

WYROK

Warszawa, dnia 25 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron w dniu 21 października 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2024 r. przez wykonawcę ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Tramwaje Śląskie S.A. z siedzibą w Chorzowie przy udziale wykonawcy SESTO Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w tym unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Tramwaje Śląskie S.A. z siedzibą w Chorzowie, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Tramwajów Śląskich S.A. z siedzibą w Chorzowie na rzecz wykonawcy ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie

Tramwaje Śląskie S.A. z siedzibą w Chorzowie (dalej: „zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320) - dalej: „ustawa Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Modernizacja układów zasilania w podstacjach trakcyjnych - Budowa podstacji prostownikowej "WIREK" w Rudzie Śląskiej” zadanie 10 w ramach Projektu pn.: „Modernizacja i rozwój infrastruktury tramwajowej w Górnośląsko - Zagłębiowskiej Metropolii - Etap I” współfinansowanego przez Unię Europejską ze środków Funduszu Spójności w ramach Programu Fundusze Europejskie na Infrastrukturę, Klimat, Środowisko 2021-2027 znak sprawy zamawiającego UE/JRP/C/356/2024 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 13 czerwca 2024 r., Dz.U. S: 114/2024, pod numerem 349370-2024.

W dniu 30 września 2024 r. przez wykonawcę ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej „odwołujący”) zostało wniesione odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty odwołującego i w konsekwencji wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy Sesto Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (dalej „Sesto” lub „przystępujący”), ewentualnie zaniechaniu unieważnienia postępowania.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom czynności zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 63 ust. 1 ustawy Pzp i art. 78(1) § 1 k.c. w zw. z art. 26 ust. 1 i art. 32 ust. 1 i 2 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 przez odrzucenie oferty odwołującego z tego powodu, że według zamawiającego oferta odwołującego nie była prawidłowo podpisana, podczas gdy odwołujący złożył ofertę należycie podpisaną, jednakże z powodów leżących po stronie zamawiającego i wybranej przez niego platformy internetowej do przeprowadzenia postępowania, doszło do błędu w jednym z plików, co spowodowało, że zamawiającemu wyświetlał się m.in. komunikat pn. „negatywna weryfikacja integralności podpisu”;
ewentualnie, w sytuacji nieuwzględnienia zarzutu nr 1, zarzut ewentualny:

2.art. 255 pkt 6 w zw. z art.. 527 ust. 5 KSH w zw. z art. 64 ustawy Pzp w zw. z art. 68 ustawy Pzp w zw. z §11 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia PRM z dnia 30.12.2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej
w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz.U. 2020 poz. 2452) w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez zaniechanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo zaistnienia uzasadniających to przesłanek, a to powstania wady w postępowaniu, niemożliwej do usunięcia i uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, wynikającej z faktu wystąpienia błędów technicznych leżących po stronie platformy elektronicznej, które spowodowały, że plik przekazany przez odwołującego uważany jest za niepoprawnie podpisany.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności badania i oceny ofert, w tym unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, jak i unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 18 września 2024 r., którą to czynnością za najkorzystniejszą uznano ofertę wykonawcy SESTO Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (dalej „Sesto” lub „przystępujący”) oraz dokonania ponownej oceny ofert;

a także:

2.dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania na fakty tam wskazane, w tym dowodu z opinii biegłego specjalności informatycznej na okoliczność,
iż to z przyczyn leżących po stronie zamawiającego i/ lub wybranej przez niego platformy przetargowej doszło do problemu z plikiem złożonym przez odwołującego i właściwie przez niego podpisanym oraz złożonym (tj. doszło do zniekształcenia lub innej zmiany pliku po dacie jego złożenia przez odwołującego, ewentualnie do braku zachowania integralności po dacie jego złożenia przez odwołującego), a tym samym odwołujący złożył prawidłową ofertę niepodlegającą odrzuceniu;

3.dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów przedstawionych w toku postępowania odwoławczego;

4.zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania według norm prawem przepisanych;

5.na podstawie art. 536 ustawy Pzp zobowiązanie zamawiającego do pozyskania

i przedstawienia informacji stanowiącej sumę kontrolną pliku o nazwie „ Formularz oferty

- załącznik 2.pdf” sprzed daty i godziny szyfrowania, gdzie odwołujący zarazem wskazał, że uprzednio wnioskował już o przedstawienie tych danych, jednakże jego żądanie zostało w sposób nieuzasadniony nieuwzględnione.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia.

W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy: Sesto Sp. z o.o. z siedzibą

w Łodzi oraz wykonawca MMT Idea Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Tczewie (dalej „MMT”).

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy Sesto do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Odwołujący, działając w oparciu o przepis art. 526 ust. 1 ustawy Pzp zgłosił opozycję przeciw przystąpieniu wykonawcy MMT do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba uwzględniła opozycję stwierdzając, że brak jest po stronie tego wykonawcy interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił. Wykonawca nie spełnił przesłanek warunkujących skuteczność przystąpienia

do postępowania odwoławczego, o których mowa w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp. Z przepisu tego wynika m.in., że z omawianej instytucji skorzystać może wyłącznie „wykonawca”, czyli zgodnie z art. 7 pkt 30 ustawy Pzp - osoba fizyczna,

osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Istotne jest przy tym, że posiadanie statusu wykonawcy podlega zmianom w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co oznacza, że status ów można utracić (przykładowo - podmiot składający wnioski o wyjaśnienie treści specyfikacji będzie legitymowany do wniesienia odwołania obejmującego jej postanowienia, ale nie złożony oferty nie będzie uprawniony do kwestionowania czynności zamawiającego związanych

z badaniem i oceną ofert). W sprawie rozpoznawanej do sytuacji takiej doszło z uwagi

na okoliczność, że zgłaszający przystąpienie MMT, nie skorzystał z przysługującego

mu uprawnienia do wniesienia odwołania na czynność odrzucenia jego oferty, pomimo posiadania takiej możliwości, wobec czego dotycząca jego oferty decyzja zamawiającego stała się niewzruszalna. Wykonawca ten, nie mogąc skutecznie ubiegać się o udzielenie zamówienia utracił status wykonawcy, upoważniający go do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Zamawiający złożył do akt sprawy pismo procesowe z 16 października 2024 r.

- odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości jako niezasadnego.

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego zawartego w piśmie z 16 października 2024 r., jak też stanowiska Sesto, zawartego w zgłoszonym przystąpieniu, odwołujący zaprezentował swoje stanowisko w piśmie z 20 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przesłaną przez zamawiającego w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią na nie, stanowiskiem odwołującego zawartym w piśmie z 20 października 2024 r., a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i wykonawcy Sesto, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób.

Odwołujący złożył swoją ofertę w postępowaniu i ubiega się o zamówienie, a jego oferta została odrzucona. Gdyby nie została odrzucona, plasowałaby się na pierwszym miejscu i tym samym, gdy niniejsze odwołanie zostanie uwzględnione, odwołujący uzyska niniejsze zamówienie - jego oferta będzie najkorzystniejszą. Tym samym odwołujący w sytuacji nieuwzględnienia niniejszego odwołania poniesie szkodę, która będzie polegała na braku możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia i czerpania z tego tytułu korzyści, w tym w szczególności zakładanego zysku. Powyższe powoduje, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, jak i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Izba dopuściła i oceniła dowody przedłożone przez odwołującego i zamawiającego, inne niż stanowiące element dokumentacji postępowania, na okoliczności przez nich wskazane.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że przedmiotem postępowania, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego jest „Modernizacja układów zasilania w podstacjach trakcyjnych - Budowa podstacji prostownikowej "WIREK" w Rudzie Śląskiej” zadanie 10 w ramach Projektu pn.: „Modernizacja i rozwój infrastruktury tramwajowej w Górnośląsko - Zagłębiowskiej Metropolii - Etap I” współfinansowanego przez Unię Europejską ze środków Funduszu Spójności w ramach Programu Fundusze Europejskie na Infrastrukturę, Klimat, Środowisko 2021-2027.

W Rozdziale VIII SWZ - Informacje o środkach komunikacji elektronicznej, przy użyciu których zamawiający będzie komunikował się z wykonawcami, oraz informacje

o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej zamawiający zawarł następujące wytyczne. 1. Postępowanie prowadzone jest w języku polskim. 2. Postępowanie prowadzone jest przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami, w szczególności składanie ofert oraz oświadczeń, dokumentów, informacji oraz zawiadomień odbywa się za pośrednictwem Platformy Przetargowej dostępnej na stronie internetowej: www.tram-silesia.logintrade.net/rejestracja/ustawowe.html i pod nazwą postępowania wskazaną w tytule SWZ. 3. Korzystanie z Platformy przez Wykonawcę jest bezpłatne.

4. Zamawiający informuje, że powiadomienia wysyłane za pośrednictwem platformy są automatycznie przekazywane na adres poczty elektronicznej Wykonawcy wskazany w trakcie logowania na Platformę. Zamawiający nie ma możliwości zmiany wskazanego na platformie adresu e-mail. Jednocześnie Zamawiający informuje, że nie odpowiada za niedostarczenie na wskazany adres e-mail automatycznego powiadomienia wysłanego z platformy. Wykonawca zobowiązany jest do regularnego sprawdzania zawiadomień bezpośrednio po zalogowaniu na platformie. 5. Do połączenia używany jest szyfrowany protokół HTTPS. Szyfrowanie danych odbywa się przy pomocy protokołu SSL. Certyfikat SSL zapewnia poufność transmisji danych przesyłanych przez Internet. Wykonawca posiadający konto na Platformie Przetargowej spółki Tramwaje Śląskie S.A. ma dostęp do możliwości złożenia, zmiany, wycofania oferty, a także funkcjonalności pozwalających na zadawanie pytań do treści SWZ oraz komunikację z Zamawiającym w pozostałych obszarach.

6. Maksymalny rozmiar plików przesyłanych za pośrednictwem Platformy do złożenia, zmiany, wycofania oferty, zadawania pytań oraz do komunikacji z Zamawiającym wynosi 150 MB.

7. Zaleca się łączenie plików np. poprzez tworzenie folderów skompresowanych, aby ograniczyć ich ilość ze względów organizacyjnych. 8. Wymagania techniczne wysyłania

i odbierania dokumentów elektronicznych, cyfrowych odwzorowań dokumentów i oświadczeń oraz informacji przekazywanych przy użyciu Platformy Przetargowej: 1) Dopuszczalne przeglądarki internetowe: •Google Chrome •Mozilla Firefox •Opera 2)Pozostałe wymagania techniczne: •dostęp do sieci Internet •obsługa przez przeglądarkę protokołu XMLHttpRequest - ajax 20 •włączona obsługa JavaScript •zalecana szybkość łącza internetowego powyżej 500 KB/s •zainstalowany Acrobat Reader lub inny obsługujący pliki .pdf. •zainstalowane środowisko uruchomieniowe Java - Java SE Runtime Environment 6 Update 24 lub nowszy, 3)Dopuszczalne formaty przesyłanych danych tj. m.in.: .doc, .docx, .odt, .txt, .xls, .xlsx, .ppt, .pdf, .jpg, .png, .tif, .zip, 7-zip, .rar. 4) Kodowanie i oznaczanie czasu przekazywania danych: •Pliki Oferty załączone przez Wykonawcę na Platformie i przesłane do czasu upływu terminu otwarcia ofert są zaszyfrowane i nie ma możliwości ich zobaczenia ani otwarcia. Możliwość otworzenia plików dostępna jest dopiero po odszyfrowaniu przez Zamawiającego za pomocą kodów autoryzacyjnych otrzymanych po upływie terminu otwarcia ofert. •Czas zapisywany jest w formacie YYYY-MM-DD HH:MM:SS. Czas przekazania danych jest to czas, w którym zostanie potwierdzone złożenie oferty, dokumentu przez Wykonawcę. W przypadku wybrania opcji złożenia oferty bez logowania, potwierdzenie odbywa się poprzez kliknięcie w link dostępny w wiadomości mailowej, wysłanej automatycznie po złożeniu oferty lub dokumentu. Wiadomość otrzymuje Wykonawca, na adres e-mail wskazany w formularzu, po kliknięciu w ikonę „Złóż ofertę”. W przypadku Wykonawcy zalogowanego na Platformie Przetargowej, czas przekazania danych jest to czas wysłania dokumentu, oferty przez Platformę Przetargową.

Zgodnie z Rozdziałem XIII SWZ - Sposób oraz termin składania i otwarcia ofert:

1. Ofertę wraz z wymaganymi dokumentami należy złożyć za pośrednictwem Platformy w terminie do 19.07.2024 r. do godz. 12:45. 2. Po upływie terminu, o którym mowa powyżej, złożenie oferty jest możliwe, jednak taka oferta, zostanie odrzucona z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp. Uwaga! O terminie złożenia oferty decyduje czas ostatecznego wysłania oferty, a nie czas rozpoczęcia jej wprowadzania. 3. Najpóźniej przed otwarciem ofert, Zamawiający udostępni na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. 4. Otwarcie ofert nastąpi w dniu 19.07.2024 r. o godz. 13:00 za pośrednictwem Platformy poprzez odszyfrowanie ofert przez Zamawiającego. 5. Zamawiający, niezwłocznie po otwarciu ofert, udostępni na stronie prowadzonego postępowania informację o: a) nazwach albo imionach i nazwiskach oraz siedzibach lub miejscach prowadzonej działalności gospodarczej albo miejscach zamieszkania wykonawców, których oferty zostały otwarte; b) cenach lub kosztach zawartych w ofertach.

W terminie składania ofert do zamawiającego wpłynęło siedem ofert, co wynika z opublikowanej na stronie prowadzonego postępowania Informacji z otwarcia ofert. (1) MMT IDEA Sp. z o.o. Sp. k. ul. Ks. Młyńskiego 37, 83-110 Tczew cena netto: 14.055.209,98 zł., cena brutto: 17.287.908,28 zł. (2) Przedsiębiorstwo Usług Technicznych „GROTEX” Sp. z o.o. ul. Wolności 191, 41-800 Zabrze cena netto: 9.651.162,83 zł., cena brutto: 11.870.930,28 zł. (3) Elektrotim S.A. ul. Stargardzka 8, 54-156 Wrocław cena netto: 13.802.583,40 zł., cena brutto: 16.977.177,58 zł. (4) ELESTER Sp. z o.o. ul. Pogonowskiego 81, 90-569 Łódź cena netto: 14.959.195,70 zł., cena brutto: 18.399.810,71 zł. (5) ZUE S.A. ul. K. Czapińskiego 3, 30-048 Kraków cena netto: 11.649.999,50 zł., cena brutto: 14.329.499,39 zł. (6) Konsorcjum firm: Balzola Polska Sp. z o.o. Al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa i Lantania SA Calle Sobrado 2 28050 Madryt cena netto: 11.995.256,11 zł., cena brutto: 14.754.165,02 zł. (7) SESTO Sp. z o.o. ul. Felsztyńskiego 50, 93-582 Łódź cena netto: 11.894.000,00 zł., cena brutto: 14.629.620,00 zł.

Jak ustalono wyżej zamawiający zapewnił możliwość korzystania z Platformy wszystkim wykonawcom zainteresowanym złożeniem oferty w postępowaniu, opisując zasady korzystania z niej w SWZ oraz regulaminie

znajdującym się na jego stronie internetowej (<https://tram-silesia.logintrade.net/rejestracja/regulamin.html>).

Od momentu wszczęcia postępowania, w tym w dniu składania ofert, żaden z wykonawców nie zgłaszał do zamawiającego lub też administratora Platformy jakichkolwiek uwag lub zastrzeżeń w zakresie jej funkcjonowania, w tym odnośnie możliwości złożenia oferty.

Ustalono także, że oferta odwołującego złożona została 24 lipca 2024 r. o godzinie 11:02:38. Z siedmiu plików, pięć zostało opatrzonych kwalifikowanym podpisem elektronicznym, kolejny (szósty) został podpisany przez Towarzystwo Ergo Hestia oraz ostatni (siódmy) plik nie posiadający podpisu tj. KRS odwołującego. Spośród pięciu plików, opatrzonych kwalifikowanym podpisem elektronicznym, cztery nie wykazują żadnych defektów. Jeden z nich, podpisany tym samym podpisem (na każdym pliku widnieje data i godzina złożenia podpisu), złożony na Formularzu oferty (wzór przekazany przez zamawiającego), uzupełniony przez wykonawcę i składany zamawiającemu, stał się przyczyną odrzucenia oferty.

Izba ustaliła ponadto, że zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy Sesto, odrzucając ofertę odwołującego z tej przyczyny, że złożony przez niego plik Formularza oferty nie został podpisany w sposób prawidłowy. Powyższe zamawiający zweryfikował za pomocą trzech niezależnych programów. Wynik weryfikacji podpisu jest następujący: „Podpis został negatywnie zweryfikowany - Skrót z wiadomości różni się od skrótu w podpisie.” - Centrum Obsługi Podpisu Elektronicznego Szafir (www.elektronicznypodpis.pl); „Nieobsługiwana struktura podpisu” - MADKOM S.A. (www.weryfikacjapodpisu.pl); „Negatywna weryfikacja integralności podpisu (...) Prawdopodobnie dane zostały zmienione” - ProCertum SmartSign. Wyżej wymienieni dostawcy usług/ oprogramowania wpisani są do rejestru dostawców usług zaufania (www.nccert.pl). Zamawiający dokonał ponadto weryfikacji podpisu przy wykorzystaniu programu Adobe Acrobat Reader, gdzie uzyskano komunikat „Podpis jest nieprawidłowy” i „Dokument został zmieniony lub uszkodzony po zastosowaniu Podpisu”.

Na powyższe zamawiający przedstawił dowody w postaci wydruku Formularza oferty (plik z Platformy) oraz raporty weryfikacji podpisu.

Izba zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, a także zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie konieczne jest przypomnienie treści przepisów, które mają zastosowanie w niniejszej sprawie.

I tak, zgodnie z art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz przejrzysty.

Zgodnie z art. 63 ust. 1 Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie o wartości równej lub przekraczającej progi unijne ofertę należy złożyć pod rygorem nieważności w formie elektronicznej.

Zgodnie z art. 78¹ § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny dla zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarczające jest złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

W myśl art. 18 ust. 1 ustawy z dnia 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej, podpis elektroniczny lub pieczęć elektroniczna weryfikowane za pomocą certyfikatu wywołują skutki prawne, jeżeli zostały złożone w okresie ważności tego certyfikatu. Przepis ten ma istotne znaczenie z punktu widzenia stosowania art. 78¹ § 1 KC, zgodnie z którym do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej konieczne są dwa elementy. Po pierwsze, złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej, po drugie, opatrzenie takiego oświadczenia woli kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

W świetle art. 32 ust. 2 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 (rozporządzenie eIDAS) nie ma wymogu dla oceny ważności kwalifikowanego podpisu elektronicznego uzyskania pozytywnego raportu weryfikacji, a jedynie zawarty został wymóg, aby system wykorzystany do walidacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego zapewniał stronie ufającej prawidłowy wynik procesu walidacji i umożliwiał stronie ufającej wykrycie wszelkich problemów związanych z bezpieczeństwem.

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

Na wstępie wskazać należy, że to obowiązkiem zamawiającego jest zapewnienie prawidłowo funkcjonującego narzędzia, za pomocą którego następuje komunikacja z wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia i to zamawiający, jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, odpowiada za prawidłowy przebieg tego postępowania. Obowiązek ten znajduje potwierdzenie m.in. w art. 10b ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający zapewnia, aby narzędzia i urządzenia wykorzystywane do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, oraz ich właściwości techniczne były niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne z produktami służącymi elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych będącymi w powszechnym użyciu oraz nie mogły ograniczać wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia. Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 22 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 15/20, to zamawiający dokonuje wyboru platformy zakupowej, jako narzędzia do przeprowadzenia postępowania i wskazując ją wszystkim wykonawcom jako instrument wykorzystywany do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, przyjmuje tym samym na siebie także ryzyko za wady i błędy tego systemu. System wskazany przez zamawiającego ma umożliwiać wszystkim wykonawcom złożenie oferty w okresie od momentu opublikowania postępowania do momentu upływu terminu składania ofert. Podobnie wypowiedziała się Izba m.in. w wyroku z dnia 14 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 2671/18.

Tym samym jeśli wystąpią jakiegokolwiek wady w działaniu narzędzia informatycznego i wskutek tego wystąpią błędy, z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy, lecz wynikające z nieprawidłowego działania narzędzia informatycznego, za pomocą którego prowadzone jest postępowanie, to okoliczność ta nie może powodować dla wykonawcy negatywnych konsekwencji. W skrajnych przypadkach, co potwierdzone zostało w orzecznictwie, taka sytuacja powodować może nawet konieczność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie budzi bowiem wątpliwości, że powyższe może mieć wpływ na ograniczenie konkurencji w postępowaniu, jak i na wynik postępowania, w szczególności w przypadku, gdyby na skutek wadliwego działania platformy zakupowej nie mogła zostać złożona i wybrana oferta, która mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza (podobnie Izba w wyrokach z dnia 7 marca 2019 r., sygn. akt KIO 217/19, z dnia 22 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 15/20).

W niniejszej sprawie nie było sporne to, że formularz ofertowy znajdujący się na platformie zakupowej zamawiającego, nie został przez zamawiającego zweryfikowany pozytywnie, co do poprawności podpisania oferty. Zamawiający podejmował szereg czynności, badając możliwość weryfikacji podpisu za pomocą różnych programów, niemniej jednak za każdym razem wynik tego działania był negatywny.

Odwolujący z kolei wskazywał, że jest w posiadaniu poprawnie podpisanego pliku Formularza oferty, który załączył i wysłał do zamawiającego (tj. na platformę). Jak twierdził jest rzeczą oczywistą to, że wykonawcy zachowują dokumenty (w tym pliki), które wysyłają w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Przy tym wykazał, że oba pliki są dokładnie tymi samymi plikami. W piśmie procesowym z 20 października 2024 r. przedstawił dowód, że oba pliki, zarówno ten z serwera ZUE, jak ten pobrany z Platformy opisany jako „Formularz oferty - załącznik 2” mają te same metadane. Jednakowa jest data ich utworzenia: 24.07.2024 10:04:50, także data zmiany obu plików: 24.07.2024 10:04:50. Data podpisu obu plików też niczym się nie różni i wskazuje na 2024/07/24 10:12:20 +02'00'. Dodatkowo pliki mają ten sam rozmiar - 352,06 KB. Trafnie zatem argumentuje odwołujący, że skoro plik pobrany z platformy zamawiającego ma ten sam znacznik czasu, taką samą datę ostatniej zmiany pliku i taki sam rozmiar - to plik znajdujący się w posiadaniu odwołującego musi być tym samym plikiem. Jak wskazują z kolei przeprowadzone i zaprezentowane przez odwołującego testy (str. 5 - 6 pisma procesowego z 20 października 2024 r.) nie ma możliwości wytworzenia dwóch różnych plików posiadających identyczną datę i godzinę złożenia podpisu przez tę samą osobę.

Powyższe, zdaniem Izby, wskazuje bezspornie, że po pierwsze plik pobrany z platformy i plik będący w posiadaniu odwołującego są takie same, zawierają tą samą treść a ponadto, że powyższy nie został poddany żadnym modyfikacjom przez odwołującego już po złożeniu podpisu. Jednocześnie, jako dowód, że nie doszło do modyfikacji pliku po złożeniu podpisu przez odwołującego - ten przedstawił zrzuty z ekranu pokazujące jaki komunikat wyświetla się w sytuacji, gdy dochodzi do modyfikacji pliku po jego podpisaniu (str. 7 pisma procesowego z 20 października 2024 r.) i różni się on od tego, który został pobrany z platformy (w przypadku, gdy dochodzi do modyfikacji pliku treść komunikatu wskazuje „podpis jest nieprawidłowy”, zaś w przypadku pobranego z platformy mowa jest o „zmienionym lub uszkodzonym dokumencie”).

Powyższe prowadzi do wniosku, że przesłany plik (tożsamy z tym, który jest w posiadaniu odwołującego) nie został uszkodzony przez samego odwołującego, zaś przyczyn jego uszkodzenia należy poszukiwać w czynnikach zewnętrznych, w tym przypadku w działaniu platformy przetargowej Logintrade, za działanie której jak wskazano wyżej zamawiający ponosi, w świetle

cytowanych przepisów, odpowiedzialność.

Należy w tym miejscu podkreślić, że jak wskazują zapisy w Rozdziale VIII SWZ: „oferty załączone przez Wykonawcę na Platformie i przesłane do czasu upływu terminu otwarcia ofert są zaszyfrowane i nie ma możliwości ich zobaczenia ani otwarcia. Możliwość otworzenia plików dostępna jest dopiero po odszyfrowaniu przez Zamawiającego za pomocą kodów autoryzacyjnych otrzymanych po upływie terminu otwarcia ofert”. Tym samym od momentu umieszczenia plików na platformie Logintrade, aż do upływu terminu składania ofert, wykonawca nie ma możliwości ani podglądu pliku, ani też jego modyfikacji. W konsekwencji nie budzi wątpliwości składu orzekającego, że po umieszczeniu pliku na platformie, ten działa już w środowisku, które zostało zapewnione i wybrane przez zamawiającego, za które to on ponosi odpowiedzialność.

Nie ulega wątpliwości, że przekazany na Platformę plik jest następnie szyfrowany, a następnie musi zostać odszyfrowany, w celu umożliwienia jego odczytania, za pomocą algorytmów, które nie są znane odwołującemu, a jedynie właścicielowi Platformy. Sporne natomiast w niniejszej sprawie jest czy w wyniku tego procesu mogło dojść do zmiany struktury plików jak twierdzi odwołujący czy też, jak wyjaśnia w odpowiedzi mailowej z 12 sierpnia 2024 r. Logintrade szyfrowanie nie zmienia struktury plików i nie ingeruje w podpis elektroniczny.

W tym zakresie Izba przyznała rację odwołującemu z tej przyczyny, że stwierdzony błąd polegał na zmianach w strukturze pliku (w pliku z platformy w linii 295 znajduje się „Evę” (została więc dodana literka „ę”), podczas gdy w pliku znajdującym się u odwołującego jest „Ev”). Z kolei sytuacja taka mogła wynikać z przyczyn, jakie opisuje odwołujący na rozprawie,

że w przypadku tego jednego formularza, w którym podpis nachodził na nagłówek z grafiką, doszło do zakłócenia procesu szyfrowania, w wyniku czego wynik weryfikacji złożonego podpisu był negatywny. Przy tym, jak wskazywał odwołujący, czemu zamawiający

nie zaprzeczył miejsce, w którym taki podpis jest składany nie jest zależny od odwołującego i wybierane jest losowo.

Izba zważyła także, że odwołujący wykazał się w tym zakresie inicjatywą dowodową, zwracając się do zamawiającego, jak i Logintrade o przekazanie tzw. sum kontrolnych pliku, jaki został wgrany na platformę Logintrade (a więc pliku, jaki został „upuszczony” na platformie o 11:01:02, jeszcze przed jego zaszyfrowaniem), ewentualnie samego tego pliku. Powyższe umożliwiłoby weryfikację czy do błędu doszło po stronie odwołującego, czy też nie.

Pomimo wnioskowania o przekazanie tych danych, Logintrade odmówił ich udostępnienia, powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa stwierdzając, że ich przekazanie mogłoby doprowadzić do wyjawienia informacji pozwalających na łatwe zidentyfikowanie rozwiązań technicznych przez niego stosowanych (pismo z 7 października 2024 r.). W obliczu tego, że wnioskowana informacja miała dotyczyć wyłącznie pliku, który został przygotowany przez odwołującego, a który następnie został umieszczony na platformie Logintrade - fakt odmowy udzielenia takiej informacji jest niezrozumiały. Może też wskazywać na błąd leżący po stronie Platformy. Logintrade jest bowiem jednym z wielu podmiotów, które udostępniają swoje narzędzie i nie leży w jego interesie przyznawanie się do błędów w funkcjonowaniu narzędzia, które zapewnia. Zauważyć należy bowiem, że nawet jeśli przekazanie tych danych wiązałoby się z przekazaniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Logintrade to mógłby on przekazać je wyłącznie zamawiającemu, z zastrzeżeniem, że nie mogą być udostępnione innym podmiotom. Zamawiającemu z kolei pozwoliłoby to na ocenę czy mamy do czynienia z błędem leżącym po stronie odwołującego czy też doszło do zmian w strukturze pliku podczas jego szyfrowania.

W tym świetle należy negatywnie oceniać odmowę Logintrade dostarczenia informacji o sumie kontrolnej tego pliku (jak i samego pliku) z powołaniem się na tajemnicę swojego przedsiębiorstwa. Z kolei zamawiający, powołując się wyłącznie na odmowę udostępnienia tych danych, który odpowiada za działanie narzędzia, które następnie udostępnia wykonawcom, nie podjął się nawet próby wykazania, że przyczyny techniczne które uniemożliwiły prawidłową weryfikację podpisu nie powstały po jego stronie.

Izba w niniejszej sprawie wzięła pod uwagę to, że odwołujący opatrywał tym samym podpisem wszystkie dokumenty składane tego dnia zamawiającemu, wraz z ofertą i, że te dokumenty przeszły pozytywną weryfikację. Nadto odwołujący, po otrzymaniu informacji o odrzuceniu jego oferty, wysłał do dostawcy podpisu opis całej sytuacji w tym plik naprawiony (tj. plik ściągnięty z platformy z poprawionym kodem) i otrzymał informację, iż także u Asseco plik „naprawiony” weryfikuje się prawidłowo co dwukrotnie potwierdził Asseco. Dostawca podpisu elektronicznego stwierdził, że zastosowany podpis jest prawidłowy, a problem powstał w związku z funkcjonowaniem platformy Logintrade, co wynika z wiadomości mailowej z dnia 20 września 2024 r.

Izba, biorąc zatem pod uwagę całokształt okoliczności tj., że pomimo jednoznacznej oceny dokonanej przez Asseco, że istnieje duże prawdopodobieństwo uszkodzenia pliku poza systemem informatycznym podmiotu podpisującego, nie podjął wystarczających działań zmierzających do ustalenia przyczyn powstałych błędów.

Zamawiający w rzeczywistości skupił się wyłącznie na tym, że podstawowa weryfikacja podpisu nie przyniosła pozytywnego rezultatu, nie podejmując się nawet próby ustalenia przyczyn tego stanu rzeczy. Izba nie neguje, że zamawiający użył kilku programów do weryfikacji, jednak nie ustalił w ocenie Izby w sposób nie budzący wątpliwości powodów braku pozytywnej weryfikacji.

Izba tym samym wzięła pod uwagę, że przyczyny braku walidacji mogą wynikać tak z przyczyn technicznych po obu stronach tj. zamawiającego jak i odwołującego, ale także z przyczyn niezależnych od żadnej ze stron, w właściwych danego rodzaju podpisom i nie oznaczają braku złożenia kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Z ustaleń poczynionych przez Izbę wynika, że odwołujący opatrzył swoją ofertę złożoną w dniu 24 lipca 2024 r. kwalifikowanym podpisem elektronicznym, który jednak nie dał się zweryfikować w programach użytych przez zamawiającego. Zamawiający, który podjął wprawdzie próby ustalenia przyczyn braku weryfikacji, poprzestał na zapewnieniach dostawcy Platformy (Logintrade), że nie doszło do błędów po jego stronie. Ten sam dostawca odmówił jednak przekazania sumy kontrolnej pliku, jaka została odczytana przez serwer platformy po jego umieszczeniu na platformie, a przed szyfrowaniem co pozwoliłoby na jednoznaczną ocenę czy plik „upuszczony” przez odwołującego na platformie był podpisany prawidłowo i możliwy do zweryfikowania, zaś błąd powstał na etapie późniejszym. Powyższe jest o tyle niezrozumiałe, że zamawiający nie domagał się od dostawcy żadnych danych pozwalających na stosowanych przez niego rozwiązań technicznych w procesie szyfrowania. Odwołujący z kolei konsekwentnie wskazywał zamawiającemu, że złożył poprawny podpis elektroniczny, który przechodził pozytywnie przez pogłębioną weryfikację dokonaną przez dostawcę usługi.

Izba uznała zatem, że w istniejącym stanie faktycznym zamawiający nie ustalił ponad wszelką wątpliwość, że oferta złożona mu w dniu 24 lipca 2024 r. jest ofertą z podpisem elektronicznym, której integralność została naruszona, czy też która została podpisana podpisem nie posiadającym ważnego certyfikatu. Zamawiający nie podjął nawet próby wykazania odwołującemu, że brak prawidłowej weryfikacji podpisu jest wynikiem działania odwołującego, a nie platformy zakupowej, czy samego zamawiającego. Zamawiający pominął także dowody przedłożone mu przez odwołującego. W ocenie Izby ten stan faktyczny powoduje, że zamawiający nie wykazał w uzasadnieniu faktycznym podstaw odrzucenia, że oferta nie została sporządzona lub przekazana w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi lub organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego.

Należy wskazać ponadto, że do analogicznych wniosków jak w rozpoznawanej sprawie, doszła Izba w Wyroku z 30 sierpnia 2021 r., sygn. akt KIO 2051/21. Izba wskazała między innymi, że „Zamawiający w rzeczywistości skupił się na tym, że podstawowa weryfikacja podpisu nie przyniosła pozytywnego rezultatu, nie podejmując się nawet próby ustalenia przyczyn tego stanu rzeczy. Izba nie neguje, że zamawiający użył kilku programów do weryfikacji, jednak nie ustalił w ocenie Izby w sposób nie budzący wątpliwości powodów braku pozytywnej weryfikacji.” Dalej stwierdziła: „zamawiający powinien wykazać odwołującemu w odrzuceniu jego oferty fakt, że brak możliwości pozytywnej weryfikacji wynika z przyczyn od odwołującego zależnych.”

Powyższe skutkowało uznaniem, że zamawiający naruszył przepis art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp odrzucając ofertę odwołującego z tego powodu, że według niego ta nie została prawidłowo podpisana, podczas gdy odwołujący złożył ofertę należycie podpisaną. Przyczyn „negatywnej weryfikacji integralności podpisu” należy zaś poszukiwać po stronie zamawiającego i wybranej przez niego Platformy do przeprowadzenia postępowania.

W konsekwencji Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie, a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7

ust. 1 pkt 1 w związku z § 5 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 (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca:.....