Sygn. akt: KIO 2611/18

WYROK
z dnia 4 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Przemysław Dzierzędzki
Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 stycznia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 grudnia 2018 r. przez wykonawcę **Suntar sp. z o.o. w Tarnowie**
w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Obsługi Administracji Rządowej z siedzibą w Warszawie**
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Galaxy Systemy Informatyczne sp. z o.o. w Zielonej Górze,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.**oddala odwołanie,**
2.kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Suntar sp. z o.o. w Tarnowie** i:
2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Suntar sp. z o.o. w Tarnowie** tytułem wpisu od odwołania,
2.2.zasądza od wykonawcy **Suntar sp. z o.o. w Tarnowie** na rzecz **Centrum Obsługi Administracji Rządowej z siedzibą w Warszawie** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 2611/18

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Centrum Obsługi Administracji Rządowej z siedzibą w Warszawie działające w imieniu i na rzecz Głównego Urzędu Nadzoru Budowlanego w Warszawie, Ministerstwa Infrastruktury w Warszawie, Ministerstwa Rolnictwa i Rozwoju Wsi w Warszawie, Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, Głównego Inspektoratu Sanitarnego w Warszawie, Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego w Warszawie, Głównego Inspektora Transportu Drogowego w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986), zwanej dalej „ustawą Pzp", którego przedmiotem jest „sukcesywna dostawa komputerów stacjonarnych, komputerów przenośnych i tabletów na potrzeby jednostek administracji państwowej".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 26 października 2018 r., nr 2018/S 207-471994.

10 grudnia 2018 r. zamawiający przesłał wykonawcy Suntar sp. z o.o. w Tarnowie, zwanemu dalej „odwołującym", zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego w części I i III postępowania.

Wobec:
1)czynności odrzucenia swej oferty,
2)zaniechania czynności wyboru swej oferty jako najkorzystniejszej,
odwołujący wniósł 20 grudnia 2018 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
1)art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na niezasadne przyjęcie, że treść oferty jest niezgodna z ustawą,
2)art. 10 a ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 78 k.c. z uwagi na niezasadne przyjęcie, że oferta odwołującego nie została złożona w postaci elektronicznej z kwalifikowanym podpisem elektronicznym a tym samym jej treść jest niezgodna z ustawą,
3)art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;
4)w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z prowadzeniem postępowania sprzecznie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przez nieuprawnione niekorzystne traktowanie odwołującego, którego oferta nie powinna zostać odrzucona.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:
1)unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego w części I i III postępowania,
2)powtórzenia czynności badania i oceny ofert w części I i III, w tym oferty odwołującego jako oferty niepodlegającej odrzuceniu, a w konsekwencji wybór oferty odwołującego w części I i III jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że uzasadniając odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego, zamawiający podał, iż wykonawca mimo upływu terminu składania ofert nie złożył oferty w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem elektronicznym. W ocenie zamawiającego oferta wykonawcy nie została złożona prawidłowo, gdyż dokument zamieszczony na platformie stanowi kopię oryginalnej oferty w formie pisemnej, poświadczoną za zgodność z oryginałem w formie elektronicznej. Oferta w postaci elektronicznej nie została złożona.

Według odwołującego stanowisko zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie i narusza wskazane w petitum przepisy prawa, w tym w szczególności przepisy Pzp. Odwołujący wywiódł, że stosownie do art. 10 a ust. 5 ustawy Pzp - oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenia, w tym JEDZ, sporządza się pod rygorem ich nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Bezpieczny podpis elektroniczny weryfikowany za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu w rozumieniu ustawy z 18.09.2001 r. o podpisie elektronicznym (Dz.U. z 2013 r. poz. 262 ze zm.) jest kwalifikowanym podpisem elektronicznym w rozumieniu ustawy z 5.09.2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej. W rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 roku w spawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych doprecyzowano, że ich przekazanie następuje za pomocą środków komunikacji elektronicznej, których użycie zapewnia co najmniej:
•spełnienie wymagań przewidzianych dla systemu informatycznego w rozumieniu przepisów o świadczeniu usług drogą elektroniczną,
•identyfikację podmiotów przekazujących np. oferty,
•ustalenie dokładnego czasu i daty odbioru ofert,

•ochronę przed dostępem do ich treści przed upływem wyznaczonych terminów ich otwarcia.

Zdaniem odwołującego dokumenty elektroniczne przekazywane zatem powinny być za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej, natomiast sporządzane w jednym z formatów danych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 18 ustawy z 17.02.2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne. Zamawiający, określając dopuszczalne formaty danych, w jakich mogą zostać przedłożone dokumenty, korzysta z katalogu formatów wskazanych w załączniku nr 2 do rozporządzenia Rady Ministrów z 12.04.2012 r. w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych.

Odwołujący wskazał, że zamawiający w rozdziale X „Opis sposobu przygotowania oferty" zamieścił wymogi, zgodnie z którymi:

1.Wykonawca składa ofertę w formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy pod adresem https://zamowienia.gov.pl.

2.Oferta powinna być sporządzona w formie elektronicznej podpisanej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę uprawnioną i w języku polskim, pod rygorem nieważności.

9.Wykonawca zobowiązany jest złożyć za pośrednictwem Platformy, podpisane przez osoby uprawnione kwalifikowanym podpisem elektronicznym, następujące dokumenty:

1)Formularz oferty wraz z formularzem cenowym - Załącznik nr 3 do SIWZ,

2)Specyfikacja techniczna (odpowiednio dla danej części, na którą składa ofertę) - Załącznik nr 4 do SIWZ.

Jednocześnie w rozdziale III SIWZ zamawiający wskazał, że:

3.Komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami, w tym wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje, przekazywane są w formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy w zakładce „Pytania/Informacje". Za datę wpływu oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji przyjmuje się datę ich zamieszczenia na Platformę.

8.Zamawiający zgodnie z §3 ust. 3 Rozporządzenia, określa dopuszczalne formaty przesyłanych danych tj. pliki o wielkości do 50 MB w formatach: .pdf.

Odwołujący wywiódł, że oferta złożona przez niego spełnia wszelkie wymagania formalne, w tym również te dotyczące formy i sposobu jej złożenia. Skoro wykonawca elektronicznie, za pomocą platformy złożył ofertę, która w formacie pdf została podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym to nie ma podstaw do przyjęcia, że oferta została złożona z naruszeniem cytowanych na wstępie przepisów prawa. Tym samym oferta została sporządzona w postaci elektronicznej oraz opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Wszystkie warunki wymagane zatem przez ustawę zostały spełnione. Niezrozumiałym jest zatem stanowisko zamawiającego, że oferta jest sprzeczna z przepisami ustawy i nie została sporządzona w wymaganej prawem formie.

Odwołując się do treści art. 78^1 § 1 k.c. odwołujący wskazał, że do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Wszystkie te wymagania zostały w spełnione. Oferta została sporządzona i przesłana w wersji elektronicznej stanowiąc tym samym dokument elektroniczny. Nie może zmieniać tej oceny fakt, iż znajduje się na niej podpis członka zarządu.

Odwołujący odwołał się do definicji dokumentu elektronicznego zawartej w art. 3 pkt 2 ustawy z 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne - jest to stanowiący odrębną całość znaczeniową zbiór danych uporządkowanych w określonej strukturze wewnętrznej i zapisany na informatycznym nośniku danych. Wszystkie te wymogi dokumentu elektronicznego spełnia oferta odwołującego.

Odwołujący wskazał także, że zamawiający argumentując swoje stanowisko odwołał się do § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 roku w spawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych. Zdaniem odwołującego przepis ten w żaden sposób nie potwierdza słuszności stanowiska zamawiającego a wręcz przeciwnie. Odwołujący argumentował, że przyjmując punkt widzenia zamawiającego, należałoby odpowiedzieć na pytanie w jakiej formie zdaniem zamawiającego została sporządzona oferta? Czy jest to zwykła forma pisemna? Według odwołującego niewątpliwie nie. Oświadczenie woli zostało przekazane w postaci elektronicznej i podpisane jest nie własnoręcznie ale za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Jeśli zatem wykluczymy z oczywistych względów zwykłą formę pisemną musimy przyjąć, że oferta została sporządzona w formie elektronicznej a tym samym jest zgodna z przepisami prawa. Oznacza to, że zamawiający odrzucając ofertę wykonawcy naruszył art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 10 a ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 78 k.c.

W konsekwencji powyżej opisane naruszenia przepisów Pzp doprowadziły ostatecznie również do naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Jak wynika z informacji podanej przez zamawiającego oferta odwołującego, gdyby nie została bezpodstawnie odrzucona, powinna zostać wybrana w postępowaniu jako najkorzystniejsza. Gdy tymczasem została bezpodstawnie odrzucona i tą czynnością zamawiający pozbawił wykonawcę możliwości wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, co z kolei wyraźnie prowadzi również do naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł także, że działania i zaniechania zamawiającego przedstawione powyżej stanowią dowód na fakt, że postępowanie było prowadzone w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji a tym samym zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp bowiem w aktualnym stanie rzeczy zamówienie zostanie udzielone wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Galaxy Systemy Informatyczne sp. z o.o. w Zielonej Górze, zwany dalej „przystępującym". Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), informację z otwarcia ofert, ofertę odwołującego, zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego z 10 grudnia 2018 r., odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę Galaxy Systemy Informatyczne sp. z o.o. w Zielonej Górze uznając, że zostały

spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, w tym przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Oferta odwołującego została odrzucona w części I i III, zaś – w świetle kryteriów oceny ofert – mogła być wybrana jako najkorzystniejsza w tych częściach. Odwołujący domagał się unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty w ww. częściach. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp odrzucił ofertę odwołującego w ww. częściach, skutkować będzie koniecznością nakazania zamawiającemu unieważnienia ww. czynności, czego efektem może być uzyskanie zamówienia przez odwołującego w części I i III. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że zamawiający wszczął i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest sukcesywna dostawa komputerów stacjonarnych, komputerów przenośnych i tabletów na potrzeby jednostek administracji państwowej.

Ustalono także, że zamawiający w rozdziale III SIWZ (sposób komunikacji) wskazał, że:

2. Postępowanie prowadzone jest w języku polskim w formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy Zakupowej (dalej jako „Platforma") pod adresem: www.zamowienia.gov.pl.

3. Komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami, w tym wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje, przekazywane są w formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy w zakładce „Pytania/Informacje". Za datę wpływu oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji przyjmuje się datę ich zamieszczenia na Platformę.

6. Zamawiający zgodnie z §4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r.(Dz.U. 2017 poz. 1320) w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępnienia i przechowywania dokumentów elektronicznych (zwane dalej „Rozporządzeniem") określa dopuszczalny format kwalifikowanego podpisu elektronicznego jako:

- dokumenty w formacie „pdf" zaleca się podpisywać formatem PAdES,

- dopuszcza się podpisanie dokumentów w formacie innym niż „pdf", wtedy należy użyć formatu XAdES.

8. *Zamawiający zgodnie z §3 ust. 3 Rozporządzenia, określa dopuszczalne formaty przesyłanych danych tj. pliki o wielkości do 50 MB w formatach: .pdf*

Ustalono również, że zamawiający w rozdziale IX SIWZ (wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy) przewidział, iż:

12. *Oświadczenia dotyczące Wykonawcy / Wykonawców składających ofertę wspólną i innych podmiotów, na których zdolnościach lub sytuacji polega Wykonawca na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp, składane są w oryginale (dokument podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę uprawnioną). Dokumenty inne niż oświadczenia składane są w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem (podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osoby uprawnione lub posiadające stosowne pełnomocnictwo).*

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający w rozdziale X SIWZ (opis sposobu przygotowania oferty) wskazał, iż

1. Wykonawca składa ofertę w formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy pod adresem https://zamowienia.gov.pl.

2. Oferta powinna być sporządzona w formie elektronicznej podpisanej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę uprawnioną i w języku polskim, pod rygorem nieważności.

9. *Wykonawca zobowiązany jest złożyć za pośrednictwem Platformy, podpisane przez osoby uprawnione kwalifikowanym podpisem elektronicznym, następujące dokumenty:*

1) Formularz oferty wraz z formularzem cenowym - Załącznik nr 3 do SIWZ,

2) Specyfikacja techniczna (odpowiednio dla danej części, na którą składa ofertę) - Załącznik nr 4 do SIWZ.

W dalszej kolejności ustalono, że do upływu terminu składania ofert swoją ofertę na część I i III zamówienia złożył m.in. odwołujący. Oferta odwołującego została złożona za pośrednictwem platformy określonej w SIWZ. Ofertę złożono w ten sposób, że odwołujący przesłał zamawiającemu plik zatytułowany „oferta coar" w formacie pdf. Na plik ten składały się zeskanowane następujące dokumenty:

a)wypełniony formularz ofertowy,
b)wypełniony formularz cenowy,
c)wypełniony załącznik nr 4 do SIWZ – specyfikacja techniczna,
d)potwierdzenia wykonanej operacji wpłacenia wadium w systemach bankowości internetowej,
e)Informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców odwołującego,
f)dokumenty, które miały potwierdzać, ze zaoferowane dostawy odpowiadają wymaganiom zamawiającego określonym w SIWZ, tzw. dokumenty przedmiotowe.

Na skanach formularza ofertowego, cenowego i specyfikacji technicznej znajdował się zeskanowany podpis własnoręczny prezesa zarządu odwołującego - pana Zbigniewa Cicha. Na skanach pozostałych dokumentów znajdowała się zeskanowana adnotacja „za zgodność z oryginałem" wraz z zeskanowanym podpisem własnoręcznym prezesa zarządu odwołującego.

Ustalono ponadto, że plik pdf został podpisany elektronicznie przez pana Zbigniewa Cicha – prezesa zarządu odwołującego.

W dalszej kolejności ustalono, że 10 grudnia 2018 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty w części I i III zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, jako sprzecznej z ustawą. W uzasadnieniu swej czynności zamawiający wskazał, że:

Wykonawca do upływu terminu na składanie ofert za pośrednictwem Platformy zakupowej zamieścił plik opisany przez niego jako „oferta". Plik zawierał ostemplowany, podpisany odręcznie przez osobę uprawnioną do reprezentacji spółki wypełniony Formularz Oferty, zeskanowany do pliku pdf. Plik ten został opatrzony podpisem elektronicznym przez Prezesa Zarządu z uwidocznionym stemplem graficznym.

W ocenie Zamawiającego oferta Wykonawcy nie została złożona prawidłowo, gdyż dokument zamieszczony na Platformie stanowi kopię oryginalnej oferty w formie pisemnej, poświadczoną za zgodność z oryginałem w formie elektronicznej. Oferta w postaci elektronicznej, opatrzonej podpisem elektronicznym nie została przez Wykonawcę złożona.

Zgodnie z art. 66 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1025), dalej jako „Kc" oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Jednocześnie mając na uwadze treść art. 78 Kc oraz art. 78¹ Kc wskazać należy, iż ustawodawca dokonał wyraźnego rozróżnienia czynności prawnej w zależności od formy jej dokonania. Wobec powyższego, w przypadku formy pisemnej

wymagane jest złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli, zaś dla zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wymagane jest złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Kodeks cywilny wyraźnie rozróżnia wymogi formalne w zakresie oferty w formie tradycyjnej - pisemnej od oferty sporządzonej w formie elektronicznej. Wskazać przy tym należy, iż Ustawodawca nie przewidział dodatkowej możliwości scalania tych dwóch, odrębnych form w kolejny byt prawny, uznając go tym samym za niedopuszczalny.

Jednocześnie zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 1320 ze zm.), dalej jako „rozporządzenie", które reguluje zasady poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów przesłanych w formie elektronicznej w § 5 ust. 2 wskazano, iż „w przypadku przekazywania przez wykonawcę elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia, opatrzenie jej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wykonawcę albo odpowiednio przez podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca na zasadach określonych w art. 22a ustawy, albo przez podwykonawcę jest równoznaczne z poświadczeniem elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia za zgodność z oryginałem." Elektroniczną kopią dokumentu jest zatem dokument, którego oryginał istnieje w formie pisemnej, zaś jego kopia została zapisana na informatycznym nośniku danych np. w formie skanu.

Mając na uwadze powyższe, przekazanie skanu oferty sporządzonej i podpisanej w formie tradycyjnej w świetle ww. przepisu, nie może zostać uznane przez Zamawiającego za złożenie oferty w formie przewidzianej w art. 78¹ Kc tj. w zgodzie z przepisami ustawy Pzp oraz aktów wykonawczych. Oferta złożona przez Wykonawcę SUNTAR Sp. z o.o. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jako niezgodna z nią.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 10 a ust. 5 ustawy 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.*

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą.*

Stosownie do § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych z dnia 27 czerwca 2017 r. (Dz. U. z 2017 r. poz. 1320 z późn. zm.)

1. Jeżeli oryginał dokumentu lub oświadczenia, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, lub inne dokumenty lub oświadczenia składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie zostały sporządzone w postaci dokumentu elektronicznego, wykonawca może sporządzić i przekazać elektroniczną kopię posiadanego dokumentu lub oświadczenia.

2. W przypadku przekazywania przez wykonawcę elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia, opatrzenie jej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wykonawcę albo odpowiednio przez podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca na zasadach określonych w art. 22a ustawy, albo przez podwykonawcę jest równoznaczne z poświadczeniem elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia za zgodność z oryginałem.

Nie znalazły potwierdzenia zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Spór pomiędzy stronami dotyczył formy, w jakiej została sporządzona oferta złożona przez odwołującego. Odwołujący utrzymywał, że sporządził swą ofertę w oryginale w prawidłowej formie elektronicznej. Zamawiający natomiast utrzymywał, że oferta odwołującego została sporządzona w formie kopii oryginalnej oferty sporządzonej uprzednio w formie pisemnej, która została jedynie poświadczona elektronicznie za zgodność z oryginałem.

Stan faktyczny nie był sporny między stronami. Nie ulegało wątpliwości, że odwołujący złożył zamawiającemu plik zatytułowany „oferta coar" w formacie pdf. Na plik ten składały się zeskanowane następujące dokumenty:

a)wypełniony formularz ofertowy,
b)wypełniony formularz cenowy,
c)wypełniony załącznik nr 4 do SIWZ – specyfikacja techniczna,
d)potwierdzenia wykonanej operacji wpłacenia wadium w systemach bankowości internetowej,
e)Informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców odwołującego,
f)dokumenty, które miały potwierdzać, ze zaoferowane dostawy odpowiadają wymaganiom zamawiającego określonym w SIWZ, tzw. dokumenty przedmiotowe.

Podkreślenia wymagało, że na skanach formularza ofertowego, cenowego i specyfikacji technicznej znajdował się zeskanowany podpis własnoręczny prezesa zarządu odwołującego - pana Zbigniewa Cicha. Na skanach pozostałych dokumentów znajdowała się zeskanowana adnotacja „za zgodność z oryginałem" wraz z zeskanowanym podpisem własnoręcznym prezesa zarządu odwołującego. Ustalono ponadto, że plik pdf został podpisany elektronicznie przez pana Zbigniewa Cicha – prezesa zarządu odwołującego.

Zdaniem Izby, w tej sytuacji zamawiający prawidłowo ocenił, że tak sporządzona i złożona oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jako sprzeczna z ustawą. Zgodnie ze znajdującym zastosowanie w sprawie przepisem art. 10a ust. 5 ustawy Pzp, *oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oświadczenie o którym mowa w art. 25a, w tym jednolity dokument sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje kwalifikowanym podpisem.* Na wstępie dostrzec należało, że odwołujący w odwołaniu błędnie przywołał poprzednie brzmienie tego przepisu, sprzed wejścia w życie ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych z 20 lipca 2018 r. (Dz. U. z 2018 r. poz. 1603), co miało miejsce 18 października 2018 r.

Podkreślenia wymagało, że - jak wynika z przywołanego przepisu - dla zachowania prawidłowej formy oferty nie wystarcza opatrzenie dokumentu w postaci elektronicznej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Ustawodawca wyraźnie wskazał także, że istotnym jest aby oferta została „sporządzona" w postaci elektronicznej. Słowo „sporządzenie" niewątpliwie należy odróżnić od słowa „złożenie". Zdaniem Izby pojęcie „sporządzenie" należy utożsamiać z wytworzeniem, powstaniem oświadczenia. Istotna jest zatem także pierwotna postać oferty.

Na takie rozumienie wskazują także przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych z 27 czerwca 2017 r. Co warte podkreślenia, również w tym akcie prawnym normodawca akcentuje znamię „sporządzenia". W § 5 tego aktu prawnego czytamy, że:

1. Jeżeli oryginał dokumentu lub oświadczenia, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, lub inne dokumenty lub oświadczenia składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie zostały sporządzone w postaci dokumentu elektronicznego, wykonawca może sporządzić i przekazać elektroniczną kopię posiadanego dokumentu lub oświadczenia.

2. W przypadku przekazywania przez wykonawcę elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia, opatrzenie jej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wykonawcę albo odpowiednio przez podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca na zasadach określonych w art. 22a ustawy, albo przez podwykonawcę jest równoznaczne z poświadczeniem elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia za zgodność z oryginałem.

Z przywołanego przepisu wynika, że wersję elektroniczną dokumentu, który pierwotnie został sporządzony w innej formie niż elektroniczna, normodawca określa mianem „elektronicznej kopii posiadanego dokumentu". Powyższej kwalifikacji nie zmienia opatrzenie tak stworzonej elektronicznej kopii kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Normodawca przesądził bowiem w ust. 2 przywołanego przepisu, że podpis ten należy traktować wyłącznie jako poświadczenie elektronicznej kopii dokumentu za zgodność z oryginałem. Na konieczność traktowania zeskanowanego dokumentu pisemnego jako elektronicznej kopii wskazują także zapisy uzasadnień do projektów aktów wykonawczych do ustawy Pzp.

W uzasadnieniu do projektu rozporządzenia o zmianie rozporządzenia w sprawie środków komunikacji elektronicznej czytamy, że *Projektowane brzmienie § 5 ust. 1 i 2 jest przede wszystkim konsekwencją zmodyfikowanego (z dniem 18 października 2018 r.) brzmienia art. 10a ust. 5 ustawy Pzp, z którego będzie jednoznacznie wynikało, że nie wszystkie oświadczenia składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia muszą być sporządzane, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatrywane kwalifikowanym podpisem elektronicznym, ale jedynie te oświadczenia, o których mowa w art. 25a ustawy Pzp, w tym jednolity europejski dokument zamówienia.*

Mając na względzie powyższe, projektuje się, aby nie tylko dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, ale i oświadczenia, które nie zostały oryginalnie sporządzone w postaci dokumentu elektronicznego, ale w postaci dokumentu papierowego opatrzonego własnoręcznym podpisem, mogły być składane jako elektroniczna kopia takiego dokumentu lub oświadczenia, potwierdzona za zgodność z oryginałem kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Należy przy tym wyjaśnić, że pod pojęciem „elektronicznej kopii takiego oświadczenia lub dokumentu" będzie rozumiane wykonanie elektronicznego odwzorowania oryginalnego oświadczenia lub dokumentu sporządzonego pierwotnie w postaci papierowej, czyli skan oświadczenia lub dokumentu papierowego.

Również w uzasadnieniu do projektu rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej czytamy, że *Pojęcie „elektroniczna kopia dokumentu" występuje w polskim systemie prawa – posługuje się nim Kodeks postępowania administracyjnego w art. 220 § 3 i w takim rozumieniu posługuje się nim projektowane rozporządzenie. A zatem przez elektroniczną kopię dokumentu należy rozumieć nie tylko każde, niezależnie od sposobu utrwalenia, powielenie całości treści dokumentu elektronicznego (w ślad za definicją legalną z rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 14 września 2011 r. w sprawie sporządzania i doręczania dokumentów elektronicznych oraz udostępniania formularzy, wzorów i kopii dokumentów elektronicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 971, z późn. zm.)), ale również wykonanie elektronicznego odwzorowania dokumentu papierowego, czyli skan dokumentu papierowego.*

Wreszcie w uzasadnieniu do projektu Rozporządzenia Ministra Przedsiębiorczości i Technologii zmieniającego rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego czytamy, że *Projektuje się zatem, aby nie tylko dokumenty, o których mowa w rozporządzeniu, ale i oświadczenia, które nie zostały oryginalnie sporządzone w postaci dokumentu elektronicznego, ale w postaci dokumentu papierowego opatrzonego własnoręcznym podpisem, mogły być składane jako elektroniczna kopia takiego dokumentu lub oświadczenia, potwierdzona za zgodność z oryginałem kwalifikowanym podpisem elektronicznym (vide: projektowany § 14 ust. 4 zdanie pierwsze). Zatem w praktyce będzie to elektroniczne odwzorowanie oryginalnego oświadczenia lub dokumentu sporządzonego pierwotnie w postaci papierowej, czyli skan oświadczenia lub dokumentu papierowego, a następnie potwierdzenie za zgodność z oryginałem przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego.*

Jak wynika z powyższego, normodawca wielokrotnie i konsekwentnie nazywał skan dokumentu stworzonego pierwotnie w formie pisemnej „elektroniczną kopią", zaś złożony na tej kopii podpis – poświadczeniem kopii „za zgodność z oryginałem".

Powyższe prowadziło do jednoznacznego wniosku, że sporządzona przez odwołującego elektroniczna kopia oferty nie była jej oryginałem. Istniała bowiem w naturze i w posiadaniu odwołującego oryginalna oferta sporządzona w wersji pisemnej i opatrzona własnoręcznym podpisem prezesa zarządu odwołującego. Nie można było przy tym utrzymywać, że stworzenie oferty w postaci papierowej i podpisanie jej własnoręcznym podpisem prezesa zarządu odwołującego było jakimś etapem „tworzenia" oferty w formie dokumentu elektronicznego. Uszło uwadze odwołującego, że popisanie podpisem tradycyjnym (własnoręcznym) nie jest bowiem wymaganym elementem powstawania dokumentu w formie elektronicznej, skoro musi być on podpisany podpisem elektronicznym, a nie własnoręcznym.

W trakcie rozprawy odwołujący podniósł, że jedynie w przypadku skanów dokumentów pochodzących od innych podmiotów opatrzenie ich podpisem elektronicznym wykonawcy należy rozumieć jako poświadczenie kopii elektronicznej za zgodność z oryginałem. Zdaniem Izby nic takiego nie wynikało z przywołanych przepisów, a także uzasadnień do projektów aktów wykonawczych do ustawy Pzp, które należało traktować jako swego rodzaj wyraz wykładni autentycznej normodawcy. Na uwagę zasługiwał fakt, że w regulacjach tych prawodawca nakazywał uznawać podpis elektroniczny na sporządzonej kopii elektronicznej za poświadczenie dokumentu za zgodność, nie uzależniając tej kwalifikacji od tego, czy oryginalny dokument pochodził od wykonawcy, czy innego podmiotu.

Podkreślenia wymagało w tym miejscu, że ustawodawca w art. 10a ust. 5 ustawy Pzp przesądził, że oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oświadczenia z art. 25 a, w tym jednolity dokument muszą być „sporządzone" w postaci elektronicznej. Analiza tego przepisu prowadzi do wniosku, że dokumenty i oświadczenia wymienione w tym przepisie, a więc i oferta nie mogą być sporządzone w formie elektronicznej kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem. Sporządzenie oferty w formie sprzecznej z ustawą Pzp należało uznać za niezgodność oferty z ustawą, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, co skutkowało koniecznością jej odrzucenia na tej podstawie.

Podzielono w tej sprawie stanowisko prezentowane także w piśmiennictwie. *W sytuacji, gdy – zgodnie z art. 10a ust. 5 PrZamPubl – oświadczenia mają być sporządzane (a nie tylko doręczane) w postaci elektronicznej, podpisanej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, to taką postać dokumentu należy uznać za postać oryginalną. Jak wprost wynika z przepisu, oświadczenie – czy samego wykonawcy czy innego podmiotu – musi zostać sporządzone w formie elektronicznej. Nie będzie uznany za oryginał dokument zawierający np. skan dokumentu uprzednio sporządzonego w wersji papierowej. Taki skan, nawet gdyby został opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym, byłby jedynie kopią oryginalnego dokumentu. Oryginał miałby bowiem w dalszym ciągu postać papierową (pisemną).* (Marzena Jaworska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Komentarz do art. 10a Pzp, Wydawnictwo C.H.Beck, Warszawa 2018 , Wydanie 1, ,Legalis 11187289).

W analizowanej sprawie podzielono także stanowisko prezentowane przez Urząd Zamówień Publicznych, który na swej stronie zaprezentował przykładowe zapisy SIZ dotyczące porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami.

Wśród tych zapisów znalazł się m.in. następujący: *Oferta/wniosek powinna/powinien być sporządzona/sporządzony w języku polskim, z zachowaniem postaci elektronicznej w formacie danych…… i podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Sposób złożenia oferty/wniosku, w tym zaszyfrowania oferty opisany został w Regulaminie korzystania z miniPortal. Ofertę/wniosek należy złożyć w oryginale. Zamawiający nie dopuszcza możliwości złożenia skanu oferty/wniosku opatrzonej/opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym.*
https://www.uzp.gov.pl/aktualnosci/przykladowe-zapisy-siwz-dotyczace-porozumiewania-sie-zamawiajacych-z-wykonawcami-przy-uzyciu-srodkow-komunikacji-elektronicznej-z-wykorzystaniem-miniportalu

Kierując się powyższymi rozważaniami należało dojść do przekonania, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia oddalenia. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania, co ze wskazanych wcześniej względów nie miało miejsca w analizowanej sprawie.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.*

W niniejszej sprawie odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosił odwołujący. Kosztami postępowania obciążono zatem odwołującego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b 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:……