Sygn. akt KIO 119/19

WYROK

z dnia 8 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Anna Osiecka

Katarzyna Odrzywolska

Marzena Ordysińska

Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 lutego 2019 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 stycznia 2019 r. przez wykonawcę **Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym
przez zamawiającego **PGE Energia Ciepła S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Amlux Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.**Oddala odwołanie**.
2.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** i:
2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza od wykonawcy **Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**
na rzecz zamawiającego **PGE Energia Ciepła S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę
3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

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

Przewodniczący:……

……

……

Sygn. akt KIO 119/19

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

PGE Energia Ciepła S.A. PGE Toruń S.A., PGE Paliwa Sp. z o. o., Zespół Elektrociepłowni Wrocławskich KOGENERACJA S.A., Elektrociepłownia Zielona Góra S.A. prowadzący postępowanie PGE Energia Ciepła S.A z siedzibą w Warszawie, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Usługi utrzymania czystości w obiektach i pomieszczeniach administracyjnych PGE Energia Ciepła S.A., PGE Toruń S.A., PGE Paliwa Sp. z o. o., Zespół Elektrociepłowni Wrocławskich KOGENERACJA S.A., Elektrociepłownia Zielona Góra S.A.* w podziale na części. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 września 2018 r. pod numerem 2018/S 179-406843.

W dniu 25 stycznia 2019 r. wykonawca Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie w zakresie części nr I oraz nr VIII zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy

Pzp;

2.art. 10a ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 78 Kodeksu cywilnego z uwagi na niezasadne przyjęcie, że oferty wybranego wykonawcy zostały złożone w postaci elektronicznej z kwalifikowanym podpisem elektronicznym;

3.art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 78 Kodeksu cywilnego poprzez zaniechanie ich zastosowania i nieodrzucenie oferty wybranego wykonawcy, pomimo że oferta wybranego wykonawcy jest nieważna i niezgodna z przepisami ustawy Pzp, gdyż została złożona bez zachowania postaci elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym;

4.art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieuzasadniony i bezpodstawny wybór jako najkorzystniejszej oferty w zakresie części nr I oraz nr VIII złożonej przez wykonawcę Amlux Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu w zakresie części nr I oraz nr VIII zamówienia: unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Amlux Sp. z o.o.; powtórzenia czynności badania i oceny ofert; nakazania odrzucenia ofert złożonych przez Amlux Sp. z o.o. jako ofert złożonych bez zachowania wymaganej formy tj. bez zachowania formy elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym; wyboru jako najkorzystniejszych w postępowaniu w ww. częściach, niepodlegających odrzuceniu ofert z najniższą ceną złożonych przez wykonawcę niewykluczonego z udziału w postępowaniu, tj. ofert Odwołującego.

Odwołujący wskazywał, że wybrane oferty nie zostały złożone w oryginale zgodnie z wymogami dotyczącymi formy elektronicznej, ale w kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem. Format i edycja ofert przedłożonych przez wybranego wykonawcę świadczą o tym, że zostały one wydrukowane, podpisane w zwykłej formie pisemnej, a następnie zeskanowane i podpisane elektronicznie. Tym samym oferta - oświadczenie woli o zobowiązaniu do określonego świadczenia - została potwierdzona elektronicznie, a nie podpisana elektronicznie, zgodnie z wymogami odpowiadającymi formie elektronicznej. Pierwotne oświadczenie ofertowe zostało złożone w zwykłej formie pisemnej, a następnie skopiowane i w kopii poświadczonej przy pomocy podpisu elektronicznego przedstawione Zamawiającemu.

Odwołujący podnosił, że forma ta jest niedopuszczalna zgodnie z ustawą Pzp. Złożenie oferty w niewłaściwej formie skutkuje jej nieważnością z mocy prawa. Oferta złożona bez zachowania rygorów co do formy powinna zostać odrzucona, jako niezgodna z ustawa Pzp oraz nieważna. W myśl art. 10a ust. 5 ustawy Pzp oferty, w tym jednolity dokument, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Wobec powyższego ww. oferty powinny zostać odrzucone jako niezgodne z ustawą Pzp, gdyż zostały sporządzone bez zachowanie wymaganej pod rygorem nieważności formy. Oferta Odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący zaznaczał, że przedstawione przez niego stanowisko, znajduje potwierdzenie w wyroku KIO z dnia 4 stycznia 2019 r. sygn. akt 2611/18.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Amlux Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej „Przystępujący", wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Pismem z dnia 4 lutego 2019 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożonej przez Przystępującego, informacji Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu oraz odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 5 lutego 2019 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia są usługi utrzymania czystości w obiektach i pomieszczeniach administracyjnych PGE Energia Ciepła S.A., PGE Toruń S.A., PGE Paliwa Sp. z o. o., Zespół Elektrociepłowni Wrocławskich KOGENERACJA S.A., Elektrociepłownia Zielona Góra S.A.

Zgodnie z pkt 9 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej „SIWZ":

9.1. W postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami, w szczególności składanie ofert, oraz oświadczeń, w tym Oświadczenia Wstępnego odbywa się wyłącznie przy użyciu środków komunikacji elektronicznej tj. portalu zakupowego eB2B: https://pgeenergiaciepla.eb2b.com.pl/ (dalej zwany Portalem Zakupowym).

9.2. Wymagania sprzętowo-aplikacyjne do pracy na Portalu Zakupowym: Komputer PC lub MAC ze stałym dostępem do sieci Internet o gwarantowanej przepustowości nie mniejszej niż 1 Mb/s, zainstalowana dowolna przeglądarka internetowa, w najnowszej wersji.

9.3. [Skreślono].

9.4. Wykonawca jest zobligowany do zarejestrowania się na Portalu Zakupowym, co umożliwia mu uzyskanie statusu użytkownika posiadającego unikalny login i hasło dostępowe do Portalu Zakupowego. Czynność rejestracji jest jednorazowa i umożliwia dostęp do wszystkich otwartych postępowań przetargowych prowadzonych przez Zamawiającego.

9.5. Korzystanie z Portalu Zakupowego dla Wykonawców jest bezpłatne.

9.6. Oferty, oświadczenia, w tym Oświadczenie Wstępne, sporządza się pod rygorem nieważności w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym. (...)

9.11. Oświadczenia, o których mowa w SIWZ mogą być składane przez Wykonawcę oraz przez Podwykonawców w oryginale w formie elektronicznej.

9.12. Dokumenty, o których mowa w SIWZ, inne niż oświadczenia, o których mowa powyżej w pkt 9.11. niniejszej IDW, należy złożyć w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem w formie elektronicznej. Podpisanie dokumentu kwalifikowanym podpisem elektronicznym jest równoznaczne z poświadczeniem dokumentu za zgodność z oryginałem.

Dalej, zgodnie z pkt 12 SIWZ:

12.1. Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę.

12.1.1. Zamówienie podzielone jest na 9 części.

12.1.2. Ofertę można składać odnośnie jednej lub wszystkich części zadania.

12.2. Oferta musi być zabezpieczona wadium.

12.3. Ofertę stanowi wypełniony Formularz 2.1.„Oferta".

12.4. Wraz z ofertą muszą być złożone:

1) Formularz cenowy dla wybranej przez Wykonawcę CZĘŚCI , zgodnie z Formularzem 2.4.

2) Oświadczenie Wstępne wymagane postanowieniami pkt 6.1. niniejszej IDW, oraz – jeżeli dotyczy – Oświadczenie Wstępne podwykonawców stosownie do pkt 6.3. oraz 7.7-9. niniejszej IDW;

3) Pełnomocnictwo, z którego wynika prawo do podpisania oferty, oświadczenia wstępnego, względnie do podpisania innych dokumentów składanych wraz z ofertą w imieniu Wykonawcy, chyba, że uprawnienie to wynika bezpośrednio z właściwego rejestru, a zamawiający może je uzyskać w szczególności za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne Dz.U. z 2014 poz. 1114 oraz z 2016 poz. 352), a Wykonawca wskazał to wraz ze złożeniem oferty;

4) Pełnomocnictwo do reprezentowania wszystkich Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, ewentualnie umowa o współdziałaniu, z której będzie wynikać przedmiotowe pełnomocnictwo. Pełnomocnik może być ustanowiony do reprezentowania Wykonawców w postępowaniu albo do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy. Pełnomocnictwo winno być załączone w formie oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii (jeżeli dotyczy);

5) W przypadku złożenia wadium w formie pieniężnej, kopia dowodu wpłaty winna zostać dołączona do oferty. W przypadku złożenia wadium w innej formie niż pieniężna, oryginał dowodu wniesienia wadium musi zostać dostarczony przed upływem terminu składania ofert do DPZ na adres:

M. W.

PGE Energia Ciepła S.A. Oddział nr 2 CUW w Krakowie

Departament Zakupów

ul. Ciepłownicza 1

31-587 Kraków

w kopercie oznaczonej numerem i nazwą postępowania, a kopia potwierdzona za zgodność z oryginałem powinna zostać załączona do oferty. Gwarancja lub poręczenie, jeśli wadium wnoszone jest w innej formie niż pieniądz powinno zostać wystawione na:

PGE Energia Ciepła S.A.,

00 – 120 Warszawa ul. Złota 59.

4) Zobowiązanie, o którym mowa w pkt 7.6. niniejszej IDW, o ile dotyczy.

5) W przypadku zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa – wyjaśnienie, o którym mowa w pkt. 11.9.

12.5. Oferta powinna być podpisana przez osobę upoważnioną do reprezentowania Wykonawcy, zgodnie z formą reprezentacji Wykonawcy określoną w rejestrze lub innym dokumencie, właściwym dla danej formy organizacyjnej Wykonawcy albo przez upełnomocnionego przedstawiciela Wykonawcy.

12.6. Oferta oraz pozostałe oświadczenia i dokumenty, dla których Zamawiający określił wzory w formie formularzy zamieszczonych w Rozdziale 2 i w Rozdziale 3 Części I SIWZ, powinny być sporządzone zgodnie z tymi wzorami, co do treści oraz opisu kolumn i wierszy.

12.7. Oferta powinna być sporządzona w języku polskim, z zachowaniem formy elektronicznej pod rygorem nieważności. Każdy dokument składający się na ofertę powinien być czytelny.

W niniejszym postępowaniu w zakresie Części nr I oferty złożyli:

1. Lider Konsorcjum — DGP CLEAN PARTNER Sp. z o.o. ul. Najświętszej Marii Panny 5E, 59- 220 Legnica, Członkowie Konsorcjum: DGP PROVIDER Sp. z o.o. Aleja Niepodległości 775/2, 81-805 Sopot, SEBAN Sp. z o.o. ul. Jesionowa 9A, 40-159 Katowice, 7MG Sp. z o.o. ul. Najświętszej Marii Panny 14 59-220 Legnica na kwotę: brutto 3 231 906,04 zł.
2. IMPEL FACILITY SERVICE Sp. z o.o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław na kwotę brutto: 2 865 641,34 zł
3. AMLUX Sp. z o.o. ul. Grójecka 77, 02-094 Warszawa na kwotę brutto: 2 793 575,61 zł.
4. F.W. JOTMEX 2 T. M. ul. Praska7A, 30-328 Kraków na kwotę brutto: 5 339 204,60 zł.

W zakresie Części nr VIII oferty złożyli:

1. Lider Konsorcjum — DGP CLEAN PARTNER Sp. z o.o. ul. Najświętszej Marii Panny SE, 59- 220 Legnica, Członkowie Konsorcjum: DGP PROVIDER Sp. z o.o. Aleja Niepodległości 775/2, 81-805 Sopot, SEBAN Sp. z o.o. ul. Jesionowa 9A, 40-159 Katowice, 7MG Sp. z o.o. ul. Najświętszej Marii Panny 14 59-220 Legnica na kwotę brutto: 1 039 913,30 zł
2. IMPEL FACILITY SERVICE Sp. z o.o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław na kwotę brutto: 1 007 986,55 zł.
3. ROKA PLUS Sp. z o.o. Polna 14, 97-300 Piotrków Trybunalski na kwotę brutto: 750 464,30 zł.
4. AMLUX Sp. z o.o. ul. Grójecka 77, 02-094 Warszawa na kwotę brutto: 783 812,38 zł.

Dnia 18 stycznia 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o odrzuceniu ofert konsorcjum DGP CLEAN PARTNER i wykonawcy ROKA PLUS Sp. z o.o. oraz o wyborze oferty wykonawcy Amlux Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w zakresie części nr I oraz nr VIII.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego
z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną
w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wybranego wykonawcy, pomimo że oferta wybranego wykonawcy jest nieważna i niezgodna z przepisami ustawy Pzp, gdyż została złożona bez zachowania postaci elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym Izba ustaliła, co następuje. Wykonawca Amlux Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie złożył ofertę w formie pliku w formacie pdf, który został opatrzony podpisem elektronicznym wystawionym na rzecz p. Z. E. J. . Na ww. plik składały się zeskanowane następujące dokumenty: wypełniony formularz ofertowy podpisany własnoręcznie przez p. K. J., wypełniony jednolity europejski dokument zamówienia podpisany własnoręcznie przez p. K. J., formularze cenowe podpisane własnoręcznie przez p. K. J., pełnomocnictwa dla p. K. J., p.

Z. J. oraz p. M. K., na których znajdowała się zeskanowana adnotacja „za zgodność z oryginałem" wraz z podpisem własnoręcznym Pani K. J. oraz gwarancje wadialne, na których znajdowała się zeskanowana adnotacja „za zgodność z oryginałem" wraz z podpisem własnoręcznym Pani K. J. . Nadto, w kolejnych plikach w formacie pdfznajdowały się m.in. pełnomocnictwa do reprezentowania w postępowaniu dla p. K. J., p. Z. J. oraz p. M. K., udzielone przez wiceprezesa zarządu spółki – p. W. S., podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

W ocenie Izby w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający prawidłowo uznał, że tak sporządzona oferta nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Na wstępie należy zauważyć, że ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 września 2018 r. Zatem zgodnie z art. 3 ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. zmieniającej ustawę Prawo zamówień publicznych oraz ustawę o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2018 r. poz. 1603) *Do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursów wszczętych i niezakończonych przed dniem 18 października 2018 r. stosuje się przepisy ustawy zmienianej w art. 1, w brzmieniu dotychczasowym*. Stosownie zaś do art. 2 ust. 2 ww. ustawy *w ustawie z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1020, 1579 i 1920) wprowadza się następujące zmiany w art. 18 wprowadzenie do wyliczenia otrzymuje brzmienie: „W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez innych zamawiających niż centralny zamawiający, których wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy zmienianej w art. 1, wszczętych i niezakończonych przed dniem 18 października 2018 r., a w przypadku postępowań prowadzonych przez centralnego zamawiającego, przed dniem 18 kwietnia 2017 r.:*".

Oznacza to, że Zamawiający w niniejszym stanie faktycznym stosował następujące brzmienie art. 18 ust. 4 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1020, 1579 i 1920): *W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez innych zamawiających niż centralny zamawiający, których wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy zmienianej w art. 1, wszczętych i niezakończonych przed dniem 18 października 2018 r., a w przypadku postępowań prowadzonych przez centralnego zamawiającego, przed dniem 18 kwietnia 2017 r. oferty i wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego składa się pod rygorem nieważności w formie pisemnej albo - za zgodą zamawiającego - w postaci elektronicznej, podpisane odpowiednio własnoręcznym podpisem albo kwalifikowanym podpisem elektronicznym.*

Na uwagę zasługuje również fakt, że zgodnie z §7 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1320) *Do postępowań o udzielenie zamówienia prowadzonych przez zamawiających innych niż centralny zamawiający, o którym mowa w art. 15b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, wszczętych w okresie od dnia wejścia w życie niniejszego rozporządzenia do dnia 17 października 2018 r., przepisów niniejszego rozporządzenia nie stosuje się, z wyjątkiem przepisów dotyczących składania oświadczenia, o którym mowa w art. 25a tej ustawy, w tym jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, które stosuje się od dnia 18 kwietnia 2018 r.*

W związku z powyższym cytowane przez Odwołującego uzasadnienie do wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 2611/18 nie odpowiada stanowi prawnemu obowiązującemu w postępowaniu, bowiem nie mają zastosowania m.in. przepisy ww. rozporządzenia. Również Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie powołał się w sposób dobrowolny na obowiązywanie ww. rozporządzenia w niniejszym postępowaniu. Nie sposób więc uznać, że ono obowiązywało, abstrahując już od faktu, że §5 cytowanego wyżej rozporządzenia, które akcentował Odwołujący w odwołaniu, dotyczy dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Postanowienia SIWZ nie zawierały również zastrzeżenia, że Zamawiający nie dopuszcza możliwości złożenia skanu oferty opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Dalej, Izba podnosi, że w niniejszym stanie faktycznym czynność wydruku, a następnie ponownego zeskanowania oferty nie przesądza o tym, iż dokument nie został sporządzony w postaci elektronicznej. 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 przepisów prawa. Oferta Przystępującego została sporządzona w postaci elektronicznej oraz opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Wszystkie warunki wymagane przez ustawodawcę zostały spełnione. Nadto, specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie określała katalogu formatów, a także nie odsyłała dobrowolnie do załącznika nr 2 do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 12 kwietnia 2012 r. w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 2247). Oznacza to, że wykonawcy w niniejszym postępowaniu mogli przygotować ofertę i załączyć ją w dowolnym wybranym przez siebie formacie, w tym w formacie pdf.

Należy także wskazać, że aktualnie ustawodawca w art. 10a ust. 5 ustawy Pzp posługuje się pojęciem „sporządzenia". W braku jednoznacznego zdefiniowania ww. pojęcia przez samego ustawodawcę pomocna przy określeniu interpretacji tego przepisu może być wykładnia funkcjonalna, polegająca na ustalaniu znaczenia przepisu w oparciu o przesłanki, które decydują o funkcji danego przepisu. W toku tej wykładni należy odwołać się do celu jaki ma spełnić przepis. Szczególnym rodzajem wykładni funkcjonalnej jest wykładnia celowościowa, odwołująca się do skutku, jaki zgodnie z zamierzeniem ustawodawcy ma osiągnąć interpretowana norma. Bez wątpienia celem elektronizacji zamówień było sprawne przeprowadzenie postępowań. Intencją ustawodawcy było ich uproszczenie przy zachowaniu minimum formalizmu niezbędnego dla zachowania zasady przejrzystości. Zgodnie z uzasadnieniem do ustawy zmieniającej ustawę Pzp z dnia 19 stycznia 2015 r. najważniejsze zmiany wprowadzane dyrektywami obejmują uproszczenie procedur udzielania zamówień publicznych i ich uelastycznienia, co przyniesie korzyści zarówno zamawiającym jak i wykonawcom, szczególnie małym i średnim przedsiębiorcom poprzez m.in. zmniejszenie obowiązków formalnych na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia, a także zapewnienia lepszego dostępu do rynku mniejszym podmiotom.

Należy również podkreślić pewną niekonsekwencję ustawodawcy, bowiem w art. 10a ust. 5 ustawy Pzp posługuje się sformułowaniem „sporządza się", natomiast już w art. 18 ust. 4 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Pzp oraz niektórych innych ustaw posługuje się sformułowaniem „składa się". Z kolei art. 36 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp wymaga, aby specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierała opis sposobu przygotowania ofert, a także miejsce oraz termin składania i otwarcia ofert. Równocześnie przykładowo art. 43 ustawy Pzp określa terminy składania ofert, z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty. W ocenie Izby w takiej sytuacji wąska interpretacja pojęcia „sporządza się" jest zbyt daleko idąca, bowiem sporządzenie może oznaczać także po prostu wprowadzenie do systemu, niezależnie od sposobu. Istotna jest intencja woli składającego podpis, treść oświadczenia woli oraz fakt, iż zostało ono sporządzone w wymaganej formie, to jest w postaci elektronicznej podpisanej podpisem kwalifikowanym. Zgodnie z art. 60 Kodeksu cywilnego wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie, które ujawnia tę wolę, w tym w postaci elektronicznej. Zważywszy zaś na art. 65 Kodeksu cywilnego oraz okoliczności złożenia oświadczenia woli, jakim jest oferta, Zamawiający słusznie uznał, iż intencją wykonawcy było złożenie ważnej, niepodlegającej odrzuceniu oferty, którą sporządzono w postaci elektronicznej.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wyjaśniał, że korzysta z platformy eB2B, a wykonawcy biorący udział w postępowaniu sporządzali oferty na tejże platformie. Podnosił, że „Każdy z wykonawców bezpośrednio na platformie po zalogowaniu wpisywał dane ofertowe (w niniejszym przypadku cent), które następnie są przenoszone do innych systemów Zamawiającego. Ta część oferty nie była podpisywana podpisem w żaden sposób. Wykonawcy po wpisaniu danych zatwierdzali ofertę poprzez przycisk „TAK". Ta forma wprowadzenia danych miała na celu uszeregowanie ofert przez oprogramowanie udostępnione przez platformę, gdyż jedynym kryterium oceny ofert była cena. W przypadku błędu lub różnic przyjmowana była wartość z podpisanej oferty stanowiącej załącznik." Zamawiający dalej wyjaśniał, że „następnie wykonawcy w zakładce „załączniki" pobierali na swój komputer ofertę przygotowaną przez Zamawiającego w formacie obsługiwanym przez program Word. Wykonawcy przygotowywali ofertę w dowolnej formie pliku, jednak takim, który umożliwiał podpisanie go podpisem kwalifikowanym. Sama czynność podpisu kwalifikowanego była wykonywana w oprogramowaniu komercyjnym jakie posiadają wykonawcy w zakresie obsługi podpisu kwalifikowanego. Następnie wykonawcy załączali pliki z ofertą na platformie. Tak przygotowany plik był szyfrowany i upubliczniany przez Zamawiającego po otwarciu ofert. Podsumowując wykonawcy składali ofertę w formie pliku. Nie wypełniali danych bezpośrednio na platformie i nie podpisywali oferty bezpośrednio na portalu, jak ma to miejsce dla przykładu na platformie Epuap, gdzie w taki sposób składane są dokumenty. Wykonawcy korzystali z dwóch zakładek „oferta" oraz „załączniki". Przy czym „załączniki" stanowiły wgrane pliki, które co do zasady winny być plikami podpisanymi kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W zakładce „oferta" wykonawcy w niniejszym postępowaniu wskazywali cenę."

Izba podziela argumentację Zamawiającego, że nie sposób przypisywać nieważności czynności prawnej złożenia oferty, a więc oświadczenia woli, na podstawie badania sposobu wprowadzania danych, czyli sposobu sporządzenia oferty, która została zakończona wtedy, kiedy dokument z formy papierowej został przeformatowany na wersję elektroniczną. Przystępujący podpisał plik kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W tym momencie czynność sporządzania została zakończona, a oferta w pliku pdf jest w formie elektronicznej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu również naruszenie art. 78 Kodeksu cywilnego z uwagi na niezasadne przyjęcie, że oferty wybranego wykonawcy zostały złożone w postaci elektronicznej z kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Wobec powyższego Izba rozpoznała postawiony zarzut na podstawie jego opisu zawartego w uzasadnieniu odwołania, nie zaś kwalifikacji prawnej dokonanej przez Odwołującego, zgodnie ze stanowiskiem Sądu Okręgowego w Gliwicach w wyroku z 29 czerwca 2009 r., sygn. akt X Ga 110/09, który stwierdził, iż o tym, jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu,
nie przesądza proponowana przez nią kwalifikacja prawna, ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę.

Uwzględniając powyższe w ocenie Izby nie doszło do naruszenia art. 78^1 Kodeksu cywilnego. Zamawiający prawidłowo dokonał oceny oferty Przystępującego.

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. Wszystkie te wymagania zostały przez wykonawcę Amlux Sp. z o.o. spełnione. Oferta została sporządzona i przesłana w wersji elektronicznej, stanowiąc tym samym dokument elektroniczny. Stosownie do definicji dokumentu elektronicznego sformułowanej w art. 3 pkt 35 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/V/E (Dz. U. UE Ł. z 2014 r. Nr 257. str. 73) za dokument elektroniczny należy uznać *każdą treść przechowywaną w postaci elektronicznej, w szczególności tekst lub nagranie dźwiękowe, wizualne lub audiowizualne* Zgodnie zaś z definicją dokumentu elektronicznego znajdującą się w art. 3 pkt 2 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r, o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. 2017 poz. 570 ze zm.) dokument elektroniczny to *stanowiący odrębną całość znaczeniową zbiór danych uporządkowanych w określonej strukturze wewnętrznej i zapisany na informatycznym nośniku danych.* Niewątpliwie wszystkie te wymogi dokumentu elektronicznego spełnia oferta Przystępującego. Nie może zmieniać tej oceny fakt, iż znajduje się na niej podpis elektroniczny p. Z. E. J., który nie był kwestionowany przez Odwołującego. Izba podziela pogląd wyrażony w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 24 sierpnia 2009 r. w sprawie o sygn. akt I PK 58/09, w którym sąd stwierdził, iż forma pisemna będzie zachowana, jeżeli treść oświadczenia woli, wytworzona w dowolny sposób, zostanie opatrzone własnoręcznym podpisem, podkreślając iż to czy treść jest sporządzona własnoręcznie, stanowi kopię, czy wydruk jest bez znaczenia. Analogicznie więc sposób sporządzenia dokumentu elektronicznego nie może przesądzić o tym czy ma on prawidłową formę (elektroniczną) czy też nie.

Należy również zauważyć, że oferta w formie papierowej została podpisana przez p. K. J., natomiast w formie pdf została opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez p. Z. E. J. . Zatem nie sposób uznać, iż doszło do scalenia dwóch form, gdyż podpisywały się dwie różne osoby. Zamawiający podnosił, że nie dysponuje własnoręcznym podpisem p. K. J., gdyż nie posiada formy papierowej oferty. Skoro zaś przepisy rozporządzenia w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej nie obowiązywały, nie istnieje podstawa prawna nadająca podpisowi p. Z. E. J. znaczenie poświadczania. Nadto, poświadcza się dokumenty, które zostały niejako wprowadzone do obrotu. Jeśli więc oferta Przystępującego stanowi jego oświadczenie woli, z którego treścią zapoznał się Zamawiający po dokonaniu czynności otwarcia ofert, to dokument ten dopiero w tym momencie został wprowadzony do obrotu. Nie można więc uznać za prawidłowe poświadczanie za zgodność oryginałem dokumentu, który nie został wprowadzony do obrotu.

Uwzględniając powyższe w ocenie Izby nie doszło do naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz zasad Prawa zamówień publicznych opisanych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający prawidłowo dokonał oceny i wyboru oferty wykonawcy Amlux Sp. z o.o., czym potwierdził, że równo traktuje wykonawców w postępowaniu. W zakresie naruszenia przez Zamawiającego zasady udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z art. 7 ust. 3, uwzględniając znaczenie zasad określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz racjonalność przepisów, zasada ta dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy, a więc w niniejszym stanie faktycznym nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego wskazanej zasady.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawa zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

Przewodniczący: ……

……

……