

WYROK

z dnia 13 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Klaudia Szczytowska-Maziarz

Monika Szymanowska

Protokolant: Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 sierpnia 2019 r. przez wykonawcę Elbit Systems Land and C4I Ltd. z siedzibą w Izraelu, Netanya 42507, ul. Hagavish Str.5 w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Inspektorat Uzbrojenia, Warszawa 00-909, ul. Królewska 1/7

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Siltec sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie oraz Exensor Technology AB z siedzibą w Lund, Szwecja zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1504/19 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Elbit Systems Land and C4I Ltd. z siedzibą w Izraelu, Netanya 42507, ul. Hagavish Str.5 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Elbit Systems Land and C4I Ltd. z siedzibą w Izraelu, Netanya 42507, ul. Hagavish Str.5 tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

## Uzasadnienie

Zamawiający: Inspektorat Uzbrojenia, Warszawa 00-909, ul. Królewska 1/7 wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem na „Dostawę dla Sił Zbrojnych RP 116 kpi. Systemów Sensorów Rozpoznawczych (SSR) w latach 2015-2022”, nr IU/29/V-16/ZO/NZO/DOS/SS/2015.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod nr 2015/S 075-131900 w dniu 17 kwietnia 2015 r.

W dniu 20 maja 2019 r. w postępowaniu o udzielenie zamówienia złożone zostały trzy oferty, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Siltec sp. z o.o. oraz Exensor Technology AB, Odwołującego: Elbit Systems Land and C4I Ltd. z siedzibą w Izraelu, Netanya 42507, ul. Hagavish Str.5 oraz wykonawcy WB Electronics sp. z o.o.

Wykonawcy ci zaofertowali następujące ceny realizacji Zamówienia: Konsorcjum Siltec - 66.709.795,38 zł brutto; Odwołujący - 77.242.806,90 zł brutto (po doliczeniu przez Zamawiającego podatku VAT); WB Electronics - 161.457.672,00 zł brutto.

Kwota, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację Zamówienia wynosiła 347.780.000,00 zł brutto.

W dniu 23 lipca 2019 r. Odwołujący: powziął wiadomość o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Siltec sp. z o.o. oraz Exensor Technology AB, zwany dalej konsorcjum Siltec, a w dniu 24 lipca 2019 r. uzyskał dostęp do protokołu postępowania wraz z załącznikami, natomiast wyjaśnienia konkurenta dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny nie zostały mu udostępnione.

Nie zgadzając się z powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący w dniu 2 sierpnia 2019r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego polegających na:

1. uznaniu za skuteczne zastrzeżenia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Siltec sp. z o.o. oraz Exensor Technology AB całości treści wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość

ceny złożonych w dniu 7 czerwca 2019 r, jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa i w konsekwencji nieudostępnienie ich Odwołującemu;

2. dokonaniu oceny złożonych ofert oraz dokonaniu wyboru oferty Konsorcjum Siltec jako najkorzystniejszej.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił:

1. naruszenie art 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Siltec pomimo tego, że treść tej oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”, tj. pomimo tego, że w zakresie wymogu określonego w pkt V.2 SIWZ każdy wykonawca miał obowiązek złożenia zaświadczenia (lub dokumentu równoważnego) niezależnego podmiotu

poświadczającego zgodność działań wykonawcy z publikacją AQAP 2130 (lub publikacją równoważną), podczas gdy Konsorcjum Siltec złożyło wraz z ofertą takie zaświadczenie wydane jedynie w stosunku do wykonawcy Siltec sp. z o.o., a zatem wbrew wynikającemu z pkt V.2 SIWZ obowiązkowi nie wykazało zgodności działań wykonawcy Exensor Technology AB z publikacją AQAP 2130 lub publikacją równoważną, a zatem wymóg określony w pkt V.2 został w wypadku Konsorcjum Siltec spełniony jedynie w zakresie jednego z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie Zamówienia, w sytuacji w której w realizację Zamówienia zaangażowanych byłoby dwóch wykonawców, a zatem działania obu z nich powinny być zgodne z publikacją AQAP 2130 lub publikacją równoważną;

2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Siltec pomimo tego, że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ, bowiem w rzeczywistości nie spełnia wymogu określonego w pkt 6.1.6 załącznika nr 1 do SIWZ - Wstępnych Założeń Taktyczno- Technicznych dla Systemów Sensorów Rozpoznawczych (SSR) („WZTT”), tj. nie zapewnia, że sensor będzie zabezpieczony przed wprowadzeniem dezinformacji w pracy sieci w przypadku przejścia sensora przez przeciwnika;

3. naruszenie art. 8 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie, że zastrzeżenie przez Konsorcjum Siltec całości treści

wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny złożonych w dniu 7 czerwca 2019 r, jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa, podczas gdy zastrzeżenie to powinno odnosić się jedynie do poszczególnych informacji, a nie całego dokumentu, w którym informacje te mogą się znajdować, w sytuacji, w której zastrzeżenie to uniemożliwia weryfikację tych wyjaśnień innym wykonawcom i utrudnia im skorzystania z przysługujących środków ochrony prawnej, co stanowi naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

4. a także - ewentualnie i jedynie na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 3 powyżej - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Siltec pomimo tego, że oferta ta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wskazując na powyższe zarzuty wnosił o:

1. uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

a. unieważnienia czynności polegających na dokonaniu oceny złożonych ofert oraz

dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Siltec;

b. powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert;

c. odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum Siltec;

2. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania i nakazanie Zamawiającemu zwrotu na rzecz Odwołującego uzasadnionych kosztów Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocników.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z pkt V.2 SIWZ - w brzmieniu nadanym w wyjaśnieniach treści SIWZ przekazanych wykonawcom przez Zamawiającego w dniu 10 kwietnia 2019 r. - Zamawiający wymagał, by do oferty wykonawcy dołączyli: zaświadczenie (lub dokument równoważny) niezależnego podmiotu poświadczającego zgodność działań Wykonawcy z publikacją AQAP 2130 (lub publikacją równoważną).

Jednocześnie, w pkt 6.1.6 WZTT Zamawiający określił następujące wymaganie: Przejęty przez przeciwnika sensor powinien być zabezpieczony przed skopiowaniem zgromadzonych danych, rozpoznaniem zastosowanego systemu kodowania i sposobu przesyłania informacji oraz wprowadzeniem dezinformacji w pracy sieci w przypadku

przejęcia sensora przez przeciwnika.

Odwołujący zauważył, że Konsorcjum Siltec do złożonej oferty dołączyło certyfikat wystawiony przez Centrum Certyfikacji Jakości Wojskowej Akademii Technicznej, poświadczający, że wykonawca Siltec sp. z o.o. posiada wdrożony i ciągle doskonalony system zarządzania jakością spełniający wymagania AQAP 2110:2016 (przy czym w wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 6 maja 2019 r.

Zamawiający potwierdził, że przedłożone dokumenty poświadczające zgodność działań wykonawcy z publikacją AQAP 2110, która zastąpiła publikację AQAP 2130, będą wystarczające dla spełnienia wymogu określonego w pkt V.2 SIWZ).

Konsorcjum Siltec nie złożyło natomiast żadnego dokumentu poświadczającego spełnienie wymogu wynikającego z pkt V.2 SIWZ w stosunku do Exensor Technologies AB.

W załączniku nr 2 do złożonej oferty (pkt 11, str. 7 załącznika) Konsorcjum Siltec zawarło oświadczenie, że oferowane przez Konsorcjum sensory spełniają wymagania określone w pkt 6.1.6 WZTT.

Wskazał, że w kolumnie „sposób spełnienia wymagania lub odniesienie do dokumentu” Konsorcjum Siltec zawarło następujące wyjaśnienie: Dane przechowywane w czujnikach i przesyłane z i do czujników mogą być szyfrowane z wykorzystaniem AES256. W przypadku zmiany położenia sensora/ kamery, klucz szyfrujący może być usunięty automatycznie lub na żądanie, co spowoduje, że informacje przesyłane z i do danego czujnika/ kamery nie będą mogły być odczytane. Ze względu na szyfrowaną komunikację wróg nie może przejąć kontroli nad urządzeniem, ani wprowadzać dezinformacji.

Odwołujący zaznaczył również, że w dniu 23 maja 2019 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum Siltec do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Podniósł, że na wezwanie to Konsorcjum Siltec odpowiedziało w dniu 7 czerwca 2019 r., gdzie w piśmie Konsorcjum Siltec zostało wskazane, że same wyjaśnienia dotyczące ceny (stanowiące załącznik nr 3 do tego pisma, jak również kalkulacja kosztów wykonania zamówienia, oświadczenie dotyczące kosztów komponentów wykonawcy Exensor Technologies AB, kalkulacja kosztów wykonania zamówienia wykonawcy Exensor Technologies AB oraz oferty na komponenty, stanowiące załączniki od 4 do 7 do ww. pisma)

zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa i w związku z tym powinny

6

zostać zachowane w poufności.

Odwołujący zarzucił, że w samym piśmie przewodnim złożonym w dniu 7 czerwca 2019 r. nie zostały zawarte żadne informacje dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Siltec pomimo tego, że treść tej oferty jest

niezgodna z pkt V.2 SIWZ Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający określił w pkt V.2 SIWZ wymóg, polegający na obowiązku przedłożenia przez wykonawców dokumentu potwierdzającego, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, tj. dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wyjaśnił, że wymagany przez Zamawiającego dokument miał potwierdzać, że działania wykonawcy są zgodne z określonym standardem jakości, tj. z publikacją AQAP 2130.

AQAP (Allied Quality Assurance Publications), tj. Sojusznicze Publikacje Standaryzacyjne dotyczące Zapewnienia Jakości, to normy jakości opracowane przez NATO, które są powszechnie stosowane w zamówieniach dotyczących m.in. sprzętu wojskowego w krajach NATO.

Standard AQAP 2130 (obecnie standard AQAP 2110, który zastąpił AQAP 2130) obejmuje m.in. normy jakości w procesie produkcji, kontroli i badania produktów na kolejnych etapach wytwarzania i ma na celu zapewnienie uzyskania wyrobu finalnego spełniającego wymagania NATO.

Standard ten wprowadza wymogi w odniesieniu do sposobu postępowania wykonawcy w takich obszarach, jak prowadzenie kontroli wszystkich procesów w trakcie wytwarzania produktu, przeprowadzanie audytów wewnętrznych, współpraca z podwykonawcami itd.

Postępowanie zgodne ze standardem AQAP 2130 zapewnia dostarczenie Zamawiającemu produktu spełniającego kryteria jakości oczekiwane w państwach członkowskich NATO.

Zdaniem Odwołującego - Zamawiający nabywający sensory rozpoznawcze na potrzeby Sił Zbrojnych RP - oczekiwał zatem, że zamówienie zrealizuje wykonawca, którego

7

wewnętrzna organizacja daje rękojmię wiarygodności oraz rzetelnego wykonania dostaw, wyrażającą się w spełnieniu ustalonych w ramach NATO standardów jakości (lub standardów równoważnych).

Zauważył również, że Zamawiający przewidział również we wzorze umowy (załącznik nr 2 do SIWZ) postanowienia dot. obowiązku przestrzegania standardów jakości AQAP oraz nadzoru w tym zakresie (§ 6 ust. 7 wzoru umowy, w brzmieniu nadanym w wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 10 kwietnia 2019 r.).

W ocenie Odwołującego - w wypadku Konsorcjum Siltec, jeżeli zawrze ono umowę z Zamawiającym, w realizację Zamówienia zaangażowanych będzie dwóch wykonawców.

Wyjaśnił, że z załącznika nr 1 do oferty Konsorcjum Siltec wprost wynika, że producentem szeregu głównych elementów ukompletowania jednego zestawu sensorów rozpoznawczych będzie Exensor Technologies AB, który dostarczy kamery dziennie-nocne, same sensory rozpoznawcze, sensory przekaźnikowe, przenośny terminal kontroli i odbioru danych, indywidualny zestaw osprzętu i części zapasowych oraz zestawy naprawcze.

Z kolei wykonawca Siltec sp. z o.o. - co również wynika wprost z Załącznika nr 1 do oferty - weźmie jedynie udział w przygotowaniu dokumentacji użytkownika, dokumentacji technicznej oraz materiałów szkoleniowych. Pozostałe elementy ukompletowania zestawów sensorów będą dostarczone przez zewnętrznych producentów.

Z powyższej oferty Konsorcjum Siltec - w opinii Odwołującego - wynika zatem, że najistotniejszą częścią zamówienia (tj. dostawę samych sensorów i kluczowych elementów ukończenia zastawów sensorów) wykona Exensor Technologies AB, natomiast rola wykonawcy Siltec sp. z o.o. jest zdecydowanie mniejsza.

Powyższe oznacza - jak twierdzi Odwołujący, że działania, których zgodność z publikacją AQAP 2130 (lub równoważną) będzie dla Zamawiającego kluczowa, będą podejmowane przez Exensor Technologies AB, a zatem przez podmiot, co do którego nie wiadomo, czy spełnia on ww. standardy jakości, bowiem Konsorcjum Siltec nie przedłożyło w tym zakresie żadnego dokumentu.

Podniósł, że jedyny dokument złożony wraz z ofertą poświadczający zgodność z publikacją AQAP 2130 lub równoważną dotyczy wykonawcy Siltec sp. z o.o., a zatem wykonawcy którego zaangażowanie w realizację Zamówienia będzie znacznie mniejsze.

W przekonaniu Odwołującego - w wypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o Zamówienie wymóg określony w pkt 5.2 SIWZ powinni spełnić wszyscy tacy wykonawcy, a w szczególności ci, którzy będą faktycznie zaangażowani w realizację zamówienia, tj. w tym wypadku przede wszystkim wykonawcy, którzy wyprodukują elementy składające się na zestawy sensorów rozpoznawczych.

Wskazał, że zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wymóg ten ma bowiem charakter przedmiotowy, tj. w tym wypadku dotyczy zgodności dostaw z wymaganiami Zamawiającego, w związku z czym całość realizacji dostaw powinna ten wymóg spełniać.

Stwierdził, że w wypadku Konsorcjum Siltec, zasadnicze znaczenie ma zatem, by to wykonawca Exensor Technologies AB spełniał ww. standardy jakościowe.

Odwołujący stanął na stanowisku, że fakt zgodności działań wykonawcy Siltec sp. z o.o. ze standardem AQAP 2110 nie potwierdza zatem w żaden sposób, że również wykonawca Exensor Technologies AB działa zgodnie z tym standardem, a poświadczenie zgodności z ww. standardem jedynie przez Siltec sp. z o.o. nie może zatem zostać uznane za wystarczające, tym bardziej, że zaangażowanie Exensor Technologies AB w realizację Zamówienia będzie przeważające.

W związku z powyższym wyraził pogląd, że oferta Konsorcjum Siltec, do której nie zostało dołączone wymagane w pkt 5.2 SIWZ zaświadczenie (lub dokument równoważny) niezależnego podmiotu poświadczające zgodność działań wykonawcy Exensor Technologies AB z publikacją AQAP 2130 (lub publikacją równoważną), jest niezgodna z SIWZ, a zatem podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Siltec pomimo tego, że treść tej oferty jest niezgodna z pkt 6.1.6 WZTT zwrócił uwagę, że w tym postanowieniu Zamawiający określił wymóg odnoszący się do sytuacji, w której sensor rozpoznawczy dostarczony w ramach realizacji zamówienia zostałby przejęty przez przeciwnika.

Zauważył przy tym, że w tym zakresie Zamawiający wymagał, by dostarczony sensor posiadał zabezpieczenia chroniące przed następującymi rodzajami ingerencji ze strony przeciwnika, tj.:

- przed skopiowaniem zgromadzonych danych (tj. danych znajdujących się w pamięci sensora);
- przed rozpoznaniem zastosowanego systemu kodowania i sposobu przesyłania

informacji;

- przed wprowadzeniem dezinformacji w pracy sieci.

Wskazał, że z treści oferty Konsorcjum Siltec wynika, że Konsorcjum w ramach ww. wymogu zastosowało rozwiązanie polegające na szyfrowaniu przesyłanych danych oraz danych przechowywanych w sensorach, wraz z możliwością usunięcia klucza szyfrującego w sposób automatyczny lub na żądanie.

Odwołujący oświadczył, że nie kwestionuje, że zastosowanie wskazanego przez Konsorcjum Siltec rozwiązania może zabezpieczać przed odczytaniem danych znajdujących się w pamięci sensora oraz przesyłanych z i do sensora.

Zarzucił jednak, że rozwiązanie to nie zabezpiecza jednak przez wprowadzeniem przez przeciwnika dezinformacji w pracy sieci, w szczególności nie chroni przed dezinformacją, w szczególności w postaci ataków typu replay, ataków typu Sybil oraz ataków typu sinkhole.

Wyjaśnił, że Szyfrowanie danych jest środkiem przeciwdziałania nieuprawnionemu dostępowi do treści danych, w związku z czym może chronić sensor rozpoznawczy w tym zakresie, że przeciwnik nie zrozumie treści danych wymienianych przez wykorzystaniu sensora.

Według Odwołującego - szyfrowanie nie chroni jednak przed atakami dezinformacyjnymi, które można przeprowadzić bez konieczności zrozumienia treści przesyłanych danych, a dotyczy to w szczególności zagrożeń polegających na utrwaleniu przesyłanych danych (bez odczytania ich treści) oraz wprowadzeniu (w tym multiplikowaniu) tak utwalonych danych do sieci (atak typu replay), co skutkuje dezorganizacją w jej pracy (w tym wypadku może skutkować przede wszystkim zafałszowaniem odczytów z sensorów).

Stwierdził również, że szyfrowanie nie będzie chronić przed atakiem polegającym na niszczeniu przez przejęty sensor danych przesyłanych w ramach sieci, tak, by nie były one przesyłane dalej (tzw. ataki typu sinkhole) i szyfrowanie będzie niewystarczające także w przypadku ataku typu Sybil, który może polegać na wykorzystaniu przejętego sensora do wprowadzenia do sieci informacji o wielu identyfikatorach i lokalizacjach geograficznych jednocześnie (mającym na celu rozpowszechnienie takich informacji w sieci i w ten sposób również dezorganizację jej pracy), bowiem szyfrowanie danych może zabezpieczyć przed takim atakiem jedynie w formie zewnętrznej (gdy przeciwnik próbuje zakłócić pracę sieci działając spoza sieci, tj. bez dostępu do jej konkretnego elementu.).

Przekonywał, że w wypadku ataku Sybil w formie wewnętrznej (tj. w przypadku przejścia elementu sieci, jak np. sensora) szyfrowanie danych nie zapewni ochrony.

Zdaniem Odwołującego - w celu właściwego zabezpieczenia przed dezinformacją w formie ww. rodzajów ataków, a zatem w celu prawidłowego spełnienia wymagania określonego w pkt 6.1.6 WZTT, konieczne jest zastosowanie dodatkowych do szyfrowania i zniszczenia kluczy mechanizmów bezpieczeństwa.

Wskazał przy tym, że z Załącznika nr 2 do oferty Konsorcjum Siltec wprost wynika, że jedynym przewidzianym przez Konsorcjum środkiem mającym przeciwdziałać dezinformacji w pracy sieci w wypadku przejścia sensora przez przeciwnika jest szyfrowanie danych i usunięcie klucza.

Jak wyjaśniono powyżej, rozwiązanie to jest w tym zakresie niewystarczające, bowiem nie chroni przed takimi formami dezinformacji, które nie wymagają odkodowania przesyłanych informacji.

Zważywszy, że w ramach spełnienia wymogu określonego w pkt 6.1.6 WZTT Konsorcjum Siltec nie przewidziało żadnych innych rozwiązań - poza szyfrowaniem danych i zniszczeniem klucza - Odwołujący stwierdził, że wymóg ten nie został spełniony.

W związku z powyższym Odwołujący uznał, że oferta Konsorcjum Siltec jest niezgodna z SIWZ (tj. z WZTT, stanowiącym załącznik do SIWZ, będący jego integralną częścią), a zatem podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Kolejny zarzut dotyczył naruszenia art. 8 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie skuteczności zastrzeżenia przez Konsorcjum Siltec całości treści wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa.

Niezależnie do zarzutów wskazanych powyżej, Odwołujący wskazał, że w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu doszło do naruszenia zasady jawności, co w konsekwencji doprowadziło również do naruszenia zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji oraz równości wykonawców, bowiem skutkuje po stronie Odwołującego znaczącym utrudnieniem w zakresie możliwości korzystania z przysługujących mu środków ochrony prawnej, bowiem Konsorcjum Siltec złożyło odpowiedź na otrzymane od Zamawiającego wezwanie do udzielenia wyjaśnień w sprawie elementów 11 oferty mających wpływ na wysokość ceny, jednakże treść tej odpowiedzi została w rzeczywistości w całości utajniona, jako objęta tajemnicą przedsiębiorstwa.

W konsekwencji, zarzucił, że Odwołującemu nie udostępniono w ogóle wyjaśnień Konsorcjum Siltec, a zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający nie ujawnia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a także stosownie do art. 11 ust. 4 tej ustawy, 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.

Przyznała, że ograniczenie jawności może zatem dotyczyć jedynie tych - i żadnych innych - informacji.

Wskazał, że w przypadku wyjaśnień Konsorcjum Siltec Zamawiający uznał za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do całości wyjaśnień (załącznik nr 3 do pisma Konsorcjum Siltec z dnia 7 czerwca 2019 r.) oraz całości kalkulacji kosztów wykonania Zamówienia (zawarte w załączniki nr 4 i nr 6 do pisma Konsorcjum Siltec z dnia 7 czerwca 2019 r.), a nie jedynie w stosunku do fragmentów zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zdaniem Odwołującego - zachowanie tego rodzaju informacji w tajemnicy nie może jednak prowadzić do utajnienia złożonych wyjaśnień w całości, co uniemożliwia Odwołującemu ich ocenę i weryfikację.

W niniejszej sprawie, utajnienie całości wyjaśnień miało na celu - według Odwołującego - uniemożliwienie ich weryfikacji przez innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, w szczególności przez Odwołującego, bowiem nie ma wątpliwości co do tego, że składając wyjaśnienia Konsorcjum Siltec miało pełną świadomość faktu, że inni wykonawcy będą chcieli wyjaśnienia te zweryfikować.

Stwierdził, że doprowadzając do utajnienia całości treści złożonych wyjaśnień Konsorcjum Siltec zmierzało natomiast do uniemożliwienia tej weryfikacji m.in. Odwołującemu.

Zarzucił również, że przedłożone przez Konsorcjum Siltec uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (złożone osobno przez każdego z członków Konsorcjum) nie

wynika bowiem wprost, jakie konkretnie kategorie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa zostały zawarte w poszczególnych fragmentach wyjaśnień.

W ocenie Odwołującego - uzasadnienie zawiera głównie ogólnikowe stwierdzenia (z wyjątkiem wskazania na zawarcie w wyjaśnieniach informacji stanowiących „know-how” wykonawcy Exensor Technologies AB, przy czym również w tym wypadku nie wskazano o jakie rodzaje informacji chodzi).

Natomiast, wskazał, że określenie charakteru tych informacji jest jednym z obligatoryjnych elementów badania przez Zamawiającego zaistnienia przesłanek objęcia danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zaznaczył, że zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp zastrzeżenie tajemnicy nie może być uznane za skuteczne bez wykazania, że konkretne informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy.

Argumentował, że Zamawiający jednak - pomimo niewykazania przez Konsorcjum Siltec, że zastrzeżenie całości złożonych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest dopuszczalne - uznał to zastrzeżenie za skuteczne, w konsekwencji uniemożliwiając Odwołującemu ich weryfikację.

W ocenie Odwołującego - powyższe postępowanie Zamawiającego doprowadziło do ograniczenia prawa Odwołującego do skorzystania ze środka ochrony prawnej.

Działanie tego rodzaju zdecydowanie należało uznać za - zgodnie z jego twierdzeniem - naruszenie przez Zamawiającego zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji oraz równości wykonawców, bowiem prowadzi ono wprost do uprzywilejowania pozycji Konsorcjum Siltec względem Odwołującego.

Naruszenie jawności postępowania wpływające na ograniczenie prawa do skorzystania ze środków ochrony prawnej ma przy tym wpływ na wynik postępowania, bowiem zmierza do ograniczenia skuteczności wniesionego odwołania, którego rezultatem może być np. właśnie unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

W zakresie zarzutu ewentualnego dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Siltec pomimo tego, że oferta ta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia Odwołujący stwierdził, że z uwagi na utajnienie całości treści wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ

na wysokość ceny złożonych przez Konsorcjum Siltec w dniu 7 czerwca 2019 r., Odwołujący nie ma możliwości dokonania ich weryfikacji, w związku z czym jego możliwości w zakresie podniesienia zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp są znacząco ograniczone.

Z ostrożności - oraz jedynie na wypadek nieuwzględnienia przez Zamawiającego wskazanego powyżej zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezasadne uznanie skuteczności utajnienia przez Konsorcjum Siltec całości treści wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny — Odwołujący zarzucił również, że złożona przez Konsorcjum Siltec oferta, zakładająca wykonanie Zamówienia za cenę w wysokości 66.709.795,38 zł brutto, nie pozwoli na realizację Zamówienia z zyskiem, a zatem zawiera cenę rażąco niską w stosunku w przedmiotu zamówienia.

W tym zakresie zwrócił uwagę na istotne różnice pomiędzy ceną oferty Konsorcjum Siltec, a wartością zamówienia oszacowaną przez Zamawiającego oraz cenami pozostałych ofert:

- po pierwsze, cena zaofferowana przez Konsorcjum Siltec stanowi jedynie 19,18% kwoty, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację Zamówienia;
- po drugie, cena zaofferowana przez Konsorcjum Siltec stanowi jedynie 55,89% średniej cen z pozostałych dwóch złożonych ofert (Odwołującego oraz WB Electronics sp. z o.o.);
- po trzecie, cena zaofferowana przez Konsorcjum Siltec jest o 13,64% niższa od oferty Odwołującego oraz aż o 58,68% niższa od ceny oferty wykonawcy WB Electronics sp. z o.o.

Porównanie ceny zaofferowanej przez Konsorcjum Siltec nie tylko z kwotą, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, ale przede wszystkim z cenami pozostałych ofert, jednoznacznie uzasadnia podejrzenie - w opinii Odwołującego, że cena ta jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zauważył przy tym, że jedynie w wypadku Konsorcjum Siltec w realizację zamówienia zaangażowanych byłoby dwóch wykonawców, a nie jeden, jak w przypadku Odwołującego oraz WB Electronics sp. z o.o.

Koszty realizacji Zamówienia w wypadku Konsorcjum Siltec nie będą zatem obejmowały jedynie kosztów ponoszonych przez bezpośredniego producenta zasadniczych elementów zestawów sensorów, tj. wykonawcy Exensor Technologies AB (tak, jak ma to

14

miejsce np. w wypadku Odwołującego, który sam jest producentem i samodzielnie wzięł udział w postępowaniu), ale również koszty pośrednika, którym w rzeczywistości jest wykonawca Siltec sp. z o.o. (dla porównania, oferta wykonawcy WB Electronics sp. z o.o., również będącego pośrednikiem, a nie producentem, była prawie dwukrotnie wyższa, niż oferta Konsorcjum Siltec).

Z powyższego wnioskował, że należał zatem przyjąć, że w wypadku Konsorcjum Siltec koszty wykonania zamówienia będą wyższe, w porównaniu np. do Odwołującego.

Podsumowując, wyraził przekonanie, że porównanie oferty Konsorcjum Siltec z innymi ofertami oraz z wartością zamówienia, jak również wzięcie pod uwagę charakteru działalności wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum Siltec wskazuje, że oferta Konsorcjum Siltec może zawierać cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podkreślił przy tym również, że - zgodnie z art. 190 ust. 1a ustawy Pzp - ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Konsorcjum Siltec, jeżeli będzie uczestnikiem postępowania odwoławczego, a w przeciwnym razie na Zamawiającym.

Według Odwołującego - zarzucane Zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem dotyczą one oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej przez Zamawiającego, a zatem mają bezpośrednie przełożenie na to, któremu z wykonawców powinno zostać udzielone zamówienie.

Pismem z dnia 8 sierpnia 2019r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Siltec sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie oraz Exensor Technology AB z siedzibą w Lund, Szwecja zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Pismem z dnia 13 sierpnia 2019r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości jako oczywiście bezzasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, oferty Przystępującego, pisma Przystępującego z dnia 12 sierpnia 2019 r. wraz z załącznikiem, odpowiedzi Zamawiającego

na odwołanie z dnia 13 sierpnia 2019 r., jak również na podstawie złożonych na posiedzeniu i rozprawie wyjaśnień i dokumentów Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.8 ust.1, ust.2 oraz ust.3, art.89 ust. 1 pkt 2 i pkt 4 ustawy Pzp.

Odnosząc się do meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający nie zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ, z powodu wystąpienia rażąco niskiej ceny, a także czy Zamawiający był zobowiązany do odtajnienia załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, złożonych przez Przystępującego.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, w zakresie niezbędnym do rozstrzygnięcia sporu, że Zamawiający ustanowił w rozdziale V pkt 2 SIWZ wykaz dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowaną dostawę wymagań Zamawiającego, w ten sposób, że dokumentem składanym wraz z ofertą w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, miało być zaświadczenie (lub dokument równoważny) niezależnego podmiotu, poświadczającego zgodność działań wykonawcy z publikacją AQAP 2130 (lub publikacją równoważną).

W wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 6 maja 2019 r. Zamawiający potwierdził, że przedłożenie dokumentów poświadczających zgodność działań wykonawcy z publikacją AQAP 2110, która zastąpiła publikację AQAP 2130, będzie wystarczające dla spełnienia wymogu określonego w pkt V.2 SIWZ.

Jednocześnie ustalono, że powyższy certyfikat złożył jeden z konsorcjantów: Siltec sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie.

Nadto, Izba stwierdziła, że w pkt 6.1.6 załącznika nr 1 do SIWZ - Wymagania Taktyczno-Techniczne spW Zamawiający uregulował wymagania dotyczące przeznaczenia w ten sposób, że przejęty przez przeciwnika sensor powinien być zabezpieczony przed

skopiowaniem zgromadzonych danych, rozpoznaniem zastosowanego systemu kodowania

16

i sposobu przesyłania informacji oraz wprowadzeniem dezinformacji w pracy sieci w przypadku przejścia sensora przez przeciwnika.

W wykonaniu powyższego postanowienia SIWZ Przystępujący w załączniku nr 2 poz.

11, kol. 4 tabeli oświadczył, że spełnia to wymaganie, a w kolumnie 5 tej tabeli oświadczył, że dane przechowywane w czujnikach i przesyłane z i do czujników mogą być szyfrowane z wykorzystaniem AES256. W przypadku zmiany położenia sensora/ kamery, klucz szyfrujący może być usunięty automatycznie lub na żądanie, co spowoduje, że informacje przesyłane z i do danego czujnika/ kamery nie będą mogły być odczytane. Ze względu na szyfrowaną komunikację wróg nie może przejąć kontroli nad urządzeniem, ani wprowadzać dezinformacji.

Na tle powyższego stanu faktycznego Izba doszła do przekonania, że wymóg określony w rozdziale V pkt 2 SIWZ nie przewidywał wprost obowiązku Przystępującego dostarczenia przez każdego konsorcjanta z osobna odpowiedniego zaświadczenia.

Niemniej jednak, zebrany w sprawie materiał procesowy, w postaci certyfikatu systemu zarządzania przedstawionego przez Przystępującego potwierdził, że Exensor Technology AB posiada system zarządzania zgodny ze standardami systemu zarządzania jakością ISO 9001:2015.

Poza tym, Izba uznała, że zgodnie z opinią weryfikacyjną Wojskowego Instytutu Technicznego Uzbrojenia z dnia 12 sierpnia 2019 r. system zarządzania jakością Exensor Technology AB spełnia wymagania AQAP 2110:2016.

Izba również stwierdziła, że zgodnie z Wytycznymi Zasady Stosowania Sojuszniczych Publikacji AQAP w okresie przejściowym i po jego zakończeniu (kwiecień 2018, wydanie A, wersja 1) od 21 września 2018 r. obowiązującymi sojusznickimi publikacjami dotyczącymi zapewnienia jakości będą:

1) Porozumienie STANAG 4107, AQAP 4107,

2) W zakresie procedury AQAP 2070,

3) W zakresie kontraktu AQAP 2110, AQAP 2131, AQAP 2310 - główne warunki zapewnienia jakości, AQAP 2105, AQAP 2210 - uzupełniające warunki zapewnienia

jakości,

4) Polityki i wskazówki AQAP 2000, AQAP 2009, gdzie:

- AQAP 2110 wydanie D, wersja 1, Wymagania NATO dotyczące zapewnienia jakości w projektowaniu, pracach rozwojowych i produkcji zastąpi AQAP 2110 wydanie 3 z 2009

roku,

- AQAP 2310 wydanie B, wersja 1, wymagania NATO dotyczące systemu zarządzania jakością dostawców dla przemysłu lotniczego i obronnego, zastąpi AQAP 2310 wydanie A z 2013r.,

- AQAP 2131 wydanie C wersja 1, wymagania NATO dotyczące zapewnienia jakości dla kontroli końcowej i badań, zastąpi AQAP 2131 wydanie 2 z 2006 roku.

Te same wytyczne wprowadziły w rozdziale 3 wymagania zapewnienia jakości, stanowiąc, że system zarządzania jakością dostawcy może być zgodny z wymaganiami:

- AQAP 2110 wydanie D wersja 1 w przypadku umowy na dostawę SpW przy ryzyku zidentyfikowanym w zakresie projektowania i produkcji,

- AQAP 2310 wydanie B wersja 1, dla skomplikowanego SpW, w szczególności dla wyrobów przemysłu lotniczego, przy ryzyku w zakresie projektowania i produkcji.,

- PN EN ISO 9001:2015 w przypadku pozostałego SpW, gdzie jest wymagana realizacja wyrobu w warunkach nadzorowanych, a ryzyko zidentyfikowano w obszarze badań i kontroli końcowej.

W przypadku wymagania systemu zarządzania jakością zamawiający może oczekiwać od dostawcy/wykonawcy przedłożenia certyfikatu zgodności systemu z wymaganiami normy PN EN ISO 9001:2015 lub AS/EN 9100 wydanego przez akredytowaną jednostkę certyfikującą.

Potwierdzenie zgodności systemu zarządzania jakością dostawców z wymaganiami sojusznicznych publikacji AQAP 2110 wydanie D i wersja 1 AQAP 2310 wydanie B wersja 1 realizowane jest wyłącznie przez Rejonowe Przedstawicielstwa Wojskowe po podpisaniu umowy.

Nadto, z § 6 (odbior wojskowy) ust. 7 (klauzula jakościowa) pkt 2 umowy wynika, że wszystkie wymagania jakościowe umowy podlegają nadzorowaniu jakości realizowanemu przez Rejonowe Przedstawicielstwo Wojskowe zgodnie z wymogami AQAP 2110 wyd. D wersja 1 (poprzednio AQAP 2130).

Dodatkowo, należy zauważyć, że pkt 4 powołanego wyżej postanowienia umownego wskazuje, że w przypadku poddostawcy nie ma wymogu posiadania certyfikatu zgodności AQAP 2110 wyd. D wersja 1 i przewiduje jedynie obowiązek zapewnienia jakości wynikający z umowy, który umożliwia kontrolowanie jakości u poddostawcy.

Izba zwróciła również uwagę, że powyższa umowa milczy w przedmiocie ustanowienia obowiązku posiadania powyższego certyfikatu wszystkich podmiotów

18

uczestniczących w procesie produkcyjnym.

Izba również uznała, że nie jest prawdziwe twierdzenie, że rola Siltec sp. z o.o. w realizacji zamówienia ma znaczenie marginalne z tego względu, że w istocie podmiot ten będzie pełnił funkcję koordynatora oraz nadzór nad wykonaniem obowiązków związanych z procesem badań i kontroli, dostawę, odbiory.

Z powyższych względów Izba uznała za bezzasadne - z powodu braku wyraźnego wymagania w treści SIWZ spornego zaświadczenia w stosunku do wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a także bezcelowe - z przyczyny posiadania przez drugiego z konsorcjantów wymaganego zaświadczenia, wzywianie Przystępującego przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Wymaga podkreślenia, że wykluczenie Przystępującego z przedmiotowego przetargu, ze skutkiem odrzucenia jego oferty, mogłoby ewentualnie nastąpić w wypadku niewykazania przez niego spełnienia warunków przedmiotowych, co w rozpoznawanej sprawie nie miało miejsca.

Jednocześnie w takim przypadku, to jest po bezskutecznym wyczerpaniu procedury, o której mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie ma w ogóle zastosowania, a Zamawiający mógłby skorzystać ewentualnie z przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Jednak w niniejszej sprawie takie okoliczności nie zachodzą.

Nie potwierdził się również - w przekonaniu Izby - zarzut sprzeczności treści oferty z wymaganiem, o którym mowa w pkt 6.1.6 załącznika nr 1 do SIWZ - Wymagania Taktyczno-Techniczne spW, bowiem Odwołujący nie udowodnił, że przejęty przez przeciwnika sensor nie jest zabezpieczony przed wprowadzeniem dezinformacji w pracy sieci, skoro urządzenie to przestaje być aktywne z chwilą przejęcia go przez intruza.

Izba rozważyła wyjaśnienia Zamawiającego, uznając przedmiotowe SSR urządzenia za wykorzystywane na stosunkowo małym obszarze (300mx300m) do krótkotrwałego użytku

w warunkach bojowych od kilku godzin do 3 dni.

Z tego względu należało przyjąć, że tylko w tym okresie informacje na nim zawarte mogą być cenne dla przeciwnika, a w okresie tym przeprowadzenie ataku dezinformującego wymagałoby użycia czasu, sił i środków niewspółmiernych do ewentualnie uzyskanej korzyści.

Zdaniem Izby, w przypadku przejęcia sensora przez wroga nastąpi zdalne, lub na żądanie, kasowanie klucza szyfrującego w sensorze, co uniemożliwi odczyt danych z sensora, jak również zablokuje ponowne włączenie do tej sieci przejętego sensora i prowadzenie w ten sposób aktywnej dezinformacji w sieci.

Jednocześnie, wymaga wskazania, że Zamawiający w treści SIWZ nie opisał w jakikolwiek sposób typów ataków dezinformacyjnych, takich jak Replay, Sibil czy Sinkhole, co również wiąże się z brakiem obowiązku Przystępującego do wykazywania posiadania podobnych zabezpieczeń.

Według zapatrywania Izby również przedłożone przez Odwołującego artykuły naukowe: Bezpieczeństwo transmisji danych w bezprzewodowych sieciach sensorowych i Problemy bezpieczeństwa w bezprzewodowych sieciach sensorowych z 2011 r. nie przesądzają o dostępności w zaoferowanych urządzeniach powyższych zabezpieczeń.

Rozpoznając kolejny zarzut, Izba uznała, że zastrzeżenie wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa mieściło się w granicach obowiązującego prawa, a informacje zastrzeżone mają dla Przystępującego wartość gospodarczą.

W myśl przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający nie ujawnia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Natomiast art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi, że 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.

Izba ustaliła, że Zamawiający nie odtajnił jedynie załączników od nr 3 do nr 7, które według Izby zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego.

Załączniki te obejmują wyjaśnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, kalkulację kosztów wykonania zamówienia, oświadczenie dotyczące kosztów komponentów, kalkulację kosztów wykonania zamówienia oraz oferty na komponenty.

W ocenie Izby - powyższe dokumenty zawierają informacje wrażliwe, posiadające wartość gospodarczą, które mogą być požądane przez firmę konkurencyjną i brak jest

20

w związku z tym podstaw prawnych do ich ujawnienia, natomiast Odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej.

Według Izby - zastrzeżenia Przystępującego dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie nieujawnionym przez Zamawiającego mieszczą się w granicach przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba zauważyła, że Odwołujący w swoich wyjaśnieniach, dotyczących rażąco niskiej ceny, zastrzegł podobny zakres informacji, który objął tajemnicą Przystępujący.

Izba nie widzi również technicznej możliwości takiego zanonimizowania dokumentu, aby nie wynikały z niego żadne wrażliwe dane gospodarcze, o co wnosił Przystępujący. Ponadto informacje przetworzone w ten sposób nie mają żadnego znaczenia dla losów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ostatecznie, w ocenie Izby - Przystępujący obalił domniemanie rażąco niskiej ceny, co znajduje odzwierciedlenie w złożonych przez niego kalkulacjach kosztów wykonania zamówienia, oświadczeniu, a także w ofertach na komponenty.

Izba uznała działanie Zamawiającego odnoszące się do badania rażąco niskiej ceny za mieszczące się w dyspozycji przepisu art. 90 ustawy Pzp.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

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

Rozpatrując problem rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego należy przede wszystkim wskazać, że cena tej oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia i jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Wobec powyższego stanu rzeczy Zamawiający zasadnie skorzystał z cyt. wyżej przepisu prawa. Izba jednak dostrzegła również, że różnice pomiędzy cenami Odwołującego i Przystępującego w stosunku do wartości kwoty, którą Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia są zbliżone. Przystępujący zaoferował cenę 66.709.795,38 zł brutto, Odwołujący - 77.242.806,90 zł brutto (po doliczeniu przez Zamawiającego podatku VAT), zaś WB Electronics - 161.457.672,00 zł brutto. Kwota, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia wynosiła 347.780.000,00 zł brutto.

Z powyższego zestawienia wynika, że oferta Przystępującego stanowiła jedynie 19,18 % kwoty, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, zaś oferta Odwołującego 22,2 % tej kwoty. Poza tym, Izba stwierdziła, że różnica procentowa pomiędzy tymi ofertami wyniosła jedynie 3,02 %.

Izba dokonała weryfikacji prawidłowości czynności Zamawiającego, polegającej na ocenie złożonych przez Przystępującego wyjaśnień wraz z przedłożonymi dowodami, w korelacji z treścią wezwania do złożenia wyjaśnień, w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia i podnoszonych przez Odwołującego okoliczności odwołania, które w jego ocenie powodują, że oferta ta winna zostać odrzucona.

Dokonana przez skład orzekający kontrola czynności zamawiającego skutkowałą stwierdzeniem, iż Zamawiający prawidłowo ocenił złożone przez Przystępującego wyjaśnienia i dowody, zaś zarzuty stawiane w tym zakresie przez Odwołującego są bezzasadne i jako takie nie zasługują na uwzględnienie. Stanowisko Odwołującego o ogólnych, lakonicznych wyjaśnieniach, bez udowodnienia realności zaoferowanej ceny przez jego konkurencję, nie znajduje oparcia w ustalonym stanie sprawy.

Izba stwierdziła również, że postępowanie wyjaśniające zostało przeprowadzone przez zamawiającego prawidłowo i doprowadziło do wykazania, że wykonawca rzetelnie skalkulował cenę, w oparciu o szczególne, indywidualne uwarunkowania, które zostały wykazane odpowiednimi środkami dowodowymi, wobec czego uczyniono zadość obowiązkowi określonymu w art. 90 ust. 2 p.z.p.

Ostatecznie, Izba doszła do przekonania, że naturalna różnica cenowa pomiędzy ofertami najprawdopodobniej wynika z okoliczności zaoferowania różnej ilości sensorów rozpoznawczych, bowiem Przystępujący zaoferował 8, zaś Odwołujący 14 sensorów, w warunkach, gdzie sensory są kluczowymi komponentami przedmiotowej dostawy.

Ponadto, w ocenie Izby, o ile nie znajduje uzasadnienia obarczenie Odwołującego obowiązkiem konkretyzacji zastrzeżeń w stosunku do utajnionych wyjaśnień, których treść nie jest mu znana, o tyle ogólnie należy wskazać, że zarzut nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego i zaniechania odrzucenia oferty, nie może sprowadzać się do ogólnikowych twierdzeń, że cena jest rażąco niska, i powinien być powiązany ze wskazaniem prawidłowego, przynajmniej zdaniem Odwołującego, modelu kalkulacji, który doprowadził go do podniesienia zawartych w odwołaniu zarzutów. Jak już wielokrotnie podkreślała Krajowa Izba Odwoławcza w swoich wyrokach, wykonawcy, składającemu ofertę w postępowaniu, w którym sam musiał skalkulować cenę, nie powinno nastęrczać trudności zidentyfikowanie potencjalnych obszarów, gdzie kalkulacja konkurenta może być nierealistyczna i niewiarygodna, a dowody na jej poparcie niewystarczające (por. wyrok Izby z 31.10.16 r. sygn. akt KIO 1901/16, 1903/16, 1904/16).

Natomiast Odwołujący wskazał jedynie na różnice procentowe i na tym poprzestał.

Z drugiej strony, Przystępujący dostarczył kompleksowe wyjaśnienia, które bezpośrednio odnosiły się do wątpliwości Zamawiającego sformułowanych w wezwaniu, a także do całości przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny, które mają bezpośrednio odzwierciedlenie w złożonych dowodach, Izba uznała za wiarygodne i wyczerpujące, a w konsekwencji zarzuty Odwołującego w tym zakresie nie znalazły potwierdzenia i nie mogły doprowadzić do przyjęcia zaistnienia po stronie Zamawiającego, dokonującego oceny tych wyjaśnień, naruszenia prawa, ponieważ Zamawiający miał uzasadnione podstawy do stwierdzenia, iż cena zaoferowana przez Przystępującego nie ma charakteru rażąco niskiej - zgodnie z wyjaśnieniami, popartymi dowodami.

Nadto należy wskazać, że powszechnie przyjmuje się, zarówno w judykaturze, jak i w doktrynie, że cena rażąco niska to cena niewiarygodna, nierealistyczna w porównaniu do cen rynkowych innych wykonawców, niegwarantująca wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, zawartymi w dokumentacji postępowania.

Z powyższych względów należało przyjąć, że Zamawiający nie miał podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy na zasadzie art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:.....