

Sygn. akt: KIO 137/19

WYROK
z dnia 13 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Członkowie: Małgorzata Matecka

Aneta Mlącka

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lutego 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 26 stycznia 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez Odwołującego – **Ośrodek Aktywizacji Zawodowej i Szkoleń Sp. z o.o. ul. Więckowskiego 29/5 90-727 Łódź** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Miasto Łódź, Zarząd Zieleni Miejskiej w Łodzi ul. Konstantynowska 8/10 94-303 Łódź**,

przy udziale wykonawcy: **KTU-Zieleń Sp. z o.o. ul. Warecka 3 91-202 Łódź** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania w zakresie części 1 oraz powtórzenie czynności oceny ofert w części 1 z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **KTU-Zieleń Sp. z o.o. ul. Warecka 3 91-202 Łódź** 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 wykonawcy **KTU-Zieleń Sp. z o.o. ul. Warecka 3 91-202 Łódź** na rzecz Odwołującego kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

.....
.....
.....

Sygn. akt KIO 137/19

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), [Pzp lub ustawa Pzp lub Pzp] przez zamawiającego: **Miasto Łódź, Zarząd Zieleni Miejskiej w Łodzi (Zamawiający)**, którego przedmiotem jest „Usługa utrzymania terenów zieleni miejskiej w latach 2019-2021 w pasach drogowych i na terenach niezabudowanych na terenie miasta Łodzi na zasadach określonych we „Wzorzec Umowy”. Wnoszący odwołanie wykonawca: **Ośrodek Aktywizacji Zawodowej i Szkoleń Sp. z o.o. z Łodzi (Odwołujący)** zarzucił Zamawiającemu działanie niezgodne z przepisami ustawy Pzp, polegające na wykluczeniu wykonawcy z Postępowania, z naruszeniem:

1) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, polegające na wykluczeniu od udziału w Postępowaniu Wykonawcy, w związku z rzekomym niewykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w postaci walidacji podpisu kwalifikowanego przy użyciu algorytmu SHA-2, gdy tymczasem powołany „warunek” nie został wskazany przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu ani w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;

2) art. 10a ust. 5 Pzp oraz 25 ust. 2 i 3 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE1 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 uchylającym dyrektywę 1999/93/WE, polegające na bezpodstawnym uznaniu, że złożony przez Wykonawcę w postępowaniu dokument JEDZ podmiotu użyczającego Wykonawcy swoich zasobów, podpisany został w sposób nieprawidłowy, pomimo iż dokument opatrzony został ważnym podpisem kwalifikowanym, zgodnie z wymogami prawa;

3) art. 137 ust. 1 ustawy z dnia 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, polegające na przyjęciu, że przepis ten nakłada sankcję nieważności na podpisy złożone po dniu 1 lipca 2018r. z uwierzytelnieniem przy użyciu logarytmu SHA-1, podczas gdy powołana regulacja nie tylko takiej sankcji nie przewiduje, ale nawet nie mogłaby przewidywać, gdyż stałaby ona w oczywistej

sprzeczności z art. 32 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (TJE) 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 uchylającym dyrektywę 1999/93/WE, oraz aktów i Decyzji wykonawczych, o mocy obowiązującej bezpośrednio w każdym Państwie Członkowskim.

Mając powyższe na uwadze wniósł o: (1) Uchylenie zaskarżonej czynności wykluczenia Wykonawcy z Postępowania; (2) Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Wykonawcy zwrotu poniesionych kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia stanowiącego przedmiot Postępowania oraz poniesie szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy, gdyż wykluczenie Wykonawcy a tym samym ostatecznie odrzucenie złożonej przez niego oferty, spowoduje wybór przez Zamawiającego oferty konkurenta, pomimo iż oferta Wykonawcy jest ofertą znacznie korzystniejszą dla Zamawiającego. Gdyby Zamawiający nie wykluczył Wykonawcy z Postępowania, oferta przez niego złożona, jako spełniająca wszystkie nałożone Specyfikacją wymogi, a zarazem najkorzystniejsza cenowo, musiałaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza ze wszystkich złożonych w Postępowaniu ofert. Powyższe dowodzi o spełnieniu przesłanki do skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu w szczególności wskazał:

Wykonawca, jako jeden z dwóch podmiotów, złożył ofertę na realizację I Części zamówienia publicznego pn. Usługa utrzymania terenów zieleni miejskiej w latach 2019-2021 w pasach drogowych i na terenach niezabudowanych na terenie miasta Łodzi obejmującej "Północny - Zachód" - utrzymanie terenów zieleni miejskiej w pasach drogowych i na terenach niezabudowanych objętych ulicami: Zgierska, Nowomiejska, Plac Wolności, Piotrkowska, Adama Mickiewicza, Bandurskiego, Krzemieniecka, Konstantinowska. W toku badania ofert, Wykonawca był wzywany do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia dokumentów, z których to zobowiązań wywiązał się w terminie. Pismem z dnia 18 stycznia 2019 r. Zamawiający zawiadomił Wykonawcę o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. Decyzja ta oparta miała zostać na ustaleniu rzekomej nieprawidłowości użycia algorytmu (SHA-1) przy składaniu podpisu elektronicznego w dokumencie JEDZ przez podmiot używający Wykonawcy swoich zasobów. Użycie skrótu SHA-1 dla potrzeb walidacji, Zamawiający uznał za dyskwalifikację czynności jako nieprawidłowej oraz stwierdził nieważność złożonego podpisu kwalifikowanego. W konsekwencji Zamawiający uznał, iż „nieprawidłowy” JEDZ przedłożony przez podmiot trzeci po wezwaniu do jego złożenia w trybie uzupełnienia dokumentów, nie podlega ponownemu wezwaniu do usunięcia braków. W tych okolicznościach stwierdzając, że Wykonawca nie wykazał spełnienia przesłanki braku podstaw do wykluczenia - Zamawiający wykluczył go od udziału w postępowaniu. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie sprecyzował przy tym w żadnym zakresie, z jakiej przyczyny walidacja przy użyciu algorytmu SHA-1 miałyby czynić złożony podpis nieważnym, a tym samym dokument opatrzony takim podpisem - nieprawidłowym, prowadzącym do uznania, iż wykonawca nie spełnił określonego przez Zamawiającego warunku. Odwołujący wskazał, że analiza art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp prowadzi do wniosku, że z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy wykluczyć wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Spełniać można tylko taki warunek, który został opisany, skonkretyzowany. W przypadku zaś niesformułowania warunku udziału w postępowaniu niemożliwa jest ocena jego spełniania, a w konsekwencji stwierdzenie, że wykonawcę należy wykluczyć z postępowania z powodu niespełniania warunku udziału w nim. W okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający wykluczył Wykonawcę z postępowania, wskazując na niespełnienie warunku w postaci walidacji podpisu kwalifikowanego przy użyciu algorytmu SHA-2, choć warunek ten nie został opisany w ogłoszeniu o zamówieniu. Nie wspomniano o nim również w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Co więcej, zakreślenie takiego warunku, bez uzasadnienia go ograniczeniami technicznymi po stronie Zamawiającego, stanowiłoby naruszenie zasady proporcjonalności, a zarazem prowadziło do dyskryminacji i nierównego traktowania uczestników Postępowania. Odwołujący podkreślił, że czynność wykluczenia Odwołującego nie znajduje uzasadnienia w treści dokumentów sporządzonych przez Zamawiającego dla potrzeb prowadzonego postępowania, nie znajduje oparcia w żadnym przepisie prawa krajowego, a co więcej - pozostaje w oczywistej sprzeczności z przepisami prawa wspólnotowego. Dalej podał, że: „W zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania, Zamawiający wskazał, iż w złożonym przez Wykonawcę JEDZ, pochodzącym od podmiotu udostępniającego mu Usługi Dźwigowe - T.R., nie potwierdzono spełnienia warunku udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia z postępowania, ponieważ złożony został JEDZ z podpisem elektronicznym wykorzystującym do weryfikacji skrót SHA-1, zamiast SHA-2, co zdaniem Zamawiającego spowodowało, iż podpis ten nie mógł zostać uznany za prawidłowy. Jako podstawę wykluczenia Wykonawcy powołano ogólnie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy prawo zamówień publicznych. W uzasadnieniu zaś, wskazano jednoznacznie, iż podstawą wykluczenia w oparciu o powołaną regulację jest okoliczność, iż Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie powołał jednak owego warunku w sposób precyzyjny, w

szczególności nie wskazał, gdzie ów warunek (w którym punkcie zawiadomienia lub SIWZ został nałożony), jak również nie przytoczył żadnego konkretnego przepisu prawa ani żadnej okoliczności faktycznej leżącej po stronie Zamawiającego, które nakładałyby na Wykonawcę obowiązek weryfikacji podpisu przy użyciu algorytmu SHA-2, a który mógłby uzasadniać brak możliwości uznania podpisu weryfikowanego innym algorytmem za prawidłowy. W uzasadnieniu zawiadomienia o wykluczeniu Zamawiający przytoczył natomiast obszerny fragment orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 grudnia 2019 r. KIO 2428/18, upatrujący obowiązek stosowania algorytmu SHA-2 dla weryfikacji podpisów kwalifikowanych w przepisach powszechnie obowiązujących prawa polskiego, który ma najwyraźniej uzasadniać złożenie podpisu kwalifikowanego z użyciem algorytmu SHA-1 jako nieprawidłowe i przesądzać o jego nieważności. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w innej sprawie nie jest jednak źródłem prawa, jak również nie jest wiążący dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. W tych okolicznościach uznać należy, iż cytowane orzeczenie Zamawiający przyjmuje za własne uzasadnienie wykluczenia Wykonawcy. W konsekwencji oznacza to, iż niespełnienia warunków udziału Wykonawcy w postępowaniu, Zamawiający upatruje w przepisach prawa powszechnie obowiązującego, zaś przepisami uznanymi przez Zamawiającego za naruszone przez Wykonawcę, są przepisy powołane w cytowanym wyroku. Ponadto rodzi to konieczność odniesienia się do przyjętej przez Izbę ich interpretacji, mimo iż dotyczyła innego postępowania”.

1. Uznanie podpisu kwalifikowanego złożonego przy użyciu skrótu SHA-1 za niespełniający wymogów przepisów prawa. Przytoczone przez Zamawiającego orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 grudnia 2019 r. KIO 2428/18 wskazuje, iż w opinii Składu Orzekającego w tym postępowaniu podpis kwalifikowany złożony po dniu 1 lipca 2018 r. przy użyciu skrótu SHA-1 nie spełnia wymogów określonych w art. 10a ust. 5 pzp, gdyż zgodnie z art. 137 ust. 1 ustawy z dnia 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej (dalej „uzoie”) funkcja skrótu SHA-1 mogła być stosowana do składania zaawansowanych podpisów elektronicznych lub zaawansowanych pieczęci elektronicznych tylko do 1 lipca 2018 r. W tym wyroku Izba orzekła, że od 1 lipca 2018 r. istnieje obowiązek zaprzestania stosowania SHA-1, i że obowiązek ten dotyczy nie tylko certyfikatów, ale także wszelkich składanych podpisów. Nadto obowiązek ten jest adresowany do wszystkich podmiotów zarówno komercyjnych, jak i jednostek administracji publicznej, które w ramach swoich systemów udostępniają funkcjonalność tworzenia podpisu. Skład Orzekający wsparł argumentację komunikatem Ministra Cyfryzacji z 1 marca 2018 r. w sprawie wycofania algorytmu SHA-1 w zastosowaniach związanych z zaawansowanym podpisem i pieczęcią elektroniczną, zamieszczonym na stronach Narodowego Centrum Certyfikacji.

Zdaniem Odwołującego, ani (...) powołany w cytowanym orzeczeniu art. 10a ust. 5 pzp, ani żaden inny przepis tej ustawy, nie mówi o algorytmach SHA. Co więcej, również art. 137 ust. 1 uzoie, do którego odnosi się przywołany w orzeczeniu komunikat Ministra Cyfryzacji z 1 marca 2018 r., nie zabrania posługiwania się algorytmem SHA-1 po dniu 1 lipca 2018 r., nie wprowadza rygору nieważności podpisu weryfikowanego algorytmem SHA-1, ani nie pozbawia takiego podpisu cech kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Rygору takiego nie można również wywieść z art. 10a ust. 5 pzp, ani nawet z europejskiego rozporządzenia, które było podstawą wprowadzenia polskich przepisów (Rozporządzenie 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 uchylającym dyrektywę 1999/93/WE (dalej: „eIPAS”). Komunikat Ministra Cyfryzacji mówi o konieczności dostosowania aplikacji służących do składania lub weryfikacji podpisu elektronicznego do algorytmów rodziny SHA-2, w związku z utratą przez algorytm SHA-1 rekomendacji Europejskiego Instytutu Norm Telekomunikacyjnych (zob. ETS1 TS 119 312). Ponadto, w Komunikacie zaznaczono wprost, że algorytm SHA-1 nadal będzie mógł być używany przy weryfikacji. Całkowicie niezrozumiała i nieposiadająca żadnego uzasadnienia w przepisach prawa interpretacja treści art. 137 ust. 1 uzoie oraz Komunikatu Ministra Cyfryzacji, znajduje swe podłoże w analizowaniu dość nieprecyzyjnie sformułowanych przepisów prawa krajowego, w oderwaniu od wykładni celowościowej oraz wspólnotowej, prowadząc do przyjęcia wykładni wręcz sprzecznej z ideą logicznego ustawodawcy. Przepisy krajowe nie funkcjonują w próżni, są konsekwencją obowiązku wprowadzenia regulacji przyjętych przez organy wspólnotowe dla unifikacji systemów elektronicznych wszystkich Państw Członkowskich. Podstawowym - w zakresie analizy niniejszej sprawy - jest Rozporządzenie 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, tzw. Rozporządzenie eIDAS.

Dla przepisów krajowych bezpośrednim skutkiem eIDAS było przede wszystkim uchylenie ustawy o podpisie elektronicznym z 2001 r. oraz redefinicja dotychczasowego podpisu kwalifikowanego, poprzez zdefiniowanie go jako „zaawansowany podpis elektroniczny, który jest składany za pomocą kwalifikowanego urządzenia do składania podpisu elektronicznego i który opiera się na kwalifikowanym certyfikacie podpisu elektronicznego”. Co istotne, kwalifikowany podpis elektroniczny ma taki skutek prawny, iż jest on równoważny podpisowi własnoręcznemu, a wydany w jednym z Państw Członkowskich, jest za taki uznawany również we wszystkich pozostałych Państwach, co wynika wprost z art.

25 ust, 2 i 3 rozporządzenia eIDAS. W związku z powyższym, organy administracji publicznej w Polsce od lipca 2016 r, zobowiązane są uznawać kwalifikowany podpis elektroniczny wydany przez inne kraje Członkowskie. Oprócz samego rozporządzenia eIDAS, tak dla regulacji unijnych jak i krajowych, znaczenie mają również liczne akty wykonawcze wydane na jego podstawie. Należy do nich m.in. Decyzja Wykonawcza Komisji (UE) 2015/1506 z dnia 8 września 2015 r. Decyzja 1506/2015, która została wydana w związku z art. 27.5 oraz art. 37,5 wskazuje na normy, które określają formaty referencyjne podpisów elektronicznych i dokumentów, które administracja powinna uznawać (co nie znaczy, że nie może uznawać innych). Do czasu zmiany przepisów eIDAS lub zmiany wydanych na podstawie tego aktu prawnego decyzji, należy dla rozstrzygnięć prawnych brać pod uwagę wersje norm wskazanych w tych przepisach, które obowiązywały z chwilą wejścia tych przepisów w życie. W decyzji 1506/2015 wskazana jest np. konkretna norma ETSI TS 103 171 v2.1.1, a w niej (rozdział 5.1) wskazano dwa konkretne dokumenty mówiące o algorytmach kryptograficznych: TS 102 176-1 i NCRYPT2 D SPA. Oba dokumenty wskazują na możliwość użycia SHA-1, choć go nie rekomendują. Mimo braku rekomendacji twórcy normy TS 102 176-1 w rozdziale 11 wśród identyfikatorów algorytmów, które mogą stanowić podstawę tworzenia struktury podpisu elektronicznego, podali w zestawieniu również identyfikator algorytmu SHA-1. Należy przez to rozumieć, że norma ta, stanowiąc referencyjne (choć nie zawsze rekomendowane) odniesienie do stosowanych algorytmów w podpisach elektronicznych, obejmuje również algorytm SHA-1. Trudno byłoby spodziewać się wykluczenia tego algorytmu bez prawnego wprowadzenia okresu przejściowego, gdyż algorytm ten powszechnie był stosowany, a jego „złamanie” w odniesieniu do dokumentów w obrocie gospodarczym jest tylko teoretyczne. Gdyby twórcy normy chcieli wykluczyć SHA-1 z obrotu, to w normie ETSI TS 103 171 v2.1.1 uczyniliby to w rozdziale 5,1 w taki sam sposób, w jaki uczynili to w stosunku do MD5, stanowiąc: „MD5 algorithm shall not be used as digest algorithm”. Rekomendacja algorytmu to inaczej jego „polecanie”, ze względu na znaczny stopień bezpieczeństwa. Tym samym brak rekomendacji oznacza jedynie, iż dany algorytm nie cieszy się już tak znacznym stopniem bezpieczeństwa jak inne. Najistotniejsza doniosłość prawna eIDAS polega na tym, iż jest ono stosowane bezpośrednio w krajach Członkowskich UE, a więc również w Polsce. Polski ustawodawca krajowy zdecydował się uszczegółowić europejski akt prawny w ustawie o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej z dnia 5 września 2016 r. W uzasadnieniu do tej ustawy wskazano: „Ważnym przepisem dla zapewnienia ciągłości usług zaufania w Polsce jest art. 134 (ostatecznie art 137), wskazujący na możliwość stosowania skrótu SHA-1 do składania zaawansowanych podpisów elektronicznych lub zaawansowanych pieczęci elektronicznych. Dotychczasowe przepisy wymagały wprost stosowania tego algorytmu, co spowodowało, że oprogramowanie stosowane do składania i weryfikacji podpisów, nie było dostosowywane do innych skrótów rekomendowanych w standardzie ETSI TS 119 312 dotyczącej wymagań w zakresie stosowania algorytmów kryptograficznych w infrastrukturze podpisu elektronicznego. Mając na uwadze, że norma ta wprost nie rekomenduje dalszego używania skrótu SHA-1 ze względu na możliwe naruszenia bezpieczeństwa, należało wprowadzić przepisy przejściowe umożliwiające stopniowe odejście od stosowania tego skrótu.” Należy zwrócić uwagę, iż wprawdzie ustawodawca polski dość enigmatycznie sygnalizuje przyczynę odchodzenia od stosowania skrótu SHA-1, to kwestia ta pozostaje najistotniejsza dla jakichkolwiek dalszych analiz dotyczących treści art. 137 uzoie, a zatem wymaga uszczegółowienia. Wprawdzie eIDAS nie odnosi się do ETSI 119 312, zasadnym jest wskazanie, iż zakres algorytmów możliwych do stosowania wynika pośrednio ze specyfikacji technicznych wskazanych w Decyzji 2015/1506, z których każda odnosi się w swojej treści - w zakresie rekomendowanych funkcji skrótu - do specyfikacji ETSI TS 102 176-1. Z tej specyfikacji wynika zaś, że jedną z rekomendowanych funkcji jest SHA-1 (obok SHA-224, SHA-256, SHA-384, SHA- 512 Whirpool oraz ripemd160)”. Odwołujący podkreślił, że: „Gdyby w międzyczasie okazało się, że faktycznie stosowanie SHA-1 zaczęło zagrażać elektronicznemu obrotowi gospodarczemu, to europejski ustawodawca wydałby stosowny akt prawny o wycofaniu tego algorytmu, co jednak dotychczas nie nastąpiło”. Stwierdził także, że: „Wnikliwa analiza treści uzasadnienia do polskiej ustawy wskazuje, że ustawodawca chciał przede wszystkim zmobilizować administrację publiczną, aby przygotowała się do zmiany, która może nastąpić w przyszłości, gdyby algorytm został wycofany. Przede wszystkim chodziło o to, że dotychczas wystawcy certyfikatów nie mogli stosować innych algorytmów niż SHA-1, bo systemy administracji nie radziły sobie z nowszymi algorytmami. Podobnie jak nie radziły sobie z podpisami, które zawierały skróty treści dokumentów obliczone wg innego niż SHA-1 algorytmu. Przepis ten zredagowany został w sposób nie do końca precyzyjny, ale przy uwzględnieniu celu jego wprowadzenia, jak również treści powołanych wyżej nadrzędnych regulacji unijnych, nie może budzić żadnych wątpliwości. W sytuacji wątpliwej należy uznać wyższość prawa nadrzędnego, czyli wynikającego z eIDAS. Dlatego usługa walidacji nie może nie uznać podpisu z SHA-1 za niezaawansowany, bo opiera się na jednolitym prawie europejskim oraz krajowym, które nie jest (i nie może być) sprzeczne z europejskim. Okoliczność, że polska ustawa w art. 137 uzoie narzuca administracji publicznej oraz dostawcom usług zaufania przejście na wyższy poziom bezpieczeństwa podpisu, nie oznacza, że którykolwiek obowiązujący przepis prawa pozwala kwestionować ważność podpisu z algorytmem SHA-1. Zapisy ustawowe miały na celu wymuszenie na dostawcach stosowania algorytmu SHA-2, z uwagi na okoliczność, iż w niedalekiej przyszłości na rynku będą funkcjonować wyłącznie takie - bezpieczniejsze - podpisy. O tym jednak nie zadecyduje we własnym

zakresie ustawodawca krajowy - w pierwszej kolejności zmiany te obejmą ustawodawstwo europejskie, to zaś do chwili obecnej nie nastąpiło". Zdaniem Odwoływającego, „Koniecznym jest zwrócenie również uwagi na kolejny, odrębny, choć niezwykle istotny aspekt błędnego uznania, iż treść art. 137 ust. 1 uzoie stanowi granicę czasową, po której podpis z algorytmem SHA-1 miałby zostać uznany za złożony nieprawidłowo. Uwzględniając wskazane wyżej zastosowanie wprost eIDAS we wszystkich krajach członkowskich, a tym samym dopuszczalność algorytmu SHA-1 w innych krajach przy jednoczesnej jego niedopuszczalności w Polsce, przepis taki różnicowałby sytuację prawną wykonawców z innych Państw Członkowskich, którzy na równych prawach uczestniczą w obrocie, w tym również postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez podmioty polskie. Przedmiotowe rozróżnienie ich sytuacji prawnej nakazywałoby uznanie podpisów złożonych przez wykonawców z innych Państw Członkowskich za nieprawidłowe i podlegające odrzuceniu, pomimo iż odpowiadałyby standardom narzuconym przez prawo unijne. Sytuacja taka byłaby niedopuszczalna. W momencie walidacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego nie ma możliwości ustalenia, na podstawie przepisów którego państwa powstał dany podpis. Podpis należy weryfikować zawsze na zgodność podpisu z wymaganiami artykułu 32 rozporządzenia eIDAS i przepisami wykonawczymi obowiązującymi jednolicie w całej Unii Europejskiej. Tylko w ten sposób można zapewnić interoperacyjność kwalifikowanego podpisu elektronicznego i szerzej wszystkich kwalifikowanych usług zaufania, co było celem i jest celem całego procesu legislacyjnego prowadzonego w UE w ostatnich latach. Należy również podkreślić, iż algorytm SHA-1 nie jest rekomendowany do stosowania przy tworzeniu podpisów zaawansowanych wyłącznie ze względu na możliwość (w przyszłości, w nieokreślonej perspektywie czasowej) dokonania jego „złamania” oraz manipulacji dokumentem, który podpisem został opatrzony. Mimo sygnalizowania takiego ryzyka, nadal poziom bezpieczeństwa kryptograficznego pozostaje na tyle wysoki, iż przy obecnej wiedzy technicznej gwarantuje bezpieczeństwo. Dlatego też algorytm SHA-1 nie został „zakazany” żadną decyzją ani innym aktem wykonawczym. Brak rekomendacji w żadnym zakresie nie stanowi zakazu wykorzystywania. Zaprzestanie stosowania funkcji SHA-1 przez polską administrację publiczną w żadnym zakresie nie oznacza, że nie wolno jej uznawać podpisów elektronicznych utworzonych przy zastosowaniu SHA-1, również po wejściu w życie art. 137 uzoie. Przeciwna wykładnia doprowadziłaby do paradoksalnej sytuacji, w której polskie urzędy miałyby obowiązek łamać przepisy unijne poprzez nieuznawanie statusu wszystkich kwalifikowanych podpisów wykorzystujących SHA-1, którymi opatrzone są dokumenty przekazywane z innych Państw Członkowskich. Tym bardziej, że w chwili walidacji (tj. weryfikacji) danego podpisu elektronicznego, nie ma możliwości ustalenia, na podstawie przepisów którego z Państw Członkowskich dany podpis powstał. W związku z tym, podpis należy zawsze weryfikować wg wymogów art. 32 eIDAS, oraz przepisów wykonawczych, jednolitych dla całej Unii Europejskiej. Tylko w ten sposób interoperacyjność kwalifikowanego podpisu, jako nadrzędny cel procesu legislacyjnego prowadzonego w Unii, może zostać zrealizowana.

2. Bezpodstawność uznania podpisu weryfikowanego przy pomocy algorytmu SHA-1 za nieważny.

Odrębną kwestią pozostaje całkowicie bezpodstawne odebranie przez Zamawiającego kwalifikowanemu podpisowi weryfikowanemu przy pomocy algorytmu SHA-1 waloru „ważności”. Nie można odmówić podpisowi elektronicznemu statusu kwalifikowanego podpisu elektronicznego, a już tym bardziej jego ważności wyłącznie na podstawie „oceny Zamawiającego”. Przepis art. 137 polskiej ustawy o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej nie zawiera rygору nieuznawania podpisu utworzonego z zastosowaniem funkcji SHA-1 jako podpisu zaawansowanego. Co więcej takiego rygору polska ustawa nie mogłaby zawierać, a tym bardziej nie można go domniemywać, gdyż byłoby to sprzeczne z przepisami nadrzędnymi wynikającymi z rozporządzenia UE 910/2014 (eIDAS), które takiego rygору nie przewidują dla zaawansowanych, a co za tym idzie również dla kwalifikowanych podpisów elektronicznych tworzonych w oparciu o SHA-1. Ani przepisy art. 137 uzoie, ani żaden inny przepis prawa polskiego (a tym bardziej nadrzędne normy unijne) nie przewidują sankcji nieważności podpisu w związku z użytym do jego weryfikacji algorytmem SHA-1. Wytyczna, aby przejść na weryfikację SHA-2, nie rodzi skutku w postaci nieważności podpisu, tym bardziej, że wg obecnej wiedzy technicznej nadal uznaje się ten podpis za wystarczająco bezpieczny. Co więcej, o ważności podpisu weryfikowanego algorytmem SHA-1 wprost wypowiedział się Minister Cyfryzacji, w cytowanym już Komunikacie z dnia 1 marca 2018 r., wskazując: „algorytm SHA-1 nadal będzie mógł być używany przy weryfikacji”.

Odwoływający wskazał na stanowisko Powszechnego Centrum Certyfikacji, zamieszczone na oficjalnej stronie internetowej: „Interpretacja wchodzących w życie przepisów określone w ustawie o identyfikacji elektronicznej oraz usługach zaufania w zakresie stosowania funkcji skrótu SHA-1 i SHA-2. Interpretacja wchodzących w życie przepisów określone w ustawie o identyfikacji elektronicznej oraz usługach zaufania w zakresie stosowania funkcji skrótu jest następująca:

1. Wszystkie kwalifikowane certyfikaty podpisy i pieczęci wydane do 1 lipca 2018 r. można po tej dacie stosować przy składaniu podpisów aż do daty terminu ważności wskazanej w certyfikacie. Na przykład w przypadku certyfikatu dwuletniego wydanego w czerwcu 2018 r. nie będzie jego użytkownik potrzebował nowego certyfikatu do czerwca 2020 roku.
2. Po 1 lipca 2018 r. wszystkie nowo wydawane certyfikaty będą bazować na funkcji skrótu innej niż SHA-1 (głównie SHA-

2) i będą miały zmienioną składnię (notację) zapisanych w nich niektórych atrybutów (danych). Dlatego oprogramowanie podpisujące i weryfikujące musi sobie z tym „poradzić” oraz nadal obsługiwać certyfikaty wydane wcześniej, czyli przed 2 lipca 2018 r. bazujące na funkcji skrótu SHA-1. Wszystkie kwalifikowane podpisy oraz pieczęcie elektroniczne złożone do 1 lipca 2018 roku przy zastosowaniu funkcji skrótu SHA-1 nie utracą swojej ważności po tej dacie.

3. Wszystkie stosowane w różnych systemach i usługach oprogramowania tworzące podpisy (i pieczęcie) po 1 lipca 2018 r. nie mogą używać funkcji SHA-1, czyli muszą tworzyć podpisy wyliczając skrót treści podpisywanych dokumentów za pomocą nowych funkcji, np. SHA-2, niezależnie czy zastosowany przez podpisującego certyfikat był opatrzony pieczęcią wystawcy bazującej na skrócie SHA-1, czy SHA-2. W przypadku certyfikatów kwalifikowanych należy jednoznacznie stwierdzić, że po 1 lipca 2018r. nie będzie żadnej potrzeby „aktualizacji” wydanych wcześniej i ważnych certyfikatów. Żaden wystawca nie będzie z tego powodu proponował nowego certyfikatu. Choć mogła być inna potrzeba uzyskania nowego certyfikatu, nawet przed lipcem 2018r., gdyż niektóre systemy, szczególnie zagraniczne ze względów technicznych mogą nie akceptować wydanych „po starym” certyfikatów.”

3. Informacje zamieszczone przez Zamawiającego na stronie internetowej oraz w kierowanej do Wykonawcy korespondencji*

Odnosząc powołane wyżej okoliczności do stanu faktycznego Postępowania należy wskazać, że działania Zamawiającego dotknięte były wadą jeszcze przed wykluczeniem Wykonawcy z Postępowania. Już samo zamieszczenie na stronie internetowej Zamawiającego informacji z dnia 23 listopada 2018 r., o treści: „[...] Algorytm SHA-1 zgodnie z art. 137 ustawy z dnia 5 września 2016 r. o usługach zaufania [...] z dniem 1 lipca utracił ważność. Więcej na stronie Narodowego Banku Polskiego pod adresem <https://www.nccer.pl/ komunikaty2018.htm>” stanowiło czynność niedopuszczalną/ wprowadzającą w błąd i wskazującą informacje niezgodne z prawem. Co istotne, pod wskazanym adresem NBP nie zawarto żadnej informacji o utracie ważności algorytmu, Na stronie tej opublikowało komunikat o treści: „Narodowy Bank Polski uprzejmie informuje, iż zgodnie z art. 137 ustawy z dnia 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej (Dz. U. 2026, poz. 1579) z dniem 1 lipca br. w Narodowym Centrum Certyfikacji zaprzestano wykorzystywania algorytmu SHA-1. Oznacza to, iż od dnia 2 lipca br. wszystkie certyfikaty dostawców usług zaufania oraz listy unieważnionych certyfikatów są generowane z użyciem algorytmów z rodziny SHA2 (SHA256 w przypadku urzędu NCCert2009 oraz SHA512 w przypadku urzędu NCCert2016),”

Z faktu zaprzestania wykorzystywania algorytmu przez Narodowe Centrum Certyfikacji nie płynie żadne źródło prawa, jest to jedynie informacja, W związku z tym, zawarta na stronie Zamawiającego informacja o utracie ważności algorytmu była niezgodna z aktualnym w tej dacie stanem prawnym. Zamawiający nie jest uprawniony do modyfikowania przepisów prawa powszechnie obowiązującego wg własnych, niczym niepodktrykowanych interpretacji. W konsekwencji, również zawarta w dalszej części informacji Zamawiającego z dnia 23 listopada 2018 r. wytyczna (powielona w wezwaniach kierowanych do Wykonawcy), zgodnie z którą „W przypadku dokumentu złożonego z podpisem używającym algorytmu SHA-1 nie będzie on mógł zostać uznany za prawidłowy”, jako nie znajdująca żadnego uzasadnienia prawnego, nie mogła nałożyć na Wykonawców obowiązku stosowania „wyłącznie” algorytmu SHA-2. Tym bardziej, że weryfikacja podpisu może zostać oparta o znacznie więcej algorytmów, nawet jeśli Zamawiającemu znane są wyłącznie SHA-1 i SHA-2. Jedynym, dopuszczonym przez eIDAS uzasadnieniem odrzucenia przez Zamawiającego dokumentu podpisanego ważnym kwalifikowanym podpisem elektronicznym może być powołanie się na ograniczenia techniczne, które nie pozwalają mu na dokonanie prawidłowej analizy dokumentu ze względu na zastosowany w podpisie specyficzny, nieobsługiwany powszechnie algorytm kryptograficzny. Ale w omawianym przypadku, taka okoliczność nie miała miejsca. Co więcej, gdyby sytuacja taka zaistniała, Zamawiający poinformowałby o niej Wykonawców w treści SIWZ, czyniąc tym samym wymóg stosowania algorytmu SHA-2 warunkiem sine qua non pozytywnej weryfikacji treści składanych ofert. Tymczasem, Zamawiający ani w treści SIWZ, ani w treści informacji z dnia 23 listopada 2018 r., ani nawet w treści kierowanych do Wykonawcy wezwań do składania wyjaśnień i uzupełniania dokumentów, nigdy nie powołał takiej okoliczności, W związku z tym, „wymóg” weryfikacji przy użyciu określonego algorytmu nie może stanowić warunku prawidłowej oceny złożonych w Postępowaniu dokumentów. Jak wskazuje jednolite, utrwalone orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania (art. 22 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp). Zaś z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu (art 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp). Analiza powołanych wyżej przepisów skłania do konstatacji, że z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy wykluczyć wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, sformułowanych przez zamawiającego. Zatem, ocena możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia następuje w oparciu o warunki udziału w postępowaniu, które przez zamawiającego zostały wyartykułowane. Spełniać bowiem można tylko taki warunek, który został opisany, skonkretyzowany. W przypadku zaś niesformułowania warunku udziału w postępowaniu niemożliwa jest ocena jego spełniania, a w konsekwencji stwierdzenie, że wykonawcę należy wykluczyć z

postępowania z powodu niespełnienia warunku udziału w nim". Podkreślił, że sytuacja dotycząca dopuszczalności bądź niedopuszczalności wykorzystania konkretnego algorytmu walidacji byłaby odmienna, gdyby Zamawiający uznał go za jeden z warunków udziału w Postępowaniu. W takim przypadku, (choć przy ewentualnej ocenie proporcjonalności jego ustanowienia, o czym niżej) miałby podstawę do dokonywania oceny, czy warunek został spełniony czy też nie. Tymczasem nieuzasadniony w niniejszym Postępowaniu warunek (wymóg) stosowania algorytmu SHA-2 przy weryfikacji podpisu kwalifikowanego Wykonawcy, został przez Zamawiającego wprowadzony do postępowania niejako „dodatkowo”. Nie tylko nie został wskazany w treści ogłoszenia o zamówieniu ani w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, czy też chociażby jako zmiana Specyfikacji, ale również nie pojawił się w nim jako ewentualne wyjaśnienie jej treści. Jak podkreśla w swych orzeczeniach Krajowa Izba Odwoławcza: „Problematyka wyjaśniania i zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia została uregulowana w art. 38 Pzp. Przepis art. 38 Pzp. wyraźnie rozróżnia wyjaśnienia do SIWZ od zmiany treści SIWZ. Wyjaśnianie i zmiana treści SIWZ co do zasady są czynnościami o odmiennym celu i znaczeniu. Wskazać należy; że wyjaśnienia treści SIWZ należy traktować jako uszczegółowienie, ewentualnie doprecyzowanie opisu zawartego w SIWZ. Wyjaśnienie treści SIWZ bez jego zmiany nie może stanowić podstawy wprowadzenia przez wykonawcę innego wymagania, czy przyzwolenia niż wprost zawarte w treści SIWZ (por. wyroki KIO 917/10; wyrok KIO 836/11).” Wyjaśnienia treści siwz, o których mowa w art. 38 ust. 2 ustawy, stanowią uszczegółowienie, ewentualnie doprecyzowanie opisu zawartego w siwz w zakresie przedstawionym przez wykonawców występujących z zapytaniem. Zatem, wyjaśnienie nie może stanowić podstawy wprowadzenia innego wymagania niż zawarte w treści siwz, w tym przypadku wyeliminowania możliwości stosowania urządzenia dopuszczonego pierwotnie; jako dowolne elementy, ewentualnie inne urządzenia. Izba uznała, że udzielenie wyjaśnień rozbieżnych z pierwotną treścią siwz, zawężających rodzaj urządzeń oddziaływania, jak zgodnie potwierdzono na rozprawie, wykracza poza możliwość wynikającą z treści przepisu art. 38 ust 2 ustawy ” Ostatecznie: „Wyjaśnić można treść czegoś co istnieje, dodanie nowej możliwości nie jest wyjaśnieniem, lecz zmianą SIWZ, która winna powodować zmianę jego postanowień.” Informacja Zamawiającego dotycząca wymogu uwierzytelniania podpisu kwalifikowanego przy użyciu algorytmu SHA-2 została zamieszczona na stronie internetowej jako swoiste, nieukonstytuowane w ustawie „zwrócenie szczególnej uwagi” (cyt. z pierwszego akapitu pisma z dnia 23 listopada 2018 r.), iż dokumenty weryfikowane tym algorytmem nie będą uznawane za prawidłowe. Skoro jednak taki wymóg nie znajduje podstawy w przepisach powszechnie obowiązujących, ani wśród wymogów narzuconych treścią SIWZ, to należy uznać, iż jest to wymóg nie tylko nieuzasadniony, ale również niedopuszczalny. Co więcej, gdyby nawet wymóg uwierzytelniania podpisu kwalifikowanego przy użyciu algorytmu SHA-2 został zamieszczony w ogłoszeniu o postępowaniu bądź w SIWZ (co w przypadku, gdyby taki obowiązek Zamawiający wyinterpretował przez błędną analizę art. 137 uoie, musiałoby zostać zaznaczone właśnie na etapie ogłoszenia o postępowaniu, które miało miejsce 2 miesiące po wejściu w życie rzeczonoego przepisu), a zarazem nie byłoby podyktowane możliwościami technicznymi samego Zamawiającego, to wymóg ten musiałby zostać zweryfikowany pod względem dopuszczalności jego wprowadzenia w aspekcie proporcjonalności. Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 714/17: „[...] w nawiązaniu do art. 22 ust 1a pzp: Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia; w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności (...) zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. W orzecznictwie TSUE określenie "proporcjonalny" używane jest w znaczeniu "zachowujący właściwą proporcję". W wyroku z dnia 16 września 1999 r., C-414/99 K. W. E. v. K. H., ETS wskazał, że ocena, czy podjęte środki są zgodne z TWE, wymaga tzw. testu proporcjonalności polegającego na wykazaniu, czy podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu. Opis spełniania warunków udziału w postępowaniu winien być odpowiedni do osiągnięcia celu, jakiemu służy, tj. wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia i nie ograniczającego dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania.” Tymczasem nie ulega wątpliwości, iż sposób weryfikacji podpisu przez dostawcę dźwigu nie mógłby mieć żadnego, nawet najmniejszego znaczenia dla prawidłowości zagospodarowania zieleni, co stanowiło przedmiot Postępowania. Podsumowując stwierdził, że wykluczenie Wykonawcy od udziału w Postępowaniu, nie miało żadnego uzasadnienia prawnego, ani faktycznego. Było w związku z tym czynnością nieuzasadnioną i niedopuszczalną.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 7 lutego 2019 r.) powołując się na art. 186 ust.2 ustawy Pzp oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca: KTU- Zieleń sp. z o.o. z

siedzibą w Łodzi (Przystępujący) wnosząc o oddalenie odwołania (pismo z dnia 29 stycznia 2019 r.), a wobec decyzji Zamawiającego o uwzględnieniu odwołania na posiedzeniu w dniu 8 lutego 2019 r. wniósł do protokołu na podstawie art. 186 ust.5 ustawy Pzp sprzeciw, podtrzymując argumentację co do niezasadności podnoszonych w odwołaniu zarzutów.

W powołanym piśmie z dnia 29 stycznia 2019 r. Przystępujący w szczególności podał, że: „Odwołujący nieprawidłowo uznaje podpisanie dokumentów przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego, z wykorzystaniem algorytmu SHA-2, za warunek udziału w postępowaniu określony przez Zamawiającego, który powinien znaleźć swoje odzwierciedlenie w treści ogłoszenia o zamówieniu lub SIWZ. W związku z tym Odwołujący nieprawidłowo wywodzi, że w sytuacji, gdy konieczność stosowania wskazanego wyżej algorytmu nie została sprecyzowana w treści SIWZ, to warunek ten nie został dostatecznie skonkretyzowany, a od Odwołującego nie można było wymagać jego spełnienia. Czynione przez Odwołującego założenia są oczywiście błędne. Wymóg stosowania określonego algorytmu do podpisywania dokumentów kwalifikowanym podpisem elektronicznym, czy też ujmując problem z większą precyzją - brak możliwości stosowania przestarzałego algorytmu SHA-1, nie wynika z wymagań Zamawiającego sformułowanych na potrzeby tego konkretnego przetargu, ale z treści ustawy z dnia 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej. Skoro przepis art. 137 wskazanej wyżej ustawy wskazuje wprost, że do składania podpisów elektronicznych można stosować funkcję skrótu SHA-1 do dnia 1 lipca 2018 r, ergo — po tej dacie stosowanie tego skrótu nie jest dopuszczalne. Wbrew stanowisku Odwołującego nie jest konieczne odrębne wskazanie wprost w treści ustawy zakazu stosowania funkcji skrótu SHA-1 po 1 lipca 2018 r. czy wskazanie konsekwencji w postaci uznania podpisu kwalifikowanego za nieważny, ponieważ skutki wynikają z określenia wprost daty granicznej do jakiej algorytm SHA-1 mógł być stosowany. Art. 87 ustawy o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej wprowadził zmianę do art. 10a ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych przez wskazanie, że oferty, oświadczenia, w tym jednolity dokument, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej, i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Przy czym zgodnie z art. 137 ustawy z dnia 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej - po dniu 1 lipca 2018 r. kwalifikowany podpis elektroniczny nie może być złożony przy zastosowaniu funkcji skrótu SHA-1 (wykładnia a contrario). Tym samym złożenie po dniu 1 lipca 2018 r. dokumentu JEDZ z wykorzystaniem do złożenia podpisu elektronicznego funkcji skrótu SHA-1, nie stanowi złożenia dokumentu opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Dokument JEDZ nie może wobec tego zostać uznany za ważny, co wprost wynika z art. 10a ust 5 PZP. Konieczność stosowania do składania kwalifikowanych podpisów elektronicznych, funkcji skrótów dopuszczalnych w świetle aktualnie obowiązującego prawa o randze ustawy, nie wymaga formułowania dodatkowych wymogów w treści ogłoszenia o zamówieniu czy w treści SIWZ. Obowiązek opatrzenia dokumentu podpisem kwalifikowanym wynika wprost z art. 10a ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Skoro dokument JEDZ nie został opatrzony podpisem, który w świetle ustawy z dnia 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej spełnia wymogi elektronicznego podpisu kwalifikowanego, to *de facto* uznać należy, że nie został przez wykonawcę złożony. Warunkiem udziału w postępowaniu nie jest w tym przypadku posługiwanie się właściwą funkcją skrótu, ale wykazanie, że wykonawca dysponuje wymaganym przez Zamawiającego sprzętem. Spełnienie tego warunku wymaga, w przypadku powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego, złożenia dokumentu JEDZ dotyczącego tego podmiotu. Wykonawca — z przyczyn wskazanych wyżej nie złożył dokumentu JEDZ dotyczącego podmiotu udostępniającego zasoby. Stanowisko Odwołującego, że przyczyną jego wykluczenia jest niespełnienie warunku dotyczącego walidacji podpisu kwalifikowanego przy użyciu algorytmu SHA-2 jest oczywiście błędne. Przyczyną wykluczenia Odwołującego było niezłożenie dokumentu JEDZ w odniesieniu do podmiotu, na którego zasoby powoływał się Odwołujący w postępowaniu, a tym samym niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie sprzętu wymaganego przez Zamawiającego. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający wskazał jednoznacznie (str. 2 pisma z dnia 18.01.2019 r. informującego o wykluczeniu Odwołującego), że przyczyną wykluczenia jest niewykazanie przez Wykonawcę braku podstaw do wykluczenia i spełnienia warunków udziału w postępowaniu w stosunku do podmiotu udostępniającego zasoby — firmy Usługi Dźwigowe T.R.. Nie jest również prawdą wskazane w odwołaniu twierdzenie, że Zamawiający nie wskazał konkretnego przepisu prawa, który uzasadniałby brak możliwości uznania podpisu weryfikowanego algorytmem SHA-1. Zamawiający wprost powołał bowiem brzmienie art. 137 ustawy z dnia 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej, z którego brak takiej możliwości wynika”. Dalej podał, że: „Nie można się zgodzić z Odwołującym, że wykluczenie możliwości stosowania algorytmu SHA-1 wymaga w pierwszej kolejności zmiany przepisów prawa europejskiego. Normy europejskie — obszernie przytoczone w odwołaniu zalecają wycofanie stosowania tego algorytmu. Natomiast norma krajowa stanowi wyraz implementacji tych zaleceń, uszczegóławia je i stanowi prawo powszechnie obowiązujące w Polsce. Nie jest również w żaden sposób sprzeczna z przepisami europejskimi. Biorąc pod uwagę, że przepisy rangi ustawy obowiązują zarówno wykonawców jak i Zamawiającego, Zamawiający miał nie tylko prawo, ale również ustawowy obowiązek wymagać, by złożone podpisy elektroniczne były podpisanymi kwalifikowanymi w rozumieniu ustawy, co wobec jej brzmienia wyklucza stosowanie skrótu SHA-1”. Stwierdził ponadto, że: „Odwołujący zdawał sobie sprawę z konieczności stosowania algorytmu SHA-2, skoro

skutecznie go zastosował do złożenia chociażby JEDZ dotyczącego bezpośrednio Odwołującego - OAZiS sp. z o.o. Odwołujący miał obowiązek znać przepisy ustawy i je stosować. Nie bez znaczenia pozostaje, że stosowna informacja, zwracająca uwagę wykonawców na brak możliwości stosowania skrótu SHA-I, została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego. Informację tą podkreślono również w kierowanej do Odwołującego korespondencji zarówno w piśmie zwracającym uwagę wszystkich wykonawców na brak możliwości stosowania skrótu SHA-I wobec treści ustawy o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej, jak i w wezwaniu do złożenia dokumentów z dnia 3 stycznia 2019 r. Odwołujący miał zatem pełną świadomość konieczności zastosowania skrótu innego niż SHA-I i świadomie zlekceważył swoje obowiązki w tym zakresie. Niewątpliwie to po stronie Odwołującego jako profesjonalisty — wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, jest złożenie oferty i wszystkich dokumentów z dochowaniem należytej staranności”.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu, albowiem Izba za zasadny uznała podnoszony w odwołaniu kluczowy zarzut, braku podstaw faktycznych i prawnych do wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego Postępowania na podstawie art. 24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp.

Zamawiający w zawiadomieniu z dnia 18 stycznia 2019 r. o wykluczeniu wykonawcy Ośrodek Aktywizacji Zawodowej i Szkoleń sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi postępowania w uzasadnieniu prawnym decyzji wskazał na art. 24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp, a w uzasadnieniu faktycznym stwierdził, że „Wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu”. Dalej podał, że: „Wykonawca przy wykazywaniu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania dźwigiem o udźwigu nie mniejszym niż 5t, (pkt. 5.3.3 lit. A SIWZ) opierał się na zdolnościach innego podmiotu tj. Usługi Dźwigowe T.R. (...). Jednakże do oferty nie załączono dla tego podmiotu ani wymaganego Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (pkt 8.2.1.11 SIWZ), ani zobowiązania do oddania swego zasobu na potrzeby Wykonawcy składającego ofertę. W związku z powyższym Zamawiający w dn. 3.01.2019 r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Wykonawcę do uzupełnienia ww. dokumentów”. Wskazał także w tym zawiadomieniu, że (...) Zamawiający w dn. 23.11.2018 r. (przed upływem terminu składania ofert) na swojej stronie internetowej, na której opublikowano przedmiotowe postępowanie, zamieścił informację o konieczności stosowania w przypadku dokumentów opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym funkcji skrótu dokumentu SHA-256, oraz że dokumenty opatrzone skrótem wykorzystującym algorytm SHA-1 nie zostaną uznane za prawidłowe. Ponadto informacja taka została również przytoczona w treści wezwania do uzupełnienia dokumentów”. Stwierdził także w zawiadomieniu, że: „Wykonawca w wyznaczonym terminie uzupełnił wymagane dokumenty w tym Jednolite Europejskie Dokumenty Zamówienia w formie elektronicznej (JEDZ) Zamawiający dokonał ich weryfikacji również w zakresie wykorzystywanego przy składaniu elektronicznego podpisu kwalifikowanego algorytmu skrótu dokumentu”. Dalej wskazał, że: JEDZ dotyczące zarówno Odwołującego jak i dwóch podmiotów trzecich (...) zostały złożone prawidłowo — tj. z wykorzystaniem algorytmu SHA-256 do utworzenia skrótu dokumentu. Natomiast JEDZ podmiotu Usługi Dźwigowe T.R. (...) wykorzystywał algorytm SHA-1 do utworzenia skrótu dokumentu”. W treści wskazanego zawiadomienia z dnia 18 stycznia 2019 r. Zamawiający przedstawił zrzut ekranu z programu proCentrum, którym poddał weryfikacji złożony podpis elektroniczny dla potwierdzenia zastosowania w podpisie algorytmu SHA-1. Dalej podał, że: (...) nie może więc uznać, że złożony JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby Usługi Dźwigowe T.R. jest prawidłowy, a zatem że wykazano w stosunku do tego podmiotu brak podstaw do wykluczenia i spełnienie warunków udziału w postępowaniu”. Stwierdził, że takie stanowisko znajduje oparcie w wyroku KIO 2428/18 i przytoczył obszernie fragmenty jego uzasadnienia. Reasumując podał, że (...) Wykonawca wezwany w trybie art. 26 ust. 3 do uzupełnienia dokumentów, nie uzupełnił ich w sposób prawidłowy, a dalsze konwalidowanie oferty w tym zakresie nie jest dopuszczalne prawem, gdyż naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający jest więc zobowiązany wykluczyć wykonawcę, gdyż nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu”.

Mając na uwadze powyższą argumentację Izba zgodziła się z Odwołującym, że Zamawiający w tym stanie faktycznym przesłankę z art. 24 ust.1 pkt 12 Pzp zastosował z uwagi na złożenie dokumentu JEDZ dla podmiotu trzeciego, który został opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym z użyciem skrótu SHA-1, a nie z użyciem skrótu SHA-2 dla potrzeb walidacji tego podpisu. Innymi słowy Zamawiający stwierdził nieważność złożonego na dokumencie JEDZ dla podmiotu trzeciego kwalifikowanego podpisu elektronicznego i w konsekwencji uznał, że JEDZ (przedłożony w trybie uzupełnienia dokumentów) nie został złożony, co skutkowało ustaleniem nie wykazania spełniania warunku udziału. W konsekwencji wykluczenie wykonawcy z tego postępowania było skutkiem wskazania na niespełnienie warunku w postaci walidacji podpisu kwalifikowanego przy użyciu algorytmu SHA-2, który to warunek nie został opisany w ogłoszeniu o zamówieniu a także w specyfikacji. Izba zwraca uwagę, że w specyfikacji w punkcie 8.2.1.6 Ramowa instrukcja postępowania) zawarto postanowienia odnoszące się szczegółowo do wymaganego JEDZ w wersji elektronicznej i wymaganego na tym dokumencie kwalifikowanego podpisu elektronicznego, nie zastrzegając w tych postanowieniach obowiązku użycia algorytmu SHA-2 dla walidacji tego podpisu. Komunikat z dnia 23 listopada 2018

r. zamieszczony na stronie internetowej nie nawiązywał do tych postanowień, miał charakter ogólnej informacji, a zatem Zamawiający nie mógł powoływać się w tym Postępowaniu dla pozytywnej weryfikacji podpisu na dokumencie JEDZ na algorytm SHA-2 jako warunek udziału, którego nie zastosowanie powodowało dla dokumentu sankcję nieważności, a dla wykonawców w przypadku tego Postępowania – ich wykluczenie.

Tym samym Izba za zasadny uznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, albowiem Odwołujący został wykluczony z Postępowania *de facto* skutkiem niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w postaci możliwości walidacji podpisu kwalifikowanego przy użyciu algorytmu SHA-2, gdy tymczasem powołany „warunek” nie został wskazany przez Zamawiającego w Ogłoszeniu o zamówieniu ani w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Tym samym ta okoliczność w konsekwencji nie mogła powodować przyjęcia, że wezwany wykonawca nie złożył dokumentu JEDZ dla podmiotu trzeciego - Usługi Dźwiękowe T.R., udostępniającego zasoby.

Odnosząc się do podnoszonego w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 10a ust.5 ustawy Pzp oraz art. 25 ust. 2 i 3 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE1 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 uchylającym dyrektywę 1999/93/WE (rozporządzenie eIDAS), Izba zgodziła się z Odwołującym, że Zamawiający niezasadnie uznał, że złożony przez wykonawcę w postępowaniu dokument JEDZ podmiotu użyczającego zasoby (trzeciego), podpisany został w sposób nieprawidłowy, albowiem dokument opatrzony został ważnym podpisem kwalifikowanym, zgodnie z wymogami prawa. Potwierdza to ustalenie Zamawiającego na które wskazał w decyzji z dnia 18.01.2019 r. dotyczącej wykluczenia wykonawcy z Postępowania. W treści pisma przedstawił bowiem – jak już wskazano - rzut ekranu z programu proCentrum, którym poddał weryfikacji złożony podpis elektroniczny, co prawda dla potwierdzenia zastosowania w podpisie algorytmu SHA-1, jednakże w oknie dotyczącym wyniku końcowego co do podpisu znajduje się informacja, że podpis został pozytywnie zweryfikowany. Izba zwraca także uwagę, że wskazywane rozporządzenie eIDAS w art. 32 ust.1 określa wymagania rozstrzygające o uznaniu podpisu elektronicznego za kwalifikowany podpis elektroniczny. Przepis ten nie wymaga (podobnie art. 10a ust.5 ustawy Pzp) dla ważności i uznania kwalifikowanego statusu podpisu elektronicznego, aby podpis ten musiał spełniać konkretnie wskazane standardy techniczne, ani też nie wskazuje żadnych „zabronionych” czy „dopuszczonych” algorytmów kryptograficznych (w tym spornego SHA-2), których zastosowanie (lub brak) uniemożliwia uznanie podpisu za podpis kwalifikowany, a w konsekwencji za ważny podpis.

Tym samym stwierdzenie ważności i prawidłowości złożenia kwalifikowanego podpisu elektronicznego na gruncie ustawy Pzp (w tym wskazanego art. 10a ust.5 ustawy Pzp) powinno być oceniane (uwzględniając przepisy rozporządzenia eIDAS) poprzez wynik walidacji — przeprowadzonej przez kwalifikowanego dostawcę usług zaufania w ramach świadczonej kwalifikowanej usługi walidacji — danego kwalifikowanego podpisu elektronicznego. W stanie faktycznym sprawy wynik walidacji był pozytywny.

Także odnośnie trzeciego z naruszeń art. 137 ust.1 ustawy o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej, Izba zgodziła się z Odwołującym, że przepis ten nie nakłada sankcji nieważności na podpisy złożone po dniu 1 lipca 2018 r. z uwierzytelnieniem wyłącznie przy użyciu algorytmu SHA-1. Z brzmienia tego przepisu nie można także wywieść podstaw dla nieuznawania podpisu utworzonego z zastosowaniem funkcji skrótu SHA-1. Izba zwraca uwagę, że ustawa ta w art. 18 ust.1 stanowi, że: „Podpis elektroniczny lub pieczęć elektroniczna weryfikowane za pomocą certyfikatu wywołują skutki prawne, jeżeli zostały złożone w okresie ważności tego certyfikatu”. Z kolei w jej art. 132 ust.1 ustawodawca stwierdza, że: „Zaświadczenia certyfikacyjne, poświadczenia elektroniczne i certyfikaty wydane zgodnie z przepisami ustawy z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym zachowują ważność przez okres w nich wskazany, o ile nie zostaną unieważnione”.

Nie można zatem odmówić podpisowi elektronicznemu statusu kwalifikowanego podpisu elektronicznego, a już tym bardziej jego ważności wyłącznie na podstawie oceny Zamawiającego, że podpis nie poddaje się walidacji przy zastosowaniu algorytmu SHA-2 - w sytuacji gdy taki podpis został złożony w okresie ważności certyfikatu. Wytoczna, aby przejść na weryfikację z użyciem SHA-2, nie rodzi, zdaniem Izby, skutku w postaci nieważności podpisu, tym bardziej, że wg obecnej wiedzy technicznej nadal uznaje się ten podpis za wystarczająco bezpieczny. Wydaje się, że o ważności podpisu weryfikowanego algorytmem SHA-1 wypowiedział się Minister Cyfryzacji, w Komunikacie z dnia 1 marca 2018 r., wskazując: „algorytm SHA-1 nadal będzie mógł być używany przy weryfikacji”. Izba wskazuje także na argumentację Odwołującego i wskazane w odwołaniu stanowisko Powszechnego Centrum Certyfikacji, zamieszczone na oficjalnej stronie internetowej [„Interpretacja wchodzących w życie przepisów określone w ustawie o identyfikacji elektronicznej oraz usługach zaufania w zakresie stosowania funkcji skrótu SHA-1 i SHA-2”] w myśl którego kwalifikowane certyfikaty podpisów i pieczęci wydane do 1 lipca 2018 r. można po tej dacie stosować przy składaniu podpisów aż do daty terminu ważności wskazanej w certyfikacie. Także wskazuje się, że wszystkie kwalifikowane podpisy oraz pieczęcie elektroniczne złożone do 1 lipca 2018 r. nie utracą ważności po tej dacie oraz, że po 1 lipca 2018r. nie ma potrzeby „aktualizacji” wydanych wcześniej i ważnych certyfikatów. Może również warto zwrócić uwagę, że art. 137 w ust.2 - dodanym ustawą z dnia 5.07.2018 r. (Dz.U. z 2018 r. poz. 1544) - definiuje podmioty wobec których ten przepis ma

zastosowanie. W myśl tego przepisu: „2. Dostawcy usług zaufania, producenci oprogramowania oraz podmioty publiczne obowiązani są do odpowiedniego dostosowania oprogramowania oraz systemów teleinformatycznych do zmian i terminu określonych w ust. 1.” To oznacza, że tylko wskazane podmioty zobowiązane są do przestrzegania zobowiązań z ust. 1 art. 137 ustawy o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej. Warto zauważyć, że wśród wskazanych podmiotów przedsiębiorcy, jedni z kluczowych podmiotów na rynku (z wyjątkiem dostawców usług zaufania) nie zostali w tym przepisie wymienieni.

Tym samym należy stwierdzić, że żaden z przepisów ustawy o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej jak również ustawy Pzp nie przewiduje sankcji dla przedsiębiorcy za stosowanie skrótu SHA-1, w szczególności sankcji nieważności kwalifikowanego podpisu elektronicznego, co podnosił Odwołujący.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w związku z art. 186 ust.6 pkt 3 lit. b) tej ustawy stosownie do jego wyniku uwzględniając przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

.....
.....
.....