

WYROK

z dnia 13 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lipca 2019 r. przez wykonawcę Toscelik Spiral Boru Uretim Sanayi Anonim Sirket z siedzibą w Iskenderun Hatay, Turcja

w postępowaniu prowadzonym przez Operatora Gazociągów Przemysłowych Gaz - System S.A. z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy Ferrum S.A. w Katowicach, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy Izostal S.A. w Kolonowskim, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Toscelik Spiral Boru Uretim Sanayi

Anonim Sirket z siedzibą w Iskenderun Hatay, Turcja i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr

(słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

Toscelik Spiral Boru Uretim Sanayi Anonim Sirket z siedzibą w Iskenderun Hatay, Turcja tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy Toscelik Spiral Boru Uretim Sanayi Anonim Sirket z siedzibą w Iskenderun Hatay, Turcja na rzecz Operatora Gazociągów Przemysłowych Gaz - System S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 3.600 zł 00

gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

2.3. nakazuje Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 4.947,19 zł (słownie: cztery tysiące dziewięćset czterdzieści siedem złotych dziewiętnaście groszy) na rzecz wykonawcy Toscelik Spiral Boru Uretim Sanayi Anonim Sirket z siedzibą w Iskenderun Hatay, Turcja, stanowiącej nadpłacony wpis od odwołania.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1479/19

U z a s a d n i e n i e

Operator Gazociągów Przemysłowych Gaz - System S.A. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie w celu zawarcia umowy ramowej na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2018 r. poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa rur dla zadań inwestycyjnych realizowanych przez Operatora Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 23 listopada 2018 r., nr 2018/S 226-518197.

19 lipca 2019 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę Toscelik Spiral Boru Uretim Sanayi Anonim Sirket z siedzibą w Iskenderun Hatay, Turcja, zwanego dalej „odwołującym” o odrzuceniu złożonej przez niego oferty w częściach 1, 2, 3 i 4 zamówienia.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty w części 1,2, 3, i 4.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 10 a ust. 5 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1

ustawy Pzp przez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego w związku z bezpodstawnym przyjęciem, że oświadczenie woli wykonawcy o złożeniu oferty nie można uznać za ważne, gdyż oferta nie została opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym,

2) art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp w zw. z art. 10 a ust. 5 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego w związku z bezpodstawnym przyjęciem, że oświadczenie woli wykonawcy o przedłużeniu terminu związania ofertą nie zostało opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) ponownego badania i oceny oferty odwołującego,
- 3) dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że przepisy prawa krajowego, w tym ustawy z dnia 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej (Dz.U.2016.1579 [dalej jako: uzoie]) oraz ustawy Pzp, nie normują definicji kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Zatem definicji pojęcia należy poszukiwać w regulacjach prawa wspólnotowego. Zgodnie z rozporządzeniem 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 [dalej: eIDAS lub rozporządzenie 910/2014] „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. Natomiast „kwalifikowany certyfikat podpisu elektronicznego” oznacza certyfikat podpisu elektronicznego, który jest wydawany przez kwalifikowanego dostawcę usług zaufania i spełnia wymogi określone w załączniku I.

Certyfikat jest to zaświadczenie elektroniczne (dokument elektroniczny) stanowiący zaświadczenie elektroniczne o określonym terminie ważności, które zawiera dane identyfikujące podpisującego oraz klucz publiczny, czyli dane służące do sprawdzenia autentyczności podpisu elektronicznego złożonego za pomocą klucza prywatnego, czyli danych, nad którymi wyłącznie podpisujący ma kontrolę.

Dokument elektroniczny, który powstaje jako udokumentowanie czynności prawnej, jest podpisywany podpisem elektronicznym (analogicznie do dokumentu papierowego podpisanego piórem). Podczas podpisywania dokumentu (tworzenia podpisu) wyliczany jest skrót na podstawie treści tego dokumentu [SHA] - robi to aplikacja (system) podpisująca, niemająca najczęściej powiązania z wystawcą certyfikatu i samym tworzeniem certyfikatu.

SHA (Secure Hash Algorithm) - rodzina powiązanych ze sobą kryptograficznych funkcji skrótu zaprojektowanych przez NSA (National Security Agency) i publikowanych przez National Institute of Standards and Technology.

W podpisie (w dużym uproszczeniu) są zawarte dwa skróty: jeden dotyczący treści dokumentu, drugi - treści certyfikatu (zawarty w pieczęci tego certyfikatu).

Odwolujący wywiódł, że za ten pierwszy odpowiada aplikacja podpisująca (dostawca tej aplikacji), a za ten drugi wystawca certyfikatu. W momencie walidacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego nie ma możliwości ustalenia, na podstawie którego państwa przepisów 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.

Odwolujący argumentował, że aktualnie obowiązujące przepisy prawa wspólnotowego, które winny być respektowane na gruncie prawa polskiego jako akty nadrzędne względem krajowych ustaw, zawierają szereg regulacji, które zakazują wprowadzania przez państwa członkowskie zapisów, które ustanawiają dodatkowe wymogi związane z posługiwaniem się weryfikacją kwalifikowanych podpisów elektronicznych.

Odwolujący wywiódł, że jedynym, dopuszczonym przez eIDAS uzasadnieniem odrzucenia przez administrację publiczną dokumentu podpisanego ważnym kwalifikowanym podpisem elektronicznym może być powołanie się na ograniczenia techniczne, które nie pozwoliły urzędowi (zamawiającemu) dokonania prawidłowej analizy dokumentu ze względu na zastosowany w podpisie specyficzny, nieobsługiwany powszechnie algorytm kryptograficzny. Niemniej jednak ww. okoliczność nie miała miejsca w analizowanym stanie faktycznym. Jak wynika bowiem z dokonanej przez odwołującego weryfikacji poprawności złożenia podpisu, algorytmem funkcji skrótu jest SHA-1. Powołał się na dowód nr 1 załączony do odwołania - elektroniczne poświadczenie weryfikacji podpisu Pana E. E.

Odwolujący wywiódł, że na terenie Unii Europejskiej obowiązują jednolite przepisy dotyczące usług zaufania i uznawania kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Nie jest możliwym wprowadzanie do krajowego porządku prawnego regulacji, które powodowałyby, że ten sam podpis elektroniczny byłby uznawany za nieważny w Polsce, natomiast ustawodawstwa zagraniczne traktowałyby taki podpis jako skuteczny. Zgodnie z zasadą neutralności technologicznej, eIDAS nie wyklucza zastosowania dowolnego sposobu tworzenia podpisów zaawansowanych, pod warunkiem, że utworzony podpis elektroniczny spełnia wymogi art. 32 eIDAS.

Odwolujący wskazał, iż w obrocie funkcjonuje tzw. lista zaufanych dostawców Unii Europejskiej [EUTL], która jest publiczną listą ponad 200 aktywnych i nieaktywnych dostawców usług zaufania (TSP), którzy otrzymali specjalną akredytację potwierdzającą najwyższy poziom zgodności z unijnym rozporządzeniem eIDAS dotyczącym podpisów elektronicznych. Dostawcy ci oferują oparte na certyfikatach identyfikatory cyfrowe dla osób fizycznych, pieczęcie cyfrowe dla firm oraz usługi stemplowania czasu, które można wykorzystać do tworzenia kwalifikowanych podpisów elektronicznych (QES) w oparciu o technologię podpisu cyfrowego. Według przepisów eIDAS tylko kwalifikowane podpisy są prawnie i automatycznie równoważne podpisom odręcznym. Jest to również jedyny typ podpisów automatycznie uznawanych w transakcjach transgranicznych między państwami członkowskimi UE. Choć każde państwo członkowskie UE nadzoruje dostawców w swoim kraju, ale dostawca TSP zatwierdzony w jednym kraju może sprzedawać swoje usługi w innych krajach UE przy takim samym poziomie zgodności. Na stronie internetowej wskazano, iż AlfaTrust Certification S.A. znajduje się na liście dostawców usług zaufania, którzy zapewniają kwalifikowane certyfikaty dla eSignatures, kwalifikowane certyfikaty dla eSeals oraz kwalifikowane znaczniki czasu.

Według odwołującego powyższe oznacza tyle, iż wbrew twierdzeniom zamawiającego wystawca certyfikatu tj. AlfaSign Qualifield Public CA, AlfaTrust Certification S.A. po pierwsze znajduje się na zaufanej liście, po drugie podpis opatrzony został kwalifikowanym certyfikatem. Istotnym jest, iż pomimo komunikatu (po poddaniu podpisu weryfikacji), iż „system nie był w stanie odbudować ścieżki certyfikacji”, to certyfikat o numerze 568703057906473000507923 był i jest ważny, a ponadto dokument został podpisany. Nie można zatem uznać, iż wykonawca nie złożył ważnej oferty. Ponadto Ministerstwo Komunikacji i Społeczeństwa Informatycznego nadało AlfaTrust Certification S.A. statut „świadczącej usługi zaufania” dla świadczenia kwalifikowanych usług zaufania, wydania kwalifikowanych certyfikatów, tworzenia kwalifikowanych podpisów elektronicznych, ich kontroli i walidacji. Załączył do odwołania dowód nr 2 - rozporządzenie nr 971/06.10.2017. Odwołujący podniósł także, że wystawca podpisu znajduje się na zaufanej liście i z tego powodu nie można uznać, iż podpis złożony w imieniu wykonawcy nie został opatrzony kwalifikowanym certyfikatem.

Oferta została odrzucona także z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący podkreślił, iż zamawiający pomimo swoich wątpliwości, które legły u podstaw uzasadnienia odrzucenia oferty wykonawcy, nie zwrócił się do wykonawcy z prośbą o udzielenie wyjaśnień co do skuteczności złożonego podpisu. Tego typu działanie byłoby jak najbardziej zasadne m. in. z tego względu, iż wykonawca jest podmiotem zagranicznym, i jak jednoczenie wynika z weryfikacji podpisu (dowód nr 1), wystawcą certyfikatu jest podmiot mający siedzibę w Rumunii. Zamawiający dokonując oceny kwalifikowanego podpisu elektronicznego, winien mieć na uwadze przede wszystkim regulacje właściwe dla wystawcy certyfikatu.

Podkreślił, iż zgodnie z zdaniem pierwszym art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Zawarte w ww. przepisie uprawnienie zamawiającego do wezwania wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, może jednakże przerodzić się w obowiązek zamawiającego w sytuacji, gdy oferta wykonawcy miałaby podlegać odrzuceniu. Zaniechanie przeprowadzenia przez zamawiającego procedury wyjaśnień treści oferty, w szczególności w odniesieniu do kwalifikowanego podpisu elektronicznego, doprowadziło do nieprawidłowej oceny złożonej oferty, co w konsekwencji skutkowało jej odrzuceniem.

Odwołujący wywiódł, że powyższe rozważania należy odnieść także do kwestii związanej z odrzuceniem oferty na podstawie art. 87 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp. Nie można zgodzić się z zamawiającym, iż oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą jest bezskuteczne. Zaniechanie wyjaśnienia treści oferty, jak również uznanie, iż nie została ona opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym, nie może stanowić podstawy skutecznego odrzucenia oferty, zwłaszcza gdy procedura udzielenia zamówienia nie została dochowana, a ponadto zamawiający zignorował fakt ewentualnych rozbieżności co do podpisu elektronicznego, jakie mogą występować pomiędzy poszczególnymi krajami członkowskimi UE. W ocenie odwołującego zamawiający dokonał pobieżnej i niedokładnej oceny złożonych dokumentów, w tym weryfikacji kwalifikowanych podpisów elektronicznych, oświadczenie, co skutkowało przyjęciem, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. W odpowiedzi na odwołanie i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili przystąpienie: wykonawca Ferrum S.A. w Katowicach a także wykonawca Izostal S.A. w Kolonowskim. Wnieśli o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego w sprawie po stronie odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca Noksel Celik Boru Sanayi A.S. z siedzibą w Ankarze, Turcja. Wniósł o uwzględnienie odwołania.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, SIWZ, odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ, protokół z otwarcia ofert, ofertę odwołującego, wezwania skierowane przez zamawiającego do odwołującego do przedłużenia terminu związania ofertą, dokumenty złożone przez odwołującego w odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego, zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego, załączniki do odwołania, załączniki do odpowiedzi na odwołanie, załączniki do pisma procesowego przystępującego Izostal, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestników postępowania złożone w trakcie

posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że zostały wypełnione przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego została odrzucona w częściach 1,2, 3, i 4, zaś może być wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp odrzucił ofertę odwołującego, skutkowało będzie koniecznością nakazania zamawiającemu unieważnienia takiej czynności, czego efektem może być wybranie oferty złożonej przez odwołującego w ww. częściach. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że treść SIWZ zawierała m.in. następujące postanowienia:

//.

1. Przedmiotowe Postępowanie prowadzone jest w celu zawarcia Umowy Ramowej w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 134 ust. 2 Ustawy.

VIII.

2. Komunikacja pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcami, w szczególności składanie ofert, oraz oświadczeń, w tym oświadczenia składanego na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, sporządzonego zgodnie z wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, zwanego dalej „jednolitym dokumentem”, odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w rozumieniu ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, z uwzględnieniem wymogów ustanowionych w Specyfikacji.

3. W Postępowaniu środkiem komunikacji elektronicznej, o którym mowa w ust. 2 powyżej, jest Portal Zakupowy. Zamawiający w celu usprawnienia porozumiewania się dopuszcza, aby oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje Zamawiający i Wykonawcy przekazywali przy użyciu poczty elektronicznej, pod warunkiem, że ich treść zostanie dostarczona przed upływem terminu do adresata.

9. W Postępowaniu oferty należy sporządzić i przekazać Zamawiającemu, pod rygorem nieważności, w oryginale w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym w rozumieniu ustawy z dnia 5 września 2016 r. - o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej (Dz. U. z 2016 r. poz. 1579 ze zm.), spełniającym wymogi bezpieczeństwa określone w tejże ustawie (dalej „kwalifikowany podpis elektroniczny”).

XVI.

1. Wykonawca jest związany ofertą przez okres 90 dni.
2. Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert.
3. Wykonawca samodzielnie lub na wniosek Zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że Zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do Wykonawcy o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.

XVII.

4. Oferta winna być sporządzona, pod rygorem nieważności, w oryginale w formie elektronicznej podpisanej kwalifikowanym podpisem elektronicznym z zastrzeżeniem treści Rozdziału VIII SIWZ, w języku polskim, w formie zapewniającej pełną czytelność jej treści.

13. Ofertę należy złożyć w oryginale w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

XVIII.

1. Oferty wraz z wymaganymi dokumentami należy składać za pośrednictwem Portalu Zakupowego.

Ustalono, na podstawie protokołu z otwarcia ofert, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęła drogą elektroniczną oferta złożona przez odwołującego w częściach 1-4.

Oferta odwołującego Toscelik została podpisana elektronicznie przez:
cn=E. E.
c=RO

givenName=E.

sn=E.

serialNumber=201011308EE11

Wydawca:

cn=Alfasign Qualified Public CA

ou=AlfaSign

o=AlfaTrust Certification Services

c=RO

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający 21 maja 2019 r., działając na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp wezwał odwołującego do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni.

Ustalono także, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący przesłał drogą elektroniczną oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą podpisane elektronicznie przez:

cn=E. E.

c=RO

givenName=E.

sn=E.

serialNumber=201011308EE11

Wydawca:

cn=Alfasign Qualified Public CA

ou=AlfaSign

o=AlfaTrust Certification Services

c=RO

Ustalono również, że zamawiający w dniu 19 lipca 2019 r. zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty w części 1-4 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, pkt 2 i pkt 7a ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia zamawiający wskazał m.in., co następuje:

Zgodnie z Rozdziałem VIII ust. 9 SIWZ Zamawiający wymagał, aby w postępowaniu oferty sporządzić i przekazać Zamawiającemu, pod rygorem nieważności, oryginał w postaci

elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Zgodnie z Rozdziałem XVII ust. 4 SIWZ oferta powinna być sporządzona, pod rygorem nieważności, w oryginale w formie elektronicznej podpisanej kwalifikowanym podpisem elektronicznym z zastrzeżeniem treści Rozdziału VIII SIWZ, w języku polskim, w formie zapewniającej pełną czytelność jej treści.

Powyższy wymóg został też powtórzony w Rozdziale XVII ust. 13 SIWZ, gdzie wskazano, że ofertę należy złożyć w oryginale w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Wymagania SIWZ względem formy i podpisu oferty korespondują z wymogami ustawy. Zgodnie z art. 10 a ust. 1 ustawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja między zamawiającym a wykonawcami, w szczególności składanie ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oraz oświadczeń, w tym oświadczenia składanego na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, sporządzonego zgodnie z wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji Europejskiej wydanym na podstawie art. 59 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 80 ust. 3 dyrektywy 2014/25/UE, odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Przy tym oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 25a ustawy, w tym jednolity europejski dokument zamówienia, sporządza się pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym (art. 10a ust. 5 ustawy).

Tym samym oferta w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dla swojej ważności, aby została skutecznie sporządzona i złożona, musi mieć postać elektroniczną oraz być opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Jednocześnie, zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy kc, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Art. 78¹ § 1 kc przewiduje, że dla zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Przepis art. 78¹ kc zrównuje w skutkach oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej. Zatem o charakterze prawnym elektronicznego oświadczenia woli nie przesądza fakt złożenia go w postaci elektronicznej (tj. jako zapisu cyfrowego danych, np. skanu dokumentu oryginalnie sporządzonego w formie pisemnej), koniecznym jest jeszcze opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Zasadą ogólną odnoszącą się do form oświadczeń woli wyrażoną w art. 73 § 1 kc jest nadanie rygoru nieważności czynnościom dokonywanym bez wymaganej formy, dla których przepisy zastrzegają dla czynności prawnej formę pisemną, dokumentową albo elektroniczną tylko wówczas, gdy owe przepisy przewidują taki rygor. Z sytuacją taką mamy do czynienia właśnie na gruncie art. 10a ust. 5 ustawy, który zastrzega rygor nieważności dla sporządzenia m. in. ofert w formie innej niż wskazana w tym przepisie, tj. w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Wymogi dotyczące kwalifikowanego podpisu elektronicznego reguluje uzoie. Ponadto w polskim porządku prawnym obowiązuje tzw. Rozporządzenie eIDAS (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), które kwalifikowany podpis elektroniczny definiuje, jako zaawansowany podpis elektroniczny, który jest składany za pomocą kwalifikowanego urządzenia do składania podpisu elektronicznego i który opiera się na kwalifikowanym certyfikacie podpisu elektronicznego (art. 3 pkt 12 Rozporządzenia eIDAS). Rozporządzenie eIDAS również zawiera regulacje dotyczące wymogów prawnych i technicznych względem kwalifikowanych podpisów elektronicznych.

Zamawiający dokonuje weryfikacji kwalifikowanych podpisów elektronicznych za pomocą narzędzi oferowanych przez tzw. kwalifikowanych dostawców usług zaufania, którym kwalifikowane certyfikaty dla tych narzędzi tworzy i wydaje zgodnie z uzoie Narodowe Centrum Certyfikacji. Wydawane certyfikaty, jak i narzędzia do weryfikacji podpisów muszą spełniać wymogi prawne i techniczne narzucane zarówno przez uzoie, jak i przez rozporządzenie eIDAS.

Oferta złożona za pośrednictwem Portalu Zakupowego przez Wykonawcę, tj. Toscelik Spiral Boru Uretim Sanayi A.S. została podpisana przez Pana E. E. Wystawcą podpisu jest

„Alfasign Qualified Public CA”. Zamawiający pragnie zaznaczyć, iż ww. wystawca podpisu nie znajduje się na zaufanej liście, która zawiera informacje dotyczące kwalifikowanych dostawców usług zaufania objętych nadzorem w Polsce, wraz z informacjami dotyczącymi świadczonych przez nich kwalifikowanych usług zaufania.

Niezależnie od powyższego Zamawiający podnosi, iż w wyniku procesu walidacji podpisu

Pana E. E. należy uznać, iż podpis złożony w imieniu Wykonawcy, tj. Toscelik Spiral Boru

Uretim Sanayi A.S. nie został opatrzony kwalifikowanym certyfikatem.

Powyższe powoduje, że oświadczenie woli Wykonawcy, tj. Toscelik Spiral Boru Uretim Sanayi A.S. o złożeniu oferty nie można uznać za ważne gdyż, jakkolwiek zostało sporządzone w postaci elektronicznej, to nie zostało opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, zgodnie z normą z art. 10a ust. 5 ustawy.

Powyższe skutkuje nieważnością oświadczenia woli Wykonawcy, tj. Toscelik Spiral Boru Uretim Sanayi A.S. w zakresie złożenia oferty w postępowaniu oraz koniecznością uznania, że oferta w ogóle nie została złożona z uwagi na nieprawidłową formę tej czynności.

Ustawa nie przewiduje możliwości uzupełnienia wadliwej co do treści lub formy oferty, jak ma to miejsce w przypadku dokumentów, oświadczeń i pełnomocnictw zgodnie z art. 26 ust. 3 i ust. 3a ustawy.

Zamawiający uznaje zatem ofertę Wykonawcy, tj. Toscelik Spiral Boru Uretim Sanayi A.S. za niezłożoną z powodu sporządzenia i przekazania oferty w formie elektronicznej bez kwalifikowanego podpisu elektronicznego.

Mając na uwadze powyższe oraz kierując się dyspozycją zawartą w art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 2) Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy, tj. Toscelik Spiral Boru Uretim Sanayi A.S.

Zgodnie z Rozdziale XVI ust. 3 SIWZ, Wykonawca samodzielnie lub na wniosek

Zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że Zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do Wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni (zgodnie z dyspozycją art. 85 ust. 2 ustawy).

Mając na uwadze powyższe oraz zważając na fakt, iż termin związania ofertą upływał w dniu 25 maja 2019 r., Zamawiający pismem z dnia 21 maja 2019 r. zwrócił się do Wykonawcy, tj. Toscelik Spiral Boru Uretim Sanayi A.S. z prośbą o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 60 dni.

W odpowiedzi na powyższe, ww. Wykonawca w piśmie z dnia 22 maja 2019 r. oświadczył, iż wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni. Rzeczone pismo zostało podpisane przez Pana E. E.

W tym miejscu Zamawiający pragnie zwrócić uwagę, iż wyżej opisany dokument został opatrzony podpisem, którego wystawcą jest „Alfasign Qualified Public CA”. Zamawiający pragnie zaznaczyć, iż ww. wystawca podpisu nie znajduje się na zaufanej liście, która zawiera informacje dotyczące kwalifikowanych dostawców usług zaufania objętych nadzorem w Polsce, wraz z informacjami dotyczącymi świadczonych przez nich kwalifikowanych usług zaufania.

Niezależnie od powyższego Zamawiający podnosi, iż w wyniku procesu walidacji podpisu Pana E. E. należy uznać, iż podpis złożony w imieniu Wykonawcy, tj. Toscelik Spiral Boru Uretim Sanayi A.; nie został opatrzony kwalifikowanym certyfikatem.

Powyższe powoduje, że oświadczenia woli Wykonawcy o przedłużeniu terminu związania ofertą nie można uznać za ważne, gdyż, jakkolwiek zostało sporządzone w postaci elektronicznej, to nie zostało opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, zgodnie z normą z art. 10a ust. 5 ustawy.

Mając na uwadze powyższe oraz kierując się dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 7a Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy, tj. Toscelik Spiral Boru Uretim Sanayi A.S.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 10 a ust. 5 ustawy Pzp, oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 25a, w tym jednolity dokument, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się

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.

Art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, iż Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą.

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.L Nr 257, str. 73) stanowi, iż „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.

Art. 3 pkt 15 ww. rozporządzenia stanowi, iż „kwalifikowany certyfikat podpisu elektronicznego” oznacza certyfikat podpisu elektronicznego, który jest wydawany przez kwalifikowanego dostawcę usług zaufania i spełnia wymogi określone w załączniku I.

Art. 3 pkt 20 ww. rozporządzenia stanowi, że „kwalifikowany dostawca usług zaufania” oznacza dostawcę usług zaufania, który świadczy przynajmniej jedną kwalifikowaną usługę zaufania i któremu status kwalifikowany nadał organ nadzoru.

Art. 28 ust. 1 ww. rozporządzenia stanowi, że Kwalifikowane certyfikaty podpisów elektronicznych muszą spełniać wymogi określone w załączniku I.

Art. 32 ust. 1 ww. rozporządzenia stanowi, że:

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 zostały spełnione w momencie składania podpisu.

Art. 33 ust. 1 ww. rozporządzenia stanowi, że:

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) umożliwiał 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.

Załącznik nr I do ww. rozporządzenia stanowi, że:

Kwalifikowane certyfikaty podpisów elektronicznych zawierają następujące informacje:

a) wskazanie - co najmniej w postaci pozwalającej na automatyczne przetwarzanie - że dany

certyfikat został wydany jako kwalifikowany certyfikat podpisu elektronicznego;

b) zestaw danych jednoznacznie reprezentujących kwalifikowanego dostawcę usług zaufania

wydającego kwalifikowane certyfikaty, obejmujący co najmniej państwo członkowskie, w którym dostawca ma siedzibę, oraz

- w odniesieniu do osoby prawnej: nazwę i, w stosownym przypadku, numer rejestrowy zgodnie z oficjalnym rejestrem,

- w odniesieniu do osoby fizycznej: imię i nazwisko tej osoby;

c) co najmniej imię i nazwisko podpisującego lub jego pseudonim; jeżeli używany jest

pseudonim, fakt ten jest jasno wskazany;

d) dane służące do walidacji podpisu elektronicznego, które odpowiadają danym służącym

do składania podpisu elektronicznego;

e) dane dotyczące początku i końca okresu ważności certyfikatu;

f) kod identyfikacyjny certyfikatu, który musi być niepowtarzalny dla kwalifikowanego

dostawcy usług zaufania;

g) zaawansowany podpis elektroniczny lub zaawansowaną pieczęć elektroniczną wydającego kwalifikowanego dostawcy usług zaufania;

h) miejsce, w którym nieodpłatnie dostępny jest certyfikat towarzyszący zaawansowanemu

podpisowi elektronicznemu lub zaawansowanej pieczęci elektronicznej, o których mowa w lit. g);

i) miejsce usług, z którego można skorzystać w celu złożenia zapytania o status ważności kwalifikowanego certyfikatu;

j) w przypadku gdy dane służące do składania podpisu elektronicznego powiązane z danymi

służącymi do walidacji podpisu elektronicznego znajdują się w kwalifikowanym urządzeniu do składania podpisu elektronicznego, odpowiednie wskazanie tego faktu co najmniej w postaci pozwalającej na automatyczne przetwarzanie.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 10 a ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Nie ulegało wątpliwości, że zamawiający w szeregu postanowień SIWZ zastrzegł, że wykonawcy mają obowiązek sporządzić oferty, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Obowiązek taki zastrzeżono m.in. w rozdziale VIII ust. 9, XVII ust. 4, XVII ust. 13 SIWZ. Powyższe postanowienia SIWZ stanowiły odzwierciedlenie wyraźnego wymogu ustawowego wynikającego z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp.

Nie było sporne między stronami, że odwołujący przesłał zamawiającemu ofertę w postaci elektronicznej. Nie było również sporne, że ofertę odwołującego opatrzone podpisem elektronicznym. Podpis ten należał do osoby: E. E., został złożony 22.02.2019 r. g. 14.01:06. i opierał się o certyfikat rumuńskiego dostawcy AlfaTrust Certification Services o nazwie Alfasign Oualified Public CA o numerze 568703057906473000507923.

Sporne między stronami było to, czy certyfikat, na jakim opierał się ww. podpis był certyfikatem kwalifikowanym. Tylko bowiem takie ustalenie mogło prowadzić do wniosku, że ofertę opatrzone „kwalifikowanym podpisem elektronicznym”. W świetle przywołanej wyżej legalnej definicji z art. 3 pkt 12 rozporządzenia eIDAS kwalifikowany podpis elektroniczny musi opierać się na kwalifikowanym certyfikacie podpisu elektronicznego.

Jak wynika z przywołanego art. 32 rozporządzenia eIDAS ważność kwalifikowanego podpisu elektronicznego potwierdza proces walidacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego pod warunkiem m.in. że:

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

Co istotne, procesu walidacji nie może dokonywać dowolny podmiot. W myśl art. 33 rozporządzenia eIDAS 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.

Ustalono, że zamawiający dokonał procesu walidacji spornego podmiotu elektronicznego korzystając m.in. z narzędzia oferowanego przez Asseco Data Systems S.A. Co istotne, jak wynika z oficjalnej unijnej listy podmiotów zaufanych, jako kwalifikowany dostawca usług zaufania uprawniony do świadczenia usług walidacji kwalifikowanych podpisów wymieniony wymieniono m.in. podmiot Asseco Data Systems S.A. (Asseco Data Systems S.A. okazał się zatem podmiotem, o którym mowa w art. 33 rozporządzenia eIDAS.

Zamawiający przedstawił w trakcie rozprawy w charakterze dowodu wydruk raportu z walidacji spornego podpisu. Z raportu tego wynikało, że wynik walidacji podpisu pana E. E., opartego o certyfikat o numerze 568703057906473000507923 określony jest jako „nieokreślony”. W dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego znajdował się także kolejny raport pochodzący od ww. podmiotu, tym razem w wersji elektronicznej. Z raportu tego wynikało, że badany certyfikat jest określony jako „niekwalifikowany”.

Powyższe prowadziło do wniosku, że przeprowadzony proces walidacji nie potwierdził iż podpis opierał się na kwalifikowanym certyfikacie. Z raportów nie wynikało bowiem, aby certyfikat, który towarzyszył podpisowi, był w momencie składania podpisu kwalifikowanym certyfikatem podpisu elektronicznego zgodnym z załącznikiem I do rozporządzenia eIDAS. Przypomnienia również wymaga, że zgodnie bowiem z załącznikiem nr I do rozporządzenia eIDAS certyfikat kwalifikowany to taki z którego wynika wskazanie - co najmniej w postaci pozwalającej na automatyczne przetwarzanie - że dany certyfikat został wydany jako kwalifikowany certyfikat podpisu elektronicznego.

Dodatkowo zamawiający przedstawił Izbie w charakterze dowodu raporty z walidacji podpisu przeprowadzonego przy użyciu narzędzi pochodzących od innych dostawców, takich jak szafir 2.0, cencert czy proCertum SmartSign. Z raportu Szafir 2.0. wynikało, że sporny certyfikat jest niekwalifikowany, a podpis został niekompletnie zweryfikowany. Z raportu cencert wynikało, że podpis jest niekwalifikowany i że brak jest możliwości zbudowania ścieżki certyfikacji. Z raportu proCertum SmartSign zaś można było wyczytać, że „certyfikat nie może być użyty jako certyfikat kwalifikowany”, a certyfikat jest „negatywnie zweryfikowany”.

Również dowody, które przedstawił Izbie odwołujący nie pozwoliły na ustalenie, że walidowany podpis oparty jest na kwalifikowanym certyfikacie.

Odwołujący przedstawił Izbie (przy odwołaniu) zaświadczenia rumuńskiego Ministerstwa Komunikacji i Społeczeństwa informatycznego nr 971, 975, 977 z 6 października 2017 r. Z dokumentów tych wynikało, że SC Alfatrust Certification SA nadano statut „świadczącej usługi zaufania dla świadczenia kwalifikowanych usług zaufania, tworzenia kwalifikowanych podpisów elektronicznych, ich kontroli i walidacji.”. Dodatkowo odwołujący w trakcie rozprawy złożył dowód nr 3 - wydruk ze strony internetowej Alfatrust,

na której znajdowało się oświadczenie, że „Alfatrust Certification jest dostawcą niezawodnych usług elektronicznych, akredytowanych zgodnie z wymogami nowego rozporządzenia eIDAS (910/2014). Wreszcie przystępujący został w piśmie procesowym przedstawił dowód z wydruku ze strony internetowej webgate.ec.europa.eu czyli oficjalnej strony zawierającej informacje o unijnych dostawcach usług zaufania, z której wynikało, że w Rumunii taki status nadano m.in. Alfatrust Certification S.A. w odniesieniu do usługi tworzenia kwalifikowanych certyfikatów podpisów elektronicznych.

Zdaniem Izby, powyższe dowody pozwalały jedynie na ustalenie, że firma Alfatrust Certification S.A. rzeczywiście jest kwalifikowanym dostawcą usług zaufania uprawnionym do świadczenia usługi w zakresie kwalifikowanych podpisów elektronicznych. Z powyższego nie można było jednak wyprowadzać automatycznego wniosku, że walidowany podpis został oparty o kwalifikowany certyfikat wydany przez tego dostawcę.

Podkreślenia wymaga fakt, że kwalifikowani dostawcy usług zaufania mogą także oferować usługi nie będące kwalifikowanymi usługami zaufania. Powyższe wynika choćby z samej definicji „kwalifikowanego dostawcy usług zaufania”. Zgodnie z legalną definicją pojęcie to oznacza dostawcę usług zaufania, który świadczy przynajmniej jedną kwalifikowaną usługę zaufania i któremu status kwalifikowany nadał organ nadzoru. Ponadto analiza informacji wynikających ze strony internetowej prowadziła do wniosku, że podmioty umieszczone na tej liście świadczą również usługi niezaufane. Dotyczyło to również Alfatrust Certification S.A.

Nie potwierdzał, iż sporny podpis został oparty na kwalifikowanym certyfikacie dowód w postaci elektronicznego poświadczenia weryfikacji (EPW), załączony do odwołania. Po pierwsze, jak wynikało z samego poświadczenia, pochodziło ono od Madkom S.A. - dostawcy usług zaufania w rozumieniu art. 3 pkt 19 eIDAS, a więc od dostawcy niezaufanego. Po drugie, z dowodu tego nie można wywnioskować czy weryfikacji poddano podpis umieszczony w pliku z ofertą odwołującego. Na uwagę zasługiwał bowiem fakt, że - jak wynikało z poświadczenia - poddano badaniu plik o nazwie: 00.załącznik_nr_2_do_siwz_-_formularz_oferta_06.02.2019_662271.pdf. Tymczasem nazwa pliku z ofertą odwołującego brzmiała: 00._formularz_oferta.pdf oraz

00._formularz_oferta_689540.pdf. Po trzecie, na str. 2 omawianego dowodu znajdowały się uwagi dotyczące statusu certyfikatu. W uwagach tych znalazło się stwierdzenie: „system nie był w stanie odbudować ścieżki certyfikacji”, „nie udało się sprawdzić statusu OSCP (wystąpiły problemy z serwerem OSCP) certyfikatu, „the certificate path is not trusted”.

Nie dowodziło, iż podpis został oparty na kwalifikowanym certyfikacie także dowód nr 2 złożony przez odwołującego w trakcie rozprawy. Odwołujący jako dowód przedstawił zrzut z dwóch ekranów z jakoś programu komputerowego, prawdopodobnie firmy Adobe. Na uwagę zasługiwał fakt, że dowód ten odnosił się do jakiegoś bliżej niezidentyfikowanego podpisu elektronicznego złożonego 30.07.2018 r. o g. 13.08.22. Podkreślenia wymagało, że podpis ten z pewnością nie złożono w pliku z ofertą, gdyż podpis pod ofertą złożono 22.02.2019 r. g. 14.01:06. Po drugie, dowód ten w zasadzie stanowił dwa zrzuty z ekranu, prawdopodobnie z programu Adobe, nie wykazano zaś aby Adobe była kwalifikowanym dostawcą usług weryfikacji kwalifikowanych podpisów elektronicznych w Unii Europejskiej.

Nie dowodził, iż sporny podpis został oparty na kwalifikowanym certyfikacie także dowód nr 1, złożony przed odwołującym w trakcie rozprawy. Po pierwsze, dowód ten stanowił zrzut ekranu z niesprecyzowanej aplikacji. Nie można było zatem ustalić, czy jest to narzędzie zapewniane przez kwalifikowanego dostawcę usług zaufania uprawnionego do świadczenia usługi walidacji kwalifikowanych podpisów elektronicznych. Po drugie zaś, również i z tego zrzutu wynikało, że „podpis został niekompletnie zweryfikowany”, gdyż brakowało certyfikatu CA w lokalnym magazynie.

Za chybiony należało uznać zarzut rozwinięty w pkt XI uzasadnienia odwołania. W uzasadnieniu zarzutu odwołujący podniósł, że zamawiający zaniechał wezwania go do złożenia wyjaśnień dotyczących prawidłowości podpisu elektronicznego złożonego przez odwołującego.

Zdaniem Izby zamawiający w analizowanej sprawie nie miał obowiązku wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Zamawiający posługując się narzędziem do walidacji podpisu elektronicznego pochodzącego od kwalifikowanego podmiotu uprawnionego do dokonywania walidacji takich podpisów być w stanie zweryfikować czy złożony podpis jest oparty na kwalifikowanym certyfikacie czy też nie.

Bezzasadna okazała się także argumentacja, jakoby zamawiający zaniechał wzięcia pod uwagę regulacji właściwych dla kraju wystawcy certyfikatu to jest Rumunii. Podkreślenia wymagało, że miejscem złożenia oferty była Polska, i jak wynikało z SIWZ, do czynności

złożenia oferty miało zastosowanie prawo polskie. Z powyższym odwołujący się zgodził nie wnosząc w ustawowym terminie zastrzeżeń do treści SIWZ. W pkt 11.1 SIWZ wyraźnie zastrzeżono, że postępowanie prowadzone jest w celu zawarcia umowy ramowej w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 134 ust. 2 ustawy Pzp. Na marginesie należało przypomnieć, że częścią porządku prawnego obowiązującego w Polsce jako kraju członkowskiego Unii Europejskiej jest rozporządzenie eIDAS, a więc tożsamy akt prawny, który jest częścią porządku prawnego Rumunii, również będącej członkiem Unii Europejskiej.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2-3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. A contrario, stwierdzenie braku naruszenia lub naruszenia niekwalifikowanego, musi skutkować oddaleniem odwołania. W rozpoznawanej sprawie nie stwierdzono żadnego naruszenia przepisów ustawy, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

Odwołanie podlegało oddaleniu. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł oraz koszty poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 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).

Przewodniczący: