Sygn. akt: KIO 203/19

WYROK
z dnia 19 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:
Przewodniczący: Robert Skrzeszewski
Katarzyna Prowadzisz
Magdalena Rams
Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lutego 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lutego 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Balzola Polska sp. z o.o., Al. Jana Pawła II12, 00-124 Warszawa, Construcciones y Promociones Balzola S.A. i Av. Sabino Arana/20 3, 48013 Bilbao, Hiszpania w postępowaniu prowadzonym przezZamawiający: Polskie Koleje Państwowe S.A., Al. Jerozolimskie 142A, 02-305 Warszawa

przy udziale wykonawcy Torpol S.A., ul. Mogileńska 10G, 61-052 Poznań zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 203/19 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Balzola Polska sp. z o.o., Al. Jana Pawła II12, 00-124 Warszawa, Construcciones y Promociones Balzola S.A. i Av. Sabino Arana/20 3, 48013 Bilbao, Hiszpania i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Balzola Polska sp. z o.o., Al. Jana Pawła II12, 00-124 Warszawa, Construcciones y Promociones Balzola S.A. i Av. Sabino Arana/20 3, 48013 Bilbao, Hiszpania tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 203/19

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

Zamawiający: Polskie Koleje Państwowe S.A., Al. Jerozolimskie 142A, 02-305 Warszawa wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa dworca kolejowego Pomiechówek", nr KFZ/2018/WNP-009044/2.

W dniu 8 grudnia 2018 r. przedmiotowe zamówienie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2018/S.237- 540544. W tej samej dacie została opublikowana Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, zwana dalej SIWZ.

W dniu 28 stycznia 2019 r. Odwołujący: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Balzola Polska sp. z o.o., Al. Jana Pawła II12, 00-124 Warszawa, Construcciones y Promociones Balzola S.A. i Av. Sabino Arana/20 3, 48013 Bilbao, Hiszpania powziął informację o czynności odrzucenia jego oferty.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem Odwołujący w dniu 4 lutego 2019r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp czynności Zamawiającego w postępowaniu polegających na błędnym uznaniu przez Zamawiającego, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na niezłożenie jej zgodnie z zapisami SIWZ oraz PZP, czyli w oryginale w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, tylko w postaci kopii oryginalnej oferty w formie papierowej, poświadczonej za zgodność z oryginałem w formie, elektronicznej, podczas gdy oferta Odwołującego, zgodnie z zapisami SIWZ oraz

ustawy Pzp została sporządzona w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym i złożona w oryginale.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 78^1 kc oraz § 5 Rozporządzenia w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej poprzez_odrzucenie oferty Odwołującego, z uwagi na uznanie, że oferta Odwołującego stanowiła kopię oryginalnej oferty w formie papierowej poświadczoną za zgodność z oryginałem w formie elektronicznej, podczas gdy oferta Odwołującego została sporządzona w postaci elektronicznej i opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym i złożona w oryginale, a tym samym zgodnie z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp;

2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego, z uwagi na to, iż nie została ona złożona w formie określonej w SIWZ,podczas gdy dyspozycja art. 89 ust. 1.pkt 2 ustawy Pzp odnosi się jedynie do odrzucenia oferty, jeżeli treść oferty, nie zaś lei forma, nie odpowiada treści SIWZ, ewentualnie, w przypadku uznania, iż dyspozycja art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zawiera w sobie także niezgodność formy złożonej oferty z treścią SIWZ, poprzez uznanie iż stanowiła ona skan dokumentu (tj. oryginału oferty), który Odwołujący opatrzył kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a tym samym była sprzeczna z zapisami rozdziału XVI ust. 3, 21 i 23 SIWZ, podczas gdy oferta Odwołującego stanowi oryginał oferty sporządzonej w postaci elektronicznej i opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, nie zaś jej skan, a tym samym jest zgodna z zapisami rozdziału XVI ust. 3, 21 i 23 SIWZ.

W związku z powyższym, wnosił o:

1)merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego odwołania i jego uwzględnienie;

2)dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania oraz dowodów przywołanych W uzasadnieniu na okoliczności wskazane w niniejszym odwołaniu;

3)nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 pkt 2 ustawy Pzp;

4)zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, według norm przypisanych na podstawie przedłożonej faktury VAT.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający zawiadomił go o odrzuceniu jego oferty, z uwagi na złożenie jej niezgodnie z zapisami SIWZ oraz ustawą Pzp, gdzie Zamawiający powołał się na zapisy XVI ust 3 SIWZ wskazujące, na konieczność: złożenia oferty „w formie elektronicznej, podpisaną kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę uprawnioną, pod rygorem nieważności".

Ponadto, zauważył, że Zamawiający powołał się na uregulowania rozdziału XVI ust. 21 pkt 1 SIWZ, w, których zapisano, że wypełniony Formularz ofertowy wykonawca zobowiązany jest załączyć na-Platformie „w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę uprawnioną".

Zaznaczył również, że Zamawiający, w piśmie podkreślił również, iż w rozdziale XVI ust. 23 SIWZ zawarto zastrzeżenie, iż „Zamawiający nie dopuszcza; możliwości złożenia skanu dokumentów wskazanych w ust 21 opatrzonych kwalifikowanym podpisem elektronicznym".

Odwołujący wyjaśnił, że złożył za pośrednictwem Platformy plik „balzola_polska_spólka_z_ograniczona_odpowiedzialnoscia_formularz_ofertowy_626609" tj. wypełniony Formularz ofertowy, który stanowi plik w formacie „pdf" opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez p. P.S., a na formularzu ofertowym brak jest jakiegokolwiek odręcznego podpisu, bądź nawet maszynowego lub komputerowego tekstu wskazującego na osobę, która podpis ten miałaby złożyć.

Wskazał, że w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, iż plik ten w rzeczywistości stanowi kopię (skan) oryginalnej oferty w formie papierowej poświadczoną za zgodność z oryginałem w formie elektronicznej.

W tym zakresie Zamawiający powołał się na wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2019 r. (sygn. akt KIO 2611/18) podzielając zawartą tam argumentację, iż „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".

Ponadto, Zamawiający oparł swoje stanowisko również na zaleceniach Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych powołując się na opublikowane przez ten organ „Przykładowe zapisy SIWZ dotyczące porozumiewania się Zamawiających z Wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej z wykorzystaniem mini Portalu".

Zamawiający podkreślił, iż w dokumencie tym wprost wskazano przykład zapisu, iż „Ofertę/wniosek należy złożyć w oryginale. Zamawiający nie dopuszcza możliwości złożenia skanu oferty/wniosku opatrzonej/opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym".

Zgłaszając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 10a ust. 5 PZP w zw. z art. 78^1 kc oraz § 5 rozporządzenia w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej podniósł, że Zamawiający uzasadniając odrzucenie jego oferty z uwagi na jej nie złożenie zgodnie z ustawą Pzp, nie wskazał, z którymi konkretnie przepisami tej ustawy złożenie oferty przez Odwołującego nie pozostawało w zgodności.

Odwołujący podniósł, że w wyroku KIO 2611/18 Krajowa Izba Odwoławcza rozstrzygała w diametralnie innym stanie faktycznym niż ma to miejsce w niniejszej sprawie, bowiem w stanie faktycznym sprawy o sygn. KIO 2611/18 wykonawca złożył formularz ofertowy podpisany odręcznie przez osobę uprawniona do reprezentacji spółki a następnie tak podpisany formularz ofertowy zeskanował i podpisał go kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Natomiast, w niniejszej sprawie natomiast formularz ofertowy, który wzbudził wątpliwości Zamawiającego, nie zawiera odręcznego podpisu osoby uprawnionej do reprezentacji Odwołującego, ani nawet maszynowego lub komputerowego tekstu wskazującego na osobę, która taki podpis miałaby złożyć.

Dalej, argumentował, że o ile w stanie faktycznym w sprawie o sygn. akt KIO 2611/19 możemy mieć do czynienia z kopią oryginalnej oferty sporządzonej w formie papierowej poświadczonej za zgodność z oryginałem w formie elektronicznej (formularz ofertowy zawierał bowiem skan podpisanej odręcznie oferty), to w niniejszej sprawie za taką kopie nie można uznać pliku zawierającego Formularz oferty Odwołującego, bowiem stanowi on oryginał oferty sporządzonej w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Wywodził, że w przywoływanym wyroku wskazano, że dla zachowania prawidłowej formy oferty nie wystarcza opatrzenie dokumentu w postaci elektronicznej kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Zwrócił uwagę, że ustawodawca przewidział, że istotnym jest, aby oferta została „sporządzona" w postaci elektronicznej, przy czym Izba podkreśliła, iż pojęcie „sporządzenia" nie jest tożsame z pojęciem „złożenia".

Nadto, Izba uzasadniła, że „pojęcie sporządzenie należy utożsamiać z wytworzeniem, powstaniem oświadczenia, istotna jest zatem pierwotna postać oferty".

W ocenie Odwołującego - takie rozumienie tego pojęcia pozwala właśnie na odróżnienie sytuacji, w której będziemy mieć do czynienia z oryginałem opatrzonym kwalifikowanym podpisem elektronicznym od sytuacji opatrzenia kwalifikowanym podpisem jedynie kopii oryginału.

Nawiązując do powyższego rozumowania, Odwołujący stwierdził, że opatrzenie odręcznym podpisem papierowego formularza oferty będzie zatem równoznaczne z powstaniem oświadczenia woli składającego podpis w postaci pisemnej, a tak podpisana oferta będzie stanowiła oryginał.

Według Odwołującego - sytuacja taka nie będzie miała miejsca w niniejszej sprawie, bowiem powstanie oświadczenia (tj. oferty): nastąpiło w momencie opatrzenia pliku .pdf, na którym znajdował się tekst oferty, kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Innymi słowy, oferta Odwołującego została sporządzoną w postaci elektronicznej poprzez opatrzenie jej kwalifikowanym podpisem elektronicznym i dopiero w tym momencie zyskała ona przymiot oryginału oferty.

Zdaniem Odwołującego takie rozumowanie pozostaję w zgodzie także z art. 78^1 kc definiującym elektroniczną formę czynności prawnej, dla której zachowania wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Podkreślił przy tym, iż nawet jeśli, złożenie na pliku „balzola_polska_spolka_z_ograniczona_odpowiedzialnoscia„formularz_ofertowy_626609" kwalifikowanego podpisu elektronicznego, chcielibyśmy uznać jedynie za poświadczenie kopii oferty za zgodność z jej oryginałem w formie elektronicznej, to byłoby to zupełnie pozbawione sensu, bowiem oryginał oferty nigdy wcześniej nie powstał.

Niemożliwe zatem by było sporządzenie kopii takiej oferty, a tym bardziej poświadczanie takiej kopii za zgodność z oryginałem (który nie istnieję). Reasumując, aby móc poświadczyć kopię ofertę za zgodność z oryginałem, musi najpierw istnieć Jej oryginał, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca, a oryginał oferty powstał Wraz z opatrzeniem jej kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Odwołujący odniósł się do wskazanego przez Zamawiającego wprost cytatu z wyroku KIO 2611/19„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", twierdząc, że należy przede wszystkim wskazać kontekst w jakim zdanie to było przez Izbę użyte.

W tym kontekście zwrócił uwagę, że stanowisko to, bowiem zostało wskazane w nawiązaniu do § 5 rozporządzenia w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej, który reguluje możliwość poświadczania elektronicznej kopii oryginału dokumentu lub oświadczenia, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, które nie zostały sporządzone w postaci dokumentu elektronicznego, poprzez opatrzenie jej kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Odwołujący zauważył, iż Zamawiający jako uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wskazał iż „oferta Wykonawcy nie została złożona zgodnie z zapisami SIWZ".

W przekonaniu Odwołującego - Zamawiający w uzasadnieniu powołał się następnie na szereg postanowień SIWZ odnoszących się do formy, w jakiej oferta miała być złożona, co świadczy, iż powoływana przez Zamawiającego niezgodność, z treścią SIWZ dotyczy nie treści, a formy złożonej oferty.

Pomimo powyższego, nawet jeżeli uznać, iż art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp swoją dyspozycją obejmuje niezgodność formy oferty z treścią SIWZ, to i w tym wypadku jego zastosowanie poprzez odrzucenie oferty Odwołującego było chybione, bowiem zgodnie z rozdziałem XVI ust. 3 SIWZ „Wykonawca składa ofertę w formie elektronicznej, podpisaną kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę uprawnioną, pod rygorem nieważności", zaś stosownie do postanowień rozdziału XVI ust. 21 pkt 1 SIWZ: „Wykonawca zobowiązany jest załączyć na Platformie następujące dokumenty i oświadczenia w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę uprawnioną:

1)wypełniony Formularz ofertowy - wzór określony został w Załączniku nr 1 do SIWZ".

Ponadto, wskazał, że w rozdziale XVI ust. 23 SIWZ uregulowano, że „Zamawiający nie dopuszcza możliwości złożenia skanu dokumentów wskazanych w ust. 21 opatrzonych kwalifikowanym podpisem elektronicznym".

Zwrócił uwagę, że określając, zgodnie z § 4 rozporządzenia w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej, dopuszczalny format kwalifikowanego podpisu elektronicznego, Zamawiający w Rozdziale XII ust. 8 wskazał, iż:

„1) dokumenty w formacie „pdf" zaleca się podpisywać formatem PAdES;

2) dopuszcza się podpisanie dokumentów w formacie innym niż „pdf", wtedy zaleca się użycie formatu XAdES".

Ponadto, wskazał, że zgodnie z Rozdziałem XII ust. 9 Zamawiający określił dopuszczalne formaty przesyłanych danych jako „pliki o wielkości do 50 MB w formatach wskazanych w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 12 kwietnia 2012 r. w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych (Dz. U. 2017 poz. 2247), zalecając format pdf.

Zauważył również, iż Odwołujący zgodnie z zapisami SIWZ orazzaleceniami Zamawiającego załączył na Platformie plik w formacie .pdf zawierający Formularz oferty Odwołującego, opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym w formacie PAdES.

Według Zamawiającego jednak, oferta Odwołującego nie spełniała wymogów SIWZ, ponieważ stanowiła ona skan, a zgodnie z rozdziałem XVI ust. 23 Zamawiający nie dopuścił możliwości złożenia skanu wypełnionego Formularza oferty.

W tym kontekście Zamawiający przywołał, iż zawarte w SIWZ postanowienia zostały sformułowane zgodnie z „Przykładowymi zapisami SIWZ dotyczącymi porozumiewania się Zamawiających z Wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej z wykorzystaniem mini Portalu" opublikowanymi przez Prezesa UZP.

Podniósł, że jedno z przykładowych zapisów w tym dokumencie stanowiło postanowienie, iż „Ofertę/wniosek należy złożyć w oryginale. Zamawiający nie dopuszcza możliwości złożenia skanu oferty/wniosku opatrzonej/opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym".

W opinii Odwołującego - dla określenia, jak należałby w tym – zapisie rozumieć pojęcie „skan" kluczowe jest pierwsze zdanie wskazujące, iż ofertę należy złożyć w oryginale, gdyż drugie zdanie jest bezpośrednim nawiązaniem do, pierwszego.

Rozpatrując, zatem zapis ten w pełnym kontekście w jakim został użyty przez Prezesa UZP, podkreślił, iż przez skan oferty w tym wypadku rozumiano skan oryginału oferty w formie papierowej nie zaś skan jako każdy plik zawierający informację tekstowo-graficzną lub jedynie graficzną, która stanowi elektroniczne odzwierciedlenie informacji tekstowo-graficznej lub graficznej znajdującej się na kartce papieru.

W innym przypadku - zdaniem Odwołującego - bezzasadne byłoby uregulowanie zawarte w § 4 rozporządzenia w

sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej, iż dokumenty elektroniczne przekazywane za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej są sporządzane w jednym z formatów określonych przez Rozporządzenie w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, które to rozporządzenie jako dozwolony format określa m.in. format .pdf lub .jpg. Powszechnie bowiem wiadomo, iż pliki o takim formacie mogą stanowić skan bądź zdjęcie kartki papieru albo innego przedmiotu materialnego.

Podobnie, wskazał, że w rozporządzeniu eIDAS zdefiniowano dokument elektroniczny jako każdą treść przechowywaną w postaci elektronicznej w, szczególności tekst lub nagranie i dźwiękowe, wizualne lub audiowizualne.

Zatem ani pojęcie „dokumentu elektronicznego", ani jego dopuszczalne formaty określone przez rozporządzenie w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności nie wykluczają sytuacji, w której elektronicznym dokumentem może być skan bądź zdjęcie.

W związku z powyższym, jak szczegółowo zostało to opisane w odwołaniu, plik „balzola_polska_spolka_z_ograniczona_odpowiedzialnosćia_formularz_ofertowy_626609" stanowił oryginał oferty Odwołującego, a zatem Odwołujący złożył ofertę zgodnie z zapisami SIWZ, załączając oryginalną ofertę w postaci pliku w odpowiednim formacie na Platformie wskazanej przez Zamawiającego.

Pismem z dnia 7 lutego 2019r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca TORPOL S.A.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, oferty Odwołującego (formularz ofertowy), informacji o odrzuceniu oferty z dnia 28 stycznia 2018r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 19 lutego 2019r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie oświadczeń Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 78^1 kc oraz § 5 rozporządzenia z dnia 27 czerwca 2017r. Prezesa Rady Ministrów w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych(Dz.U. z 2017r., poz.1320 ze zm.), zwany dalej rozporządzeniem, art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Przystępującego z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ.

Izba ustaliła w zakresie koniecznym do rozpoznania przedmiotowej sprawy, że Zamawiający w rozdziale XVI ust.3 SIWZ postanowił, że wykonawca składa ofertę w formie elektronicznej, podpisaną kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę uprawnioną, pod rygorem nieważności.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Zamawiający w rozdziale XVI ust.21 pkt 1 SIWZ postanowił, że wykonawca zobowiązany jest załączyć na Platformie następujące dokumenty i oświadczenia w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę uprawnioną wypełniony formularz ofertowy – wzór określony został w załączniku nr 1 do SIWZ.

Nadto, Izba ustaliła, że w Zamawiający rozdziale XVI ust.23 SIWZ zawarł zastrzeżenie, że nie dopuszcza możliwości złożenia skanu dokumentów wskazanych w ust.21 opatrzonych kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Na rozprawie przed Izbą pełnomocnik Odwołującego wyjaśnił, że nie „…pamięta dokładnie, czy ten plik formularza ofertowego został sporządzony przez pracownika, czy osobę bezpośrednio upoważnioną do składania oświadczeń woli.".

Dodatkowo, stwierdził on, że „…formularz ten został następnie wydrukowany i zeskanowany wraz z naniesionymi dwoma pieczęciami – bez podpisu. Taki dokument w formie PDF został następnie podpisany za pomocą podpisu elektronicznego.".

Izba zwróciła również uwagę, że w samej treści odwołania Odwołujący nie zaprzeczył, że wytworzony przez niego dokument miał postać skanu, lecz jedynie podkreślił znaczenie braku podpisu na tym dokumencie.

Na tle powyższego stanu faktycznego wymaga wskazania, że według słownika języka polskiego Wydawnictwa Naukowego PWN skan to plik komputerowy powstający w wyniku skanowania jakiegoś obrazu graficznego.

Natomiast, zgodnie z art.77³ kodeksu cywilnego dokumentem jest nośnik informacji umożliwiający zapoznanie się z jej treścią.

W kontekście powyższego należało uznać, że Odwołujący złożył skan formularza ofertowego(dokumentu), co oświadczył również jednoznacznie na rozprawie, wskazanego w ust.21 opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym w sposób sprzeczny z rozdziałem XVI ust.3 pkt 1 i ust.23 SIWZ.

Według zapatrywania Izby w sprawie tej istotne znaczenie dla jej rozstrzygnięcia miała okoliczność sporządzenia skanu, którą to postać Zamawiający w rozdziale XVI ust.3 pkt 1 i ust.23 SIWZ potraktował jako nie mieszczącą się w treści przepisu art.10a ust.5 ustawy Pzp, który stanowi, że oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenie, o którym mowa w , w tym jednolity dokument, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Poza sporem zaś była kwestia samego opatrzenia tego skanu kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę uprawnioną.

Rozpoznając przedmiotową sprawę, Izba doszła do przekonania, że jeżeli takie rozumienie kwestionowanych postanowień SIWZ budziły wątpliwości Odwołującego, to mógł on skorzystać na etapie jej przygotowywania z dyspozycji art.38 ust.1 zd.1 ustawy Pzp i zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Natomiast, jeżeli nie przyjęcie skanu jako dokumentu w postaci elektronicznej ze znanych Odwołującemu powodów było nie do przyjęcia na etapie konstruowania SIWZ, mógł on również skorzystać we właściwym czasie ze środka ochrony prawnej.

Jeżeli tego nie uczynił, to zasady tak ustalone w SIWZ obowiązują wszystkich wykonawców na równych zasadach i nie mogą podlegać zamianom.

W związku z tym, Izba stanęła na stanowisku, że Zamawiający miał dostateczną podstawę prawną do zastosowania przepisu art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem .

Przechodząc dalej do rozpoznania zarzutu naruszenia art. 78^1 kc i § 5 rozporządzenia, należało wskazać, że przepisy te w ogóle nie stanowiły podstawy prawnej czynności Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego, a wobec tego Izba nie mogła stwierdzić ich naruszenia.

Ostatecznie, Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.89 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp, skoro w motywacji do zaskarżonej czynności (informacja o odrzuceniu oferty z dnia 28 stycznia 2018r.) brak jest powołania przez Zamawiającego konkretnego przepisu ustawy i jego uzasadnienia w aspekcie niezgodności oferty z ustawą.

Stosownie do treści tego przepisu Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą.

Samo powołanie podstawy prawnej z art.89 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp do działania Zamawiającego bez jej uzasadnienia samo w sobie nie stanowi o jego zachowaniu w aspekcie możliwości naruszenia normy prawnej.

Oczywiście kwestia ta mogłaby podlegać rozpoznaniu przez Izbę jedynie w odniesieniu do możliwości naruszenia przez Zamawiającego art.92 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni, wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności.

Zarzut taki jednak nie został sformułowany, co oznacza, że nie mógł być przez Izbę rozpoznany. W myśl przepisu art.192 ust.7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192
ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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).

Przewodniczący:……...