

Sygn. akt: KIO 3682/23

WYROK

z dnia 22 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Elżbieta Dobrenko

Protokolantka:

Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 grudnia 2023 r. przez wykonawcę **MOZAIK KIADÓ és Oktatasi Stúdió Korlátolt Felelősségű Tarsaság z siedzibą w Szeged**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Województwo Mazowieckie**

przy udziale wykonawcy **M. R., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Horyzont M. R.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu z pkt 1 oraz zarzutu z pkt 3 odwołania

i nakazuje Zamawiającemu:

1.1. unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty,

1.2. unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego;

1.3. powtórzenie czynności oceny i wyboru ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

2. w pozostałym zakresie oddać odwołanie,

3. kosztami postępowania obciążyć Zamawiającego w ½ oraz Odwołującego w ½ i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 9.300 zł (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem ½ wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 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.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt KIO 3682/23

Uzasadnienie

Zamawiający Województwo Mazowieckie, dalej: „Zamawiający” prowadzi, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: „Dostawa oprogramowania edukacyjnego wraz z instrukcją wdrożeniową na potrzeby Zamawiającego oraz Partnerów w projekcie „Mazowiecki program przygotowania szkół nauczycieli i uczniów do nauczania zdalnego”, dalej: „Postępowanie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 października 2023 r. pod numerem 2023/S 204-640501.

W dniu 7 grudnia 2023 r. wykonawca MOZAIK KIADÓ és Oktatasi Stúdió Korlátolt Felelősségű Tarsaság z siedzibą w Szeged wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegających na:

1) odrzuceniu oferty Odwołującego;

2) wyborze jako najkorzystniejszej oferty Horyzont M. R. z pominięciem oferty Odwołującego się.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1) naruszenie art. 253 ust. 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp – poprzez niesporządzenie uzasadnienia stanu faktycznego przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego oraz brak uzasadnienia prawnego przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego, przez co Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu zweryfikowanie prawidłowości podejmowanej czynności. Organ poprzestał na powołaniu podstawy prawnej decyzji, w tym również do odrzucenia oferty na podstawie „odrębnych przepisów” nie wskazując na konkretne przepisy,

2) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 63 ust. 1 Pzp w zw. z art. 78¹ kodeksu cywilnego w zw. z art. 6 ust. 1 i art. 25 ust. 3 w zw. z art. 32 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 (dalej: e-IDAS), w zw. z art. 22 ust. 6 pkt c Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE poprzez uznanie, że:

- o oferta Odwołującego nie została złożona w formie elektronicznej, podczas gdy Odwołujący złożył ofertę z kwalifikowanym podpisem elektronicznym zawierającym kwalifikowany certyfikat podpisu elektronicznego i nieprzeprowadzenie walidacji podpisu Odwołującego,
- o wymagania złożenia oferty w postaci elektronicznej i opatrzenia go kwalifikowanym podpisem elektronicznym jest wymaganiem nadmiernym utrudniającym oferentom złożenie zamówienia,

3) naruszenie art. 239 ust. 1 w zw. z art. 253 ust. 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp – poprzez dokonanie wyboru oferty Horyzont M.R. jako najkorzystniejszej z pominięciem oceny oferty Odwołującego pomimo, że oferta Odwołującego została przez Zamawiającego bezpodstawnie odrzucona.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podkreślił, że w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający stwierdził, że jego oferta została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 63 ust. 1 ustawy – oferta jest niezgodna z przepisami ustawy oraz na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4 – oferta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów

i wskazał, że zgodnie z art. 253 ust. 2 w informacji o odrzuceniu oferty Zamawiający jest zobowiązany do podania uzasadnienia prawnego oraz faktycznego.

Czynność Zamawiającego nie spełniała w żadnym stopniu powyższego wymagania. Przedstawiona podstawa odwołania wskazuje na zastrzeżenia Zamawiającego co do podpisu oferty przez Odwołującego, ale z treści zawiadomienia nie wynika przyczyna faktyczna powodująca zastosowanie tej podstawy prawnej. Odwołujący nie otrzymał w wyczerpującej informacji pozwalającej na dokonanie oceny czynności Zamawiającego, a wobec tego zmuszony jest do domyślania się przyczyny. W ocenie Odwołującego, Zamawiający odrzucił jego ofertę ze względu na niepodpisanie jej kwalifikowanym podpisem elektronicznym certyfikowanym w Polsce i nie był w stanie dokonać sprawdzenia podpisu złożonego przez Odwołującego, który posłużył się węgierskim podpisem certyfikowanym. Jednak ze względu na brak jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego i prawnego powyższe jest jedynie domysłem Odwołującego. Rolą Zamawiającego jest wyjaśnienie swoich działań w sposób niebudzący wątpliwości. Wskazanie jedynie na zastosowanie określonego przepisu nie pozwala na ocenę subsumpcji, a nawet na ustalenia, czy jakkolwiek subsumpcja miała miejsce. Zamawiający

w żaden sposób nie wyjaśnił stanu faktycznego stanowiącego podstawę swojego działania

i zastosowania przytoczonych przez siebie pod przepisów. Odwołujący wskazał, że przytoczona podstawa prawna art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi przesłankę otwartą i odwołanie do nieważności na podstawie przepisów odrębnych. Zamawiający nie przytaczając zastosowanych przez siebie przepisów odrębnych uniemożliwił całkowicie dokonanie oceny dokonanej czynności.

Odwołujący wskazał, że doktryna i orzecznictwo są jednolite w zakresie znaczenia uzasadnienia prawnego i faktycznego dla prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty ma doniosłe znaczenie, dlatego nie może być lakoniczne i niekompletne. Zamawiający przekazując wykonawcom informacje, o których mowa w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, w tym również o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, obowiązany jest podać uzasadnienie faktyczne i prawne, także w przypadku odrzucenia oferty. Uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty powinno w sposób jednoznaczny i zrozumiały dla wykonawców (niebudzący żadnych wątpliwości) wskazywać powody odrzucenia. Brak jednoznacznego i zrozumiałego za wykonawców uzasadnienia oferty może stanowić podstawę wniesienia odwołania wobec czynności odrzucenia.

Odwołujący podkreślił, że jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający ma obowiązek podać wykonawcom uzasadnienie faktyczne podejmowanej czynności w taki sposób, aby możliwe było zweryfikowanie jej prawidłowości. Wykonawcy nie powinni być stawiani w sytuacji, że muszą domyślać się powodów, dla których czynność została dokonana przez Zamawiającego. W razie wniesienia odwołania na czynność zamawiającego unieważnienia postępowania, Izba bada jej zasadność z uwzględnieniem informacji podanych w zawiadomieniu o jej dokonaniu, w szczególności z uwzględnieniem wskazanych okoliczności faktycznych, a nie tylko podanych przepisów prawa, czy fragmentów orzeczeń wydanych w innych sprawach. Niedopuszczalnym jest, aby wykonawca kwestionujący zasadność podjętych wobec jego oferty przez zamawiającego czynności, samodzielnie zidentyfikował przyczyny wykluczenia go z postępowania, a następnie w oparciu o poczynione założenia, przedstawiał w odwołaniu argumenty przemawiające za nietrafnością domniemyanych przyczyn decyzji zamawiającego. Zamawiający jest zobowiązany podać uzasadnienie podejmowanych czynności, tak aby zagwarantować wykonawcom możliwość ich weryfikacji w toku procedury

odwoławczej. W szczególności uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela mógł do wskazanych przez zamawiającego okoliczności w pełni ustosunkować się wnosząc odwołanie.

Odwołujący wskazał, że całkowity brak uzasadnienia faktycznego uniemożliwił prawidłowe skorzystanie przez Odwołującego z uprawnień do odwołania. Brak możliwości ustosunkowania się Odwołującego do czynności podjętych przez Zamawiającego stanowi podstawę unieważnienia czynności Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 grudnia 2011 r., sygn. akt KIO 2503/11 wskazała, że czynność odrzucenia oferty Odwołującego jest niezgodna z przepisami Pzp przez sam fakt nieprzedstawienia uzasadnienia faktycznego tej czynności. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego tak, aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł do wskazanych się przez zamawiającego uchybień ustosunkować, wnosząc odwołanie. Wykonawcy nie mogą domyślać się podstaw decyzji zamawiającego ani domniemywać zakresu stwierdzonych przez niego nieprawidłowości w ofertach. Odwołujący wskazał, że czynności Zamawiającego w postaci odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru najkorzystniejszej oferty podlegały unieważnieniu.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego dyskryminacji wykonawcy wspólnotowego Odwołujący wskazał, że zarzucą Zamawiającemu dyskryminację ze względu na skorzystanie z usług węgierskiego dostawcy kwalifikowanego podpisu elektronicznego.

Odwołujący wskazał, że na stronie Zamawiającego - dostęp 6.12.2023 godzina 14:59, zamieszczony jest link do polskich dostawców kwalifikowanych podpisów elektronicznych.

Link przenosi na stronę Narodowego Centrum Certyfikacji - , gdzie

w zakładce rejestr usługi kwalifikowane znajduje się Rejestr dostawców usług zaufania oferujących usługi kwalifikowane. Lista ta odnosi się wyłącznie do podmiotów i usług certyfikowanych w Polsce, co w związku z decyzją o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz wskazaną podstawą prawną pozwala domniemywać, że Zamawiający nie dokonał prawidłowej walidacji podpisu Odwołującego.

Zgodnie z art. 25 ust. 3 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z 23 lipca 2014 r. – eIDAS, kwalifikowany podpis elektroniczny oparty na kwalifikowanym certyfikacie, wydanym w jednym państwie członkowskim jest uznawany za kwalifikowany podpis elektroniczny we wszystkich pozostałych państwach członkowskich.

W związku z powyższym, zgodnie z art. 63 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w związku

z art. 78¹ § 1 Kodeksu cywilnego, wykonawca w ramach postępowania przetargowego jest uprawniony do podpisania oferty kwalifikowanym podpisem elektronicznym wydanym w innym państwie członkowskim niż Polska.

W związku z tym Odwołujący był uprawniony do złożenia oferty elektronicznym podpisem kwalifikowanym certyfikowanym przez NISZ National Infocommunications Services Company Limited by Shares. Odwołujący, działając w zaufaniu do narzędzia umożliwiającego danie ważności certyfikatu podpisu na dokumencie, udostępnionego przez Komisję Europejską na stronie <https://eidas.ec.europa.eu/efda/tl-browser/#/screen/search/file/1> podpisał dokument za pomocą podpisu AVDH, który zgodnie z informacją posiada kwalifikowany certyfikat podpisu elektronicznego CA/QC.

Odwołujący wskazał, że mając na uwadze uzasadnione wątpliwości do prawidłowości walidacji podpisu - brak jakiegokolwiek dowodu na przeprowadzenie walidacji i wyników walidacji,

o której mowa w art. 32 Rozporządzenia eIDAS. Zamawiający nie przedstawił stanu faktycznego pozwalającego na ocenę, że oferta Odwołującego nie została złożona w formie elektronicznej.

Ponadto Odwołujący wskazał, że wymaganie złożenia oferty w formie elektronicznej jest wymaganie nadmiernym w stosunku do treści Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, zgodnie z art. 22 ust. 6 pkt c, przewidującym dodatkowe wymogi niż określone w Załączniku IV w przypadku korzystania z elektronicznego kanału składania i odbierania ofert.

Państwa członkowskie lub instytucje zamawiające są zobowiązane do akceptowania zaawansowanych podpisów elektronicznych opartych na kwalifikowanych certyfikatach, uwzględniając czy te certyfikaty są wystawione przez podmiot świadczący usługi certyfikacyjne wymieniony na zaufanej liście przewidzianej w decyzji Komisji 2009/767/WE, składane za pomocą bezpiecznego urządzenia służącego do składania podpisów lub bez takiego urządzenia, o ile spełnione są następujące warunki:

(i) instytucje zamawiające ustanawiają wymagany format zaawansowanego podpisu

w oparciu o formaty ustanowione decyzją Komisji 2011/130/UE (29) oraz wprowadzają niezbędne środki umożliwiające techniczne przetwarzanie tych formatów; w przypadku gdy stosowany jest inny format podpisu elektronicznego, taki podpis lub elektroniczny nośnik dokumentu muszą zawierać informację o istniejących metodach weryfikacji, odpowiadają państwa członkowskie. Metody weryfikacji umożliwiają instytucji zamawiającej weryfikację - w trybie online, nieodpłatnie i w sposób zrozumiały dla osób niebędących rodzimymi użytkownikami danego języka -

otrzymanego podpisu elektronicznego jako zaawansowanego podpisu elektronicznego opartego na kwalifikowanym certyfikacie. Państwa członkowskie przekazują Komisji informacje na temat podmiotu świadczącego usługi weryfikacji a Komisja podaje informacje otrzymane od państw członkowskich do wiadomości publicznej w internecie;

(ii) jeżeli oferta jest podpisywana z wykorzystaniem kwalifikowanego certyfikatu, który jest umieszczony na zaufanej liście, instytucje zamawiające nie mogą stosować dodatkowych wymogów mogących utrudnić oferentom korzystanie z tych podpisów.

Z powyższego wynika, że oferta złożona za pomocą kanału komunikacji elektronicznej przy wykorzystaniu podpisu elektronicznego z kwalifikowanym certyfikatem nie może zostać odrzucona, a stosowanie dodatkowych wymogów stanowi utrudnianie w udziale w postępowaniu.

Zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 4 grudnia 1974 r. Yvonne van Duyn przeciwko Home Office (Sprawa 41-74) dyrektywa ma bezpośredni skutek, jeżeli jej przepisy są bezwarunkowe oraz wystarczająco jasne i precyzyjne.

W odniesieniu do zarzutu wadliwości wyboru najkorzystniejszej oferty, Odwołujący wskazał, że w wyniku odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający dokonał wyboru oferty Horyzont M. R. jako oferty najkorzystniejszej. Ocena i wybór oferty została dokonana przez Zamawiającego z pominięciem oceny oferty Odwołującego, która zostałaby bezpodstawnie odrzucona. W związku z tym Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty nie poddając ocenie wszystkich ofert podlegających ocenie. Zamawiający dokonał wyboru przedwcześnie w oparciu o niepełne porównanie ofert, a tym samym naruszył art. 239 ust. 1 Pzp.

W odpowiedzi na odwołanie w piśmie z dnia 19 grudnia 2023 r. Zamawiający oświadczył, że nie uwzględni zarzutów odwołania.

Zamawiający wskazał, że odrzucił ofertę Odwołującego, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3,

w związku z art. 63 ust. 1 ustawy, ponieważ oferta była niezgodna z przepisami ustawy oraz na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp – oferta była nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Zgodnie z art. 3 pkt 1 ustawy z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym - podpis elektroniczny oznacza 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. Zamawiający wyjaśnił, że wykonawca złożył ofertę, która została opatrzona podpisem elektronicznym niewskazującym osoby składającej podpis. Wykonawca opatrzył ofertę podpisem niekwalifikowanym, co jest niezgodne z zapisami ustawy jak wyżej oraz z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia. W dniu 27 listopada 2023 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców, w tym Odwołującego poprzez wysłanie wiadomości za pośrednictwem platformy zakupowej

o wyborze najkorzystniejszej oferty i wykonawcach, których oferty zostały odrzucone podając wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zamawiający wskazał, że przeprowadził badanie pliku pdf 1__formularz_oferty_120.pdf na stronie Komisji Europejskiej: <https://eidas.ec.europa.eu/efda/tl-browser/#/screen/home>, w celu określenia, czy na rzeczonym pliku znajdują się podpisy elektroniczne zgodne

z rozporządzeniem eIDAS. Podpisy takie nie zostały wykryte "results(0)" (zrzut ekranu), co oznaczało, że plik nie został opatrzony podpisem kwalifikowanym.

Ponadto Zamawiający wskazał, że przeprowadził dwukrotnie, przy użyciu dwóch różnych kwalifikowanych walidatorów, badanie pliku. Wynik badania przeprowadzony w Web Notarius wskazał, że podpis złożony na ofercie nie jest podpisem kwalifikowanym.

Zamawiający podkreślił, że oferta zgodnie z ustawą powinna być złożona w formie elektronicznej. Forma elektroniczna to PLIK opatrzony podpisem kwalifikowanym. Postać to PLIK. Zatem postawienie wymogu opatrzenia postaci (pliku) podpisem kwalifikowanym jest de facto parafrazą ustawowej „formy elektronicznej” i oznacza opatrzenie pliku podpisem kwalifikowanym. Nie ma tutaj mowy o jakimkolwiek stawianiu nadmiernych wymagań, ponieważ są to wymagania ustawowe.

Niektóre z pozostałych plików załączonych do oferty zostały opatrzone pieczęciami elektronicznymi opartymi, co prawda na kwalifikowanym certyfikacie, ale niespełniające wymogów ustawowych i niebędące kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Odwołujący do złożenia podpisów użył oprogramowania DocuSign, który jest międzynarodowym odpowiednikiem często spotykanego w Polsce oprogramowania Autenti i sposób naniesienia podpisu lub pieczęci może być bardzo różnorodna - domyślnie oprogramowanie, to może mieć ustawienia inne niż wymagane przez ustawę. O niezrozumieniu tej materii przez Odwołującego może świadczyć fakt, że plik „1__formularz_oferty_120” oraz plik „MozaikEducation_espd-response_2023Nov17” zostały podpisane zwykłym niekwalifikowanym podpisem elektronicznym, natomiast pliki zaczynające się od „avdhA1”, „avdhA2”, „avdhA5”, „avdhA8”, zostały opatrzone

pieczęciami elektronicznymi opartymi na kwalifikowanym certyfikacie. Odwołujący mógł mieć na myśli, że faktycznie użył kwalifikowanego certyfikatu, ale nie złożył podpisu, tylko pieczęć elektroniczną na formularzach.

Podpis kwalifikowany wykorzystywany przez wykonawcę do podpisywania wszelkich plików musi spełniać wymagania Rozporządzenia 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, co oznacza, że zgodnie z tym rozporządzeniem 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. Jest poświadczony specjalnym certyfikatem kwalifikowanym, który umożliwia weryfikację składającej podpis osoby. Tylko ta osoba, do której podpis i certyfikat są przyporządkowane, może go używać.

Oprócz tego zaawansowany podpis elektroniczny musi spełniać następujące wymogi:

- 1) jest unikalnie przyporządkowany podpisującemu,
- 2) umożliwia ustalenie tożsamości podpisującego,
- 3) jest składany przy użyciu danych służących do składania podpisu elektronicznego, których podpisujący może, z dużą dozą pewności, użyć pod wyłączną swoją kontrolą,
- 4) jest powiązany z danymi podpisanymi w taki sposób, że każda późniejsza zmiana danych jest rozpoznawalna.

Zamawiający wyjaśnił również, że na stronie prowadzonego postępowania widnieje pomocnicza informacja o rodzajach podpisów, jakimi może posłużyć się wykonawca. Dla Wykonawcy wiążącym jest SWZ. Ani systemowe zapisy na stronie prowadzonego postępowania, ani tym bardziej wiążący SWZ nie ograniczają w żaden sposób możliwości stosowania podpisów kwalifikowanych. Zamawiający akceptował wszelakie podpisy kwalifikowane spełniające eIDAS, a domniemanie jakoby Zamawiający nie dokonał prawidłowej walidacji podpisu było błędne. Udowodnił to poprzez przekazanie szeregu dowodów walidacji podpisów, które stanowią załącznik do pisma Zamawiającego.

Zamawiający zwrócił również szczególną uwagę na fakt, że każdy plik, który podlega weryfikacji (walidacji) ma tzw. swoją sumę kontrolną, a to dlatego żeby mieć pewność, że nigdy nie naruszy się integralności struktury tegoż podpisu. Tak samo, jak żadne dwie osoby nie mogą mieć takich samych odcisków palców, tak samo żadne dwa pliki nie mogą mieć nigdy takich samych wartości sum kontrolnych. Jeśli plik został zmodyfikowany, jego suma kontrolna będzie inna niż przed dokonaniem modyfikacji. Dlatego Zamawiający dołączył

do niniejszego pisma pliki zawierające weryfikację oferty oraz walidację plików z sumą kontrolną każdego z nich.

Oprócz tego, Zamawiający na potwierdzenie prawidłowości i zasadności swoich argumentów załączył opinię wykonaną przez M. T., partnera w Obserwatorium.biz, eksperta normalizacyjnego podpisu elektronicznego, uczestniczącego w pracach komitetu technicznego ESI ETSI (Europejskiego Instytutu Norm Telekomunikacyjnych) oraz eksperta Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji ds. identyfikacji, uwierzytelnienia i podpisu elektronicznego.

W odniesieniu do zarzutu nr 3 odwołania, Zamawiający wskazał, że nie uwzględnił zarzutu nieprawidłowego wyboru Wykonawcy Horyzont M. R. i tym samym podtrzymał dotychczasowe stanowisko, uznając że oferta ww. Wykonawcy została wybrana w sposób prawidłowy.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:

Izba stwierdziła, że żadna z przesłanek wskazanych w art. 528 ustawy Pzp, których skutkiem jest odrzucenie odwołania nie wystąpiła.

Izba uznała, że Odwołujący wykazał spełnienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpił wykonawca Maciej Roth, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Horyzont M. R., zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przystępujący w piśmie z dnia 19 grudnia 2023 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego na posiedzeniu i rozprawie.

Izba rozpoznając odwołanie uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie

z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust.

2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba zaliczyła do materiału dowodowego sprawy dokumenty pochodzące z akt sprawy odwoławczej, dokumenty stanowiące załączniki do odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz pisma uczestnika.

Stan faktyczny ustalony przez Izbę

W § 14 w ust. 5 SWZ Zamawiający wskazał, że ofertę wraz z załącznikami w przedmiotowym postępowaniu, zgodnie z art. 63 ust. 1 p.z.p, przygotowaną w języku polskim, składa się pod rygorem nieważności wyłącznie w formie elektronicznej (art. 78¹ Kodeksu cywilnego określa, że do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wymagane jest spełnienie dwóch przesłanek: złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej oraz opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym), w ust. 16, że ofertę z załącznikami, w tym JEDZ, Wykonawca podpisuje kwalifikowanym podpisem elektronicznym, wystawionym przez dostawcę kwalifikowanej usługi zaufania, będącego podmiotem świadczącym usługi certyfikacyjne – podpis elektroniczny, spełniające wymogi bezpieczeństwa określone w ustawie z dnia 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1797).

W dniu 27 listopada 2023 r. Zamawiający poinformował, że jako najkorzystniejszą wybrał ofertę Przystępującego oraz że w przedmiotowym postępowaniu w części I i II odrzucono ofertę Odwołującego.

W uzasadnieniu faktycznym i prawnym Zamawiający wskazał: Oferta ww. Wykonawcy została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3, w związku z art. 63 ust. 1 ustawy – oferta jest niezgodna z przepisami ustawy oraz na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy – oferta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. W toku badania i oceny oferty Zamawiający stwierdził, że Wykonawca złożył ofertę, którą opatrzył podpisem niekwalifikowanym, co jest niezgodne z zapisami ustawy jak wyżej oraz z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w § 14 ust. 5 oraz ust. 16 specyfikacji warunków zamówienia (SWZ).

W postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej progi unijne ofertę przygotowaną w języku polskim, zgodnie z art. 63 ust. 1 ustawy składa się pod rygorem nieważności wyłącznie w formie elektronicznej.

Art. 78¹ Kodeksu cywilnego określa, że do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wymagane jest spełnienie dwóch przesłanek: złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej oraz opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Kwalifikowanym podpisem elektronicznym oznacza - wystawionym przez dostawcę kwalifikowanej usługi zaufania, będącego podmiotem świadczącym usługi certyfikacyjne – podpis elektroniczny, spełniające wymogi bezpieczeństwa określone w ustawie z dnia 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1797).

Ponadto podpis kwalifikowany wykorzystywany przez Wykonawcę do podpisywania wszelkich plików musi spełniać wymagania Rozporządzenia 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, co oznacza, że zgodnie z tym rozporządzeniem 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. Jest poświadczony specjalnym certyfikatem kwalifikowanym, który umożliwia weryfikację składającej podpis osoby. Tylko ta osoba, do której podpis i certyfikat są przyporządkowane, może go używać.

Oprócz tego zaawansowany podpis elektroniczny musi spełniać następujące wymogi:

- 1) jest unikalnie przyporządkowany podpisującemu,
- 2) umożliwia ustalenie tożsamości podpisującego,
- 3) jest składany przy użyciu danych służących do składania podpisu elektronicznego, których podpisujący może, z dużą dozą pewności, użyć pod wyłączną swoją kontrolą,
- 4) jest powiązany z danymi podpisanymi w taki sposób, że każda późniejsza zmiana danych jest rozpoznawalna.

W związku z powyższym oferta ww. Wykonawcy podlega odrzuceniu.

W dniu 7 grudnia 2023 r. Odwołujący wniósł odwołanie od czynności odrzucenia jego oferty.

Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty podniesione w pkt 1 i 3 odwołania okazały się zasadne, natomiast zarzut nr 2 odwołania został przez Izbę oddalony jako niezasadny.

W odniesieniu do zarzutu nr 1 odwołania, Izba wskazuje:

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

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych

przepisów.

Stosownie z art. 63 ust. 1 ustawy 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 konkursie, oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej lub postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

Zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone – podając uzasadnienie faktycznie i prawne.

Obowiązkiem zamawiającego jest podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego tak

w odniesieniu do informacji dotyczących wyboru oferty najkorzystniejszej, jak i informacji

o odrzuceniu oferty. Wymóg uzasadnienia stanowiska zamawiającego w odniesieniu do odrzucenia oferty, zgodnie z art.

253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, nie spełnia wyłącznie podanie podstawy prawnej zamiast uzasadnienia faktycznego i prawnego. Podanie podstaw faktycznych odrzucenia oferty czy wyboru oferty najkorzystniejszej i odpowiednie ich opisanie jest ściśle związane z prawem wykonawców do korzystania ze środków ochrony prawnej, gdyż skuteczne podniesienie zarzutów względem takich czynności jest możliwe jedynie, gdy podstawy faktyczne ich dokonania zostały wykonawcom wyjaśnione, tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz Wydanie II pod redakcją H. N., M. W., Warszawa 2023 r, str. 775.

Należy podkreślić, że Izba ocenia czynności dokonane przez zamawiającego w postępowaniu w oparciu o uzasadnienie tych czynności oraz dokumenty, które stanowią podstawę decyzji Zamawiającego. W niniejszej sprawie, Izba ustaliła, iż oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 63 ust. 1 ustawy Pzp jako oferta niezgodna

z przepisami ustawy oraz na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy – oferta nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający wskazał podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego, natomiast jeśli chodzi o uzasadnienie faktyczne wskazał jedynie, że w trakcie badania i oceny oferty stwierdził, że wykonawca złożył ofertę, którą opatrzył podpisem niekwalifikowanym, co jest niezgodne z zapisami ustawy oraz wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SWZ.

Izba stwierdziła, że poza przytoczonym powyżej stwierdzeniem: *„wykonawca złożył ofertę, którą opatrzył podpisem niekwalifikowanym, co jest niezgodne z zapisami ustawy oraz wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SWZ, uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego nie zawierało wskazania jakichkolwiek dalszych, bardziej szczegółowych przyczyn decyzji Zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego było lakoniczne.*

Izba wskazuje, że zamawiający nie może przedstawić jedynie wyniku czynności, które złożyły się na ocenę oferty. Zamawiający ma obowiązek wskazania, jakie przyczyny legły u podstaw jego decyzji oraz ich wyjaśnienie.

Podstawa faktyczna odrzucenia oferty Odwołującego nie została wyjaśniona przez Zamawiającego.

Izba podkreśla, że prawidłowe i szczegółowe uzasadnienie czynności odrzucenia oferty przez zamawiającego ma istotne znaczenie, ponieważ stanowi ono podstawę podjęcia przez wykonawcę decyzji o skorzystaniu ze środka ochrony prawnej, jak i sformułowania zarzutów odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 1 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 122/22, wskazała: *„To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 p.z.p. wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie – jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować.”* Skład orzekający w pełni powyższe stanowisko podziela. W sytuacji, gdy Odwołującemu nie zostało przedstawione przez Zamawiającego konkretne uzasadnienie faktyczne czynności odrzucenia jego oferty, a zarzuty odwołania Odwołujący sformułował w oparciu o swoje przypuszczenia co do przyczyn odrzucenia jego oferty, Izba stwierdziła, że uzasadnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego nie spełniło swojej roli.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty Odwołującego było wyczerpujące.

Dopiero w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, że oferta Odwołującego została odrzucona, ponieważ została opatrzona podpisem elektronicznym niewskazującym osoby składającej podpis. Zamawiający w piśmie – odpowiedzi na odwołanie wskazał, że przeprowadził badanie pliku pdf 1__formularz_oferty_120.pdf – oferty Odwołującego na stronie Komisji Europejskiej: <https://eidas.ec.europa.eu/efda/tl-browser/#/screen/home>, w celu określenia, czy na pliku znajdują się podpisy elektroniczne, zgodne z rozporządzeniem eIDAS oraz wyjaśnił, że podpisy takie nie zostały wykryte "results(0)" (zrzut ekranu), a to oznaczało, że plik nie został opatrzonej podpisem kwalifikowanym. Zamawiający wskazał ponadto, że przeprowadził badanie pliku dwukrotnie, przy użyciu dwóch różnych kwalifikowanych walidatorów, a wynik

badania przeprowadzony w Web Notarius wskazał, że podpis złożony na ofercie nie był podpisem kwalifikowanym. Zamawiający szczegółowo wyjaśnił, dlaczego uznał, że oferta Odwołującego nie odpowiadała wymaganiom Zamawiającego oraz na dowód powyższego załączył dokumenty dotyczące walidacji podpisu na ofercie Odwołującego. Izba stwierdziła, że wszelkie okoliczności ustalone przez Zamawiającego w trakcie badania oferty Odwołującego powinny znaleźć odzwierciedlenie w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, a nie dopiero w pismach w postępowaniu odwoławczym, tak aby mógł on zapoznać się z nimi, a w wypadku braku zgody z oceną Zamawiającego miał możliwość do niej ustosunkować i sformułować zarzuty odwołania. Odwołujący z całą pewnością został pozbawiony takiej możliwości.

Wobec powyższego odwołanie w powyższym zakresie należało uwzględnić.

Izba oddaliła zarzut nr 2 odwołania jako zarzut przedwczesny.

Brak szczegółowego uzasadnienia faktycznego decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego spowodował, że Izba nie mogła rozpoznać odwołania w powyższym zakresie

i ocenić, czy czynność odrzucenia oferty Odwołującego była prawidłowa.

Rolą Izby jest ocena czynności Zamawiającego, a nie zastępowanie zamawiającego

i dokonywanie samodzielnych ustaleń w sprawie. Ocena dokonywana przez Izbę nie mogła wykraczać poza wskazane w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego okoliczności.

Z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego nie wynika, w oparciu o jakie dokumenty

i przeprowadzone czynności została podjęta przez Zamawiającego decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Zatem Izba nie mogła w powyższym zakresie oprzeć się na dowodach, przedstawionych przez Zamawiającego: raportów z walidacji podpisu na ofercie Odwołującego, opinii prawno-technicznej z 31 maja 2022 r., jak również dokumentach przedstawionych przez Przystępującego. Izba nie włączyła do materiału dowodowego dokumentu z 22 listopada 2023 r. przedstawionego na rozprawie przez Odwołującego, gdyż nie został on przetłumaczony na język polski. Zgodnie z art. 506 ust. 2 ustawy Pzp, wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim.

W ramach powyższego zarzutu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu dyskryminację ze względu na skorzystanie z usług węgierskiego dostawcy kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Z uwagi na brak szczegółowego uzasadnienia faktycznego decyzji Zamawiającego, Izba nie mogła stwierdzić, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z powodu skorzystania przez Odwołującego z usług węgierskiego dostawcy podpisu elektronicznego, a więc w powyższym zakresie czynność Zamawiającego została dokonana z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, jak również, że odrzucenie oferty Odwołującego związane było z niespełnieniem przez Odwołującego dodatkowych wymogów ponad wymogi określone w Załączniku IV Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia

26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, ponieważ powyższa okoliczność nie wynikała z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego.

Z uzasadnienia faktycznego decyzji Zamawiającego wynikało jedynie, jak podniesiono już powyżej, że wykonawca złożył ofertę, którą opatrzył podpisem niekwalifikowanym, co było,

w ocenie Zamawiającego, niezgodne z zapisami ustawy oraz wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SWZ. Zamawiający nie wskazał, jakie konkretne przyczyny legły u podstaw jego wniosku o braku zgodności oferty Odwołującego z przepisami ustawy oraz wymaganiami określonymi w SWZ.

Izba uwzględniła zarzut nr 3 odwołania jako pozostający w związku z zarzutem nr 1 odwołania.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Izba uznała, że wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła, na podstawie art. 557 oraz art. 574, art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając nimi po połowie Odwołującego oraz Zamawiającego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca: