

WYROK

z dnia 20 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Członkowie: Anna Chudzik

Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Dominik Haczykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lutego 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lutego 2019 r. przez wykonawcę **Strunobet-Migacz Sp. z o.o., ul. Kolejowa 1, 49-340 Lewin Brzeski** w postępowaniu prowadzonym przez **ENEA Operator Sp. z o.o., ul. Strzeszyńska 58, 60-479 Poznań**

przy udziale wykonawcy **ZPUE S.A., ul. Jędrzejowska 79c, 29-100 Włoszczowa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie;**
- 2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego Strunobet-Migacz Sp. z o.o., i:**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Strunobet-Migacz Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania.**

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

ENEA Operator Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986), zwanej dalej: „ustawa Pzp” lub „PZP”, w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Dostawa żerdzi strunobetonowych wirowanych i żelbetowych oraz elementów prefabrykowanych ustojowych dla potrzeb ENEA Operator Sp. z o.o., nr referencyjny RPUZ/P/1395/2018/DL/LZ. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 grudnia 2018 r., numer 2018/S 243-556801. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 31 stycznia 2019 r. Zamawiający zawiadomił wykonawcę Strunobet-Migacz Sp. z o.o. o odrzuceniu złożonej przez niego oferty. Wykonawca ten (dalej: „Odwołujący”) w dniu 5 lutego 2019 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na tę czynność oraz na zaniechanie przyjęcia w trakcie weryfikacji ofert stanowiska wystawcy gwarancji wadialnej nr 31 1020 2629 0000 9596 0125 4192 tj.: Powszechnej Kasy Oszczędności Bank Polski S.A. z dnia 29 stycznia 2019 r. w zakresie potwierdzenia zachowania elektronicznej formy czynności prawnej. Wskazując na powyższe Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp oraz art. 78¹ Kodeksu cywilnego i wniósł o uwzględnienie odwołania i uznanie prawidłowości wniesienia wadium w formie elektronicznej, a w konsekwencji unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz o zwrot kosztów postępowania odwoławczego.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący podał, iż jego oferta była najkorzystniejszą w postępowaniu, jednakże skutek jej niezasadnego odrzucenia przez Zamawiającego nie może być uwzględniona w toku postępowania przetargowego, co skutkuje szkodą po jego stronie. Odwołujący podał, iż jest wiodącym producentem żerdzi wirowanych w Polsce i odrzucenie jego oferty jedynie z przyczyny kwestionowania przez Zamawiającego poprawności wystawienia gwarancji wadialnej przez PKO BP S.A. w sytuacji potwierdzenia przez wystawcę gwarancji faktu jej wystawienia jest nieuzasadnione. Spółka miała zagwarantowane moce produkcyjne na realizację tego kontraktu. Jak wynika z dotychczasowego doświadczenia kontrakt zostałby zrealizowany bez żadnych problemów.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, iż Zamawiający w dniu 28 stycznia 2019 r. zwrócił się do niego z informacją o treści: „podczas weryfikowania oferty Wykonawcy napotkaliśmy problem z weryfikacją podpisu elektronicznego instytucji, która wystawiła gwarancję wadialną. W chwili obecnej, zgodnie z załączonym dokumentem, nasze oprogramowanie nie widzi by załączony dokument został podpisany prawidłowo. (...) Wszelkie pozostałe podpisy (dokumentów wystawionych przez Wykonawcę) zostały zweryfikowane poprawnie”.

Powyższe wystąpienie zostało przekierowane do Wystawcy gwarancji wadialnej, tj. Powszechnej Kasy Oszczędności Spółka Akcyjna (dalej: „Bank”) z prośbą o udzielenie wyjaśnień w sprawie. Pismem z dnia 29 stycznia 2019 r. Bank przekazał za pośrednictwem Odwołującego do Zamawiającego informację, iż oświadczenie w zakresie udzielenia gwarancji wadialnej zostało złożone przez osoby upoważnione w imieniu Banku do zaciągania zobowiązań i jest w całości skuteczne i wiążące dla Banku. Ponadto Bank wskazał, iż: „z uwagi na okoliczność, iż Zamawiający w pkt. 7.3 SIWZ postawił wymóg złożenia wadium w formie niepieniężnej w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym osoby upoważnionej (osób upoważnionych), do wystawienia przedmiotowej gwarancji doszło poprzez złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej oraz opatrzenie składanego oświadczenia woli kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Na dokumencie o nazwie „Oryginał e-gwarancja_PZP.pdf” podpis certyfikatem kwalifikowanym o wskazanym nr seryjnym wydanym przez Krajową Izbę Rozliczeniową S.A. w dniu 2019-01-24 o godzinie 08:04:14 złożyła Pani I.J., a podpis certyfikatem kwalifikowanym o podanym numerze, wydanym przez Krajową Izbę Rozliczeniową S.A. w dniu 2019-01-24 o godzinie 07:59:39 złożyła Pani J. M. K.. Odwołujący stwierdził, iż zostało to potwierdzone w treści dokumentu gwarancji. W ocenie Banku skoro nie może ulegać wątpliwości, iż elektroniczna forma czynności prawnej wymagana przez Zamawiającego w odniesieniu do gwarancji wadialnej została zachowana, bo spełnione zostały przesłanki opisane w art. 78¹ Kodeksu cywilnego definiującego elektroniczną formę czynności prawnej, to przyjąć trzeba, że zobowiązanie Gwaranta jest w całości skuteczne i wiążące. Przeszkody techniczne w odczytaniu wyżej oznaczonych podpisów, nie mogą prowadzić do wniosku, iż Bank nie złożył oświadczenia woli odpowiadającego znamionom ustawowym z art. 81 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe, tj. gwarancji bankowej. Skoro w nauce prawa wskazuje się jednoznacznie, iż do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wymagane jest spełnienie dwóch przesłanek: złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej oraz opatrzenie składanego oświadczenia woli kwalifikowanym podpisem elektronicznym (por. A. Brzozowski w: Komentarz do Kodeksu Cywilnego, LEGALIS, teza 2 do art. 78¹ k.c.), to w niniejszej sprawie

trzeba przyjąć, iż obydwie te przesłanki wystąpiły, na co wskazują załączane dowody i opisane wyżej okoliczności.

Następnie Odwołujący podał, iż ww. pismo Banku zostało przekazane Zamawiającemu pocztą elektroniczną dnia 29 stycznia 2019 r. na adres wskazany w SIWZ do komunikacji. Pomimo przesłania ww. odpowiedzi Banku, Zamawiający odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, zarzucając, iż wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy. Uzasadniając decyzję, Zamawiający wskazał, iż „napotkał problem przy weryfikacji podpisu dokumentu wytworzonego przez Bank PKO BP, (...) złożony w formacie *.pdf dokument (...) nie zdradzał cech dokumentu opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym osoby upoważnionej. (...) W trakcie weryfikacji podpisu elektronicznego dostępnymi Zamawiającemu programami (...) uzyskiwał komunikaty, iż plik nie zawiera podpisów. Odwołujący zwrócił uwagę, iż w dokumencie gwarancji przekazanym Zamawiającemu jako załącznik do oferty informacje o podpisaniu gwarancji, ze wskazaniem imienia i nazwiska oraz numeru certyfikatu wraz ze wskazaniem instytucji wydającej certyfikaty, były zamieszczone w tym dokumencie, co zostało przytoczone w treści informacji Banku skierowanej do Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, iż w związku z odrzuceniem jego oferty wystąpił do Banku o wyjaśnienie kwestii weryfikacji złożonych podpisów. W odpowiedzi Bank pismem z dnia 5 lutego 2019 r. wskazał: „w odpowiedzi na Państwo pismo z dnia 31 stycznia 2019 r. dotyczącego informacji o odrzuceniu przez ENEA Operator Sp. z o.o. (Zamawiający, Beneficjent Gwarancji) oferty złożonej przez Strunobet-Migacz Sp. z o.o. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest Dostawa żerdzi strunobetonowych wirowanych i żelbetowych oraz elementów prefabrykowanych ustojowych dla potrzeb ENEA Operator Sp. z o. o. - RPUZ/P/1395/2018/OL/LZ oraz wniosku o wskazanie narzędzia (programu) umożliwiającego poprawną weryfikację złożonych podpisów informujemy, iż Bank jako gwarant jest związany oświadczeniem, w którym zobowiązał się do wypłaty na rzecz Beneficjenta gwarancji sumy gwarancyjnej podanej w liście gwarancyjnym nr 31 1020 2629 0000 9596 0125 4192 z dnia 24 stycznia 2019 roku, we wszystkich przypadkach w nim opisanych. Podpisy elektroniczne złożone na gwarancji wadialnej spełniają wszystkie wymogi zachowania formy elektronicznej czynności prawnej (art. 78 z indeksem 1 k.c.), co czyni gwarancję ważną i w pełni skuteczną.” Bank jednocześnie wskazał, iż „z przyczyn technicznych brak jest możliwości dostarczenia narzędzi służących do weryfikacji złożonych pod gwarancją podpisów”. W świetle powyższego, w ocenie Odwołującego, brak było podstaw do odrzucenia jego oferty albowiem przedłożona gwarancja wadialna spełnia warunki SIWZ, nadto opatrzona była podpisem kwalifikowanym przez osoby upoważnione do reprezentacji Banku, uwidocznione w treści

dokumentu gwarancji, tj. Panią J. M. K. oraz I. J.. Czynność powyższa została potwierdzona oświadczeniem Banku z dnia 29 stycznia 2019 r. ze wskazaniem, że zobowiązanie Gwaranta wynikające z udzielonej gwarancji jest w całości skuteczne i wiążące.

Do odwołania zostały m.in. dołączone: wydruk gwarancji bankowej nr 31 1020 2629 0000 9596 0125 4192 Banku PKO BP S.A z dnia 24 stycznia 2019 r., pismo Banku PKO BP S.A, z dnia 29.01.2019 r., pismo Banku PKO BP S.A, z dnia 5 lutego 2019 r.

Pismem złożonym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lutego 2019 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca ZPUE S.A. z siedzibą we Włoszczowej, który następnie w piśmie z dnia 18 lutego 2019 r. złożonym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lutego 2019 r. przedstawił swoje stanowisko w sprawie, podnosząc m.in., iż w jego ocenie Zamawiający prawidłowo dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego, przyjmując za podstawę prawną art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp tj. niewniesienie wymaganego wadium lub nieprawidłowe jego wniesienie.

Wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania podniósł, iż Odwołujący wniósł wadium w formie gwarancji bankowej, w postaci elektronicznej, przesyłając je do Zamawiającego wraz z ofertą. W Rozdziale I pkt 7 SIWZ Zamawiający zastrzegł, iż wadium w formie niepieniężnej winno być wniesione w oryginale, w postaci elektronicznej, opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym osoby/osób upoważnionych do wystawienia dokumentu wadium. Wadialna gwarancja bankowa Odwołującego w/w wymogów nie spełnia, bowiem nie została opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Na poparcie powyższego, Wykonawca wniósł o przeprowadzenie dowodu w postaci eksperymentu procesowego polegającego na weryfikacji na komputerze składu orzekającego KIO bankowej gwarancji wadialnej złożonej wraz z ofertą Odwołującego, przy pomocy oprogramowania któregośkolwiek z dostawców usług zaufania, w rozumieniu ustawy z dnia 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej (Dz. U. z 2016 r. poz. 1579 z późn. zm.), na okoliczność braku możliwości dokonania walidacji podpisu ww. plików kwalifikowanym podpisem elektronicznym, zgodnie z przepisami rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylającego dyrektywę 1999/93/WE (Dz. Urz. UE. seria L 2014 r. Nr 257, s.73, dalej Rozporządzenie eIDAS).

W ocenie ZPUE S.A. brak podpisu elektronicznego na dokumencie gwarancji wadialnej przesądza o nieskuteczności zabezpieczenia oferty wadium i tym samym implikuje bezwzględną konieczność odrzucenia oferty Odwołującego, bowiem wadium nie zostało wniesione w sposób prawidłowy. Irrelevantne dla prawidłowości wniesienia wadium w

postępowaniu jest oświadczenie gwaranta o podpisaniu dokumentu, bowiem to na Zamawiającym ciąży obowiązek walidacji podpisu elektronicznego, który nie może być zastąpiony złożeniem oświadczenia przez wystawcę gwarancji.

Zgodnie z definicją z art. 3 pkt 14 i 15 Rozporządzenia eIDAS, kwalifikowany certyfikat podpisu elektronicznego to poświadczenie elektroniczne, które przyporządkowuje dane służące do walidacji podpisu elektronicznego do osoby fizycznej i potwierdza co najmniej imię i nazwisko lub pseudonim tej osoby, wydane przez kwalifikowanego dostawcę usług zaufania, spełniające wymagania określone w Załączniku I do Rozporządzenia eIDAS. Walidacja podpisu elektronicznego jest więc obligatoryjnym elementem składowym kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Mając powyższe na uwadze, podpis elektroniczny można uznać za prawidłowo złożony tylko wówczas, gdy można go skutecznie zweryfikować i potwierdzić jego ważność. Proces weryfikacji podpisu elektronicznego reguluje art. 32 ust. 1 Rozporządzenia eIDAS. Zamawiający, będący w tym przypadku stroną ufającą, potwierdza ważność kwalifikowanego podpisu elektronicznego, pod warunkiem że:

- a) certyfikat, który towarzyszy podpisowi, był w momencie składania podpisu kwalifikowanym certyfikatem podpisu elektronicznego zgodnym z załącznikiem I;
- b) kwalifikowany certyfikat został wydany przez kwalifikowanego dostawcę usług zaufania i był ważny w momencie składania podpisu;
- c) dane służące do walidacji podpisu odpowiadają danym dostarczonym stronie ufającej;
- d) unikalny zestaw danych reprezentujących podpisującego umieszczony w certyfikacie jest prawidłowo dostarczony stronie ufającej;
- e) jeżeli w momencie składania podpisu użyty został pseudonim, zostaje to wyraźnie wskazane stronie ufającej;
- f) podpis elektroniczny został złożony za pomocą kwalifikowanego urządzenia do składania podpisu elektronicznego;
- g) integralność podpisanych danych nie została naruszona;
- h) wymogi przewidziane w art. 26 Rozporządzenia eIDAS zostały spełnione w momencie składania podpisu.

Walidacja podpisu elektronicznego, zgodnie z art. 32 ust. 2 Rozporządzenia eIDAS, winna zostać dokonana przez system, który zapewnia prawidłowy wynik procesu walidacji i umożliwia wykrycie wszelkich problemów związanych z bezpieczeństwem. Zamawiający, aby dokonać walidacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego musi korzystać z usług kwalifikowanego dostawcy usług zaufania, który zapewnia walidację zgodnie z art. 32 ust. 1 rozporządzenia eIDAS, oraz umożliwia stronom ufającym uzyskanie wyniku procesu walidacji

w sposób automatyczny, wiarygodny i skuteczny. Żadne oświadczenie gwaranta nie może zastąpić procesu walidacji przeprowadzonego przez Zamawiającego. Jeżeli dany podpis elektroniczny zostaje użyty w taki sposób, że nie jest możliwe dokonanie jego walidacji, a przy sprawdzaniu pojawia się komunikat, że dokument podpisów nie zawiera, jego uwierzytelnienie nie jest możliwe, to nie można w ogóle mówić o podpisaniu dokumentu przy pomocy kwalifikowanego podpisu elektronicznego, co z kolei przesądza o nieprawidłowości wniesienia wadium i nieważności oferty.

Wykonawca podniósł, iż wszystkie przeprowadzone próby walidacji podpisu zawartego w gwarancji bankowej w aplikacjach dedykowanych, dostarczanych przez dostawców usług zaufania Szafir (dostawca usługi zaufania: KIR), aplikacji ProCertum smartsign (dostawca usługi zaufania: Assecco Data Systems S.A.), aplikacji Cencert Pem-Heart (dostawca usługi zaufania: ENIGMA Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o.), oraz przez stronę www.weryfikacjapodpisu.pl udostępnioną przez dostawcę usługi zaufania Madcom S.A dały rezultat negatywny, uniemożliwiający zweryfikowanie złożonego podpisu i potwierdzenie, że złożony przez Wykonawcę podpis jest ważny i można go uznać za kwalifikowany podpis elektroniczny. Regulacje dotyczące zabezpieczenia wadialnego, będącego gwarancją bankową, zawiera ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2017 r. poz. 1876 ze zm.), (dalej: p.b). Udzielenie i potwierdzanie gwarancji bankowych stanowi czynność bankową (art. 5 ust 1 pkt 4 p.b.), zaś oświadczenia woli związane z dokonywaniem czynności bankowych mogą być składane w postaci elektronicznej (art. 7 ust. 1 p.b.).

W podsumowaniu wykonawca ZPUE S.A. wskazał, iż ustawa dopuszcza możliwość złożenia przez wykonawcę gwarancji bankowej w postaci elektronicznej. Powyższe oznacza, że jedynymi akceptowalnymi formami bankowych gwarancji wadialnych jest forma pisemna lub elektroniczna opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Bez znaczenia w przedmiotowej sprawie jest kto popełnił błąd i czy za zaistniałą nieprawidłowość odpowiada pracownik banku czy Odwoływający. Wyłączna odpowiedzialność za nieprawidłowość wadium w takim przypadku spoczywa na Odwoływającym. Ponadto Odwoływający do wniesionego odwołania nie załączył, poza cytowanym stanowiskiem Banku, żadnych dowodów w postaci wydruków lub screenów, potwierdzających prawidłowość wniesienia podpisu. Nadrukowane na dokument potwierdzenie z numerem certyfikatu nie jest żadnym dowodem prawidłowości złożenia podpisu.

Na posiedzeniu w dniu 19 lutego 2019 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podał m.in., iż bezspornym jest, że Zamawiający w pkt. 7 Rozdziału ISIWZ postawił wymóg złożenia wadium w wysokości

150.000,00 zł w jednej z kilku dopuszczonych w SIWZ form, wśród których była również gwarancja bankowa jako forma niepieniężna, która powinna być wniesiona w oryginale w postaci elektronicznej wraz z opatrzeniem jej kwalifikowanym podpisem elektronicznym osoby upoważnionej (osób upoważnionych). Zamawiający wskazał, iż Odwołujący złożył ofertę w całości w formie elektronicznej, w załączeniu której przedłożył również gwarancję bankową nr 31 1020 2629 0000 9596 0125 4192, udzieloną na rzecz Beneficjenta (Zamawiającego). Podjęta bezzwłocznie przez Zamawiającego weryfikacja złożonej oferty w pierwszej kolejności polegała (podobnie jak w przypadku oferty złożonej w formie pisemnej tak zwykłej jak i kwalifikowanej) na ocenie poprawności złożenia oświadczenia woli w analizowanym przypadku w postaci podpisu elektronicznego. W wyniku powyższego, Zamawiający z wykorzystaniem specjalistycznego oprogramowania dokonał ustalenia prowadzącego do jednoznacznego wniosku, że dokumenty wytworzone przez Odwołującego posiadały cechy dokumentów złożonych w formie elektronicznej prawidłowo podpisanych z wykorzystaniem podpisów kwalifikowanych przez uprawnione osoby działające po stronie Odwołującego. Inaczej było w przypadku weryfikacji skuteczności podpisu złożonego zabezpieczenia niepieniężnego w postaci ww. gwarancji bankowej. Stosując dostępne oprogramowania w postaci: Szafir (KIR), Aplikację proCentrum SmartSign (Asseco Data Systems S.A.), Adobe Acrobat Reader, jak również wykorzystując stronę internetową o adresie: www.weryfikacjapodpisu.pl, Zamawiający każdorazowo uzyskiwał jednoznaczny komunikat o stałej treści iż „plik nie zawiera podpisów”. Na dowód swoich twierdzeń Zamawiający załączył zrzut z ekranu komputera komunikatu: proCentrum SmartSign - weryfikowanie; zrzut z ekranu komputera komunikatu ze strony internetowej o adresie: www.weryfikacjapodpisu.pl oraz zrzut z ekranu komputera komunikatu „Wskazany plik nie zawiera podpisu”. Zamawiający zaznaczył, iż w przypadku uznania, że powyższe dowody nie są wystarczające do wykazania stanowiska Zamawiającego w sprawie, za konieczne i uzasadnione, w ocenie Zamawiającego, byłoby przeprowadzenie bezpośredniego dowodu przed składem orzekającym KIO na okoliczność weryfikacji złożenia przez Gwaranta na zlecenie Odwołującego elektronicznego podpisu kwalifikowanego pod ustanowioną Gwarancją bankową zabezpieczającą wnoszone wadium oferty z wykorzystaniem wybranego oprogramowania.

W ocenie Zamawiającego uprawnione jest stanowisko, że złożona oferta nie spełniała żądanego wymogu złożenia wadium, bowiem nie doszło do złożenia oświadczenia woli w postaci elektronicznej wraz z opatrzeniem składanego oświadczenia woli kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi dwóch osób działających w imieniu i na rzecz Gwaranta. Wobec powyższego Zamawiający był zobowiązany do zastosowania jedyne rozwiązanie formalno - prawnego jakim było odrzucenie Oferty Odwołującego, co czyni wniesione Odwołanie bezpodstawnym i nieuzasadnionym. Zamawiający stwierdził również, iż mając na względzie

powyższe okoliczności formalne, bez znaczenia pozostaje podnoszony przez Odwołującego fakt, że złożona przez niego Oferta była najkorzystniejsza, a na skutek jej odrzucenia przez Zamawiającego nie może być uwzględniona w toku postępowania przetargowego. Odwołujący nie przedłożył bowiem żadnego dowodu na zasadniczą okoliczność związaną z odrzuceniem jego oferty, który wskazywałby, że złożona gwarancja bankowa została podpisana wymaganym podpisem elektronicznym. Za taki, w ocenie Zamawiającego, nie można uznać komunikatu w formacie .pdf, który może być dowolnie umieszczany w tekście, wobec możliwości jego kopiowania, podobnie jak przedłożonego pisemnego Oświadczenia Banku z dnia 29 stycznia 2019 roku, stanowiącego w istocie potwierdzenie czynności prawnej w formie, która nie jest dopuszczalna wobec wymagań jednoznacznie sformułowanych przez Zamawiającego w znanych i zaakceptowanych przez Odwołującego postanowieniach SIWZ. Zamawiający podkreślił przy tym, że ciężar dowodu spoczywa na Odwołującym, o ile nie jest to dowód na brak rażąco niskiej ceny. Tym samym zgodnie z art. 6 kc to Odwołujący, jeśli ma wolę wykazania, że doręczono Zamawiającemu gwarancję bankową podpisaną podpisem kwalifikowanym musi przedstawić dowód w tym zakresie. Na poparcie swojego stanowiska w tym zakresie Zamawiający przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 marca 2018 roku, sygn. akt: KIO 393/18, wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 19 marca 2008 r. sygn. akt XIX Ga 92/08, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie V Wydział Cywilny Odwoławczy z dnia 8 kwietnia 2008 roku, sygn. akt V Ca 571/08.

Zamawiający zauważył, iż z wyżej wskazanych względów o charakterze formalnym, wynikającym z treści zasad rangi ustawowej rządzących postępowaniem o zamówienia publiczne Zamawiający nie może zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego podniesionym w odwołaniu o następującej treści: „Odwołujący jest wiodącym producentem żerdzi wirowanych w Polsce i odrzucenie naszej oferty jedynie z przyczyny kwestionowania przez Zamawiającego poprawności wystawienia gwarancji wadialnej przez PKO BP S. A. w sytuacji potwierdzenia przez wystawcę gwarancji faktu jej wystawienia jest nieuzasadnione.”, podkreślając, iż podstawą odrzucenia oferty nie jest „jedynie kwestionowanie poprawności wystawienia przedmiotowej gwarancji tylko nieskuteczne złożenie oświadczeń w przedmiocie ustanowienia przedmiotowej gwarancji przez należycie umocowanych przedstawicieli Gwaranta. Potwierdzenie mocą następczego oświadczenia woli przez przedstawicieli wystawcy gwarancji faktu jej wystawienia nie może skutkować konwalidacją czynności prawnej, czego skutkiem byłoby uznanie oferty Odwołującego za prawidłowo i skutecznie złożoną. W tym kontekście, bez znaczenia jest wskazywanie podmiotu odpowiedzialnego zaniechania prawidłowego opatrzenia podpisem kwalifikowanym przedmiotowej gwarancji, bowiem oferta została złożona przez Odwołującego i podpisana przez osoby jego reprezentujące.

Po zapoznaniu się z treścią dokumentacji postępowania ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, a także materiałem dowodowym zgromadzonym w sprawie, po przeprowadzeniu rozprawy i wysłuchaniu stanowisk stron i uczestnika postępowania, który zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek, skutkujących jego odrzuceniem, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania mógłby zatem liczyć na udzielenie zamówienia.

Wykonawca zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: ZPUE S.A. z siedzibą we Włoszczowej (dalej również: „Przystępujący”) wypełnił wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, iż *wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania od zamawiającego kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron.* W związku z powyższym ww. wykonawca skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego, stając się jego uczestnikiem.

Izba postanowiła dopuścić dokumentację postępowania oraz złożone do akt sprawy dowody, w tym załączone do odwołania: gwarancję bankową nr 31 1020 2629 0000 9596 0125 4192 z dnia 24 stycznia 2019 r. oraz pisma Banku PKO BP S.A. z dnia 29 stycznia 2019 r. i 5 lutego 2019 r., a także załączone do odpowiedzi na odwołanie zrzuty z ekranu, obrazujące wynik weryfikacji podpisów gwarancji.

Uznając, iż materiał dowodowy zgromadzony w sprawie pozwala na merytoryczne rozpatrzenie odwołania, a okoliczność braku pozytywnej walidacji podpisów na gwarancji wadialnej, złożonej przez Odwołującego nie jest sporna, Izba nie uwzględniła wniosku o przeprowadzenie dowodu z eksperymentu, uznając, że jego przeprowadzenie nie jest konieczne i spowodowałoby zwłokę w postępowaniu.

Następnie Izba ustaliła:

Z pkt 1 SIWZ wynika, iż komunikacja pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcami, w szczególności składanie oświadczeń, wniosków (innych niż oferty), zawiadomień oraz przekazywanie informacji, odbywa się elektronicznie za pośrednictwem dedykowanego formularza dostępnego na ePUAP oraz udostępnionego przez miniPortal (Formularz do komunikacji). Zostało wskazane, iż wymagania techniczne i organizacyjne wysyłania i odbierania dokumentów elektronicznych, elektronicznych kopii dokumentów i oświadczeń oraz informacji przekazywanych przy ich użyciu opisane zostały w Regulaminie korzystania z miniPortalu oraz Regulaminie ePUAP. Dokumenty elektroniczne, oświadczenia lub elektroniczne kopie dokumentów lub oświadczeń składane są przez Wykonawcę za pośrednictwem Formularza do komunikacji jako załączniki. Sposób sporządzenia dokumentów elektronicznych, oświadczeń lub elektronicznych kopii dokumentów lub oświadczeń musi być zgodny z wymaganiami określonymi w rozporządzeniu 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 oraz rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126; zm. Dz. U. z 2018 r. poz. 1993).

Stosownie do postanowień pkt 7 SIWZ Zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości: 150.000,00 PLN, zaznaczając, iż może być wnoszone w jednej lub kilku wskazanych formach, w tym gwarancjach bankowych. W pkt. 7. 3 SIWZ zostało zaznaczone, że wadium w formie niepieniężnej wystawione na potrzeby postępowania powinno być wniesione w oryginale w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym osoby upoważnionej (osób upoważnionych) do wystawienia dokumentu wadium. Szczegółowe warunki dotyczące komunikacji przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, określają przepisy 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. 2017 poz. 1320 zm. Dz.U. 2018 poz. 1991).

SIWZ zawiera również postanowienia dotyczące wymaganej treści gwarancji, wskazując, iż musi z niej w szczególności jednoznacznie wynikać: zobowiązanie gwaranta (banku, zakładu ubezpieczeń) do zapłaty całej kwoty wadium nieodwołalnie i bezwarunkowo na pierwsze żądanie zamawiającego (beneficjenta gwarancji), zawierające oświadczenie, że zaistniały okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp bez potwierdzania tych okoliczności, termin obowiązywania gwarancji, który nie może być krótszy niż termin związania ofertą oraz miejsce i termin zwrotu gwarancji. W pkt 7.12 SIWZ Zamawiający wskazał, iż

zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli Wykonawca, którego oferta została wybrana: odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy oraz w sytuacji określonej art. 46 ust 4a) ustawy Pzp, zamieszczając uwagę, aby wykonawcy, którzy wniosą wadium w innej formie niż pieniądź, zwrócili uwagę wystawcy na zmianę treści art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

Z zawiadomienia Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 30 stycznia 2019 r. wynika, iż nastąpiło to na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, tj. z uwagi na fakt, iż wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy. W uzasadnieniu faktycznym tej czynności Zamawiający wskazał m.in., iż Odwołujący złożył ofertę w formie elektronicznej w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie. Jednym z załączonych do oferty dokumentów była gwarancja bankowa Banku PKO BP S.A. („Bank”) nr 31 1020 2629 0000 9596 0125 4192 mająca stanowić potwierdzenie wniesienia wadium w postaci niepieniężnej. Zamawiający napotkał problem przy weryfikacji podpisu tego dokumentu, który został złożony w formacie *.pdf, stwierdzając, iż poza przedstawionymi w piśmie komunikatami wpisanymi poniżej właściwej treści gwarancji, nie zdradzała ona cech dokumentu opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym osoby upoważnionej. W trakcie weryfikacji podpisu elektronicznego dostępnymi Zamawiającemu programami (Szafir weryfikująca 1.0, Szafir 2.0.0, ProCentrum SmartSign, Adobe Acrobat Reader oraz strona internetowa weryfikujpodpis.pl) Zamawiający uzyskiwał komunikaty, iż „plik nie zawiera podpisów”.

Zamawiający stwierdził, że nie mógł także uznać towarzyszących gwarancji komunikatów dotyczących podpisu gwarancji za wystarczające z uwagi na to, iż można je swobodnie kopiować i wklejać do każdego dokumentu, co pokazuje choćby jego pismo. W związku z powyższym Zamawiający uznał, iż dokument potwierdzający wniesienie wadium w formie niepieniężnej został przez Wykonawcę złożony wadliwie, co skutkuje to koniecznością odrzucenia oferty Odwołującego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty odwołania, których zakresem, stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba jest związana.

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żąda wniesienia wadium. Zgodnie z art. 78¹ § 1 Kodeksu cywilnego do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i*

opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. § 2 tego przepisu stanowi, iż oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej.

W analizowanym postępowaniu Zamawiający żądał wniesienia wadium. Wadium mogło być wniesione m.in. w gwarancjach bankowych, przy czym w takim przypadku powinno być wniesione w oryginale w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym osoby upoważnionej (osób upoważnionych) do wystawienia dokumentu wadium.

Jak wynika z ustaleń Izby Odwołujący złożył ofertę w formie elektronicznej w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie. Do oferty została dołączona gwarancja bankowa Banku PKO BP S.A. nr 31 1020 2629 0000 9596 0125 4192 z dnia 24 stycznia 2019 r. Towarzyszyły jej informacje, zamieszczone na kolejnych stronach tj. 2 i 3, oznaczonych nr 1/1 każda, o treści wskazującej na podpisanie dokumentu „Oryginał e-gwarancja_PZP.pdf” przez panią J. M. K. (str. 2) oraz panią I. J. (str. 3) certyfikatem kwalifikowanym o podanym numerze seryjnym w dniu 24 stycznia 2019 r., które to informacje, co potwierdza pismo Zamawiającego z dnia 30 stycznia 2019 r. zawiadamiające o odrzuceniu oferty Odwołującego, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, można swobodnie kopiować i wklejać do każdego dokumentu. Okoliczności te należy zatem uznać za niesporne pomiędzy stronami.

Nie jest także sporne, że przy weryfikacji podpisu dokumentu wytworzonego przez Bank, złożonego w formacie pdf. nie zdradzał on cech dokumentu opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym osoby upoważnionej. Zauważenia przy tym wymaga, iż według oświadczenia Odwołującego, złożonego na rozprawie, otrzymał on z Banku jeden plik, który następnie bez dokonywania w nim modyfikacji przesłał do Zamawiającego. Dokument ten w ocenie Odwołującego został opatrzony wewnętrznymi podpisami elektronicznymi, a złożenie tych podpisów zostało uwierzytelnione na jego kolejnych stronach. Odwołujący nie zakwestionował stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, z których wynika, że podczas weryfikacji podpisu programami Szafir weryfikująca 1.0, Szafir 2.0.0, ProCentrum SmartSign, Adobe Acrobat Reader oraz strona internetowa weryfikacjapodpisu.pl, uzyskiwane są komunikaty, iż „plik nie zawiera podpisów”, pomimo, iż Zamawiający do odpowiedzi na odwołanie załączył wyniki weryfikacji przy wykorzystaniu ProCentrum SmartSign, strony internetowej weryfikacjapodpisu.pl oraz Adobe Acrobat Reader, wskazujące na brak potwierdzenia, iż dokument został podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym osoby/osób upoważnionej/ych do jego wystawienia w imieniu Banku. Odwołujący nie przedstawił przeciwdowodów w tym zakresie, poddał jedynie w wątpliwość zakres czynności Zamawiającego dotyczących weryfikacji złożonego pod dokumentem podpisu.

Sporna jest natomiast kwestia podniesiona w odwołaniu, a dotycząca oceny złożonego przez Bank pisma z dnia 29 stycznia 2019 r., jak również podkreślana na rozprawie przez Odwołującego kwestia zakresu weryfikacji przez Zamawiającego podpisu elektronicznego. Jak na rozprawie stwierdził sam Odwołujący, w jego ocenie przedmiot sporu sprowadza się do tego, w jakim zakresie Zamawiający winien dokonywać weryfikacji podpisu złożonego na dokumencie gwarancji i czy w wyniku takiego procesu może dojść do odrzucenia oferty.

Według stanowiska Odwołującego brak pozytywnej weryfikacji podpisu nie skutkuje odrzuceniem jego oferty, tym bardziej, że pismo Banku z dnia 29 stycznia 2019 r. potwierdza treść gwarancji i złożonych pod nią podpisów, przy czym, zdaniem Odwołującego pismo to nie stanowi zmiany formy z elektronicznej na pisemną, lecz stanowi potwierdzenie złożonych podpisów elektronicznych na gwarancji złożonej przez Odwołującego. Natomiast ze stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego wynika, że jest on uprawniony do weryfikacji podpisu elektronicznego, w celu ustalenia czy wadium zostało skutecznie wniesione, a ww. pismo Banku pozostaje bez wpływu na ocenę prawidłowości złożonego przez Odwołującego wadium.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego. Pozostaje ono bowiem w sprzeczności z wymogami jednoznacznie określonymi w SIWZ, która dla wadium w formie gwarancji bankowej wyraźnie wymagała złożenia dokumentu gwarancji w oryginale w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym osoby upoważnionej (osób upoważnionych) do wystawienia takiego dokumentu, jak również nie znajduje oparcia w obowiązujących przepisach prawa.

Zgodnie z art. 78¹ § 1 k.c. do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej konieczne są dwa elementy. Po pierwsze, złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej, po drugie, opatrzenie takiego oświadczenia woli kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Oznacza to, że opatrzenie gwarancji bankowej składanej w przedmiotowym postępowaniu kwalifikowanym podpisem elektronicznym było niezbędne dla stwierdzenia prawidłowości jej złożenia.

Zgodnie z art. 14 pkt 1 ustawy z dnia 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej (Dz.U. poz. 1579 ze zm.), która służy stosowaniu rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylającego dyrektywę 1999/93/WE (Dz.Urz.UE L 257 z 28.08.2014 r., str. 73 - Rozporządzenie eIDAS) kwalifikowany dostawca usług zaufania, wydając kwalifikowany certyfikat podpisu elektronicznego, jest obowiązany uzyskać od osoby ubiegającej się o certyfikat potwierdzenie przyporządkowania do niej danych służących do

weryfikacji podpisu elektronicznego, które są zawarte w wydanym certyfikacie. Stosownie do art. 18 ust. 1 i 2 tej ustawy podpis elektroniczny lub pieczęć elektroniczna weryfikowane za pomocą certyfikatu wywołują skutki prawne, jeżeli zostały złożone w okresie ważności certyfikatu, natomiast złożone w okresie zawieszenia certyfikatu wykorzystywanego do jego weryfikacji nie wywołują skutków prawnych. Informacja o zawieszeniu certyfikatu jest udostępniana w ramach usługi informowania o statusie certyfikatu.

Zgodnie z definicją zawartą w art. 3 ust. 1 pkt 12 Rozporządzenia eIDAS „*kwalfikowany 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*. Zgodnie natomiast z pkt 14 „*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*, zaś zgodnie natomiast z pkt 15 „*kwalfikowany certyfikat podpisu elektronicznego*” oznacza *certyfikat podpisu elektronicznego, który jest wydawany przez kwalifikowanego dostawcę usług zaufania i spełnia wymogi określone w załączniku I*.

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 (przywołanym powyżej w stanowisku Przystępującego) 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.

Powyższe wskazuje, że dla uznania, iż dokument został opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym, Zamawiający, jako osoba ufająca, powinien mieć możliwość dokonania walidacji podpisu za pośrednictwem kwalifikowanego dostawcy usług zaufania, który jest wpisany do rejestru, bowiem stosownie do art. 32 ust. 2 Rozporządzenia eIDAS zapewnia to prawidłowy wynik procesu walidacji i umożliwia wykrycie wszelkich problemów związanych z bezpieczeństwem.

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 dokumentu gwarancji złożonej przez Odwołującego, potwierdzony załączonymi do odpowiedzi na odwołanie „zrzutami” z ekranu, którym Odwołujący nie przedstawił przeciwdowodu, prowadzi do wniosku, że kwalifikowany podpis elektroniczny nie został złożony lub został złożony w sposób nieprawidłowy, co rodzi skutek w postaci uznania

tego dokumentu za nieopatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a zatem niespełniający wymogu pkt 7.3 SIWZ i art. art. 78¹ § 1 k.c.

W ocenie Izby dodanie do dokumentu gwarancji kolejnych dwóch stron, zawierających informacje o złożeniu kwalifikowanych podpisów elektronicznych przez określone osoby, które to informacje można swobodnie kopiować i wklejać do każdego dokumentu, co potwierdza Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego, a czemu Odwołujący nie zaprzeczył, nie może być uznane za dowód na to, że kwalifikowane podpisy elektroniczne zostały złożone, w sytuacji gdy wynik walidacji temu przeczy.

Również za dowód złożenia kwalifikowanych podpisów elektronicznych, w sytuacji negatywnego wyniku walidacji, nie można uznać przypisu wprowadzonego w gwarancji, na który powołał się Odwołujący na rozprawie, w brzmieniu: *„Niniejsza gwarancja została sporządzona w formie elektronicznej i podpisana kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi weryfikowanymi przy użyciu kwalifikowanych certyfikatów, zgodnie z przepisami określonymi ustawą z dnia 05 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej (Dz.U 2016 poz. 1579 z dnia 29.09.2016 z późn. zm.). Lista pełnomocników Banku znajduje się na stronie internetowej Banku ...”*. Taki przypis nie może zastąpić rzeczywiście złożonych podpisów, a jedynie potwierdza, iż podpisy na dokumencie gwarancji powinny być złożone zgodnie z przywołaną ustawą.

Stosownie do art. 45 ust. 3 ustawy Pzp wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Wadium służy zabezpieczeniu oferty, a w konsekwencji zabezpieczeniu zawarcia umowy w sprawie wykonania zamówienia publicznego. Jego celem jest m.in. łatwe wyciągnięcie konsekwencji wobec wykonawcy naruszającego obowiązki określone w ustawie, czego skutkiem jest zatrzymanie wadium (art. 46 ust. 4a i 5 Ustawy Pzp).

Za prawidłowo ustanowione wadium należy uznać takie, które daje realną gwarancję wyegzekwowania ustalonej kwoty, a zatem należy zabezpiecza interes zamawiającego (beneficjenta). W okolicznościach przedmiotowej sprawy oznacza to, że prawidłowo złożona gwarancja bankowa to taka, która zostałaby złożona wraz z ofertą w oryginale w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym osoby upoważnionej (osób upoważnionych) do wystawienia dokumentu wadium.

Nie można zatem zgodzić się z Odwołującym, że oświadczenie Banku, zawarte w piśmie z dnia 29 stycznia 2019 r. (złożonym na etapie badania ofert), w sytuacji negatywnego wyniku walidacji podpisów, wskazuje na prawidłowość złożonej gwarancji. Wszelkie późniejsze oświadczenia Banku nie mogą konwalidować wadliwej czynności złożenia wadium, niezależnie od tego, czy ich celem jest potwierdzenie przez Bank złożenia oświadczenia woli czy kwalifikowanego podpisu elektronicznego.

W ocenie Izby nieoparte żadnym dowodem oświadczenie Banku o złożeniu kwalifikowanych podpisów elektronicznych na dokumencie gwarancji, nie może zastąpić takiego podpisu i nie może konwalidować nieprawidłowo złożonego wadium, nie może zastąpić oświadczenia woli złożonego wraz z ofertą w formie elektronicznej, które nie zostało opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, przez uprawnione osoby. W sytuacji, gdy podpis nie zostaje złożony lub zostaje złożony w taki sposób, że wynik walidacji jest negatywny, to na skutek takiego oświadczenia Banku, nie można przyjąć, iż dokument gwarancji bankowej został podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Zauważenia przy tym wymaga, iż dokument wadium nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp, ponieważ nie stanowi dokumentu, o mowa w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 poz. 1126), jak również nie stanowi części oferty, rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy z wszelkimi doprecyzowującymi to oświadczenie dokumentami i informacjami co do zakresu i sposobu wykonania przedmiotu zamówienia.

Oświadczenie Banku z dnia 29 stycznia 2019 r., złożone po otwarciu ofert, nie może zastąpić procesu walidacji w aplikacjach dedykowanych, dostarczanych przez dostawców usług zaufania, do przeprowadzenia którego Zamawiający, jako osoba ufająca, jest uprawniony.

W sprawie zostało wykazane, że gwarancja bankowa załączona do oferty nie została prawidłowo podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Tym samym zaktualizowała się przesłanka odrzucenia oferty Odwołującego, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp *Izba uwzględnia odwołanie w przypadku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.*

Nie zostało wykazane, aby w analizowanym postępowaniu doszło do naruszenia przepisów, które miało istotny wpływ na wynik postępowania.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....