

Sygn. akt KIO 242/21

WYROK
z dnia 22 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: **Magdalena Grabarczyk**
Monika Kawa-Ogorzałek
Ewa Kisiel

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach: 18 lutego i 17 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 stycznia 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Naprzód Hospital Sp. z o.o. w Łodzi, Naprzód Service Sp. z o.o. w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Mazowiecki Szpital Specjalistyczny im. dr. Józefa Psarskiego w Ostrołęce

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ever Cleaning Sp. z o.o. w Warszawie, Everteam Sp. z o.o. w Warszawie, Ever Medical Care Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.);

1.2. uwzględnia odwołania w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 22 ust. 2 ustawy z 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) i nakazuje Mazowieckiemu Szpitalowi Specjalistycznemu im. dr Józefa Psarskiego w Ostrołęce unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o

udzielenie zamówienia: Ever Cleaning Sp. z o.o. w Warszawie, Everteam Sp. z o.o. w Warszawie, Ever Medical Care Sp. z o.o. w Warszawie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 wskazanej ustawy oraz uznanie oferty tych wykonawców za odrzuconą;

1.3. oddała odwołanie w zakresie naruszenia art. 87 i art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) w zw. z art. 78 § 1 k.c. w zw. z art. 26 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;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Naprzód Hospital Sp. z o.o. w Łodzi, Naprzód Service Sp. z o.o. w Łodzi i Mazowiecki Szpital Specjalistyczny im. dr. Józefa Psarskiego w Ostrołęce i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego:

- kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Naprzód Hospital Sp. z o.o. w Łodzi, Naprzód Service Sp. z o.o. w Łodzi tytułem wpisu od odwołania,

- kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Naprzód Hospital Sp. z o.o. w Łodzi, Naprzód Service Sp. z o.o. w Łodzi tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

- kwotę 4.816 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące osiemset szesnaście złotych zero groszy) stanowiącą wynagrodzenie oraz wydatki biegłego powołanego na wniosek wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Naprzód Hospital Sp. z o.o. w Łodzi, Naprzód Service Sp. z o.o. w Łodzi;

2.2. zasądza od Mazowieckiego Szpitala Specjalistycznego im. dr. Józefa Psarskiego w Ostrołęce na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Naprzód Hospital Sp. z o.o. w Łodzi, Naprzód Service Sp. z o.o. w Łodzi kwotę 9.300 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) stanowiącą udział zamawiającego w wysokości 1/2 w uzasadnionych kosztach postępowania odwoławczego poniesionych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Naprzód Hospital Sp. z o.o. w Łodzi, Naprzód Service Sp. z o.o. w Łodzi z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

2.3. nakazuje wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: Naprzód Hospital Sp. z o.o. w Łodzi, Naprzód Service Sp. z o.o. w Łodzi zwrot na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 4.816 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące osiemset szesnaście złotych zero groszy) stanowiące wynagrodzenie oraz wydatki biegłego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 poz. 2020) 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:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Mazowiecki Szpital Specjalistyczny im. dr Józefa Psarskiego w Ostrołęce – prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Świadczenie usług kompleksowego utrzymania czystości w Szpitalu, pozostałe usługi w zakresie opieki zdrowotnej gdzie indziej niesklasyfikowane, transport wewnętrzny oraz usługi dodatkowe”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 18 września 2020 r. pod pozycją 2020/S 182-438721. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne wskazane w art. 11 ust. 8 Pzp.

21 stycznia 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Naprzód Hospital Sp. z o.o. w Łodzi, Naprzód Service Sp. z o.o. w Łodzi (dalej jako: „odwołujący”) wnieśli odwołanie. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 8 Pzp w zw. z art. 78 § 1 Kodeksu cywilnego (dalej jako „k.c.”) w zw. z art. 26 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 (dalej jako „rozporządzenie eIDAS”) przez jego niewłaściwe zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego z powodu negatywnego komunikatu uzyskanego podczas weryfikacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego złożonego pod ofertą (załącznik nr 3 do SIWZ), podczas gdy oferta została prawidłowo podpisana i nie podlega odrzuceniu;
2. art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie zwrócenia się do odwołującego o wyjaśnienia, w sytuacji uzyskania komunikatu przy weryfikacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego;
3. art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawców: EVER Cleaning sp. z o.o., Everteam sp. z o.o. oraz Ever Medical Care sp. z o.o., dalej jako „konsorcjum EVER” lub „przystępujący”, podczas gdy oferta ta jest mniej korzystna od oferty odwołującego - niezasadnie odrzuconej przez zamawiającego;
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 2 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 22 ust. 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum EVER, podczas gdy

przedmiotowe zamówienie publiczne jest zamówieniem zastrzeżonym dla zakładów pracy chronionej oraz wykonawców, których głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych, a tylko wykonawca Everteam sp. z o.o. potwierdził w jednolitym europejskim dokumencie zamówienia (dalej jako „JEDZ”), że spełnia wymóg w zakresie zamówienia zastrzeżonego, względnie z ostrożności procesowej art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum EVER wobec niespełnienia wymogu, o którym mowa w art. 22 ust. 2 Pzp oraz w pkt III. 1.5 ogłoszenia o zamówieniu;

5. art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum EVER, podczas gdy w ofercie konsorcjum wskazano, że wchodząca w zakres przedmiotu zamówienia usługa transportu posiłków i pozostałego transportu jest zwolniona z podatku od towarów i usług, podczas gdy brak jest podstaw do takiego przyjęcia, a usługa ta powinna być wskazana jako objęta opodatkowana stawką podstawową podatku 23%, na skutek czego oferta ta ulega odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie przez Izbę dowodu:

1. z opinii biegłego z zakresu informatyki - na okoliczność tego:
 - a) w jaki sposób przebiega weryfikacja kwalifikowanego podpisu elektronicznego, którym opatrzony jest plik Excel z rozszerzeniem xls - za pomocą oprogramowania dostawców usług zaufania w rozumieniu ustawy z dnia 5 września 2016 roku o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej (tj. z dnia 2 czerwca 2020 r. Dz.U. z 2020 r. poz. 1173) – zwaną dalej ustawą o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej - w sytuacji, gdy taki plik po podpisaniu, a przed weryfikacją tego podpisu został otworzony (jaki komunikat jest wówczas generowany), a jak przebiega te weryfikacja w sytuacji, gdy po podpisaniu, a przed weryfikacją plik nie został otworzony;
 - b) kiedy nastąpiła ostatnia modyfikacja pliku załącznik nr 3 do SIWZ złożonego przez odwołującego i czy został on zmodyfikowany po podpisaniu go kwalifikowanym podpisem elektronicznym;
 - c) czy wynik weryfikacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego, którym opatrzony jest załącznik nr 3 do SIWZ - za pomocą oprogramowania dostawców usług zaufania w rozumieniu ustawy o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej - w zakresie zmiany danych w pliku jest jednoznaczny, czy wyłącznie prawdopodobny;
2. z zeznań świadka E. G. - celem wykazania, że oferta odwołującego (w tym załącznik nr 3 do SIWZ) została podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym i że nie nastąpiła modyfikacja pliku przez odwołujących po jego podpisaniu a przed wysłaniem zamawiającemu;
3. z oświadczenia Pani E. G. - celem wykazania, że oferta odwołującego (w tym

załącznik nr 3 do SIWZ) została podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym i że nie nastąpiła modyfikacja pliku po jego podpisaniu, a przed wysłaniem zamawiającemu;

4. z dokumentu - wydruku z ekranu komputerowego (*print screen*) zawierającego wynik weryfikacji pliku załącznik nr 3 do SIWZ po jego otwarciu przy pomocy oprogramowania dostawców usług zaufania w rozumieniu ustawy o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej ProCertum - celem wykazania, że komunikat uzyskany w toku takiej weryfikacji nie jest jednoznaczny;
5. z dokumentu - wydruku z ekranu komputerowego (*print screen*) wskazujących na właściwości pliku załącznik nr 3 do SIWZ - celem wykazania daty i godziny ostatniej modyfikacji tego pliku;
6. z eksperymentu procesowego przeprowadzonego podczas rozprawy przez skład orzekający Izby z udziałem stron polegającego na:
 - a. zbadaniu, w jaki sposób przebiega weryfikacja kwalifikowanego podpisu elektronicznego, którym opatrzony jest plik Excel z rozszerzeniem xls - za pomocą oprogramowania dostawcy usług zaufania w rozumieniu ustawy o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej ProCertum - w sytuacji, gdy taki plik po podpisaniu, a przed weryfikacją tego podpisu zostaje otworzony (jaki komunikat jest wówczas generowany), a jak przebiega ta weryfikacja w sytuacji, gdy po podpisaniu, a przed weryfikacją plik nie zostaje otworzony;
 - b. zbadaniu, czy wynik weryfikacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego, którym opatrzony jest załącznik nr 3 do SIWZ - za pomocą oprogramowania dostawcy usług zaufania w rozumieniu ustawy o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej ProCertum - w zakresie zmiany danych w pliku jest jednoznaczny, czy wyłącznie prawdopodobny (w sytuacji, gdy okoliczność ta będzie kwestionowana przez zamawiającego).

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego i czynności wyboru oferty konsorcjum EVER jako oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty konsorcjum EVER, względnie wykluczenia tych wykonawców z postępowania oraz dokonania ponownie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu oraz dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Konsorcjum EVER zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zachowując termin ustawowy i obowiązek przekazania stronom kopii przystąpienia. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 17 lutego 2021 r. wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i w dniach 18 lutego i 17 czerwca 2021 r. przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2020 ze zm.) do postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Natomiast stosownie do art. 92 ust. 2 powołanej ustawy do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.). W związku z tym Izba rozpoznała odwołanie stosując w zakresie procedury odwoławczej przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) dalej jako: „nPzp”, natomiast do oceny zarzutów odwołania przepisy Pzp.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Zarzut ten został wycofany przez odwołującego i nie może być rozpoznany. Stosownie do art. 568 pkt 1 nPzp, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania. W myśl § 13 ust. 1 pkt 6 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), skład orzekający dokonuje czynności formalnoprawnych i sprawdzających, o których mowa w § 1, na posiedzeniu niejawnym, i w zależności od poczynionych ustaleń wydaje postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego w przypadkach, o których mowa w art. 568 pkt 1 lub 3 nPzp. Znalazło to wyraz w pkt 1.1. sentencji orzeczenia.

Pozostałe zarzuty odwołania zostały rozpoznane co do istoty.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 nPzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Przesłanki wymagane ustawą zostały więc spełnione.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 2 Pzp nie znalazł potwierdzenia.

Zamawiający zastrzegł w pkt III. 1.5. ogłoszenia o zamówieniu, że zamówienie jest zastrzeżone dla zakładów pracy chronionej oraz wykonawców, których głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych.

Wykonawcy tworzący konsorcjum EVER złożyli oświadczenia dotyczące tego wymagania zamawiającego w części II lit. a) JEDZ. Everteam sp. z o.o. złożył oświadczenie, że jest zakładem pracy chronionej, „przedsiębiorstwem społecznym” (tj. przedsiębiorstwem, którego celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych) lub że będzie realizował zamówienie w ramach programów zatrudnienia chronionego. Pozostali członkowie konsorcjum oświadczyli, że nie są podmiotami, o których mowa w pkt III. 1.5 ogłoszenia o zamówieniu i w części II lit a) JEDZ. Z § 5 ust. 4 umowy konsorcjum zawartej przez przystępującego wynika, że wykonawca Everteam sp. z o.o. odpowiada za realizację 20% przedmiotu zamówienia.

Art. 22 ust. 2 Pzp, którego naruszenie odwołujący zarzucał zamawiającemu stanowi, że zamawiający może zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie zakłady pracy chronionej oraz inni wykonawcy, których działalność, lub działalność ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych, w szczególności:

1. osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1172, 1495 i 1696);
2. bezrobotnych w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz. U. z 2019 r. poz. 1482 i 1622);
3. osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych, o których mowa w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. z 2019 r. poz. 676, 679 i 1694), mających trudności w integracji ze środowiskiem;
4. osób z zaburzeniami psychicznymi w rozumieniu ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz. U. z 2018 r. poz. 1878 oraz z 2019 r. poz. 730 i 1690);
5. osób bezdomnych w rozumieniu ustawy z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (Dz. U. z 2019 r. poz. 1507, 1622 i 1690);
6. osób, które uzyskały w Rzeczypospolitej Polskiej status uchodźcy lub ochronę uzupełniającą, o których mowa w ustawie z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2019 r. poz. 1666);

7. osób do 30. roku życia oraz po ukończeniu 50. roku życia, posiadających status osoby poszukującej pracy, bez zatrudnienia;
8. osób będących członkami mniejszości znajdującej się w niekorzystnej sytuacji, w szczególności będących członkami mniejszości narodowych i etnicznych w rozumieniu ustawy z dnia 6 stycznia 2005 r. o mniejszościach narodowych i etnicznych oraz o języku regionalnym (Dz. U. z 2017 r. Poz. 823).

Zamawiający dokonał zastrzeżenia, o którym mowa w powołanym przepisie, zatem o zamówienie w ramach badanego postępowania mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy posiadający status zakładu pracy chronionej lub podmioty, którego głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych.

Pkt III. 1.5. ogłoszenia o zamówieniu nie został zakwestionowany przez wykonawców i wiąże zamawiającego przy prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia na równi z przepisami ustawy. Przedmiotem sporu jest zatem jedynie kwestia, czy o udzielenie zamówienia zastrzeżonego mogą wspólnie ubiegać się wykonawcy, z których wyłącznie jeden, który będzie realizował 20% zamówienia, jest przedsiębiorstwem społecznym lub będzie realizował zamówienie w ramach programów zatrudnienia chronionego.

Rozpoznając ten spór Izba postanowiła przyznać rację odwołującemu. Dostrzec trzeba, że udzielanie zamówień zastrzeżonych ma na celu umożliwienie uczestnictwa w rynku zamówień publicznych wykonawców, którzy - ze względu na swój status lub szczególny charakter prowadzonej działalności - nie są w stanie konkurować z pozostałymi wykonawcami na równych zasadach. Skutkiem tej partycypacji w rynku zamówień publicznych przedsiębiorstw posiadających status zakładu pracy chronionej lub podmiotów, którego głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych, jest aktywizacja tych osób i uzyskanie wiążących się z nią korzyści społecznych, ekonomicznych, socjalnych i psychologicznych. Ustawodawca dostrzegł, że szczególnie trudna sytuacja takich osób zasługuje na uwagę i wsparcie. Nie budzi bowiem żadnych wątpliwości Izby, że co do zasady prowadzenie działalności przez przedsiębiorców społecznych jest trudniejsze. Wielopłaszczyznowy efekt wynikający ze świadczenia pracy przez osoby niepełnosprawne lub defaworyzowane jest jednak wartością przekraczającą wąsko rozumianą korzyść ekonomiczną zamawiającego polegającą na wyborze oferty z niższą ceną. Aby efekt ten został osiągnięty całe zamówienie zastrzeżone powinno trafić do wykonawcy posiadający status zakładu pracy chronionej lub podmiotu, którego głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych. W konsekwencji, w przypadku, gdy o udzielenie zamówienia ubiega się konsorcjum, status taki powinni posiadać wszyscy uczestnicy takiego konsorcjum. Nie wystarczy zatem, aby przedsiębiorcą społecznym był jeden z podmiotów tworzących konsorcjum, zwłaszcza gdy – tak jak w okolicznościach sprawy – miałby on wykonywać

jedynie 20 % zamówienia. Sytuacja taka nie jest porównywalna z tą, w której wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazują wymagania zamawiającego dotyczące wiedzy i doświadczenia, sytuacji ekonomicznej i finansowej, czy dysponowania stosownym personelem i sprzętem. Tego rodzaju wymagania zamawiającego dotyczą zdolności wykonawców do wykonania zamówienia z należytą starannością, nie gwarantują opisanych korzyści związanych z należyтым wykonaniem zamówienia przez wykonawców aktywizujących osoby niepełnosprawne lub defaworyzowane. W badanym postępowaniu, w przypadku zawarcia umowy z przystępującym, do wykonawców nie będących przedsiębiorcami społecznymi trafiłoby 80%, co nie odpowiada prawu.

Niedozwolone jest obejście przepisów o zamówieniu zastrzeżonym w ten sposób, że tworzone jest konsorcjum, którego tylko jeden członek jest podmiotem prowadzącym działalność o profilu społecznym, a pozostali członkowie (i do tego realizujący zasadniczą część zamówienia) nie są podmiotami o takim charakterze. Takie działanie wykonawców powoduje, że nie zostaje zachowany cel przepisu art. 22 ust. 2 Pzp, zatem zamawiający wybierając ofertę przystępującego jako najkorzystniejszą naruszył art. 22 ust. 2 Pzp.

Dokonując wyboru między wskazywanymi przez odwołującego podstawami prawnymi eliminacji oferty przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia, czyli art. 89 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, Izba zdecydowała się na drugą z nich. Posiadanie statusu przedsiębiorcy społecznego jest wymaganiem zamawiającego o charakterze podmiotowym. Nie można mówić w tym przypadku o niezgodności oferty z ustawą, gdyż ustawa jedynie daje zamawiającemu możliwość nadania danemu zamówieniu statusu zamówienia zastrzeżonego. Również art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wydaje się być nieadekwatną podstawą prawną. Przede wszystkim źródłem zastrzeżenia zamawiającego nie jest specyfikacja istotnych warunków zamówienia, lecz ogłoszenie o zamówieniu. Po drugie, w przypadku zamówień zastrzeżonych znaczenie ma status podmiotu, który będzie je wykonywał, nie zaś jakość, ilość, termin, warunki gwarancji lub inne cechy zamawianego świadczenia. W związku z tym, w pkt 1.2. sentencji Izba nakazała zamawiającemu wykluczenie przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz uznanie złożonej przez nich oferty za odrzuconą, co wynika z art. 24 ust. 4 Pzp.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 8 Pzp w zw. z art. 78 § 1 k.c. w zw. z art. 26 i art. 32 ust. 1 i 2 rozporządzenia eIDAS oraz związany z nim zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp nie znalazły potwierdzenia.

Jak wynika z treści odwołania odwołujący upatrywał naruszenia tych przepisów w ich niewłaściwym zastosowaniu i odrzuceniu oferty odwołującego z powodu negatywnego komunikatu uzyskanego podczas weryfikacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego złożonego pod ofertą (załącznik nr 3 do SIWZ), podczas gdy odwołujący prawidłowo podpisał

swoją ofertę.

Zarzut ten Izba rozpoznała z uwzględnieniem art. 555 nPzp, który zakazuje rozpoznawania zarzutów niepodniesionych w odwołaniu. Granice rozpoznania odwołania, o których mowa w przywołanym przepisie wyznaczają okoliczności faktyczne i prawne powołane przez odwołującego. Oznacza to, że okoliczności faktyczne i prawne nie wskazane w odwołaniu nie mogą być podstawą wyrokowania. W związku z tym twierdzenia odwołującego przekraczające zakres przedmiotowy odwołania zostały pominięte.

Granice rozpoznania odwołania wyznaczone zostały w odwołaniu w następujący sposób:

Po pierwsze: plik xls załącznik nr 3 do SIWZ został w sposób prawidłowy i ważny opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez pełnomocnika odwołującego Panią E. G., a wystąpienie komunikatu o błędzie spowodował wyłącznie fakt, że zamawiający najpierw otworzył ten plik i dokonał poprawki, a dopiero potem przeprowadził weryfikację podpisu. Za taką sytuację odwołujący nie może odpowiadać i nie może ona być przyczyną odrzucenia oferty, gdyż przyczyna negatywnej weryfikacji podpisu leży wyłącznie po stronie zamawiającego i kolejności podejmowanych przez niego czynności.

Po drugie: nie nastąpiła zmiana danych w dokumencie po jego podpisaniu. Z danych dostępnych zamawiającemu (właściwości pliku) wynika, że wszystkie pliki zostały podpisane w jednym momencie - 20 grudnia 2020 r. o godzinie 19:21. Ostatnia modyfikacja pliku tj. załącznika nr 3 do SIWZ - nastąpiła 20 grudnia 2020 r. o godzinie 18:07. Zamawiający nie mógł zatem stwierdzić, że nastąpiła modyfikacja treści pliku po godzinie jego podpisania i dysponował informacją, że zmiany treści załącznika po dokonaniu podpisu nie wystąpiły. Ewentualne wątpliwości co do podpisu, którym opatrzony był załącznik nr 3 do SIWZ zamawiający powinien wyjaśnić stosując art. 87 ust. 1 Pzp, zamiast opierać się na komunikacjach o prawdopodobnych okolicznościach. Odwołujący mogliby wówczas wyjaśnić zamawiającemu, że dokonał weryfikacji podpisu, którym opatrzony był załącznik nr 3 do SIWZ (plik z rozszerzeniem xls) po jego wcześniejszym otwarciu i wykazać brak modyfikacji danych w pliku.

Po trzecie, ani art. 78¹ § 1 k. c., ani art. 10a ust. 5 Pzp traktujący o elektronicznej formie oświadczenia woli, ani też SIWZ, nie wskazują, że wykonawca zobligowany jest spowodować, że weryfikacja elektronicznego podpisu kwalifikowanego, którym opatrzono ofertę - zakończy się komunikatem o treści: „weryfikacja pozytywna” i że tylko tak przeprowadzona i zakończona weryfikacja podpisu warunkuje złożenie oświadczenia woli w formie elektronicznej opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Z uwagi na okoliczności o charakterze technicznym, elektronicznym, braku czy wady urządzeń czy instrumentów, którymi posługują się podmioty w obrocie – występowanie komunikatów w procesie weryfikacji nie musi oznaczać nieważności kwalifikowanego podpisu

elektronicznego.

Odwołujący podkreślał, że wystąpienie komunikatu w procesie weryfikacji kwalifikowanego podpisu, którym opatrzony był załącznik nr 3 do SIWZ jest wynikiem kolejności czynności podjętych przez zamawiającego w związku z formatem pliku, który został wykonawcom udostępniony. Wystąpienie tego komunikatu nie może mieć zatem znaczenia dla oceny ważności podpisu i oferty odwołujących.

Poddając ocenie tak zdefiniowany zarzut odwołania Izba uwzględniła następujące okoliczności ustalone na podstawie dokumentów znajdujących się w aktach sprawy oraz dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki, który został dopuszczony i przeprowadzony na wniosek odwołującego. Wobec jednoznacznego stanowiska biegłego oraz przyznania na rozprawie przez odwołującego, że załącznik Nr 3 został otwarty po podpisaniu, a przed wysłaniem do zamawiającego, przeprowadzanie pozostałych dowodów wnioskowanych przez odwołującego prowadziłyby nie do wszechstronnego wyjaśnienia okoliczności faktycznych sprawy, lecz wyłącznie do przewlekłości postępowania odwoławczego. Stanowi to w świetle art. 541 nPzp dostateczne uzasadnienie do odmowy przeprowadzenia dowodu.

W rozdziale V SIWZ zamawiający opisał sposób przygotowania oferty. Zastrzegł, że ofertę należy sporządzić zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ, w języku polskim, w postaci elektronicznej, w formatach: doc, docs lub pdf i opatrzyć pod rygorem nieważności kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zamawiający wskazał, że sposób złożenia oferty, w tym jej zaszyfrowania, został opisany w Regulaminie korzystania z miniPortalu oraz wymagał złożenia oferty w oryginale.

Oferta odwołującego, w tym również będący jej częścią Formularz cenowy przygotowany według wzoru stanowiącego załączniki nr 3 do SIWZ, przez zostały opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez pełnomocnika - Panią E. G. . Formularz cenowy odwołujący przygotował w formacie xls. Umocowanie Pani G. oraz ważność podpisu nie są sporne. Zamawiający dokonał poprawienia omyłki rachunkowej w załączniku nr 3 do SIWZ 12 stycznia 2021 r. Pismem z 12 stycznia 2021 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego oraz o odrzuceniu oferty odwołującego. W uzasadnieniu czynności odrzucenia zamawiający wskazał, że podczas weryfikacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego, którym został opatrzony załącznik nr 3 do SIWZ otrzymał negatywne komunikaty. Podobnie w odpowiedzi na odwołanie zamawiający wskazał, że raporty z weryfikacji podpisu w załączniku nr 3 do SIWZ prezentują negatywną weryfikację w trzech Programach: Sigillum Sign, Szafir oraz ProCentrum. Z weryfikacji podpisu wynika, iż integralność pliku podpisanego oraz podpisu nie została zachowana, a podpisane dane zostały zmodyfikowane po ich uwierzytelnieniu podpisem elektronicznym. Plik zawierający Formularz Cenowy załącznik Nr 3 do SIWZ został zmodyfikowany po dokonaniu podpisu elektronicznego. Systemy do weryfikacji podpisów

elektronicznych wskazały następujące komunikaty:

- ProCentrum - negatywnie zweryfikowany, błąd podpisu, walidacja nie udała się;
- Szafir - podpis negatywnie zweryfikowany;
- Sigillum Sign - negatywnie zweryfikowany, nieprawidłowy skrót, obiekty referencji są niespójne, podpis ma niepoprawną strukturę.

Naruszenie integralności pliku załącznika Nr 3, brak zgodności skrótu zawartego w podpisie i faktycznym skrócie podpisywanego pliku potwierdził również biegły w opinii z 25 maja 2021 r. Stwierdził on, że ostatnia modyfikacja pliku stanowiącego załącznik Nr 3 nastąpiła 20 grudnia 2021 r. o godzinie 18:07:26. Osobą ingerującą w plik była Pani E. G., która podpisała załącznik o godz. 19:21:43. Ponadto biegły ustalił, że załącznik Nr 3 nie nosi śladów widocznej modyfikacji po jego podpisaniu, jednak po złożeniu podpisu, ale przed skompresowaniem, zaszyfrowaniem i umieszczeniem dokumentu na miniPortalu nastąpiła jego niewidoczna modyfikacja. Biegły wyjaśnił również, że stwierdzenie o braku modyfikacji pliku po złożeniu podpisu nie ma jakiegokolwiek wpływu na ocenę negatywnego wyniku walidacji, gdyż odwołujący przekazał zamawiającemu plik załącznika z naruszoną integralnością podpisu.

Jak wynika ze stanowiska odwołującego wyrażonego na rozprawie Pani E. G. otworzyła załącznik Nr 3 po jego podpisaniu, w celu upewnienia się co do jego prawidłowości.

Izba nie podzieliła wniosku odwołującego o uzupełnienie opinii biegłego lub o przeprowadzenie dowodu z opinii innego biegłego. Zdaniem Izby, wbrew twierdzeniom odwołującego, przywołane twierdzenia opinii mają charakter ustaleń faktycznych i stanowią odpowiedzi biegłego na pytania postawione mu w postanowieniu o przeprowadzeniu tego dowodu, w tym również na pytania zadane przez odwołującego. To, że ustalenia biegłego nie potwierdzają tez odwołania, nie oznacza, że biegły wyraził własną ocenę i nie dokonał ustalenia faktów. W opinii biegły przedstawił metodologię udzielenia odpowiedzi na pytania oraz fakty ustalone w wyniku jej zastosowania. Odwołujący nie podważył faktów ustalonych przez biegłego, a te obrazują stan rzeczy odmienny od opisanego w uzasadnieniu odwołania. Po pierwsze, załącznik Nr 3 został przygotowany przez odwołującego w formacie xls, który nie był wskazany w SIWZ. Załącznik ten odwołujący podpisał o godz. 19:21, wcześniej o godz. 18:07 nastąpiła ostatnia widoczna modyfikacja jego treści. Po drugie, niewidoczna modyfikacja załącznika nastąpiła po podpisaniu załącznika Nr 3, a przed jego kompresją, umieszczeniem na miniPortalu i wysłaniem zamawiającemu, a nie - jak chciałby odwołujący – przez zamawiającego z powodu poprawienia błędów rachunkowych przed weryfikacją podpisu, którym był opatrzony załącznik nr 3.

W tak ustalonym stanie faktycznym, mając na uwadze granice rozpoznania odwołania wynikające z treści zarzutów, Izba postanowiła przyznać rację zamawiającemu.

Kognicją Izby zgodnie z art. 513 pkt 1 i 2 nPzp jest objęta czynność zamawiającego dokonana w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechanie przez zamawiającego dokonania czynności, do której jest zobowiązany na mocy przepisów. Rozstrzygnięcie sporu w ustalonych okolicznościach faktycznych sprowadza się zatem do oceny, czy zamawiający w sytuacji, gdy nie mógł poprawnie zweryfikować podpisu pod Załącznikiem Nr 3 zobowiązany był odrzucić ofertę odwołującego.

Przedewszystkim Izba zważyła, że załącznik nr 3 do SIWZ, będący istotnym dla przyszłej umowy Formularzem cenowym, stanowił treść oferty odwołującego. Jego niewłaściwy podpis lub brak podpisu oznaczają brak podpisania oferty. Oferta, której wykonawca nie podpisał, nie może być przyjęta przez zamawiającego.

Zgodnie z art. 78¹ § 1 k.c. do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Natomiast art. 78¹ § 2 k.c. stanowi, że oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej. Do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej konieczne są zatem dwa elementy. Po pierwsze, złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej, po drugie, opatrzenie takiego oświadczenia woli kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Podpisania Formularza cenowego kwalifikowanym podpisem elektronicznym jest warunkiem koniecznym do uznania, że oferta - będąca oświadczeniem wykonawcy - została złożona zamawiającemu.

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

Z przywołanych przepisów jasno wynika, że przyjęcie oświadczenia opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym wymaga walidacji podpisu w celu stwierdzenia

skuteczności złożenia oświadczenia. Tak też uczynił zamawiający, który zachowując należytą staranność, wykorzystał w tym celu trzy programy, w każdym przypadku uzyskując negatywny wynik walidacji. W tym stanie rzeczy brak jest jakichkolwiek podstaw do zarzucania zamawiającemu naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp. Wynik walidacji był jednoznacznie negatywny i jakiegokolwiek wyjaśnienia ze strony odwołującego nie mogły zmienić tego stanu rzeczy.

Ponadto, zdaniem Izby przyczyny tego stanu rzeczy leżą po stronie odwołującego. Odwołujący posłużył się plikiem w formacie xls, który nie był dopuszczony przez zamawiającego. Jakkolwiek samo posłużenie się tym formatem nie dyskwalifikuje oferty, to jednak powoduje przejście na odwołującego ryzyka wynikającego z nieuwzględnienia dyrektyw SIWZ. Profesjonalny charakter działalności prowadzonej przez odwołującego uzasadnia zwiększone oczekiwania co do jego zapobiegliwości i zdolności przewidywania konsekwencji swoich zachowań. Działania odwołującego doprowadziły do utraty integralności podpisanych danych, która zgodnie z art. 32 ust. 1 lit. g) rozporządzenia eIDAS jest warunkiem koniecznym walidacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Naruszenie integralności danych nastąpiło skutkiem otwarcia pliku załącznika Nr 3 po jego podpisaniu, brak jest zatem podstaw do uznania, że w tej sytuacji podpis elektroniczny stanowi wyraz stanowczości zakończonego w ten sposób oświadczenia.

Izba zważyła zatem, że brak prawidłowego podpisu pod Formularzem cenowym, załącznikiem Nr 3 stanowiącym część oferty, spowodował, że nie doszło do prawidłowego złożenia całości oferty przez odwołującego. Skoro naruszenie integralności podpisu spowodowało działanie odwołującego, nie można uznać, jak chciałby odwołujący, że przyczyna tego stanu rzeczy leży po stronie zamawiającego.

Oznacza to, że zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego i nie dopuścił się zarzucanych mu naruszeń przepisów, co skutkowało oddaleniem zarzutu opisanego w pkt 1.3. sentencji.

Rozstrzygając o kosztach postępowania Izba uwzględniła, że z dwóch zarzutów podnoszonych przez odwołującego jeden okazał się skuteczny. W związku z czym Izba dokonała stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania, w części obejmującej wpis od odwołania oraz koszt wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego. Kosztami i wydatkami poniesionym przez biegłego Izba w całości obciążyła odwołującego. Brak było podstaw do rozdzielania tych kosztów pomiędzy strony. Po pierwsze, dotyczyły one wyłącznie zarzutu, który nie znalazł potwierdzenia. Po drugie, odwołujący był stroną wnioskującą o przeprowadzenie tego dowodu. Rozstrzygnięcie takie jest uprawnione brzmieniem § 7 ust. 5 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).

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ust. 1 i art. 554 ust. 1 pkt 1 nPzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 574 nPzp uwzględniając wynikającą z art. 575 nPzp zasadę ponoszenia kosztów stosownie do odpowiedzialności za wynik postępowania.

Przewodnicząca:

.....

.....