

Sygn. akt V Ca 2948/12

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 lutego 2013 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie V Wydział Cywilny-Odwoławczy
w składzie:

Przewodniczący: SSO Bożena Miśkowiec
Sędziowie: SO Maria Dudziuk

SR del. Agnieszka Wiśniewska (spr.)
Protokolant: st. sekr. sąd. Małgorzata Andrychowicz

po rozpoznaniu w dniu 18 lutego 2013 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy ze skargi Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o.
z udziałem zamawiającego Skarbu Państwa - Komendy Głównej Straży
Granicznej

o zamówienie publiczne

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie

z dnia 27 września 2012 r., sygn. akt KIO 1942/12

oddala skargę,

i A oryginale właściwe podpisy

Za zgodność

Sygn. akt V Ca 2948/12

%

UZASADNIENIE

W dniu 03 września 2012 r. Skarb Państwa - Komenda Główna Straży Granicznej wszczął na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. Nr 113, poz. 759 ze zm.) - zwanej dalej ustawą - postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „zakup szyfratorów IP” w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 13 września 2012 r. wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie Enigma Systemy Ochrony Informacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie od czynności i zaniechań niezgodnych z przepisami ustawy podjętych przez Zamawiającego w toku

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Komendę Główną Straży Granicznej w Warszawie w trybie przetargu nieograniczonego na „zakup szyfratorów IP” /k. 1-8/.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu przy formułowaniu postanowień SIWZ naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców;
2. oraz inne przepisy wymienione w uzasadnieniu odwołania lub z niego wynikające.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska odwołujący wskazał, iż Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji. Zamawiający określił bowiem parametry dotyczące szyfratora IP w taki sposób, że ofertę w przedmiotowym postępowaniu może złożyć wyłącznie jeden dostawca sprzętu KRYPTON Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, oferujący jedno konkretne urządzenie. Formułując wymogi w zakresie opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający winien kierować się celem, jakim są zamawiane produkty mają służyć. Każde wymaganie musi znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach Zamawiającego, w ocenie zaś Odwołującego przedmiotowa SIWZ zawiera postanowienia nie znajdujące żadnego uzasadnienia merytorycznego, a jednocześnie uniemożliwiają uczciwą konkurencję. Wskazano, iż zgodnie z SIWZ przedmiotowe urządzenia muszą być fabrycznie nowe, wyprodukowane nie wcześniej niż 7 miesięcy przed dostawą oraz muszą posiadać w momencie dostawy Certyfikat Ochrony Kryptograficznej wydany przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego albo Służbę Kontrwywiadu Wojskowego, zapewniający ochronę informacji niejawnych o klauzuli „poufne” z terminem ważności minimum 4 lata od dnia dostawy urządzeń szyfrujących IP do Zamawiającego. W ocenie Odwołującego powyższy wymóg ogranicza uczciwą konkurencję i nie znajduje żadnego uzasadnienia w świetle postanowień projektu umowy. Jednocześnie

Odwołujący wskazał, na wykazy szyfratorów IP znajdujące się na liście prowadzonej przez Służbę Kontrwywiadu Wojskowego oraz przez Jednostkę Certyfikującą DBTI ABW, z których w jego ocenie wynika, iż jedynie urządzenie kryptograficzne KRYPTON K2 w wersji 1.3.0 produkcji Krypton Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie spełnia kwestionowany wymóg Zamawiającego. Podkreślono, iż Odwołujący - pomimo, że sprzedaje sprawdzone i renomowane urządzenia, dla których certyfikaty ochrony kryptograficznej wydawane są od 2000 r. - nie może złożyć oferty. Wskazano także, iż na polskim rynku istnieje tylko dwóch producentów urządzeń kryptograficznych posiadających certyfikaty ochrony kryptograficznej, jeden który swoje urządzenia oferuje od 2000 r. i które działają w większości służb (w tym służb specjalnych), agend, urzędów etc. oraz drugi, który swoje urządzenia zaczyna dopiero oferować od połowy 2012 r. Tym samym kwestionowany wymóg zawarty w SIWZ eliminuje znane, uznane i sprawdzone rozwiązania, a preferuje z nieznanymi powodów rozwiązania, które jeszcze nigdzie nie zostały wykorzystane i sprawdzone w warunkach pracy rzeczywistego systemu przetwarzającego informacje niejawne. Podniesiono, iż Odwołujący w trakcie wieloletniej działalności nie spotkał się z uwagami kwestionującymi jakość oferowanych przez niego szyfratorów IP.

Tym samym wymóg, aby urządzenie posiadało 4 lata ważności certyfikatu ochrony kryptograficznej nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia i stanowi rażące naruszenie podstawowej zasady prawa zamówień publicznej wyrażonej w art. 7 ustawy, tj. prowadzenia postępowania w sposób zapewniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

Podkreślono, iż w chwili obecnej na świecie istnieje tylko jedno urządzenie z tak długim okresem ważności certyfikatu - ponieważ certyfikat na to urządzenie został wydany w czerwcu 2012 r. Pozostałe urządzenia, które spełniają wymagania techniczne i które mógłby zaoferować Odwołujący mają certyfikat wydany w 2006 r., który po kolejnych przedłużeniach jest obecnie ważny do 2014 r. - tj. łącznie 8 lat od chwili wydania. Zauważono, iż praktyką stosowaną przez producentów jest, że certyfikaty są odnawiane pod koniec okresu ich ważności. Jednakże z uwagi na to, że jest to proces długotrwały, od dwóch miesięcy prowadzone są z Agencją Bezpieczeństwa Wewnętrznego uzgodnienia w sprawie kolejnych badań certyfikacyjnych, które miały się rozpocząć w 2012 r., a zakończyć najpóźniej w drugiej połowie roku 2013, wydaniem certyfikatu ochrony kryptograficznej na okres nie krótszy niż trzy kolejne lata - czyli w efekcie na okres taki jak jest literalnie wymagany przez Zamawiającego.

Podniesiono także, iż o zbędności tego wymogu świadczą postanowienia Załącznika nr 4 do SIWZ (tj. umowa na zakup szyfratorów). Paragraf 11 umowy określa Wymagane zaświadczenia i certyfikaty. Zgodnie z § 11 ust. 1 umowy czteroletni termin ważności nie jest wymagany, co więcej § 11 ust. 3 i 4 przewidują sytuację utraty ważności certyfikatu z przyczyn innych niż te, które wynikają ze strony Zamawiającego - a zatem także ze względu na upływ czasu. W takim przypadku musi nastąpić „aktualizacja” certyfikatu na koszt wykonawcy a gwarancja na urządzenia ulega odpowiedniemu przedłużeniu. Zdaniem Odwołującego ze względu na fakt, iż Zamawiający odnosi się tu do gwarancji jakości rzeczy to brak stosownego certyfikatu jest wadą, która podlega usunięciu poprzez działania wykonawcy. Tym samym żądanie czteroletniego okresu ważności certyfikatu w chwili dostawy stanowi

jedynie utrudnienie uczciwej konkurencji, a nie przejaw uzasadnionych potrzeb Zamawiającego.

Cel jakiego ma służyć powyższy wymóg, tj. aby zamawiane urządzenia przez cały okres ich użytkowania posiadały ważny certyfikat można osiągnąć, zdaniem Odwołującego, w inny sposób, który nie ograniczałby uczciwej konkurencji.

W oparciu o powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany ww. postanowienia SIWZ w ten sposób, iż oferowany przez Wykonawcę szyfrator IP będzie posiadał ważny certyfikat ochrony kryptograficznej przez okres co najmniej 1 roku od dostawy i wykonawca zobowiązuje się do dostarczenia nowego certyfikatu na co najmniej 3 miesiące przed upływem ważności certyfikatu.

Podkreślono, iż w przedmiotowym postępowaniu, trudno uznać za przypadkowy taki dobór poszczególnych parametrów, które uniemożliwiają złożenie oferty wszystkim wykonawcom mogącym zrealizować zamówienie, z wyjątkiem jednego. Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia powinien uwzględnić istniejące realia rynkowe oraz potencjalnych wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu tak, aby nie doprowadzić do sytuacji, w której dochodzi do zawężenia kręgu wykonawców poprzez nieuzasadnione w obiektywny sposób postanowienia SIWZ.

Zaakcentowano, iż dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia wskazuje na urządzenie jednego producenta. Postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego. Jest to tryb konkurencyjny, w którym opis przedmiotu zamówienia musi być dokonany z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jeżeli Zamawiający zamierza dokonać zakupu konkretnego urządzenia od konkretnego producenta, to winien dokonać tego w trybie zamówienia z wolnej ręki, po wyczerpaniu przesłanek uzasadniających zastosowanie tego trybu. Skoro jednak przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego to oznacza, iż przesłanek zakupu tego konkretnego urządzenia nie ma, a zatem Zamawiający powinien dopuścić możliwość zaoferowania także innych urządzeń.

Wskazano na treść art. 29 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W myśl zaś art. 7 ustawy, czynności Zamawiającego powinny zmierzać do zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców. Z kolei art. 29 ust. 2 ustawy stanowi, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Z treści cytowanego przepisu wynika dla Zamawiającego zakaz dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający dostęp do zamówienia wykonawcy, który potencjalnie jest w stanie wykonać to zamówienie. Formułując wymogi w zakresie opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający winien kierować się celem, jakim zamawiane produkty mają służyć. Każde wymaganie ma znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego. Odwołujący powołał się również na szereg orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej.

Na rozprawie w dniu 26 września 2012 r. przed Krajową Izbą Odwoławczą Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania /k.23/.

Wyrokiem z dnia 27 września 2012 r. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie i o orzekła w przedmiocie kosztów postępowania /k.25/.

Rozstrzygnięcie powyższe wydane zostało w oparciu o następujące rozważania.

Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła, że Odwołujący wykazał, iż na dzień rozpatrywania odwołania istnieje jedno urządzenie spełniające wymogi SIWZ postawione co do zakresu okresu ważności certyfikatu. Okoliczność ta nie miała jednak zdaniem Izby znaczenia przy ocenie zarzutu, skoro wymóg ważności certyfikatu ustalony został nie w celu oceny spełniania warunków przedmiotowych przez potencjalnych wykonawców, lecz jest odniesiony do konkretnych dostaw, mających być wykonaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba uznała także za wiarygodne twierdzenie Odwołującego, że w praktyce podmiot zainteresowany przedłużeniem ważności certyfikatu występuje o jego przedłużenie do właściwego podmiotu przed upływem terminu ważności. Podkreślono jednocześnie, iż przepisy ustawy o ochronie informacji niejawnych nie uniemożliwiają jednak uzyskania nowego certyfikatu na określone urządzenie w okresie znacznie wyprzedzającym termin upływu ważności, w tym np. na potrzeby udziału w konkretnym zamówieniu publicznym. Skład orzekający zauważył, że procedura certyfikacji i ewentualne procedury przedłużania prowadzone są wyłącznie na wniosek zainteresowanego podmiotu (najczęściej producenta takich urządzeń) i nie ma przeszkód prawnych w uzyskaniu stosownego certyfikatu odpowiadającego oczekiwaniom zamawiającego.

W ocenie Izby Zamawiający opisując przedmiot zamówienia miał prawo sformułować opis uwzględniając cel, jakim jest zminimalizowanie ryzyka użytkowania urządzenia kryptograficznego nie posiadającego ważnego certyfikatu. Biorąc powyższe pod uwagę w ocenie składu orzekającego zamawiający formułując warunki udziału w postępowaniu oraz obowiązki wykonawcy określone we wzorze umowy nie naruszył przepisów ustawy, a tym samym zarzuty zamawiającego nie potwierdziły się.

Mając powyższe na uwadze Krajowa Izba Odwoławcza orzekła jak w sentencji wyroku na podstawie art. 192 ust. 1 omawianej ustawy.

Skargę od powyższego orzeczenia wniosła Enigma Systemy Ochrony Informacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie /k.28-37/.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 września 2012 r. został zaskarżony w całości.

W skardze zarzucono naruszenie obowiązujących przepisów prawa, a w szczególności:

1. art. 190 ust. 1 ustawy poprzez uznanie faktów przywoływanych przez Zamawiającego, pomimo nie przedstawienia wystarczających dowodów;
2. art. 191 ust. 1 i 2 ustawy, poprzez zaniechanie dostatecznego wyjaśnienia sprawy oraz poprzez sprzeczność istotnych ustaleń z treścią materiału dowodowego;
3. art. 29 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 7 ustawy poprzez uznanie, iż opis przedmiotu zamówienia (w zakresie określonym w rozdziale IV pkt 1 SIWZ i odpowiadający mu pkt I ppkt 2 OPZ) dokonany przez Zamawiającego nie narusza zasad uczciwej konkurencji i jest zgodny z przepisami ustawy.

Skarżący wniósł o uwzględnienie podniesionych zarzutów i:

1. o uznanie skargi za zasadną;
2. o zmianę orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej poprzez uwzględnienie odwołania Skarżącego i stwierdzenie, iż opis przedmiotu zamówienia został dokonany z naruszeniem przepisów ustawy i w związku z tym, wymaganie posiadania przez urządzenie szyfrujące IP Certyfikatu Ochrony Kryptograficznej z terminem ważności minimum na 4 lata licząc od dnia dostawy (pkt I ppkt 2 opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego załącznik nr 1 do umowy) jest nieważne na podstawie art. 58 § 3 Kodeksu cywilnego;
3. ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia przez Sąd żądania stwierdzenia nieważności kwestionowanego postanowienia projektu umowy, wniesiono o zmianę orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej poprzez uwzględnienie odwołania Skarżącego i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie postępowania, ze względu na to, iż postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy.

W uzasadnieniu skargi wskazano, iż skarżący ma interes w zaskarżeniu orzeczenia KIO, gdyż w sytuacji uznania zarzutów Skarżącego za zasadne i uwzględnienia skargi, zostanie potwierdzone, iż skarżone przez Enigmę postanowienia OPZ (stanowiące załącznik do umowy) są niezgodne z przepisami ustawy i przez to nieobowiązujące. Wobec niemożliwości zmiany SIWZ po upływie terminu ofert, Skarżący nie ma możliwości ponowienia takiego żądania, jednakże dalej posiada interes w rozstrzygnięciu uznającym skarżone wymagania za niezgodne z przepisami ustawy. Enigma na podstawie art. 23 ust. 1 ustawy ubiegała się wspólnie z Comp S.A. o udzielenie zamówienia, a zatem posiadała interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz w zawarciu umowy niezawierającej kwestionowanego postanowienia SIWZ. W dalszym ciągu może również ponieść szkodę wynikającą z utrzymania w mocy postanowień SIWZ niezgodnych z przepisami ustawy. Tym samym wniesienie przedmiotowej skargi jest zasadne i konieczne.

Podniesiono, iż uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej wykazuje sprzeczność między ustaleniami stanu faktycznego a stwierdzeniem Izby o braku podstaw do uznania zarzutów odwołania. Izba uznała za udowodniony przez Enigmę fakt, iż na rynku istnieje tylko jedno urządzenie spełniające wymogi SIWZ postawione w zakresie okresu ważności certyfikatu. A tym samym niezrozumiałe jest w tym kontekście dla skarżącego twierdzenie składu orzekającego, iż okoliczność ta „nie ma znaczenia przy ocenie zarzutów, skoro wymóg ważności certyfikatu ustalony został nie w celu oceny spełniania warunków przedmiotowych przez potencjalnych wykonawców, lecz jest odniesiony do konkretnych dostaw, mających być wykonaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego”. Tymczasem, w ocenie skarżącego zarówno Uzasadnienie w sprawie V Ca 2948/12

przepisy ustawy, jak i orzecznictwo jasno wskazują, iż niedopuszczalne ograniczenie konkurencji może wynikać nie tylko ze sposobu skonstruowania warunków udziału w postępowaniu, ale także z wymogów postawionych przy opisie przedmiotu zamówienia. Przy czym, niekoniecznie muszą to być naruszenia

wyczerpujące przesłanki niezgodności z art. 29 ust. 3 ustawy, a więc polegające na posłużeniu się w specyfikacji bezpośrednim wskazaniem znaków towarowych, nazw producenta itp. Wystarczające jest sformułowanie i dobranie wymogów w taki sposób, który de facto umożliwia złożenie oferty tylko wąskiej grupie lub wręcz tylko jednemu wykonawcy.

Skarżący uznał, że błędne jest oparcie rozstrzygnięcia Izby na stwierdzeniu, iż „przepisy ustawy o ochronie informacji niejawnych nie uniemożliwiają uzyskania nowego certyfikatu na określone urządzenie w okresie znacznie wyprzedzającym termin upływu ważności, w tym np. na potrzeby udziału w konkretnym zamówieniu publicznym” oraz wskazywanie przez Izbę, iż „nie ma przeszkód prawnych w uzyskaniu stosownego certyfikatu.” Dla stwierdzenia naruszenia zasad uczciwej konkurencji poprzez ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców nie jest bowiem konieczne udowodnienie, iż przedmiot zamówienia opisany jest w sposób generalnie wykluczający fizyczną możliwość jego wykonania przez działających na danym rynku wykonawców. Wystarczające jest w tym zakresie wskazanie faktycznej niemożności spełnienia wymogu przez jakiegokolwiek (poza jednym) wykonawcę starającego się o uzyskanie zamówienia w konkretnym, prowadzonym aktualnie postępowaniu. Zachowanie zasad uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia podlega badaniu każdorazowo na potrzeby danego postępowania, zależy ono bowiem od aktualnych warunków rynkowych, których nie da się powtórzyć w innych okolicznościach, a które Zamawiający, odpowiedzialny za prawidłowy przebieg postępowania, ma obowiązek uwzględnić.

Podkreślono, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy skarga, Enigma wykazała, iż postawiony przez Zamawiającego wymóg 4-letniego okresu ważności certyfikatu nie tylko mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, ale wręcz prowadzi do jej wyeliminowania przez ograniczenie kręgu wykonawców zdolnych do spełnienia tego wymogu na dzień dostawy urządzenia do jednego, konkretnego producenta.

Tak radykalne ograniczenie kręgu wykonawców jest możliwe tylko w przypadku wykazania przez Zamawiającego istnienia ważnych i szczególnych potrzeb uzasadniających postawiony w opisie przedmiotu zamówienia wymóg.

Wskazano, iż podstawą oddalenia odwołania było stwierdzenie, iż „Zamawiający opisując przedmiot zamówienia miał prawo sformułować opis uwzględniając cel, jakim jest zminimalizowanie ryzyka użytkowania urządzenia kryptograficznego nie posiadającego ważnego certyfikatu”. Z powyższą argumentacją Skarżący nie zgodził się. Skarżący nie dąży bowiem do zniesienia wymogu przedłożenia certyfikatu w ogóle, a jedynie do wprowadzenia takich postanowień, które będą minimalizowały ryzyko użytkowania urządzenia kryptograficznego bez ważnego certyfikatu, a jednocześnie nie będzie to stanowiło naruszenia zasad równego traktowania wykonawców. Podkreślono, że gdyby celem Zamawiającego było wyeliminowanie ryzyka związanego z utratą certyfikatu, to wprowadziłby do projektu umowy odpowiednie postanowienia np. kary umowne, możliwość odstąpienia od umowy czy odszkodowanie za konieczność ponownej akredytacji - żadne takie zabezpieczenie nie zostało jednak wprowadzone.

Zauważono, iż ryzyko utraty ważności certyfikatu jest takie samo dla urządzeń z certyfikatem ważnym dwa jak i cztery lata. Zatem uzasadnieniem dla wprowadzenia wymogu 4 letniej ważności certyfikatu nie może być eliminacja ryzyka, o którym pisze KIO - bo poza eliminacją konkurencji powyższy wymóg niczego nie eliminuje. Żądanie czteroletniego okresu ważności certyfikatu w chwili dostawy stanowi jedynie utrudnienie uczciwej konkurencji, a nie przejaw uzasadnionych potrzeb Zamawiającego.

Zamawiający, we wniesionej w dniu 05 lutego 2013 r. odpowiedzi na skargę, wniósł o jej oddalenie /k.125/.

W piśmie z dnia 12 lutego 2013 r. Skarżący zmodyfikował żądanie zawarte w skardze i wniósł o uwzględnienie skargi i zmianę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 września 2012 r. poprzez uwzględnienie odwołania i stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy /k. 154-156/.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej jest bezzasadna.

Sąd Okręgowy stoi na stanowisku, że Krajowa Izba Odwoławcza dokonała prawidłowych ustaleń faktycznych i ich kwalifikacji prawnej.

Zamawiający Skarb Państwa reprezentowany przez Komendę Główną Straży Granicznej w Warszawie prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zakup szyfratorów IP. Jednym z wymogów jakie miały spełniać dostarczone urządzeniu była konieczność posiadania w momencie ich dostawy Certyfikatu Ochrony Kryptograficznej wydanego przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego albo Służbę Kontrwywiadu Wojskowego, zapewniający ochronę informacji niejawnych o klauzuli „poufne” z terminem ważności minimum 4 lata od dnia dostawy urządzeń szyfrujących IP do Zamawiającego.

W ocenie Skarżącego tak określony warunek SIWZ ograniczał uczciwą konkurencję, bowiem

urządzenie tego typu może dostarczyć tylko jeden dostawca - Krypton Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. Urządzenie nosi nazwę KRYPTON K2 w wersji 1.3.0. Certyfikat na to urządzenie wydany został w dniu 14 czerwca 2012 r., z terminem ważności 30 czerwca 2018 r.

Okoliczność powyższa była bezsporna, nie mniej jednak w ocenie Sądu Okręgowego trafnie Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła, że wymóg ważności certyfikatu ustalony został nie w celu oceny spełniania warunków przedmiotowych przez potencjalnych wykonawców, lecz jest odniesiony do konkretnych dostaw, mających być wykonaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Podkreślić należy, iż niezwykle istotną kwestią wpływającą na taką właśnie ocenę, jest to, że dostarczane urządzenia mają posiadać certyfikat o określonym terminie ważności w dniu dostarczania przedmiotu zamówienia do Zamawiającego. Tym samym nie jest tak jak podnosi Skarżący, iż zapis ten wyłącza uczciwą konkurencję. To, że obecnie tylko jeden dostawca legitymuje się prawidłowym certyfikatem, nie przesądza o tym, że w dniu dostawy również inne podmioty będące posiadacz.

bil 11 ma e?ww ew w-i»wm im a wfggffw

Uzasadnienie w sprawie V Ca 2948/12

Sluszenie bowiem w tym zakresie Krajowa Izba Odwoławcza zauważyła, iż przepisy ustawy o ochronie informacji niejawnych nie uniemożliwiają uzyskania nowego certyfikatu na określone urządzenie w okresie znacznie wyprzedzającym termin upływu ważności, w tym np. na potrzeby udziału w konkretnym zamówieniu publicznym.

Skarżący przyznał, że powszechnie stosowaną przez producentów szyfratorów praktyką jest odnawianie certyfikatów pod koniec upływu terminu ich ważności, jednakże z uwagi na to, że jest to proces długotrwały, to nie ma możliwości jego uzyskania na potrzeby niniejszego zamówienia. Jednocześnie w uzasadnieniu skargi wniesionej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zaproponował, nakazanie Zamawiającemu zmiany przedmiotowego postanowienia SIWZ w ten sposób, iż oferowany przez Wykonawcę szyfrator IP będzie posiadał ważny certyfikat ochrony kryptograficznej przez okres najmniej 1 roku od dostawy i wykonawca zobowiązuje się do dostarczenia nowego certyfikatu na co najmniej 3 miesiące przed upływem ważności certyfikatu. Jak z powyższego wynika sam Skarżący zakłada, iż możliwe jest uzyskanie stosownego certyfikatu w terminie nie przekraczającym 9 miesięcy.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu argumentował, iż zamawiane szyfrowanie IP są częścią całego systemu teleinformatycznego zbudowanego na bazie urządzeń i narzędzi kryptograficznych. System taki wymaga akredytacji, a warunkiem jej otrzymania jest między innymi wymóg posiadania przez urządzenia wchodzące w skład systemu certyfikatu ochrony kryptograficznej. Akredytacja systemu jest wydawana na okres nie dłuższy niż 5 lat, tym samym racjonalne jest, aby urządzenia stanowiące części składowe całego systemu miały certyfikat ważny przez okres przewidywanej akredytacji systemu.

Z argumentacją powyższą nie sposób się nie zgodzić, oczywistym jest, iż do prawidłowego funkcjonowania całego systemu i to zarówno w sensie technicznym jak i zabezpieczeń (certyfikaty, akredytacja), konieczne jest funkcjonowanie wszystkich jego elementów. Brak certyfikatu na poszczególne składniki, pociąga za sobą brak lub utratę akredytacji systemu, a tym samym wyklucza prawidłowe działanie, czy też ściślej mówiąc możliwość faktycznego i legalnego wykorzystania danego systemu.

Trudno w takiej sytuacji postawić Zamawiającemu zarzut, iż dobierając parametry dla poszczególnych składników systemu tak, aby cały system działał prawidłowo, narusza uczciwą konkurencję.

Skarżący próbując uzasadnić, iż wystarczające dla zabezpieczenia ww. interesów Zamawiającego byłoby zastrzeżenie w umowie kar umownych, możliwości odstąpienia od umowy bądź odszkodowania za konieczność ponownej akredytacji, zdaje się nie dostrzegać, że wystąpienie przez dostawcę o przedłużenie certyfikatu, stanowi w istocie wniosek o wydanie kolejnego, nowego certyfikatu, poprzedzonego nowym badaniem dostarczonego urządzenia. Tym samym proces ten z założenia obarczony jest ryzykiem jego niepowodzenia. Uzyskanie bowiem certyfikatu - co oczywiste - nie jest automatyczne, nawet jeśli dotyczy istniejącego i funkcjonującego już na rynku urządzenia. Wniosek może spotkać się z odmową udzielenia certyfikatu, bowiem samo złożenie wniosku nie jest tożsame z bezwzględną koniecznością wydania certyfikatu. Przy takim rozumowaniu proces ten pozbawiony byłby sensu. Tym samym trudno dziwić się Zamawiającemu, iż chce zabezpieczyć swoje interesy poprzez stosowne zapisy w SIWZ. Zastosowanie kar umownych, czy też innych podobnych instytucji prawa cywilnego, nie eliminuje ryzyka związanego

♦ z niepewnością w wypadku utraty ważności certyfikatu w czasie obowiązywania akredytacji systemu, zabezpiecza jedynie aspekt finansowy Zamawiającego.

Reasumując Sąd Okręgowy stanął na stanowisku, iż kwestionowane zapisy SIWZ nie naruszają uczciwej konkurencji, a orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej jest prawidłowe. Brak było podstaw do uwzględnienia skargi, w związku z czym Sąd Okręgowy oddalił skargę na podstawie art. 198f ust. 2 omawianej ustawy.

Za zgodność

Na oryginale właściwe podpisy

Uzasadnienie W sprawie V Ca 2948/12

Strona 9