

WYROK

z dnia 1 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias

Członkowie: Anna Chudzik

Przemysław Dzierzędzi

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lutego 2022 r. przez wykonawcę Open Nexus Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych z siedzibą w Warszawie.

przy udziale wykonawców:

- 1) Portal PZP Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- 2) eB2B Service Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutów: zaniechania wezwania wykonawcy Portal

PZP Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentu JEDZ oraz zaniechania wezwania wykonawcy Portal PZP Sp. z o.o. do złożenia oświadczenia dotyczącego przynależności do grupy kapitałowej w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów

i nakazuje Zamawiającemu:

a) Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

- b) Wezwanie wykonawcy Portal PZP Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentu JEDZ w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp,
- c) Wezwanie wykonawcy Portal PZP Sp. z o.o. do złożenia oświadczenia dotyczącego przynależności do grupy kapitałowej w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów,
- d) Powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

2. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania wezwania wykonawcy eB2B Service Sp. z o.o. Sp.k. do uzupełnienia dokumentu JEDZ;

3. W pozostałym zakresie odwołanie oddala;

4. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego w części 2/3 i Portal PZP Sp. z o.o. w części 1/3 i:

4.1. 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,

4.2. Zasądza od Odwołującego na rzecz eB2B Service Sp. z o.o. Sp.k. kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty wnoszącego sprzeciw poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

4.3. Zasądza od Portalu PZP Sp. z o.o. na rzecz Odwołującego kwotę 3 800 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące osiemset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 356/22

Zamawiający - Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych z siedzibą w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Usługa dostępu do platformy zakupowej (przetargowej). Numer referencyjny: 2612.22.2021.KE.

Wartość zamówienia przekracza progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2021/S 217-571644.

W dniu 1 lutego 2022 r. Zamawiający opublikował informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty. W dniu 10 lutego 2022 r. wykonawca Open Nexus Sp. z o.o. wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na badaniu i ocenie ofert, ergo wyborze oferty najkorzystniejszej oraz zaniechaniu odrzucenia oferty/wykluczenia wykonawcy Portal PZP Sp.

z o. o. oraz zaniechaniu odrzucenia oferty/wykluczenia wykonawcy eB2B Service Sp. z o. o. Sp. k. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;

2) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez bezprawne zaniechanie odrzucenia ofert

wykonawców, z uwagi na fakt, iż ich treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

3) art. 253 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, tj. wadliwe dokonanie badania i oceny oferty firmy Portal PZP Sp. z o. o. oraz eB2B Service Sp. z o. o. Sp. k., które to oferty winny zostać odrzucone / wykonawcy wykluczeni;

4) art. 128 ust. 1 poprzez zaniechanie żądania złożenia, uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych w postaci JEDZ wykonawcy Portal PZP Sp. z o.o. oraz wykonawcy eB2B Service Sp. z o. o. Sp. k.;

5) art. 128 ust. 1 poprzez zaniechanie żądania złożenia, uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych w postaci oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej wykonawcy Portal PZP Sp. z o. o.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1) dokonanie ponownych czynności badania i oceny ofert, w wyniku których Zamawiający

dokona:

a. odrzucenia ofert wykonawców Portal PZP Sp. z o. o. oraz eB2B Service Sp. z o. o. Sp. k.,

ponieważ ich treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

b. wyboru oferty Odwołującego Open Nexus Sp. z o.o. jako jedynej ważnej oferty.

Odwołujący wskazał, że złożone przez wykonawców oświadczenia nie zawierają potwierdzenia braku podstaw wykluczenia w zakresie obligatoryjnych przesłanek określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. h), 108 ust. 1 pkt 5 i 108 ust. 1 pkt 6 Pzp, jak i również w stosunku do wykonawcy Portal PZP Sp. z o.o. zaniechanie wezwania do uzupełnienia oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Odwołujący wskazał, że przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. h), 108 ust. 1 pkt 5 i 108 ust. 1 pkt 6 Pzp wykonawcy ubiegający się o zamówienie winni złożyć stosowne oświadczenie w cz. C formularza jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, sporządzonego zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz.Urz. UE L3 z 06.01.2016 , str. 16).

Odwołujący wskazał, że mimo wezwania wykonawcę Portal PZP Sp. z o.o. przez Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia, wykonawca ten nie złożył oświadczenia o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Zamawiający nie wezwał również wykonawcę Portal PZP Sp. z o.o. do uzupełnienia tego oświadczenia.

Odwołujący wskazał, że treść złożonych ofert przez Wykonawców Portal PZP Sp. z o.o. i eB2B Service Sp. z o. o. Sp.k jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. opisem przedmiotu zamówienia w zakresie spełnienia wymaganego w pkt 2.7 Opisu przedmiotu zamówienia

(OPZ) wymogu dot. Usługi w zakresie podpisów elektronicznych. Odwołujący wskazał na zapis „Platforma zapewni m.in.:

2.7. Weryfikację podpisu elektronicznego złożonego na wszystkich dokumentach w trakcie postępowania, w tym na ofercie, JEDZ, oświadczeniach i innych dokumentach, zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych

na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (rozporządzenie eIDAS).”

W odpowiedzi na zadane do postępowania pytanie Zamawiający potwierdził, że "wymaga w ramach przedmiotu zamówienia dostępu do usługi weryfikacji podpisów elektronicznych, zgodnie z unijnym rozporządzeniem eIDAS".

Materię tę reguluje 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 (dalej: eIDAS). Odwołujący wskazał, że eIDAS nie wprowadza bezpośrednio definicji weryfikacji podpisu elektronicznego, pozostawiając jedynie definicję walidacji. Wskazał, że walidacja podpisu jest procesem, który spełnia warunki wystarczające do potwierdzenia jego ważności, natomiast weryfikacja podpisu jest procesem, który ogranicza się do technicznej prawidłowości podpisu. Odwołujący wskazał, że eIDAS reguluje kwestie walidacji podpisu, a proces ten powinien przebiegać

zgodnie z wymaganiami art. 32 (wymogi dla walidacji kwalifikowanych podpisów elektronicznych) oraz art. 33 (kwalifikowana usługa walidacji kwalifikowanych podpisów elektronicznych). Odwołujący wskazał, że kwalifikowaną usługę walidacji kwalifikowanych podpisów elektronicznych może świadczyć wyłącznie kwalifikowany dostawca usług zaufania. Kwalifikowana usługa zaufania udostępnia raport z procesu walidacji, który stanowi dowód przed sądem ważności podpisu elektronicznego. Odwołujący wskazał, że w Polsce taką usługę dostarcza wyłącznie Assoco Data Systems S.A w postaci narzędzia WebNotarius. Odwołujący wskazał, że uznanie narzędzia za zgodne z eIDAS może nastąpić jedynie w drodze audytu, przeprowadzony przez niezależną jednostkę certyfikującą, a jedynym narzędziem na polskim rynku spełniającym ten wymóg jest WebNotarius. Odwołujący wskazał, że pozostali dostawcy usług w zakresie usług weryfikacji podpisów elektronicznych opierają się na deklaracjach własnych spełnienia tego wymogu, tym samym nie świadczą usług w rozumieniu art. 33 eIDAS. Ich działanie i zgodność z rozporządzeniem eIDAS jest oparte o deklaracje bez uzyskania certyfikatu. Odwołujący wskazał, że Zamawiający oczekiwał, aby usługa weryfikacji podpisów była w całości zgodna z rozporządzeniem eIDAS.

Odwołujący wskazał, że aby jakkolwiek usługa zaufania, w tym weryfikacja mogła zostać uznana za zgodną z rozporządzeniem eIDAS musi zostać przeauditowana jako zgodna z rozporządzeniem (art. 33 eIDAS) i dostawca takiej usługi musi posiadać certyfikat zgodności z rozporządzeniem eIDAS. Wskazał ponadto, że usługa certyfikacji to konkretny koszt ponoszony przez dostawcę usługi.

Odwołujący dalej wskazał, że treść złożonych ofert przez wykonawców Portal PZP Sp. z o.o. oraz eB2B Service Sp. z o.o. Sp.k. jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. opisem przedmiotu zamówienia w zakresie spełnienia wymaganego w pkt 4.6 OPZ wymogu dot. dopuszczenia wyłącznie protokołu TLS 1.3 i nowszych. Odwołujący wskazał, że oferowane przez wykonawców platformy stosują protokół TLS 1.2. Odwołujący wskazał na definicję zawartą w OPZ w pkt 1.1.2 "Platforma Zakupowa lub Platforma lub Aplikacja" - program komputerowy rozumiany jako gotowe narzędzie działające on-line, poprzez bezpośrednie połączenie z przeglądarką internetową, umożliwiającą realizację procesu udzielania zamówień publicznych przez wybrane jednostki i komórki organizacyjne Resortu Obrony Narodowej zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm) oraz udzielania zamówień, do których ustawy Pzp nie stosuje się. (...)"

Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia nie było zaprojektowanie i wykonanie platformy zakupowej a do postępowania mogli przystąpić wykonawcy, którzy na dzień składania ofert posiadali narzędzie, tj. platformę zakupową spełniającą wszystkie wymagania określone przez zamawiającego w SWZ, w tym m.in. platformę udostępnianą w oparciu o

protokół TLS 1.3 i nowszy. Odwołujący wskazał na różnicę pomiędzy wersjami TLS 1.2 a 1.3 w zakresie wydajności oraz bezpieczeństwa, zwracając uwagę, że protokół 1.3 jest szybszy, składa się z mniejszej ilości kroków (tzw. Handshake), jak również kwestie bezpieczeństwa zostały poprawione.

Odwołujący wskazał, że zweryfikował adresy stron internetowych platform wykonawców

Portal PZP Sp. z o.o. (adres strony platformy: <https://portal.smartpzp.pl/>) oraz eB2B Service Sp. z o.o. Sp.k. (adres strony platformy: ) dwoma metodami

świadczące o tym, że wskazani wykonawcy nie posiadali protokołu TLS 1.3 na dzień 22

grudnia

2021 r. ani na dzień 13 grudnia 2021 r., tj. dzień otwarcia ofert, a stan ten nie zmienił się do dnia złożenia odwołania.

Odwołujący wskazał, że w wyjaśnieniach w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 16.12.2021 r. wykonawca eB2B Service Sp. z o.o. Sp.k. posiada gotowe rozwiązanie spełniające wymogi zamawiającego, o czym świadczą słowa: „W konsekwencji istnienia już gotowej platformy spełniającej wymagania ustawy PZP oraz Zamawiającego w postępowaniu 2612.22.2021.KE, zgodnie z rachunkiem kosztów krańcowych, jedyne koszty jakie Wykonawca musi wziąć pod uwagę można podzielić na 4 grupy: (...)” (str. 2). „Oszczędności w stosunku do innych wykonawców widzimy na gruncie braku konieczności rozwoju Platformy Zakupowej eB2B, tj. jej obecna wersja spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego.” (str. 5).

Odwołujący wskazał, że jest to narzędzie niezgodne z warunkami zamówienia, tj. oparte na protokole TLS 1.2. oraz że wykonawca nie uwzględnił w zaoferowanym wynagrodzeniu kosztu dostosowania swojej platformy do wymogów postawionych przez zamawiającego.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 22 lutego 2022 r. uwzględnił w całości zarzuty odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpili wykonawcy:

1) Portal PZP Sp. z o.o.

2) eB2B Service Sp. z o.o. Sp.k.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawcy zgłosili przystąpienia do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Stan faktyczny:

Izba ustaliła, że zamawiający pismem z dnia 1 lutego 2022 r. poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty. Przystępujący Portal PZP Sp. z o.o. uzyskał największą liczbę punktów, na drugim miejscu zakwalifikował się przystępujący eB2B Service Sp. z o.o. Sp.k., a na trzecim miejscu Open Nexus Sp. z o.o. W uzasadnieniu tej czynności, zamawiający wskazał, że wybrana oferta uzyskała 100,00 pkt, obliczonych zgodnie z kryteriami oceny opisanymi w SWZ oraz że wykonawca spełnia warunki określone w art. 125 ustawy Pzp i nie podlega wykluczeniu zgodnie z art. 108 ust. 1 ustawy Pzp.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę Open Nexus Sp. z o.o., Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty odwołania. Przystępujący do postępowania wykonawca eB2B Service Sp. z o.o. Sp.k. pismem z dnia 23 lutego 2022 r. zgłosił sprzeciw, w zakresie zarzutów 2 i 3 (str. 2 odwołania) dotyczących bezprawnego odrzucenia oferty przystępującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

Przystępujący do postępowania wykonawca Portal PZP Sp. z o.o. pismem z dnia 23 lutego 2022 r. zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów postawionych Portal PZP Sp. z o.o. w odwołaniu w całości.

Stan prawny:

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w podmiotowych środkach 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.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Stosownie do art. 253 ust. 1 i 2 ustawy Pzp:

1. Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone

- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

2. Zamawiający udostępnia niezwłocznie informacje, o których mowa w ust. 1 pkt 1, na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Stosownie do art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Stanowisko Izby:

Zarzuty Odwołującego w zakresie zaniechania przez zamawiającego wezwania wykonawcy Portal PZP Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentu JEDZ oraz zaniechania wezwania wykonawcy Portal PZP Sp. z o.o. do złożenia oświadczenia dotyczącego przynależności do grupy kapitałowej w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów są zasadne.

Zdaniem Izby wykonawca miał obowiązek złożyć w JEDZ oświadczenia w ramach obligatoryjnych podstaw wykluczenia wynikające z art. 108 ust. 1 (w tym oświadczenia wynikające z art. 108 ust. 1 lit. h, art. 108 ust. 1 pkt 5, art. 108 ust. 1 pkt 6). Zgodnie z instrukcją wypełniania JEDZ, dokumentu przygotowanego przez Urząd Zamówień Publicznych, powyższe oświadczenia powinny się znaleźć w części III JEDZ pn. Podstawy wykluczenia w pkt C JEDZ pn. Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi.

Zdaniem Izby wykonawca, zgodnie z wezwaniem zamawiającego z dnia 3 stycznia 2022 r.

mał złożyć podmiotowe środki dowodowe potwierdzające spełnienie warunków udziału w

postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia. Z dokumentacji postępowania nie wynika, aby wykonawca Portal PZP Sp. z o.o. w dniu 13 stycznia 2022 r. złożył oświadczenie w

zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy do złożenia w/w oświadczenia.

Tym samym, Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zakresie równego traktowania wykonawców.

W przypadku wykonawcy eB2B Service Sp. z o.o. Sp.k. ze względu na złożenie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości przez zamawiającego odwołania, w zakresie zarzutów w pkt 2 i 3 odwołania, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania przez zamawiającego wezwania wykonawcy eB2B Service Sp. z o.o. Sp.k. do uzupełnienia dokumentu JEDZ.

Co do pozostałych zarzutów odwołującego, Izba oddaliła odwołanie. Zarzuty dotyczyły dwóch kwestii: usługi podpisu elektronicznego oraz posiadania przez platformę protokołu TLS 1.3.

Izba na podstawie dokumentacji postępowania wskazuje, że Odwołujący nie ma racji, że

zamawiający wyłącznie żądał kwalifikowanej usługi walidacji kwalifikowanego podpisu

elektronicznego i tym samym usługa ta miałaby być wykonywana wyłącznie przez kwalifikowanego dostawcę usług zaufania. Izba zważyła, że zamawiający w pkt 2.7 OPZ opisał, „Platforma zapewni weryfikację podpisu elektronicznego złożonego na wszystkich dokumentach w trakcie postępowania, w tym na ofercie, JEDZ, oświadczeniach i innych dokumentach, zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (rozporządzenie eIDAS)”.

Nadto Izba wskazuje, że zamawiający na pytanie Wykonawcy co do pkt 2.7 OPZ (pytanie nr 40), udzielił następującej odpowiedzi: „Zamawiający wymaga w ramach przedmiotu zamówienia dostępu do usług weryfikacji podpisów elektronicznych, zgodnie z unijnym rozporządzeniem eIDAS”. Zdaniem Izby oznacza to, że zamawiający wymagał usługi weryfikacji podpisu elektronicznego, a nie usługi walidacji podpisu elektronicznego. Usługa weryfikacji podpisu elektronicznego, jak i usługa walidacji podpisu elektronicznego ma swoje umocowanie w rozporządzeniu eIDAS.

Izba ustaliła, że zarówno odwołujący, jak i przystępujący do postępowania wykonawcy traktują weryfikację podpisu elektronicznego jako część procesu walidacji. Zgodnie z art. 3 pkt 41

rozporządzenia eIDAS, walidacja oznacza proces weryfikacji i potwierdzenia ważności podpisu elektronicznego lub pieczęci. Izba zważy jednak, że zgodnie z rozporządzeniem eIDAS usługa weryfikacji ma swoje umocowanie w art. 3 pkt 16 rozporządzenia eIDAS w definicji usług zaufania: „usługa zaufania oznacza usługę elektroniczną zazwyczaj świadczoną za wynagrodzeniem i obejmującą:

- a) tworzenie, weryfikację i walidację podpisów elektronicznych, pieczęci elektronicznych lub elektronicznych znaczników czasu, usług rejestrowanego doręczenia elektronicznego oraz certyfikatów powiązanych z tymi usługami;
- b) tworzenie, weryfikację i walidację certyfikatów uwierzytelniania witryn internetowych; lub
- c) konserwacje elektronicznych podpisów, pieczęci lub certyfikatów powiązanych z tymi usługami”.

Izba zważy, że zgodnie z rozporządzeniem eIDAS, występują dwie formy walidacji podpisów elektronicznych: usługa walidacji kwalifikowanych podpisów elektronicznych (art. 32 rozporządzenia eIDAS) oraz kwalifikowana usługa walidacji kwalifikowanych podpisów elektronicznych (art. 33 rozporządzenia eIDAS).

Zgodnie z art. 3 pkt 19 rozporządzenia eIDAS dostawcy usług zaufania dzielą się na kwalifikowanych i niekwalifikowanych dostawców usług zaufania, którzy działają zgodnie z rozporządzeniem eIDAS. Izba ustaliła, co zostało wykazane na rozprawie na podstawie przedstawionych dowodów (rejestr niekwalifikowanych usług zaufania oraz rejestr kwalifikowanych usług zaufania), że Narodowy Bank Polski poprzez Narodowe Centrum Certyfikacji (NCCert) prowadzi rejestr usług zaufania, zarówno kwalifikowanych i niekwalifikowanych usług zaufania.

Zdaniem Izby na podstawie zebranego materiału dowodowego i zgodnie z OPZ do przedmiotowego postępowania mogli przystępować wykonawcy spełniający kryteria określone w art. 32 rozporządzenia eIDAS, a nie wyłącznie wykonawcy spełniający kryteria określone w art. 33 rozporządzenia eIDAS. Zgodnie z art. 32 ust. 1 rozporządzenia eIDAS, 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 został naruszona;



h) wymogi przewidziane w art. 26 zostały spełnione w momencie składania podpisu.

Zgodnie z ust. 2 art. 32 rozporządzenia eIDAS, system wykorzystany do walidacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego zapewnia stronie ufającej prawidłowy wynik procesu walidacji i umożliwia stronie ufającej wykrycie wszelkich problemów związanych z bezpieczeństwem.

Natomiast postanowienia art. 33 ust. 1 rozporządzenia eIDAS wskazują, 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) umożliwia stronom ufającym otrzymanie wyniku procesu walidacji w automatyczny, wiarygodny i skuteczny sposób oraz przy użyciu zaawansowanego podpisu elektronicznego lub zaawansowanej pieczęci elektronicznej dostawcy kwalifikowanej usługi walidacji.

Izba ustaliła, że z dowodów przedstawionych na rozprawie przez wykonawcę eB2B Service Sp. z o.o. Sp.k., w postaci raportów weryfikacji podpisu elektronicznego z dnia 23 lutego 2022 r. oraz pisma z dnia 23 lutego 2022 r. wystawionego dla wykonawcy eB2B Service Sp. z o.o. Sp.k. przez Krajową Izbę Rozliczeniową S.A., odnośnie wykorzystywania przez wykonawcę komponentu programistycznego Szafr SDK, wynika jednoznacznie, że w/w komponent jest zgodny w zakresie weryfikacji kwalifikowanych podpisów elektronicznych z wymaganiami określonymi w rozporządzeniu eIDAS.

Nadto Izba ustaliła, że dowody odwołującego (dowody nr 3 i 5 dołączone do odwołania) wskazują na zakres usługi kwalifikowanej walidacji kwalifikowanych podpisów elektronicznych oraz podstawę działania komponentu programistycznego Szafr SDK co do jego zgodności z rozporządzeniem eIDAS. Izba zgadza się z odwołującym, że wykonawcy Portal PZP Sp. z o.o. i eB2B Service Sp. z o.o. Sp.k. nie posiadają certyfikowanej walidacji, ale zgodnie z OPZ zamawiającego nie musieli takowej posiadać.

W zakresie zarzutu braku posiadania przez platformę protokołu TLS 1.3 przez wykonawców, Izba zważyła, że zamawiający w pkt 4.6 OPZ opisał: „Platforma ma być dostępna przez protokół https przez przeglądarkę WWW. Strefa dostępu Użytkownika musi być zamknięta, połączenie ma być szyfrowane. Protokół HTTPS skonfigurowany w sposób uwzględniający

dobre praktyki w zakresie bezpieczeństwa, obejmujące w szczególności:

4.6.1. Dopuszczenie stosowania wyłącznie protokołu TLS 1.3 i nowszych”.

Izba wskazuje, że z w/w zapisu wynika, że zamawiający wymagał, aby platforma była dostępna przez protokół https przez przeglądarkę WWW, z zastosowaniem wyłącznie protokołu TLS 1.3 i nowszych.

Izba ustaliła, że na podstawie zebranego materiału dowodowego wykonawcy posiadają platformę spełniającą wymagania zamawiającego z włączonym protokołem TLS 1.3 i ma on charakter konfiguracyjny. Nie jest tak, jak oczekuje odwołujący, że zamawiający wymagał platformę z włączonym protokołem TLS 1.3 na dzień składania ofert. W OPZ brak jest takiego wymagania. Poza tym Izba zważyła, że zgodnie z § 2 ust. 5 pkt 2 istotnych postanowień umownych (załącznik nr 7 do SWZ), udostępnienie platformy obejmuje „drobne modyfikacje konfiguracyjne, dostosowujące platformę do wymagań, których zakres nie będzie obejmował prac programistycznych”. Zdaniem Izby tym zapisem zamawiający dopuścił drobne modyfikacje platformy, z wyłączeniem prac programistycznych. Odwołujący nie wykazał, że włączenie protokołu TLS 1.3 w miejsce protokołu TLS 1.2 należy do prac programistycznych.

Izba wskazuje, że w pkt 4.1 zd. 2 OPZ, zamawiający wskazał, że „Platforma będzie dostępna w Internecie za pośrednictwem przeglądarki internetowej, pod nazwą domenową dostarczoną przez Zamawiającego”. Zdaniem Izby z zapisu tego wynika, że zamawiający określił pod jakim adresem strony internetowej będzie funkcjonować platforma.

Izba nadto ustaliła, że przedstawione przez odwołującego na rozprawie akty notarialne (Repertorium A numer 8.744/2021 z dnia 22.12.2021 r. oraz Repertorium A numer 8.746/2021 z dnia 22.12.2021) stwierdzające, że wykonawcy nie posiadają platformy z protokołem TLS 1.3, ponieważ platformy te działają pod adresem oraz należące odpowiednio do Polskich Portów

Lotniczych lub platforma obsługująca różnych zamawiających działające z niższym protokołem, nie oznacza jeszcze, że taka platforma została zaoferowana zamawiającemu.

Ponadto wskazana przez odwołującego na rozprawie platforma wykonawcy eB2B Service Sp. z o.o. Sp.k. działająca pod adresem <https://zamowienia.psgaz.pl> z włączonym protokołem 1.3 dotyczy Polskiej Spółki Gazowniczej. Innymi słowy odwołujący wykazał jedynie, że platforma z protokołem TLS 1.3 czy też platformy z protokołem 1.2 zostały dostarczone dla konkretnego klienta (np. Polskich Portów Lotniczych czy Polskiej Spółki Gazowniczej), z czego nie można wnioskować, że analogiczne platformy zostały zaoferowane dla zamawiającego.

Izba ustaliła, że wykonawca Portal PZP Sp. z o.o. posiada platformę test.smartpzp.pl (dowód nr 1 załączony do sprzeciwu) z ogólną oceną A lub test.smartpzp.pl z ogólną oceną A+ (dowód nr 2 załączony do sprzeciwu) oraz wykonawca eB2B Service Sp. z o.o. Sp.k. posiada platformę wp.eb2b.com.pl (dowód w postaci testów wykonanych w dniu 22.02.2022 r. i 24.02.2022 r.), z włączonymi protokołami 1.3.

Podnoszone na rozprawie argumenty odwołującego, że platforma wykonawcy Portal PZP Sp. z o.o. nie spełnia warunków SWZ, bowiem platforma ta działa na środowisku testowym a nie na środowisku produkcyjnym, nie przekonała Izby. Zdaniem Izby dopóki zamawiający nie odbierze platformy z włączonym protokołem TLS 1.3 lub nowszym, to platforma cały czas działa na środowisku testowym.

Izba zważyła, że dowód w postaci umowy, która została przedstawiona przez Odwołującego na rozprawie, zawartej między Odwołującym a dostawcą kwalifikowanych usług zaufania, stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa (umowa o świadczenie usług zaufania zawarta pomiędzy Open Nexus Sp. z o.o. a Asseco Data Systems S.A) oraz dowód w postaci certyfikatu przyznanego dla Asseco Data Systems S.A dotyczący usługi kwalifikowanej walidacji elektronicznej podpisów oraz pieczęci kwalifikowanych (dowód nr 2 dołączony do odwołania), nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, jak bowiem wskazano powyżej, zamawiający nie wymagał zaoferowania kwalifikowanych usług zaufania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 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 od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania odwołującego w części 2/3 i uczestnika wnoszącego sprzeciw Portal PZP Sp. z o.o. w części 1/3. Nadto Izba nie uwzględniła kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego ze względu na to, że zamawiający ograniczył się na rozprawie jedynie do poparcia jednym zdaniem swego stanowiska co do uwzględnienia zarzutów odwołania w całości. Tym samym Izba nie uznała kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego jako uzasadnionych.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: .....