

**Łódź, dnia 21 stycznia 2021 roku**

**Do:** Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej  
ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa

**Zamawiający:** Mazowiecki Szpital Specjalistyczny im. dr. Józefa Psarskiego w Ostrołęce  
Al. Jana Pawła II 120 A, 07-410 Ostrołęka  
Tel.: (029) 765-21-00  
Faks.: (029) 760-45-69  
E-mail: [szpital@szpital.ostroleka.pl](mailto:szpital@szpital.ostroleka.pl)  
[www.szpital.ostroleka.pl](http://www.szpital.ostroleka.pl)

**Odwołujący:** 1. Naprzód Hospital spółka z ograniczoną odpowiedzialnością  
z siedzibą w Łodzi  
ul. Traktorowa 126, l. 202  
91-204 Łódź  
KRS: 0000510909  
2. Naprzód Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością  
z siedzibą w Łodzi  
ul. Traktorowa 126, l. 202  
91-204 Łódź  
KRS: 0000510896  
Pełnomocnik: Ludwika Mospinek  
Adres do korespondencji:  
Naprzód Hospital sp. z o.o.  
z siedzibą w Łodzi  
ul. Traktorowa 126, l. 202, 91-204 Łódź  
Tel. +48 426405777  
FAX: +48 422572816  
e-mail: [przetargi@rekeep.pl](mailto:przetargi@rekeep.pl)

**Dotyczy:** przetargu nieograniczonego na „Świadczenie usług kompleksowego utrzymania czystości w Szpitalu, pozostałe usługi w zakresie opieki zdrowotnej gdzie indziej niesklasyfikowane, transport wewnętrzny oraz usługi dodatkowe”, ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 18 września 2020 roku pod pozycją 2020/S 182-438721, numer referencyjny MSS-TZP-ZPP-26-33-20.

## **ODWOŁANIE**

Działając w imieniu Odwołujących – Naprzód Hospital sp. z o.o. i Naprzód Service sp. z o.o., na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2019 roku, poz. 2019 z późn. zm.), wnoszę odwołanie wobec:

1. czynności odrzucenia przez Zamawiającego oferty Odwołujących,
2. czynności dokonania przez Zamawiającego wyboru oferty wykonawców: EVER Cleaning sp. z o.o., Everteam sp. z o.o. oraz Ever Medical Care sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej,
3. zaniechania odrzucenia oferty wykonawców: EVER Cleaning sp. z o.o., Everteam sp. z o.o. oraz Ever Medical Care sp. z o.o., względnie wykluczenia tych wykonawców z postępowania.

**Zarzucam Zamawiającemu naruszenie:**

- I. **art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 j.t. - dalej jako „Pzp”)** w zw. z **art. 78 § 1 Kodeksu cywilnego (dalej jako „k.c.”)** w zw. z **art. 26 i art. 32 ust. 1 i 2 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (dalej jako „rozporządzenie eIDAS”)** przez jego niewłaściwe zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołujących z powodu negatywnego komunikatu uzyskanego podczas weryfikacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego złożonego pod ofertą (załącznik nr 3 do SIWZ), podczas gdy oferta została prawidłowo podpisana i nie podlega odrzuceniu,
- II. **art. 87 ust. 1 Pzp** poprzez zaniechanie zwrócenia się do Odwołujących o wyjaśnienia, w sytuacji uzyskania komunikatu w procesie weryfikacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego.
- III. **art. 91 ust. 1 Pzp** przez dokonanie wyboru oferty wykonawców: EVER Cleaning sp. z o.o., Everteam sp. z o.o. oraz Ever Medical Care sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta jest mniej korzystna od oferty Odwołujących, która jednak została niezasadnie odrzucona przez Zamawiającego,
- IV. **art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 2 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 22 ust. 2 Pzp** poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców: EVER Cleaning sp. z o.o., Everteam sp. z o.o. oraz Ever Medical Care sp. z o.o., podczas gdy przedmiotowe zamówienie publiczne jest zamówieniem zastrzeżonym dla zakładów pracy chronionej oraz wykonawców, których głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych, a tylko wykonawca Everteam sp. z o.o. potwierdził w jednolitym europejskim dokumencie zamówienia (dalej jako „JEDZ”), że spełnia wymóg w zakresie zamówienia zastrzeżonego, **względnie z ostrożności procesowej art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp** – poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców: EVER Cleaning sp. z o.o., Everteam sp. z o.o. oraz Ever Medical Care sp. z o.o. wobec niespełnienia wymogu, o którym mowa w art. 22 ust. 2 Pzp oraz w pkt III.1.5 ogłoszenia o zamówieniu.
- V. **art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp** poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców: EVER Cleaning sp. z o.o., Everteam sp. z o.o. oraz Ever Medical Care sp. z o.o., podczas gdy w ofercie tych wykonawców wskazano, że wchodząca w zakres przedmiotu zamówienia usługa transportu posiłków i pozostałego transportu jest zwolniona z podatku od towarów i usług, podczas gdy brak jest podstaw do takiego przyjęcia, a usługa ta powinna być wskazana jako objęta opodatkowana stawką podstawową podatku 23%, na skutek czego oferta ta ulega odrzuceniu.

## **Wnoszę o przeprowadzenie przez Izbę dowodu:**

### **1. Z opinii biegłego z zakresu informatyki – na okoliczność tego:**

- a) w jaki sposób przebiega weryfikacja kwalifikowanego podpisu elektronicznego, którym opatrzony jest plik Excel z rozszerzeniem xls – za pomocą oprogramowania dostawców usług zaufania w rozumieniu ustawy z dnia 5 września 2016 roku o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej – w sytuacji, gdy taki plik po podpisaniu, a przed weryfikacją tego podpisu został otworzony (jaki komunikat jest wówczas generowany), a jak przebiega te weryfikacja w sytuacji, gdy po podpisaniu, a przed weryfikacją plik nie został otworzony;
- b) kiedy nastąpiła ostatnia modyfikacja pliku załącznik nr 3 do SIWZ złożonego przez Odwoływających i czy został on zmodyfikowany po podpisaniu go kwalifikowanym podpisem elektronicznym;
- c) czy wynik weryfikacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego, którym opatrzony jest załącznik nr 3 do SIWZ – za pomocą oprogramowania dostawców usług zaufania w rozumieniu ustawy z dnia 5 września 2016 roku o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej – w zakresie zmiany danych w pliku jest jednoznaczny, czy wyłącznie prawdopodobny.

2. **Zeznań świadka Ewy Grzelak** (wezwanie na adres Naprzód Hospital sp. z o.o.) – celem wykazania, że oferta Odwoływających (w tym załącznik nr 3 do SIWZ) została podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym i że nie nastąpiła modyfikacja pliku przez Odwoływających po jego podpisaniu a przed wysłaniem Zamawiającemu.

3. **Z oświadczenia Pani Ewy Grzelak** – celem wykazania, że oferta Odwoływających (w tym załącznik nr 3 do SIWZ) została podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym i że nie nastąpiła modyfikacja pliku po jego podpisaniu, a przed wysłaniem Zamawiającemu.

4. **Z dokumentu – wydruku z ekranu komputerowego (print screen)** zawierających wynik weryfikacji pliku załącznik nr 3 do SIWZ po jego otwarciu przy pomocy oprogramowania dostawców usług zaufania w rozumieniu ustawy z dnia 5 września 2016 roku o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej: ProCertum – celem wykazania, że komunikat uzyskany w toku takiej weryfikacji nie jest jednoznaczny.

5. **Z dokumentu – wydruku z ekranu komputerowego (print screen)** wskazujących na właściwości pliku załącznik nr 3 do SIWZ – celem wykazania daty i godziny ostatniej modyfikacji tego pliku.

### **6. Z eksperymentu procesowego przeprowadzonego podczas rozprawy przez skład orzekający Izby z udziałem stron polegającego na:**

- a) zbadaniu w jaki sposób przebiega weryfikacja kwalifikowanego podpisu elektronicznego, którym opatrzony jest plik Excel z rozszerzeniem xls – za pomocą oprogramowania dostawcy usług zaufania w rozumieniu ustawy z dnia 5 września 2016 roku o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej ProCertum – w sytuacji, gdy taki plik po podpisaniu, a przed weryfikacją tego podpisu zostaje otworzony (jaki komunikat jest wówczas generowany), a jak przebiega te weryfikacja w sytuacji, gdy po podpisaniu, a przed weryfikacją plik nie zostaje otworzony;
- b) zbadaniu, czy wynik weryfikacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego, którym opatrzony jest załącznik nr 3 do SIWZ – za pomocą oprogramowania dostawcy usług zaufania w rozumieniu ustawy z dnia 5 września 2016 roku o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej ProCertum – w zakresie zmiany danych w pliku jest

jednoznaczny, czy wyłącznie prawdopodobny (w sytuacji, gdy okoliczność ta będzie kwestionowana przez Zamawiającego).

**Wobec powyższego żądam nakazania Zamawiającemu:**

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwoływających,
2. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawców: EVER Cleaning sp. z o.o., Everteam sp. z o.o. oraz Ever Medical Care sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej,
3. odrzucenia oferty wykonawców: EVER Cleaning sp. z o.o., Everteam sp. z o.o. oraz Ever Medical Care sp. z o.o., względnie wykluczenia tych wykonawców z postępowania.
4. dokonania ponownie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu oraz dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

**Oświadczam, iż Odwołujący posiadają interes faktyczny i prawny** we wniesieniu odwołania, ponieważ złożyli w tym postępowaniu ofertę, która, gdyby nie jej odrzucenie, na skutek jej oceny uzyskałaby najwięcej punktów spośród ofert złożonych w postępowaniu.

## **UZASADNIENIE**

### **I. Wstęp**

W dniu 18 września 2020 roku zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu oraz SIWZ dotyczące przedmiotowego zamówienia. Przedmiotem zamówienia są usługi kompleksowego utrzymania czystości w Szpitalu, pozostałe usługi w zakresie opieki zdrowotnej gdzie indziej niesklasyfikowane, transport wewnętrzny oraz usługi dodatkowe.

W dniu 12 stycznia 2021 roku Zamawiający ogłosił, że jako najkorzystniejszą wybrał ofertę wykonawców: EVER Cleaning sp. z o.o., Everteam sp. z o.o. oraz Ever Medical Care sp. z o.o. (dalej zwanych: „Konsorcjum Ever”), zaś odrzucił oferty Odwoływających oraz ofertę złożoną wspólnie przez wykonawców z grupy Impel.

Uzasadniając powyższe, Zamawiający wskazał, że podczas weryfikacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego pełnomocnika Odwoływających, którym został opatrzony załącznik nr 3 do SIWZ – Zamawiający otrzymał negatywne komunikaty.

Oferta Odwoływających opiewa na cenę 28.666.479,24 zł, zaś oferta Konsorcjum Ever: na cenę 30.705.594,84 zł. W ramach pozostałych dwóch kryteriów oceny ofert, powyżsi wykonawcy podali identyczne wartości. Oznacza to, że gdyby nie odrzucenie oferty Odwoływających, to oferta Odwoływających podlegałaby wyborowi jako najkorzystniejsza.

### **II. Uzasadnienie zarzutów odwołania**

**1) Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 j.t. - dalej jako „Pzp”) w zw. z art. 78<sup>1</sup> § 1 Kodeksu cywilnego (dalej jako „k.c.”) w zw. z art. 26 i art. 32 ust. 1 i 2 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (dalej jako „rozporządzenie eIDAS”)**

Nie ma wątpliwości, że oferta Odwołujących ze wszystkimi załącznikami – także załącznikiem nr 3 do SIWZ – została podpisana jednym kwalifikowanym podpisem elektronicznym w okresie jego ważności, przez pełnomocnika Odwołujących – Ewę Grzelak („Dokument podpisany elektronicznie przez Ewę Grzelak”). Dokumenty zostały przekazane do podpisu łącznie, podpis pod każdym z dokumentów został złożony w jednym czasie. Pani Ewa Grzelak była umocowana do złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z udzielonym przez członków konsorcjum pełnomocnictwem. Zamawiający nie miał wątpliwości co do treści oferty i dokumentów do niej dołączonych (w tym załącznika nr 3 do SIWZ) i pełnomocnictwa udzielonego Pani Ewie Grzelak. Świadczy o tym fakt, iż Zamawiający dokonał poprawienia omyłki rachunkowej w Załączniku nr 3 do SIWZ w dniu 12 stycznia 2021 roku.

Zamawiający uzasadniając decyzję o odrzuceniu oferty Odwołujących powołał się na informacje, które – jak podał – pojawiły się w procesie weryfikacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego, którym został opatrzony załącznik nr 3 do SIWZ. Zamawiający podał, iż w przypadku podpisu pod tym dokumentem: „integralność została niezachowana, status podpisu: negatywnie zweryfikowany, wykryte błędy: obiekty referencji są niespójne, wykryte ostrzeżenia – podpis ma niepoprawną strukturę”.

Odwołujący podnosi w tym zakresie:

**Po pierwsze:**

Uzyskany przez Zamawiającego komunikat wynika z następującej okoliczności: Zamawiający udostępnił wykonawcom załącznik nr 3 do SIWZ w postaci pliku Excel z rozszerzeniem xls (plik programu Exell 1997 – 2003). Taki plik został wypełniony i złożony przez Odwołujących.

Po otrzymaniu oferty Zamawiający najpierw otworzył przesłany mu plik xls – Załącznik nr 3 do SIWZ. Następnie dokonał poprawki rachunkowej tego załącznika. Dopiero w następnej kolejności dokonał weryfikacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego za pomocą programu dostawcy zaufanego. To właśnie z tej przyczyny Zamawiający otrzymał taki komunikat z weryfikacji.

Gdyby Zamawiający najpierw dokonał weryfikacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego za pomocą programu dostawcy zaufanego – a dopiero potem otworzył przesłany mu plik – weryfikacja kwalifikowanego podpisu elektronicznego byłaby pozytywna, bez żadnych komunikatów.



Zamawiający powinien był – zachowując staranność i zasady bezpieczeństwa danych – w pierwszej kolejności weryfikować kwalifikowany podpis elektroniczny, a dopiero następnie plik otwierać.

Opisana sytuacja dotyczy właśnie plików w formacie xls (nie wszystkich rodzajów plików). Wada tych plików została usunięta i najnowsze pliki Excel funkcjonujące z rozszerzeniem xlsx nie wykazują już takiej wady (otwarcie tych plików przed weryfikacją kwalifikowanego podpisu elektronicznego nie powoduje wygenerowania komunikatu o błędzie).

Nie ma zaś najmniejszej wątpliwości, że powyższa wada/cecha plików xls (a taki format pliku udostępnił Zamawiający wykonawcom do wypełnienia) – nie stanowi i nie może stanowić o nieprawidłowości czy nieważności kwalifikowanego podpisu elektronicznego, którym został opatrzony załącznik nr 3 do SIWZ.

A zatem plik xls załącznik nr 3 do SIWZ został w sposób prawidłowy i ważny opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym pełnomocnika Odwołujących, a wyłącznie fakt, że Zamawiający najpierw otworzył ten plik i dokonał poprawki, a dopiero potem przeprowadził weryfikację podpisu – spowodował wystąpienie komunikatu o błędzie. Za taką sytuację Odwołujący nie mogą odpowiadać i nie może ona być przyczyną odrzucenia oferty – leży bowiem wyłącznie po stronie Zamawiającego i kolejności podejmowanych przez niego czynności.

#### **Po drugie:**

Odwołujący podnosi, że Zamawiający nie miał jednoznacznej informacji o tym, że plik xls załącznik nr 3 do SIWZ został zmodyfikowany po jego podpisaniu, a nadto dysponował danymi dotyczącymi tego pliku (zakładka „właściwości”), w których mógł ustalić datę ostatniej modyfikacji tego pliku i skonfrontować te dane z otrzymanym komunikatem:

Nie jest tak, jak twierdzi Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołujących, że uzyskany przez niego raport z weryfikacji podpisu wskazuje na późniejszą modyfikację podpisanej już oferty. Weryfikacja podpisu z wykorzystaniem programu proCertum (na które też wskazuje Zamawiający w w/w zawiadomieniu) po wcześniejszym otwarciu pliku z rozszerzeniem xls daje inny wynik: *„Certyfikat EWA GRZELAK negatywnie zweryfikowany; błąd podpisu XAdES; Walidacja (reference) nie udała się (...) Prawdopodobnie dane zostały zmienione”*. Należy zauważyć, że istnieje różnica między stwierdzeniem, że oferta została zmodyfikowana po jej podpisaniu, a stwierdzeniem, że prawdopodobnie została zmodyfikowana po jej podpisaniu. Nie może być w ogóle dowodem dla Zamawiającego komunikat, którego treść jest hipotetyczna i ze swej istoty zakłada nieznany margines błędu.

Odwołujący kwestionują, aby nastąpiła zmiana danych w dokumencie po jego podpisaniu. Stanowisko Odwołujących potwierdzają informacje na temat ostatniej modyfikacji pliku. Z danych dostępnych Zamawiającemu (właściwości pliku) wynika, że wszystkie pliki zostały podpisane w jednym momencie – 20 grudnia 2020 roku o godzinie 19:21. Ostatnia modyfikacja pliku tj. załącznik nr 3 do SIWZ – widnieje z datą 20 grudnia 2020 roku, godzina 18:07. Zamawiający nie mógł zatem stwierdzić, że nastąpiła modyfikacja treści pliku po godzinie jego podpisania. Zamawiający dysponował informacją, że zmiany treści załącznika po dokonaniu podpisu nie wystąpiły.

Zamawiający, powziąwszy ewentualne wątpliwości co do podpisu, którym opatrzony był załącznik nr 3 do SIWZ powinien dążyć do ich rozwiązania, zamiast opierać się na komunikacjach o prawdopodobnych okolicznościach. Zamawiający dysponował przy tym mechanizmem umożliwiającym mu weryfikację wątpliwości u źródła – art. 87 ust. 1 Pzp. Zamawiający mający wątpliwości co do okoliczności związanych z podpisaniem oferty powinien zwrócić się do Odwoływających z wezwaniem do ich wyjaśnienia, czego nie uczynił. Odwołujący mogliby wówczas wyjaśnić Zamawiającemu, że dokonał weryfikacji podpisu którym opatrzony był załącznik nr 3 do SIWZ (plik z rozszerzeniem xls) po jego wcześniejszym otwarciu i wykazać brak modyfikacji danych w pliku.

### **Po trzecie:**

Odwołujący podnosi, że nie każdy komunikat o błędzie w procesie weryfikacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego może być przyczyną do stwierdzenia nieważności podpisu i braku złożenia oświadczenia woli:

W tym względzie należy zgodzić z Ryszardem Szostakiem, który twierdzi, że Pomimo powiązania kwalifikowanego podpisu elektronicznego z zachowaniem integralności danych zawartych w podpisywanym dokumencie podkreślić należy, że **celem całej operacji składania oświadczenia woli jest opatrzenie danych elektronicznych podpisem stanowiącym wyraz stanowczości zakończonego w ten sposób oświadczenia oraz wskazującym wiarygodnie na tożsamość osoby, a nie bezwzględne zapewnienie o ich autentyczności i integralności** (Ryszard Szostak, Informatyzacja procedur udzielania zamówień publicznych, 2018, C.H. Beck, wyd. 1, [w]: rozdział V, pkt 2).

Powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO – przede wszystkim w wyroku z 20 października 2020 roku, sygn. akt: KIO 2505/20:

W cytowanej sprawie wystąpił następujący stan faktyczny: W dniu 10 września 2020 roku wykonawca przedłożył na żądanie zamawiającego dokument JEDZ datowany i podpisany elektronicznie na dzień 31 stycznia 2020 roku. W dniu 11 września 2020 roku Zamawiający dokonał weryfikacji złożonego po JEDZ podpisu i weryfikacja ta zakończyła się informacjami: „Weryfikacja przeszłego podpisu nie jest rozstrzygająca”; status dokumentu „niekompletnie zweryfikowany”; wykryto ostrzeżenia: „Podpis nie może zostać określony jako zgodny z ETSI EN 319 102-1” itd. Krajowa Izba Odwoławcza nie zgodziła się ze stanowiskiem odwołującego, że dokumenty składane w postaci elektronicznej muszą być przesyłane w taki sposób, „aby można było je skutecznie zwalidować” oraz „tylko wynik pozytywny walidacji pozwala uznać podpis za ważny”. Informacje posiadane przez zamawiającego (złożenie podpisu, data ważności podpisu, umocowanie osoby podpisującej), pomimo braku pozytywnej weryfikacji podpisu, w ocenie KIO były wystarczające dla zamawiającego, aby uznać dokument JEDZ za prawidłowo podpisany. Nie istniała zdaniem Izby konieczność przeprowadzania pełnego procesu weryfikacji podpisu. Nie jest obowiązkiem wykonawcy zapewnienie bezwzględnej prawidłowości podpisu w procesie weryfikacji podpisu elektronicznego (w którym mogą zostać stwierdzone techniczne błędy o różnym charakterze, strukturze, nazwie). Proces weryfikacji podpisu elektronicznego – w sytuacji gdy osoba podpisująca i jej umocowanie i rodzaj oraz data ważności podpisu nie budzi wątpliwości – jak wynika z cytowanego orzeczenia – nie musi być przeprowadzany:

*W oparciu o uzyskane powyższe dane zamawiający uznał, że brak jest podstaw do uznania, że JEDZ nie został podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym, chociaż jego walidacja w dniu 14 października 2020 r. potwierdza niekompletną weryfikację. W związku z tym zamawiający uznał, że nie ma możliwości odmówić podpisowi elektronicznemu statusu kwalifikowanego podpisu elektronicznego, ani jego ważności, w sytuacji, gdy taki podpis został złożony w okresie ważności certyfikatu. Izba wskazuje, że w powyższym zakresie uznaje dokonane przez zamawiającego ustalenia za właściwe i wraz z dokonana przez zamawiającego ich oceną, przyjmuje je jako własne.*

*[...]*

***Zdaniem Izby niewątpliwym jest, że wprowadzenie do polskiego prawa - w tym również do Pzp podpisu elektronicznego miało na celu uproszczenie procedur udzielania zamówień publicznych i ich uelastycznienie, co miało przynieść korzyści zarówno zamawiającym jak i wykonawcom. Ponadto niewątpliwym jest, że podpis elektroniczny winien mieć możliwość jego walidacji - sprawdzenia. Jednakże zdaniem Izby niezasadnym jest piętrzenie wokół podpisu elektronicznego wymagań przewyższającym wymagania co do podpisów składanych własnoręcznie. Główną różnicą między podpisem własnoręcznym, a kwalifikowanym cyfrowym jest to, że aby potwierdzić autentyczność podpisu elektronicznego nie musi dojść do bezpośredniego spotkania osób i okazania dokumentu tożsamości osoby podpisującej dany dokument.***

*[...]*

*Nadto podkreślić należy, że w świetle art. 32 ust. 2 eIDAS nie ma wymogu dla oceny ważności kwalifikowanego podpisu elektronicznego uzyskania pozytywnego raportu weryfikacji, a jedynie zawarty został wymóg, aby system wykorzystany do walidacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego zapewniał stronie ufającej prawidłowy wynik procesu walidacji i umożliwiał stronie ufającej wykrycie wszelkich problemów związanych z bezpieczeństwem.*

Z powyższego stanowiska KIO wynika, że nie ma konieczności, aby weryfikacja kwalifikowanego podpisu elektronicznego musiała zakończyć się wyłącznie komunikatem „weryfikacja pozytywna”.

Zgodnie z rozdziałem V pkt 2 SIWZ ofertę należało sporządzić zgodnie z wymogami zawartymi w niniejszej SIWZ, w języku polski, z zachowaniem postaci elektronicznej, we wskazanych formatach danych i podpisać – pod rygorem nieważności – kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zgodnie z art. 78 (1) § 1 kodeksu cywilnego do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zgodnie z art. 10a ust. 5 Pzp 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. Żaden z powyższych przepisów prawa traktujący o elektronicznej formie oświadczenia woli, ani też SIWZ – nie wskazuje, że wykonawca zobligowany jest spowodować, że weryfikacja elektronicznego podpisu kwalifikowanego, którym opatrzone ofertę – zakończy się komunikatem o treści: „weryfikacja pozytywna” i że tylko tak przeprowadzona i zakończona weryfikacja podpisu warunkuje złożenie oświadczenia woli w formie elektronicznej opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Z uwagi na okoliczności o charakterze technicznym, elektronicznym, braku czy wady urządzeń czy instrumentów, którymi posługują się podmioty w obrocie – występowanie



komunikatów w procesie weryfikacji nie musi oznaczać nieważności kwalifikowanego podpisu elektronicznego.

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

Inaczej przedstawia się stan faktyczny w wyroku KIO, na który powołał się Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołujących, to jest w wyroku KIO z dnia 20 lutego 2019 roku, KIO 208/19. W stanie faktycznym będącym podstawą do wydania powyższego orzeczenia – weryfikacja bankowej gwarancji wadialnej przesłanej w formie pdf zakończona była informacją „Wskazany plik nie zawiera podpisu”. Brak podpisu elektronicznego pod dokumentem gwarancji składanym elektronicznie, który nie podlega uzupełnieniu – nie może być sanowany późniejszym oświadczeniem Banku o udzieleniu takiej gwarancji. Oferta niezabezpieczona wadium podlegała zatem odrzuceniu. Brak kwalifikowanego podpisu elektronicznego pod dokumentem składanym elektronicznie jest zupełnie inną okolicznością niż sytuacja podana przez Zamawiającego w przedmiotowej sprawie, w której Zamawiający nie miał wątpliwości co do samego złożenia podpisu, okresu ważności podpisu, numeru certyfikatu, osoby podpisującej i jej umocowania do tej czynności, a decyzję o odrzuceniu oferty Odwołujących oparł na wskazanych w swoim piśmie informacjach o błędach, które – jak twierdzi – pojawiły się w procesie weryfikacji tego podpisu.

## **2) Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp**

W związku z niezasadnym odrzuceniem oferty Odwołujących, Zamawiający naruszył także komentowany przepis, dokonując wyboru oferty Konsorcjum Ever.

## **3) Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 2 Pzp**

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

O zastrzeżeniu zamówienia traktuje art. 22 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym:

*Zamawiający może zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie zakłady pracy chronionej oraz inni wykonawcy, których działalność, lub działalność ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych, w szczególności:*

*1) osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1172, 1495 i 1696);*

- 2) *bezrobotnych w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz. U. z 2019 r. poz. 1482 i 1622);*
- 3) *osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych, o których mowa w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. z 2019 r. poz. 676, 679 i 1694), mających trudności w integracji ze środowiskiem;*
- 4) *osób z zaburzeniami psychicznymi w rozumieniu ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz. U. z 2018 r. poz. 1878 oraz z 2019 r. poz. 730 i 1690);*
- 5) *osób bezdomnych w rozumieniu ustawy z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (Dz. U. z 2019 r. poz. 1507, 1622 i 1690);*
- 6) *osób, które uzyskały w Rzeczypospolitej Polskiej status uchodźcy lub ochronę uzupełniającą, o których mowa w ustawie z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2019 r. poz. 1666);*
- 7) *osób do 30. roku życia oraz po ukończeniu 50. roku życia, posiadających status osoby poszukującej pracy, bez zatrudnienia;*
- 8) *osób będących członkami mniejszości znajdujące się w niekorzystnej sytuacji, w szczególności będących członkami mniejszości narodowych i etnicznych w rozumieniu ustawy z dnia 6 stycznia 2005 r. o mniejszościach narodowych i etnicznych oraz o języku regionalnym (Dz. U. z 2017 r. Poz. 823).*

Każdy z wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum Ever złożył oświadczenie w przedmiocie powyższego w części II lit. a) JEDZ (dotyczącego pkt III.1.5 ogłoszenia o zamówieniu). Spośród tych wykonawców, tylko Everteam sp. z o.o. złożył oświadczenie, iż jest zakładem pracy chronionej, „przedsiębiorstwem społecznym” (tj. przedsiębiorstwem, którego celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych) lub że będzie realizował zamówienie w ramach programów zatrudnienia chronionego. Pozostali członkowie Konsorcjum Ever oświadczyli wprost, iż nie są podmiotami, o których mowa w pkt III.1.5 ogłoszenia o zamówieniu i w części II lit a) JEDZ.

Co więcej z § 5 ust. 4 umowy konsorcjum zawartej przez wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum Ever wynika, że wykonawca Everteam sp. z o.o. („Konsorcjant 1”) odpowiada jedynie za realizację 20% przedmiotu zamówienia.

Zamówienie zastrzeżone, o którym mowa w art. 22 ust. 2 Pzp polega na tym, iż o jego uzyskanie mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy prowadzący działalność o wskazanym przez Zamawiającego, społecznie istotnym profilu (w tym przypadku zakład pracy chronionej lub podmiot, którego głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych). Niedozwolone jest obejście przepisów o zamówieniu zastrzeżonym w ten sposób – że tworzone jest konsorcjum, którego tylko jeden członek jest podmiotem prowadzącym działalność o profilu społecznym, a pozostali członkowie (i do tego realizujący zasadniczą część zamówienia) nie są podmiotami o takim charakterze. Takie działanie wykonawców powoduje, że nie zostaje zachowany cel przepisu art. 22 ust. 2 Pzp.

Powyższe zagadnienie było przedmiotem analizy Krajowej Izba Odwoławczej – uchwała KIO z dnia 8 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO/KD 67/17. Przedmiotem uchwały jest kwestia tego, czy zamówienie zastrzeżone mogło uzyskać konsorcjum, w której tylko jeden z konsorcjantów

prowadził działalność aktywizującą. W postępowaniu, którego dotyczy uchwała, zamawiający bowiem uznał, że tak.

Organ kontrolujący wskazał, że taka ocena jakiej dokonał zamawiający nie jest prawidłowa – zamawiający winien dokonać ścisłej wykładni przepisu art. 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający czyni zastrzeżenie w celu umożliwienia udziału w postępowaniu wyłącznie wykonawcom, którzy prowadzą działalność aktywizującą grupy społecznie marginalizowane. Celem jest aktywizacja określonych grup społecznych w wyniku realizacji danego zamówienia. Dopuszczenie natomiast do zamówienia podmiotów, które tego zastrzeżenia nie spełniają – czy to w formie konsorcjum czy innej formy wspólnego ubiegania się o zamówienie – prowadziłyby do obejścia ww. przepisu ustawy. Jak wskazuje Prezes Urzędu Zamówień Publicznych: *„W konsekwencji spełnienie przez jednego z konsorcjantów zastrzeżenia, o którym mowa w art. 22 ust. 2 i 2a ustawy Pzp, odmiennie niż np. w przypadku dysponowania określoną wiedzą i doświadczeniem, nie będzie automatycznie powodowało spełnienia zastrzeżenia przez całe konsorcjum. W konsekwencji, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia spełnią zastrzeżenie, o którym mowa w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, tylko w przypadku, gdy wykażą, że ponad 30% zatrudnianych przez każdego z nich pracowników stanowią osoby należące do jednej lub więcej kategorii, o których mowa w ust. 2 art. 22. Zawiązanie konsorcjum nie może bowiem stanowić drogi do obejścia przepisu ustawy, w ten sposób, aby dopuścić do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy w ogóle nie zatrudniają pracowników należących do ww. kategorii, a np. zamierzają jedynie korzystać z potencjału podmiotu trzeciego dysponującego wymaganym profilem zatrudnienia.”* W konsekwencji zamawiający był zobowiązany do wykluczenia z udziału w postępowaniu tego wykonawcy.

Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych: *„[...] W treści SIWZ zamawiający sam wyraźnie wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, których działalność, lub działalność ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych. Nadto, ww. postanowieniu zamawiający nadał odrębny charakter umieszczając je w ostatnim podpunkcie punktu 5 SIWZ, po wcześniejszych postanowieniach dotyczących określenia poszczególnych warunków udziału w postępowaniu, wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia, polegania na zasobach innych podmiotów oraz podwykonawstwa.”* Zatem każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zobowiązany był samodzielnie spełniać wymóg zatrudnienia osób, o których mowa w art. 22 ust. 2 pkt 3 ustawy na poziomie 40%.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych idzie dalej w swoich rozważaniach wskazując, że: *„nie ma możliwości spełnienia warunku dotyczącego zamówień zastrzeżonych także przez wykonawcę, który sam nie jest takim podmiotem, a korzysta z potencjału podmiotu trzeciego, który do takiej kategorii podmiotów należy, w celu umożliwienia złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Za taką wykładnią przemawia także treść art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, który wprost wskazuje, że wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Powyższy przepis odnosi się tylko do warunków udziału w postępowaniu*

określonych w art. 22 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 22 ust. 1b ustawy Pzp, nie przewiduje zatem powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego w zakresie wymagań odnoszących się do zamówień zastrzeżonych, określonych w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp”. Nadto Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podkreśla: „Z przepisu art. 22a ust. 1 ustawy Pzp wprost wynika, że zastosowanie tej instytucji (poleganie na zdolnościach innych podmiotów) dotyczy wyłącznie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej, a nie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 2 i 2a ustawy Pzp.”

Należy także odnieść się do orzecznictwa wydanego na podstawie uprzednio obowiązującego brzmienia art. 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (dla przypomnienia: „Zamawiający może zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, u których ponad 50% zatrudnionych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych lub właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego”). Na gruncie w/w brzmienia przepisu Izba również stała na stanowisku niemożności łącznego wykazania spełniania tego kryterium dostępowego:

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 30.10.2012 r., sygn. akt KIO 2249/12:

„1. Zawiązanie konsorcjum nie może stanowić drogi do obejścia przepisu p.z.p.

2. Skoro art. 22 ust. 2 p.z.p. daje zamawiającemu możliwość ograniczenia kręgu podmiotów mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia wyłącznie do wykonawców, u których ponad 50% zatrudnionych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne, to nie sposób uznać, że wykazanie takiego poziomu zatrudnienia u jednego z konsorcjantów byłoby wystarczające dla spełnienia tego warunku przez całe konsorcjum”.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20.10.2012 r., sygn. akt KIO 2255/12:

„Zawiązanie konsorcjum nie może stanowić drogi do obejścia przepisu p.z.p., w ten sposób, aby dopuścić do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy w ogóle nie zatrudniają pracowników niepełnosprawnych (a zamierzają np. jedynie korzystać z potencjału podmiotu trzeciego mającego status zakładu pracy chronionej). Na gruncie przepisu art. 22 ust. 2 p.z.p. nie znajdują zastosowania zasady dotyczące wykazania koniecznego do realizacji zamówienia zasobu kadrowego przez możliwość skorzystania z potencjału podmiotu trzeciego.“

Powyższe potwierdza także opinia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (źródło: [https://www.uzp.gov.pl/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0025/26548/Opinia-prawna-Udzielanie-zamowien-zastrzezonych.pdf](https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0025/26548/Opinia-prawna-Udzielanie-zamowien-zastrzezonych.pdf)), z której wynika, co następuje:

Dyspozycja art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, w którym ustawodawca wprowadził możliwość ograniczenia dostępu do zamówienia publicznego wyłącznie do wykonawców, u których ponad 50% zatrudnionych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne rodzi konieczność jego ścisłej wykładni. Takie brzmienie przepisu wymaga, aby w toku oceny oferty konsorcjum nie doszło do obejścia przepisu, którego celem było wzmocnienie pozycji tych podmiotów, które stwarzają miejsca pracy dla osób niepełnosprawnych w ilości znaczącej dla danego przedsiębiorstwa. W konsekwencji spełnienie przez jednego z konsorcjantów warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, odmiennie niż np. w przypadku dysponowania określoną wiedzą i doświadczeniem nie będzie automatycznie powodowało spełnienia warunku przez całe konsorcjum. W



*konsekwencji, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia spełnią warunek, o którym mowa w art. 22 ust. 2 Pzp, tylko w przypadku, gdy wykażą, że ponad 50% zatrudnianych przez każdego z nich pracowników stanowią osoby niepełnosprawne. Zawiązanie konsorcjum nie może bowiem stanowić drogi do obejścia przepisu ustawy, w ten sposób, aby dopuścić do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy w ogóle nie zatrudniają pracowników niepełnosprawnych, a np. zamierzają jedynie korzystać z potencjału podmiotu trzeciego mającego status zakładu pracy chronionej (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 października 2012 r., sygn. KIO 2249/12).*

Prezes UZP podkreśla, że nie należy utożsamiać zastrzeżenia zamówienia, o którym mowa w art. 22 ust. 2 Pzp, z warunkiem udziału w postępowaniu.

W konsekwencji powyższego, sankcji za niespełnienie tego warunku należy upatrywać w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, który przewiduje odrzucenie oferty, której treść nie odpowiada SIWZ, względnie w art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, który przewiduje odrzucenie oferty niezgodnej z ustawą. Z daleko posuniętej ostrożności Odwoływający wskazują, iż sankcją za brak spełnienia wymogów postawionych przez zamawiającego wykonawcą w związku z prowadzeniem postępowania o zamówienie zastrzeżone – może być art. 24 ust. 1 pkt 12 – wykluczenie wykonawcy wobec niespełnienia wymogu określonego w art. 22 ust. 2 Pzp i SIWZ.

#### **4) Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp**

Konsorcjum Ever zaoferowało wykonanie usługi transportu posiłków i innego transportu w ramach przedmiotowego zamówienia bez doliczenia do ceny stawki VAT, powołując się na skorzystanie ze zwolnienia od podatku (por. Oferta Konsorcjum Ever, formularz cenowy na podstawie załącznika nr 3 do SIWZ: Lp. 3, poz. lit. b) i c).

Ustawa o podatku od towarów i usług nie przewiduje zwolnienia od zastosowania stawki podstawowej, tj. 23% w odniesieniu do powyższych usług.

Jak stwierdził Sąd Najwyższy w uchwale 20.10.2011 r. (III CZP 53/11, LEX nr 1808525): „Dla oceny, że doszło do wystąpienia błędu w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp nie ma znaczenia, czy przyjęcie nieprawidłowej stawki podatku VAT, było zachowaniem zamierzonym przez wykonawcę, czy też nie miało takiego charakteru. Nawet bowiem w sytuacji, w której obliczenie w ofercie ceny, dokonane z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT, nie było elementem świadomej manipulacji ze strony wykonawcy zmierzającego takim, nagannym sposobem, do uzyskania zamówienia publicznego, a tylko rezultatem błędnej interpretacji przepisów określających stawki tego podatku, to i tak nie uchyla to wystąpienia błędu w obliczeniu ceny. Wystąpienie błędu, o którym stanowi art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp, oceniać należy w kategoriach obiektywnych, a więc niezależnych od zawinienia czy motywów zachowania wykonawcy przy kształtowaniu treści oferty. Ustawowy obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny zakłada wolę ustawodawcy zapewnienia stanu porównywalności ofert, z uwzględnieniem reguł uczciwej konkurencji”.



W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 1.02.2016 r. (KIO 80/16, LEX nr 1979727) stwierdzono: „*Odwołujący dokonał nie błędnego działania arytmetycznego, tylko w sposób niewłaściwy wyliczył kwotę brutto od kwoty netto, stosując jak sam przyznał, stawkę 8% VAT zamiast prawidłowej 23% VAT*”.

Z powyższych słusznych orzeczeń wynika, że błąd w zakresie stawki VAT prowadzi do dotknięcia całej oferty błędami w obliczeniu ceny, co zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, znajduje konsekwencje w odrzuceniu takiej oferty.

Wobec powyższego wnoszę, jak na wstępie.

W załączeniu:

1. odpis aktualny z KRS Naprzód Hospital sp. z o.o.;
2. odpis aktualny z KRS Naprzód Service sp. z o.o.;
3. dowód uiszczenia wpisu;
4. pełnomocnictwo udzielone przez Naprzód Hospital sp. z o.o.;
5. pełnomocnictwo udzielone przez Naprzód Service sp. z o.o.;
6. potwierdzenie przesłania odwołania Zamawiającemu;
7. oświadczenie Pani Ewy Grzelak,
8. dokumenty print screen.