



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
TOMASZ CHRÓSTNY**

DOK1.410.2.17.JS/PD

Warszawa, 15 czerwca 2020 r.

DECYZJA NR DOK 1/2020

Na podstawie art. 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. *Kodeks postępowania administracyjnego* (tekst jedn.: Dz.U. 2020 poz. 256, ze zm.) w zw. art. 83 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (tekst jedn.: Dz. U. z 2019 r., poz. 369 ze zm.), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **umarza jako bezprzedmiotowe postępowanie antymonopolowe** w sprawie podejrzenia naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 7 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* poprzez zawarcie przez Enigma System Ochrony Informacji sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z Enamor sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni oraz z Koncept sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku dostaw szyfratorów IP, które mogą być stosowane w systemach teleinformatycznych przeznaczonych do przetwarzania informacji niejawnych, którym nadano klauzulę „poufne”, polegającego na uzgodnieniu przez ww. przedsiębiorców warunków składanych ofert oraz sposobu zachowania w zorganizowanym przez Komendę Główną Policji postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem była „rozbudowa sieci szyfrowej poprzez dostawę i konfigurację urządzeń kryptograficznych wraz z odpowiednią infrastrukturą centrum zarządzania” (nr 3/BŁil/15/MP).

Uzasadnienie

- (1) Postępowanie antymonopolowe w sprawie, której dotyczy niniejsza decyzja, zostało wszczęte po uprzednim przeprowadzeniu przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej jako: „Prezes Urzędu”) postępowania wyjaśniającego o sygn. akt DOK1-400-2/15/MG mającego na celu wstępne ustalenie, czy w związku z zachowaniami przedsiębiorców działających na rynku dostaw szyfratorów IP, które mogą być stosowane w systemach teleinformatycznych przeznaczonych do przetwarzania informacji niejawnych, którym nadano klauzulę „poufne” mogło dojść do naruszenia przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (tekst jedn.: Dz. U. z 2019, poz. 369 ze zm.; dalej

jako: „u.o.k.k.”) uzasadniającego wszczęcie postępowania antymonopolowego, w tym czy sprawa ma charakter antymonopolowy.

- (2) W ramach postępowania wyjaśniającego, pracownicy Urzędu w dniach 8-10 grudnia 2015 r. przeprowadzili przeszukania pomieszczeń i rzeczy u następujących przedsiębiorców: Enigma Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako: „**Enigma**”), Enamor sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni (dalej jako: „**Enamor**”), Koncept sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako: „**Koncept**”) oraz Zakład Systemów Komputerowych ZSK sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako: „**ZSK**”).
- (3) Analiza informacji i dokumentów zebranych w toku postępowania wyjaśniającego dała podstawę do wniosku, że w ramach zorganizowanego przez Komendę Główną Policji (dalej jako: „**KGP**” lub „**Zamawiający**”) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem była „Rozbudowa sieci szyfrowej poprzez dostawę i konfigurację urządzeń kryptograficznych wraz z odpowiednią infrastrukturą centrum zarządzania” (nr 3/BŁiI/15/MP) mogło dojść do naruszenia przepisów u.o.k.k.
- (4) W związku z tym, Prezes Urzędu postanowieniem z dnia 31 marca 2017 r. wszczął postępowanie antymonopolowe w sprawie zawarcia przez Enigmę z Enamore oraz z Konceptem porozumienia ograniczającego konkurencję polegającego na uzgodnieniu przez tych przedsiębiorców warunków składanych ofert oraz sposobu zachowania w zorganizowanym przez KGP postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem była „Rozbudowa sieci szyfrowej poprzez dostawę i konfigurację urządzeń kryptograficznych wraz z odpowiednią infrastrukturą centrum zarządzania” (nr 3/BŁiI/15/MP), co może stanowić naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k.
- (5) W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego Enigma pismem z dnia 26 kwietnia 2017 r., Enamor pismami z dnia 25 kwietnia 2017 r. oraz z dnia 20 lipca 2017 r., a Koncept pismem z dnia 24 kwietnia 2017 r. przedstawili swoje stanowiska, w których zaprzeczyli zawarciu porozumienia ograniczającego konkurencję dotyczącego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr 3/BŁiI/15/MP.

Dowód:

- pismo Enigma z 26 kwietnia 2017 r., k. 2088;
- pismo Enamor z 25 kwietnia 2017 r., k. 2219 oraz z 20 lipca 2017 r., k. 2299;
- pismo Koncept z dnia 24 kwietnia 2017 r., k. 2070.

- (6) Pismami z dnia 23 marca 2020 r. strony postępowania zostały zawiadomione o zakończeniu zbierania materiału dowodowego w niniejszym postępowaniu oraz o możliwości zapoznania się z materiałem zgromadzonym w aktach sprawy i wypowiedzenia się, co do zebranych dowodów i materiałów.

- (7) Część informacji, na których Prezes Urzędu opiera niniejszą decyzję podlega ochronie prawnej i nie może być podana do wiadomości publicznej. Wobec powyższego informacje tego rodzaju zostaną zastąpione nawiasami kwadratowymi wraz z oznaczeniem „[INFORMACJA CHRONIONA]” i pozostaną niewidoczne w publicznie dostępnej treści decyzji

Prezes Urzędu na podstawie zebranego materiału dowodowego ustalił, co następuje

- (8) Przedmiotem postępowania w niniejszej sprawie jest ocena, pod kątem zawartego w art. 6 ust. 1 pkt. 7 u.o.k.k. zakazu porozumień ograniczających konkurencję, działań podejmowanych przez Enigmę, Enamor i Koncept w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego nr 3/BŁiI/15/MP (dalej jako: „Przetarg”).

1. Strony Postępowania

- (9) Enigma prowadzi działalność w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością wpisanej do rejestru przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie XIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 160395. Jedynym udziałowcem Enigma jest COMP S.A. z siedzibą w Warszawie. Enigma prowadzi działalność polegającą na projektowaniu, produkcji oraz wdrażaniu systemów ochrony informacji, obejmującą zarówno specjalistyczne urządzenia jak i oprogramowanie. Jednym z obszarów tej działalności jest produkcja i sprzedaż urządzeń oraz aplikacji kryptograficznych pozwalających na przetwarzanie informacji niejawnych, którym zgodnie z ustawą z dnia 5 sierpnia 2010 r. *o ochronie informacji niejawnych* (tekst jedn.: Dz. U. z 2019 r., poz. 742) nadano klauzule „Zastrzeżone”, „Poufne”, „Tajne” lub „Ścisłe tajne”.
- (10) Enamor prowadzi działalność w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością wpisanej do rejestru przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy Gdańsk-Północ w Gdańsku VIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 96286. Jest producentem urządzeń i systemów z dziedziny elektroniki morskiej, automatyki okrętowej, sieci teleinformatycznych i systemów łączności. Ponadto prowadzi działalność polegającą na budowie systemów przetwarzających informacje niejawne, w których wykorzystywane są urządzenia kryptograficzne, a więc na dostawie urządzeń, ich montażu, instalacji i integracji z innymi elementami systemu. Usługi te Enamor świadczy głównie dla wojska. Enamor świadczy także usługi serwisowe, napraw gwarancyjnych i pogwarancyjnych, a także wykonuje ekspertyzy techniczne. W przeszłości Enamor współpracował już z Enigmą przy realizacji kontraktów dotyczących urządzeń kryptograficznych.
- (11) Koncept prowadzi działalność w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością wpisanej do rejestru przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w

Warszawie XIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 453206. Zakres jego działalności obejmuje projektowanie i realizację sieci teleinformatycznych, komplementowanie dostaw, sprzedaż i instalację sprzętu komputerowego i oprogramowania systemowego. Koncept świadczy także usługi serwisowe gwarancyjne i pogwarancyjne oraz prowadzi szkolenia z zakresu oferowanego przez siebie sprzętu i oprogramowania.

2. Produkty, których dotyczy sprawa

- (12) Szyfratory kryptograficzne są to urządzenia wykorzystujące algorytmy i klucze kryptograficzne w celu szyfrowania lub deszyfrowania informacji, jej fragmentów lub pochodnych. Ich wykorzystanie ma na celu zabezpieczenie informacji przed nieuprawnionym dostępem, a więc zapewnienie informacji poufności i integralności, a przy tym jej uwierzytelnianie. Szyfratory kryptograficzne często poza szyfrowaniem (deszyfrowaniem) informacji pozwalają także na ich przesyłanie na odległość. Z tego powodu można podzielić je na urządzenia działające *offline*, które jedynie szyfrują/deszyfrują informacje oraz urządzenia działające *online*, które także przekazują zaszyfrowane informacje do innego urządzenia kryptograficznego.
- (13) Szyfratory kryptograficzne działające *online* można podzielić na grupy w zależności od tego, na jakiej warstwie sieciowej systemu teleinformatycznego działają. Wyróżnia się więc szyfratory warstwy drugiej – tzw. szyfratory liniowe, szyfratory warstwy trzeciej – tzw. szyfratory IP; szyfratory warstwy czwartej oraz szyfratory aplikacyjne.
- (14) Szyfratory IP stanowią najpopularniejszą podgrupę urządzeń kryptograficznych działających *online*. Najczęściej wykorzystywane są do ochrony informacji przesyłanych pomiędzy sieciami komputerowymi.
- (15) Sieć szyfrowa IP służy do przesyłania zaszyfrowanych informacji między różnymi lokalizacjami. Sieć składa się z węzłów sieci znajdujących się w różnych lokalizacjach oraz dodatkowej infrastruktury w lokalizacji centralnej, która pozwala na zarządzanie całą siecią oraz jej prawidłowe działanie. Zarówno w poszczególnych węzłach, jak i w lokalizacji centralnej, znajdują się szyfratory IP. Dodatkowo w lokalizacji centralnej znajduje m.in. urządzenie HSM (*Hardware Security Module*), które służy do przechowywania i zarządzania kluczami kryptograficznymi, które mogą być wykorzystywane do składania podpisu elektronicznego, czy też do bezpiecznego uwierzytelniania użytkownika w systemie teleinformatycznym.

- Dowód:**
- pismo Enigma z 9 maja 2016 r., k. 155;
 - pismo Krypton z 29 kwietnia 2016 r., k.41;
 - pismo Wojskowego Instytutu Łączności z 12 września 2017 r., k. 2395.

- (16) W lokalizacji centralnej sieci szyfrowej znajduje się jeden szyfrator (lub zestaw szyfratorów) służący do komunikacji z innymi szyfratorami, oraz drugi, służący do zarządzania całą siecią. Urządzenie zarządzające siecią przesyła za pomocą tuneli VPN (*Virtual Private Network*) informacje do innych szyfratorów o tym jak mają się one zachować (tj. z którym urządzeniem połączyć).
- (17) Głównym parametrem, którym różnią się między sobą poszczególne modele szyfratorów jest maksymalna liczba tuneli VPN, który może on stworzyć. Szyfratory tworzą tunele VPN na potrzeby konkretnego połączenia *ad hoc*. Ważnym parametrem jest również łączna przepustowość tych tuneli, ponieważ wpływa ona na prędkość przesyłu danych między szyfratorami. Im więcej tuneli może tworzyć szyfrator oraz im większą prędkość przesyłu danych umożliwia, tym szybciej informacje zostają przesłane.
- (18) Urządzenia kryptograficzne mogą być wykorzystane komercyjnie lub też być przeznaczone do ochrony informacji niejawnych. Zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy *o ochronie informacji niejawnych* informacjami niejawnymi są informacje, których nieuprawnione ujawnienie spowodowałoby lub mogłoby spowodować szkody dla Rzeczypospolitej Polskiej albo byłoby z punktu widzenia jej interesów niekorzystne, także w trakcie ich opracowywania oraz niezależnie od formy i sposobu ich wyrażania. Informacjom niejawnym nadaje się określoną klauzulę (zastrzeżone, poufne, tajne, ściśle tajne) w zależności od rodzaju szkody, które ich nieujawnione uprawnienie spowoduje dla Rzeczypospolitej Polskiej.
- (19) Zgodnie z art. 48 ust. 1 ustawy *o ochronie informacji niejawnych* systemy teleinformatyczne, w których mają być przetwarzane informacje niejawne o klauzuli „poufne” lub wyższej, podlegają akredytacji bezpieczeństwa teleinformatycznego udzielanej przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego (dalej jako: „ABW”) lub Służbę Kontrwywiadu Wojskowego (dalej jako: „SKW”).
- (20) Także same urządzenia i narzędzia kryptograficzne, które mają być przeznaczone do ochrony informacji niejawnych podlegają na mocy art. 50 ust. 2 ustawy *o ochronie informacji niejawnych* badaniom i ocenie bezpieczeństwa w ramach certyfikacji prowadzonych przez ABW albo SKW. Podstawą do wydania certyfikatu ochrony kryptograficznej są pozytywne wyniki ocen bezpieczeństwa uzyskane na podstawie wyników badań prowadzonych w ramach certyfikacji. Certyfikat ochrony kryptograficznej wydawany jest, w zależności od wyników ocen bezpieczeństwa, na okres nie krótszy niż 3 lata (art. 50 ust. 4 ustawy *o ochronie informacji niejawnych*).

- (21) Wyróżnić można dwa rodzaje certyfikatów ochrony kryptograficznej, tj. Certyfikat Typu i Certyfikat Zgodności. Certyfikacja Typu ma na celu potwierdzenie, że rozwiązania przyjęte w danym typie wyrobu oraz środowisko rozwojowe i produkcji są właściwe i umożliwiają produkcję danego typu wyrobu przeznaczonego do ochrony informacji niejawnych. Certyfikat Typu nie uprawnia jednak do wykorzystania danego egzemplarza wyrobu do przetwarzania informacji niejawnych, ponieważ jest to możliwe tylko w przypadku posiadania przez niego ważnego Certyfikatu Zgodności i zgodnie z warunkami zawartymi w tym certyfikacie. Certyfikacja Zgodności ma na celu potwierdzenie, że dany egzemplarz wyrobu jest wykonany zgodnie z dokumentacją wyrobu posiadającego Certyfikat Typu lub spełnia określone wymagania, przez co może być wykorzystany do bezpiecznego przetwarzania informacji niejawnych.
- (22) Na wykazie Certyfikatów Typu ochrony kryptograficznej wydanym przez ABW 24 czerwca 2014 r. znajdowały się następujące szyfratory IP za pomocą których mogły być przetwarzane informacje niejawne o klauzuli „poufne”:
- a) szyfrator IP KRYPTON K2 w wersji 1.3.0 (producent: Krypton Polska sp. z o.o.; dalej jako: „**Krypton**”),
 - b) szyfrator IP KRYPTON K2 w wersji 1.3.1 (producent: Krypton),
 - c) szyfrator ETA VPN 100P w wersji oprogramowania 3.51.01 (producent: Enigma),
 - d) szyfrator IP KRYPTON K2 Lite w wersji 1.3.2 (producent: Krypton),
 - e) szyfrator IP KRYPTON K2 w wersji 1.4 (producent: Krypton),
 - f) szyfrator IP KRYPTON K2 LITE w wersji 1.4 (producent: Krypton).
- (23) Natomiast na wykazie Certyfikatów Typu ochrony kryptograficznej wydanym przez SKW w dniu 22 lutego 2014 r. znajdowały się następujące szyfratory IP, za pomocą których mogły być przetwarzane informacje niejawne o klauzuli „poufne”:
- a) urządzenie IP-Krypto wraz ze stacjami generacji i redystrybucji danych kryptograficznych oraz oprogramowaniem do planowania, zarządzania i monitorowania (producent: Wojskowy Instytut Łączności),
 - b) urządzenie CompCrypt ETA-MIL 10P-Ex z systemem operacyjnym w wersji 2 (producent: Enigma),
 - c) urządzenie CompCrypt ETA-MIL 10P z systemem operacyjnym w wersji 2 (producent: Enigma),
 - d) urządzenie CompCrypt ETA -MIL 10P N7 (producent: Enigma).

3. Opis Przetargu ogłoszonego przez KGP

- (24) Ogłoszenie o Przetargu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 23 stycznia 2015 r., pod nr 2015/S 016-02-4339. W ramach Przetargu Zamawiający planował zrealizować projekt budowy rozległej, ogólnopolskiej sieci teleinformatycznej, zapewniającej certyfikowaną ochronę kryptograficzną transmisji danych niejawnych do klauzuli „poufne” włącznie, pn. Policijna Sieć Transmisji Danych Niejawnych (dalej jako: „PSTDN”). Realizacja zamówienia w przedmiotowym Przetargu zakładała m.in. dostarczenie certyfikowanych szyfratorów IP.
- (25) Jeszcze przed ogłoszeniem Przetargu w dniu 8 grudnia 2014 r., KGP w celu oszacowania wartości zamówienia zwróciła się do dwóch przedsiębiorców, tj. Enigmy i Kryptonu z zapytaniem o szacunkową wycenę kosztów dostawy szyfratorów IP. Wyłącznie urządzenia tych wykonawców spełniały bowiem wymagania w zakresie posiadania stosownego Certyfikatu Typu dopuszczającego szyfratory do przetwarzania informacji niejawnych wydanego przez ABW lub SKW oraz w ocenie KGP były w stanie służyć do realizacji zamówienia.
- (26) W dniu 11 grudnia 2014 r. Krypton udzielił odpowiedzi, w której oszacował koszt dostawy szyfratorów na kwotę 11 430 000,09 zł brutto, natomiast Enigma w odpowiedzi z dnia 15 grudnia 2014 r. wskazała na kwotę 22 410 600 zł brutto. Na tej podstawie, Zamawiający w dniu 18 grudnia 2014 r. sporządził notatkę, w której łączną szacunkową wartość zamówienia określił na kwotę 16 920 300,045 zł brutto, co stanowiło średnią arytmetyczną wycen złożonych przez producentów.
- Dowód:** notatka KGP z 18 grudnia 2014 r. szacująca wartość zamówienia wraz z załączonymi do niej wycenami, k. 356.
- (27) Dodatkowo z uwagi na obowiązujące w KGP wewnętrzne zarządzenie nakazujące w każdym postępowaniu przetargowym wprowadzenie możliwości przeprowadzenia aukcji elektronicznej na podstawie art. 91a ust. 1 obowiązującej wówczas ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm., dalej jako: „**p.z.p.**”), również w ogłoszeniu niniejszego Przetargu taka możliwość została przewidziana. W praktyce oznaczało to, że w sytuacji złożenia w Przetargu co najmniej 3 ofert niepodlegających odrzuceniu, Zamawiający zapraszał wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej. W toku aukcji elektronicznej oferenci mogli obniżać pierwotnie zaproponowane przez siebie ceny poprzez kolejne postąpienia. Kryterium oceny ofert w aukcji elektronicznej była wyłącznie cena oferty brutto.

Dowód: pismo KGP z 22 października 2017 r., k. 2837.

3.1. Określenie wymogów w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia

- (28) W momencie ogłoszenia Przetargu, PSTDN wykorzystywała już 50 szyfratorów produkcji Enigmy (ETA-VPN 100P) rozlokowanych w węzłach PSTDN znajdujących się w komendach wojewódzkich i komendzie głównej. W związku z tym, w przedmiotowym Przetargu Zamawiający dopuścił możliwość realizacji zamówienia w dwóch wariantach. W pierwszym wariantcie możliwe było dostarczenie rozwiązania kompatybilnego z już istniejącą infrastrukturą PSTDN, natomiast w drugim wariantcie możliwe było dostarczenie innego rozwiązania, w oparciu o inny model szyfratorów IP. Przy realizacji Zamówienia w drugim wariantcie wykonawca musiałby dodatkowo dostarczyć szyfratory łączące już istniejące węzły PSTDN z nową siecią (17 sztuk szyfratorów), ponieważ technicznie nie jest możliwe połączenie ze sobą szyfratorów różnych producentów. Zatem w praktyce zrealizowanie zamówienia w pierwszym wariantcie możliwe było tylko za pomocą urządzeń Enigmy.

Dowód: załącznik nr 4 do SIWZ: Opis przedmiotu zamówienia, k. 517.

- (29) Zamawiający nie wymagał w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako: „SIWZ”) wskazania przez wykonawców modelu oferowanego przez nich urządzenia szyfrującego. Dostarczone szyfratory miały posiadać w momencie dostawy ustalonej na dzień do 30 września 2015 r. Certyfikat Typu wydany przez SKW lub ABW ważny co najmniej przez 3 lata od dnia dostawy. Tym samym w sytuacji dostarczenia urządzenia w dniu 30 września 2015 r., oznaczało to konieczność posiadania certyfikatu ważnego do dnia 30 września 2018 r.
- (30) Kolejnym z warunków, które musiały spełniać oferty, była liczba szyfratorów dostarczona do centralnej lokalizacji, których nie mogło być więcej niż 15. Wśród 15 szyfratorów w lokalizacji centralnej musiały zostać zainstalowane również szyfratory mające zapewnić redundancję. Redundancja szyfratorów służy do zapewnienia niezawodności sieci. W praktyce osiąga się ją poprzez podwojenie liczby urządzeń szyfrujących i stworzenie z nich dwóch „zestawów”. Każdy z tych zestawów jest w stanie zapewnić utrzymanie odpowiedniego działania i wymaganej przepustowości sieci. W przypadku awarii któregoś z urządzeń w jednym zestawie, sieć przełącza się na korzystanie z drugiego, zapasowego zestawu urządzeń.
- (31) Dodatkowo szyfratory w lokalizacji centralnej musiały łącznie spełniać wymagania 1000 tuneli VPN komunikacyjnych i 700 tuneli VPN do zarządzania oraz posiadać przepustowość na poziomie 300 Mb/s.

- (32) Urządzenia, które producenci mogli zaoferować w Przetargu, posiadały następujące parametry:

Wymagania Zamawiającego określone w SIWZ	ETA VPN ¹ (produkt Enigmy)	ETA MIL ² (produkt Enigmy)	Krypton K2 (produkt Kryptonu)
Urządzenie służące do komunikacji			
Liczba tuneli komunikacyjnych VPN (wymagania SIWZ: 1000)	250	250	1024
Prędkość przesyłu danych (wymagania SIWZ: 300 Mb/s)	100 Mb/s	50 Mb/s	600 Mb/s
Liczba szyfratorów spełniających wymaganie prędkości przesyłu danych 300 Mb/s dla tuneli komunikacyjnych	3	6	1
Liczba szyfratorów spełniających wymaganie prędkości oraz liczby tuneli VPN przy uwzględnieniu wymagania redundancji	8	12	2
Urządzenie służące do zarządzania siecią			
Liczba tuneli VPN do zarządzania (wymagania SIWZ: 700)	250	250	1024
Liczba szyfratorów IP spełniających wymaganie 700 tuneli VPN do zarządzania	3	3	1
Liczba szyfratorów spełniających liczby tuneli VPN przy uwzględnieniu wymagania redundancji	6	6	2
Całkowita liczba urządzeń w lokalizacji centralnej spełniająca warunek liczby tuneli VPN, prędkości przesyłu danych oraz redundancji	8+6 = 14	12+6 = 18	2+2 = 4

- Dowód:**
- pismo Krypton z 22 kwietnia 2015 r., k. 1696;
 - <https://www.enigma.com.pl/produkty-i-rozwiazania/ochrona-informacji-niejawnych/>.

¹ Urządzenie szyfrujące ETA-VPN 100P.

² Urządzenia szyfrujące: ETA-MIL 10P, ETA-MIL 10P EX i ETA-MIL 10P N7.

(33) Zgodnie z treścią SIWZ oferty w Przetargu miały być oceniane z uwzględnieniem następujących kryteriów:

- a) cena oferty brutto (85% możliwych do zdobycia punktów);
- b) okres gwarancji (5% możliwych do zdobycia punktów);
- c) liczba szyfratorów w lokalizacji centralnej (10% możliwych do zdobycia punktów). Przy ocenie liczby szyfratorów w lokalizacji centralnej, najwyżej punktowana była najmniejsza liczba szyfratorów IP, która spełni wszystkie wymagania. Pozostałe oferty otrzymywały proporcjonalnie niższą liczbę punktów.

(34) Do oferty należało załączyć formularz ofertowy, który zawierał wskazanie ceny, wybranego wariantu realizacji, okresu gwarancji oraz liczby urządzeń w lokalizacji centralnej. Dodatkowo wykonawcy musieli załączyć opis rozwiązania realizującego funkcjonalność redundancji szyfratorów w oferowanym rozwiązaniu.

Dowód: załącznik nr 4 do SIWZ: Opis przedmiotu zamówienia, k. 517.

3.2. Oferty złożone w Przetargu

(35) Po ogłoszeniu zamówienia, w dniu 26 lutego 2015 r. Koncept zwrócił się z pytaniem do Enigmy o możliwość przygotowania dla niego oferty podwykonawczej w Przetargu. Przedstawiciel Enigmy zapewnił w odpowiedzi przesłanej Konceptowi w dniu 26 lutego 2015 r., że oferta podwykonawcza zostanie przygotowana i zadał pytanie, czy Koncept spełnia wymogi stawiane wykonawcom. Koncept w dniu 3 marca 2015 r. potwierdził spełnianie tych wymogów oraz poprosił o przekazanie opisu rozwiązania realizującego funkcjonalność redundancji szyfratorów.

Dowód: e-mail z 3 marca 2015 r., Nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA] (Koncept), Adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] (Enigma), Temat: RE: pilne zapytanie, k. 306.

(36) W dniu 3 marca 2015 r. Enigma przekazała Konceptowi ofertę na piśmie. Wartość oferty wynosiła 22 410 600 zł brutto minus rabat w wysokości 3%. Enigma w ofercie wskazała, że oferowane przez nią rozwiązanie odpowiada drugiemu wariantowi realizacji zamówienia i obejmuje rozwiązanie oparte na 4 urządzeniach w lokalizacji centralnej. Oferta nie zawierała szczegółowych informacji dotyczących modelu oferowanych przez Enigmę szyfratorów.

Dowód: pismo Enigmy z 9 maja 2016 r., k. 155.

(37) W dniu 26 lutego 2015 r. Koncept zwrócił się również do Kryptonu z pytaniem o przygotowanie oferty podwykonawczej w Przetargu. Tego samego dnia przedstawiciel Kryptonu poprosił Koncept o przedstawienie poświadczenia bezpieczeństwa oraz koncesji. Koncept udzielił odpowiedzi w dniu 3 marca 2015 r., w której potwierdził spełnianie wymogów. Krypton nie odpowiedział jednak na powyższą wiadomość i ostatecznie nie przygotował oferty podwykonawczej dla Konceptu.

Dowód: e-mail z 3 marca 2015 r., Nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA] (Koncept), Adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] (Krypton), Temat: RE: zapytanie, k. 300.

(38) Z zapytaniem o ofertę podwykonawczą na przedmiotowy Przetarg w dniu 2 marca 2015 r. zwrócił się do Enigmy również Enamor. W odpowiedzi na zapytanie Enamoru w dniu 3 marca 2015 r. Enigma przedstawiła ofertę podwykonawczą w tej samej wysokości co dla Konceptu, tj. opiewającą na kwotę 22 410 600 zł brutto minus rabat w wysokości 3%. Enigma wskazała, że oferta podwykonawcza odpowiada drugiemu wariantowi realizacji zamówienia i obejmuje rozwiązanie oparte na 4 urządzeniach w lokalizacji centralnej. Oferta również nie zawierała szczegółowych informacji dotyczących modelu oferowanych szyfratorów.

Dowód: pismo Enamor z 29 kwietnia 2016 r., zał. 1 – Oferta Enigmy z 3 marca 2014 r. dla Enamoru, k. 53.

(39) W trakcie dalszych rozmów z Enamore i Konceptem, Enigma poinformowała obu przedsiębiorców o modelu oferowanego szyfratora. Zgodnie z tą informacją, oferta dotyczyła modelu szyfratora ETA-MIL 10P.

Dowód: pismo Enigmy 4 października 2019 r., k. 2729.

(40) W dniu 5 marca 2015 r. nastąpiło otwarcie ofert. Zamawiający przed otwarciem ofert oświadczył, że na sfinansowanie zamówienia planuje przeznaczyć 11,5 mln zł brutto. W Przetargu oferty złożyło czterech oferentów, tj. Konsorcjum Enigma (lider) oraz Comp S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako: „**Konsorcjum Enigma-Comp**”), Krypton, Enamor oraz Konsorcjum Koncept (lider) i Zakłady Systemów Komputerowych ZSK z siedzibą w Krakowie (dalej jako: „**Konsorcjum Koncept-ZSK**”). Oferty wykonawców przedstawiały się następująco:

Oferent	Zaoferowany wariant realizacji zamówienia	Okres gwarancji	Zadeklarowana liczba urządzeń w lokalizacji centralnej	Ceny oferty brutto	Łączna liczba przyznaných punktów
Konsorcjum Enigma-Comp	II	36 miesięcy (5 pkt)	14 (2,86 pkt)	14 998 620 zł (34,31 pkt)	42,17
Krypton	II	36 miesięcy (5 pkt)	4 (10 pkt)	6 054 411 zł (85,00 pkt)	100
Enamor	II	36 miesięcy (5 pkt)	4 (10 pkt)	22 410 600 zł (22,96 pkt)	37,96
Konsorcjum Koncept-ZSK	II	36 miesięcy (5 pkt)	4 (10 pkt)	22 410 600 zł (22,96)	37,96

(41) Oferty wykonawców niebędących producentami szyfratorów tj. Enamoru oraz Konsorcjum Koncept-ZSK opierały się na ofercie podwykonawczej Enigmy. Przedsiębiorcy ci, jak również sama Enigma, nie wskazali modelu oferowanych przez siebie szyfratorów. Jedynie Krypton wskazał w ofercie, jaki model urządzenia oferuje.

(42) Jak wynika z wewnętrznej korespondencji e-mail wymienionej po otwarciu ofert między pracownikami Konceptu i ZSK, byli oni zaskoczeni tym, że Enamor złożył w Przetargu ofertę w tej samej co oni wysokości. Mianowicie, w odpowiedzi na informację przekazaną przez pracownika Konceptu o wysokości ofert złożonych w Przetargu, przedstawiciel ZSK zapytał „...ale czemu 2x taka sama cena?”. Pracownik Konceptu odpowiedział „A nie wiesz skąd to mam wiedzieć???”.

Dowód: e-mail z 5 marca 2015 r., Nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA] (Koncept), Adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] (ZSK), Temat: RE:KGP, k. 2842.

(43) Również pracownicy Enigmy komentowali w wewnętrznej korespondencji e-mail oferty złożone w Przetargu. Jak wynika z treści tych e-maili byli oni zdziwieni tym, że Enamor i Koncept złożyli oferty dokładnie w wysokości cen cennikowych przekazanych im przez Enigmę.

Dowód: e-mail z 6 marca 2015 r., Nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA] (Enigma), Adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] (Enigma) i in., Temat: Zestawienie ofert postępowania na szyfratory w KGP, k. 179.

3.3. Wątpliwości Zamawiającego dotyczące ofert

(44) W dniu 11 marca 2015 r. Zamawiający zwrócił się do Kryptonu o udzielenie wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez tego przedsiębiorcę ceny. Ponieważ oferta ta była o ponad 30%

niższa od wartości zamówienia oraz średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, istniały wątpliwości, czy nie jest ona rażąco niska. Krypton w odpowiedzi wskazał, że był przekonany, iż w Przetargu nie dojdzie do etapu aukcji elektronicznej, a rozstrzygnięcie nastąpi na pierwszym etapie. Przypuszczenie to uzasadnił faktem, że na polskim rynku istnieją tylko dwaj producenci szyfratorów, którzy mogli wziąć udział w Przetargu, a on sam nie zaoferował swoich szyfratorów żadnemu podmiotowi trzeciemu na potrzeby złożenia oferty. Z tego względu Krypton podjął decyzję o zaoferowaniu w Przetargu od razu ceny docelowej. Jednocześnie spółka wyjaśniła, że jego oferta jest oparta na nowym modelu szyfratora, którego produkcja jest tańsza niż szyfratorów jedynego konkurencyjnego producenta, tj. Enigmy.

(45) W dniu 24 marca 2015 r. Zamawiający zwrócił się do Enamoru oraz Konsorcjum Koncept-ZSK z pytaniem, czy oferowane przez nich szyfratory znajdują się na wykazie certyfikowanych urządzeń ABW z 24 czerwca 2014 r. lub SKW z 20 lutego 2015 r. i czy pozwalają na realizację zamówienia z zadeklarowaną liczbą 4 urządzeń w lokalizacji centralnej, ponieważ obecnie jedynie urządzenia Kryptonu i Enigmy posiadają odpowiednie certyfikaty.

(46) W reakcji na powyższe zapytanie Zamawiającego, zarówno Enamor jak i Konsorcjum Koncept-ZSK w dniu 25 marca 2015 r. przekazali pisma Zamawiającego do Enigmy z prośbą o ustosunkowanie się do nich oraz o przekazanie aktualnego certyfikatu dla szyfratorów.

- Dowód:**
- e-mail z 25 marca 2015 r., Nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA] (Enamor), Adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] (Enigma), Temat: FW: Scan Data from [XR9C934E55B1F3], k. 184;
 - e-mail z 25 marca 2015 r., Nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA] (Koncept), Adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] (Enigma), Temat: RE: pilne zapytanie, k. 312.

(47) W dniu 25 marca 2015 r. Enigma przekazała Enamorowi i Konsorcjum Koncept-ZSK informacje mające pomóc przygotować odpowiedź dla Zamawiającego. Enigma wskazała, aby w treści odpowiedzi znajdowało się jedynie oświadczenie, że oferowane szyfratory IP spełniają wymagania Zamawiającego, w szczególności dotyczące posiadania certyfikatu zaś ich właściwości techniczne pozwalają na realizację zamówienia z proponowaną liczbą 4 urządzeń w lokalizacji centralnej.

- Dowód:** pismo Enigmy z 9 maja 2016 r., k. 155.

(48) W odpowiedziach skierowanych do Zamawiającego przez Enamor oraz Konsorcjum Koncept-ZSK (odpowiednio w dniu 25 i 26 marca 2015 r.) obaj oferenci zgodnie z informacjami otrzymanymi od Enigmy wskazali, że oferowane przez nich szyfratory IP pozwalają na

realizację zamówienia przy użyciu 4 urządzeń w lokalizacji centralnej i znajdują się na wykazie ABW z 24 czerwca 2014 r. lub wykazie SKW z 20 lutego 2015 r.

- Dowód:**
- pismo Enamor z 25 marca 2015 r., k. 1029;
 - pismo Koncept z 26 marca 2015 r., k. 1030.

(49) W związku z otrzymanymi odpowiedziami, Zamawiający ponownie pismem z 27 marca 2015 r. zwrócił się do Enamoru oraz Konsorcjum Koncept-ZSK o wskazanie oferowanego modelu szyfratorów. Zamawiający wskazał przy tym, że Krypton oświadczył, że nie udostępnił żadnemu podmiotowi swoich urządzeń do startu w Przetargu, a żadne z urządzeń Enigmy znajdujące się na ww. wykazach nie pozwala na zastosowanie jedynie 4 urządzeń w lokalizacji centralnej.

(50) W dniu 30 marca 2015 r. Enamor ponownie zwrócił się do Enigmy z prośbą o pomoc w przygotowaniu odpowiedzi dla Zamawiającego. W przygotowanym przez Enigmę projekcie odpowiedzi wskazano, że: (i) Zamawiający nie wymagał w SIWZ wskazania w ofercie typu oraz modelu szyfratora, (ii) oferta jest w pełni zgodna w SIWZ, (iii) w SIWZ wymagany jest certyfikat na dzień dostawy, (iv) rozważania na temat realizacji zamówienia z liczbą 4 urządzeń w lokalizacji centralnej wyłącznie przez szyfratory Kryptonu wskazywałyby na naruszenie zasad zachowania konkurencji przez Zamawiającego.

- Dowód:**
- e-mail z 30 marca 2015 r., Nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA] (Enigma), Adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] (Enamor), Temat: Re: FW: Scan Data from [XRX9C934E55B1F3], k. 190.

(51) Również Koncept w dniu 30 marca 2015 r. zwrócił się do Enigmy o pomoc i przesłanie aktualnego certyfikatu szyfratorów. Enigma udzieliła odpowiedzi temu przedsiębiorcy na spotkaniu w jego siedzibie w dniu 30 marca 2015 r.

- Dowód:**
- e-mail z 30 marca 2015 r. Nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA] (Koncept), Adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] (Enigma), Temat: pilne zapytanie, k 317;
 - pismo Enigmy z 4 października 2019 r., k. 2729.

(52) Zarówno ostateczna odpowiedź Enamor, jak i Konsorcjum Koncept-ZSK odpowiednio z dnia 31 i 30 marca 2015 r. dla Zamawiającego oparta została na argumentach zaproponowanym przez Enigmę, tj. że z SIWZ wynikał jedynie wymóg posiadania przez szyfratory IP aktualnego certyfikatu na dzień dostawy. Konsorcjum Koncept-ZSK oświadczyło dodatkowo Zamawiającemu, że zamierza wykorzystać urządzenia produkowane przez Enigmę, bez wskazania konkretnego modelu szyfratora.

3.4. Zaproszenie do aukcji elektronicznej

(53) W dniu 31 marca 2015 r. Zamawiający poinformował wszystkich oferentów o dotychczasowej liczbie punktów przyznanych poszczególnym ofertom i wyznaczył aukcję elektroniczną.

(54) W dniu 8 kwietnia 2015 r. Enamor wysłał do Enigmy prośbę o modyfikację pierwotnej oferty podwykonawczej z 3 marca 2015 r. poprzez zastosowanie 20% obniżki ceny. Równocześnie Enigma i Enamor prowadzili równoległe ustalenia telefoniczne na temat wysokości rabatu. Ostatecznie Enigma udzieliła Enamorowi upust wynoszący 38%, co oznaczało, że zaoferowana cena brutto wynikająca z oferty podwykonawczej wyniosła 13 894 572 zł.

Dowód: – e-mail z 15 kwietnia 2015 r., Nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA] (Enigma), Adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] (Enamor), Temat: Re: Oferta – prośba o zmianę warunków, k. 212;
– pismo Enigmy z 4 października 2019 r., k. 2729.

(55) O modyfikację pierwotnej oferty w dniu 9 kwietnia 2015 r. zwrócił się również Koncept, nie wskazując dokładnej wysokości rabatu, o który prosi. Enigma w odpowiedzi z 15 kwietnia 2015 r. przekazała modyfikację oferty podwykonawczej opiewającą na 13 446 360 zł brutto.

Dowód: pismo Enigmy z 9 maja 2016 r., k. 155.

(56) Różnica cen wynikająca z udzielonego rabatu przez Enigmę w porównaniu do pierwotnych ofert podwykonawczych przygotowanych dla Enamoru i Konceptu, przedstawiała się następująco:

Wykonawcy	Wysokość ofert w dniu otwarcia ofert	Wysokość ofert podwykonawczych Enigmy z ostatecznie udzielonym rabatem
Enamor	22 410 600 zł	13 894 572 zł (rabat 38%)
Konsorcjum Koncept-ZSK	22 410 600 zł	13 446 360 zł (rabat 40%)
Konsorcjum Enigma-Comp	14 998 620 zł	x
Krypton	6 054 411 zł	x

3.5. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą

(57) W dniu 9 kwietnia 2015 r. Krypton złożył odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej (dalej jako: „KIO”) zarzucając popełnienie przez Enamor oraz Konsorcjum Koncept-ZSK czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na złożeniu oferty wyłącznie w celu doprowadzenia do aukcji elektronicznej oraz umowy przetargowej i wniósł o odrzucenie ofert złożonych przez

tych przedsiębiorców. Odwołanie do KIO złożyło również Konsorcjum Enigma-Comp zarzucając Kryptonowi złożenie rażąco niskiej ceny ofertowej.

- (58) Do postępowania wszczętego na skutek odwołania Kryptonu, przystąpili po stronie Zamawiającego Enamor, Konsorcjum Koncept-ZSK oraz Konsorcjum Enigma-Comp. Natomiast do postępowania wszczętego na skutek odwołania Konsorcjum Enigma-Comp przystąpiło po stronie odwołującego się Konsorcjum Koncept-ZSK. Obie sprawy zostały przed KIO połączone i wspólnie rozpoznane.
- (59) W toku postępowania przed KIO, wszczętego odwołaniem Kryptonu, pracownicy Enigmy i Enamoru kontaktowali się ze sobą w celu przedyskutowania zaproponowanego w ofercie Enamoru rozwiązania technicznego, umożliwiającego zastosowanie 4 szyfratorów w lokalizacji centralnej oraz dowodów, które na tę okoliczność należy przedstawić w KIO.

Dowód:

- protokół odtworzenia zapisów treści rozmów telefonicznych z 21 kwietnia 2015 r., (11:41:22-11:42:54) [INFORMACJA CHRONIONA] (Enamor) z [INFORMACJA CHRONIONA] (Enigma), k. 2449;
- protokół odtworzenia zapisów treści rozmów telefonicznych z 21 kwietnia 2015 r., (12:53:38-12:55:00) [INFORMACJA CHRONIONA] (Enamor) z [INFORMACJA CHRONIONA] (Enigma), k. 2455;
- e-mail z 21 kwietnia 2014 r., Nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA] (Enigma), Adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] (Enamor), Temat: KIO, k. 217.

- (60) W wyroku z dnia 27 kwietnia 2015 r. KIO odrzuciła odwołania zarówno Konsorcjum Enigma-Comp, jak i Kryptonu (sygn. akt: KIO 721/15 i KIO 741/15). W treści wyroku w zakresie odwołania Kryptonu KIO stwierdziła, że Enamor oraz Konsorcjum Koncept-ZSK nie musieli wskazywać w swoich ofertach modelu oferowanych szyfratorów IP, ponieważ takiego wymogu Zamawiający nie wskazał w SIWZ. Z kolei odnosząc się do liczby urządzeń w lokalizacji centralnej wskazanych przez Enamor i Konsorcjum Koncept-ZSK, KIO stwierdziła, że w SIWZ nie sprecyzowano, że ma to być „pojedynczy szyfrator” w związku z czym możliwe było zastosowanie przez Enamor oraz Konsorcjum Koncept-ZSK rozwiązania szyfratorów klastrowych³. KIO wskazała również, że zgodnie z SIWZ urządzenia szyfrujące mają posiadać ważny certyfikat w dniu dostawy urządzeń, która została wskazana przez Zamawiającego do dnia 30 września 2015 r. Dodatkowo, w ocenie KIO w SIWZ nie było wymagane, aby certyfikaty urządzeń zostały załączone do oferty, w związku z czym nie można teraz ich wymagać od oferentów.

³ Szyfratory klastrowe to rozwiązanie polegające na zamknięciu kilku pojedynczych urządzeń szyfrujących w jednej obudowie, wraz z odpowiednim dodatkowym oprzyrządowaniem pozwalającym na pracę takiej konstrukcji.

Dowód: wyrok KIO z 27 kwietnia 2015 r., sygn. akt. KIO 721/15 i KIO 741/15, k. 1495.

3.6. Ponowne zaproszenie do aukcji elektronicznej

- (61) Po rozstrzygnięciach KIO, w dniu 6 maja 2015 r. Zamawiający ponownie zaprosił do udziału w aukcji elektronicznej trzech wykonawców: Krypton, Konsorcjum Enigma-Comp oraz Enamor. Do udziału w aukcji nie dopuszczono Konsorcjum Koncept-ZSK, z powodu nieprzedłużenia terminu ważności wadium.
- (62) Z uwagi na sposób uiszczenia wadium, termin ważności wadium upływał w odmiennych terminach dla poszczególnych wykonawców. Najkrótszy termin ważności wadium, który upływał w dniu 5 maja 2015 r., miało Konsorcjum Koncept-ZSK. Konsorcjum Enigma-Comp w ofercie złożyła wadium w formie gwarancji bankowej, ważnej do 16 czerwca 2015 r. Natomiast Krypton oraz Enamor, z uwagi na to, że uiszcili wadium w formie gotówki, w ogóle nie musieli przedłużać ważności wadium.
- (63) Ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika, że pracownicy Enigmy byli zaskoczeni informacją, że Konsorcjum Koncept-ZSK nie zostało dopuszczone do aukcji elektronicznej, a także że nie znali powodu jego wykluczenia z Przetargu.

Dowód:

- protokół odtworzenia zapisów treści rozmów telefonicznych z 7 maja 2015 r., (09:47:22-09:49:22) [INFORMACJA CHRONIONA] (Enigma) z [INFORMACJA CHRONIONA] (Enigma), k. 2513;
- protokół odtworzenia zapisów treści wiadomości tekstowych SMS z 7 maja 2015 r. [INFORMACJA CHRONIONA] (Enigma) z [INFORMACJA CHRONIONA] (Enigma), k. 2522.

- (64) W dniu 8 maja 2015 r., przed planowaną aukcją elektroniczną, w rozmowie telefonicznej z pracownikiem Enamoru pracownik Enigmy upewniał się, że Enamor weźmie udział w aukcji elektronicznej. Pracownik Enamoru wskazał, że wie o aukcji i że Enamor ma się w niej zalogować, ale nic więcej na ten temat nie wie.

Dowód: protokół odtworzenia zapisów treści rozmów telefonicznych z 8 maja 2015 r., (15:41:10-15:42:19) [INFORMACJA CHRONIONA] (Enamor) z [INFORMACJA CHRONIONA] (Enigma), k. 2525.

- (65) W dniu 11 maja 2015 r. przeprowadzona została aukcja elektroniczna, w której pierwszą pozycję uzyskało Konsorcjum Enigma-Comp, oferując cenę 4 500 000 zł brutto. Poniższa tabela przedstawia wysokość złożonych w Przetargu ofert na etapie otwarcia ofert oraz po zakończeniu aukcji elektronicznej:

	Krypton	Konsorcjum Enigma-Comp	Enamor	Konsorcjum Koncept-ZSK
Oferty złożone w Przetargu	6 054 411 zł	14 998 620 zł	22 410 600 zł	22 410 600 zł
Oferty po aukcji elektronicznej	6 054 411 zł nie postąpił	4 500 000 zł	22 410 600 zł nie postąpił	wykluczony

- (66) W dniu 12 maja 2015 r. Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum Enigma-Comp o udzielenie wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, która zdaniem Zamawiającego mogła być rażąco niska. Konsorcjum złożyło w tym zakresie wyjaśnienia w piśmie z dnia 14 maja 2015 r. argumentując, że duża różnica między ceną pierwotną i tą z aukcji elektronicznej wynikała z tego, że spodziewając się aukcji elektronicznej specjalnie zaoferowano wyższą cenę, aby nie zdradzać ostatecznego możliwego poziomu ceny a także, że ze względu na dłuższą działalność oraz większą produkcję, Enigma ponosi niższe jednostkowe koszty produkcji niż Krypton.
- (67) W dniu 15 maja 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty Kryptonu jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Konsorcjum Enigma-Comp. Odrzucając ofertę Konsorcjum Enigma-Comp Zamawiający uznał, że: (i) zaoferowana przez konsorcjum cena jest rażąco niska, (ii) oferent złożył nieprawdziwe informacje w swojej kalkulacji cenowej, w szczególności odnośnie do kosztów certyfikacji, co mogło mieć wpływ na wynik postępowania, a także że (iii) oferta nie odpowiada treści SIWZ, ponieważ przekracza maksymalną dopuszczalną liczbę szyfratorów w lokalizacji centralnej.
- (68) Odnosząc się do kwestii przekroczenia maksymalnej dopuszczalnej liczby szyfratorów w lokalizacji centralnej Zamawiający uznał, że jedyne urządzenie, jakie Enigma mogła zaoferować w Przetargu to model szyfratora – ETA-MIL 10P. Natomiast zgodnie z informacjami, na które wskazują odnośniki SKW, szyfratory ETA-MIL 10P mogą zaoferować do 250 tuneli VPN oraz prędkość przesyłu danych na poziomie do 50 Mb/s. W związku z tym, aby spełnić warunki SIWZ (tj. zapewnienia łącznie 1000 tuneli VPN komunikacyjnych o prędkości 300 Mb/s oraz 700 tuneli VPN do zarządzania), konieczne byłoby zastosowanie w lokalizacji centralnej 6 urządzeń służących do komunikacji i 3 urządzeń do zarządzania. Przy czym ze względu na konieczność zapewnienia redundancji, liczbę tę należałoby podwoić. W związku z tym, zdaniem Zamawiającego Enigma potrzebowałaby minimum 18 szyfratorów ETA-MIL 10P w lokalizacji centralnej, co przekraczało zarówno liczbę zadeklarowaną w ofercie, jak i wymaganą w SIWZ (maksymalnie do 15 szyfratorów w lokalizacji centralnej).
- (69) W dniu 25 maja 2015 r. Konsorcjum Enigma-Comp złożyło odwołanie do KIO od odrzucenia jego oferty przez Zamawiającego. W toku postępowania przed KIO Enigma oświadczyła, że nie wskazała w ofercie tego modelu urządzenia ETA-MIL 10P, w związku z czym

Zamawiający nie powinien oceniać niezgodności z SIWZ modelu, który jedynie domniemywa, że będzie zaoferowany. Odwołanie zostało oddalone wyrokiem z dnia 25 czerwca 2015 r. o sygn. akt KIO 1099/15. W wyroku KIO uznała argumentację KGP w zakresie rażąco niskiej ceny oraz podania nieprawdziwych danych przez Enigmę. Jednocześnie KIO wskazała jednak na słusność argumentacji Konsorcjum Enigma-Comp, odnośnie do tego, że skoro w ofercie nie wskazano modelu szyfratora, to niedopuszczalne jest zakładanie o jaki model chodzi i na tej podstawie stwierdzenie jego niezgodności z SIWZ.

Dowód: wyrok KIO z 25 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1099/15, k. 1964.

4. Stanowisko stron postępowania

4.1. Stanowisko Enigmy

- (70) Enigma przedstawiła swoje stanowisko Prezesowi Urzędu pismem z dnia 26 kwietnia 2017 r. Wyjaśniła w nim, że w Przetargu mogły wziąć udział podmioty zajmujące się nie tylko produkcją certyfikowanych szyfratorów, ale też będące w stanie skonfigurować takie szyfratory zgodnie z wymaganiami i dostarczyć je Zamawiającemu. Zdaniem Enigmy w Przetargu miała miejsce standardowa sytuacja, tj. dostawcy chcący wziąć udział w przetargu korzystali z ofert producentów urządzeń, których dotyczył przetarg.
- (71) Ponadto zdaniem Enigmy, skoro KGP przewidziała drugi etap przetargu, tj. aukcję elektroniczną, to musiała zakładać, że w Przetargu zostaną złożone co najmniej trzy oferty. Enigma stanęła na stanowisku, że żaden z podmiotów rozważających udział w Przetargu nie mógł w tamtym momencie wiedzieć ilu producentów posiada sprzęt spełniający wymagania SIWZ. Co prawda na listach urządzeń posiadających certyfikaty ABW i SKW znajdowały się urządzenia trzech producentów, jednakże z uwagi na to, że certyfikat wymagany był na dzień dostawy urządzenia, nie można było wykluczyć, że jakiś inny podmiot jest w trakcie przeprowadzania procedury certyfikacji. Enigma wyjaśniła również, że dla niej oczywiste było od początku, że w Przetargu odbędzie się aukcja elektroniczna. Dlatego początkowo wskazała cenę zbliżoną do wartości szacunkowej zamówienia.
- (72) Dodatkowo Enigma wyjaśniła, że bazując na wiedzy z poprzednich postępowań na dostawę szyfratorów, w których brał udział także Krypton, Enigma spodziewała się, że Krypton zaproponuje zdecydowanie wyższą cenę. Tym samym złożenie przez Enigmę oferty w wysokości ok. 15 mln zł, a przez Enamor i Koncept w wysokości ok. 22 mln zł nie miało na celu doprowadzenie do uznania oferty Kryptonu za rażąco niską. Enigma wskazała, że zgodnie z art. 90 p.z.p. zamawiający ma obowiązek zbadać czy oferta jest rażąco niska w przypadku, gdy jest ona niższa o 30% od wartości szacunkowej zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich cen. Wartość szacunkowa zamówienia w Przetargu wynosiła 16 920 300 zł brutto,

wobec czego oferta Kryptonu spełniała ww. warunek i KGP miała obowiązek zbadać tę ofertę niezależnie od wysokości innych ofert.

- (73) Ponadto Enigma wskazała, że KIO oddaliła odwołanie Kryptonu odnośnie do zarzucanej umowy przetargowej. Enigma podniosła również, że zgodnie z art. 9 u.o.k.k. zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym, wobec czego nie mogła ona odmówić sprzedaży produkowanych przez siebie szyfratorów Enamorowi oraz Konceptowi, gdyż stanowiłoby to naruszenie ww. przepisu.
- (74) Zdaniem Enigmy opis przedmiotu zamówienia był skonstruowany w sposób preferujący urządzenia Kryptonu, na co w szczególności wskazuje określenie maksymalnej liczby urządzeń szyfrujących, jaka mogła być dostarczona do centralnej lokalizacji.
- (75) Odnośnie do lakoniczności złożonych ofert przez Enigmę, Enamor oraz Koncept, Enigma wyjaśniła, że zawierały one wszystkie niezbędne informacje których oczekiwała KGP, co potwierdziło również orzeczenie KIO z 27 kwietnia 2014 r. Jeżeli chodzi natomiast o cenę zaoferowaną w Przetargu przez Enamor i Koncept, Enigma wskazała, że była to cena zaproponowana tym podmiotom przez Enigmę. Cena była taka sama dla obu podmiotów, aby wykluczyć zarzut preferowania przez Enigmę jednego z przedsiębiorców. Ponadto, cena ta była ceną wstępną, wobec czego oba podmioty mogły liczyć na dalsze upusty w przypadku odbycia się aukcji elektronicznej.
- (76) W konsekwencji, zdaniem Enigmy okoliczności sprawy nie dają podstaw do stwierdzenia istnienia umowy pomiędzy Enigmą, Enamore i Konceptem. Fakt zaoferowania w Przetargu przez Enamor i Koncept tej samej ceny, okresu gwarancji oraz liczby szyfratorów w lokalizacji centralnej wynika z tego, że oba podmioty oferowały urządzenia produkcji Enigmy.

- Dowód:**
- pismo Enigmy z 26 kwietnia 2017 r., k. 2088;
 - pismo Enigmy z 29 września 2017 r., k. 2400.

4.2. Stanowisko Enamoru

- (77) Enamor przedstawił swoje stanowisko pismem z dnia 20 lipca 2017 r., w którym wyjaśnił, że w związku z rozwojem prowadzonej działalności postanowił rozszerzyć działalność na obszar wdrażania systemu ochrony kryptograficznej na innych rynkach niż wojskowy. W związku z tym postanowił wziąć udział w Przetargu, do czego jednak potrzebował skorzystać z oferty jednego z podmiotów produkujących odpowiednie urządzenia. Krąg potencjalnych dostawców był ograniczony do produktów Kryptonu, Enigmy oraz Wojskowego Instytutu Łączności. Rozważano także wybór produktów włoskiego producenta – Selex S.P.A. Enamor uznał jednak, że cena urządzeń Wojskowego Instytutu Łączności oraz Selex S.P.A. jest niekonkurencyjna. Ze względu na wcześniejszą współpracę w zakresie dostawy szyfratorów,

Enamor zdecydował się na wysłanie prośby o ofertę do Enigmy. Dodatkowym argumentem za wyborem produktów Enigmy był fakt, że były one już wcześniej dostarczane do wybranych jednostek Policji. Enamor wskazał że nie miał jakiegokolwiek interesu w składaniu oferty kurtuazyjnej i tym samym pomaganiu Enigmie.

- (78) W swoim stanowisku Enamor uzasadnił również, dlaczego wziął udział w aukcji elektronicznej, pomimo że wiedział już, że Enigma startuje w Przetargu ze znacznie niższą ceną niż zaoferowana przez Enigmę w ofercie podwykonawczej dla Enamoru. Enamor oświadczył, że w swojej działalności doświadczył wielu zaskakujących zwrotów akcji w postępowaniach przetargowych, w związku z czym nie można było całkowicie wykluczyć możliwości wygranej Enamoru. Ponadto uznał, że skoro już wpłacił wadium i złożył ofertę, to w tym momencie rozsądniejszym wyjściem ekonomicznym było zalogowanie się do aukcji i ewentualne postąpienie, niż bierne czekanie na rozstrzygnięcie Przetargu. Enamor wskazał, że zalogował się do aukcji licząc jeszcze na zbieg okoliczności losowych, który pozwoli mu wygrać Przetarg, np. gdy konkurenci nie będą mogli się zalogować do aukcji z przyczyn technicznych. Jednakże w toku aukcji otrzymał z systemu informację, że któryś z oferentów postąpił z ceną zakładając, że zrobiła to Enigma uznał, że nie będzie w stanie zaoferować niższej ceny i nie postąpił.
- (79) Odnośnie do faktu, że oferty Enamoru i Konceptu były identyczne, Enamor wskazał, że nigdy nie współpracował ani nie rozważał współpracy z Konceptem. Nie miał też informacji o tym, że Koncept będzie brał udział w Przetargu. Enamor wyjaśnił też, że poszczególne elementy złożonej w Przetargu oferty były uzależnione od oferty Enigmy. To z niej wynikała liczba szyfratorów w lokalizacji centralnej oraz długość gwarancji w ofercie Enamoru. Również cena była ceną zaproponowaną przez Enigmę. Cena ta zawierała 3% upustu, który z punktu widzenia Enamoru był wystarczający jako jego marża. Dodatkowo Enamor liczył również na dalszy upust ze strony Enigmy. Enamor podkreślił przy tym, że nie miał on informacji o tym, że Enigma identyczną ofertę zaproponowała również Konceptowi.
- (80) Enamor wskazał również, że gdyby działał w warunkach zмовy z Enigmą i Konceptem, to przedstawienie takich samych cen w ofertach przez Enamor i Koncept, byłoby zachowaniem nieracjonalnym. W takiej sytuacji przedsiębiorcy staraliby się upozorować warunki rzeczywistej konkurencji, ustalając różne ceny ofert.
- (81) Odnośnie zarzutu lakoniczności złożonej oferty, Enamor wyjaśnił, iż w pełni odpowiadała ona wymaganiom SIWZ. Nie można wyciągać negatywnych konsekwencji dla oferentów ze względu na brak wskazania konkretnego modelu szyfratora w ofercie, skoro Zamawiający tego nie wymagał.

- (82) Enamor wskazał, że sam nie posiadał wiedzy w zakresie stosownych certyfikatów i informacji o produkowanych przez Enigmę urządzeniach, w związku z czym racjonalnym wyjściem był kontakt z producentem w sprawie pomocy w udzieleniu odpowiedzi na zapytania Zamawiającego. Enamor wskazał przy tym, że nie posiadał wiedzy o relacji Konceptu z Enigmą i fakcie, że Koncept również zwracał się o pomoc do Enigmy w zakresie przygotowania takiej odpowiedzi.
- (83) Enamor stwierdził, że nie miał informacji o pozostałych podmiotach biorących udział w Przetargu, w związku z czym nie mógł on działać w celu zapewnienia odbycia się aukcji elektronicznej ani odrzucenia oferty Kryptonu jako rażąco niskiej. Wskazał także, że KGP i tak byłaby zobowiązana do zbadania rzetelności oferty Kryptonu, ponieważ stanowiła ona zaledwie 35,78% szacowanej wartości zamówienia, a w takiej sytuacji art. 90 ust. 1 p.z.p. ustanawia obowiązek zbadania rzetelności oferty.
- (84) Zdaniem Enamoru, Zamawiający spodziewał się udziału więcej niż dwóch podmiotów w Przetargu, na co wskazuje możliwość zorganizowania aukcji elektronicznej w przypadku, gdy zostaną złożone co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu.
- (85) Enamor wyjaśnił również, że nawet gdyby jego oferta była złożona kurtuazyjnie w celu doprowadzenia do aukcji elektronicznej to i tak wszyscy oferenci mogli rywalizować ze sobą w pełni na zasadach czysto rynkowych i każdy z podmiotów mógł zaoferować cenę, która w jego mniemaniu będzie najbardziej korzystna. Enamor wskazuje, że przede wszystkim jego oferta nie zakłóciła konkurencji między Kryptonem a Enigmą, co potwierdza ostateczna wygrana Kryptonu. Oferta Enamoru ponadto nie miała braków formalnych, a w trakcie postępowania nie poczyniono starań w celu doprowadzenia do odrzucenia oferty, co zdaniem Enamoru wyklucza zakwalifikowanie jej jako nielegalnej „oferty kurtuazyjnej”.

Dowód: – pismo Enamor z 20 lipca 2017 r., k. 2299.

4.3. Stanowisko Koncept

- (86) W piśmie z 24 kwietnia 2017 r. Koncept wyjaśnił, że uczestniczył w Przetargu dochowując najwyższej staranności i dbałości o działanie zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, w tym ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Następnie, pismem z 14 września 2017 r. Koncept oświadczył, że nie współpracował z COMP S.A. z siedzibą w Warszawie przed złożeniem oferty w Przetargu.

Dowód: – pismo Koncept z 24 kwietnia 2017 r., k. 2070;
– pismo Koncept z 14 września 2017 r., k. 2399.

Na podstawie ustaleń poczynionych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, Prezes Urzędu zważył co następuje

5. Interes publiczny

- (87) Zgodnie z art. 1 ust. 1 u.o.k.k. ustawa ta określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Prezes Urzędu jest rzecznikiem tego interesu, co wynika z jego zadań w strukturze administracji rządowej. Działając w interesie publicznym, Prezes Urzędu podejmuje działania, gdy konieczna jest ochrona konkurencji jako zjawiska o charakterze instytucjonalnym. Dobrem chronionym przez przepisy ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* jest samo istnienie konkurencji jako atmosfery, w jakiej prowadzona jest działalność gospodarcza⁴. Ustawa *o ochronie konkurencji i konsumentów* chroni istnienie konkurencji jako optymalnego sposobu podziału dóbr, zatem każde działanie wymierzone w ten mechanizm, godzi w interes publiczny⁵.
- (88) Odnosząc to do przedmiotowej sprawy, która dotyczy zarzutu zawarcia zmowy przetargowej, należy wskazać, że istotą konkurencji jest współzawodnictwo niezależnych podmiotów w celu uzyskania przewagi pozwalającej na osiągnięcie maksymalnych korzyści ekonomicznych ze sprzedaży towarów i usług poprzez oferowanie swoich towarów i usług na możliwie najkorzystniejszych warunkach. Zawieranie między uczestnikami przetargu porozumień może ograniczać lub nawet wyeliminować oczekiwane korzyści z przetargu, niwecząc cel, jaki ma być osiągnięty w drodze przetargu, a mianowicie wybór najkorzystniejszych ofert składanych przez oferentów w warunkach konkurencji⁶. Działanie w warunkach konkurencji wymaga samodzielności w podejmowaniu decyzji, dlatego pewne formy grupowych działań przedsiębiorców, takich jak porozumienia między uczestnikami przetargów prowadzą do zniekształcenia konkurencji, a przez to godzą w interes publiczny.

6. Status przedsiębiorcy

- (89) Postępowanie antymonopolowe w sprawie praktyk ograniczających konkurencję może być wszczęte wobec podmiotów posiadających status przedsiębiorcy.
- (90) Zgodnie z art. 4 pkt 1 u.o.k.k. przez „przedsiębiorcę” należy rozumieć m.in. przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 6 marca 2018 r. *o swobodzie działalności gospodarczej*⁷

⁴ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 16 listopada 2005 r., sygn. akt XVII Ama 97/04.

⁵ Wyrok Sadu Najwyższego z 5 czerwca 2008 r., sygn. akt III SK 40/07.

⁶ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 17 kwietnia 2008 r., sygn. akt XVII Ama 117/05.

⁷ W chwili obecnej przepis ten odsyła do definicji „przedsiębiorcy” zawartej w ustawie z 6 marca 2018 r. *Prawo przedsiębiorców* (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 1292 ze zm.), która to ustawa weszła w życie w dniu 30 kwietnia 2018 r.

(tekst jedn.: Dz. U. 2017 r. poz. 2168 poz. 398 ze zm.), tj. osobę fizyczną, osobę prawną i jednostkę organizacyjną niebędącą osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonującą we własnym imieniu działalność gospodarczą.

- (91) Mając na uwadze powyższe, nie ulega wątpliwości, że podmioty, przeciwko którym zostało przeprowadzone postępowanie w przedmiotowej sprawie, jako spółki z ograniczoną odpowiedzialnością prowadzące działalność gospodarczą w zakresie produkcji lub dostarczania urządzeń kryptograficznych tj. Enigma, Enamor, Koncept mieszczą się w zakresie podmiotowym przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* i tym samym mogą być adresatami decyzji Prezesa Urzędu.

7. Rynek właściwy

- (92) Działania przedsiębiorców, stanowiące praktykę ograniczającą konkurencję, ujawniają się na określonym rynku – rynku właściwym. Rynek właściwy określa płaszczyznę współzawodnictwa konkurentów w prowadzonej przez nich działalności gospodarczej. Ustawodawca zdefiniował pojęcie „rynku właściwego” w art. 4 pkt 9 u.o.k.k. wskazując, że jest to rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji.
- (93) Prezes Urzędu wszczął postępowanie w niniejszej sprawie wstępnie uznając, że rynkiem właściwym jest krajowy rynek dostaw szyfratorów IP, które mogą być stosowane w systemach teleinformatycznych przeznaczonych do przetwarzania informacji niejawnych, którym nadano klauzulę „poufne”.
- (94) Biorąc pod uwagę, że nie stwierdzono istnienia praktyki ograniczającej konkurencję, dalsza analiza rynku właściwego jest zbędna.

8. Rozpatrywane naruszenie art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

- (95) Zgodnie z art. 6 pkt 1 u.o.k.k. dla ustalenia, czy przedsiębiorca naruszył zakaz zawierania antykonkurencyjnych porozumień, konieczne jest ustalenie przez Prezesa Urzędu następujących przesłanek:

Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej, na podstawie art. 192 ustawy z dnia 5 marca 2018 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo przedsiębiorców oraz inne ustawy dotyczące działalności gospodarczej z dnia 6 marca 2018 r. (Dz. U. z 2018 r., poz. 650; dalej jako: „przepisy wprowadzające”) utraciła moc, jednak zgodnie z art. 196 przepisów wprowadzających do postępowań w sprawach przedsiębiorców wszczętych na podstawie przepisów dotychczasowych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy, o której mowa w art. 1 ust. 1, stosuje się przepisy dotychczasowe. W tym stanie rzeczy, należy odnieść się do definicji przedsiębiorcy zawartej w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej.

- a) zawarcie porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami;
- b) celem lub skutkiem porozumienia jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym;
- c) porozumienie nie podlega wyłączeniu spod zakazu.

(96) W niniejszym postępowaniu należało więc najpierw ustalić, czy doszło do zawarcia porozumienia przez Enigmę z Enamorem oraz z Konceptem. Pojęcie porozumienia zdefiniowano w art. 4 pkt 5 u.o.k.k., zgodnie z którym przez porozumienie rozumie się:

- a) umowy zawierane między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów;
- b) uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki;
- c) uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych.

(97) Omawiany przepis ustanawia szeroką definicję porozumienia. Należy podkreślić, że porozumienie w znaczeniu przepisów u.o.k.k. jest pojęciem szerszym niż umowa, przejawem porozumienia są bowiem oprócz umowy, także inne uzgodnienia w jakiegokolwiek formie, a ponadto uchwały i inne akty. Dla stwierdzenia istnienia porozumienia nie jest ważna forma porozumienia nie musi być zawarte w formie pisemnej, może posiadać formę ustną tzw. *gentleman's agreement* lub zostać zawarte w sposób dorozumiany (konkludentny). Istotne jest, aby podmioty uczestniczące w porozumieniu złożyły zgodne oświadczenia woli lub dokonały w innej formie uzgodnień w zakresie sprzecznego z prawem ograniczenia konkurencji. W szczególności porozumieniem są wszelkie formy współpracy faktycznej, którym przedsiębiorcy nie zamierzali nadać wiążącego charakteru, a które w sposób celowy i świadomy eliminują niepewność co do przebiegu procesów rynkowych i warunków działania konkurentów.

(98) Prezes Urzędu może stwierdzić zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję zarówno w oparciu o dowody bezpośrednie, jak i pośrednie. Dowody bezpośrednie, to dowody z pierwszej ręki pochodzące od uczestników spotkań dotyczących porozumienia i, co do zasady, bezpośrednio wskazujące na jego uczestników. Dowody pośrednie mogą występować zarówno w formie pisemnej, jako dokumenty wytworzone w czasie, kiedy zdarzenia, których dotyczą, miały miejsce, jak również w formie ustnej relacji odnoszącej się do kontaktów w ramach porozumienia, przedstawionej później⁸. W praktyce jednak szczególnie, sekretne

⁸ F. Arbault, E. Sakkers [w:] J. Faull, A. Nikpay, *The EC law of competition, 2nd edition*, Oxford 2007, s. 989.

charakter antykonkurencyjnych porozumień, niejednokrotnie sprawia, że pozyskanie dowodów bezpośrednich jest niemożliwe, co wymusza szerokie posługiwanie się przez Prezesa Urzędu dowodami pośrednimi. Dopuszczalność wykazania za pomocą domniemań faktycznych, o których mowa w art. 231 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – *Kodeks postępowania cywilnego* (tekst jedn.: Dz. U. z 2019 r., poz. 1460 ze zm.; dalej jako: „**k.p.c.**”) istnienia porozumienia ograniczającego konkurencję, została potwierdzona w orzecznictwie⁹. Domniemanie faktyczne polega na tym, że na podstawie ustalenia jednych faktów wnioskuje się o istnieniu innych. Wnioskowanie dokonywane przy domniemaniu faktycznym powinno odpowiadać zasadom logicznego rozumowania oraz doświadczenia życiowego.

- (99) Dokonanie ustalenia na podstawie domniemania faktycznego możliwe jest wówczas, gdy wniosek taki nasuwa się z pewnością lub ze szczególnie dużą dozą prawdopodobieństwa, natomiast wniosek przeciwny nie ma w danych okolicznościach żadnego uzasadnienia, bądź też jest wysoce nieprawdopodobny. W odniesieniu do udowadniania porozumień ograniczających konkurencję za pomocą tego typu domniemań w orzecznictwie¹⁰ przyjmuje się, że porozumienie ograniczające konkurencję można uznać za wykazane wtedy, kiedy zachowania stron postępowania nie da się racjonalnie wytłumaczyć inaczej, niż tylko zawarciem pomiędzy nimi porozumienia.
- (100) Wszczynając postępowanie antymonopolowe w przedmiotowej sprawie Prezes Urzędu posiadał uzasadnione podejrzenie, że pomiędzy Enigmą, Enamorem oraz Konceptem doszło do zawarcia porozumienia polegającego na uzgodnieniu warunków składanych ofert oraz sposobu zachowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W szczególności podejrzewano, że Enamor oraz Koncept w porozumieniu z Enigmą, złożyły oferty kurtuazyjne w celu wyeliminowania z Przetargu Kryptonu. Przedsiębiorcy mogli zakładać, że Krypton (niespodziewający się aukcji elektronicznej) zaoferuje niską cenę. W porównaniu z wysokimi ofertami złożonymi przez Enamor i Koncept, oferta Kryptonu zawierałaby rażąco niską cenę i zostałaby odrzucona z Przetargu. W przypadku gdyby Krypton nie został wykluczony, Enigma miałaby nadal możliwość obniżenia swojej ceny do ostatecznego poziomu dzięki przewidzianej przez Zamawiającego aukcji elektronicznej.
- (101) Podejrzenie zawarcia porozumienia pomiędzy stronami uzasadniały przede wszystkim lakoniczność ofert złożonych przez Enamor i Koncept w Przetargu oraz tożsama wysokość tych ofert. Okoliczności te powinny być jednak rozpatrywane w kontekście całego materiału

⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2006 r., sygn. III SK 6/2006, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 9 października 2009 r., sygn. VI ACa 86/09.

¹⁰ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 17 kwietnia 2008 r., sygn. XVII AmA 117/05.

dowodowego oraz wszystkich specyficznych okoliczności występujących w przedmiotowym Przetargu.

- (102) Analiza całokształtu okoliczności przedmiotowej sprawy nie pozwoliła na stwierdzenie zawarcia porozumienia pomiędzy stronami postępowania w oparciu o wyżej opisane reguły dowodzenia. W przedmiotowej sprawie brak jest bowiem dowodów bezpośrednich wskazujących na to, że między Enigmą a Enamorem i Konceptem doszło do podjęcia uzgodnień w przedmiocie wyeliminowania z Przetargu Kryptonu ze względu na zaoferowanie przez niego rażąco niskiej ceny. Jednocześnie w oparciu o domniemania faktyczne niemożliwe było wysnucie takiego wniosku z pewnością lub z dużą dozą prawdopodobieństwa, bowiem w toku postępowania antymonopolowego ustalone zostały okoliczności, które uzasadniają zachowanie stron w sposób nie odwołujący się do istnienia porozumienia ograniczającego konkurencję.
- (103) Przechodząc do szczegółowego uzasadnienia, w pierwszej kolejności należy odnieść się do kwestii tożsamer wysokości ofert Enamoru i Konceptu. W tym względzie należy wskazać, że Prezes Urzędu nie dysponuje dowodem wskazującym na to, że była ona wynikiem uzgodnień stron. Zdaniem Prezesa Urzędu tożsama wysokość ofert wynikała z tego, że obie spółki otrzymały od Enigmy oferty cennikowe, tj. w tej samej cenie ze wskazaną marżą, a następnie nie zmieniając wysokości oferty Enigmy wskazały tę cenę we własnych ofertach na Przetarg [pkt (36) i (38) decyzji]. Dodatkowo należy zauważyć, że ta sama cena została wskazana przez Enigmę w odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego o szacunkową wycenę kosztów dostawy szyfratorów IP [pkt (26) decyzji], co potwierdza, że była to cena standardowa, którą Enigma oferowała podmiotom trzecim zainteresowanym zakupem szyfratorów.
- (104) Brak istnienia uzgodnień co do wysokości ofert potwierdza również okoliczność, że Koncept nie wiedział, że Enamor złoży ofertę w tej samej wysokości i był tym faktem zaskoczony [pkt (42) decyzji]. Tożsama wysokość cen zaproponowanych w ofertach Enamoru i Konceptu była również zaskoczeniem dla samej Enigmy [pkt (43) decyzji]. Co istotne, powyższe okoliczności Prezes Urzędu ustalił w oparciu o dowody w postaci korespondencji e-mail, wysyłanej w dniu otwarcia ofert oraz dzień po, które jako dokumenty sporządzone *in tempore non suspecto*, a więc w chwili gdy spółki nie były podejrzane o naruszenie prawa konkurencji, odznaczają się wysoką wartością dowodową.
- (105) Kolejną okolicznością, którą Prezes Urzędu wziął pod uwagę w swojej analizie jest fakt, że Koncept przed terminem składania ofert w Przetargu zwrócił się z prośbą o przygotowanie dla niego oferty do Kryptonu [pkt (37) decyzji]. W sytuacji istnienia między stronami zмовy w zakresie wyeliminowania Kryptonu z Przetargu z uwagi na podejrzenie ceny rażąco niskiej, takie działanie mogłoby zniweczyć ten cel. Bowiem w takiej sytuacji Krypton powziąłby

wiedzę, że w Przetargu może wziąć udział więcej niż 2 wykonawców, a to zgodnie z obowiązującym zarządzeniem KGP, powodowało konieczność przeprowadzenia aukcji elektronicznej, w ramach której pierwotne ceny są następnie obniżane [pkt (27) decyzji]. Mając taką wiedzę, Krypton mógł złożyć ofertę w wyższej cenie, z zamiarem jej późniejszego obniżenia w toku aukcji.

- (106) W kwestii zaś lakoniczności ofert Enamoru, Konceptu oraz Enigmy, Prezes Urzędu uznał, że znajduje ona uzasadnienie w sposobie sformułowania przez Zamawiającego warunków określonych w SIWZ. Zamawiający nie wymagał od wykonawców wskazania modelu szyfratorów, jakie oferują w Przetargu, a wymóg posiadania certyfikatu ABW lub SKW musiał być spełniony na dzień dostawy urządzeń, co potwierdziła w swoim wyroku z 27 kwietnia 2015 r. KIO [pkt (60) decyzji]. W konsekwencji, sposób określenia warunków SIWZ w istotny sposób zdeterminował zakres informacji zawartych w ofertach złożonych w Przetargu, a także w pismach, jakie były przekazywane przez strony w toku Przetargu na wezwania Zamawiającego.
- (107) Ponadto w oparciu o zebrany materiał dowodowy Prezes Urzędu uznał, że nieprzedłużenie ważności wadium w Przetargu przez Koncept i doprowadzenie tym samym do jego wykluczenia, nie było przedmiotem uzgodnień między stronami postępowania. Wprost świadczy o tym korespondencja e-mail pracowników Enigmy, z której wynika, że byli oni tym faktem zaskoczeni oraz, że nie znali powodu wykluczenia Konceptu z Przetargu (pkt (63) decyzji).
- (108) Natomiast samo zachowanie Konceptu w postaci nieprzedłużenia ważności wadium [pkt (61) decyzji] na tym etapie postępowania przetargowego, należy uznać za działanie dające się racjonalnie uzasadnić, bez konieczności zakładania istnienia porozumienia ograniczającego konkurencję. Koncept wiedział już, że jego oferta w punktacji ofert zajmuje miejsce po ofercie Kryptonu i Konsorcjum Enigma-Comp. W związku z tym, tylko odrzucenie lub wykluczenie tych przedsiębiorców mogłoby sprawić, że Koncept uzyska przedmiotowe zamówienia. Natomiast taki scenariusz był wysoce mało prawdopodobny. Bowiem na tym etapie postępowania oferty wykonawców były już zweryfikowane przez Zamawiającego pod kątem ewentualnych uchybień, a także zapadły w tym względzie rozstrzygnięcia KIO [pkt (60) decyzji]. W powyższych okolicznościach, racjonalnym było skorzystanie z możliwości wycofania się z Przetargu, jaką dawało nieprzedłużenie ważności wadium. Tylko w ten sposób Koncept mógł zrezygnować z Przetargu, nie tracąc wpłaconego przez siebie wadium w wysokości 275.000 zł.
- (109) Inaczej przedstawiała się sytuacja Enamoru. Mimo tego, że jego oferta również uplasowała się po ofertach Kryptonu i Enigmy, to z powodu uiszczenia wadium w gotówce, które było

ważne przez cały okres postępowania przetargowego [pkt (62) decyzji], nie mógł on zrezygnować z dalszego udziału w Przetargu bez utraty wadium.

- (110) Dodatkowo Prezes Urzędu uznał, że kontakty między Enigmą a Konceptem w toku postępowania przetargowego, wynikały wyłącznie z konieczności pozyskania informacji dotyczących rozwiązań technicznych zastosowanych w szyfratorach, których producentem była Enigma. W zakresie kontaktów między Enigmą a Enamore, Prezes Urzędu uznał, że również dotyczyły one aspektów technicznych oferowanych przez Enigmę szyfratorów. Natomiast w kwestii kontaktu przedstawicieli tych spółek, podczas którego przedstawiciel Enigmy upewniał się, że Enamor zaloguje się w aukcji elektronicznej [pkt (64) decyzji], należy wskazać, że chociaż działanie to może budzić podejrzenie stosowanie praktyk ograniczających konkurencję, to w świetle całokształtu okoliczności niniejszej sprawy, nie zmienia ono oceny Prezesa Urzędu co do braku możliwości stwierdzenia istnienia porozumienia ograniczającego konkurencję w przedmiotowej sprawie. Zdaniem Prezesa Urzędu powyższe zachowanie nawet potencjalnie nie mogło mieć żadnego wpływu na przebieg Przetargu. Należy wskazać, że okoliczność zalogowania się przez Enamor do aukcji elektronicznej pozostawała bez znaczenia dla możliwości przeprowadzenia aukcji. Bowiem zgodnie z art. 91a p.z.p Zamawiający jest zobowiązany przeprowadzić aukcję elektroniczną, gdy w przetargu złożono co najmniej 3 niepodlegające odrzuceniu oferty. Natomiast w przedmiotowej sprawie w chwili kontaktu między przedstawicielami Enigmy i Enamoru powyższy warunek był już spełniony i zachowanie wykonawców nie mogło wpłynąć na działania Zamawiającego podejmowane w zakresie aukcji elektronicznej.
- (111) Wobec braku dowodów bezpośrednich wskazujących na istnienie porozumienia ograniczającego konkurencję oraz wobec ustalenia powyższych okoliczności faktycznych uzasadniających zachowanie stron w Przetargu w sposób nieodwołujący się do istnienia zmywu przetargowej, Prezes Urzędu doszedł do wniosku, iż nie jest możliwe uznanie, że w przedmiotowej sprawie doszło do uzgodnienia przez strony postępowania warunków składanych ofert oraz sposobu zachowania w Przetargu.

9. Bezprzedmiotowość postępowania

- (112) W związku z tym, że w toku postępowania nie zostało ustalone, że strony zawarły porozumienie ograniczające konkurencję, niniejsze postępowanie antymonopolowe należy umorzyć jako bezprzedmiotowe.
- (113) Ustawa *o ochronie konkurencji i konsumentów* nie reguluje instytucji bezprzedmiotowości postępowania antymonopolowego, zgodnie jednak z art. 83 u.o.k.k., w sprawach w niej nieuregulowanych, do postępowania przed Prezesem Urzędu stosuje się przepisy k.p.a. W rozpatrywanej sprawie zastosowanie będzie miał art. 105 § 1 k.p.a., który stanowi, że gdy

postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe w całości albo w części, organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania odpowiednio w całości albo w części.

- (114) Bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego oznacza, że brak jest któregoś z elementów materialnego stosunku prawnego, a wobec tego nie można wydać decyzji rozstrzygającej sprawę co do istoty. Gdy zaistnieją takie okoliczności, umorzenie postępowania jest obligatoryjne, niezależne od woli bądź uznania organu administracji publicznej. Przesłanka bezprzedmiotowości postępowania może zarówno istnieć jeszcze przed wszczęciem postępowania i zostać ujawniona w toczącym się postępowaniu, jak i powstać w czasie trwania postępowania, a więc w sprawie już zawisłej przed organami administracyjnymi.
- (115) W świetle prawa materialnego oraz ustalonego stanu faktycznego wykluczone zostało zajęcie materialnoprawnej przesłanki, koniecznej do stwierdzenia zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia, wynikającej z art. 6 ust. 1 u.o.k.k., tzn. nie ustalono, że pomiędzy stronami zostało zawarte porozumienie ograniczające konkurencję. Ten brak kwalifikacji przedmiotowej powoduje, że nie ma podstaw do wydania w niniejszej sprawie rozstrzygnięcia stwierdzającego stosowanie praktyk ograniczających konkurencję. Postępowanie należy więc umorzyć jako bezprzedmiotowe zgodnie z normą zawartą w art. 105 § 1 k.p.a.
- (116) Wobec powyższego orzeczono, jak sentencji niniejszej decyzji.
- (117) Stosownie do treści art. 81 ust. 1 u.o.k.k. w związku z art. 479²⁸ § 2 k.p.c. od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w **terminie miesiąca** od daty jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.
- (118) Zgodnie z art. 3 ust. 2 pkt 9 w związku z art. 32 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. *o kosztach sądowych w sprawach cywilnych* (tekst jedn.: Dz. U. z 2020 r., poz. 755 ze zm.), odwołanie od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów podlega opłacie stałej w kwocie 1000 zł.
- (119) Zgodnie z art. 103 ust. 1 ustawy *o kosztach sądowych w sprawach cywilnych* Sąd może przyznać zwolnienie od kosztów sądowych osobie prawnej lub jednostce organizacyjnej niebędącej osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, jeżeli wykazała, że nie ma dostatecznych środków na ich uiszczenie.
- (120) Zgodnie z art. 105 ust. 1 zd. 1 ustawy *o kosztach sądowych w sprawach cywilnych*, wniosek o przyznanie zwolnienia od kosztów sądowych należy zgłosić na piśmie lub ustnie do protokołu w sądzie, w którym sprawa ma być wytoczona lub już się toczy.

- (121) Stosownie do treści art. 117 § 1 k.p.c. strona zwolniona przez sąd od kosztów sądowych w całości lub części, może domagać się ustanowienia adwokata lub radcy prawnego. Zgodnie z art. 117 § 3 k.p.c. osoba prawna lub inna jednostka organizacyjna, której ustawa przyznaje zdolność sądową, niezwolniona przez sąd od kosztów sądowych, może się domagać ustanowienia adwokata lub radcy prawnego, jeżeli wykaże, że nie ma dostatecznych środków na poniesienie kosztów wynagrodzenia adwokata lub radcy prawnego.
- (122) Zgodnie z art. 117 § 4 k.p.c. wniosek o ustanowienie adwokata lub radcy prawnego strona zgłasza wraz z wnioskiem o zwolnienie od kosztów sądowych lub osobno, na piśmie lub ustnie do protokołu, w sądzie, w którym sprawa ma być wytoczona lub już się toczy.

*Z upoważnienia
Prezesa Urzędu Ochrony
Konkurencji i Konsumentów*

*Dyrektor Departamentu Ochrony Konkurencji
Tomasz Bagdziński*