

Łódź, dnia 26 kwietnia 2024 roku

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

Zamawiający: **Centrum Zdrowia Mazowska Zachodniego spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w siedzibą w Żyrardowie**
ul. Limanowskiego 30, 96-300 Żyrardów
KRS: 0000390318
tel.: (46) 855-20-11; fax: (46) 855-35-27
e-mail: zamowienia@szpitalzyrardow.pl
strona internetowa: www.czmz,szpitalzyrardow.pl
adres platformy zakupowej: <https://platformazakupowa.pl/pn/czmz>

Odwołujący: **CATERMED spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**
z siedzibą w Łodzi
ul. Traktorowa 126 lok. 201, 91-204 Łódź
KRS: 0000914373
Tel. +48 426405777
FAX: +48 422572816
e-mail: przetargi@rekeep.pl

reprezentowana przez pracownika – Ludwikę Mospinek
adres do doręczeń – jak adres Odwołującego

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego na podstawie art. 359 pkt 1 oraz w zw. z art. 132 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. - zwanej dalej „P.z.p.”) pn. „Usługi przygotowania i dostarczania posiłków do CZMZ”, ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 4 marca 2024 roku pod numerem: 130036-2004, numer postępowania: CZMZ/2500/2/2024.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego – CATERMED sp. z o.o. – na podstawie art. 505 ust. 1 P.z.p. w zw. z art. 513 pkt 1 i 2) P.z.p.:

I. wnoszę odwołanie na:

- 1)** zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy, tj.:
 - a. zaniechanie odrzucenia ofert DANWAS Sp. z o.o. (dalej jako „Wykonawca 1”) – jako niezgodnej z przepisami ustawy;
 - b. zaniechanie wezwania konsorcjum firm: Prima Sort sp. z o.o. oraz Mały Smakosz sp. z o.o. (dalej jako Wykonawca 2) do przedłożenia pełnomocnictwa dla Lidera Konsorcjum;
- 2)** niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego podjętą w postępowaniu, tj. wybór oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej;

II. Zarzucam Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 3) P.z.p. w zw. z art. 63 ust. 1 P.z.p. w zw. z art. 78¹ § 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 P.z.p. w zw. 3 pkt 12 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 uchylającym dyrektywę 1999/93/WE (Dz.Urz. UE L 257, s. 73 – zwanego dalej „rozporządzenie eIDAS”) poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Wykonawcy 1 jako niezgodnej z przepisami ustawy, tj. z uwagi na podpisanie jej zaawansowanym podpisem elektronicznym, a nie wymaganym kwalifikowanym podpisem elektronicznym, co skutkowało wyborem jako najkorzystniejszej oferty, która powinna podlegać odrzuceniu;
 - 2) art. 128 ust. 1 P.z.p. w zw. z art. 8 P.z.p. w zw. z art. 99 § 1 kodeksu cywilnego w zw. w zw. z art. 78¹ § 1 kodeksu cywilnego w zw. 3 pkt 12 rozporządzenie eIDAS poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy 2 do złożenia pełnomocnictwa udzielonego przez Partnera konsorcjum – Mały Smakosz sp. z o.o. – dla Lidera Konsorcjum – Prima Sort sp. z o.o. podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym;
- III. Wobec powyższego wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
 - 2) odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3) P.z.p. w zw. z art. 63 ust. 1 P.z.p. – w związku z zarzutem nr 1;
 - 3) wezwania Wykonawcy 2 do złożenia pełnomocnictwa udzielonego przez Partnera konsorcjum – Mały Smakosz sp. z o.o. – dla Lidera Konsorcjum – Prima Sort sp. z o.o. podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym – w związku z zarzutem nr 2;
 - 4) dokonania czynności ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.
- IV. Wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie przez Izbę dowodów z :
- 1) elektronicznego poświadczenia weryfikacji (EPW) wygenerowane w dniu 22 kwietnia 2024 (identyfikator weryfikacji: fb5059cae83382361b89640124d56a08967d660debf617ad0c666ca1d33e516 – w celu wykazania faktu:
 - a. zweryfikowania przez Odwołującego pliku oferty złożonej przez Wykonawcę 1 przy użyciu usługi weryfikacji podpisu przy użyciu zgodne z rozporządzenie eIDAS systemu do weryfikacji podpisów elektronicznych,
 - b. złożenia przez Wykonawcę 1 oferty podpisanej zaawansowanym podpisem, nie będącym kwalifikowanym podpisem elektronicznym;
 - 2) opinii biegłego do spraw informatyki (ze specjalizacją w zakresie podpisów cyfrowych) – w celu:
 - a. przeprowadzenia badania pliku zawierającego ofertę Wykonawcy 1 (o nazwie o nazwie „Zał. Nr 2 di 28.48 SWZ – formularz oferta usługi a podpisany (1).pdf);
 - b. przeprowadzenia weryfikacji (walidacji) podpisu elektronicznego złożonego przez przedstawiciela Wykonawcy 1 Daniela Zielińskiego;
 - c. wykazania faktu, że użyty przez przedstawiciela Wykonawcy 1 Daniela Zielińskiego podpis elektroniczny nie jest kwalifikowanym podpisem elektronicznym w rozumieniu przepisów rozporządzenia eIDAS.

Oświadczam, iż Odwołujący posiada interes faktyczny i prawny we wniesieniu odwołania. Zamawiający przewidział zastosowanie procedury, o której mowa w art. 139 ust. 1 P.z.p. (tzw. procedura odwrócona), co oznacza, że Zamawiający nie dokonał jeszcze kwalifikacji podmiotowej pozostałych wykonawców. Zatem niezależnie od faktu, że oferta Odwołującego została sklasyfikowana na trzecim miejscu, Odwołujący ma potencjalną możliwość uzyskania zamówienia. W przypadku uwzględnienia odwołania, Zamawiający

będzie musiał zbadać, czy wykonawca sklasyfikowany na drugim miejscu w rankingu ofert, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Uzasadnienie

W dniu 4 marca 2024 roku Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 359 pkt 1 P.z.p. oraz w zw. z art. 132 P.z.p. Jak wskazał Zamawiający w rozdziale III punkt 2 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”), szacunkowa wartość zamówienia przekracza kwotę stanowiącą próg unijny dla zamówień, o których mowa w art. 359 ust. 1.

Wobec powyższego oferta powinna zostać złożona – zgodnie z art. 63 ust. 1 P.z.p. – w formie elektronicznej. Przez formę elektroniczną należy – zgodnie z art. 78¹ § 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 P.z.p. – sporządzenie oferty w postaci elektronicznej i opatrzenie jej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W konsekwencji Zamawiający słusznie wskazał w rozdziale XIII punkt 6 SWZ Zamawiający poinformował, że *„ofertę, w tym Jednolity Europejski Dokument Zamówienia, sporządza się pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej (podpisanej kwalifikowanym podpisem elektronicznym).”*

Pojęcie kwalifikowanego podpisu elektronicznego zostało zdefiniowane w rozporządzeniu 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 uchylającym dyrektywę 1999/93/WE (Dz.Urz. UE L 257, s. 73 – zwanego dalej „rozporządzenie eIDAS”). Zgodnie z art. 3 pkt 12 rozporządzenia eIDAS kwalifikowany podpis elektroniczny oznacza zaawansowany podpis elektroniczny, który jest składany za pomocą kwalifikowanego urządzenia do składania podpisu elektronicznego i który opiera się na kwalifikowanym certyfikacie podpisu elektronicznego. Z kolei art. 3 pkt 11 rozporządzenia eIDAS definiuje zaawansowany podpis elektroniczny jako podpis elektroniczny, który spełnia wymogi określone w art. 26 rozporządzenia eIDAS. Zgodnie z art. 26 rozporządzenia eIDAS zaawansowany podpis elektroniczny musi spełniać następujące wymogi:

- a) jest unikalnie przyporządkowany podpisującemu;
- b) umożliwia ustalenie tożsamości podpisującego;
- c) jest składany przy użyciu danych służących do składania podpisu elektronicznego, których podpisujący może, z dużą dozą pewności, użyć pod wyłączną swoją kontrolą; oraz
- d) jest powiązany z danymi podpisanymi w taki sposób, że każda późniejsza zmiana danych jest rozpoznawalna.

Jak wynika z powyższych przepisów rozporządzenie eIDAS odróżnia zaawansowany podpis elektroniczny od kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Zaawansowany podpis elektroniczny może być podpisem kwalifikowanym, gdy poza wymaganiami określonymi w art. 26 rozporządzenia eIDAS spełnia dodatkowe wymagania, tj. jest składany za pomocą kwalifikowanego urządzenia do składania podpisu elektronicznego i opiera się na kwalifikowanym certyfikacie podpisu elektronicznego.

Kwalifikowany certyfikat podpisu elektronicznego został zdefiniowany w art. 3 pkt 15 rozporządzenia eIDAS jako certyfikat podpisu elektronicznego, który jest wydawany przez kwalifikowanego dostawcę usług zaufania i spełnia wymagania określonego w załączniku I do rozporządzenia eIDAS. Zgodnie z art. 3 pkt 20 rozporządzenia eIDAS kwalifikowanym dostawcą usług zaufania jest dostawca usług zaufania, który świadczy przynajmniej jedną kwalifikowaną usługę zaufania i któremu status kwalifikowany nadał organ nadzoru.

Zgodnie z Załącznikiem nr I do rozporządzenia eIDAS kwalifikowane certyfikaty podpisów elektronicznych zawierają następujące informacje:

- a) wskazanie - co najmniej w postaci pozwalającej na automatyczne przetwarzanie - że dany certyfikat został wydany jako kwalifikowany certyfikat podpisu elektronicznego;
- b) zestaw danych jednoznacznie reprezentujących kwalifikowanego dostawcę usług zaufania wydającego kwalifikowane certyfikaty, obejmujący co najmniej państwo członkowskie, w którym dostawca ma siedzibę, oraz
 - w odniesieniu do osoby prawnej: nazwę i, w stosownym przypadku, numer rejestrowy zgodnie z oficjalnym rejestrem,
 - w odniesieniu do osoby fizycznej: imię i nazwisko tej osoby;
- c) co najmniej imię i nazwisko podpisującego lub jego pseudonim; jeżeli używany jest pseudonim, fakt ten jest jasno wskazany;
- d) dane służące do walidacji podpisu elektronicznego, które odpowiadają danym służącym do składania podpisu elektronicznego;
- e) dane dotyczące początku i końca okresu ważności certyfikatu;
- f) kod identyfikacyjny certyfikatu, który musi być niepowtarzalny dla kwalifikowanego dostawcy usług zaufania;
- g) zaawansowany podpis elektroniczny lub zaawansowaną pieczęć elektroniczną wydającego kwalifikowanego dostawcy usług zaufania;
- h) miejsce, w którym nieodpłatnie dostępny jest certyfikat towarzyszący zaawansowanemu podpisowi elektronicznemu lub zaawansowanej pieczęci elektronicznej, o których mowa w lit. g);
- i) miejsce usług, z którego można skorzystać w celu złożenia zapytania o status ważności kwalifikowanego certyfikatu;
- j) w przypadku gdy dane służące do składania podpisu elektronicznego powiązane z danymi służącymi do walidacji podpisu elektronicznego znajdują się w kwalifikowanym urządzeniu do składania podpisu elektronicznego, odpowiednie wskazanie tego faktu co najmniej w postaci pozwalającej na automatyczne przetwarzanie.

Podkreślić należy, że każdy kwalifikowany podpis elektroniczny jest zaawansowanym podpisem elektronicznym, ale nie każdy zaawansowany podpis elektroniczny jest kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Na rynku funkcjonują dostawcy, którzy oferują jednocześnie zaawansowane podpisy elektroniczne, jak i kwalifikowane podpisy elektroniczne. Jednak moc prawną, o której mowa w art. 78¹ § 1 k.c. mają jedynie te podpisy, które oparte są na kwalifikowanym certyfikacie podpisu elektronicznego. Jeśli certyfikat nie jest kwalifikowany, oznacza to, że nie spełnia wymagań określonych w załączniku nr I do rozporządzenia eIDAS. Wówczas podpis nie zapewnia takich gwarancji bezpieczeństwa, jak kwalifikowany podpis elektroniczny.

Zarzut 1.

Oferta Wykonawcy 1 została podpisana zaawansowanym podpisem elektronicznym, nie będącym kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

W dniu 22 kwietnia 2024 roku Odwołujący dokonał weryfikacji podpisu złożonego pod plikiem o nazwie „Załącznik Nr 2 di 28.48 SWZ – formularz oferta usługi a podpisany (1).pdf”.

Weryfikacji dokonano przy użyciu systemu do weryfikacji podpisów elektronicznych, który jest zgodny z rozporządzeniem eIDAS. Raport z weryfikacji wskazuje, że oferta Wykonawcy została podpisana w dniu 7 kwietnia 2024 roku przez Daniela Zielińskiego (Prezesa Zarządu Wykonawcy) zaawansowanym podpisem elektronicznym, ale nie kwalifikowanym. Użyty przez Wykonawcę podpis nie został oparty na kwalifikowanym certyfikacie, ponieważ wystawcą certyfikatu jest CenCert QTSP CA, Enigma Systemu Ochrony Informacji Sp. z o.o., który nie jest kwalifikowanym dostawcą usług zaufania (dostawcą niezaufanym). Certyfikat tego wystawcy nie znajduje się na liście TSL.

Dowód: elektroniczne poświadczenie weryfikacji (EPW) wygenerowane w dniu 22 kwietnia 2024 (identyfikator weryfikacji: fb5059cae83382361b89640124d56a08967d660debf617ad0c666ca1d33e516 ; opinia biegłego z zakresu informatyki.

Oferta podpisana podpisem innym niż kwalifikowany podpis elektroniczny jest nieważna oraz niezgodna z przepisami ustawy P.z.p., a tym samym podlega odrzuceniu.

Zarzut 2.

Oferta Wykonawcy 2 została podpisana przez Lidera Konsorcjum – Prima Sort sp. z o.o. – kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Jednak pełnomocnictwo udzielone przez Partnera konsorcjum – Mały Smakosz sp. z o.o. – zostało podpisane podpisem zaufanym.

Podkreślenia wymaga, że z art. 99 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 P.z.p., skoro oferta miała być podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym, to również pełnomocnictwo do jej podpisania powinno być podpisane takim podpisem. O obowiązku podpisania pełnomocnictwa kwalifikowanym podpisem elektronicznym przypomniał Zamawiający w rozdziale XI punkt 1 SWZ.

Wobec powyższego Zamawiający winien był wezwać Wykonawcę 2 do przedłożenia prawidłowo podpisanego pełnomocnictwa.

Załączniki:

1. aktualny wydruk informacji z Krajowego Rejestru Sądowego Odwołującego;
2. pełnomocnictwo;
3. dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;
4. potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania;
5. elektroniczne poświadczenie weryfikacji (EPW) wygenerowane w dniu 22 kwietnia 2024 (identyfikator weryfikacji: fb5059cae83382361b89640124d56a08967d660debf617ad0c666ca1d33e516);
6. potwierdzenie wysłania kopii odwołania Zamawiającemu.