

WYROK

z dnia 14 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lutego 2022 r. przez wykonawcę Bracia P. Sp. j. z siedzibą w Zielonce przy ul. Paderewskiego 17 (05-220 Zielonka) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Komendę Stołeczną Policji z siedzibą w Warszawie przy ul. Nowolipie 2 (00-150 Warszawa)

przy udziale wykonawcy T. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Gastro-Team K. T. z siedzibą w Warszawie przy ul. Parowcowej 18/22a (02-445 Warszawa), zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Bracia P. Sp. j. z siedzibą w Zielonce i:

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

2.2. zasądza od wykonawcy Bracia P. Sp. j. z siedzibą w Zielonce na rzecz przystępującego, który zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania tj. wykonawcy T. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Gastro-Team K. T. z siedzibą w Warszawie, kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 ze zm.) 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:

Komenda Stołeczna Policji zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Usługi przygotowania, dostarczania i podawania posiłków (o numerze: WZP-21/22/3/Z), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 stycznia 2022 r., pod numerem 2022/S 008-015735.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 21 lutego 2022 r. wykonawca Bracia P. Sp. j. z siedzibą w Zielonce (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie od:

- czynności zamawiającego polegającej na wyborze w postępowaniu oferty Gastro-Team K. T. z siedzibą w Warszawie;
- zaniechania uzyskania rzetelnych i wyczerpujących wyjaśnień przez zamawiającego od odwołującego w trybie art. 223 ust. 1 Pzp i art. 224 ust. 1 i 5 Pzp w sprawie treści oferty i niezasadnego przyjęcia, że treść oferty jest niezgodna z Pzp.

Zaskarżonym czynnościom zamawiającego, odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów, które miały wpływ na wynik postępowania:

- a) art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 63 ust. 1 Pzp z uwagi na niezasadne przyjęcie przez zamawiającego, że treść oferty jest niezgodna z ustawą;
- b) 63 ust. 1 Pzp w zw. z art. 78 (1) Kodeksu cywilnego (zwanego dalej jako: „KC”) z uwagi na niezasadne przyjęcie, że oferta odwołującego nie została złożona w postaci elektronicznej z kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a tym samym jej treść jest niezgodna z ustawą, a w konsekwencji naruszenie art. 16 ust. 1 pkt 1 Pzp w związku z prowadzeniem postępowania sprzecznie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przez nieuprawnione niekorzystne traktowanie odwołującego, którego oferta nie powinna zostać odrzucona;
- Odwołujący z ostrożności procesowej - w przypadku uznania przez Izbę, że brak jest dowodów wskazujących na fakt podpisania oferty kwalifikowanym podpisem elektronicznym
- zarzucił naruszenie:
- c) art. 64 Pzp, poprzez zaniechanie zapewnienia narzędzi i urządzeń wykorzystywanych do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej oraz ich właściwości technicznych, które byłyby niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne z produktami służącymi elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych będącymi w powszechnym użyciu oraz nie mogłyby ograniczać wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia;
- d) a w konsekwencji naruszenie art. 16 ust. 1 pkt 1 Pzp w związku z prowadzeniem postępowania sprzecznie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przez nieuprawnione niekorzystne traktowanie odwołującego, którego oferta nie powinna zostać odrzucona.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania w całości;
- nakazanie zamawiającemu unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty;
- nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności: badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą w zakresie PKD 56.10 oraz złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę. W jego ocenie wskazane w odwołaniu czynności i zaniechania zamawiającego, dotyczące niezgodnego z Pzp wyboru oferty innego wykonawcy, narażają go na szkodę w postaci możliwości utraty zysku - spodziewanego zysku z tytułu uzyskania i realizacji zamówienia.

W uzasadnieniu odwołujący wyjaśnił, że w dniu 10 lutego 2022 r. zamawiający, dokonał wyboru oferty Gastro-Team K. T. z siedzibą w Warszawie jako najkorzystniejszej w

postępowaniu oraz powiadomił o tej czynności wykonawców. W dalszej kolejności wskazał, że złożył ofertę na , uprzednio zgodnie z procedurą dokonując podpisu oferty odpowiednim podpisem, czyli złożenia właściwego podpisu pod ofertą złożoną w postaci elektronicznej. Plik oferty zawierał komunikat „Elektronicznie podpisany przez P. P. . Data 2022.01.28 11:57:46 +01'00” Oferta została złożona w ten sposób, że wykonawca przekazał zamawiającemu zaszyfrowany plik opatrzony właściwym podpisem, przy czym opatrzenie oferty podpisem nastąpiło przed zaszyfrowaniem oferty.

Odwolujący stwierdził, że otrzymał potwierdzenie złożenia oferty na , a następnie w dniu 10 lutego 2022 r. uzyskał informacje o wyborze oferty w dniu 10 lutego 2022 r.

Odwolujący wskazał, że przepisy prawa krajowego, w tym ustawy z dnia 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej (Dz.U. z 2016 r. poz. 1579; zwanej dalej jako: „UstZaufU”) oraz Pzp, nie normują definicji kwalifikowanego podpisu elektronicznego. W związku z tym w tym przypadku odnosić należy się do definicji zawartych w regulacjach prawa wspólnotowego. W świetle obowiązujących przepisów, w szczególności 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 257 z 28 sierpnia 2014, s. 73) - („Rozporządzenie eIDAS”), podpis elektroniczny to dane w postaci elektronicznej, które wraz z innymi danymi, do których zostały dołączone lub z którymi są logicznie powiązane, służą do identyfikacji osoby składającej podpis elektroniczny. Podpis kwalifikowany stanowi elektroniczny odpowiednik podpisu odręcznego i zawiera wszystkie jego najistotniejsze cechy, tzn.: a) potwierdza jednoznacznie tożsamość osoby podpisującej, b) uniemożliwia zaprzeczenie faktu podpisania, c) jest powiązany z treścią, która została podpisana, d) uniemożliwia wprowadzenie jakichkolwiek, niezauważalnych zmian w podpisanej treści. W doktrynie podnosi się, że zgodnie z możliwościami technicznymi i powszechnie przyjętą praktyką, podpis elektroniczny stosuje się zarówno do pojedynczych dokumentów elektronicznych, jak i do skompresowanych paczek dokumentów elektronicznych. W świetle definicji podpisu elektronicznego z rozporządzenia eIDAS we wszystkich tych przypadkach podpis rodzi takie same skutki prawne. Złożenie podpisu, czy to pod paczką, czy to pod każdym dokumentem z osobna wywołuje ten sam efekt. Podpis elektroniczny dotyczy bowiem danych jako takich, a nie plików bądź dokumentów. Innymi słowy, niezależnie od tego, czy dojdzie do podpisania każdego pliku z osobna, czy wszystkich plików łącznie poprzez podpisanie pliku skompresowanego, należy uznać, że podpis złożony pod zestawem plików (w tym ZIP) obejmuje całość zawartych w nim danych.

W dalszej kolejności odwołujący stwierdził, że zgodnie z wyrokiem z dnia 20 października 2020 r. (KIO 2505/20) niewątpliwym jest, że wprowadzenie do polskiego prawa - w tym również do Pzp podpisu elektronicznego miało na celu uproszczenie procedur udzielania zamówień publicznych i ich uelastycznienie, co miało przynieść korzyści zarówno zamawiającym jak i wykonawcom. Ponadto niewątpliwym jest, że podpis elektroniczny winien mieć możliwość jego walidacji - sprawdzenia. Jednakże zdaniem Izby niezasadnym jest piętrowanie wokół podpisu elektronicznego wymagań przewyższających wymagania co do podpisów składanych własnoręcznie. Główną różnicą między podpisem własnoręcznym, a kwalifikowanym cyfrowym jest to, że aby potwierdzić autentyczność podpisu elektronicznego nie musi dojść do bezpośredniego spotkania osób i okazania dokumentu tożsamości osoby podpisującej dany dokument.

W ocenie odwołującego kwalifikowany podpis elektroniczny, co do zasady obejmuje całą treść, niezależnie od tego, gdzie znajduje się wizualizacja tego podpisu lub czy ta wizualizacja w ogóle występuje. W przypadku postaci elektronicznej wszystkie składane dokumenty mogą być scalone do jednego pliku .pdf, który podpisuje osoba upoważniona (podpisują osoby upoważnione) do wyrażania woli w imieniu wykonawcy (podmiotu składającego te dokumenty). Kwalifikowany podpis elektroniczny może być zatem złożony „na jednym pliku” zawierającym wewnątrz formularz ofertowy, formularz cenowy i JEDZ, obejmując tym samym każdy z nich. Wskazać należy jednocześnie, że jeśliby przyjął za zamawiającym, że którykolwiek z plików nie zawierał podpisu, podpis elektroniczny zawierały z pewnością pozostałe pliki. Certyfikat natomiast stanowi 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.

Odwolujący wyjaśnił, że posiada odnowiony certyfikat kwalifikowany o okresie ważności od 2020-09-15 do 2022-09-15 r., a następnie wskazał, że 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. W podpisie (w dużym uproszczeniu) są zawarte dwa skróty: jeden dotyczący treści dokumentu, drugi - treści certyfikatu (zawarty w pieczęci tego certyfikatu). Za pierwszy odpowiada aplikacja podpisująca (dostawca tej aplikacji), a za ten drugi wystawca certyfikatu. Podpis jest weryfikowany 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. 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 regulacji, które ustanawiają dodatkowe wymogi związane z posługiwaniem się i weryfikacją kwalifikowanych podpisów elektronicznych. Zdaniem odwołującego 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. W niniejszym stanie faktycznym taka sytuacja nie wystąpiła.

Odwołujący zwrócił uwagę, 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. 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.

Odwołujący po raz kolejny zauważył, że jego oferta zawierała komunikat „Elektronicznie

podpisany przez P. P. . Data 2022.01.28 11:57:46 +01'00'". Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 20 października 2020 r. (KIO 2505/20) niewątpliwym jest, że podpis elektroniczny winien mieć możliwość jego walidacji - sprawdzenia. Jednakże zdaniem Izby niezasadnym jest piętrzenie wokół podpisu elektronicznego wymagań przewyższających wymagania co do podpisów składanych własnoręcznie, co oznacza, że odwołujący musiałby w każdym przypadku badać ważność podpisu elektronicznego, czego nie musi robić przy podpisie własnoręcznym. Byłoby to więc „piętrzenie wymagań wokół podpisu elektronicznego przewyższający wymagania co do podpisów składanych własnoręcznie”. Gdyby odwołujący otrzymał komunikat (zwyczajowo jest to znak zapytania w kolorze żółtym) wówczas złożyłby

ponownie podpis elektroniczny. W niniejszym stanie faktycznym otrzymany komunikat na pliku oferty oraz na załącznikach do niej potwierdzał złożenie podpisu elektronicznego.

W ocenie odwołującego nie można było zatem uznać, iż nie złożył on ważnej oferty. Odwołujący wyjaśnił, że podpisem elektronicznym są dane w postaci elektronicznej, które wraz z innymi danymi, do których zostały dołączone lub z którymi są logicznie powiązane, służą do identyfikacji osoby składającej podpis elektroniczny. Podpis elektroniczny jest jednak równoważny pod względem skutków prawnych podpisowi własnoręcznemu tylko wtedy, gdy posiada określone cechy gwarantujące, że pochodzi wyłącznie od osoby składającej ten podpis. Musi on być bezpieczny i weryfikowany za pomocą - i w okresie ważności - kwalifikowanego certyfikatu. Ponadto Ministerstwo Komunikacji i Społeczeństwa Informatycznego nadało Krajowej Izbie Rozrachunkowej statut „świadczącej usługi zaufania” dla świadczenia kwalifikowanych usług zaufania, wydania kwalifikowanych certyfikatów, tworzenia kwalifikowanych podpisów elektronicznych, ich kontroli i walidacji. Jednocześnie 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.

Reasumując odwołujący stwierdził, że jego oferta została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp z uwagi na niezasadne przyjęcie przez zamawiającego, że treść tej oferty jest niezgodna z ustawą. Zamawiający pomimo swoich wątpliwości, które legły u podstaw uzasadnienia odrzucenia jego oferty, nie zwrócił się do niego z prośbą o udzielenie wyjaśnień co do skuteczności złożonego podpisu, jak również nie uzasadnił w sposób wyczerpujący swojej decyzji w sprawie odrzucenia oferty. Zgodnie z art. 223 ust. 1 Pzp i art. 224 ust. 1 i 5 Pzp Zamawiający w toku badania i oceny ofert 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.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca T. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Gastro-Team K. T. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający w dniu 2 marca 2022 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni odwołanie w całości.

Wykonawca zgłaszający przystąpienie w dniu 4 marca 2022 r. złożył do akt sprawy pismo, w którym oświadczył o zgłoszeniu sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych u odwołaniu i wniósł o oddalenie odwołania.

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

Izba uznała, że odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp. Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 ust. 1-3 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę T. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Gastro-Team K. T. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej: „przystępującym”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W związku z wniesieniem przez przystępującego, w trybie art. 523 ust. 1 i 2 Pzp, sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości, Izba rozpoznała odwołanie, mając na uwadze treść art. 523 ust. 3 Pzp.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

- 1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie CD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 25 lutego 2022 r., w tym w szczególności:
 - specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej: „SWZ”) wraz z załącznikami;
 - ofertę złożoną w postępowaniu przez odwołującego wraz z załącznikami;
 - raport pełny o sygn. ID 561059;
 - elektroniczne poświadczenie weryfikacji (EPW) podpisu złożonego pod ofertą odwołującego, które zostało wygenerowane w dniu 3 lutego 2022 r.;
 - informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 10 lutego 2022 r., która zawierała też informację wraz z uzasadnieniem dla odrzucenia oferty odwołującego;
- 2) dokumenty załączone do odwołania tj. ofertę wraz z załącznikami złożone za pomocą

elektronicznej platformy dedykowanej do obsługi postępowania oraz screen potwierdzenia złożenia oferty w postępowaniu o numerze ID 561059;

3) dokumenty załączone do pisma przystępującego z dnia 4 marca 2022 r:

- wydruk screenu z ekranu programu komputerowego proCertum SmartSing kwalifikowanego dostawcy usług zaufania zawierającego wynik weryfikacji pliku o nazwie „PODPIS_Załączniki do SWZ - Oferta.pdf”;
- elektroniczne poświadczenie weryfikacji (EPW) wygenerowane w dniu 2 marca 2022 r. o godz. 16:48:28 +01 na stronie www.weryfikacjapodpisu.pl pliku o nazwie „PODPIS_Załączniki do SWZ - Oferta.pdf”;
- wydruk pierwszego screenu z ekranu programu komputerowego Adobe Acrobat Reader z otworzonym plikiem o nazwie „PODPIS_Załączniki do SWZ - Oferta.pdf”;
- wydruku drugiego screenu z ekranu programu komputerowego Adobe Acrobat Reader z otworzonym plikiem o nazwie „PODPIS_Załączniki do SWZ - Oferta.pdf”.

Izba ustaliła co następuje

W treści SWZ zamawiający zawarł obowiązek podpisania oferty kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Obowiązek ten wynikał z następujących postanowień SWZ:

- rozdział IX ust. 1 - Oferta musi być sporządzona w języku polskim, w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, w ogólnie dostępnych formatach danych, w szczególności w formatach: .txt, .rtf, .pdf, .doc, .docx, .odt.;
- rozdział XI ust. 2 - Wykonawca składa ofertę, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Ponadto w treści wzoru formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ, zawarta została adnotacja o treści: Dokument należy wypełnić i podpisać kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zamawiający zaleca zapisanie dokumentu w formacie PDF.

Termin składania ofert w postępowaniu upłynął w dniu 3 lutego 2022 r. o godz. 10:00.

Oferty w postępowaniu złożyło dwóch wykonawców: odwołujący i przystępujący. Odwołujący złożył ofertę na pliku pdf. oznaczonym jako „PODPIS_Załączniki do SWZ — Oferta”. W odwzorowaniu podpisu zamieszczonym na ww. pliku widoczny był komentarz: „Elektronicznie podpisany przez P. P. Data: 2022.01.28 11:57:46 +01'00”.

Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu w dniu 10 lutego 2022 r. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego. W tym samym piśmie zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego. W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia zamawiający wskazał, że Wykonawca nie zachował właściwej formy oferty, tj. formy elektronicznej, gdyż nie oparzył oferty kwalifikowanym podpisem

elektronicznym. W uzasadnieniu prawnym odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał na przepis art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 63 ust. 1 Pzp.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy;
- art. 63 ust. 1 Pzp - W postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie o wartości równej lub przekraczającej progi unijne ofertę, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w konkursie, wniosek, o którym mowa w art. 371 ust. 3, oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej.;
- art. 78¹ Kodeksu cywilnego - § 1. Do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go

kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

§ 2. Oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej.;

- art. 64 Pzp - Zamawiający korzysta, w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w konkursie, tylko z takich narzędzi i urządzeń komunikacji elektronicznej, które są niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2021 r. poz. 670), z produktami powszechnie używanymi służącymi elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych, i które nie ograniczają wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia lub konkursu.;
- art. 16 pkt 1 Pzp - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Rozpoznając przedmiotową sprawę Izba w znacznej mierze przyjęła za własne stanowisko przystępującego i tym samym uznała, że mając na uwadze dyspozycje art. 63 ust. 1 Pzp oraz art. 78¹ §1 Kodeksu cywilnego do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej konieczne są zatem dwa elementy. Po pierwsze, złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej, po drugie, opatrzenie takiego oświadczenia woli kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Podpisanie formularza cenowego kwalifikowanym podpisem elektronicznym jest zatem warunkiem koniecznym do uznania, że oferta - będąca oświadczeniem wykonawcy - została złożona zamawiającemu.

Zgodnie z definicją zawartą w art. 3 ust. 1 pkt 12 rozporządzenia eIDAS „kwalifikowany podpis elektroniczny” oznacza zaawansowany podpis elektroniczny, który jest składany za pomocą kwalifikowanego urządzenia do składania podpisu elektronicznego i który opiera się na kwalifikowanym certyfikacie podpisu elektronicznego. Pkt 14 tego przepisu stanowi, że „certyfikat podpisu elektronicznego” oznacza poświadczenie elektroniczne, które przyporządkowuje dane służące do walidacji podpisu elektronicznego do osoby fizycznej i potwierdza co najmniej imię i nazwisko lub pseudonim tej osoby. Stosownie natomiast do pkt 15 „kwalifikowany certyfikat podpisu elektronicznego” oznacza certyfikat podpisu elektronicznego, który jest wydawany przez kwalifikowanego dostawcę usług zaufania. Ponadto w pkt 41 ww. rozporządzenia wskazano, że „walidacja” oznacza proces weryfikacji i potwierdzenia ważności podpisu elektronicznego lub pieczęci. Zgodnie z art. 33 ust. 1 rozporządzenia eIDAS kwalifikowaną usługę walidacji kwalifikowanych podpisów elektronicznych świadczy wyłącznie kwalifikowany dostawca usług zaufania, który: zapewnia walidację zgodnie z art. 32 ust. 1 rozporządzenia eIDAS oraz umożliwia stronom ufającym otrzymanie wyniku procesu walidacji w automatyczny, wiarygodny i skuteczny sposób oraz przy użyciu zaawansowanego podpisu elektronicznego lub zaawansowanej pieczęci elektronicznej dostawcy kwalifikowanej usługi walidacji.

W związku z powyższym nie mogło budzić wątpliwości, że kwalifikowany podpis elektroniczny można uznać za prawidłowo złożony tylko wówczas, gdy można go skutecznie zweryfikować i potwierdzić jego ważność. Powyższe może nastąpić w ten sposób, że zamawiający posługując się narzędziem do walidacji podpisu elektronicznego pochodzącego od kwalifikowanego podmiotu uprawnionego do dokonywania walidacji takich podpisów jest w stanie zweryfikować, czy złożony podpis jest oparty na kwalifikowanym certyfikacie czy też nie. Dla przyjęcia, że dokument został opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym, konieczne jest, aby zamawiający, jako osoba ufająca, miał możliwość dokonania walidacji podpisu za pośrednictwem kwalifikowanego dostawcy usług zaufania, który jest wpisany do rejestru. Właśnie to, stosownie do art. 32 ust. 2 rozporządzenia eIDAS, zapewnia prawidłowy wynik procesu walidacji i umożliwienia wykrycie wszelkich problemów związanych z bezpieczeństwem.

Przystępujący w związku z okolicznościami dotyczącymi procesu walidacji podpisu złożonego pod ofertą odwołującego wyjaśnił, że w dniu 23 lutego 2022 r. wystąpił do zamawiającego o udostępnienie mu oferty odwołującego wraz z załącznikami. Zamawiający tego samego dnia o godz. 12:19 na Platformie Zakupowej udostępnił przystępującemu złożoną ofertę wraz z załącznikami. Wśród udostępnionych plików znajdował się plik pdf pod

nazwą: „PODPIS_Załączniki do SWZ - Oferta”. Przystępujący wskazał, że za pomocą posiadanych możliwości dokonał weryfikacji prawidłowości złożonego podpisu pod ofertą. W pierwszej kolejności zauważył, że po otwarciu pliku w dedykowanym programie Adobe Acrobat Reader i kliknięciu w adnotację o umieszczonym podpisie elektronicznym pojawiają się komunikaty: „Co najmniej jeden podpis jest niepoprawny”, „Błąd podczas weryfikacji podpisu. Podczas rozkodowania BER wystąpił błąd” Po utworzeniu pola weryfikacji podpisu pojawia się komunikat „Podpis nie jest prawidłowy. Wystąpiły błędy w formatowaniu lub informacji zawartej w tym podpisie. Tożsamość podpisującego nie została jeszcze zweryfikowana”. W dalszej kolejności przystępujący wyjaśnił, że dokonał weryfikacji złożonego na pliku „PODPIS_Załączniki do SWZ — Oferta.pdf” podpisu elektronicznego za pomocą ogólnodostępnej w Internecie strony . W wyniku dokonanej weryfikacji został wystawiony dokument pod nazwą Elektroniczne Poświadczenie Weryfikacji (EPW), z którego wynikało, że w pliku „PODPIS_Załączniki do SWZ — Oferta.pdf”, nie znaleziono plików z podpisami. Dodatkowo EPW zawierało komentarz potwierdzający, że:

Przesłany plik nie zawierał podpisu lub pieczęci elektronicznej weryfikowalnego za pomocą certyfikatu, co uniemożliwiło dostawcy usług zaufania dokonania jednoznacznego potwierdzenia pochodzenia oraz integralności danych w postaci elektronicznej. W związku z tym stosownie do:

- art. 3 pkt 25 eIDAS, dokument nie zapewnia autentyczności pochodzenia oraz integralności;
- art. 35 ust.2 eIDAS dokument nie korzysta z domniemania integralności danych i autentyczności pochodzenia;
- art. 18 ust. 1 UUZ lub art. 20b ust. 1 UIDPRZP dokument może nie wywoływać skutków prawnych.

Swoje stanowisko przystępujący potwierdził składając wraz z pismem z dnia 4 marca 2022 r. dokumenty, z których wynikały opisane powyżej działania. Ponadto skład orzekający ustalił, że w dokumentacji postępowania przesłanej przez zamawiającego znajdowało się elektroniczne poświadczenie weryfikacji (EPW) podpisu złożonego pod plikiem oznaczonym jako „PODPIS_Załączniki do SWZ — Oferta.pdf”, które zostało wygenerowane w dniu 3 lutego 2022 r. o godz. 11:20:35, z którego także wynikało, że nie znaleziono plików z podpisami. Tym samym co do efektów walidacji EPW przedstawione przez przystępującego było tożsame z EPW zawartym w dokumentacji przesłanej przez zamawiającego. Przystępujący wyjaśnił także, że dokonał weryfikacji również za pomocą programu komputerowego proCertum SmartSing kwalifikowanego dostawcy usług zaufania. Weryfikacja za pomocą tego programu również okazała się nieprawidłowa. W wyniku weryfikacji wyświetlił się komunikat „Błąd podczas dodawania pliku podpisu”. Na tą okoliczność przystępujący złożył dowód w postaci wydruku screenu z ekranu programu komputerowego proCertum SmartSing kwalifikowanego dostawcy usług zaufania zawierającego wynik weryfikacji pliku o nazwie „PODPIS_Załączniki do SWZ - Oferta.pdf”.

Z powyższego wynikało, że przeprowadzony proces weryfikacji za każdym razem dawał wynik negatywny. Co istotne sam odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, z którego wynikałoby, że weryfikacja za pomocą któregoś z programów kwalifikowanego dostawcy okazała się pomyślna. W celu poparcia swojego stanowiska odwołujący powoływał się na dokumenty załączone do odwołania. W ocenie składu orzekającego w okolicznościach przedmiotowej sprawy oraz mając na uwadze zebrany materiał dowodowy powoływanie się na odwzorowanie graficzne podpisu widoczne na pliku stanowiącym wypełniony formularz oferty czy też komentarz z platformy zakupowej o poprawnym złożeniu oferty było niewystarczające. Odwołujący zdawał się sugerować, że jeśli zamawiający wezwie go do wyjaśnień dotyczących podpisu w na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp lub 224 ust. 1 Pzp to będzie w stanie wykazać prawidłowość złożonego podpisu. Powyższa argumentacja nie mogła znaleźć uznania ponieważ w postępowaniu odwoławczym przed Izbą obowiązuje zasada kontrydiktoryjności, z której wynika obowiązek wskazywania przez strony i uczestników postępowania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Na gruncie Pzp emanacją tej zasady jest przepis art. 534 ust. 1. W jej myśl skład orzekający nie mógł poprzestać na głoślośnych deklaracjach odwołującego, ponieważ to na nim spoczywał ciężar dowodu dotyczący wykazania prawidłowości podpisu złożonego pod ofertą. Tym samym Izbą uznała, że odwołujący nie udźwignął ciężaru dowodu, który na nim spoczywał i nie znalazła podwodów do zaakceptowania stanowiska odwołującego.

W konsekwencji negatywny wynik weryfikacji złożonej oferty musiał prowadzić do wniosku, że kwalifikowany podpis elektroniczny nie został złożony lub został złożony w sposób nieprawidłowy, co rodziło skutek w postaci uznania oferty odwołującego jako nieopatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Tym samym oferta złożona przez odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp jako niezgodna z ustawą tj. z

art. 63 ust. 1 Pzp. W takim przypadku nie mogło być mowy o zaniechaniu zamawiającego w postaci braku wezwania do złożenia wyjaśnień co do treści oferty odwołującego na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp lub 224 ust. 1 Pzp. Ewentualne wyjaśnienia odwołującego nie mogły w żaden sposób konwalidować braku podpisu po ofercie. Dla rozpoznania sprawy nie było istotne, to czy odwołujący posiada ważny kwalifikowany podpis elektroniczny, ale czy został on skutecznie złożony w ofercie. Zgodnie z art. 32 ust. 2 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. Walidacja podpisu złożonego przez odwołującego w ofercie jednoznacznie potwierdziła, że nie został on złożony w sposób prawidłowy.

Z powyższych względów nie potwierdziły się również zarzuty naruszenia art. 64 Pzp i art. 16 pkt 1 Pzp. Zamawiający w postępowaniu przetargowym korzystał z platformy zakupowej, która zapewniła możliwość złożenia ofert podpisanych z użyciem kwalifikowanych podpisów elektronicznych dostarczanych przez certyfikowanych dostawców usług. Nieprawidłowe złożenie podpisu pod ofertą należało uznać za zdarzenie będące wyłącznie wynikiem działania samego odwołującego, za które zamawiający nie ponosił odpowiedzialności.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 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 z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania oraz zasądzając od odwołującego na rzecz przystępującego koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie złożonego na rozprawie rachunku.

Przewodniczący: