

WYROK
z dnia 20.10.2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 października 2020 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 02.10.2020 r. przez wykonawcę **COLAS Polska Sp. z o. o., ul. Nowa 49, 62-070 Pałędzie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku, ul. Mostowa 11A, 80-778 Gdańsk**, przy udziale:

A. wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budowy Dróg S.A., ul. Pomorska 26a, 83-200 Starogard Gdański**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

B. wykonawcy **Firma Budowlano-Drogowa MTM S.A., ul. Hutnicza 35, 81-061 Gdynia**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

orzeka

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 20 000,00 (dwadzieścia tysięcy) złotych uiszczoną przez odwołującego COLAS Polska Sp. z o. o., ul. Nowa 49, 62-070 Pałędzie, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku ul. Mostowa 11A, 80-778 Gdańsk, zwany dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 224 na odcinku Godziszewo - węzeł Autostrady A1 Stanisławie, etap 1 Godziszewo”, nr sprawy: 67/DZS/2019/PN/WRI. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w DUUE pod nr. 2019/S 221-541154.

Postępowanie jest prowadzone z zastosowaniem procedury odwróconej określonej przepisem art. 24aa ustawy Pzp. W terminie składania ofert (wyznaczonym na 31 stycznia 2020 r.) złożono 8 ofert. W toku postępowania w dniu 8 lipca 2020 r odrzucona została oferta wykonawcy TRAKCJA PRkil S.A, na skutek czego oferta wykonawcy - Przedsiębiorstwa Budowy Dróg S.A., ul. Pomorska 26a, 83-200 Starogard Gdański została sklasyfikowana na pierwszym miejscu w rankingu ocenionych ofert. Wykonawca ten dalej zwany „przystępującym” skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego.

Od takiej czynności zamawiającego wykonawca COLAS Polska Sp. z o. o., ul. Nowa 49, 62-070 Pałędzie dalej zwany „odwołującym” wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu dokonanie:

1. wyboru oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowy Dróg S.A. (dalej: „PBD”) jako najkorzystniejszej,
2. zaniechanie wykluczenia PBD z postępowania

Takim czynnościom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 25a ust. 1-2 i art. 26 ust. 3 w zw. z art. 10a ust. 1 i 5 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia PBD pomimo złożenia przez tego wykonawcę na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia, nieskutecznego i nieważnego oświadczenia, o którym mowa w art. 25a Pzp („JEDZ”).

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia wyboru oferty PBD; powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wykluczenia PBD z postępowania.

Uzasadniając podniesione zarzuty podał, że zamawiający w dniu 8 września 2020 r. wezwał wykonawcę PBD na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia JEDZ z uwagi na okoliczność, iż złożony wraz z ofertą formularz oświadczenia JEDZ, nie został wypełniony przez PBD.

W odpowiedzi na ww. wezwanie, PBD przekazało żądany JEDZ datowany na 31 stycznia 2020 r.. Przeprowadzona przez Zamawiającego w dniu 11 września 2020 r. weryfikacja złożonego pod JEDZ podpisu wykazała jednak, iż „weryfikacja przeszłego podpisu nie jest rozstrzygająca”, a status złożonego podpisu elektronicznego został określony jako

„niekompletnie zweryfikowany”. Wykryto ostrzeżenia: „Podpis nie może zostać określony jako zgodny z ETSI EN 319 102-1”, a w odniesieniu do kwalifikowanych rozszerzeń stwierdzono: „Certyfikat oznaczony jako certyfikat kwalifikowany - NIE”. Pomimo takiej sytuacji zamawiający zaakceptował jednak złożone oświadczenie przystępującego, co poskutkowało ostatecznie wyborem oferty PBD jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Podniósł, że zgodnie z art. 25a ust. 1 Pzp, do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Treść tego oświadczenia w postępowaniu w formie JEDZ (art. 25a ust. 2 Pzp) - stanowi potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Niezłożenie tego oświadczenia wiąże się z zaistnieniem podstawy do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 Pzp .

Zgodnie z art. 10a ust. 5 Pzp, JEDZ sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym (potwierdza to także pkt 8.1. oraz 9.6. Instrukcji dla Wykonawców „IDW”). Jednocześnie kwalifikowany podpis elektroniczny jest odzwierciedleniem podpisu własnoręcznego (art. 78¹ §2 KC w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp.).

Tym samym stwierdził, że przystępujący nie dochował odpowiedniej formy tej czynności i nie można uznać, że przedłożył podpisane i skuteczne, a w konsekwencji ważne oświadczenie JEDZ. Skoro JEDZ został złożony zamawiającemu w dniu 10 września 2020 r., to na ten moment powinna istnieć możliwość weryfikacji skuteczności i prawidłowości złożenia tego oświadczenia i opatrzenia go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Innymi słowy, dokumenty składane w postaci elektronicznej powinny być przesyłane w taki sposób, aby strona otrzymująca mogła je skutecznie zwalidować. Tym samym PBD nie uzupełnił prawidłowo JEDZ, bowiem nie można potwierdzić, iż został on skutecznie opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Wykonawca przekazał dokument, którego nie da się zwalidować z wynikiem pozytywnym. Zamawiający, uzyskując raport weryfikacji podpisu, który nie jest pozytywny, nie powinien go zaakceptować jako prawidłowy. Wynik, jaki uzyskał Zamawiający w raporcie, nie jest wynikiem pozytywnym i nie potwierdza ważności kwalifikowanego podpisu elektronicznego.

Podniósł, iż przy walidacji podpisu należy mieć na względzie wymagania techniczne oraz organizacyjne dotyczące identyfikacji elektronicznej za pomocą kwalifikowanego podpisu elektronicznego, które stanowią przedmiot regulacji ustawy z dnia 5 września 2016 r. - o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej oraz 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 uchylającego dyrektywę 1999/93/WE (dalej: „eIDAS”).

Uznanie podpisu kwalifikowanego za prawidłowy i ważny wymaga przeprowadzania procesu walidacji i uzyskania pozytywnego wyniku potwierdzającego jego ważność (art. 32 eIDAS) . Walidacja to - wedle art. 3 pkt 41 eIDAS - proces weryfikacji i potwierdzenia ważności podpisu elektronicznego lub pieczęci. Walidacja rozstrzyga zatem o uznaniu podpisu elektronicznego za kwalifikowany podpis elektroniczny. Ważność kwalifikowanego certyfikatu podpisu elektronicznego w momencie składania podpisu jest wymieniona jako element wymagany w rozporządzeniu eIDAS (art. 32 ust. 1 lit. b) in fine). Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy 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.

Proces walidacji polega na sprawdzeniu przy użyciu dostępnych informacji, czy podpis elektroniczny spełnia wszystkie wymogi kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Jeżeli wszystkie wymagania stawiane kwalifikowanemu podpisowi elektronicznemu są spełnione to walidator zwraca wynik pozytywny. W przypadku problemu z jakimkolwiek elementem walidator zwraca wynik negatywny lub nieokreślony. Tak było i w tym przypadku, gdyż wynik walidacji uzupełnionego JEDZ przystępującego, dokonanej dnia 11 września 2020 r. wskazał: *Status podpisu: Niekompletnie zweryfikowany. Wykryte błędy: Weryfikacja przeszłego podpisu nie jest rozstrzygająca! Obecny czas jest poza zakresem ważności certyfikatu podpisującego.*

Wykryte ostrzeżenia: *Podpis nie może zostać określony jako zgodny z ETSI EN 319 102-1.* Podkreślił, że walidacja nie została zakończona wynikiem pozytywnym, a zamawiający zignorował ostrzeżenia dotyczące bezpieczeństwa. Tylko wynik pozytywny pozwala uznać podpis za ważny. Wskazał, że podpis elektroniczny został złożony przy użyciu certyfikatu ważnego do dnia 9 kwietnia 2020 r., a weryfikacja została przeprowadzona na dzień 11 września 2020 r., gdy certyfikat był nieważny. Oświadczenie w formie JEDZ zostało bowiem przekazane adresatowi zamawiającemu dopiero dnia 10 września 2020 r.

Podał, że ustalenie dnia, na jaki przeprowadzana jest weryfikacja odbywa się na podstawie elektronicznego znacznika czasu, a w przypadku jego braku na podstawie dowodu z natury (takim jak data złożenia dokumentu jako najwcześniejszy dowód istnienia w postępowaniu), względnie moment weryfikacji/walidacji. Dzieje się tak dlatego, że proces walidacji bierze pod uwagę jedynie datę opartą o dowód istnienia podpisu (POE - proof of existence) w celu weryfikacji, czy certyfikat był ważny w momencie składania podpisu.

W związku z brakiem elektronicznego znacznika czasu w okolicznościach niniejszej sprawy za udowodnioną datę istnienia podpisu można przyjąć jedynie moment walidacji (11 września 2020 r.), względnie moment faktycznego złożenia dokumentu w Postępowaniu (tj.

10 września 2020 r.). Taki wynik walidacji nie pozwala na uznanie podpisu za kwalifikowany podpis elektroniczny, a zatem za dochowanie przez PBD odpowiedniej pod rygorem nieważności formy oświadczenia JEDZ. Zwrócił uwagę, że żaden element procesu walidacji nie opiera się na danych deklarowanych przez podpisującego. Wszystkie elementy brane pod uwagę w walidacji pochodzą od zaufanych podmiotów na podstawie wpisów na odpowiednich listach, które każdorazowo są sprawdzane. Każdy element sprawdzany jest pod kątem możliwych naruszeń bezpieczeństwa przy użyciu wiarygodnych algorytmów kryptograficznych. Dopuszczenie faktów, które nie zostały zweryfikowane, sprawia, że cały proces przestaje być wiarygodny, ponieważ jego wiarygodność jest tak wysoka jak najmniej wiarygodny element. Przede wszystkim jednak, taka „ułamna” weryfikacja jest niedopuszczalna na podstawie obowiązujących przepisów prawa. Brak pozytywnej walidacji powinien skutkować stwierdzeniem niedochowania odpowiedniej formy elektronicznej oświadczenia wymaganej ad solemnitatem, a w konsekwencji nieważnością i nieskutecznością oświadczenia JEDZ. W rezultacie Wykonawca PBD nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku przesłanek do wykluczenia w sposób wymagany Pzp oraz SIWZ.

Podniósł, że w tym stanie faktycznym zamawiający nie powinien akceptować podpisów nieposiadających wymaganych cech kwalifikowalności czy niezweryfikowanych. Na wykonawcy, jako profesjonalście, leży podwyższony miernik staranności (art. 355 § 2 KC w zw. z. art. 14 ust. 1 Pzp), a biorąc pod uwagę nadany rangą ustawy skutek nieważności niedochowania odpowiedniej formy złożenia JEDZ, jedynym dopuszczalnym rezultatem takiego działania powinno być wykluczenie PBD z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Nadto odwołujący przedłożył jako dowód ekspertyzę weryfikacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego dokonaną przez Pana M. T. . Powyższa ekspertyza jest dokumentem prywatnym odwołującego, gdyż została sporządzona na jego zamówienie i w oparciu o dokumenty przekazane przez odwołującego. W przedmiotowej ekspertyzie została omówiona próba walidacji podpisu pod dokumentem JEDZ i w wyniku ustaleń ekspert stwierdził, że w momencie otrzymania dokumentu JEDZ tj. 10.09.2020 brak było możliwości potwierdzenia, że ten dokument został podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawiając argumentację za oddaleniem zarzutów odwołania podał, iż w trakcie oceny podstaw wykluczenia i spełniania warunków udziału w postępowaniu przez PBD ustalił, że złożone oświadczenie JEDZ wraz z ofertą nie zostało wypełnione przez wykonawcę. W związku z powyższym działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w dniu 08.09.2020 r. wystąpił do PBD o uzupełnienie oświadczenia. Oświadczenie JEDZ zostało uzupełnione w

dniu 10.09.2020 r., czyli przed upływem terminu wyznaczonego przez Zamawiającego na uzupełnienie (14.09.2020r.).

Po dokonaniu oceny oferty, oświadczeń i dokumentów złożonych przez PBD zamawiający uznał, że oferta wykonawcy nie podlega odrzuceniu oraz, że wykonawca nie podlega wykluczeniu. W dniu 22.09.2020 r. dokonał wyboru oferty PBD jako oferty najkorzystniejszej.

W ocenie Zamawiającego dokonał on skutecznej weryfikacji poprawności i prawidłowości złożonych podpisów kwalifikowanych w ofercie, dokumentach i oświadczeniach złożonych przez PBD w toku prowadzonego postępowania.

Zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w tym w szczególności Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE („Rozporządzenie eIDAS”), podpis elektroniczny to dane w postaci elektronicznej, które wraz z innymi danymi, do których zostały dołączone lub z którymi są logicznie powiązane, służą do identyfikacji osoby składającej podpis elektroniczny. Podpis kwalifikowany stanowi elektroniczny odpowiednik podpisu odręcznego i zawiera wszystkie jego najistotniejsze cechy, tzn.:

- a) potwierdza jednoznacznie tożsamość osoby podpisującej,
- b) uniemożliwia zaprzeczenie faktu podpisania,
- c) jest powiązany z treścią, która została podpisana,
- d) uniemożliwia wprowadzenie jakichkolwiek, niezauważalnych zmian w podpisanej treści.

Kwalifikowany podpis elektroniczny to zaawansowany podpis elektroniczny, który jest składany za pomocą kwalifikowanego urządzenia do składania podpisu elektronicznego i opiera się na kwalifikowanym certyfikacie. Certyfikaty kwalifikowane wydawane są wyłącznie przez podmioty świadczące usługi certyfikacyjne, wpisane na mocy decyzji ministra gospodarki do rejestru kwalifikowanych podmiotów świadczących usługi certyfikacyjne.

Podał, że w dniu 05.02.2020 r. Zamawiający dokonał weryfikacji podpisów w ofercie i dokumentach złożonych wraz ofertą (tj. oferta, dowód wniesienia wadium, kosztorys ofertowy, oświadczenie JEDZ oraz KRS) przez PBD. Podpisy na wszystkich w/w dokumentach zostały zweryfikowane poprawnie przy użyciu aplikacji Szafir udostępnionej przez podmioty świadczące usługi certyfikacyjne, tj. przez Krajową Izbę Rozliczeniową (dalej „Szafir”), jako certyfikowane podpisy kwalifikowane. W dniu 11.09.2020 r. zamawiający dokonał weryfikacji podpisu kwalifikowanego złożonego w uzupełnionym oświadczeniu JEDZ. W raporcie z weryfikacji podpisu za pomocą aplikacji Szafir podpis nie został poprawnie zweryfikowany, brak jest również informacji, kiedy podpis został złożony. Natomiast weryfikacja podpisu za pomocą aplikacji Sigillum Sign udostępnionej przez podmioty świadczące usługi certyfikacyjne, tj. przez Polską Wytwórnę Papierów

Wartościowych (dalej „Sigillum Sign”), jak to podnosi odwołujący wykazała, że „weryfikacja przeszłego podpisu nie jest rozstrzygająca”, a status podpisu jest „niekompletnie zweryfikowany”. Z treści w/w raportu wynika również, że certyfikat kwalifikowany wydany przez uprawniony podmiot świadczący usługi certyfikacyjne, tj. przez Krajową Izbę Rozliczeniową ważny był w okresie od 09.04.2018 r. do 09.04.2020 r. oraz, że oświadczenie JEDZ zostało podpisane w dniu 31.01.2020 r. (godz. 10:04), czyli w okresie ważności certyfikatu. W związku z tym że Zamawiający dokonywał weryfikacji podpisu złożonego w oświadczeniu JEDZ w dniu 11.09.2020r. czyli po upływie ważności certyfikatu, status podpisu został niekompletnie zweryfikowany, a tym samym wystąpił „błąd kontroli czasu” oraz ostrzeżenia, że *..podpis nie może zostać określony jako zgodny z ETSI EN 319 120-1*. Dla Zamawiającego jednoznaczne było, że komunikat: *”błąd kontroli czasu”*, a w następstwie ostrzeżenie *..podpis nie może zostać określony jako zgodny z ETSI EN 319 120-1”* są konsekwencją walidacji podpisu po upływie ważności certyfikatu.

Do dokumentacji postępowania Zamawiający załączył raport z weryfikacji podpisu za pomocą aplikacji Sigillum Sign, gdyż z niego (w odróżnieniu od raportu z weryfikacji za pomocą Szafira) można wyczytać okres ważności certyfikatu kwalifikowanego dla podpisu elektronicznego Pana K. R. oraz datę złożenia podpisu na oświadczeniu JEDZ.

Zamawiający oceniają powyższe próby dokonania weryfikacji podpisu złożonego pod JEDZ podał, że przy weryfikacji w aplikacji Szafir podpisów Pana K. R. złożonych w ofercie i dokumentach złożonych wraz z ofertą, oraz w uzupełnionym oświadczeniu JEDZ widnieje ten sam nr seryjny certyfikatu: 571236845907331311471576257473852405885211273637, co potwierdza jednoznacznie, że wszystkie te dokumenty zostały opatrzone tym samym ważnym podpisem kwalifikowanym, o tym samym nr seryjnym, w okresie ważności certyfikatu, tj. w dniu 31.01.2020 r. Ponadto aplikacja Szafir daje możliwość weryfikacji podpisu w konkretnej dacie (np. w dacie ważności certyfikatu, która już upłynęła) i taka weryfikacja podpisu złożonego w oświadczeniu JEDZ przez Pana K. R. w dniu 31.01.2020 r. potwierdza jego poprawność.

W związku z powyższym oświadczenie JEDZ uzupełnione przez PBD w dniu 10.09.2020 r. należy uznać za prawidłowo złożone tj. opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym wystawionym przez dostawcę kwalifikowanej usługi zaufania, będącym podmiotem świadczącym usługi certyfikacyjne, czyli podpisem elektronicznym spełniającym wymogi bezpieczeństwa określone w w/w ustawie o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej, a certyfikat podpisu elektronicznego jest kwalifikowany i podpis został złożony w okresie jego ważności. Podpis spełnia wszystkie warunki, o których mowa w art. 32 ust. 1 rozporządzenie eIDAS. Uznanie przez Zamawiającego za nieprawidłowy podpisu użytego przy podpisywaniu oświadczenia JEDZ, stanowiłoby czynność nieuprawnioną, bowiem

dokument ten został opatrzony ważnym podpisem kwalifikowanym, zgodnie z wymogami prawa.

Przystępujący do postępowania wykonawca Przedsiębiorstwo Budowy Dróg S.A., zarówno w stanowisku ustnym jak i złożonym piśmie procesowym poparł stanowisko zaprezentowane przez zamawiającego i uzupełniająco podał, że pismem z dnia 8.09.2020 r. został wezwany przez zamawiającego do złożenia oświadczenia JEDZ, którego wzór stanowił załącznik nr 1 do Rozdziału II SIWZ, albowiem złożony wcześniej dokument (formularz oświadczenia) nie został wypełniony. Przystępujący zweryfikował wezwanie zamawiającego i ustalił, iż istotnie wraz z ofertą przesyłając wszystkie oświadczenia i dokumenty, omyłkowo złożył za pośrednictwem platformy zakupowej zamawiającego niewypełniony formularz JEDZ, zamiast właściwego dokumentu elektronicznego, zapisanego w odpowiednim folderze dla tego postępowania, który na etapie składania oferty tj. w dniu 31.01.2020 r. wypełnił i opatrzył podpisem kwalifikowanym. W tym stanie rzeczy celem wykonania zobowiązania zamawiającego złożył w dniu 10.09.2020 j. za pośrednictwem platformy zakupowej zamawiającego dokument elektroniczny - zawierający wypełniony formularz JEDZ, opatrzony podpisem kwalifikowanym w dacie jego sporządzenia tj. 31.01.2020 r. Podkreślił, że w tak ustalonym stanie faktycznym nie sposób uznać za zasadne zarzutów odwołującego, iż przystępujący nie wykonał prawidłowo wezwania zamawiającego, albowiem nie opatrzył skutecznie dokumentu JEDZ kwalifikowanym podpisem elektronicznym, gdyż - jak wywodzi dalej odwołujący, zamawiający nie uzyskał pozytywnego raportu weryfikacji podpisu złożonego przez osobę uprawnioną do reprezentacji PBD S.A. - p. K. R. .

Tymczasem interpretacja art. 32 eIDAS dokonana przez odwołującego jest nieuzasadniona. W szczególności zwrócić uwagę należy, iż w świetle art. 32 ust. 2 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. Kolejny ustęp zawiera zaś domniemanie zgodności kwalifikowanego podpisu elektronicznego z wymogami określonymi w ust. 1 art. 32 eIDAS w przypadku gdy walidacja kwalifikowanych podpisów elektronicznych spełnia normy, których numery referencyjne Komisja może podać w drodze aktów wykonawczych. W świetle powyższych regulacji nie ulega wątpliwości, iż ostateczną weryfikację, czy kwalifikowany podpis elektroniczny jest ważny i spełnia warunki zawarte w art. 32 eIDAS pozostawiono ufającemu w tym wypadku Zamawiającemu, który przy użyciu systemu ma możliwość wykrycia wszelkich problemów związanych z bezpieczeństwem i uzyskanie prawidłowego czyli rzetelnego wyniku procesu walidacji. To zatem nie - pozytywny czy negatywny raport z

weryfikacji podpisu decyduje o tym, czy kwalifikowany podpis elektroniczny jest ważny czy nie, a strona ufająca, która po zapoznaniu się z raportem weryfikacji ocenia, czy podpis kwalifikowany jest ważny i spełnia wszystkie warunki określone w art. 32 eIDAS, do oceny czego służy mu właśnie raport weryfikacji podpisu. Z przedłożonego przez Odwołującego się raportu weryfikacji wynika niewątpliwie, iż podpis został „niekompletnie zweryfikowany” z uwagi na błąd kontroli czasu, albowiem obecny czas tj. czas, w którym podpis był weryfikowany jest poza zakresem ważności certyfikatu podpisującego. Istotnie złożone przez Wykonawcę PBD S.A. oświadczenie JEDZ zostało sporządzone w formie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje, odwołanie jest niezasadne i podlega oddaleniu.

Na wstępie Izba uznała, że odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż uwzględnienie odwołania mogłoby mieć wpływ na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Na wstępie Izba uznaje za zasadne przypomnienie, że postępowanie odwoławcze służy do zbadania poprawności czynności i zaniechań zamawiającego w zakresie wyznaczonym podniesionymi zarzutami, ocenianymi przez pryzmat wymagań stawianych w SIWZ i z uwzględnieniem instrumentów, jakie zamawiający przewidział w nim dla zbadania ofert.

Osią sporu pomiędzy stronami była kwestia, czy w przypadku braku możliwości jednoznacznej weryfikacji podpisu elektronicznego złożonego pod uzupełnionym dokumentem JEDZ, zamawiający winien nie uznać poprawności złożonego dokumentu i wykonawcę wykluczyć z postępowania, czy też jest możliwe, aby zamawiający jako strona ufająca, której złożono taki dokument po zapoznaniu się z raportem weryfikacji uznać, iż podpis jest ważny i spełnia wszystkie warunki określone w art. 32 eIDAS.

Izba uznała stan faktyczny sprawy opisany w odwołaniu i pismach procesowych za niewymagający uzupełnienia. Strony również nie zgłaszały wniosków o uzupełnienie stanu faktycznego i materiału dowodowego sprawy.

Dla oceny przedmiotowej sprawy za istotne elementy stanu faktycznego należy zdaniem Izby należy podać, że zamawiający dokonał ogłoszenia o wszczęciu postępowania w listopadzie 2019 roku. Termin otwarcia ofert został ustalony na dzień 31 stycznia 2020 roku. Dokumenty wchodzące w skład oferty odwołującego zostały podpisane za pomocą

kwalifikowanego podpisu elektronicznego. W wyniku badania i oceny złożonych ofert, a także odrzuceniu jednej z ofert, zamawiający dokonując ponownej oceny w ramach stosowania procedury odwróconej wezwał wykonawcę - przystępującego do uzupełnienia treści oferty, poprzez złożenie między innymi oświadczenia JEDZ, gdyż ten, złożony wraz z ofertą nie zawierał żadnej treści. Przystępujący wykonując wezwanie zamawiającego, przesłał oświadczenie JEDZ podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym z datą wystawienia 31.01.2020 roku. Powyższe powodowało problem z weryfikacją podpisu pod oświadczeniem, gdyż JEDZ jak i inne dokumenty złożonej oferty, zostały podpisane przez osobę której certyfikat uprawniający do podpisywania dokumentów wygasł w dniu 09 kwietnia 2020 roku.

Certyfikat jest to zaświadczenie elektroniczne (dokument elektroniczny) stanowiący zaświadczenie elektroniczne o określonym terminie ważności, które zawiera dane identyfikujące podpisującego oraz klucz publiczny, czyli dane służące do sprawdzenia autentyczności podpisu elektronicznego złożonego za pomocą klucza prywatnego, czyli danych, nad którymi wyłącznie podpisujący ma kontrolę. Złożony w oparciu o posiadany certyfikat podpis, ma moc prawną taką samą, jak podpis własnoręczny złożony na dokumencie.

Podkreślenia wymaga fakt, iż odwołujący doprecyzowując treść zarzutów odwołania zaznaczył, że nie twierdzi, iż złożony zamawiającemu w dniu 10.09.2020 roku JEDZ nie został podpisany w dniu 31.01.2020 roku. Jednakże ze względu na upływ ważności certyfikatu pozwalającego danej osobie na złożenie kwalifikowanego podpisu elektronicznego nie daje możliwości jego sprawdzenia na obecnym etapie postępowania i tym samym nie może być uznany jako podpis ważny, a przede wszystkim mający skutki kwalifikowanego podpisu elektronicznego wobec osób trzecich.

Podkreślić należy że sam zamawiający po otrzymaniu ww. oświadczenia JEDZ miał problemy z weryfikacją podpisu i dlatego też dokonał prób weryfikacji podpisu za pomocą aplikacji Szafir. W wyniku sprawdzania za pomocą aplikacji Szafir uzyskał informację, że podpis nie może zostać poprawnie zweryfikowany, gdyż brak jest informacji, kiedy podpis został złożony, co zostało wykazane w załączniku- dowodzie nr 2 do odpowiedzi na odwołanie. Następnie dokonano weryfikacji za pomocą aplikacji Sigillum Sign udostępnionej przez podmioty świadczące usługi certyfikacyjne, która również wykazała, że *„weryfikacja przeszłego podpisu nie jest rozstrzygająca”*, a status podpisu jest *„niekompletnie zweryfikowany”*.

Biorąc pod uwagę powyższe zauważyć należy, że zamawiający dokonywał weryfikacji podpisu złożonego w oświadczeniu JEDZ w dniu 11.09.2020r, czyli po upływie ważności certyfikatu dla Pana R. . Tym samym należy założyć, że brak możliwości uzyskania wykazania pełnych walidacji podpisu, o których mowa w odwołaniu wynikał z powodu upływu

ważności certyfikatu w oparciu o który podpis został złożony i o który mógł być w pełnym zakresie zweryfikowany.

W oparciu o powyższe ustalenia zamawiający, dalej podejmując próby ustalenia czy złożony podpis jest podpisem prawidłowym w dniu 07.10.2020 r. wystąpił do CENTRUM USŁUG ZAUFANIA SIGILLUM PWPW S.A. jako dostawcy aplikacji Sigillum Sign, o udzielenie informacji w zakresie komunikatów zawartych w treści raportu z prób weryfikacji podpisu. Zamawiającemu chodziło w szczególności o uzyskanie informacji, czy złożony podpis oświadczeniem JEDZ podpis elektroniczny jest podpisem kwalifikowanym, a nadto wskazanie powodów braku możliwości jednoznacznej jego weryfikacji. W odpowiedzi na powyższe Centrum w piśmie z dnia 13 października 2020 roku podało, że *certyfikat został wystawiony przez kwalifikowany urząd „COPE SZAFIR” prowadzony przez Krajową Izbę Rozliczeniową S.A, w kwietniu 2018 roku. Wiec jest to certyfikat kwalifikowany*. Nadto podano, że w przypadku, gdy okres ważności certyfikatu wygaś i gdy w podpisanym pliku nie został dodany znacznik czasu, wyznaczający/potwierdzający czas podpisania dokumentu aplikacja/system, który weryfikuje podpis to system nie jest w stanie precyzyjnie określić czasu złożenia podpisu, więc weryfikuje ważność z datą/czasem wywołania tej operacji.

W oparciu o uzyskane powyższe dane zamawiający uznał, że brak jest podstaw do uznania, że JEDZ nie został podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym, chociaż jego walidacja w dniu 14.10.2020 r. potwierdza niekompletną weryfikację. W związku z tym zamawiający uznał, że nie ma możliwości odmówić podpisowi elektronicznemu statusu kwalifikowanego podpisu elektronicznego, ani jego ważności, w sytuacji, gdy taki podpis został złożony w okresie ważności certyfikatu. Izba wskazuje, że w powyższym zakresie uznaje dokonane przez zamawiającego ustalenia za właściwe i wraz z dokonana przez zamawiającego ich oceną, przyjmuje je jako własne.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że brak jest jakiegokolwiek dowodu przeciwnego na twierdzenie, że podpis złożony na oświadczeniu JEDZ w dniu 31 stycznia 2020 roku był złożony w oparciu o ważny certyfikat. Powyższe wypełniało wymogi określone w art. 32 ust. 1 lit. a i b oraz h eIDAS tj., aby certyfikat, który towarzyszy podpisowi, był w momencie składania podpisu kwalifikowanym certyfikatem podpisu elektronicznego zgodnym z załącznikiem i oraz, aby kwalifikowany certyfikat został wydany przez kwalifikowanego dostawcę usług zaufania i był ważny w momencie składania podpisu.

Zdaniem Izby niewątpliwym jest, że wprowadzenie do polskiego prawa – w tym również do Pzp podpisu elektronicznego miało na celu uproszczenie procedur udzielania zamówień publicznych i ich uelastycznienie, co miało przynieść korzyści zarówno zamawiającym jak i wykonawcom. Ponadto niewątpliwym jest, że podpis elektroniczny winien mieć możliwość jego walidacji – sprawdzenia. Jednakże zdaniem Izby niezasadnym jest piętrzenie wokół podpisu elektronicznego wymagań przewyższającym wymagania co do

podpisów składanych własnoręcznie. Główną różnicą między podpisem własnoręcznym, a kwalifikowanym cyfrowym jest to, że aby potwierdzić autentyczność podpisu elektronicznego nie musi dojść do bezpośredniego spotkania osób i okazania dokumentu tożsamości osoby podpisującej dany dokument.

Izba nie uznaje za przesądzające o ważności dokumentu, faktu – jak twierdzi odwołujący, że w sytuacji kiedy JEDZ został złożony zamawiającemu w dniu 10 września 2020 r., to na ten moment powinna istnieć możliwość weryfikacji skuteczności i prawidłowości złożenia tego oświadczenia i opatrzenia go kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Zdaniem Izby nie można zgodzić się w pełni z takim stanowiskiem, gdyż w postępowaniu o udzielenie zamówienia – w szczególności w zakresie robót budowlanych składanych jest często szereg dokumentów wystawionych wykonawcy wiele lat przed terminem wszczęcia danego postępowania, np. referencji. Takie podejście skutkowało by sytuacją, że byłoby często niemożliwe wykazanie prawidłowości wykonania robót przez wykonawcę, gdyż trudno oczekiwać, aby w tak odległym okresie czasu nadal był ważny certyfikat do składania kwalifikowanego podpisu elektronicznego.

Nadto podkreślić należy, że w świetle art. 32 ust. 2 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.

Podkreślić należy, że nawet w ekspertyzie złożonej przez odwołującego w żadnym miejscu nie stwierdzono, że złożony podpis w dniu 31 stycznia 2020 roku był podpisem nieprawidłowym bądź, że został złożony przez osobę nie posiadającą ważnego certyfikatu. W przedmiotowej ekspertyzie sporządzonej na wniosek odwołującego podano - pkt 4.4, że *„Certyfikat został wydany przez kwalifikowanego dostawcę usługi zaufania i prawidłowo buduje ścieżkę certyfikacji do odpowiedniej Zaufanej Listy „ (...) „Certyfikat zawiera dane do weryfikacji podpisu, natomiast dane do składania podpisu są umieszczone w Kwalifikowanym urządzeniu do składania podpisu elektronicznego” (...)Certyfikat spełnia wymagania załącznika I rozporządzenia eIDAS. Certyfikat utracił ważność w dniu 9 kwietnia 2020”*. Również ekspert w odpowiedzi na pytanie odwołującego *„czy na podstawie raportu z weryfikacji zamawiający w dniu 2020.09.11 mógł uznać podpis elektroniczny w dokumencie w PBDSA JEDZ podpis.pdf za ważny kwalifikowany podpis elektroniczny?”* udzielił odpowiedzi, że *Weryfikacja nie jest rozstrzygająca - nie pozwala na poprawną weryfikację podpisu (...) aplikacja weryfikująca w wyniku utraty ważności certyfikatu nie może potwierdzić, że certyfikat jest certyfikatem kwalifikowanym”*. Nadto we wnioskach końcowych ekspertyzy stwierdzono, że *powodem niekreślonego statusu ważności podpisu jest*

upłynięcie czasu ważności certyfikatu i brak dowodu jego istnienia w okresie ważności certyfikatu. Sytuacja ta będzie miała miejsce zawsze wtedy, gdy do podpisu elektronicznego nie dołączono znacznika czasu lub nie wykonano jego konserwacji. Zgodnie z warunkami ww. normy status NIEOKREŚLONY następuje zawsze po wygaśnięciu certyfikatu, czyli dla dokumentu [1] w momencie 2020-04-09.

Tym samym zdaniem Izby stwierdzić należy, że zarówno odwołujący w odwołaniu jak i w treści złożonej ekspertyzy nie zostało wykazane, że podpis widniejący pod uzupełnionym dokumentem JEDZ, złożonym zamawiającemu 10 września 2020 roku nie jest kwalifikowanym podpisem elektronicznym i nie został wystawiony przez wskazaną osobę w okresie ważności certyfikatu do składania podpisów. Podpis nie może być obecnie zweryfikowany tylko ze względu na upływ ważności certyfikatu w oparciu o który został złożony.

Za prawidłowością złożonego w dniu 31 stycznia 2020 roku przemawia także okoliczność wskazana przez zamawiającego, iż ustalił w sposób niewątpliwy, że przystępujący złożył JEDZ w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego ten, który został podpisany przed terminem składania ofert w dniu 31.01.2020 o godz. 10:04:48. Powyższe wynika wprost z informacji zawartych w dokumentach – załącznikach do odpowiedzi na odwołanie - dowód nr 1 akapit ostatni tabeli oraz raportu nr 2, 3 i 7.

Nadto podkreślić należy, że odwołujący w odwołaniu nie zarzuca, że złożony dokument JEDZ zawiera błędy merytoryczne w zakresie jego treści i nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu. Tym samym problem sporu pomiędzy stronami został zawężony tylko do oceny, czy brak możliwości pełnej weryfikacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego powoduje sytuację, że dokument złożony z takim podpisem nie spełnia wymagań Pzp i tym samym skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania lub odrzuceniem jego oferty.

Izba opierając się na ugruntowanej linii orzeczniczej KIO uznaje, że dokument podpisany w okresie ważności certyfikatu upoważniającego daną osobę do jego składania zachowuje swoją ważność również po upływie ważności certyfikatu, chyba że zostaną wykazane okoliczności wskazujące na duże prawdopodobieństwo, że złożony dokument o złożonej treści nie został podpisany we wskazywanym czasie i o wykazanej treści. Zgodnie z art. 6 kc ciężar dowodu w tym zakresie obciąża podmiot wywodzący z tego twierdzenia korzystne dla siebie skutki prawne. Zauważenia wymaga kwestia, iż przyjęcie innego stanowiska tj. iż złożony dokument podpisany elektronicznym podpisem kwalifikowanym powodowałoby cały szereg problemów nie zamierzonych przez ustawodawcę, gdyż w sposób odmienny byłby w rzeczywistości zakreślany okres ważności dokumentów tych podpisanych własnoręcznie i tych podpisanych elektronicznym podpisem.

Izba oceniając zaistniały stan faktyczny sprawy oraz przedłożone przez strony dowody i oświadczenia uznała, że brak było podstaw do przyjęcia, że w sprawie zaszyły okoliczności uzasadniające wykluczenie wykonawcy z postępowania. Dla możliwości wykluczenia wykonawcy z postępowania konieczne jest posiadanie przez zamawiającego dowodów wskazujących w sposób jednoznaczny, że ziszcza się co najmniej jedna z podstaw wykluczenia o których mowa w ustawie Pzp. Izba uznała nadto, że odwołujący jako zarzuty odwołania podniósł kwestie, które jak wyżej wykazano powodowały sytuacje braku możliwości weryfikacji podpisu z powodu upływu terminu ważności certyfikatu. Powyższe stanowi wiedzę znaną większości podmiotów, których działalność wymaga podpisywania dokumentów kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Tym samym tylko ta okoliczność bez przedstawienia argumentów o nieprawidłowości składanego oświadczenia w sensie merytorycznym, nie stanowi wystarczającej podstawy do uznania nieważności złożonego dokumentu czy oświadczenia.

Podkreślić należy, że aby Izba mogła oprzeć orzeczenie na złożonych dowodach to dowody te muszą być pewne i kategoryczne - wyrok SO w Wrocławiu z 6 lutego 2018 roku Sygn. akt XI Ga 692/17. Odwołujący zdaniem Izby nie podważył skutecznie wiarygodności złożonych wyjaśnień zamawiającego, a swoje stanowisko w sprawie opierał na hipotezie iż że względu na brak możliwości weryfikacji podpisu w dacie złożenia dokumentu zamawiającemu to dokument ten jest nieprawidłowy.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).

Tym samym Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów wskazanych w odwołaniu

Izba orzekła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: