 rozporządzenia, Izba wobec braku wymogu Zamawiającego podania w ofercie konkretnych danych zaoferowanego urządzenia, typu, producenta mogła oprzeć się na złożonym materiale dowodowym, mimo zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i ich nie znajomości przez Zamawiającego na etapie badania i oceny ofert, jak i w momencie uwzględnienia przedmiotowego odwołania (rozprawa jest wynikiem sprzeciwu – obecnych Przedsiębiorstwa Badawczo Produkcyjnego Enamor Sp. z o.o. oraz Konsorcjum Enigma-Comp). Powyższe okoliczności, w ocenie Izby, skutkują brakiem nie tylko podstaw do odrzucenia ofert obu Wykonawców Przedsiębiorstwa Badawczo Produkcyjnego Enamor Sp. z o.o. oraz Konsorcjum Koncept-ZSK, ale także zmniejszenia ilość punktów w trzecim kryterium – liczba szyfratorów w lokalizacji centralnej. Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Wykonawców: Przedsiębiorstwa Badawczo Produkcyjnego Enamor Sp. z o.o. oraz Konsorcjum Koncept-ZSK, podlegających odrzuceniu jako złożone przez Wykonawców podlegających wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia w związku ze złożeniem nieprawdziwych informacji, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu. Nie zostało złożone nieprawdziwe informacji, tak co do liczby szyfratorów, jak i też w ramach

udzielonych wyjaśnień. Oferowana liczba szyfratorów w lokalizacji centralnej odnosi się bowiem do oferowanego wariantu. Biorąc pod uwagę przyjęte rozwiązanie techniczne – w ramach zaoferowanego wariantu 2, oczekiwany termin certyfikacji (30.09.2015 r.), istnienie określonych urządzeń kryptograficznych na wykazach ABW i SKW, brak jest podstaw do wykluczenia z uwagi na złożenie nieprawdziwej informacji.

Odnosi się to także względem oświadczeń złożonych przez obu Wykonawców: Przedsiębiorstwo Badawczo Produkcyjnego Enamor Sp. z o.o. oraz Konsorcjum Koncept-ZSK, w toku udzielonych wyjaśnień (25 i 26.03.2015 r. „pierwsze wyjaśnienia”), co do zaoferowania szyfratorów IP występujących na wykazach ABW i SKW – w tym zakresie bowiem zaoferowano rozwiązanie - w oparciu o inny certyfikowany sprzęt ochrony kryptograficznej.

W tym kontekście Izba przywołuje orzecznictwo – wyrok KIO z 14.01.2015 r., sygn. akt: KIO 2826/14, czy też wyrok KIO z 15.07.2014 r., sygn. akt: KIO 1343/14: *"Identyfikacja należy odnieść się do kwestii złożenia nieprawdziwej informacji wobec nieprecyzyjności postanowień SIWZ będących ewentualną podstawą stwierdzenia takiej nieprawdziwości. W tym zakresie Izby wskazuje na wyrok z dnia 14.04.2011 r., sygn. akt: KIO 706.11: "Art. 24 ust. 2 pkt 3 stanowi, że zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Czynność wykluczenia na podstawie przywołanego przepisu może być dokonana w razie kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji oraz wpływu informacji na wynik postępowania. Wpływ może mieć charakter bezpośredni (verba legis "mające wpływ"), gdy wprost rzutuje na wynik postępowania - wybór najkorzystniejszej oferty lub pośredni (verba legis "mogące mieć wpływ"), gdy na danym etapie postępowania wybór oferty jeszcze nie nastąpił, lecz informacje mają znaczenie dla możliwości uzyskania zamówienia przez danego wykonawcę. Informacja są nieprawdziwe kiedy prezentują stan inny, niż w rzeczywistości. Niezgodność powinna mieć charakter obiektywny w danych okolicznościach faktycznych i prawnych. Nie można mówić o nieprawdziwości informacji, w sytuacji, gdy postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszenia mogą być rozbieżnie interpretowane, a wykonawca działający z należytą starannością rozumie je inaczej, niż zamawiający." Podobnie Izba stwierdziła w wyroku KIO z dnia 28.11.2012 r., sygn. akt: KIO 2548/12, czy też w wyroku KIO z dnia 03.09.2013 r., sygn. akt: KIO 2005/13."* Biorąc pod uwagę powyższe, orzeciono jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez dopuszczenie zmiany treści oferty Konsorcjum Koncept-ZSK, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu. Uzyskane przez Zamawiającego wyjaśnienia, tak tzw. „pierwsze” (z 26.03.2015 r.), jak i „drugie” (z 30.03.2015 r.) nie zmieniają treści złożonej

oferty. Należy bowiem podkreślić, że nie było wymogu podania konkretnego urządzenia, typu, ani też producenta, zaś wymóg posiadania certyfikatu ochrony kryptograficznej dla urządzenia został określony przez Zamawiającego na moment dostawy (OPZ – str. 27 SIWZ). Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia ofert Wykonawców: Przedsiębiorstwa Badawczo Produkcyjnego Enamor Sp. z o.o. oraz Konsorcjum Koncept-ZSK, których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu. Dla stwierdzenia zmowy przetargowej, gdyż do tego *de facto* sprowadza się sformułowany zarzut, między w tym stanie faktycznym Wykonawcami: Przedsiębiorstwo Badawczo Produkcyjnego Enamor Sp. z o.o. oraz Konsorcjum Koncept-ZSK, konieczne jest stwierdzenie, że między uczestnikami rynku doszło do niedozwolonego porozumienia, którego celem lub skutkiem jest zakłócenie konkurencji na rynku. Ogólny zakaz zmów przetargowych wprowadza art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów [Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.], zakazując pomiędzy wykonawcami ustaleń, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegających w szczególności na uzgadnianiu warunków składanych ofert, zakresu prac lub ceny. Oczywistym jest także, że z uwagi na charakter tego rodzaju działania [w istocie - deliktu gospodarczego] a także konsekwencje, jakie się z nim wiążą, niespotykaną będzie sytuacja, że uczestnicy tego rodzaju porozumienia dadzą formalny wyraz, który pozwoli uchwycić porozumienie [np. zawrą w tej mierze stosowną umowę] czy w inny sposób będą je eksponować. Przeciwnie, tego rodzaju porozumienie będzie zwykle starannie ukrywane i zaprzeczane przez zainteresowane podmioty. W konsekwencji, stwierdzenie zmowy przetargowej wymaga każdorazowo ustalenia na podstawie okoliczności towarzyszących, analizy całokształtu zdarzeń i czynności, które mają miejsce, w taki sposób, że doprowadzą one do stwierdzenia, że w toku typowych, normalnych czynności, ocenianych przez pryzmat logiki, zasad doświadczenia życiowego oraz statystycznego prawdopodobieństwa, pewne zdarzenia nie miałyby szansy zaistnieć, gdyby nie niedozwolone porozumienie. Innymi słowy, stwierdzenie zmowy przetargowej, o ile odbywa się nie na podstawie wyraźnego i pozostającego poza jakimikolwiek wątpliwościami porozumienia, wymaga ustalenia, że niepodobieństwem jest, by określony stan rzeczy zaistniał w wyniku zwykłego przypadku i normalnego, typowego przebiegu zdarzeń, lecz jego źródłem jest porozumienie zainteresowanych podmiotów mające na celu określony rezultat rynkowy. Oznacza to tyle, że nie jest właściwe ani dopuszczalne uznawanie, że wątpliwości co do istnienia niedozwolonego porozumienia należy rozstrzygać na niekorzyść wykonawców co do których

takie wątpliwości występują a także, że nie można przyjmować na podstawie poszlak i okoliczności towarzyszących domniemania istnienia takiego porozumienia. Przeciwnie - te poszlaki muszą mieć taki rozmiar, że w świetle zasad logiki, doświadczenia życiowego, statycznych prawidłowości jako oczywisty w konkretnym stanie faktycznym będzie jawić się wniosek, że określony układ zdarzeń nie miałby miejsca, gdyby nie istnienie określonego porozumienia między podmiotami. Stąd - wbrew tezie formułowanej w odwołaniu - nie jest wystarczające dla stwierdzenia zmywy między wykonawcami dostrzeżenie "istnienia uzasadnionego podejrzenia, iż złożenie ofert w postępowaniu stanowi czyn nieuczciwej konkurencji". Dla stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji nie jest wystarczające podejrzenie, ale konieczne jest ustalenie zaistnienia niedozwolonego porozumienia.

Okoliczność zmywy nie można wywieść w sposób bezsporny z faktu podania przez Wykonawców: Przedsiębiorstwo Badawczo Produkcyjnego Enamor Sp. z o.o. oraz Konsorcjum Koncept-ZSK takiej samej ceny, okresu gwarancji oraz liczby szyfratorów. Możliwość złożenia takiej samej ceny jest zjawiskiem uregulowanym w art. 91 ust. 5 Pzp. Kwestia podania takiego samego okresu gwarancji (36 miesięcy) jest powszechnym zjawiskiem w postępowaniach przetargowych, w tym postępowaniu taki sam okres gwarancji zaoferowali wszyscy 4 Wykonawcy, którzy złożyli oferty. Podanie takiej samej liczby szyfratorów w zaoferowanym wariantcie jest wynikiem przyjętego rozwiązania technicznego oraz faktu, że ich producentem będzie jeden z członków Konsorcjum Enigma-Comp, co potwierdziło na rozprawie Przedsiębiorstwo Badawczo Produkcyjnego Enamor Sp. z o.o. (Konsorcjum Koncept-ZSK wskazało tą okoliczność w wyjaśnieniach z 30.03.2015 r.).

Izba podkreśla, że dokonane uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania, nie uprawnia Zamawiającego do formułowania nowych zarzutów, czy też rozszerzania pierwotnych zarzutów przedmiotowego odwołania – w tym wypadku o zmywę przetargową między Przedsiębiorstwo Badawczo Produkcyjnego Enamor Sp. z o.o., Konsorcjum Koncept-ZSK, a Konsorcjum Enigma-Comp. Dotyczy to także składu dowodów – notatka szacująca, która de facto została stworzona na potrzeby oszacowania wartości zamówienia, a nie na okoliczność zmywy. Nadto, okoliczność korzystania z ofert producenta przez dostawców danego sprzętu jest działaniem standardowym i samo w sobie nie świadczy o zmywie. Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 36b ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Wykonawców: Przedsiębiorstwa Badawczo Produkcyjnego Enamor Sp. z o.o. oraz Konsorcjum Koncept-ZSK, do złożenia wyjaśnień w zakresie obowiązku wskazania w treści oferty podwykonawców, którym Wykonawca zamierza powierzyć realizację części zamówienia, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu. W ocenie Izby, z charakteru odpłatności wynika, iż nie można wskazywać

producenta (gwaranta sprzętu) jako swego podwykonawcę, gdyż wszelkie czynności gwarancyjne są wykonywane nieodpłatnie w ramach warunków udzielonej gwarancji przez producenta. Wobec nieistnienia czynnika odpłatności nie istnieje także forma zawierania umowy na wykonanie czynności gwarancyjnych, a tym samym brak jest podstaw do podawania podmiotu udzielającego gwarancji, jako swego podwykonawcy. Podobnie za wyrokiem KIO z dnia 03.10.2013 r., sygn. akt: KIO 1667/13: *"autoryzowany usługodawca (...) wskazany do świadczenia usług serwisowych (...) nie może być uznany jako podwykonawca wykonawcy składającego ofertę"* (za wyrokiem KIO z dnia 17.01.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 66/07)(...), nadinterpretacją byłoby utożsamianie pojęcia "podwykonawcy" z "producentem sprzętu". *Za podwykonawcę należy uznać podmiot, czy osobę, której wykonawca będzie powierzał (zlecał) wykonanie określonej dostawy, czy usługi, natomiast za producenta należy uznać osobę lub przedsiębiorstwo produkujące jakieś dobra materialne (za Słownikiem Współczesnego Języka Polskiego, pod redakcją A. Sikorskiej-Michalak, 2001 r.). Producentem zatem jest każdy podmiot, który produkuje określone towary w celu sprzedaży ich na rynku. Stawianie znaku równości pomiędzy podwykonawcą, a producentem sprzętu w świetle przytoczonych definicji nie jest zasadne."* (wyrok KIO z dnia 18.02.2008 r., KIO/UZP 84/08). Dodatkowo, Izba wskazuje, że z przedłożonego na rozprawie wykazu zamówień przez Przedsiębiorstwo Badawczo Produkcyjnego Enamor Sp. z o.o. wynika, że Wykonawca niniejszy świadczy również usługi serwisowe. Niewątpliwie także obaj Wykonawcy Przedsiębiorstwa Badawczo Produkcyjnego Enamor Sp. z o.o. oraz Konsorcjum Concept-ZSK będą odpowiadać za tego rodzaju usługi. Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 91a ust. 1 w zw. z art. 89 ust 1 pkt. 3 Pzp, poprzez wyznaczenie przez Zamawiającego aukcji elektronicznej, w sytuacji gdy złożono jedynie dwie niepodlegające odrzuceniu oferty, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu. W tym zakresie na obecnym etapie postępowania brak jest podstaw do uznania braku konieczności przeprowadzenia aukcji elektronicznej i uznania, że w przedmiotowym postępowaniu przetargowym mamy do czynienia z mniej niż 3 podmiotami. Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 91b ust. 1 w zw. z art. 89 ust 1 pkt 3 Pzp, poprzez zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej wykonawców, których oferty podlegały odrzuceniu, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu. W tym zakresie, Izba uznała jak powyżej, w kontekście oddalenia poprzednich zarzutów. Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie o sygn. akt: KIO 741/15 na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp w związku z § 13 ust. 3 zd. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t. j. Dz. U. z 2014 poz. 964), wydała w sprawach o sygn. akt: KIO 721/15, sygn. akt: KIO 741/15 orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 721/15 o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....