

**WYROK**

**z dnia 18 czerwca 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek**

**Członkowie: Emilia Garbala**

**Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 czerwca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 czerwca 2019 przez wykonawcę **Cloudware Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Sąd Apelacyjny we Wrocławiu, ul. Energetyczna 4, 53-330 Wrocław**,

przy udziale wykonawcy **CA Consulting S.A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Cloudware Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę złożonych ofert z uwzględnieniem oferty Cloudware Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;

2. kosztami postępowania obciąża Sąd Apelacyjny we Wrocławiu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Cloudware Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu na rzecz Cloudware Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych) stanowiącej zwrot kosztów wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego we Wrocławiu**.

**Przewodniczący:.....**

## UZASADNIENIE

Zamawiający - Sąd Apelacyjny we Wrocławiu, prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. Nr 1986 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Utrzymanie oraz modyfikacje systemu Centralnego Archiwum Protokołu Elektronicznego”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 marca 2019 r., pod numerem 2019/S 058-134074.

W dniu 28 maja 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawcę - Cloudware Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp złożonej przez niego oferty.

Odwołujący w dniu 6 czerwca 2019 r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy z uwagi na niezasadne przyjęcie, że treść oferty jest niezgodna z ustawą,
2. art. 10 a ust. 5 ustawy w zw. z art. 78 Kodeksu cywilnego z uwagi na niezasadne przyjęcie, że oferta odwołującego nie została złożona w postaci elektronicznej z kwalifikowanym podpisem elektronicznym a tym samym jej treść jest niezgodna z ustawą,
3. a w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy w związku z prowadzeniem postępowania sprzecznie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przez nieuprawnione niekorzystne traktowanie Odwołującego, którego oferta nie powinna zostać odrzucona.

Odwołujący z ostrożności procesowej - w przypadku uznania przez Izbę, że brak jest dowodów wskazujących na fakt podpisania oferty kwalifikowanym podpisem elektronicznym – zarzucił naruszenie:

4. art. 10b ustawy, poprzez zaniechanie zapewnienia narzędzi i urządzeń wykorzystywanych do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej oraz ich właściwości technicznych (w szczególności Systemu SMARTPZP), które byłyby niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne z produktami służącymi elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych będącymi w powszechnym użyciu oraz nie mogłyby ograniczać wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia;
5. art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, w sytuacji, w której postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,

6. a w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy w związku z prowadzeniem postępowania sprzecznie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przez nieuprawnione niekorzystne traktowanie odwołującego, którego oferta nie powinna zostać odrzucona.

W oparciu o tak postawione zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
  2. dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
  3. dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;
- a w przypadku zaniechania uznania zarzutów wskazanych w pkt 1-3 powyżej i uznaniu zarzutów zawartych w pkt 4-6 powyżej, unieważnienie postępowania z uwagi na to, że jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
4. dopuszczenie dowodów wskazanych w treści odwołania, w tym umożliwienie przeprowadzenia dowodu poprzez odtworzenia na rozprawie filmu zawierającego Instrukcję Użytkownika wykonawcy SMART PZP;
  5. zasądzenie kosztów Postępowania wg norm przypisanych.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że w dniu 16 maja 2019 r. złożył ofertę w postępowaniu, na którą składało się 8 załączników:

- a) KRS Promship sp. z o.o.
- b) Oferta Cloudware,
- c) Wadium,
- d) KRS Kompiementariusza Promship sp. z o.o.
- e) JEDZ Cloudware,
- f) Pełnomocnictwo,
- g) JEDZ Promoship,
- h) KRS Cloudware.

Oferta wraz z załącznikami została złożona zgodnie z Instrukcją użytkownika wykonawcy SMARTPZP (dalej: „Instrukcja”) opisaną w SIWZ i udokumentowaną na filmie instruktażowym: Odwołujący wybrał przycisk „Złóż ofertę”, dodał wszystkie załączniki, a następnie wybrał przycisk „wyślij ofertę” i potwierdził tę czynność przyciskiem „podpisz”. Zgodnie z instrukcją po użyciu przycisku „podpisz” uruchomiła się aplikacja Szafir, która pozwoliła podpisać Odwołującemu kwalifikowanym podpisem czynność wysyłania oferty. Zgodnie z instrukcją, „po prawidłowym złożeniu podpisu, pojawi się okno z raportem z podpisywania/szyfrowania dokumentów: W tym momencie oferta została prawidłowo złożona w danym postępowaniu”.

W wyniku ww. czynności, Odwołujący otrzymał potwierdzenie podpisania oferty, zawierające wskazanie sum kontrolnych dla oferty i wszystkich jej załączników. Użycie

podpisu nastąpiło zatem poprzez wydanie komputerowi polecenia złożenia podpisu elektronicznego, co doprowadziło do obliczania tzw. skrótu podpisywanego dokumentu. Jest on określany indywidualnie dla każdego dokumentu. Następnie przy użyciu otrzymanego oprogramowania nastąpiło szyfrowanie kluczem prywatnym i dokument z bezpiecznym podpisem elektronicznym został przesłany do Zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, że System SMARTPZP (dalej: „System”) obsługujący postępowanie nie przewidywał możliwości podpisania pojedynczych dokumentów (odrębnie oferty, JEDZ, KRS, pełnomocnictw, etc.) na wcześniejszym etapie. Co więcej, sam Zamawiający wymagał zgodnie z Rozdziałem XVII pkt 5 SIWZ, aby oferta była przygotowana z zachowaniem postaci elektronicznej w formacie danych pdf, w jednym pliku. Skoro zatem, złożył podpis, zgodnie z Instrukcją, to według Odwołującego, należy uznać, że podpis ten został złożony pod całą ofertą, na którą składa się 8 załączników.

Odwołujący wskazał, że w świetle obowiązujących przepisów, 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 (Dz. Urz. UE L 257 z 28.08.2014, s. 73) - („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. Dzięki zastosowaniu podpisu elektronicznego dysponujemy zatem niepodważalnym dowodem złożenia oferty przez ściśle określoną osobę.

Zauważył, że w doktrynie podnosi się, że zgodnie z możliwościami technicznymi i powszechnie przyjętą praktyką, podpis elektroniczny stosuje się zarówno do pojedynczych dokumentów elektronicznych, jak i do skompresowanych paczek dokumentów elektronicznych. W świetle definicji podpisu elektronicznego z rozporządzenia eIDAS we wszystkich tych przypadkach podpis rodzi takie same skutki prawne. Złożenie podpisu czy to pod paczką, czy to pod każdym dokumentem z osobna wywołuje ten sam efekt. Podpis elektroniczny dotyczy bowiem danych jako takich, a nie plików bądź dokumentów. Innymi słowy, niezależnie od tego, czy dojdzie do podpisania każdego pliku z osobna, czy wszystkich plików łącznie poprzez podpisanie pliku skompresowanego, należy uznać, że podpis złożony pod zestawem plików (w tym ZIP) obejmuje całość zawartych w nim danych. (...) W przypadku dokumentu JEDZ powyższe znajduje potwierdzenie wprost w treści Rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającego standardowy

formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE L 3 z 06.01.2016, s. 16), gdzie ustawodawca wspólnotowy wskazał: Co się tyczy podpisu(-ów) na jednolitym europejskim dokumencie zamówienia, należy zauważyć, że podpis na tym dokumencie może nie być konieczny, jeżeli dokument ten jest przesyłany jako część zestawu dokumentów, których autentyczność i integralność jest zapewniona dzięki wymaganemu(-ym) podpisowi(-om) na środkach przekazu. Podobnie stanowisko zostało zaprezentowane w artykule zamieszczonym na stronie [www.portalzp](http://www.portalzp), gdzie postawiono tezę, że nie ma podstaw do odrzucenia oferty tylko z tego powodu, że zastosowano metodę jej przygotowania w postaci scalenia dokumentów w jednym pliku. „W przypadku dokumentu elektronicznego trudno mówić o złożeniu podpisu „na dokumencie” lub „pod treścią”. Kwalifikowany podpis elektroniczny, co do zasady (ale mogą być wyjątki), obejmuje całą treść, niezależnie od tego gdzie znajduje się wizualizacja tego podpisu lub czy ta wizualizacja w ogóle występuje. W przypadku postaci elektronicznej wszystkie składane dokumenty-tak jak w sytuacji przedstawionej w pytaniu (tj. formularz ofertowy, formularz cenowy, JEDZ) - mogą być scalone do jednego pliku .pdf, który podpisuje osoba upoważniona (podpisują osoby upoważnione) do wyrażania woli w imieniu wykonawcy (podmiotu składającego te dokumenty). Kwalifikowany podpis elektroniczny może być zatem złożony „na jednym pliku” zawierającym wewnątrz formularz ofertowy, formularz cenowy i JEDZ, obejmując tym samym każdy z nich.”

Odwołujący wyjaśnił ponadto, że dokumenty pochodzące od podmiotu Promoship IP sp. z o.o. będącego podmiotem trzecim udostępniającym zasoby Odwołującemu musiały zostać podpisane przez ten podmiot, przed ich załączeniem do oferty. Stąd, zawarcie ich w „skompresowanym” pliku obejmującym wszystkie załączniki tworzące ofertę stanowi jedynie poświadczenie ich za zgodność z oryginałem. W konsekwencji, podpis elektroniczny pod pakietem dokumentów własnych prowadzi do stworzenia oryginału, zaś w przypadku dokumentów cudzych, tworzy domyślnie kopię poświadczoną za zgodność z oryginałem. Nie ma znaczenia, czy dokumenty te są skompresowane razem czy osobno. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w przepisie § 5 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1320 ze zm. („Rozporządzenie w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej”), zgodnie z którym: „W przypadku przekazywania przez wykonawcę dokumentu elektronicznego w formacie poddającym dane kompresji, opatrzenie pliku zawierającego skompresowane dane kwalifikowanym podpisem elektronicznym jest równoznaczne z poświadczeniem przez wykonawcę za zgodność z oryginałem wszystkich elektronicznych kopii dokumentów zawartych w tym pliku, z wyjątkiem kopii poświadczonych odpowiednio przez innego wykonawcę ubiegającego się wspólnie z nim o udzielenie zamówienia, przez podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca, albo

przez podwykonawcę". Analogicznie, w przypadku dokumentów już wcześniej podpisanych przez wystawców (np. konsorcjanta czy podmiot udostępniający zasoby) uznawany będzie podpis wystawcy.

Odwołujący przypomniał, że zgodnie z art. 10a ust. 5 ustawy, oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 25a, w tym jednolity dokument, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zgodnie natomiast z art. 78 Kodeksu cywilnego, do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej. Inaczej mówiąc, w świetle ww. przepisów każde oświadczenie woli złożone w postaci elektronicznej jest jednocześnie dokumentem elektronicznym w rozumieniu ustawy o informatyzacji oraz rozporządzenia eIDAS. Według Odwołującego, należy zatem przyjąć, że składając podpis elektroniczny (w szczególności kwalifikowany podpis elektroniczny), składający działa racjonalnie, czyli że podpisując dokumenty własne, realizuje uprawnienia wynikające z udzielonych mu pełnomocnictw (tworząc oryginały), podpisując natomiast dokumenty cudze, co najwyżej potwierdza ich autentyczność (zgodność z oryginałem).

Ponadto Odwołujący podkreślił, że celem dyrektyw wspólnotowych jest odformalizowanie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Jak stanowi art. 22 ust. 6 lit. c) ppkt (ii) dyrektywy klasycznej (Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE; Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, s. 65): jeżeli oferta jest podpisywana z wykorzystaniem kwalifikowanego certyfikatu, który jest umieszczony na zaufanej liście, instytucje zamawiające nie mogą stosować dodatkowych wymogów mogących utrudnić oferentom korzystanie z tych podpisów.

Kolejno Odwołujący wskazał, że w Systemie SMARTPZP wykorzystywanym przez Zamawiającego, po załączeniu oferty wraz z załącznikami na elektronicznej platformie, Zamawiający wymagał od wykonawców wykorzystania aplikacji Szafir, która służy wyłącznie do generowania kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Każdorazowe skorzystanie z aplikacji szafir i podpisanie dokumentu kwalifikowanym podpisem elektronicznym powoduje wygenerowanie dokumentu o takiej samej nazwie jak oryginał tylko z końcówką „sig”. Tymczasem, po wyczerpaniu całej procedury podpisywania i składania oferty, Odwołujący wprawdzie otrzymał dokument w postaci „potwierdzenia podpisania oferty”, ale System nie wygenerował dokumentów o tych samych nazwach, co składane z końcówką „sig”. Oznacza to, że System jest obarczony wadą powodującą, iż System nie generuje plików oznaczonych końcówką „sig” albo generuje takie pliki lecz nie jest możliwe ich odnalezienie w Systemie.

Odwołujący stwierdził, że nawet jeśli wadliwe działanie narzędzia informatycznego, za pomocą którego prowadzone jest postępowanie, nie jest zawinione przez Zamawiającego, to powoduje, że dochodzi do uchybienia przez Zamawiającego obowiązkowi, o którym mowa w art. 10b Pzp i może wpływać na kolejne czynności lub zaniechania Zamawiającego w postępowaniu. Zamawiający nie może zatem ignorować sposobu funkcjonowania narzędzia informatycznego, za pomocą którego prowadzone jest postępowanie, jak też nie może ignorować skutków tego działania i ich wpływu na przygotowanie i prowadzenie postępowania. W szczególności Zamawiający nie może ignorować wpływu działania narzędzia informatycznego na zachowanie zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 Pzp (wyrok KIO z 14 stycznia 2019 r. sygn. KIO 2671/16).

Według Odwołującego brak zapewnienia prawidłowo działającej platformy stanowi zatem naruszenie art. 10 b ustawy. Jeżeli błąd w Systemie uniemożliwia dokonanie przez Zamawiającego jednoznacznej oceny czy oferty złożone w Postępowaniu zostały prawidłowo podpisane, to mamy również do czynienia z niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, co stanowi przesłankę unieważnienia postępowania.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie. W ocenie Zamawiającego, wywodzone przez Odwołującego zarzuty nie znajdują żadnego uzasadnienia w stanie faktycznym i prawnym niniejszej sprawy, a podjęte przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego czynności były prawidłowe i zgodne z obowiązującymi przepisami prawa.

Zamawiający wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu instrukcja postępowania wykonawcy przy składaniu oferty w postaci elektronicznej została opisana w SIWZ. Zgodnie z SIWZ ofertę w postępowaniu należało złożyć, pod rygorem nieważności w oryginale, tj. formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, za pośrednictwem Systemu SmartPZP w zakładce „Oferty” poprzez zakładkę „Załączniki”. Postanowienia SIWZ stanowiły także, że oferta winna być przygotowana w języku polskim na formularzu ofertowym stanowiącym załącznik do SIWZ, napisana czcionką maszynową, na komputerze lub inną trwałą techniką, z zachowaniem postaci elektronicznej w formacie danych pdf, w jednym pliku. Oferta winna także być podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osoby upoważnione do reprezentowania Wykonawcy i zaciągania w jego imieniu zobowiązań finansowych w odpowiadającej cenie oferty.

Zamawiający stwierdził, że wszystkie załączniki składane za pośrednictwem Systemu winne być podpisane przez wykonawcę w jego aplikacji do składania podpisu. Przed wysłaniem ofert wykonawca może pobrać podsumowanie wprowadzonych danych. System generuje wówczas także komunikat o następującej treści: „ Uwaga! Pamiętaj, aby załączniki były uprzednio podpisane”. Następnie wykonawca autoryzuje wysłanie ofert swoim



kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W Instrukcji użytkownika wskazano, że na tym etapie wykonawca podpisuje jedynie czynność wysłania oferty. Innymi słowy - podpis elektroniczny służył autoryzacji oferty, zaś „właściwa” oferta, rozumiana jako oświadczenie woli wykonawcy, była składana na formularzu ofertowym stanowiącym załącznik do SIWZ. Na powyższą okoliczność uwagę zwrócił również sam Odwołujący, wskazując w odwołaniu, iż „wybrał przycisk „wyślij ofertę” i potwierdził tę czynność przyciskiem „podpisz”.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący złożył ofertę wraz z załącznikami, wśród których tylko dokument pełnomocnictwa oraz jednolity europejski dokument zamówienia podmiotu PROMOSHIP IP sp. z o. o. sp. k. zostały podpisane za pomocą kwalifikowanego podpisu elektronicznego przez ten podmiot, czyli zostały prawidłowo wprowadzone jako już podpisane. Pozostałe dokumenty składające się na ofertę, w tym w szczególności załącznik zatytułowany jako D20190516\_Oferta\_Cloudware\_16-05-2019\_10.00.07 i stanowiący - wypełniony przez Wykonawcę formularz ofertowy, nie zostały podpisane.

W konsekwencji oferta Wykonawcy została odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą.

Zamawiający odnosząc się do twierdzeń Odwołującego wskazał, że nie było żadnych przeszkód, aby Odwołujący dokonał choćby próbnego składania oferty i wskazał Zamawiającemu zauważone w jego ocenie „błędy” poprzez zadanie pytań do treści SIWZ lub wniósł odwołanie na treść postanowień SIWZ w tym zakresie (tak KIO w wyroku z dnia 18 kwietnia 2019 roku, sygn. KIO 640/19). Wykonawca - jako profesjonalista prowadzący działalność gospodarczą w zakresie informatycznym, a tym samym zobowiązany do zachowania należytej staranności, o standardzie właściwym dla tego rodzaju działalności - winien dbać o swoje interesy od początku pojawienia się takich potrzeb, tj. od momentu opublikowania treści ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ. Wskazać należy także na przyjętą praktykę orzeczniczą, że wykonawca z reguły nie może powoływać się na domniemane nieścisłości SIWZ, o których wyjaśnienie do Zamawiającego nie wnioskował. Należy podkreślić, że Wykonawca nie zwrócił się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ w przedmiotowym zakresie. Wykonawca nie skorzystał także z bezpłatnego wsparcia oferowanego przez operatora platformy SmartPZP w postaci infolinii. Nadto, w przedmiotowym postępowaniu wpłynęła druga oferta, w sposób prawidłowy podpisana przez wykonawcę, zatem ta okoliczność przeczy braku czytelności przekazu dokumentacji.

Zamawiający stwierdził ponadto, że w przypadku braku podpisania formularza oferty nie zachodzi omyłka o jakiej mowa w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Przepisy ustawy nie przewidują w tym przypadku możliwości konwalidacji. Oferta złożona przez Wykonawcę nie odpowiada wymogom koniecznym dla zachowania formy elektronicznej, wskazanym w art. 78 § 1 zdanie pierwsze Kodeksu cywilnego. Oferta nie została opatrzona kwalifikowanym

podpisem elektronicznym - co stanowi okoliczność bezsporną - a tym samym jest niezgodna z przepisem art. 10a ust. 5 ustawy Pzp.

Co więcej, kwalifikowany podpis elektroniczny można uznać za prawidłowo złożony tylko wówczas, gdy można go skutecznie zweryfikować i potwierdzić jego ważność. Oznacza to, iż negatywny wynik takiej weryfikacji — za pomocą dostępnych Zamawiającemu narzędzi prowadzi do wniosku, że kwalifikowany podpis elektroniczny nie został złożony lub został złożony w sposób nieprawidłowy (tak: wyrok KIO z dnia 20 lutego 2019 r. KIO 208/19).

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego należy zauważyć, że wytyczne co do tego jakie powinny spełniać środki komunikacji elektronicznej w systemie zamówień publicznych określa rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 27 czerwca 2017 roku w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz.U. poz. 1320), zgodnie z którym, przekazanie ofert następuje za pomocą środków komunikacji elektronicznej, których użycie zapewnia spełnienie wymagań przewidzianych dla systemu teleinformatycznego w rozumieniu przepisów ustawy z 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz.U. z 2019 roku, poz. 123 ze zm.), dalej jako „ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną” i następuje za pomocą środków komunikacji elektronicznej, których użycie zapewnia co najmniej:

1. spełnienie przewidzianych dla systemu teleinformatycznego w rozumieniu ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną;
2. identyfikację podmiotów przekazujących oferty, ustalenie dokładnego czasu i daty odbioru ofert oraz złożonych przez te podmioty, oraz rozliczalność innych działań przez nie podejmowanych;
3. ochronę przed dostępem do treści ofert przed upływem wyznaczonych terminów ich otwarcia;
4. możliwość tylko dla osób uprawnionych - ustalania oraz zmiany o terminów składania i otwarcia ofert, dostępu do całości lub części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia na poszczególnych jego etapach oraz możliwość udostępniania osobom trzecim ofert, a także innych dokumentów uzyskanych od wykonawców;
5. możliwość usunięcia ofert w sposób uniemożliwiający ich odzyskanie i zapoznanie się przez użytkowników z ich treścią — w przypadku zwrócenia przez zamawiającego oferty lub ich wycofania albo zmiany przez wykonawcę.

Z ww. przepisów nie wynika, aby środki służące do składania ofert umożliwiały złożenie podpisu pod ofertą, czy to w formie pojedynczego pliku czy też „paczki” dokumentów. W konsekwencji przystępując do postępowania i akceptując regulamin Systemu, Odwołujący winien sprawdzić, jakie funkcjonalności on oferuje, aby móc złożyć ważną ofertę. Tymczasem

Odwołujący pomimo wyraźnego komunikatu, że załączniki winny być wgrane do Systemu już po dokonanych podpisie elektronicznym - wgrał pliki niepodpisane.

Nadto, podnoszone przez Odwołującego okoliczności nie dowodzą, że Zamawiający nie zapewnił prawidłowo narzędzi i urządzeń wykorzystywanych do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. W celu skutecznego zarzucenia Zamawiającemu naruszenia przepisów Pzp Odwołujący powinien był wykazać, że zastosowany System nie posiadał co najmniej jednej z cech wymaganych przepisami (tak: wyrok KIO z dnia 13 kwietnia 2018 r. KIO 610/ 18, KIO z 7 kwietnia 2019 r., KIO 217/19). W niniejszej sprawie Odwołujący nie wykazał - wbrew wynikającemu z cywilistycznie ujętego ciężaru dowodu oraz kontrydiktoryjności sporu przed Izbą - jakoby System nie spełniał wymogów ustawowych w zakresie swoich funkcjonalności. Dodatkowo nie mógłby ująć uwadze, że termin do wniesienia ewentualnego środka ochrony prawnej w takim przedmiocie minął i z całą pewnością nie jest terminem rozpoczynającym swój bieg od daty odrzucenia oferty.

**Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, oraz oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:**

**Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę CA Consulting S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**Izba ustaliła:**

1. W rozdziale XVII pkt 5 oraz pkt 13 SIWZ Zamawiający ustalił, że wymaga aby oferta została przygotowana w języku polskim na formularzu ofertowym załączonym do SIWZ, napisana czcionką maszynową, na komputerze lub inną trwałą techniką, z zachowaniem postaci elektronicznej w formacie danych pdf, w jednym pliku. 13. Do oferty należy załączyć wszystkie dokumenty i oświadczenia wymagane w niniejszej SIWZ, w tym w szczególności JEDZ opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

2. Zgodnie z „Instrukcją użytkownika wykonawcy SMARTPZP” zawartą na str. 11 i 12: „aby dodać załącznik, należy wybrać przycisk „dodaj plik”, który znajduje się w lewym dolnym rogu strony aplikacji. W tym momencie otworzy się okno dodawania pliku. Należy wówczas użyć przycisku „wybierz”, dodać nowy plik z dysku komputera a następnie potwierdzić przyciskiem „dodaj do oferty”. W chwili dodawania pliku, Wykonawca ma możliwość zaznaczenia checkboxów, dotyczących jawności oraz danych osobowych. Po dodaniu załączników ofertę można wysłać. Aby to uczynić należy wybrać przycisk „wyślij ofertę” znajdujący się w lewym dolnym rogu aplikacji. W nowym oknie mamy możliwość pobrania oferty w formacie PDF. Aby potwierdzić czynność przesyłania oferty wybieramy przycisk „podpisz”. Po użyciu przycisku „podpisz” uruchomi się aplikacja Szafir, która pozwoli nam podpisać kwalifikowanym podpisem czynność wysłania oferty analogicznie jak w przypadku podpisywania czynności rejestracji konta Wykonawcy. Po prawidłowym złożeniu podpisu pojawi się okno z raportem z podpisywania/szyfrowania dokumentów. W tym momencie oferta została prawidłowo złożona w danym postępowaniu.”.

3. W dniu 28 maja 2019 r. Zamawiający powiadomił Odwołującego o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy złożonej przez niego oferty. W uzasadnieniu powyższej czynności Zamawiający wskazał: „Zgodnie z przepisem art. 78 <sup>1</sup> ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1025 z późn. zm.), dalej jako „Kodeks cywilny”, do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W myśl natomiast art. 73 § 1 Kodeksu cywilnego, jeżeli ustawa zastrzega dla czynności prawnej formę pisemną, dokumentową albo elektroniczną, czynność dokonana bez zachowania zastrzeżonej formy jest nieważna tylko wtedy, gdy ustawa przewiduje rygor nieważności. Przepis art. 10a ust. 5 ustawy Pzp stanowi, że oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenie, o którym mowa w przepisie art. 25a ustawy Pzp, w tym jednolity dokument, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Instrukcja postępowania wykonawcy przy składaniu oferty w postaci elektronicznej została opisana w SIWZ. Należy podkreślić, że Wykonawca nie zwrócił się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ w przedmiotowym zakresie. SIWZ stanowił, że ofertę w postępowaniu należało złożyć, pod rygorem nieważności w oryginale, tj. formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, za pośrednictwem Systemu w zakładce „Oferty” poprzez zakładkę „Załączniki”. Wykonawca złożył ofertę za pośrednictwem Systemu. Na ofertę Wykonawcy składały się następujące załączniki:

- 1) KRS\_PROMOSHIP\_SP.ZO.O.\_SP.Z\_K.-sig.\_16-05-2019\_10.00.07;
- 2) D20190516\_Oferta\_Cloudware\_16-05-2019\_10.00.07;

- 3) Wadium\_16-05-2019\_10.00.07;
- 4) KRS\_KOMPLEMENTARIUSZ-sig\_16-05-2019\_10.00.07
- 5) D20190516\_JEDZ\_CDWR\_16-05-2019\_10.00.07;
- 6) D20190516\_Pelnomocnictwo-sig\_16-05-2019\_10.00.07;
- 7) D20190516\_JEDZ\_PROMOSHIP-sig\_16-05-2019\_10.00.07;
- 8) KRS Cloudware\_16-05-2019 10.00.07.

Dokument pełnomocnictwa oraz jednolity europejski dokument zamówienia podmiotu PROMOSHIP IP sp. z o. o. sp. k. zostały podpisane za pomocą kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Pozostałe dokumenty składające się na ofertę, w tym załącznik zatytułowany jako D20190516 Oferta\_Cloudware\_16-05-2019\_10.00.07 i stanowiący wypełniony przez Wykonawcę - Formularz ofertowy, nie zostały podpisane. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2019 roku, ustawa Pzp „zawiera wymagania co do formy złożonej oferty. Z treści art. 10a ust. 5 p.z.p. wynika bezwzględny nakaz sporządzenia oferty pod rygorem nieważności w postaci elektronicznej i opatrzenie jej kwalifikowalnym podpisem elektronicznym. Brak właściwego podpisu pod ofertą skutkuje nieważnością oferty z mocy prawą a złożenie oferty w innej formie niż wynika to z ustawy, stanowi podstawę do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 p.z.p. jako niezgodnej z ustawą. Bez znaczenia jest również fakt czy brak podpisu pod formularzem ofertowym jest zaniechaniem zawinionym czy też nie oraz której stronie można przypisać winę za zaistniałą sytuację.” (sygn. KIO 2658/18). Należy podkreślić, że w przypadku braku podpisania formularza oferty nie zachodzi omyłka o jakiej mowa w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przepisy ustawy Pzp nie przewidują w tym przypadku możliwości konwalidacji. Oferta złożona przez Wykonawcę nie odpowiada wymogom koniecznym dla zachowania formy elektronicznej, wskazanym w art. 78 1 S 1 zdanie pierwsze Kodeksu cywilnego. Oferta nie została opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a tym samym jest niezgodna z przepisem art. 10a ust. 5 ustawy Pzp.”.

**Izba zważyła:**

Wskazać należy, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą. Zamawiający niezgodność oferty Odwołującego oparł o przepis art. 10a ust. 5 Pzp zgodnie z którym oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 25a, w tym jednolity dokument, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Rozstrzygnięcia Izby wymagała więc kwestia, czy w stanie faktycznym niniejszej sprawy oferta została przez Odwołującego podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym, czy też taki podpis nie został pod ofertą złożony wbrew obowiązкови

wynikającemu z treści art. 10a ust. 5 Pzp, co skutkowałoby koniecznością odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Skład orzekający analizując dokumentację postępowania, w tym przede wszystkim treść SIWZ oraz Instrukcję stwierdził, że wbrew stanowisku Zamawiającego wyrażonemu w piśmie z dnia 28 maja 2019r. Odwołujący podpisał złożoną przez siebie ofertę w sposób wskazany w dokumentacji postępowania przez Zamawiającego. Okoliczność, że oferta została podpisana znajduje potwierdzenie w dowodzie oznaczonym numerem 2, załączonym przez Odwołującego do odwołania, z którego wynika, że Odwołujący otrzymał potwierdzenie podpisania oferty, zawierające wskazanie sum kontrolnych dla oferty i wszystkich jej załączników. Ponadto, Odwołujący na rozprawie wskazywał, że przy pliku 0024Z2502119, stanowiącym ofertę podstawową znajduje się w kolumnie 6 potwierdzenie podpisania oferty. Wyjaśniał, że po naciśnięciu na słowo „Podpis” wyświetli się potwierdzenie podpisania wszystkich załączników (załącznik do odwołania stanowiący dowód nr 2, str. 23).

Podkreślić należy także, że z zapisów SIWZ nie wynikał, wbrew stanowisku Zamawiającego, obowiązek aby wykonawca przed załączeniem oferty w Systemie Smart PZP bądź załączeniem innych załączników składanych wraz z ofertą, zobligowany był odrębnie podpisać każdy z tych dokumentów, a następnie tak podpisany dokument załączyć do Systemu. Przeciwnie, analizując treść Instrukcji dotyczącą sposobu załączania oferty wraz z załącznikami do Systemu skład orzekający stwierdził, że wykonawca dopiero po dodaniu załączników ma wybrać przycisk „wyślij ofertę” i aby potwierdzić czynność przesyłania oferty musi nacisnąć przycisk „podpisz”. W ocenie Izby skoro Odwołujący zastosował się do przekazanych mu przez Zamawiającego wytycznych co do sposobu podpisania oferty, to stwierdzić należy, że złożona przez niego oferta została podpisana w sposób prawidłowy.

Skład orzekający, odnosząc się do przedłożonego przez Zamawiającego dowodu oznaczonego nr 4, będącego dokumentem sporządzonym przez operatora Systemu i zawierającego zrzuty ekranu dotyczące poszczególnych etapów składania oferty w Systemie, na których pojawia się komunikat „Uwaga! Pamiętaj, aby załączniki były uprzednio podpisane” stwierdził, że powyższe zrzuty ekranu pochodzą z dnia 7 i 10 czerwca 2019 r., a więc kilkanaście dni po upływie terminu złożenia oferty przez Odwołującego. Odwołujący wskazał natomiast, że na zrzucie z dnia 24 maja 2018r. znajdującym się w Instrukcji (str. 12) taki komunikat się nie znajdował i taka sama sytuacja miała miejsce w momencie składania przez niego oferty w Systemie. Tym samym skład orzekający uznał, że dowód przedłożony przez Zamawiającego nie udowadnia prezentowanego przez niego stanowiska, iż oferta wraz załącznikami musiała zostać podpisana przed jej załączeniem do Systemu. Nie jest bowiem wykluczone, że w okresie pomiędzy składaniem ofert w postępowaniu a utworzeniem powyższych screenów (7 i 10 czerwca 2019r.) nastąpiła aktualizacja Systemu, która spowodowała wyświetlenie powyższego komunikatu. Podkreślić należy, iż sam Zamawiający

wskazywał, że tylko operator Systemu ma możliwość prześledzenia poszczególnych etapów składania oferty przez konkretnego wykonawcę, w związku z czym Zamawiający mógł zwrócić się do tego operatora o wyjaśnienie, czy na dzień składania ofert platforma zakupowa SmartPZP generowała komunikat o powyższej treści i na tą okoliczność przedłożyć stosowne dowody.

Skład orzekający Izby stwierdził również, że ze wskazanego przez Zamawiającego fragmentu Instrukcji zawartego na stronie 12: „Po użyciu przycisku „podpisz” uruchomi się aplikacja Szafir, która pozwoli nam podpisać kwalifikowanym podpisem czynność wysłania oferty analogicznie jak w przypadku podpisywania czynności rejestracji konta Wykonawcy.” nie sposób wywieść, że z Instrukcji w sposób wyraźny wynikał obowiązek, że załączniki powinny zostać wgrane do Systemu już po dokonaniu podpisu elektronicznym.

Zauważyć ponadto należy, że z przedłożonego przez Odwołującego na rozprawie dowodu nr 1 zawierającego zrzut ze strony internetowej [www.portalpzp.pl/o\\_smartpzp/](http://www.portalpzp.pl/o_smartpzp/) wynika, że w zakładce „Jakie czynności musi wykonać wykonawca, żeby móc złożyć ofertę?” wskazano, że wykonawca „...po wybraniu postępowania, powinien przejść do zakładki Oferta i wypełnić wymagane przez Zamawiającego załączniki a następnie podpisać ofertę elektronicznym podpisem z kwalifikowanym certyfikatem”.

Reasumując, skład orzekający uznał, że skoro z dokumentacji postępowania nie wynikał obowiązek podpisania oddzielnie każdego z załącznika oferty to złożenie przez Odwołującego podpisu pod wszystkimi dokumentami załączonymi w Systemie powoduje, że należy uznać, że złożona przez niego oferta spełniała wymóg określony w art. 10 a ust. 5 Pzp, bowiem została złożona w formie elektronicznej i została podpisana podpisem elektronicznym z kwalifikowanym certyfikatem. Tym samym oferta ta nie była sprzeczna z tym przepisem i nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art.10a ust. 5 Pzp, w konsekwencji czego Izba uznała, że Zamawiający naruszył powyższe przepisy poprzez ich zastosowanie w rozpoznawanej sprawie.

Wskazać następnie należy, że skład orzekający Izby stwierdził, że w rozpoznawanym stanie faktycznym brak jest podstaw do nakazania Zamawiającemu unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. W niniejszym stanie faktycznym nie zaistniała bowiem niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wyjaśnić należy, że skoro Izba uznała, że Odwołujący w sposób prawidłowy podpisał złożoną w Systemie ofertę wraz z dołączonymi do niej załącznikami, to bezprzedmiotowa okazała jest kwestia czy System udostępniony przez Zamawiającego generował dokumenty z rozszerzeniem „sig”.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

**Sygn. akt KIO 1029/19**

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....