sygn. akt: **KIO 2039/21**

WYROK
z dnia 25 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 sierpnia 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **M. B., ul. Wichrowa 36, 25-351 Kielce, S. K., ul. Wikaryjska 40, 25-255 Kielce, B. M., ul. Wikaryjska 90; 25-255 Kielce - prowadzący wspólnie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą: KBM SIECI S.C., ul. Wikaryjska 40; 25-255 Kielce**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Nowiny, ul. Białe Zagłębie 25; 26-052 Nowiny**,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla zadania 1 i 2, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, wezwanie odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 266 ustawy Pzp do uzupełnienia pełnomocnictwa, ponowne badanie i ocenę ofert dla zadania nr 1 i 2.**
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Gminę Nowiny, ul. Białe Zagłębie 25; 26-052 Nowiny** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **M. B., ul. Wichrowa 36, 25-351 Kielce, S. K., ul. Wikaryjska 40, 25-255 Kielce, B. M., ul. Wikaryjska 90; 25-255 Kielce - prowadzący wspólnie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą: KBM SIECI S.C., ul. Wikaryjska 40; 25-255 Kielce,** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od zamawiającego **Gminy Nowiny, ul. Białe Zagłębie 25; 26-052 Nowiny** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **M. B., ul. Wichrowa 36, 25-351 Kielce, S. K., ul. Wikaryjska 40, 25-255 Kielce, B. M., ul. Wikaryjska 90; 25-255 Kielce - prowadzący wspólnie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą: KBM SIECI S.C., ul. Wikaryjska 40; 25-255 Kielce** kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie**.**

Przewodniczący:……

sygn. akt: **KIO 2039/21**

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Nowiny, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Budowa sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej w m. Zgórsko, Szewce gm. Nowiny, woj. świętokrzyskie”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP z dnia 24 maja 2021 r., pod nr 2021/BZP 00062758/01.

Dnia 1 lipca 2021 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 6 lipca 2021 roku wykonawca KBM SIECI S.C. (dalej *„Odwołujący”*) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, polegających na:

1) zaniechaniu wezwania odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 226 pkt 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia lub poprawienia pełnomocnictwa, którego cyfrowe odwzorowanie odwołujący załączył do oferty,
2) odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 pkt 3 pomimo, że została prawidłowo podpisana przez osobę umocowaną na podstawie pełnomocnictwa z dnia 25 maja 2021 r., którego cyfrowe odwzorowanie załączono do oferty zaś wada pełnomocnictwa w zakresie podpisu jednego z mocodawców mogła zostać konwalidowana w wyniku obligatoryjnego wezwania zamawiającego na podstawie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 226 pkt 3 ustawy Pzp (przedwczesne odrzucenie oferty),
3) ocenie ofert z pominięciem oferty odwołującego oraz wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu dla Zadania nr 1 i Zadania nr 2.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. naruszenie art. 128 ust. 1 w zw. z 266 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia lub poprawienia pełnomocnictwa, którego cyfrowe odwzorowanie załączono do oferty, co skutkowało przedwczesnym odrzuceniem oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp,
2. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez jego zastosowanie, polegające na odrzuceniu oferty odwołującego pomimo, że została prawidłowo podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym - przez osobę umocowaną na podstawie pełnomocnictwa z dnia 25 maja 2021 r., którego cyfrowe odwzorowanie załączono do oferty.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania,
2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu dla Zadania nr 1 i Zadania nr 2,
3) nakazanie zamawiającemu wezwania odwołującego do uzupełnienia pełnomocnictwa na podstawie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 266 ustawy Pzp,
4) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Interes odwołującego. Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym stanie faktycznym zamawiający, poprzez przedwczesne odrzucenie oferty Odwołującego, pozbawił go możliwości uzyskania zamówienia. Gdyby zamawiający nie zaniechał czynności wezwania odwołującego do uzupełnienia lub poprawienia pełnomocnictwa na podstawie art. 128 ust.

1 w zw. z art. 226 ustawy Pzp, a odwołujący w odpowiedzi złożyłby prawidłowe pełnomocnictwo, oferta odwołującego uzyskałaby najwyższą liczbę punktów spośród wszystkich ofert i tym samym powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza w ramach Zadania nr 1 i Zadania nr 2. Konsekwencją powyższego jest pozbawienie odwołującego potencjalnego zysku związanego z realizacją przedmiotowego zamówienia publicznego, co stanowi szkodę.

Uzasadniając merytorycznie wniesione odwołanie w zakresie postawionych zarzutów odwołujący wskazał, iż dokonana na etapie sporządzania odwołania weryfikacja podpisu dokumentów składających się na treść oferty wykazała, iż podpisy złożone przez dwóch wspólników spółki cywilnej, tj. Pana S. K. (poświadczającego zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem pełnomocnictwa z dnia 25 maja 2021 r. w formie papierowej) oraz Pana B. M. (podpisującego ofertę na podstawie pełnomocnictwa z dnia 25 maja 2021 r.), zostały złożone w sposób prawidłowy (kwalifikowanym podpisem elektronicznym). Niemożliwa jest jedynie weryfikacja podpisu złożonego przez Pana M. Z. B. (poświadczającego zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem pełnomocnictwa z dnia 25 maja 2021 r. w formie papierowej).

Na obecnym etapie postępowania, poprzedzającym wezwanie odwołującego w trybie przepisu art. 128 ust. 1 w zw. z art. 266 ustawy Pzp, możliwe jest jedynie twierdzenie,
iż to właśnie dokument pełnomocnictwa w formie papierowej nie został poświadczony zgodnie z §7 ust. 2 i 3 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu
o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie, dalej: „rozporządzenie" (tylko przez jednego z dwóch mocodawców). Twierdzenie, iż złożona oferta została podpisana w sposób niezgodny z przepisami ustawy jest w związku z powyższym przedwczesne, a prawidłowość złożenia oferty winna podlegać weryfikacji po uzupełnieniu dokumentów przedstawionych przez odwołującego na wezwanie skierowane do niego przez zamawiającego w trybie przywołanego już powyżej przepisu art. 128 ust. 1 w zw. z art. 266 ustawy Pzp. Zasady sporządzania i przekazywania informacji i dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zostały uregulowane w treści rozporządzenia. Zgodnie z treścią §7 ust. 3 rozporządzenia: „*Poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej, o którym mowa w ust 2, dokonuje w przypadku pełnomocnictwa mocodawca*". W przypadku wspólników spółki cywilnej, dla prawidłowości poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania pełnomocnictwa udzielonego osobie trzeciej lub jednemu ze wspólników spółki cywilnej - sporządzonego pierwotnie w postaci papierowej -
w procedurze krajowej - konieczne jest zatem:

- w sytuacji udzielenia pełnomocnictwa osobie trzeciej opatrzenie cyfrowego odwzorowania pełnomocnictwa kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub osobistym - przez wszystkich wspólników spółki cywilnej,
- w sytuacji udzielenia pełnomocnictwa jednemu ze wspólników - opatrzenie cyfrowego odwzorowania pełnomocnictwa kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub osobistym - przez pozostałych wspólników spółki cywilnej.

W przedmiotowym stanie faktycznym zatem, dla prawidłowego poświadczenia pełnomocnictwa udzielonego Panu B. M., konieczne było opatrzenie jego cyfrowego odwzorowania podpisem kwalifikowanym, zaufanym lub osobistym przez każdego z pozostałych wspólników, tj. Pana M. Z. B., oraz Pana S. K.

Odwołujący nie kwestionuje zatem, iż złożone przez niego wraz z ofertą pełnomocnictwo zostało poświadczone w sposób niezgodny z wymaganiami określonymi w treści rozporządzenia, jednakże stoi on na stanowisku, że dokonane przez zamawiającego w dniu 1 lipca 2021 r. odrzucenie jego oferty, było czynnością przedwczesną, gdyż nie zostało poprzedzone wystosowaniem przez zamawiającego do odwołującego obligatoryjnego wezwania do uzupełnienia pełnomocnictwa. Odwołujący zwraca uwagę na treść przepisu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z treścią którego: „Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 (PZP - przypis autora),podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu, lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek
o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania". Zamawiający nie wystosował do odwołującego wezwania do uzupełnienia pełnomocnictwa, o którym mowa w treści przepisu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Z treści jedynych pism skierowanych do odwołującego w dniach: 18 czerwca 2021 r. oraz 25 czerwca 2021 r. (m. in. z uwagi na wskazanie podstawy prawnej wezwania tj. przepisu art. 223 ust. 1 ustawy Pzp), wynika, iż stanowiły one jedynie wezwanie do wyjaśnienia treści oferty. Sposób sformułowania przepisu, poprzez użycie formy czasownika „wzywać" zamiast „może wezwać" wskazuje, iż zamawiający nie jest uprawniony do podjęcia samodzielnej decyzji w zakresie wystosowania wezwania, o którym mowa w treści przepisu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, lecz jest zobowiązany do podjęcia takiej czynności. Nie ulega także wątpliwości, że przepis art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, ma zastosowanie także do pełnomocnictw. Powyższe potwierdza przywołane poniżej stanowisko przedstawicieli doktryny. Jako przykład należy wskazać stanowisko wyrażone m. in. przez M. Stachowiak, gdzie zwróciła ona uwagę, iż: „*Uzupełnianie dokumentów dotyczy oświadczeń składanych jako tymczasowe potwierdzenie spełniania warunków, kryteriów selekcji i braku podstaw wykluczenia, o których mowa w art 125 ust. 1 p.z.p., a więc m.in. jednolitego dokumentu oraz podmiotowych środków dowodowych składanych na wezwanie zamawiającego, o którym mowa w art. 126 ust 1 p.z.p. Poza tymi dwiema grupami dokumentów do zakresu przedmiotowego uzupełnienia włączono również „inne oświadczenia i dokumenty". Zasady interpretacji nakazują rozumieć przez to pojęcie dokumenty inne niż wskazane w art 125 ust 1 i art. 126 ust. 1 p.z.p., ale takie, które zgodnie z przepisami mogą być żądane przez zamawiającego w poprawnie prowadzonym postępowaniu. Do tej grupy nie należą przedmiotowe środki dowodowe, co do których w art 107 ust 2 p.z.p. przewidziano odrębne reguły uzupełniania. Należy natomiast się opowiedzieć za zaliczeniem do tej kategorii m.in. zobowiązań podmiotu udostępniającego potencjał wykonawcy, o którym mowa w art. 118 ust. 3 p.z.p., oświadczeń składanych na podstawie art. 117 ust. 4 p.z.p. czy pełnomocnictw*".

Na uwagę zasługuje także opinia opublikowana na stronie Urzędu Zamówień Publicznych, która określa zbiór desygnatów pojęcia „inne dokumenty", do którego zakwalifikowane zostały m. in. pełnomocnictwa: „*Nowa ustawa Pzp nie reguluje literalnie obowiązków zamawiającego w sytuacji, gdy wykonawca nie złożył wymaganych pełnomocnictw albo złożył pełnomocnictwa wadliwe. Jednak art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, ustanawiający obowiązki zamawiającego w zakresie wezwania wykonawcy odpowiednio do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentów odnosi się nie tylko do oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, czy podmiotowych środków dowodowych, a również do innych*

dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Pojęcie „inne dokumenty lub oświadczenia" obejmuje wszelkie dokumenty lub oświadczenia, jakich może żądać zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie, poza wskazanymi literalnie (oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, podmiotowe środki dowodowe). W tej kategorii mieści się zatem pełnomocnictwo. Jeżeli zatem wykonawca nie złożył pełnomocnictwa lub złożył pełnomocnictwo wadliwe, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do jego złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania".

Powyższe potwierdza, że pojęcie „innych dokumentów" obejmuje swoim zakresem także dokument pełnomocnictwa – zatem zamawiający, zgodnie z treścią przepisu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp - winien był skierować do odwołującego odpowiednie wezwanie. Zamawiający nie uczynił zadość obowiązkowi nałożonemu na niego przepisami ustawy. Odrzucenie oferty na podstawie treści przepisu art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, stanowiło niewątpliwie czynność przedwczesną i pozbawiło odwołującego możliwości „naprawy" błędu
w odniesieniu do pełnomocnictwa, a w konsekwencji pozyskania zamówienia.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego
z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych
w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła,
iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne.

Wskazać bowiem należy, iż zgodnie z przepisem art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Omawiany przepis nakłada zatem na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy, który nie złożył podmiotowych środków dowodowych, dokumentów lub oświadczeń oraz gdy złożone dokumenty lub oświadczenia zawierają błędy lub są niekompletne.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający stwierdził wadę w dokumentach złożonych przez odwołującego polegającej na braku możliwości potwierdzenia poprawności podpisu elektronicznego złożonego przez jednego z członków konsorcjum na pełnomocnictwie dla lidera konsorcjum.

W zakresie ww. wady zamawiający dwukrotnie zwracał się do odwołującego, w trybie przepisu art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, o wyjaśnienie w zakresie wadliwego podpisu.

Odwołujący dwukrotnie wyjaśniał zamawiającemu powyższą kwestię, jednakże zamawiający stwierdził, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu. Zamawiający podał,
że „Zgodnie z zapisami rozdziału XIV ust. 1 SWZ „Oferta musi być sporządzona w języku polskim, w postaci elektronicznej w formacie danych: .pdf, .doc, .docx, .rtf, .xps, .odt
i opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym". Oferta Wykonawcy nie została prawidłowo podpisana, złożony podpis jest wadliwy co uniemożliwia przeprowadzenie jego prawidłowej weryfikacji. Zamawiający podczas weryfikacji elektronicznego podpisu oferty nie jest w stanie uzyskać raportu potwierdzającego prawidłowe podpisanie złożonej oferty. Weryfikację przeprowadzono wszystkimi dostępnymi programami z listy certyfikowanych dostawców usług zaufania, podanych na stronie Narodowego Centrum Certyfikacji, tj. Cencert, EuroCert, KIR, PWPW oraz Certum. Żaden z wymienionych programów nie potwierdza prawidłowości podpisu Podczas próby weryfikacji, w każdym z programów wyświetla się komunikat, że plik nie zawiera podpisu lub podpisy jest nieprawidłowy. Ponadto Zamawiający zwrócił się o pomoc w weryfikacji podpisu do dostawcy platformy zakupowej, gdzie również uzyskał informację,
iż nie jest możliwe przeprowadzenie prawidłowej weryfikacji podpisu i uzyskanie pozytywnego raportu, gdyż oferta nie została prawidłowo podpisana. Zamawiający dwukrotnie wezwał wykonawcę podstawie art. 223 ust. 1 Zamawiający wzywa do wyjaśnienia w zakresie podpisu złożonej oferty. Wykonawca w ramach Wyjaśnień zobowiązany był do przedłożenia dowodów w formie oryginału plików lub raportów, potwierdzających, że oferta została podpisana prawidłowo, tj. kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub osobistym wraz ze wskazaniem ścieżki do przeprowadzenia prawidłowej weryfikacji podpisu programem rekomendowanym przez dostawcę usługi. Wykonawca nie przedłożył żadnego dowodu w postaci raportu lub innego dokumentu potwierdzającego prawidłowe podpisanie złożonej oferty z wygenerowanego ogólnodostępnych programów do weryfikacji lub programu dostawcy usługi. Zamawiający ocenia złożony plik w całości, ponieważ tylko tak można uzyskać potwierdzenie / raport weryfikacji podpisu elektronicznego, a nie każdą ze stron dokumentu oddzielnie. W formie
w której została złożona oferta, żaden z ogólnodostępnych programów, służących do weryfikacji podpisu nie pozwala przeprowadzić prawidłowej weryfikacji, potwierdzonej uzyskaniem ważnego raportu, tylko to dało by pewność Zamawiającemu, że złożona oferta została podpisana właściwie, a sam widok znacznika podpisu na dokumencie nie świadczy
o jego prawidłowości. W związku z powyższym Zamawiający odrzucił Wykonawcę
z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp tj. oferta jest niezgodna
z przepisami ustawy".

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż dokument pełnomocnictwa złożony przez odwołującego jest w formacie .pdf.

Dokument ten stanowi elektroniczne odzwierciedlenie pełnomocnictwa udzielonego w formie pisemnej, tj. zostało zdygitalizowane i opatrzone podpisem elektronicznym, który winien być możliwy do zweryfikowania za pomocą odpowiedniego narzędzia elektronicznego. Nie budzi zatem wątpliwości, że sam fakt udzielenia pełnomocnictwa został potwierdzony. Jednocześnie nie budzi żadnych wątpliwości, że oferta została podpisana w sposób prawidłowy. Jedyną wadliwością jaka wystąpiła i związana była z udzielonym pełnomocnictwem to brak możliwości weryfikacji podpisu złożonego w formie elektronicznej przez Pana M. Z. B.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej wadliwość powyższą można było „naprawić" za pomocą przepisu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, przez wezwanie odwołującego do złożenia dokumentu pełnomocnictwa z podpisami elektronicznymi dającymi się zweryfikować. Jednakże zamawiający czynności tej zaniechał, czym naruszył ww. przepis. Izba wskazuje, że skoro z dyspozycji omawianego przepisu wynika nakaz nałożony na zamawiającego przez ustawodawcę do wezwania wykonawcy do złożenia dokumentu, który pierwotnie do tej oferty nie został załączony, to tym bardziej zamawiający zobowiązany jest do uzupełnienia dokumentu, który zawiera błąd.

Nadto, jak słusznie wskazał odwołujący w odpowiedzi na pierwsze wezwanie zamawiającego, w związku z koniecznością stosowania dokumentów elektronicznych, w tym opatrzonych podpisem kwalifikowanym, powstaje wątpliwość, jak, jakimi narzędziami i czy
w ogóle zamawiający ma obowiązek weryfikować prawidłowość podpisów elektronicznych. Należy podkreślić, że żaden przepis ustawy Pzp, aktów wykonawczych, KC czy prawa wspólnotowego nie nakłada na zamawiającego obowiązku weryfikacji podpisów elektronicznych. Potocznie utożsamia się każde sprawdzenie podpisu elektronicznego
z walidacją. Tymczasem walidacja posiada swoją legalną definicję i oznacza proces weryfikacji i potwierdzenia ważności podpisu elektronicznego lub pieczęci (art. 3 pkt 41 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 910/2014 z 23.07.2014r.
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 257 z 28.08.2014r. s.73 – dalej eIDAS). Proces walidacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego potwierdza ważność kwalifikowanego podpisu elektronicznego (art. 32 ust. 1 eIDAS), zaś system wykorzystywany do walidacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego zapewnia stronie ufającej wykrycie wszelkich problemów związanych z bezpieczeństwem (art. 32 ust. 2 eIDAS). W świetle art. 32 ust. 2 eIDAS nie ma wymogu dla oceny ważności kwalifikowanego podpisu elektronicznego uzyskania pozytywnego raportu weryfikacji.

Dlatego też dowód zgłoszony przez zamawiającego, tj. dokumenty dotyczące próby weryfikacji podpisów przez inne programy: CenCert, ProCentrum oraz Szafir i komunikatem, że żaden z tych programów nie zweryfikował tego podpisu, jest bez znaczenia dla wyniku sprawy, albowiem nawet z dowodów tych wynika, że błąd dotyczy tylko jednego podpisu, a nie całej oferty.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), uwzględniając koszty odwołującego związane z wpisem od odwołania, oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący:……