

WYROK

z dnia 1 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania
wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 sierpnia 2022 r. przez
wykonawcę odwołującego: STALLOVE sp. z o.o., ul. Złotowska 51/2, 60-189 Poznań,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Dzierzgoń, Plac Wolności 1,
82-440 Dzierzgoń,

orzeka:

1. odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 w zakresie dotyczącym zastosowania przez zamawiającego narzędzi i urządzeń komunikacji elektronicznej, które są dyskryminujące, nieinteroperacyjne i ograniczają wykonawcom dostęp do postępowania o udzielenie zamówienia lub konkursu,
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
3. kosztami postępowania obciąża odwołującego: STALLOVE sp. z o.o., ul. Złotowska 51/2, 60-189 Poznań, i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
 - 3.2. zasądza od odwołującego: STALLOVE sp. z o.o., ul. Złotowska 51/2, 60-189 Poznań, na rzecz zamawiającego: Gmina Dzierzgoń, Plac Wolności 1, 82-440 Dzierzgoń, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów 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 (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710) 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:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Dzierzgoń, Plac Wolności 1, 82-440 Dzierzgoń, prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Kompleksowe dostosowanie systemu segregacji odpadów w Gminie Dzierzgoń celem przeciwdziałania COVID-19 i innym chorobom zakaźnym”, nr referencyjny: TI.271.63.2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 19.07.2021 r., nr 2022/BZP 00266546/01.

Pismem z dnia 12.08.2022 r. zamawiający poinformował m.in. o odrzuceniu oferty wykonawcy STALLOVE sp. z o.o., ul. Złotowska 51/2, 60-189 Poznań (dalej: „odwołujący”).

W dniu 17.08.2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 63 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że oferta odwołującego (w zakresie części nr 1) nie została opatrzona odpowiednim podpisem elektronicznym, mimo złożenia oferty opatrzonej prawidłowym podpisem zaufanym oraz uznanie, że oferta odwołującego nie została sporządzona w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi określonymi przez zamawiającego, w sytuacji gdy odwołujący sporządził ofertę w postaci elektronicznej w ogólnie dostępnym formacie danych (pdf.) i złożył ją w formie elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym, a zatem zgodnie z wymaganiami zamawiającego,
- 2) art. 16 pkt 1 w zw. z art. 64 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców w niniejszym postępowaniu oraz zastosowanie przez zamawiającego narzędzi i urządzeń komunikacji elektronicznej, które są dyskryminujące, nieinteroperacyjne i ograniczają wykonawcom dostęp do postępowania o udzielenie zamówienia lub konkursu, oraz niezbadanie przyczyn braku walidacji oferty odwołującego.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„Odwołujący w dniu 12 sierpnia 2022 r. otrzymał pismo Zamawiającego z Informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej, gdzie została zawarta informacja o odrzuceniu oferty Stallove. Zgodnie z treścią uzasadnienia odrzucenia oferty Stallove Zamawiający po przeprowadzeniu analizy ofert otrzymanych w przedmiotowym postępowaniu rzekomo ustalił, że oferta nr 4 złożona na realizację części 1 zamówienia przez wskazanego Wykonawcę, nie została opatrzona odpowiednim podpisem elektronicznym, zgodnie z wymogami określonymi w art. 63 ust. 2 ustawy PZP oraz zgodnie ze stosownym opisem w tej zawartym w SWZ. Weryfikacja dokumentów wskazanej oferty, pod kątem opatrzenia ich wymaganym podpisem, przeprowadzona przy użyciu odpowiednich aplikacji komputerowych wskazuje wynik negatywny. Uwzględniając powyższe Zamawiający stwierdził, że oferta jest niezgodna z przepisami ustawy i zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 3 ustawy - podlega odrzuceniu. (...)”

Stallove dla każdego podpisanego pliku posiada potwierdzenie złożenia podpisu zaufanego, potwierdzający — co należy podkreślić - co do sekundy datę złożenia podpisów w postępowaniu. Dla każdego pliku składającego się na treść oferty Odwołujący posiada potwierdzenia złożenia podpisów. (...)

Następnie podpisane dokumenty Stallove załadował na platformę postępowania: . Podkreślić trzeba, że na platformie postępowania znajduje się informacja, że wykonawca winien przed złożeniem oferty podpisać ofertę podpisem zaufanym. Poniżej przekazuję zdjęcie platformy zakupowej postępowania: (...)

Jak wskazano powyżej, Wykonawca złożył więc ofertę zgodnie z wymaganiami postępowania, oraz dokonał czynności podpisania i złożenia oferty zgodnie z Instrukcją dla wykonawców, odrębnie dla każdego pliku oferty.

Następnie wykonał czynności zgodnie z Instrukcją, gdzie ścieżka dla złożenia podpisu osobistego lub zaufanego na każdym dokumencie osobno wygląda następująco — poniżej przekazuję dokładne odwzorowanie Instrukcji:

9.1. Pobierz wszystkie pliki dołączone do postępowania na swój komputer,

9.2. Wypełnij pliki na swoim komputerze, a następnie podpisz pliki, które zamierzasz dołączyć do oferty lub wniosku kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

9.3. Dołącz wszystkie podpisane pliki do Formularza składania oferty lub wniosku na platformazakupowa.pl,

9.4. Kliknij w przycisk Przejdź do podsumowania,

9.5. Następnie w drugim kroku składania oferty lub wniosku należy sprawdzić poprawność złożonej oferty, załączonych plików oraz ich ilości,

9.6. Do celów kontrolnych możesz opcjonalnie sprawdzić ważność i poprawność swojego elektronicznego podpisu kwalifikowanego i w tym celu:

9.6.1. pobrać plik w formacie XML,

9.6.2. po wgraniu XML system dokona wstępnej analizy i wyświetli informację o tym, czy plik XML został podpisany prawidłowo,

9.6.3. uzyskaną informację należy traktować jako weryfikację pomocniczą, gdyż to zamawiający przeprowadzi proces badania ofert w postępowaniu w tym weryfikacji podpisu,

9.6.4. Przyczyny błędnej walidacji elektronicznego podpisu kwalifikowanego podczas jego weryfikacji mogą być następujące:

9.6.4.1. brak podpisu na dokumencie XML,

9.6.4.2. podpis kwalifikowany utracił ważność,

9.6.4.3. niewłaściwy formatu podpisu,

9.6.4.4. użycie podpisu niekwalifikowanego,

9.6.4.5. zmodyfikowano plik XML,

9.6.4.6. załączenie przez wykonawcę niewłaściwego pliku XML.

9.7. Niezależnie od wyświetlonego komunikatu możesz kliknąć przycisk Złóż ofertę, aby zakończyć etap składania oferty,

9.8. Następnie system zaszyfruje ofertę lub wniosek wykonawcy, tak by ta była niedostępna dla zamawiającego do terminu otwarcia ofert lub złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zgodnie z art. 221 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych,

Odwolujący się wykonał wszystkie wyżej wymienione czynności w postępowaniu, zgodnie z Instrukcją, punkt po punkcie, co wykazał wskazanymi wyżej dowodami. W toku składania ofert nie pojawiły się żadne problemy z walidacją podpisu. Oferta została złożona na platformie zakupowej zgodnie z instrukcją. (...)

Konsekwencją prawidłowego złożenia oferty było to, że oferta została prawidłowo załadowana na platformie i otwarta w dacie otwarcia ofert. Zgodnie z Informacją z otwarcia ofert w przedmiotowym postępowaniu oferta Wykonawcy została złożona o godzinie 8:37:04.

Podkreślić przy tym stanowczo trzeba, że w Informacji z otwarcia ofert z dnia 4 sierpnia 2022 r. zamieszczonej na platformie postępowania w pkt. 2 wskazano jednoznacznie i wyraźnie: 2. Wykaz ofert, złożonych przez Wykonawców w prowadzonym postępowaniu, zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu publicznym, z dnia 19 lipca 2022 r. oraz SWZ. (...)

Zamawiający potwierdził, że w ofercie znajduje się w miejscu podpisu pole z jakimiś danymi, ale podpis nie wyświetla się w całości. Na uwagę zasługuje jednak fakt, że wydruk dokumentów przesłanych przez Zamawiającego jako zwalidowanych negatywnie zawiera odwzorowanie podpisu, mimo że Zamawiający go rzekomo „nie widzi”. Zamawiający dokonał weryfikacji poświadczenia podpisu za pośrednictwem różnych aplikacji i co istotne — wynik badania nie jest rozstrzygający, gdyż w opinii Zamawiającego niektóre pliki w złożonej ofercie są podpisane prawidłowo, a niektóre nie. Przyznał to sam Zamawiający w swojej korespondencji — jest to fakt przyznany nie wymagający dowodu.

Nadto Odwołujący się załącza do odwołania wyniki walidacji dokonanej przez Zamawiającego, która w odniesieniu do niektórych plików wskazuje na walidację negatywną, w innych na pozytywną, a w przypadku walidacji za pośrednictwem systemu SAWPE -

nierozstrzygającą — nie wskazującą na to, że podpis nie został złożony. Powyższe nie wzbudziło żadnej wątpliwości Zamawiającego lecz spowodowało automatyczne odrzucenie oferty Odwołującego się. (...)

Zgodnie z art. 63 ust. 2 Pzp postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie o wartości mniejszej niż progi unijne ofertę, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w konkursie, oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

W niniejszym postępowaniu Wykonawca podpisał ofertę podpisem zaufanym, za pośrednictwem systemu epuap, powiązany z rachunkiem bankowym Odwołującego się - Bankiem Millenium, co wykazano dowodami wskazanymi powyżej.

Istotne wydaje się, że w niniejszym postępowaniu Odwołujący się złożył ofertę przy wykorzystaniu komputera MacBook firmy Apple, o czym Zamawiający miał wiedzę, gdyż przesłał w toku korespondencji prowadzonej w Postępowaniu Odwołującemu pliki automatycznie oznaczone jako 0_1_MACOX. (...)

Na komputerze osobistym Odwołującego się oferta wyświetla się prawidłowo wraz ze znacznikiem podpisu oraz umożliwione jest dokonanie wydruku oferty z tymże znacznikiem. Na komputerze Zamawiającego pojawia się według Zamawiającego w miejscu podpisu puste pole. Natomiast w wydruku plików znajdujących się w posiadaniu Zamawiającego, odwzorowanie podpisu już się pojawia.

Najwyższa Izba Kontroli już w 2019 r. zauważyła, że stosowane przez firmę Apple systemy operacyjne MacOS i iOS mogą być niekompatybilne z systemami np. miniportalu, co naruszało w jej ocenie zasadę neutralności technologicznej. Powyższa informacja została udostępniona publicznie w postaci Wystąpienia pokontrolnego Najwyższej Izby Kontroli, gdzie Izba zauważyła przypadki braku możliwości złożenia ofert przez wykonawców korzystających z oprogramowania Apple.

Powyższe nie wzbudziło żadnych wątpliwości Zamawiającego, mimo posiadania przez niego wiedzy o tym, że niektóre oprogramowania nie współpracują ze sobą - nie są interoperacyjne. (...)

Nie można wykluczyć, że w niniejszym Postępowaniu miała miejsce sytuacja, w której zastosowane przez Zamawiającego oprogramowanie nie funkcjonowało prawidłowo w odniesieniu do oprogramowania firmy Apple, uniemożliwiając dokonanie prawidłowej walidacji oferty.

Niezależnie od powyższego analizując ścieżkę plików zapisanych przez Zamawiającego w odrębnych folderach zawierających oferty wykonawców w Postępowaniu mogło dojść do sytuacji, w której przy dokonywaniu zapisu oferty Zamawiający nieświadomie dokonał naruszenia integralności ofert wykonawców. Przy dokonywaniu walidacji przez Zamawiającego pojawiają się bowiem inne godziny podpisu niż daty znacznika podpisu wskazanego w ofercie.

W przedmiotowej sprawie istotny jest fakt, że dokumenty składające się na ofertę zawierają znacznik czasu dla podpisu, który jest identyczny - odpowiada co do sekundy potwierdzeniem złożenia podpisu z epuap. Taki znacznik potwierdza, że podpis istniał w danym momencie. Odwołujący się przedstawił szereg dowodów potwierdzających fakt składania podpisów na ofercie za pośrednictwem epuap przy potwierdzeniu za pośrednictwem Banku Millenium.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu potwierdził w Informacji z otwarcia ofert prawidłowość złożonej oferty. Nadto po dokonanej weryfikacji Zamawiający potwierdził, że na ofercie znajduje się jakieś pole w miejscu przeznaczonym na podpis a część załączników składających się na ofertę zawiera prawidłowy podpis.

Tym samym brak jest przesłanek uzasadniających odrzucenie oferty odwołującego. Odrzuceniu podlega oferta w sytuacji, gdy oświadczenie woli nie zostało złożone w postaci elektronicznej i nie opatrzone go podpisem zaufanym, a oferta nie została złożona zgodnie z SWZ. W niniejszym postępowaniu taka sytuacja nie zachodzi. Odwołujący się, co wykazano powyżej wykonał w postępowaniu wszystkie czynności zgodnie z Instrukcją. Przytoczone okoliczności oraz przedstawione dowody w pełni uzasadniają, że odrzucenie oferty Odwołującego przez Zamawiającego narusza przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych. Zamawiający tym samym naruszył podstawowe zasady prawa zamówień publicznych przede wszystkim przez brak traktowania wszystkich oferentów na - równych prawach i brak prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Zamawiający dopuścił się w postępowaniu zaniechań i czynności podważających zaufanie co do prawidłowości i rzetelności prowadzonego postępowania. (...)

W przypadku dalszych wątpliwości Zamawiającego i nie uznania powyższych argumentów jest powołanie biegłego z zakresu informatyki celem wykazania faktu prawidłowości podpisu. Podkreślić bowiem trzeba, że zbadanie prawidłowości podpisu i przyczyn nieprawidłowej walidacji wymaga wiadomości specjalnych, których nie posiada ani Zamawiający ani Wysoka Izba. Kwestionowanie podpisu jedynie z tej przyczyny, że podpis nie wyświetla się prawidłowo na komputerze Zamawiającego, jest w ocenie Odwołującego się znacznym nadużyciem.

Podkreślić trzeba, że w niniejszym Postępowaniu uzasadnienie odrzucenia oferty jest lakoniczne, a walidacja oferty niejednoznaczna. Zamawiający skupił się na udowodnianiu Wykonawcy, że podpis nie przechodzi weryfikacji, ale w żaden sposób nie zbadał ani nie ustalił przyczyn takiego stanu rzeczy. (...)”

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,
- 4) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 29.08.2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

W trakcie rozprawy strony podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest utworzenie bazy transportowo-magazynowej wraz z dostawą kontenerów, ogrodzonej, wyposażonej w sprzęt i odpowiednią infrastrukturę techniczną, do sortowania i odbioru segregowanych odpadów komunalnych na terenie Gminy Dzierżogów oraz dostawa pojazdów specjalistycznych do odbioru i przeładunku odpadów segregowanych, w tym samochody ciężarowe z zabudową (śmieciarki), samochód skrzyniowy, minikoparka z oprzyrządowaniem, ładowarka teleskopowa z oprzyrządowaniem. Przedmiot zamówienia został podzielony na pięć części. Niniejsze postępowanie odwoławcze dotyczy części nr 1.

W rozdziale XIII specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „swz”) pn. „Informacje o sposobie porozumiewania się Zamawiającego z Wykonawcami i przekazywania oświadczeń lub dokumentów”, zamawiający wskazał m.in.:

6. Zamawiający, zgodnie z § 11 ust. 2 i 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020r. 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 (Dz.U. z 2020r. poz. 2452 - dalej: „Rozporządzenie w sprawie środków komunikacji”), określa niezbędne wymagania sprzętowo - aplikacyjne umożliwiające pracę na platformazakupowa.pl, tj.:

- a) stały dostęp do sieci Internet o gwarantowanej przepustowości nie mniejszej niż 512 kb/s,
- b) komputer klasy PC lub MAC o następującej konfiguracji: pamięć min. 2 GB Ram, procesor Intel IV 2 GHZ lub jego nowsza wersja, jeden z systemów operacyjnych - MS Windows 7, Mac Os x 10 4, Linux, lub ich nowsze wersje,
- c) zainstalowana dowolna przeglądarka internetowa, w przypadku Internet Explorer minimalnie wersja 10 0.,
- d) włączona obsługa JavaScript,
- e) zainstalowany program Adobe Acrobat Reader lub inny obsługujący format plików .pdf,
- f) Platformazakupowa.pl działa według standardu przyjętego w komunikacji sieciowej - kodowanie UTF8,

g) oznaczenie czasu odbioru danych przez platformę zakupową stanowi datę oraz dokładny czas (hh:mm:ss) generowany wg. czasu lokalnego serwera synchronizowanego z zegarem

Głównego Urzędu Miar.

7. Wykonawca, przystępując do niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

a) akceptuje warunki korzystania z platformazakupowa.pl określone w Regulaminie zamieszczonym na stronie internetowej pod linkiem w zakładce „Regulamin” oraz uznaje go za wiążący,

b) zapoznał i stosuje się do Instrukcji składania ofert/wniosków dostępnej pod linkiem.

8. Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za złożenie oferty w sposób niezgodny z Instrukcją korzystania z platformazakupowa.pl, w szczególności za sytuację, gdy Zamawiający zapozna się z treścią oferty przed upływem terminu składania ofert (np. złożenie oferty w zakładce „Wyślij wiadomość do Zamawiającego”). Taka oferta zostanie uznana przez Zamawiającego za ofertę handlową i nie będzie brana pod uwagę w przedmiotowym postępowaniu ponieważ nie został spełniony obowiązek narzucony w art. 221 ustawy PZP.

9. Zamawiający informuje, że instrukcje korzystania z platformazakupowa.pl dotyczące w szczególności logowania, składania wniosków o wyjaśnienie treści SWZ, składania ofert oraz innych czynności podejmowanych w niniejszym postępowaniu przy użyciu platformazakupowa.pl znajdują się w zakładce „Instrukcje dla Wykonawców” na stronie internetowej pod adresem: .

W rozdziale XIV swz pn. „Opis sposobu przygotowania ofert oraz dokumentów wymaganych przez Zamawiającego w SWZ”, zamawiający wskazał m.in.:

1. Oferta oraz wymagane załączniki do oferty (wymienione w pkt 3) składane elektronicznie, muszą zostać podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub elektronicznym podpisem zaufanym lub elektronicznym podpisem osobistym. W procesie składania oferty wraz z wymaganymi załącznikami oraz podmiotowych środków dowodowych na platformie, odpowiedni podpis elektroniczny Wykonawca może złożyć bezpośrednio na dokumencie, który następnie przesyła do systemu (opcja rekomendowana przez platformazakupowa.pl) oraz dodatkowo dla całego pakietu dokumentów w kroku 2 Formularza składania oferty (po kliknięciu w przycisk Przejdź do podsumowania).

4. Oferta powinna być:

1) sporządzona na podstawie załączników niniejszej SWZ w języku polskim,

2) złożona przy użyciu środków komunikacji elektronicznej tzn. za pośrednictwem ,

3) podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub elektronicznym podpisem zaufanym lub elektronicznym podpisem osobistym przez osobę/osoby upoważnioną /upoważnione.

5. Podpisy kwalifikowane wykorzystywane przez Wykonawców do podpisywania wszelkich plików muszą spełniać „Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym (eIDAS) (UE) nr 910/2014 - od 1 lipca 2016 roku”.

6. W przypadku wykorzystania formatu podpisu XAdES zewnętrzny, Zamawiający wymaga dołączenia odpowiedniej ilości plików tj. podpisywanych plików z danymi oraz plików XAdES.

W związku z ustaleniem przez zamawiającego, że oferta złożona przez odwołującego i załączniki do niej nie zostały podpisane podpisem elektronicznym, strony prowadziły korespondencję drogą e-mail. W mailu z dnia 11.08.2022 r. zamawiający poinformował odwołującego:

„W odpowiedzi na maila jn. (oraz przesłaną w tej samej sprawie - wiadomość w komunikatorze platformy zakupowej, na stronie prowadzonego postępowania) niniejszym informuję, że weryfikacja podpisów na przesłanej przez Państwa ofercie (wraz

z załącznikami wymaganymi na tym etapie postępowania), odbyła się w dniu 05.08.2022r. - za pomocą wskazanego jn. systemu SAWPE oraz dodatkowo za pomocą 3-ch innych aplikacji (w tym: ; PWPW Centrum Usług Zaufania - Sigillum; KIR Szafir). W każdym przypadku wynik weryfikacji jest negatywny. W załączeniu przesyłam 2 pakiety plików, zawierające dokumenty z przeprowadzonej weryfikacji.

W pakiecie pierwszym zawarto dokumenty weryfikacyjne dla pełnych paczek otrzymanej oferty, tj. osobno dla paczki z ofertą i załącznikami oraz osobno dla paczki z dokumentami niejawnymi. W pakiecie drugim zawarto dokumenty weryfikacyjne dla poszczególnych dokumentów (po wypakowaniu w/w paczek). W celu poprawnej identyfikacji poszczególnych dokumentów, w pakiecie drugim wprowadzono oznaczenia cyfrowe tj. odpowiednio: 1_ - dokumenty z paczki z ofertą i załącznikami; 2_ - dokumenty z paczki z dokumentami niejawnymi.

Otrzymane od Państwa (w aktualnej korespondencji) dokumenty weryfikacyjne, są takie same jak te, które otrzymaliśmy w wyniku weryfikacji w dniu 05.08.2022r. za pomocą wskazanego jn. Systemu SAWPE. Dokumenty te - niestety nie potwierdzają faktu podpisania oferty i załączników w sposób zgodny z wymogami ustawy PZP (art. 63 ust. 2) oraz warunkami określonymi w SWZ. Jedyny prawidłowo podpisany dokument, to dokument zawarty w pace z dokumentami niejawnymi i w tym przypadku dokument weryfikacyjny bez żadnych wątpliwości wskazuje na ten fakt. Gdyby oferta i załączniki do oferty były podpisane - dokument weryfikacyjny zostałby wygenerowany w podobnej formie jak ten dla dokumentów niejawnych.

Wskazanie na to, że złożona przez Państwa oferta (w postaci pliku pdf) posiada sygnaturę informującą o jej podpisaniu, nie stanowi formalnego potwierdzenia tego faktu, wobec opisanej jw. - negatywnej weryfikacji. Ustalenie okoliczności, w jakich w/w sygnatura znalazła się na ofercie (a także na załącznikach do oferty) - pozostaje w Państwa gestii. Uwzględniając powyższe, w ocenie Zamawiającego - nie ma podstaw do uznania Państwa oferty, jako złożonej prawidłowo (zgodnie z wymogami ustawy PZP oraz warunkami określonymi w SWZ)."

Pismem z dnia 12.08.2022 r. zamawiający poinformował, że w części nr 1 postępowania jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wykonawcy REMBUD KP, zaś oferta odwołującego została odrzucona. W uzasadnieniu zamawiający wskazał:

„Po przeprowadzeniu analizy ofert otrzymanych w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający ustalił, że oferta nr 4 złożona na realizację części 1 zamówienia przez wskazanego Wykonawcę, nie została opatrzona odpowiednim podpisem elektronicznym, zgodnie z wymogami określonymi w art. 63 ust. 2 ustawy PZP oraz zgodnie ze stosownym opisem w tej kwestii, zawartym w SWZ. Weryfikacja dokumentów wskazanej oferty, pod kątem opatrzenia ich wymaganym podpisem, przeprowadzona przy użyciu odpowiednich aplikacji komputerowych - wskazuje wynik negatywny. Uwzględniając powyższe Zamawiający stwierdził, że oferta jest niezgodna z przepisami ustawy i zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 3 ustawy - podlega odrzuceniu”.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że w stosunku do zarzutu nr 2 w zakresie, w jakim dotyczy on „zastosowania przez zamawiającego narzędzi i urządzeń komunikacji elektronicznej, które są dyskryminujące, nieinteroperacyjne i ograniczają wykonawcom dostęp do postępowania o udzielenie zamówienia lub konkursu”, ziszcila się przesłanka skutkująca odrzuceniem odwołania. Należy zauważyć, że zarzut ten odnosi się w istocie do treści swz, która została opublikowana przez zamawiającego w dniu 19.07.2022 r. Oznacza to, że termin na wniesienie odwołania wobec treści swz upłynął w dniu 25.07.2022 r. (art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 509 ust. 2 ustawy Pzp). Tym samym wniesienie odwołania w dniu 17.08.2022 r. oznacza, że w zakresie ww. zarzutu zostało ono wniesione po upływie terminu określonego w ustawie Pzp, dlatego też w ww. zakresie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów podniesionych w odwołaniu, należy przytoczyć właściwe przepisy.

Zgodnie z art. 63 ust. 2 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie o wartości mniejszej niż progi unijne ofertę, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w konkursie, oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy.

W niniejszej sprawie nie jest sporne między stronami, że oferta i wymienione w swz załączniki do niej miały być podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub elektronicznym podpisem zaufanym lub elektronicznym podpisem osobistym (pkt XIV.1. swz). Sporne jest natomiast to, czy złożone przez odwołującego dokumenty zostały opatrzone takim podpisem, przy czym w niniejszym przypadku chodzi o podpis zaufany, jako wybrany przez odwołującego. Odnosząc się zatem do argumentacji stron i przedłożonych przez nich dowodów, Izba stwierdziła, co następuje.

W pierwszej kolejności należy podnieść, że nie jest zasadny argument odwołującego odnoszący się do informacji z otwarcia ofert, z której odwołujący wywodzi, że zamawiający pierwotnie uznał jego ofertę za złożoną prawidłowo, a następnie zmienił zdanie w tej kwestii. Informacja z otwarcia ofert jest podawana w celu ujawnienia, jakie oferty zostały złożone w danym postępowaniu, natomiast czynności badania i oceny tych ofert następują dopiero po ich otwarciu. Nie należy zatem utożsamiać sformułowań zawartych w informacji z otwarcia ofert z wynikiem badania i oceny tych ofert, gdyż w trakcie otwarcia ofert zamawiający nie bada i nie ocenia ofert. Tym samym treść informacji z otwarcia ofert nie dowodzi, że zamawiający na jakimkolwiek etapie postępowania uznał ofertę odwołującego za złożoną prawidłowo.

Przechodząc do kwestii podpisu, należy stwierdzić, że nie jest dowodem na prawidłowe podpisanie przez odwołującego oferty i załączników do niej, samo widoczne odwzorowanie/znacznik tego podpisu na dokumencie. Odwołujący dołączył bowiem do odwołania wydrukowane dokumenty, w tym ofertę, z widocznym znacznikiem podpisu:

PODPIS ZAUFANY

R.M.C.

04.08.2022 01:42:00 (GMT+2)
Dokument podpisany elektronicznie
podpisem zaufanym

Aby jednak podpis mógł być uznany za prawidłowy i ważny, konieczne jest dokonanie jego walidacji za pomocą przewidzianych do tego programów weryfikacyjnych. Zamawiający przeprowadził taką weryfikację z wykorzystaniem czterech różnych walidatorów, tj. aplikacji komputerowej systemu SAWPE: <https://weryfikacjapodpisu.pl/verification/#dropzone>, aplikacji <https://www.gov.pl/web/gov/podpisz-dokument-elektronicznie-wykorzystaj-podpis->, PWPW Centrum Usług Zaufania - Sigillum oraz KIR Szafir. Walidacja przy użyciu każdej z nich dała wynik negatywny wskazujący na brak podpisu. Potwierdzeniem powyższego są znajdujące się w dokumentacji postępowania skany komunikatów przykładowo: PWPW Centrum Usług Zaufania - Sigillum - „Status: Niepodpisany”, czy KIR Szafir - „Wskazany plik nie zawiera podpisów”, czy w oprogramowaniu SAWPE, gdzie weryfikacja nie generuje żadnej informacji o podpisie i o danych osoby, która złożyła podpis.

Również przeprowadzona podczas rozprawy weryfikacja podpisu na platformie zakupowej, przy użyciu oprogramowania SAWPE oraz w elektronicznym serwisie Rzeczypospolitej Polskiej dotyczącym podpisu zaufanego, przyniosła negatywny rezultat, tj. pojawiał się komunikat o braku podpisu lub że weryfikator nie wykrył pliku z podpisem.

Wobec powyższych ustaleń Izba stwierdziła, że zamawiający wykazał, że oferta odwołującego podlegała odrzuceniu jako niepodpisana wymaganym podpisem elektronicznym.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że powyższym ustaleniom nie przeczą argumenty i dowody podnoszone przez odwołującego.

Jak już wskazano powyżej, samo widoczne odwzorowanie podpisu na wydrukowanym dokumencie nie potwierdza, że podpis elektroniczny został faktycznie złożony. Nie potwierdzają też tego dowody dołączone przez odwołującego do odwołania. Przede wszystkim, jak słusznie zwrócił uwagę zamawiający, dołączone przez odwołującego informacje pn. „Szczegóły złożonego podpisu”, a także informacje z Profilu zaufanego powiadomienia@pz.gov.pl wskazujące m.in. godziny złożenia podpisów, nie zawierają żadnych danych pozwalających na ich powiązanie z konkretnym dokumentem, zatem nie potwierdzają złożenia podpisu na tych dokumentach, które były wymagane i złożone w niniejszym postępowaniu. W dodatku niektóre z załączonych skanów informacji z Profilu zaufanego wskazują na godziny, które nie pokrywają się z godzinami wynikającymi ze „Szczegółów złożonego podpisu”, np. godzina 21:52 (wskazywana przez zamawiającego na rozprawie jako 21:57) z dnia 03.08.2022 r. i godzina 0:54 z dnia 04.08.2022 r. nie pozostają w zgodzie z żadną godziną wskazywaną w „Szczegółach złożonego podpisu” i w odwołaniu. Tym samym dowody te nie mogą przesądzać o tym, że oferta i załączniki do niej zostały prawidłowo podpisane podpisem zaufanym. Powyższe potwierdza złożony przez odwołującego dowód w postaci korespondencji z przedstawicielką platformy zakupowej z dnia 11 i 12.08.2022 r., w ramach której odwołujący uzyskał na zadane pytanie odpowiedź: „Na zdjęciu przedstawiony jest znacznik graficzny podpisu, jednak nie jest on jedynym elementem, który świadczy o poprawności podpisu”.

Należy także zwrócić uwagę na pozostałą treść ww. wiadomości mailowej od przedstawicielki platformy zakupowej: „Platforma zakupowa nie weryfikuje plików podczas składania oferty przez wykonawców. To po stronie wykonawcy leży obowiązek upewnienia się, że pliki są odpowiednio podpisywane”. W tym miejscu należy przypomnieć, że mimo możliwości zweryfikowania podpisu przez samego składającego podpis, zgodnie z pkt 9.6. Instrukcji składania ofert na platformie zakupowej, odwołujący tego nie zrobił, co potwierdza też dowód złożony przez zamawiającego w postaci korespondencji mailowej z przedstawicielem platformy z dnia 29.08.2022 r.: „Nie została przeprowadzona opcjonalna weryfikacja podpisu kwalifikowanego w drugim kroku. Brak jest podpisu kontrolnego”.

Wracając do wiadomości mailowej z korespondencji prowadzonej przez odwołującego z przedstawicielką platformy zakupowej, należy przytoczyć jej dalszą treść: „Poprawnie podpisany plik podpisem zaufanym powinien przechodzić weryfikację na stronie rządowej do tego przeznaczonych, tj. <https://obywatel.gov.pl/nforms/signer/upload?xForms>. Niestety pliki nie przechodzą poprawnie weryfikacji, co uniemożliwia dokonanie jednoznacznego potwierdzenia pochodzenia oraz integralności danych w postaci elektronicznej”. Ze złożonego dowodu wynika zatem, że weryfikacji podpisu należy dokonywać na stronie rządowej i że pliki przekazane przez odwołującego takiej pozytywnej weryfikacji nie przeszły.

Podnoszony przez odwołującego fakt, że spośród przekazanych plików dokumentów jeden („załącznik A”) został podpisany, co stwierdził nawet zamawiający, nie stanowi potwierdzenia, że pozostałe również zostały prawidłowo podpisane. Przede wszystkim należy zauważyć, że załącznik ten zawiera dokumenty, co do których nie wymagano podpisu elektronicznego (pkt XIV.3. swz), w tym także dokumenty podmiotowe, których złożenie w ogóle nie było wymagane na tym etapie postępowania (pkt X.3. swz). Ponadto fakt pozytywnej walidacji podpisu na tym załączniku podważa argumentację odwołującego, jakoby przyczyną negatywnej walidacji podpisów na pozostałych dokumentach, w tym ofercie, było niewłaściwe działanie platformy zakupowej lub zastosowanie przez odwołującego oprogramowania macOS. Skoro możliwe było prawidłowe podpisanie ww. załącznika A, to nie ma podstaw do stwierdzenia, że działanie platformy zakupowej lub oprogramowania macOS stanęło na przeszkodzie pozytywnej weryfikacji podpisów, którymi opatrzone pozostałe dokumenty.

Ustaleniom Izby nie przeczą także spostrzeżenia odwołującego z weryfikacji podpisów w trakcie rozprawy. Rzeczywiście w trakcie weryfikacji podpisu na załączniku A, pojawił się komunikat, że weryfikator nie wykrył pliku z podpisem, podczas gdy wcześniejsza weryfikacja podpisu przez zamawiającego w postępowaniu wykazała, że akurat ten załącznik jest podpisany prawidłowo. Ponadto na stronie rządowej po dodaniu rozpakowanego dokumentu oferty pojawił się komunikat, że plik jest nieprawidłowy. Należy jednak zauważyć, że podpis dotyczący załącznika A nie był w ogóle kwestionowany przez zamawiającego i nie jest przedmiotem niniejszego postępowania odwoławczego. Natomiast komunikat o nieprawidłowości pliku oferty nie zmienia faktu, że weryfikacja podpisu dotyczącego tej oferty kilkakrotnie dała rezultat negatywny.

Odnosząc się z kolei do powoływanego przez odwołującego wyroku o sygn. akt KIO 2051/21 z dnia 30.08.2021 r., należy zauważyć, że dotyczył on sytuacji, w której plik

w ogóle nie mógł zostać poprawnie zaimportowany do programu sprawdzającego, podczas gdy w przedmiotowej sprawie każdorazowo (poza jednym przypadkiem na rozprawie) pliki były importowane do różnych programów i była w stosunku do nich dokonywana weryfikacja, która za każdym razem wykazywała brak podpisu. Zatem stanowisko Izby wyrażone w ww. wyroku nie ma przełożenia na stan faktyczny zaistniały w niniejszym postępowaniu. Przy czym jedynie na marginesie należy zauważyć, że odwołujący złożył też jako dowód artykuł zamieszczony na jednej ze stron internetowych, którego autor nie zgodził się z тезami zawartymi w ww. wyroku.

Reasumując, w niniejszej sprawie Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał, że złożone przez niego wymagane w postępowaniu dokumenty, w tym oferta, zostały opatrzone podpisem zaufanym. Wobec dowodów przedstawionych przez zamawiającego, argumentacja odwołującego co do braku poprawnego działania różnych aplikacji ma charakter jedynie przypuszczeń, na podstawie których nie można uznać, że odwołujący prawidłowo podpisał ofertę i załączniki do niej podpisem zaufanym. Dlatego Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 63 ust. 2 i art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, nie potwierdził się.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania oraz w oparciu o stanowiska stron przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych. Izba uznała za nieprzydatne dowody złożone przez odwołującego w postaci innej oferty z dnia 18.06.2022 r., gdyż fakt jej nieodrzczenia w innym postępowaniu nie ma znaczenia dla obecnie prowadzonego postępowania oraz w postaci wydruku z platformy zakupowej, gdyż nie zawiera on żadnych informacji pozwalających na ustalenie opatrzenia dokumentów podpisem elektronicznym.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący

KIO 2166/22