

WYROK

z dnia 8 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Członkowie: Emilia Garbala

Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 stycznia 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 grudnia 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **G.G.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych G.G. ul. Klonowa 5, 66-131 Cigacice, **J.W.**, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowa J.W. ul. Wrocławska 4B/5, 68-300 Lubusko, **K.L.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych K.L., Szklarnia 18, 57-530 Międzyzylesie w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Międzyrzec, ul. Poznańska 38, 66-300 Międzyrzec**

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: G.G., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych G.G. ul. Klonowa 5, 66-131 Cigacice, **J.W.**, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowa J.W. ul. Wrocławska 4B/5, 68-300 Lubusko, **K.L.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych K.L., Szklarnia 18, 57-530 Międzyzylesie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego - **Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Międzyrzec, ul. Poznańska 38, 66-300 Międzyrzec** kwotę **4 741 zł 22 gr** (słownie: cztery tysiące siedemset czterdzieści jeden złotych 22 grosze) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na rozprawę.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 2639/18

Uzasadnienie

Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Międzyrzec (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986), zwanej dalej: „ustawa Pzp” lub „PZP”, w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Międzyrzec w roku 2019”. Zamówienie zostało podzielone na 5 części, nr sprawy: ZG.270.1.2018.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 17 października 2018 r. numer 2018/S 200-454516 Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ) została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 24 grudnia 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: G.G., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych G.G., J.W., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowa J.W., K.L., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych K.L., (dalej: „Odwołujący”)

wnieśli odwołanie na czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania, a w konsekwencji odrzucenia ich oferty w częściach (pakietach) I, III i IV postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1)art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezastosowanie zasady równego traktowania wykonawców tj. wykluczenie Odwołującego i odrzucenie jego oferty w pakietach I, III, IV, pomimo, że jego jednolite europejskie dokumenty zamówienia (dalej: „JEDZ”) zostały złożone i podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wykonawcę w sposób prawidłowy i zgodny z obowiązującymi przepisami,
- 2)art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji kiedy wykonawca wykazał wstępnie spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a przesłane JEDZ-e zostały złożone i podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wykonawcę w sposób prawidłowy i zgodny z obowiązującymi przepisami,
- 3)art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez wadliwe jego zastosowanie z uwagi na brak podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy w pakietach I, III, IV z powodu nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- 4)art. 25a ust. 1 i 6 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i uznanie, że doszło do nieprawidłowego złożenia dokumentów JEDZ, przesłanych w dniu 29 listopada 2018 r., pomimo, że JEDZ-e dla wszystkich części zostały przesłane zgodnie z ustawą i specyfikacją a także wszystkie zostały podpisane przez wykonawców wymaganymi kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi,
- 5)art.10a ust. 5 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, że dokumenty JEDZ nie spełniają wymogu w zakresie prawidłowego podpisu elektronicznego.

Z ostrożności, odwołujący zarzucił również Zamawiającemu naruszenie motywu 4 preambuły Rozporządzenia Wykonawczego Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającego standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE seria L 2016 r. Nr 3, s. 16) poprzez niezastosowanie się do zasady, zgodnie

z którą „treść JEDZ ma powodować uproszczenia dla Wykonawców”.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący zgłosił żądanie nakazania Zamawiającemu w pakietach I, III, IV:

- 1)uchylenia czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty,
- 2)nakazania Zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny oferty Odwołującego.

Wykazując uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący podał, iż z uwagi na uchybienia Zamawiającego może dojść do wyboru oferty, która nie będzie najkorzystniejsza. Naruszenie interesu Odwołującego polega na tym, że został wykluczony, a jego oferta została odrzucona w pakietach I, III, IV, pomimo, że JEDZ-e wykonawcy zostały prawidłowo złożone i podpisane kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi, zaś w przypadku dokonania badania w kryteriach, oferta uzyskałaby najwyższą liczbę punktów, a to doprowadziłoby do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. W przypadku potwierdzenia się zarzutów Odwołującego miałby on szansę na uzyskanie zamówienia, w związku z czym może ponieść szkodę w postaci utraty zakładanego zysku z realizacji umowy.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał m.in., iż postępowanie zostało wszczęte po 18 kwietnia 2018 r., a przed wejściem w życie części przepisów dotyczących elektronicznej postępowania - tj. przed dniem 18 października 2018 r., a zatem, nie obowiązywały w tym okresie przepisy dotyczące pełnej elektronicznej postępowania. Oferta została złożona w formie pisemnej, wymóg elektronicznej postępowania dotyczył wyłącznie złożenia JEDZ wymaganego w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania oraz w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, składanego przed upływem terminu składania ofert, wyłącznie w formie elektronicznej, opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Obowiązek złożenia JEDZ w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym w sposób określony w SIWZ dotyczył również JEDZ składanego na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w takim przypadku Zamawiający nie wymagał szyfrowania tego dokumentu.

Odwołujący stwierdził, iż zgodnie z SIWZ odwołujący złożył JEDZ w formie dokumentu elektronicznego opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Dane zostały przesłane w dopuszczanym przez Zamawiającego formacie. Odwołujący są posiadaczami certyfikatów podpisów elektronicznych COPE SZAFIR. Kwestionowane dokumenty JEDZ, zarówno dla J.W., jak i dla G.G. sporządzone zostały na formularzu pobranym ze strony Zamawiającego oraz podpisane za pomocą kwalifikowanego podpisu elektronicznego dostarczonego przez program KIR Szafor. Tytułem wyjaśnienia Odwołujący wskazał, że w zależności od formatu kwalifikowanego podpisu (PAdES, XAdES) i jego typu (zewnętrzny, wewnętrzny) wykonawca dołącza uprzednio podpisane dokumenty wraz z wygenerowanym plikiem podpisu (typ zewnętrzny) lub dokument z wszytym podpisem (typ wewnętrzny). Typ podpisów złożonych na dokumentach przesłanych

Zamawiającemu w niniejszym postępowaniu jest typem podpisu wewnętrznego, a tym samym niejako wczytywany jest w dokument Word i nie wymaga dodatkowego pliku zawierającego podpis. Co istotne, gdy otworzy się pliki JEDZ w formacie Word i uruchomi zakładkę „szczegóły podpisu”, w programie zapisane zostało, iż złożone podpisy są typu: XAdES-EPES i zostały wystawione przez COPE SZAFIR - kwalifikowany, odpowiednio dla G.K.G. oraz J.R.W. W plikach, w szczegółach podpisu zakodowana została również informacja, iż podpisy charakteryzuje: „Prawidłowy podpis - ten odpis oraz podpisana zawartość nie zostały zmodyfikowane od czasu zastosowania podpisu”. Widnieją też daty ważności certyfikatu dla podpisów. W dokumencie wczytana jest również informacja, iż: „Deklaracja ta jest oświadczeniem wydawcy, że ten certyfikat został wydany jako certyfikat kwalifikowany zgodnie z wymogami ustawy o podpisie elektronicznym oraz towarzyszącym jej rozporządzeniom”. Po otwarciu dokumentu Word, w którym znajduje się JEDZ widać ikonkę oznaczającą, że dokumenty są podpisane. Jest również informacja, że dokumenty są wersją ostateczną. Następnie możliwa jest weryfikacja prawidłowości podpisów. W rozszerzonym menu dotyczącym złożonych podpisów jest pełna informacja na temat podpisów. Widnieje tam również oznaczenie wystawcy tj. COPE Szafrir i informacja, że certyfikat kwalifikowanego podpisu elektronicznego spełnia wymagania dotyczące podpisu kwalifikowanego. Możliwe jest również przekierowanie na stronę wystawcy certyfikatu celem otrzymania szerszych informacji. W systemie podany certyfikat widoczny jest jako prawidłowy.

Następnie odnosząc się do treści zawiadomienia o wykluczeniu z postępowania, Odwołujący m.in. zaprzeczył twierdzeniu Zamawiającego zawartym w piśmie z dnia 13 grudnia 2018 r., że Odwołujący podpisali dokumenty JEDZ za pomocą programu Word Office i wskazał, że należy odróżnić wpisywanie w programie Word - odbywające się przy pomocy klawiatury, od złożenia podpisu w aplikacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Tak wykonany podpis zawiera nie tylko litery, ale w przypadku pliku podpisu elektronicznego wszytego do dokumentu Word przez Odwołującego, ma on również certyfikację, czas obowiązywania certyfikatu, czy potwierdzenie zgodności z obowiązującymi przepisami prawa.

Na potwierdzenie swojego stanowiska Odwołujący wskazał, że załącza potwierdzenie wydania certyfikatów, zrzuty ekranu wraz z prywatną opinią oraz wskazał na dowód z opinii biegłego z zakresu informatyki na okoliczność stwierdzenia złożenia przez Odwołującego kwalifikowanego podpisu elektronicznego w kwestionowanych plikach JEDZ oraz dowód z oględzin skrzynki odbiorczej Zamawiającego i skrzynki nadawczej Odwołującego w postaci wiadomości email zawierającej przesłane pliki JEDZ.

Odwołujący stwierdził, iż pomimo ww. okoliczności Zamawiający uznał, iż wykonawca powinien podpisać JEDZ-e przez program dedykowany dostawcy złożonego przez niego podpisu kwalifikowanego tj. KIR Szafrir, a zamiast tego podpisali oświadczenia JEDZ za pomocą programu Word Office. Zamawiający twierdzi również, że nie może dokonać zgodnie z przepisami Rozporządzenia eIDAS walidacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego złożonego przez Wykonawców, a przez to nie może stwierdzić, że złożony podpis jest ważny i można go uznać za kwalifikowany podpis elektroniczny. Nadto Odwołujący zauważył, że Zamawiający wskazał na treść art. 26 Rozporządzenia eIDAS, zgodnie z którym, zaawansowany podpis elektroniczny jest podpisem, który musi spełniać następujące wymogi: być unikalnie podporządkowany podpisującemu, umożliwiać ustalenie tożsamości podpisującego, być składany przy użyciu danych służących do składania podpisu elektronicznego, których podpisujący może, z dużą dozą pewności użyć pod wyłączną swoją kontrolą, a także być powiązany z danymi podpisanymi w taki sposób, że każda późniejsza zmiana danych jest rozpoznawana, podczas gdy, w ocenie Odwołującego podpisy, którymi opatrzone były sporne JEDZ-e spełniały wszystkie przesłanki wynikające z art. 26 Rozporządzenia eIDAS.

W dalszej kolejności Odwołujący podał, iż Zamawiający oparł się też na treści art. 32 ust. 1 Rozporządzenia eIDAS, zgodnie z którym proces walidacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego potwierdza ważność kwalifikowanego podpisu elektronicznego pod określonymi w nim warunkami, które zostały przez niego przytoczone i stwierdził, iż wszystkie przesłanki do potwierdzenia ważności kwalifikowanego podpisu elektronicznego zostały, zgodnie z tym przepisem spełnione. A zatem, uzasadnienie do odrzucenia ofert w pakietach I, III, IV Odwołującego przez Zamawiającego uznać należy za nietrafione, bowiem podpisy Odwołującego spełniały wszystkie wskazane przez Zamawiającego normy. Zamawiający nie wskazał przy tym jakim oprogramowaniem sprawdził podpisy, ani jakie czynności podjął w celu ich weryfikacji. Nie wskazał też (poza ogólnym przytoczeniem przepisów) którym z ww. wymogów złożone podpisy uchybiają, zaś w SIWZ nie zawarł żadnych dodatkowych wymogów w zakresie walidacji podpisu przez konkretny program komputerowy.

Odwołujący zauważył, iż Zamawiający uzasadnienie dotyczące odrzucenia ofert Odwołującego w pakietach I, III, IV oparł na treści przytoczonych artykułów Rozporządzenia eIDAS, jednak istotna w tym zakresie - nie tylko do interpretacji treści zapisów tego rozporządzenia, ale i to odtworzenia jego kontekstu - jest preambuła tego rozporządzenia, którą Zamawiający, zdaniem Odwołującego, całkowicie pominął. Podkreślone w niej jest, że celem tego rozporządzenia jest budowanie zaufania do środowiska online, a także do transakcji elektronicznych. W motywie 49 Rozporządzenia eIDAS wskazane również zostało, że rozporządzenie powinno wprowadzać zasadę, że nie należy kwestionować skutku prawnego podpisu elektronicznego z tego powodu, że podpis ten ma postać elektroniczną lub, że nie spełnia wszystkich

wymogów kwalifikowanego podpisu elektronicznego, natomiast w ocenie Odwołującego zachowanie Zamawiającego zdecydowanie nie buduje zaufania. Co więcej, pomimo, że podpisy, którymi opatrzone były JEDZ-e składane przez Odwołującego spełniały przesłanki do uznania ich za kwalifikowane podpisy elektroniczne, to nawet w przypadku uznania przez Zamawiającego, że podpisy te nie spełniały wymogów (z czym Odwołujący się nie zgadza i czemu zaprzecza) Zamawiający powinien zastosować zasadę wskazaną w motywie 49 Rozporządzenia eIDAS.

Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazał, iż powszechnie obowiązującym prawem dotyczącym jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia jest Rozporządzenie Wykonawcze Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiające standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia. W preambule do tego aktu prawnego podkreślone zostało, że stworzono go m.in. w celu zmniejszenia obciążeń administracyjnych w stosunku do wykonawców, zwłaszcza małych i średnich przedsiębiorców, a także aby spowodować uproszczenia dla wykonawców. W załączniku nr 1 do rozporządzenia, stanowiącym instrukcje dotyczące JEDZ-ów podkreślono, że co się tyczy podpisów na jednolitym europejskim dokumencie zamówienia, należy zauważyć, że podpis na tym dokumencie może nie być konieczny, jeżeli dokument ten jest przesłany jako część zestawu dokumentów, których autentyczność i integralność jest zapewniona dzięki wymaganemu podpisowi na śródach przekazu. Tytułem przykładu w instrukcjach wskazano również, że jeżeli oferta i towarzyszący jej jednolity europejski dokument zamówienia w procedurze otwartej są przesyłane przy pomocy wiadomości e-mail opatrzonej podpisem elektronicznym wymaganego rodzaju, to dodatkowy podpis na JEDZ może nie być konieczny. Stosowanie podpisu elektronicznego na JEDZ może również nie być konieczne, jeżeli dokument ten jest zintegrowany z platformą elektronicznych zamówień publicznych, a do korzystania z tej platformy wymagane jest uwierzytelnianie elektroniczne.

Następnie, Odwołujący podniósł, iż zgodnie z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym na dzień publikacji ogłoszenia o zamówieniu: „oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenia, a w tym jednolity dokument, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym.” Zgodnie z art. 3 ust. 12 Rozporządzenia eIDAS kwalifikowany podpis elektroniczny oznacza zaawansowany podpis elektroniczny, który jest składany za pomocą kwalifikowanego urządzenia do składania podpisu elektronicznego i który opiera się na kwalifikowanym certyfikacie podpisu elektronicznego. Z kolei zgodnie z art. 18 ustawy z dnia 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej (Dz. U. z 2016 r. poz. 1579 ze zm.) podpis elektroniczny lub pieczęć elektroniczna weryfikowane za pomocą certyfikatu wywołują skutki prawne, jeżeli zostały złożone w okresie ważności tego certyfikatu. Odwołujący stwierdził, że złożone przez niego podpisy zostały złożone w okresie ważności certyfikatu. Dostawcy kwalifikowanych usług zaufania - tj. podmioty udostępniające usługę kwalifikowanego podpisu elektronicznego wpisane są do rejestru Narodowego Centrum Cyfryzacji i tam również jest wpisany podmiot, który udostępnił usługę kwalifikowanego podpisu elektronicznego Odwołującemu - KIR SA. Podpisy, którym opatrzone były JEDZ-e, w ocenie Odwołującego, były złożone za pomocą kwalifikowanego urządzenia do składania podpisu elektronicznego i opierały się na kwalifikowanym certyfikacie podpisu elektronicznego, w okresie jego ważności, zatem zostały złożone prawidłowo.

Wskazując na kryterium celowościowe podpisu elektronicznego Odwołujący podał, że podpis ten ma umożliwić identyfikację osoby podpisującej. A zatem, nawet, jeśli uznać, że podpis był niemożliwy do weryfikacji przez Zamawiającego za pomocą posiadanych przez niego programów, to Zamawiający nie mógł mieć żadnych wątpliwości co do tożsamości Wykonawcy. Analogicznie do podpisu zwykłego, któremu podpis elektroniczny jest równoważny, wskazać należy, że podpis w rozumieniu art. 78 KC nie musi być czytelny. Za ważny podpis uważa się nie tylko podpis imieniem i nazwiskiem lub podpis samym nazwiskiem, lecz także - i najczęściej - skrót podpisu („podpis nieczytelny”), którego wystawca zwykle używa przy podpisywaniu dokumentów i który jest „godłem” jego podpisu. Dla zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza bowiem złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. (Wyrok SA w Szczecinie, sygn. akt: I ACa 480/12). Odwołujący przywołał również wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 22 lutego 2007 r., w sprawie o sygn. akt: X Ga 23/07, w której Sąd podkreślił, że formalizm postępowania nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (cyt. m.in. w sprawach o sygn. akt: KIO/UZP 1403/08, KIO 2064/14) oraz wskazał, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15 kwietnia 2013 r., w sprawie o sygn. akt: KIO 746/13 podkreśliła, że: *Formalizm postępowania o zamówienie publiczne nie jest celem samym w sobie, ale ma służyć realizacji celu postępowania, jakim jest wyłonienie wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia, który złożył najkorzystniejszą ofertę, z poszanowaniem zasad prowadzenia postępowania.* Wobec przytoczonego powyżej orzecznictwa można by, zdaniem Odwołującego, uznać, że w niniejszej sprawie formalizm postępowania był jednak dla Zamawiającego celem samym w sobie, bowiem pomimo zadośćuczynienia przez Odwołującego wszystkim wymaganiom wynikającym z obowiązujących przepisów i z SIWZ Zamawiający wykluczył Odwołującego i odrzucił jego oferty w pakietach I, III, IV, co spowodowało naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w efekcie czego w postępowaniu nie wyłoniono wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia, który złożył najkorzystniejszą ofertę.

W podsumowaniu odwołania Odwołujący podkreślił, że kwalifikowany podpis elektroniczny, którym opatrzone były

złożone przez niego JEDZ-e, był prawidłowy, zgodny z przepisami prawa, widoczny i właściwie wczytany do dokumentu JEDZ oraz na marginesie wskazał, że w piśmie Zamawiającego z dnia 13 grudnia 2018 r. brak jest jakiegokolwiek wskazania jaka certyfikacja jest zdaniem Zamawiającego wystarczająca. Brak również jakiegokolwiek informacji na temat sposobu sprawdzania, weryfikacji podpisu elektronicznego.

W dniu 7 stycznia 2019 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości oraz o:

- przeprowadzenie dowodu w postaci eksperymentu procesowego polegającego na:

- (a) weryfikacji na komputerze składu orzekającego KIO plików przesłanych przez Odwołującego do Zamawiającego w Postępowaniu (w odpowiedzi na wezwanie wystosowane w trybie art. 26 ust. 3 PZP) zawierających Jednolite Europejskie Dokumenty Zamówienia p. G.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych G.G. oraz p. J.W. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowa J.W. przy pomocy oprogramowania któregośkolwiek z dostawców usług zaufania, w rozumieniu ustawy z dnia 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej (Dz. U. z 2016 r. poz. 1579 z późn. zm.)

na okoliczność braku możliwości dokonania walidacji podpisania ww. plików kwalifikowanym podpisem elektronicznym zgodnie przepisami rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylającego dyrektywę 1999/93/WE (Dz. Urz. UE. seria L 2014 r. Nr 257, s.73);

- (b) weryfikacji na komputerze składu orzekającego KIO plików przesłanych przez Odwołującego do Nadleśnictwa Wymiarki w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Wymiarki w roku 2019” zawierających Jednolite Europejskie Dokumenty Zamówienia p. G.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych G.G. oraz p. J.W. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowa J.W. przy pomocy oprogramowania któregośkolwiek z dostawców usług zaufania, w rozumieniu ustawy z dnia 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej (Dz. U. z 2016 r. poz. 1579 z późn. zm.);

na okoliczność możliwości dokonania walidacji podpisania ww. plików kwalifikowanym podpisem elektronicznym zgodnie przepisami rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (Dz. Urz. UE. seria L 2014 r. Nr 257, s. 73);

- przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w treści uzasadnienia odpowiedzi na odwołanie na okoliczności tam wskazane,

- zasądzenie na rzecz Zamawiającego od Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego - według spisu kosztów przedłożonego na posiedzeniu lub rozprawie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający m.in. podał, iż z uwagi na fakt, iż postępowanie prowadzone jest zgodnie z zasadami przewidzianymi dla zamówień o wartości równej lub wyższej niż kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 PZP, stosownie do postanowień zawartych w art. 25a ust. 1 i 2 PZP wymagał w pkt 7.1. lit a) SIWZ przedłożenia aktualnego na dzień złożenia ofert oświadczenia stanowiącego wstępne potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ i braku podstaw do wykluczenia na formularzu JEDZ. Oświadczenie JEDZ wykonawca zobowiązany był złożyć przed upływem terminu składania ofert, wyłącznie w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez wykonawców (jak w przypadku Odwołującego), JEDZ sporządzony w postaci elektronicznej i opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym stosownie do postanowień zawartych w art. 25a ust. 6 PZP oraz powtórzonych w pkt 7.10. lit c) SIWZ zobowiązany był złożyć przed upływem terminu składania ofert każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Dokumenty te potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia w zakresie, w którym każdy z wykonawców wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia. Odwołujący przed upływem terminu składania ofert nie przedłożył Zamawiającemu oświadczeń JEDZ (dla żadnego z trzech wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia), a uczynił to dopiero w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, skierowane w trybie art. 26 ust. 3 PZP. Uzupełnione przez Odwołującego JEDZ-e dotyczące dwóch członków konsorcjum, tj. p. G.G., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych G.G. oraz p. J.W., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowa J.W. nie mogły zostać przez Zamawiającego uznane za podpisane prawidłowo kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Przede wszystkim Zamawiający nie mógł stwierdzić, że złożony na w/w JEDZ-ach podpis elektroniczny można uznać za kwalifikowany podpis elektroniczny. Wobec tego stosowanie do postanowień zawartych w art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP zobligowany był wykluczyć Odwołującego z postępowania, a jego ofertę jako ofertę złożoną przez wykonawcę wykluczonego z postępowania uznać za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 PZP. Odwołujący zgodnie z zasadami

opisanymi w rozdziale 8 SIWZ zobowiązany był podpisać JEDZ kwalifikowanym podpisem elektronicznym, wystawionym przez dostawcę kwalifikowanej usługi zaufania, będącego podmiotem świadczącym usługi certyfikacyjne - podpis elektroniczny, spełniający wymogi bezpieczeństwa określone w ustawie z dnia 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej (Dz. U. z 2016 r. poz. 1579 z późn. zm.). Zawarty w SIWZ wymóg złożenia JEDZ-a w/w formie jest zgodny z brzmieniem art. 10a ust. 5 PZP obowiązującym w dniu wszczęcia Postępowania (czyli 17 października 2018 r.), który zgodnie z art. 15 ust. 2 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020 z późn. zm.) w zakresie JEDZ stosuje się od dnia 18 kwietnia 2018 r. W świetle bowiem art. 10a ust. 5 PZP JEDZ sporządza się, pod rygorem nieważności w postaci elektronicznej, i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Następnie Zamawiający podniósł, że definicja legalna kwalifikowanego podpisu elektronicznego została zawarta w art. 3 pkt 12 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (Dz. Urz. UE. seria L 2014 r. Nr 257, s. 73 – „Rozporządzenie eIDAS”), które jest aktem prawnym, z mocy postanowień Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, obowiązującym bezpośrednio w porządku prawnym Rzeczypospolitej Polskiej, bez konieczności transpozycji zawartych w nim przepisów na grunt prawa krajowego. Zgodnie z tą definicją przez kwalifikowany podpis elektroniczny rozumie się zaawansowany podpis elektroniczny, który jest składany za pomocą kwalifikowanego urządzenia do składania podpisu elektronicznego i który opiera się na kwalifikowanym certyfikacie podpisu elektronicznego. Elementem składowym definicji legalnej kwalifikowanego podpisu elektronicznego jest zatem oparcie tego rodzaju podpisu na kwalifikowanym certyfikacie podpisu elektronicznego. Kwalifikowany certyfikat podpisu elektronicznego jest warunkiem sine qua non uznania danego podpisu elektronicznego za kwalifikowany podpis elektroniczny w rozumieniu przepisów Rozporządzenia eIDAS. Zgodnie natomiast z postanowieniami art. 3 pkt 15 Rozporządzenia eIDAS „kwalifikowany certyfikat podpisu elektronicznego” to taki certyfikat podpisu elektronicznego, który jest wydawany przez kwalifikowanego dostawcę usług zaufania i spełnia wymogi określone w załączniku 1 do tego rozporządzenia, zaś art. 3 pkt 14 Rozporządzenia eIDAS stanowi, iż „certyfikat podpisu elektronicznego” oznacza poświadczenie elektroniczne, które przyporządkowuje dane służące do walidacji podpisu elektronicznego do osoby fizycznej i potwierdza co najmniej imię i nazwisko lub pseudonim tej osoby. Z art. 3 pkt 15 Rozporządzenia eIDAS oraz art. 3 pkt 14 Rozporządzenia eIDAS wynika, że „kwalifikowany certyfikat podpisu elektronicznego” to poświadczenie elektroniczne, które przyporządkowuje dane służące do walidacji podpisu elektronicznego do osoby fizycznej i potwierdza co najmniej imię i nazwisko lub pseudonim tej osoby, wydane przez kwalifikowanego dostawcę usług zaufania i które spełnia wymagania określone w Załączniku I do Rozporządzenia eIDAS. Usługą zaufania w świetle art. 3 pkt 16 Rozporządzenia eIDAS, jest usługa elektroniczna zazwyczaj świadczona za wynagrodzeniem i obejmująca: tworzenie, weryfikację i walidację podpisów elektronicznych, pieczęci elektronicznych lub elektronicznych znaczników czasu, usług rejestrowanego doręczenia elektronicznego oraz certyfikatów powiązanych z tymi usługami; lub tworzenie, weryfikację i walidację certyfikatów uwierzytelniania witryn internetowych; lub konserwację elektronicznych podpisów, pieczęci lub certyfikatów powiązanych z tymi usługami. Z art. 3 pkt 17 Rozporządzenia eIDAS wynika natomiast, iż „kwalifikowana usługa zaufania” oznacza usługę zaufania, która spełnia stosowne wymogi określone w Rozporządzeniu eIDAS. W warunkach polskich wykonywanie usług zaufania reguluje ustawa z dnia 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej (Dz. U. z 2016 r. poz. 1579 z późn. zm. - „UUIE”).

Walidacja podpisu elektronicznego (w przypadku czynności wskazanych w art. 10a ust. 5 PZP - walidacja kwalifikowanego podpisu elektronicznego) jest zatem elementem składowym konstrukcji prawnej kwalifikowanego podpisu elektronicznego, jako instytucji prawa materialnego. Stanowi o niej wprost zarówno definicja certyfikatu podpisu elektronicznego, o której mowa w art. 3 pkt 14 Rozporządzenia eIDAS (jako element przedmiotowy kwalifikowanego certyfikatu podpisu elektronicznego), jak i definicja usługi zaufania, o której mowa w art. 3 pkt 16 Rozporządzenia eIDAS (jako element podmiotowy kwalifikowanego podpisu elektronicznego). Na podstawie art. 3 pkt 41 Rozporządzenia eIDAS „walidacja” oznacza proces weryfikacji i potwierdzenia ważności podpisu elektronicznego lub pieczęci.

Zamawiający stwierdził, iż z uwagi na powołane powyżej przepisy Rozporządzenia eIDAS (w szczególności definicję certyfikatu podpisu elektronicznego - art. 3 pkt 16) kwalifikowany podpis elektroniczny można uznać za skutecznie złożony tylko wówczas, gdy można go skutecznie zweryfikować i potwierdzić jego ważność. Zgodnie bowiem z art. 32 ust. 1 Rozporządzenia eIDAS ważność kwalifikowanego podpisu elektronicznego potwierdza proces walidacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego (czyli proces weryfikacji i potwierdzenia ważności kwalifikowalnego podpisu elektronicznego). Zgodnie z w/w przepisem proces walidacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego potwierdza ważność kwalifikowanego podpisu elektronicznego, pod warunkiem że:

- a) certyfikat, który towarzyszy podpisowi, był w momencie składania podpisu kwalifikowanym certyfikatem podpisu elektronicznego zgodnym z załącznikiem I;
- b) kwalifikowany certyfikat został wydany przez kwalifikowanego dostawcę usług zaufania i był ważny w momencie składania podpisu;

- c) dane służące do walidacji podpisu odpowiadają danym dostarczonym stronie ufającej;
- d) unikalny zestaw danych reprezentujących podpisującego umieszczony w certyfikacie jest prawidłowo dostarczony stronie ufającej;
- e) jeżeli w momencie składania podpisu użyty został pseudonim, zostaje to wyraźnie wskazane stronie ufającej;
- f) podpis elektroniczny został złożony za pomocą kwalifikowanego urządzenia do składania podpisu elektronicznego;
- g) integralność podpisanych danych nie została naruszona;
- h) wymogi przewidziane w art. 26 Rozporządzenia eIDAS zostały spełnione w momencie składania podpisu.

Z przepisu tego, w ocenie Zamawiającego, wynika, że proces walidacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego potwierdzi ważność kwalifikowanego podpisu elektronicznego m. in. wówczas, gdy dane służące do walidacji podpisu odpowiadają danym dostarczonym stronie ufającej (w tym przypadku danym dostarczonym Zamawiającemu przez Odwołującemu w postaci plików zawierających JEDZ prawidłowo podpisanych kwalifikowanym podpisem elektronicznym).

Zamawiający zauważył, iż Odwołujący w swoim odwołaniu całkowicie pomija fakt, iż zgodnie z przepisami Rozporządzenia eIDAS strona ufająca (w tym przypadku Zamawiający) dokonuje walidacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego przez system wykorzystany do walidacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego, który zapewnia prawidłowy wynik procesu walidacji i umożliwia wykrycie wszelkich problemów związanych z bezpieczeństwem (art. 32 ust. 2 Rozporządzenia eIDAS). W tym zakresie Zamawiający, aby dokonać walidacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego korzysta z usług kwalifikowanego dostawcy usług zaufania. Zgodnie bowiem z art. 33 ust. 1 Rozporządzenia eIDAS kwalifikowaną usługę walidacji kwalifikowanych podpisów elektronicznych świadczy wyłącznie kwalifikowany dostawca usług zaufania, który: zapewnia walidację zgodnie z art. 32 ust. 1 rozporządzenia eIDAS, oraz umożliwia stronom ufającym otrzymanie wyniku procesu walidacji w automatyczny, wiarygodny i skuteczny sposób oraz przy użyciu zaawansowanego podpisu elektronicznego lub zaawansowanej pieczęci elektronicznej dostawcy kwalifikowanej usługi walidacji.

Następnie Zamawiający stwierdził, iż na znaczenie walidacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego jednoznacznie wskazuje motyw (57) preambuły Rozporządzenia eIDAS, który stanowi, że aby zagwarantować pewność prawa w odniesieniu do ważności podpisu, niezbędne jest wyszczególnienie elementów kwalifikowanego podpisu elektronicznego, które powinny być ocenione przez stronę ufającą dokonującą walidacji. Ponadto wyszczególnienie wymogów dla kwalifikowanych dostawców usług zaufania mogących świadczyć kwalifikowane usługi walidacji na rzecz stron ufających, które same nie chcą lub nie są w stanie dokonać walidacji kwalifikowanych podpisów elektronicznych, powinno zachęcić sektory prywatny i publiczny do inwestowania w takie usługi. Dzięki tym obu elementom walidacja kwalifikowanych podpisów elektronicznych powinna być łatwa i wygodna dla wszystkich stron na poziomie Unii. Walidacja kwalifikowanego podpisu elektronicznego, która jest dokonywana za pośrednictwem dostawcy usługi zaufania ma fundamentalne znaczenie dla skuteczności czynności prawnej dokonanej w formie z kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Jak stanowi bowiem art. 18 ust. 1 UUZIE podpis elektroniczny lub pieczęć elektroniczna weryfikowane za pomocą certyfikatu wywołują skutki prawne, jeżeli zostały złożone w okresie ważności tego certyfikatu. Wydawane certyfikaty nie są bowiem bezterminowe i obowiązują w określonym przedziale czasu. Ponadto certyfikat podpisu elektronicznego, jak stanowi to art. 3 pkt 14 Rozporządzenia eIDAS oznacza poświadczenie elektroniczne, które przyporządkowuje dane służące do walidacji podpisu elektronicznego do osoby fizycznej i potwierdza co najmniej imię i nazwisko lub pseudonim tej osoby. Tym samym poświadczenie to musi być możliwe do dokonania w okresie ważności certyfikatu. Nadto walidacji kwalifikowanego certyfikatu dokonać może tylko dostawca usługi zaufania, o czym jednoznacznie przesądza literalna treść art. 33 ust. 1 Rozporządzenia eIDAS. Jeżeli zatem dany podpis elektroniczny zostaje użyty w taki sposób, że nie jest możliwe dokonanie jego walidacji (w okresie ważności certyfikatu) przez kwalifikowanego dostawcę usługi zaufania, to nie można w ogóle mówić o podpisaniu dokumentu przy pomocy kwalifikowanego podpisu elektronicznego, co z kolei na podstawie art. 10a ust. 5 PZP przesądza o nieważności JEDZ.

Zamawiający oświadczył, iż nie może zgodzić się z Odwołującym, iż złożone na dokumentach JEDZ podpisy spełniają wszystkie przesłanki do potwierdzenia ważności kwalifikowanego podpisu elektronicznego zgodnie z art. 32 ust. 1 Rozporządzenia eIDAS dla pakietu I, III i IV, gdyż nie można dokonać ich pełnej walidacji, która jest niezbędna do uznania złożonych podpisów za ważne kwalifikowane podpisy elektroniczne.

Z dokumentów JEDZ przesłanych przez Odwołującego wynika, że zostały one podpisane najprawdopodobniej podpisem elektronicznym dostarczonym przez Krajową Izbę Rozliczeniową S.A. z siedzibą w Warszawie („KIR”). Bezspornym jest, iż KIR jest dostawcą usług zaufania, gdyż jest wpisany do rejestru dostawców usług zaufania, o którym mowa w art. 2 pkt 1 UUZIE. Jednak wedle ustaleń Zamawiającego ww. Wykonawcy zamiast podpisać złożone JEDZ przy pomocy programu wskazanego przez dostawcę usługi zaufania wystawiającego certyfikat podpisu kwalifikowanego dla osób podpisujących JEDZ, czyli przez KIR (oprogramowanie pn. KIR Szafrir) podpisali JEDZ najprawdopodobniej w pliku .doc za pomocą oprogramowania firmy Microsoft Corp. - MS Word. Podpisy na w/w JEDZ-ach zostały złożone niezgodnie

z instrukcją wydaną przez KIR pn. „Podpisanie i weryfikacja dokumentów w aplikacji Szafir. Formaty: XAdES, PAdES oraz CAdES”, co w konsekwencji uniemożliwiło dokonanie ich prawidłowej weryfikacji. Zamawiający wskazał link pod jakim instrukcja jest dostępna oraz załączył ją do pisma oraz podał, że próbował dokonać weryfikacji złożonych podpisów na w/w JEDZ-ach w aplikacji MS Word, gdzie otrzymał informację, że nie można zweryfikować certyfikatu osoby podpisującej oraz zamieścił w piśmie „zrzuty” ekranu komputera zawierające informacje w sprawie niemożności walidacji podpisu elektronicznego. Zamawiający podał, iż dokonywał również próby weryfikacji podpisu zawartego w przesłanych dokumentach JEDZ w aplikacjach dedykowanych dostarczanych przez dostawców usług zaufania Szafir (dostawca usługi zaufania: KIR), aplikacji ProCertum smartsign (dostawca usługi zaufania: Assecco Data Systems S.A. z siedzibą w Warszawie) oraz w aplikacji Cencert Pem-Heart (dostawca usługi zaufania: ENIGMA Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie), w których również nie udało się zweryfikować złożonych podpisów. Ponadto zwrócił się do Działu Obsługi Klienta Departamentu Kontakt z Klientami i Operacji KIR z prośbą o pomoc w ustaleniu prawidłowości złożonych podpisów na w/w JEDZ-ach, ale również w tym przypadku uzyskał informację, że nie można stwierdzić, czy dokument został prawidłowo podpisany, gdyż w ogóle się nie weryfikuje jako dokument prawidłowo podpisany.

Na dowód dokonanych ww. czynności i brak możliwości dokonania walidacji podpisów złożonych na w/w JEDZ-ach, Zamawiający złożył notatkę służbową z dnia 30 listopada 2018 r. oraz uzyskane drogą pocztową dnia 18 grudnia 2018 r. stanowisko Dyrektora Linii Biznesowej Podpis Elektroniczny Krajowej Izby Rozliczeniowej SA oraz Departamentu Cyberbezpieczeństwa Ministerstwa Cyfryzacji przesłane pocztą elektroniczną dnia 18 grudnia 2018 r.

Następnie Zamawiający wskazał, iż celem złożenia kwalifikowanego podpisu elektronicznego na oświadczeniu JEDZ jest potwierdzenie tożsamości osoby składającej to oświadczenie. Z kolei przepis art. 10a ust. 5 PZP przewiduje dla JEDZ wymóg formy elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym pod rygorem nieważności. Rygor ten oznacza, że niezachowanie w/w formy JEDZ powoduje nieważność z mocy prawa złożonego JEDZ, czyli powoduje, że oświadczenie w postaci JEDZ w ogóle nie zostaje złożone. W związku z powyższym, badając przesłane w postępowaniu pliki z JEDZ, Zamawiający miał obowiązek sprawdzić, czy złożone na nich elektroniczne podpisy są kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi, a jego działania w tym zakresie nie mogą być traktowane jako zbytni formalizm. Brak bowiem dokonania badania ważności złożonych podpisów na oświadczeniu JEDZ przez Zamawiającego stanowiłby naruszenie w/w przepisów oraz zasad równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 PZP).

Nadto Zamawiający wskazał, iż weryfikując ważność podpisów na w/w JEDZ-ach nie tylko miał na uwadze treść przywołanych przepisów Rozporządzenia eIDAS, ale również postanowienia przywołane w preambule oraz w aktach wykonawczych do Rozporządzenia eIDAS. Zgodnie z motywem (1). Rozporządzenia eIDAS: „Budowanie zaufania do środowiska Online jest kluczowe dla rozwoju gospodarczego i społecznego”. Z kolei celem Rozporządzenia eIDAS zgodnie z motywem (2) jest „zwiększenie zaufania do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym poprzez zapewnienie wspólnej podstawy bezpiecznej interakcji elektronicznej między obywatelami, przedsiębiorstwami i organami publicznymi, co pozwoli podnieść efektywność publicznych i prywatnych usług Online, e-biznesu i e-handlu w Unii”. Mając powyższe na uwadze, w ocenie Zamawiającego, należy uznać, iż aby zwiększyć zaufanie do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym niezbędne jest, aby podmiot który otrzymuje dokument opatrzony elektronicznym podpisem kwalifikowanym mógł bez problemu (automatycznie) dokonać jego walidacji (sprawdzić jego ważność). Zwiększenie zaufania nie oznacza przyjmowania dokumentów z kwalifikowanym podpisem elektronicznym bez dokonywania ich walidacji i sprawdzenia ważności dokonanych podpisów, które mają rodzić skutki prawne. Każdy podmiot chce czuć się bezpiecznie przy dokonywaniu transakcji elektronicznych, zarówno ten, który podpisuje dokumenty z kwalifikowanym podpisem elektronicznym, jak również ten który ma je przyjąć.

Zamawiający odwołał się do decyzji wykonawczej Komisji (UE) 2015/1506z dnia 8 września 2015 r. ustanawiającej specyfikacje dotyczące formatów zaawansowanych podpisów elektronicznych oraz zaawansowanych pieczęci elektronicznych, które mają być uznane przez podmioty sektora publicznego, zgodnie z art. 27 ust. 5 i art. 37 ust. 5 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym (Dz. Urz. UE seria L 2015 r. Nr 235, s. 37), która wskazuje, że państwa członkowskie muszą wdrożyć niezbędne środki techniczne umożliwiające im przetwarzanie elektronicznie podpisanych dokumentów wymaganych przy korzystaniu z usług on-line oferowanych przez podmiot sektora publicznego lub w jego imieniu. W motywie 7 w/w decyzji wskazano, że „W przypadku gdy do podpisania lub opatrzenia pieczęcią stosowane są formaty podpisu elektronicznego lub pieczęci elektronicznej inne niż formaty powszechnie technicznie obsługiwane, należy zapewnić środki walidacji umożliwiające weryfikację podpisu elektronicznego lub pieczęci w ruchu transgranicznym. Aby zapewnić państwom członkowskim będącym odbiorcami możliwość polegania na tych narzędziach walidacji innego państwa członkowskiego, należy dostarczyć łatwo dostępne informacje dotyczące takich narzędzi walidacji poprzez włączenie tych informacji do dokumentów elektronicznych, podpisów elektronicznych lub kontenerów dokumentów elektronicznych.” Z kolei w art. 2 ust. 2 pkt 1 w/w decyzji wskazano m.in. że metody walidacji podpisu mają umożliwiać pozostałym państwom członkowskim walidację otrzymanego podpisu elektronicznego w trybie Online, nieodpłatnie i w sposób zrozumiały dla osób, dla których dany język nie jest językiem

ojczystym. Tymczasem złożone przez Odwołującego wskazane wyżej JEDZ-e uniemożliwiają Zamawiającemu dokonanie walidacji złożonych na nich podpisów w trybie online.

Zamawiający zaznaczył, iż na podstawie złożonych przez Wykonawcę w/w JEDZ-y Zamawiający nie mógł dokonać zgodnie z wyżej przywołanymi przepisami Rozporządzenia eIDAS walidacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego, a co za tym idzie nie mógł stwierdzić, że złożony przez Wykonawcę podpis jest ważny i można go uznać za kwalifikowany podpis elektroniczny, o czym poinformował Odwołującego wykluczając go z postępowania. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP i uznając jego ofertę za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 PZP. Działania Zamawiającego nie naruszają w/w przepisów, jak również są zgodne z art.10a ust. 5 PZP, art. 25a ust. 1 PZP i 25a ust. 6 PZP, gdyż każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia miał złożyć JEDZ podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a z dokumentacji postępowania wynika, że tylko jeden z trzech wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia złożył prawidłowo JEDZ. Pozostałe dwa JEDZ-e: G.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych G.G. oraz J.W. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowa J.W. nie mogły zostać uznane przez Zamawiającego za skutecznie złożone i tym samym Zamawiający nie mógł uznać, że Odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia. Ponadto Odwołujący był w pełni świadomy jak należy podpisać dokument w postaci elektronicznej przy pomocy kwalifikowanego podpisu elektronicznego opartego o certyfikat wydany przez dostawcę usługi zaufania dla osób podpisujących te dokumenty, na co wskazuje okoliczność, iż w tym samym czasie w innej jednostce organizacyjnej Lasów Państwowych (w Nadleśnictwie Wymiarki) złożył JEDZ-e podpisane w sposób prawidłowy, tzn. umożliwiające ich walidację, zgodnie z art. 32 i art. 33 Rozporządzenia eIDAS.

Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem Odwołującego, że nawet, gdyby złożone na w/w JEDZ-ach podpisy nie spełniały wymogów do uznania ich za kwalifikowane podpisy elektroniczne, to i tak Zamawiający powinien je przyjąć stosując zasadę wymienioną w motywie (49) preambuły Rozporządzenia eIDAS. Zasada ta nie ma bowiem zastosowania w rozpatrywanym przypadku. Zgodnie z motywem (49) preambuły Rozporządzenia eIDAS „Niniejsze rozporządzenie powinno wprowadzić zasadę, że nie należy kwestionować skutku prawnego podpisu elektronicznego z tego powodu, że podpis ten ma postać elektroniczną lub że nie spełnia wszystkich wymogów kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Jednakże to w prawie krajowym należy zdefiniować skutek prawny podpisów elektronicznych, z wyjątkiem wymogów przewidzianych w niniejszym rozporządzeniu, zgodnie z którymi kwalifikowany podpis elektroniczny powinien mieć skutek prawny równoważny podpisowi własnoręcznemu.”. Z motywu tego jednoznacznie, zdaniem Zamawiającego, wynika, że to w prawie krajowym należy zdefiniować skutek prawny podpisów elektronicznych, z wyjątkiem przewidzianego w Rozporządzeniu eIDAS wymogu, że kwalifikowany podpis elektroniczny powinien mieć skutek prawny równoważny podpisowi własnoręcznemu. Uregulowania prawa krajowego w tym zakresie zawarte są w art. 10a ust. 5 PZP.

Zamawiający nie zgodził się również z zarzutem naruszenia motywu (4) preambuły Rozporządzenia Wykonawczego Komisji (UEJ 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającego standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE seria L 2016 r. Nr 3, s. 16) poprzez niezastosowanie się do zasady, zgodnie z którą „treść JEDZ ma powodować uproszczenia dla Wykonawców”, stwierdzając, iż przywołany przez Odwołującego motyw (4) ma brzmienie: „Jednolity europejski dokument zamówienia powinien również przynieść dalsze uproszczenia zarówno dla wykonawców, jak i instytucji oraz podmiotów zamawiających, zastępując różne i rozbieżne krajowe oświadczenia własne jednym standardowym formularzem ustanowionym na szczeblu europejskim. Powinno to również pomóc w zmniejszeniu problemów związanych z precyzyjnym formułowaniem oficjalnych oświadczeń i oświadczeń o wyrażeniu zgody, a także z kwestiami językowymi, gdyż standardowy formularz będzie dostępny w językach urzędowych. Jednolity europejski dokument zamówienia powinien zatem ułatwić intensywniejsze transgraniczne uczestnictwo w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.” oraz, że postanowienia te nie odnoszą się do formy, w jakiej JEDZ ma być składany, a jedynie zawierają wyjaśnienia, że jego wprowadzenie ma ułatwić wykonawcom dostęp do zamówień w innych krajach UE zastępując różne i rozbieżne krajowe oświadczenia własne jednym standardowym formularzem (JEDZ). W ocenie Zamawiającego, również nie mają zastosowania przywołane przez Odwołującego postanowienia zawarte w załączniku nr 1 do w/w rozporządzenia, stanowiącym instrukcje dotyczące JEDZ-ów, w których wskazano „co się tyczy y podpisu(-ów) na jednolitym europejskim dokumencie zamówienia, należy zauważyć, że podpis na tym dokumencie może nie być konieczny, jeżeli dokument ten jest przesyłany jako część zestawu dokumentów, których autentyczność i integralność jest zapewniona dzięki wymaganemu (-ym) podpisowi (-om) na środkach przekazu.” Przywołany przez Odwołującego przykład nie dotyczy bowiem sytuacji, jaka wystąpiła w kwestionowanych JEDZ-ach, które nie zostały prawidłowo podpisane. Poza tym nie były przysyłane jako część zestawu dokumentów, których autentyczność i integralność jest zapewniona dzięki wymaganemu podpisowi na środkach przekazu.

Zdaniem Zamawiającego wykluczając Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP i uznając jego ofertę za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 PZP nie naruszył również zasady równego traktowania wykonawców uregulowanej w art. 7 ust. 1 PZP, gdyż przedłożone przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie w

trybie art. 26 ust. 3 PZP JEDZ-e dla ww. dwóch członków konsorcjum nie zostały podpisane w sposób prawidłowy i zgodny z przepisami prawa, a Zamawiający równo traktował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia i sprawdzał ważność podpisów na JEDZ-ch złożonych przez wszystkich wykonawców w postępowaniu w taki sam sposób.

Zamawiający przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 listopada 2016 r. sygn. akt: KIO 2145/16, w którym Izba stwierdziła, iż „Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców [porównaj: Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08]. Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08).”.

Po zapoznaniu się z treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, a także materiałem dowodowym zgromadzonym w sprawie, po przeprowadzeniu rozprawy i wysłuchaniu stanowisk stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek, skutkujących jego odrzuceniem, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i przywrócenia Odwołującego do postępowania, mógłby zatem liczyć na udzielenie zamówienia.

Izba postanowiła dopuścić dokumentację postępowania oraz złożone do akt sprawy dowody. Uznając, że materiał dowodowy zgromadzony w sprawie pozwala na merytoryczne rozpatrzenie odwołania, Izba nie uwzględniła wniosków o przeprowadzenie pozostałych dowodów, w tym z eksperymentu oraz z opinii biegłego, z uwagi na to, że ich przeprowadzenie spowodowałoby zwłokę w postępowaniu.

Następnie Izba ustaliła:

Z pkt 7.1. lit. a SIWZ wynika, iż na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z postępowania, o których mowa w pkt 6.1. oraz w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt. 6.2 SIWZ Wykonawca będzie obowiązany przedstawić Zamawiającemu m.in. aktualne na dzień składania ofert oświadczenie Wykonawcy stanowiące wstępne potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w niniejszej SIWZ i braku podstaw do wykluczenia, złożone na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (dalej: „JEDZ”), którego wzór określa Rozporządzenie Wykonawcze Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiające standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE seria L 2016 r. Nr 3, s. 16). Treść JEDZ określona została w załączniku nr 6 do SIWZ. Oświadczenie JEDZ należy złożyć przed upływem terminu składania ofert, wyłącznie w formie elektronicznej, opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zasady związane z przesłaniem formularza JEDZ w formie dokumentu elektronicznego zostały opisane w rozdziale 8 SIWZ.

Z pkt 8.5. i następnych SIWZ wynika, iż JEDZ należy przesłać w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Oświadczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz podmiotów udostępniających wykonawcy potencjał na zasadach określonych w art. 22a PZP składane na formularz JEDZ powinny mieć formę dokumentu elektronicznego, podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez każdego z nich w zakresie w jakim potwierdzają okoliczności, o których mowa w treści art. 22 ust. 1 PZP.

Środkiem komunikacji elektronicznej, służącym złożeniu JEDZ przez wykonawcę, jest poczta elektroniczna. Zamawiający poinformował, iż

- 1) dopuszcza w szczególności następujący format przesyłanych danych: .pdf, .doc, .docx, .rtf, .odt.;
- 2) Wykonawca wypełnia JEDZ, tworząc dokument elektroniczny. Może korzystać z narzędzia ESPD lub innych dostępnych narzędzi lub oprogramowania, które umożliwiają wypełnienie JEDZ i utworzenie dokumentu elektronicznego, w szczególności w jednym z ww. formatów.
- 3) po stworzeniu lub wygenerowaniu przez wykonawcę dokumentu elektronicznego JEDZ, wykonawca podpisuje ww. dokument kwalifikowanym podpisem elektronicznym, wystawionym przez dostawcę kwalifikowanej usługi zaufania, będącego podmiotem świadczącym usługi certyfikacyjne - podpis elektroniczny, spełniające wymogi bezpieczeństwa określone w ustawie z dnia 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej (Dz. U. z 2016 r. poz. 1579 z późn. zm.);

- 4) podpisany dokument elektroniczny JEDZ powinien zostać zaszyfrowany, tj. opatrzony hasłem dostępowym - w tym celu wykonawca może posłużyć się narzędziami oferowanymi przez oprogramowanie, w którym przygotowuje dokument oświadczenia (np. Adobe Acrobat), lub skorzystać z dostępnych na rynku narzędzi na licencji open- source (np.: AES Crypt, 7-Zip i Smart Sign) lub komercyjnych;
 - 5) Wykonawca zamieszcza hasło dostępu do pliku JEDZ w treści swojej Oferty sporządzonej wg wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, składanej w formie pisemnej. Treść oferty może zawierać, jeśli to niezbędne, również inne informacje dla prawidłowego dostępu do dokumentu, w szczególności informacje o wykorzystanym programie szyfrującym lub procedurze odszyfrowania danych zawartych w JEDZ.
 - 6) Wykonawca przesyła Zamawiającemu zaszyfrowany i podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym JEDZ na wskazany adres poczty elektronicznej w taki sposób, aby dokument ten dotarł do Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert. Uwaga! Wielkość przesłanej poczty elektronicznej (maila) nie może wynosić więcej niż 20 MB.
- (...)
- 9) obowiązek złożenia JEDZ w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym w sposób określony powyżej dotyczy również JEDZ składanego na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 PZP; w takim przypadku Zamawiający nie wymaga szyfrowania tego dokumentu.

W zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego z postępowania w pakietach nr 1,3,4 Zamawiający podał m.in., iż następuje to na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym zostało podane, że złożone przez Odwołującego oświadczenia JEDZ zostały podpisane podpisem elektronicznym dostarczonym przez Krajową Izbę Rozliczeniową (KIR). Wykonawcy zamiast podpisać JEDZ przez program dedykowany dostawcy złożonego przez niego podpisu kwalifikowanego tj. KIR Szafir podpisali oświadczenia JEDZ za pomocą programu Word Office. Sytuacja ta powoduje, że na podstawie złożonych przez Wykonawców oświadczeń JEDZ, Zamawiający nie może dokonać zgodnie z przepisami Rozporządzenia eIDAS walidacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego złożonego przez Wykonawców, a co za tym idzie nie może stwierdzić, że złożony przez Wykonawców podpis jest ważny i można go uznać za kwalifikowany podpis elektroniczny. W związku z tym nie można uznać, że złożone przez ww. Wykonawców oświadczenia JEDZ zostały prawidłowo podpisane. Zamawiający już raz wzywał Wykonawców na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp pismem z dnia 26.11.2018 r. do uzupełnienia w pakietach nr 1,3,4 oświadczeń JEDZ i nie może już drugi raz tego uczynić.

W uzasadnieniu prawnym Zamawiający podał, iż zgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz postanowieniami SIWZ Wykonawca zobowiązany był złożyć jednolity europejski dokument zamówienia (JEDZ) w formie elektronicznej, opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zamawiający po otrzymaniu od Wykonawcy oświadczeń JEDZ ma obowiązek zweryfikować ważność złożonego podpisu. Kwalifikowany podpis elektroniczny został zdefiniowany w art. 3 pkt 12 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (Dz.U. UE.L.2014.257.73 - dalej „Rozporządzenie eIDAS”). Należy przy tym wskazać, że w/w rozporządzenie jest aktem prawnym, który obowiązuje bezpośrednio, bez konieczności transpozycji zawartych w nim przepisów na grunt prawa krajowego. Zgodnie z w/w przepisem przez kwalifikowany podpis elektroniczny rozumie się zaawansowany podpis elektroniczny, który jest składany za pomocą kwalifikowanego urządzenia do składania podpisu elektronicznego i który opiera się na kwalifikowanym certyfikacie podpisu elektronicznego. Zaawansowany podpis elektroniczny jest podpisem, który zgodnie z art. 26 rozporządzenia eIDAS musi spełniać następujące wymogi:

- a) jest unikalnie przyporządkowany podpisującemu,
- b) umożliwia ustalenie tożsamości podpisującego,
- c) jest składany przy użyciu danych służących do składania podpisu elektronicznego, których podpisujący może, z dużą dozą pewności użyć pod wyłączną swoją kontrolą; oraz
- d) jest powiązany z danymi podpisanym w taki sposób, że każda późniejsza zmiana danych jest rozpoznawalna.

Kwalifikowany certyfikat podpisu elektronicznego to certyfikat podpisu elektronicznego, który jest wydawany przez kwalifikowanego dostawcę usług zaufania i spełnia wymogi określone w załączniku I Rozporządzenia eIDAS (art. 3 pkt 15 i art. 28 ust. 1 Rozporządzenia eIDAS). Z kolei kwalifikowane urządzenie do składania podpisu elektronicznego oznacza urządzenie do składania podpisu elektronicznego, które spełnia wymogi określone w załączniku II Rozporządzenia eIDAS (art. 3 pkt 23 i art. 29 ust. 1 Rozporządzenia eIDAS).

Ważność kwalifikowanego podpisu elektronicznego potwierdza proces walidacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego (czyli proces weryfikacji i potwierdzenia ważności kwalifikowanego podpisu elektronicznego). O weryfikacji i potwierdzeniu ważności kwalifikowanego podpisu elektronicznego mowa jest w art. 32 Rozporządzenia eIDAS. W artykule tym określone zostały szczegółowe warunki potwierdzenia ważności kwalifikowanego podpisu

elektronicznego.

Zgodnie z art. 32 ust. 1 Rozporządzenia eIDAS proces walidacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego potwierdza ważność kwalifikowanego podpisu elektronicznego, pod określonymi w nim warunkami, które zostały przytoczone w piśmie, wraz ze stanowiskiem, że wyżej przywołanego przepisu wynika, że proces walidacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego potwierdzi ważność kwalifikowanego podpisu elektronicznego m in. wówczas, gdy dane służące do walidacji podpisu odpowiadają danym dostarczonym stronie ufającej (w tym przypadku Zamawiającemu). Zamawiający dokonuje walidacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego przez system wykorzystany do walidacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego, który zapewnia prawidłowy wynik procesu walidacji i umożliwia wykrycie wszelkich problemów związanych z bezpieczeństwem (art. 32 rozporządzenia eIDAS). W tym zakresie Zamawiający korzysta z usług kwalifikowanego dostawcy usług zaufania. Zgodnie bowiem z art. 33 rozporządzenia eIDAS kwalifikowaną usługę walidacji kwalifikowanych podpisów elektronicznych świadczy wyłącznie kwalifikowany dostawca usług zaufania, który:

a)zapewnia walidację zgodnie z art. 32 ust. 1 rozporządzenia eIDAS,

b)umożliwia stronom ufającym otrzymanie wyniku procesu walidacji w automatyczny, wiarygodny i skuteczny sposób oraz przy użyciu zaawansowanego podpisu elektronicznego lub zaawansowanej pieczęci elektronicznej dostawcy kwalifikowanej usługi walidacji.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie polega oddaleniu.

Stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba związana jest zakresem zarzutów zawartych w odwołaniu. W ocenie Izby nie potwierdziły się zarzuty odwołania, w tym postawiony z ostrożności zarzut naruszenia motywu (4) Preambuły Rozporządzenia Wykonawczego Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającego standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz.Urz. UE seria L 2016 r. Nr 3, s.16) poprzez niezastosowanie się do zasady, zgodnie z którą „treść JEDZ ma powodować uproszczenie dla Wykonawców”.

Jak wynika z treści odwołania, Odwołujący naruszenia wskazanych przepisów ustawy Pzp tj. art. 7 ust. 1, 24 ust. 1 pkt 12, 24 ust. 4, 25 a ust. 1 i 6 oraz art. 10a ust. 5 upatruje w tym, iż Zamawiający uznał, iż dwa z trzech złożonych przez niego jednolitych europejskich dokumentów zamówienia nie zostały opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp *zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. W myśl art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Art. 24 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, iż ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Przepisy art. 25a ust. 1 stanowi, iż do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca: 1) nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu; 2) spełnia kryteria selekcji, o których mowa w i, zaś ust. 6 tego przepisu stanowi, iż w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, jednolity dokument lub oświadczenie składa każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Dokumenty te potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji oraz brak podstaw wykluczenia w zakresie, w którym każdy z wykonawców wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji oraz brak podstaw wykluczenia. Natomiast art. 10a ust. 5 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia postępowania stanowił, iż oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenia, w tym jednolity dokument, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej, i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym.*

Odwołujący wraz z ofertą nie złożył jednolitych europejskich dokumentów zamówienia. Natomiast na wezwanie Zamawiającego, skierowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, uzupełnił dokumenty, z których dwa zostały złożone w sposób, który uniemożliwiał walidację (weryfikację pod względem ważności) podpisu elektronicznego G.G. i J.W. zgodnie z art. 33 ust. 1 Rozporządzenia eIDAS, w związku z czym Zamawiający uznał je za nieprawidłowo podpisane, skutkiem czego wykluczył Odwołującego z postępowania. Trzeci JEDZ tj. złożony przez K.L., został uznany przez Zamawiającego za podpisany prawidłowo, wymaganym kwalifikowanym podpisem elektronicznym, umożliwiającym jego walidację.

Nie jest sporne pomiędzy stronami, iż każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zobowiązany był do złożenia JEDZ w postaci elektronicznej opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Nie jest również sporne, że sposób podpisania JEDZ przez K.L. różni się od sposobu podpisania przez pozostałych członków konsorcjum, co pokazuje również opinia prywatna załączona do odwołania. Nie jest także sporne, że Zamawiający był obowiązany zweryfikować prawidłowość złożonego podpisu elektronicznego.

Istotą sporu, a w konsekwencji zarzutów naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów, jest natomiast to, czy zakwestionowane przez Zamawiającego JEDZ-e zostały podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym zgodnie z wymogami SIWZ i obowiązującymi przepisami prawa, jak twierdzi Odwołujący, czy innym podpisem, na co zdaniem Zamawiającego wskazuje brak możliwości ich walidacji zgodnie z art. 33 ust. 1 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylającego Dyrektywę 1999/93/WE (Rozporządzenie eIDAS), który stanowi, iż *kwalifikowaną usługę walidacji kwalifikowanych podpisów elektronicznych może świadczyć wyłącznie kwalifikowany dostawca usług zaufania, który: a) zapewnia walidację zgodnie z art. 32 ust. 1; oraz b) umożliwia stronom ufającym otrzymanie wyniku procesu walidacji w automatyczny, wiarygodny i skuteczny sposób oraz przy użyciu zaawansowanego podpisu elektronicznego lub zaawansowanej pieczęci elektronicznej dostawcy kwalifikowanej usługi walidacji.*

Jak wynika m.in. z Instrukcji składania jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej zamieszczonej na stronie internetowej UZP (<https://www.uzp.gov.pl>) Zamawiający po otwarciu ofert/wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu odszyfrowuje JEDZ, korzystając z klucza wskazanego w treści oferty, i następnie weryfikuje prawidłowość złożonego podpisu elektronicznego. W przypadku wezwania zamawiającego do uzupełnienia JEDZ na podstawie ustawy Pzp wykonawca w odpowiedzi na ww. wezwanie przesyła JEDZ podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym na adres poczty elektronicznej, w takim przypadku wykonawca nie musi szyfrować tego dokumentu.

Ustawą z dnia 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej (Dz.U. poz. 1579 ze zm.), która służy stosowaniu rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylającego dyrektywę 1999/93/WE (Dz.Urz.UE L 257 z 28.08.2014 r., str. 73) została m.in. określona krajowa infrastruktura zaufania, działalność dostawców usług zaufania, w tym zawieszanie certyfikatów podpisów elektronicznych i pieczęci elektronicznych oraz nadzór nad dostawcami usług zaufania. Stosownie do art. 2 i 3 tej ustawy Minister właściwy do spraw informatyzacji zapewnia funkcjonowanie krajowej infrastruktury zaufania, która obejmuje m.in. rejestr dostawców usług zaufania, zwany dalej „rejestrem”. Rejestr jest prowadzony w postaci elektronicznej, jest jawny i każdy ma prawo dostępu do danych w nim zawartych. Do rejestru wpisuje się dostawców usług zaufania, którzy mają siedzibę lub oddział na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, oraz usługi zaufania świadczone przez tych dostawców. Zgodnie z art. 14 pkt 1 tej ustawy kwalifikowany dostawca usług zaufania, wydając kwalifikowany certyfikat podpisu elektronicznego, jest obowiązany uzyskać od osoby ubiegającej się o certyfikat potwierdzenie przyporządkowania do niej danych służących do weryfikacji podpisu elektronicznego, które są zawarte w wydanym certyfikacie. Stosownie do art. 18 ust. 1 i 2 ww. ustawy podpis elektroniczny lub pieczęć elektroniczna weryfikowane za pomocą certyfikatu wywołują skutki prawne, jeżeli zostały złożone w okresie ważności certyfikatu, natomiast złożone w okresie zawieszenia certyfikatu wykorzystywanego do jego weryfikacji nie wywołują skutków prawnych. Informacja o zawieszeniu certyfikatu jest udostępniana w ramach usługi informowania o statusie certyfikatu.

Na rozprawie zostało podniesione przez Zamawiającego, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, iż certyfikat składa się z dwóch części, jedna jest w dyspozycji podpisującego, a druga w dyspozycji dostawcy usług zaufania. Walidacja następuje Online i prowadzi do połączenia tych dwóch części, co następuje w czasie rzeczywistym.

Zostało także wykazane, że kwestionowane przez Zamawiającego podpisy zostały złożone w aplikacji Office, oraz, że Microsoft Corporation, którego programu do złożenia podpisu użył Odwołujący przy składaniu zakwestionowanych podpisów, nie jest dostawcą usług zaufania.

Izba podziela pogląd zaprezentowany przez Zamawiającego, z którego wynika, że dla przyjęcia, iż dokument został opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym, konieczne jest, aby Zamawiający, jako osoba ufająca, miał możliwość dokonania walidacji podpisu za pośrednictwem kwalifikowanego dostawcy usług zaufania, który jest wpisany do rejestru, co stosownie do art. 32 ust. 2 Rozporządzenia eIDAS zapewnia prawidłowy wynik procesu walidacji i umożliwienia wykrycie wszelkich problemów związanych z bezpieczeństwem.

Stanowisko to ma bowiem oparcie w przepisach ww. ustawy o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej oraz w przywołanych przez Zamawiającego w zawiadomieniu o wykluczeniu oraz w odpowiedzi na odwołanie i przedstawionych powyżej przepisach Rozporządzenia eIDAS, w tym art. 33 ust. 1, art. 32, art. 26 oraz definicjach zawartych w art. 3, w szczególności definicji zawartej w pkt 12, zgodnie z którą „*kwalifikowany podpis elektroniczny*” oznacza *zaawansowany podpis elektroniczny, który jest składany za pomocą kwalifikowanego urządzenia do składania podpisu elektronicznego i który opiera się na kwalifikowanym certyfikacie podpisu elektronicznego* oraz w pkt 14, zgodnie z którą „*certyfikat podpisu elektronicznego*” oznacza *poświadczenie elektroniczne, które przyporządkowuje dane służące do walidacji podpisu elektronicznego do osoby fizycznej i potwierdza co najmniej imię i nazwisko lub pseudonim tej osoby*, a także w pkt 16, zgodnie z którą „*usługa zaufania*” oznacza *usługę elektroniczną zazwyczaj świadczoną za*

wynagrodzeniem i obejmującą m.in. tworzenie, weryfikację i walidację podpisów elektronicznych. Zgodnie natomiast z art. 33 ust. 1 Rozporządzenia eIDAS kwalifikowaną usługę walidacji kwalifikowanych podpisów elektronicznych świadczy wyłącznie kwalifikowany dostawca usług zaufania, który: zapewnia walidację zgodnie z art. 32 ust. 1 Rozporządzenia eIDAS, oraz umożliwia stronom ufającym otrzymanie wyniku procesu walidacji w automatyczny, wiarygodny i skuteczny sposób oraz przy użyciu zaawansowanego podpisu elektronicznego lub zaawansowanej pieczęci elektronicznej dostawcy kwalifikowanej usługi walidacji. Wskazuje na to także motyw (57) preambuły Rozporządzenia eIDAS, zgodnie z którym *aby zagwarantować pewność prawa w odniesieniu do ważności podpisu, niezbędne jest wyszczególnienie elementów kwalifikowanego podpisu elektronicznego, które powinny być ocenione przez stronę ufającą dokonującą walidacji. Ponadto wyszczególnienie wymogów dla kwalifikowanych dostawców usług zaufania mogących świadczyć kwalifikowane usługi walidacji na rzecz stron ufających, które same nie chcą lub nie są w stanie dokonać walidacji kwalifikowanych podpisów elektronicznych, powinno zachęcić sektory prywatny i publiczny do inwestowania w takie usługi. Dzięki tym obu elementom walidacja kwalifikowanych podpisów elektronicznych powinna być łatwa i wygodna dla wszystkich stron na poziomie Unii.*

W ocenie Izby zostało wykazane, iż brak przeprowadzenia przez Zamawiającego walidacji spornych podpisów nie jest skutkiem tego, jak twierdził Odwołujący na rozprawie, iż Zamawiający nie poradził sobie z walidacją, a skutki braku umiejętności przerzucił na Odwołującego, lecz wynika z tego, iż podpis został złożony nieprawidłowo i w związku z tym nie jest możliwe przeprowadzenie jego walidacji zgodnie z art. 33 ust. 1 rozporządzenia eIDAS.

Potwierdzają to zamieszczone w odpowiedzi na odwołanie „zrzuty” z ekranu z próby weryfikacji podpisów w aplikacji MS Word oraz załączniki do odpowiedzi na odwołanie, którym Odwołujący nie przedstawił przeciwdowodu, w tym notatka służbowa z dnia 30 listopada 2018 r. oraz Stanowisko Dyrektora Linii Biznesowej Podpis Elektroniczny Krajowej Izby Rozliczeniowej S.A. oraz Departamentu Cyberbezpieczeństwa Ministerstwa Cyfryzacji przesłane pocztą elektroniczną w dniu 18 grudnia 2018 r., który stwierdził m.in., że sprawdził podpis w referencyjnej usłudze walidacji rozwijanej na zlecenie UE przez firmę Nowina i nie udało mu się go zweryfikować oraz przedstawił odpowiedź tej firmy, z której wynika, że problemy z obsługą podpisów z aplikacji MS prawdopodobnie mogą leżeć po stronie Microsoftu.

W ocenie Izby, opinia prywatna załączona do odwołania wydana przez INMAC M. Ż. w związku z zapytaniem o opinię techniczną odnośnie przesłanych dokumentów w zakresie zawartości podpisu elektronicznego nie jest wystarczającym dowodem dla stwierdzenia, iż zakwestionowane przez Zamawiającego podpisy są kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi. Jakkolwiek zawiera ona m.in. stwierdzenia, iż *dokument o nazwie „Jedz J. Międzyrzecz pak. I”: jest podpisany podpisem elektronicznym w formacie XadES-EPES, wystawionym przez COPE-SZAF1R Kwalifikowany dla J. R.W., z terminem ważności 2018-11-05 / 2020-11-05. Rzeczony dokument utworzony za pomocą programu Word, z pakietu w wersji Office 2010 lub wyższej wykazuje że podpis jest prawidłowy, oraz, że taka sama sytuacja jest w dokumencie o nazwie: „Jedz J. Międzyrzecz pak. IV (2)” oraz w pliku o nazwie: „Jedz G. Międzyrzecz pak. IV”* to jednak w żadnym miejscu autor nie stwierdza, że podpisy te są kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi. Nadto pokazuje ona, że zupełnie inny wynik weryfikacji autor tej opinii uzyskał w odniesieniu do K.L., gdzie również w odniesieniu do certyfikatu występuje stwierdzenie: *„COPE SZAFIR – Kwalifikowały ale też występuje m.in. wyraźne wskazanie: „Podpis jest WAŻNY, podpisany przez K.L.”, podany jest czas jego złożenia oraz informacja: „Źródło Trust uzyskane z European Union Trusted Lists (EUTL)”*, a także występuje stwierdzenie: *„Jest to kwalifikowany podpis elektroniczny zgodny z przepisem UE 910/2014”*. Nadto w konkluzji autor podał, m.in. iż *„przedstawione pliki w formacie Word firmy Microsoft, zostały podpisane bezpośrednio w aplikacji Office bez użycia dodatkowych programów do podpisywania dokumentów za pomocą elektronicznego podpisu w związku z tym nie można ich za pomocą tych wyspecjalizowanych aplikacji zweryfikować.”* Treść tej opinii wskazuje, że podpisy złożone przez J.W. oraz G.G. są podpisami elektronicznymi, jednak nie są kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi, bowiem jednym z elementów kwalifikowanego podpisu elektronicznego jest możliwość jego walidacji przez niezależną instytucję, wydającą kwalifikowane certyfikaty i potwierdzającą przynależność uprawnień wynikających z tych certyfikatów do konkretnych osób, tj. przez figurującego w rejestrze dostawcę usług zaufania.

W ocenie Izby celem wymogu złożenia kwalifikowanego podpisu elektronicznego na JEDZ jest to, aby można było taki podpis traktować tak samo, jak podpis złożony własnoręcznie. Skoro tylko kwalifikowany podpis elektroniczny jest równoważny podpisowi własnoręcznemu, to nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego zaprezentowanym w odwołaniu, z którego wynika, że podpis elektroniczny inny niż kwalifikowany należy traktować analogicznie, jak skrót podpisu, który jest „godłem” podpisu i przypisywać mu takiego samego skutku, jak kwalifikowanemu podpisowi elektronicznemu.

Wobec treści ww. przepisów, w tym art. 10a ust. 5 ustawy Pzp, przewidującego rygor nieważności nienależycie podpisanego JEDZ oraz ciążącego na Zamawiającym obowiązku weryfikacji podpisu JEDZ, Wykonawca, jako profesjonalista, winien zadbać o to, aby złożony przez niego podpis umożliwiał jego walidację przez dostawcę usług zaufania. Wykazanie przez Wykonawcę należytej staranności w tym zakresie znajduje tym bardziej uzasadnienie, jeżeli nie składa tego dokumentu wraz z ofertą, lecz dopiero na wezwanie otrzymane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,

Jeżeli chodzi o wskazany w odwołaniu z ostrożności zarzut naruszenia motywu (4) preambuły Rozporządzenia Wykonawczego Komisji (UEJ 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającego standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE seria L 2016 r. Nr 3, s. 16) poprzez niezastosowanie się do zasady, zgodnie z którą „treść JEDZ ma powodować uproszczenia dla Wykonawców”, należy wskazać na pełne brzmienie tego motywu, tj.: „(4) Jednolity europejski dokument zamówienia powinien również przynieść dalsze uproszczenia zarówno dla wykonawców, jak i instytucji oraz podmiotów zamawiających, zastępując różne i rozbieżne krajowe oświadczenia własne jednym standardowym formularzem ustanowionym na szczeblu europejskim. Powinno to również pomóc w zmniejszeniu problemów związanych z precyzyjnym formułowaniem oficjalnych oświadczeń i oświadczeń o wyrażeniu zgody, a także z kwestiami językowymi, gdyż standardowy formularz będzie dostępny w językach urzędowych. Jednolity europejski dokument zamówienia powinien zatem ułatwić intensywniejsze transgraniczne uczestnictwo w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.” Postanowienie to nie dotyczy zatem będącego przedmiotem analizy podpisu elektronicznego, lecz wskazuje, że wprowadzenie JEDZ ma stworzyć ułatwienie zarówno dla zamawiających, jak i wykonawców, ułatwiając wykonawcom dostęp do zamówień w innych krajach UE i zastępując różne krajowe własne oświadczenia jednym standardowym formularzem. Odwołujący nie wykazał na czym miałyby polegać naruszenie przez Zamawiającego wskazanej przez niego zasady, do czego stosownie do art. 180 ust. 3 ustawy Pzp był zobowiązany.

Nadto, odnosząc się do argumentacji Odwołującego związanej z treścią załącznika nr 1 do ww. rozporządzenia: „Instrukcje”, w którym znajduje się stwierdzenie: „Co się tyczy podpisu(-ów) na jednolitym europejskim dokumencie zamówienia, należy zauważyć, że podpis na tym dokumencie może nie być konieczny, jeżeli dokument ten jest przesyłany jako część zestawu dokumentów, których autentyczność i integralność jest zapewniona dzięki wymaganemu (-ym) podpisowi (-om) na środkach przekazu.”, należy stwierdzić, iż również nie potwierdza ona stawianych w odwołaniu zarzutów. Nie zostało wykazane przez Odwołującego, aby JEDZ-e były przesłane przez niego jako część zestawu dokumentów, których autentyczność i integralność jest zapewniona dzięki wymaganemu podpisowi na środkach przekazu.

W konsekwencji złożenia przez dwóch członków konsorcjum Odwołującego podpisu, który, jak zostało wykazane przez Zamawiającego, nie podlega walidacji za pośrednictwem dostawcy usług zaufania, w ocenie Izby, Zamawiający zasadnie wykluczył Odwołującego

z postępowania. JEDZ-e nie zostały złożone wraz z ofertą, lecz dopiero na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający, m.in. z uwagi na zasadę równego traktowania wykonawców, nie był zatem uprawniony do ponownego występowania do Odwołującego o ich złożenie. Zauważenia przy tym wymaga, iż Odwołujący nie wykazał również, że Zamawiający w tych samych okolicznościach inaczej potraktował innego wykonawcę.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie w przypadku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Nie zostało wykazane, aby doszło do naruszenia przepisów, które miało istotny wpływ na wynik postępowania.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9

i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) z uwzględnieniem uzasadnionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na rozprawę na podstawie faktur przedłożonych przed zamknięciem rozprawy.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....