

Sygn. akt: KIO 3001/22

**WYROK**  
**z dnia 29 listopada 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 listopada 2022 r. przez Odwołującego – **T. B.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **T. B. Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe TRIBUD**, Rogoź, ul. Wierzbowa 40A, 55-114 Wisznia Mała w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Żmigród**, ul. Parkowa 4a, 55-140 Żmigród

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2 zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 5.037 zł 43 gr (słownie: pięć tysięcy trzydzieści siedem złotych czterdzieści trzy groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z reprezentacją strony przez pełnomocnika oraz kosztami jego dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2022 r., poz. 1710 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**.

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego w trybie podstawowym bez negocjacji, pod nazwą „Budowa kancelarii leśnictw Niezgodna i Wilkowo wraz z infrastrukturą towarzyszącą” (sygn. postępowania: SA.270.1.7.2022), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 27.09.2022 r., nr 2022/BZP 00365767/01, wobec czynności odrzucenia oferty własnej i wyboru oferty najkorzystniejszej, Wykonawca T. B. (T. B. Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe TRIBUD) wniósł w dniu 14.11.2022 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 3001/22).

Odwołujący zarzucili Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 97 ust. 10 i art. 16 pkt 1 i 3 Ustawy Pzp, poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego na skutek uznania, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, w sytuacji gdy wadium zostało wniesione przez Odwołującego w sposób ważny i skuteczny oraz zabezpieczający w sposób należyty interesy ekonomiczne Zamawiającego w formie gwarancji ubezpieczeniowej, co skutkowało z kolei pozbawieniem Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia publicznego, w sytuacji gdy oferta przez niego złożona – w świetle kryteriów oceny ofert – była ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z 7.11.2022 r. polegających na wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego oraz nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący odniósł się do stwierdzenia, które doprowadziło do uznania, iż wadium zabezpieczające ofertę zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, tj. „dokument gwarancji w formacie pdf opisany został przez Wykonawcę profilem zaufanym”, a tym samym – w ocenie Zamawiającego – nie stanowi oryginału tego dokumentu w rozumieniu art. 97 ust. 10 Pzp. Odwołujący stoi na stanowisku, iż złożony w postępowaniu dokument podpisany przez ubezpieczyciela, dodatkowo opatrzony/nadpisany podpisem zaufanym Odwołującego, nie utracił cechy oryginalności.

Zamawiający złożył w dniu 23.11.2022 r. pisemną odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. Zamawiający wskazał na konieczność złożenia wadium w postaci elektronicznej i jednocześnie w oryginale, do tego aby uznać, iż zostało ono wniesione skutecznie. Dalej Zamawiający wskazał na znaczenie procesu walidacji podpisu elektronicznego dla uznania, iż dokument został skutecznie podpisany. Jeżeli nie jest możliwe dokonanie walidacji podpisu elektronicznego (w okresie ważności certyfikatu) przez kwalifikowanego dostawcę

usługi zaufania, to nie można w ogóle mówić o podpisaniu dokumentu przy pomocy kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Zamawiający miał zatem obowiązek sprawdzić, czy złożony na gwarancji ubezpieczeniowej podpis osoby upoważnionej do jej wystawienia w imieniu gwaranta (Dyrektora Przedstawicielstwa UNIQA TU SA), jest kwalifikowanym podpisem elektronicznym i tym samym, czy została ona złożona w oryginale. Według Zamawiającego złożenie kopii gwarancji opatrzonej jedynie podpisem zaufanym przez Wykonawcę, stanowiłoby naruszenie podstawowych zasad udzielenia zamówienia, o których mowa w art. 16 Pzp. Zamawiający dokonał weryfikacji podpisu w aplikacji dostarczonej przez dostawcę usług zaufania MADKOM SA, w której nie udało się zweryfikować podpisu złożonego przez Pana M. M.o. Również weryfikacji podpisu nie udało się ustalić z wykorzystaniem aplikacji ProCertum smartsign. Gwarancja została opatrzona jedynie podpisem zaufanym Odwołującego. Wynika stąd, że gwarancja została złożona Zamawiającemu jedynie w kopii opatrzonej podpisem zaufanym Odwołującego. Na tej podstawie Zamawiający uznał, iż dokument nie został złożony w oryginale, co stanowiło o braku skuteczności zabezpieczenia oferty wadium, które nie zostało wniesione zgodnie z art. 97 ust. 10 Pzp oraz zgodnie z postanowieniami pkt 11.6 i 13.4 ppkt 8 SWZ.

### **Stanowisko Izby**

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Odwołanie nie podlegało odrzuceniu i takich wniosków nie formułowano na posiedzeniu prowadzonym z udziałem stron.

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym załączony do oferty dokument wadium oraz uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

### **Izba ustaliła i zważyła.**

Wymagania dotyczące wadium zostały opisane przez Zamawiającego w rozdziale 11 SWZ. Zgodnie z pkt 11.1.SWZ wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązani byli wnieść wadium w wysokości 5000,00 zł. Jedną z form, w jakiej wadium zgodnie z art. 97 ust. 7 pkt 3 Ustawy oraz pkt 11.3. ppkt 3) SWZ mogło zostać wniesione była gwarancja ubezpieczeniowa. W przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej

Zamawiający w pkt 11.6.SWZ wymagał, aby zostało ono przekazane Zamawiającemu wraz z Ofertą „w oryginale w postaci elektronicznej, tj. opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym osób upoważnionych do jego wystawienia.”. Jednocześnie w pkt 13.4. ppkt 8) SWZ Zamawiający wskazał, że w terminie składnia ofert określonym w pkt 14.1.SWZ (tj. do dnia 12 października 2022 r. godz. 1000) Wykonawca zobowiązany jest złożyć Zamawiającemu Ofertę zawierającą „wadium w oryginale w postaci elektronicznej, opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym osób upoważnionych do jego wystawienia (tylko, gdy Wykonawca wnosi wadium w formie niepieniężnej).

Odwołujący załączył do oferty gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium Nr 727500116635 z dnia 30 września 2022 r. („Gwarancja”) wystawioną przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjnej („Gwarant”). W miejscu podpisu i pieczęci gwaranta znajduje się w ramce informacja: *Singnature Not Verifide Dokument podpisany przez M. M. Data: 2022.09.30 16:57:25 CEST*, a poniżej podpis zaufany T. K. B..

W dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego znajdują się dwa wydruki poświadczenia elektronicznego weryfikacji podpisu wygenerowane 12.10.2022 r. z aplikacji MADKOM dla dokumentu gwarancja\_wadium\_Żmigród\_Tribud.pdf, złożonego przez T. K.B..

Zamawiający w dniu 07.11.2022 r. w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej przekazał uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazując:

*Ww. Wykonawca przedłożył Zamawiającemu wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, jednakże przedmiotowy dokument nie stanowi oryginału gwarancji w postaci elektronicznej, co stanowi naruszenie art. 97 ust. 10 ustawy PZP. Dokument w formacie pdf podpisany został przez Wykonawcę profilem zaufanym, tym samym Wykonawca wniósł wadium w sposób nieprawidłowy.*

*Mając na uwadze powyższe Zamawiający, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14, w związku z art. 97 ust. 10 w/cyt. ustawy, odrzuca ofertę Wykonawcy, który wniósł wadium w sposób nieprawidłowy.*

#### **Izba oddaliła odwołanie w całości.**

Zarzuty odnosiły się do prawidłowości decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art.226 ust. 1 pkt 14 w związku z uznaniem, iż złożone w formie gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium, nie było prawidłowym wniesieniem wadium. Zamawiający tak w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, jak i w odpowiedzi na odwołanie odnosił się do podpisu zaufanego, jakim został opatrzoney dokument złożony wraz z ofertą. Zdaniem Odwołującego, kwestie dotyczące weryfikacji podpisu elektronicznego osoby

upoważnionej do wystawienia dokumentu (Pana M. M.), jakim opatrzony został dokument złożony w postępowaniu, wykraczały poza okoliczności wskazane w uzasadnieniu odrzucenia oferty i tym samym nie mogły wpływać na ocenę prawidłowości czynności odrzucenia jego oferty.

Oddalając odwołanie Izba związana była zarzutami i podstawą faktyczną, która sprowadzała się do prawidłowości dokumentu wadialnego złożonego w formie elektronicznej. Odwołujący formułując zarzut braku uzasadnienia dla odrzucenia własnej oferty wskazywał na kwestie związane ze sposobem wystawienia dokumentu gwarancyjnego, podpisanego podpisem zaufanym przez osobę upoważnioną do jego wystawienia i dodatkowo opatrzonego podpisem zaufanym Odwołującego, co miało uzasadniać stwierdzenie, iż złożony w postępowaniu dokument był dokumentem oryginalnym i opatrzonym podpisem elektronicznym osoby upoważnionej do jego wystawienia, tak jak wymagał tego Zamawiający w SWZ.

Na rozprawie Zamawiający okazał dodatkowo dowód walidacji podpisu, jakim miała być opatrzona gwarancja zapłaty wadium z 30.09.2022 r., tj. dokumentu załączonego przez Odwołującego do pisma procesowego z 24.11.2022 r., który różnił się od tego złożonego w ofercie opisem w ramce „Podpis prawidłowy” i nie zawiera informacji o podpisie Odwołującego.

Wydruk z walidacji podpisu pod dokumentem złożonym dodatkowo w replice Odwołującego – gwarancji wadium 727500116635.pdf, zawiera wygenerowany raport: „Nie znaleziono plików z podpisami Przesłany plik nie zawiera podpisu lub pieczęci elektronicznej weryfikowalnego/ej za pomocą certyfikatu, co uniemożliwia dostawcy usług zaufania dokonania jednoznacznego potwierdzenia pochodzenia oraz integralności danych w postaci elektronicznej. W związku z powyższym, stosownie do: art. 3, pkt 25 eIDAS, dokument nie zapewnia autentyczności pochodzenia oraz integralności; art. 35, pkt 2 eIDAS, dokument nie korzysta z domniemania integralności danych i autentyczności pochodzenia; art. 18 ust. 1 UUZ lub art. 20b, ust. 1 UIDPRZP, dokument może nie wywoływać skutków prawnych” – dostawca usługi MADKOM SA. Druki dowód prezentuje zrzut z ekranu komunikatu wygenerowanego w aplikacji proCentrum SmartSign – weryfikowanie z komunikatem błędu: „Błąd podczas dodawania pliku podpisu Plik 'C:\Users\A\Desktop\gwarancja wadium 727500116635.pdf' nie jest poprawnym plikiem podpisu”.

W ocenie składu orzekającego nie ma racji Odwołujący twierdząc, iż kwestia podpisu elektronicznego osoby upoważnionej do wystawienia dokumentu wadialnego, wykraczała poza okoliczności stanowiące podstawę odrzucenia oferty. Zamawiający oceniając złożony dokument wskazał, iż został on jedynie podpisany przez Wykonawcę podpisem zaufanym,

co prowadziło do stwierdzenia braku skuteczności zabezpieczenia oferty wadium. Tym samym, Zamawiający uznał, iż dokument nie został podpisany przez osobę upoważnioną do wystawienia wadium, tak jak wymagał tego w SWZ. Wniosek ten jest jedynym logicznym w świetle okoliczności dotyczących dokumentu wadium składanego w formie gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium. Odwołujący próbował wykazać, iż kwestia jego podpisu pod dokumentem była jedyną przeszkodą dla uznania, iż złożony dokument nie jest dokumentem oryginalnym, podpisanym przez osobę upoważnioną do jego wystawienia. Chociaż Zamawiający nie opisał tak szczegółowo wszystkich kwestii dotyczących znaczenia podpisu Wykonawcy pod dokumentem złożonym w postaci elektronicznej, jak uczynił to w odpowiedzi na odwołanie, to nie można pominąć, iż zasadniczą kwestią badanego dokumentu było złożenie podpisu zaufanego przez osobę upoważnioną do jego wystawienia, co pozwoliłoby uznać, iż dokument ten jest dokumentem oryginalnym.

Odnosząc się zatem do podpisu, jakim opatrzony został dokument złożony wraz z ofertą, przedstawione dowody z walidacji podpisu zaufanego wskazują, że dokument nie był dokumentem oryginalnym, opatrzonym podpisem zaufanym Pana M. M., a jedynie podpisem zaufanym Odwołującego.

Na rozprawie Odwołujący w ogóle nie odniósł się do tej okoliczności, co czyniło jego argumentację wybiórczą, podyktowaną jedynie dążeniem do wykazania, iż jego podpis pod dokumentem elektronicznym miał nie pozbawiać oryginalności dokumentu złożonego wraz z ofertą. Taki wniosek nie był uprawniony bez wykazania, iż dokument złożony wraz z ofertą był dokumentem oryginalnym, a to wymagało przede wszystkim wykazania, iż został opatrzony podpisem elektronicznym osoby upoważnionej do jego wystawienia. Odwołujący takiego dowodu nie przedstawił, a załączone do pisma procesowego wydruki, poddane weryfikacji w aplikacji służącej do walidacji podpisów, wskazują na brak podpisu zaufanego osoby upoważnionej do wystawienia gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium. Co istotne, w dokumentacji postępowania znajdują się dowody potwierdzające, iż jedynym podpisem, jakim została opatrzona gwarancja ubezpieczenia zapłaty wadium, był podpis zaufany Odwołującego.

Skład orzekający podziela w całości stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i dotyczące konsekwencji, jakie dla elektronicznego dokumentu wadialnego ma brak walidacji podpisu zaufanego, w świetle 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 (Dz.Urz. UE seria L 2014 Nr 257, str. 73 – Rozporządzenie eIDAS). W ślad za informacjami zamieszczonymi w komunikacie wygenerowanym dla dokumentu, który nie został opatrzony zaufanym podpisem należy

wskazać, iż „stosownie do: art. 3, pkt 25 eIDAS, dokument nie zapewnia autentyczności pochodzenia oraz integralności; art. 35, pkt 2 eIDAS, dokument nie korzysta z domniemania integralności danych i autentyczności pochodzenia; art. 18 ust. 1 UUZ lub art. 20b, ust. 1 UIDPRZP, dokument może nie wywoływać skutków prawnych”. W świetle powyższego, należy przyznać rację twierdzeniu Zamawiającego, iż złożony dokument nie był dokumentem oryginalnym, opatrzonym podpisem osoby upoważnionej do jego wystawienia. Tym samym nie mógł wywołać skutków prawnych, jakie wiążą się ze złożeniem gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium, tj. zabezpieczenia oferty wadium. Skład orzekający podziela prezentowane w orzecznictwie wnioski, iż wniesienie wadium w postępowaniu *powinno obejmować przekazanie dokumentu wadialnego w takiej formie, w jakiej został on wystawiony przez gwaranta, czyli w przypadku gwarancji ubezpieczeniowych wystawionych w formie elektronicznej z podpisem kwalifikowanym wystawcy (gwaranta)* (tak w wyroku KIO z 19.12.2019 r., sygn. akt KIO 2464/19). W niniejszej sprawie nie było możliwe stwierdzenie, aby dokument złożony wraz z ofertą był przekazany w takiej formie w jakiej został wystawiony, tj. jako dokument elektroniczny opatrzony odpisem wystawcy (gwaranta).

Podnoszone przez Odwołującego argumenty związane z opłaceniem gwarancji i skutecznym zawarciem umowy, nie mają znaczenia, gdyż dla zabezpieczenia oferty wadium konieczne było złożenie wraz z ofertą oryginału dokumentu elektronicznego, co zostało wyraźnie wskazane w SWZ.

Powyższe prowadziło do oddalenia zarzutów podniesionych w odwołaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 5, § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Na poczet kosztów postępowania odwoławczego zaliczony został wpis w wysokości 10.000,00 zł. oraz koszty Zamawiającego według spisu wraz z rachunkami złożonymi przed zamknięciem rozprawy w łącznej wysokości 5.037,43 zł., obejmujące koszty wynagrodzenia pełnomocnika i koszty jego dojazdu (1.437,43 zł – bilety lotnicze). Izba nie uwzględniła kosztów noclegu pełnomocnika, w oparciu o przedłożony rachunek z dwóch zasadniczych powodów. Po pierwsze faktura za hotel w opisie usługi odnosi się do okresu, który nie jest związany z terminem posiedzenia w sprawie, w której pełnomocnik miał reprezentować stronę przed Izbą. Opis wskazuje bowiem na: „Pokój w terminie 01-02.11.2022”. Dodatkowo, należy zauważyć, iż zgodnie z przepisami rozporządzenia kosztowego, limit 3.600,00 zł obejmuje zarówno wynagrodzenie pełnomocnika, jak i jego wydatki, nie związane z dojazdem, objęte odrębną jednostką redakcyjną (§ 5 pkt 2a rozporządzenia kosztowego).

**Przewodniczący:** .....