Sygn. akt: KIO 221/19

WYROK
z dnia 25 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Monika Szymanowska**
Członkowie: **Klaudia Szczytowska-Maziarz**
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lutego 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lutego 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum „ADRIANA – AVIATION" Sp. z o.o. w Kosowiźnie i BLUE STAR Sp. z o.o. w Pruszczu Gdańskimw postępowaniu prowadzonym przez zamawiających:
–Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Lublinie,
–Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Krakowie,
–Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Siedlcach,
–Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Krośnie,
–Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Białymstoku,
–Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Katowicach,
–Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Kielcach,
–Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Olsztynie,
w imieniu i na rzecz których działa Centrum Obsługi Administracji Rządowej Instytucja Gospodarki Budżetowej w Warszawie
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego konsorcjum Aeroklubu Ziemi Lubelskiej w Zielonej Górze, Aeroklubu Bydgoskiego w Bydgoszczy i W. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Cumulus W. M. w Elblągu, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:
1.1.unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego w częściach postępowania nr: I, III, IV, V, VI, VII i VIII,
1.2.unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w części VIII,
1.3.ponowne badanie i ocenę oferty złożonej przez odwołującego,
2.w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
3.kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiających: Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Lublinie, Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Krakowie, Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Siedlcach, Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Krośnie, Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Białymstoku, Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Katowicach, Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Kielcach, Wojewódzki inspektorat Weterynarii w Olsztynie i:
3.1.zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum „ADRIANA – AVIATION" Sp. z o.o. w Kosowiźnie i BLUE STAR Sp. z o.o. w Pruszczu Gdańskim tytułem wpisu od odwołania,
3.2.zasądza od zamawiających: Wojewódzkiego Inspektoratu Weterynarii w Lublinie, Wojewódzkiego Inspektoratu Weterynarii w Krakowie, Wojewódzkiego Inspektoratu Weterynarii w Siedlcach, Wojewódzkiego Inspektoratu Weterynarii w Krośnie, Wojewódzkiego Inspektoratu Weterynarii w Białymstoku, Wojewódzkiego Inspektoratu Weterynarii w Katowicach, Wojewódzkiego Inspektoratu Weterynarii w Kielcach, Wojewódzkiego inspektoratu Weterynarii w Olsztynie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum „ADRIANA – AVIATION" Sp. z o.o. w Kosowiźnie i BLUE STAR Sp. z o.o. w Pruszczu Gdańskim kwotę w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (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:
……..
Członkowie:
……
……

U z a s a d n i e n i e
do wyroku z dnia 25 lutego 2019 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 221/19

Zamawiający – Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Lublinie, ul. Droga Męczenników Majdana 50, 20-325 Lublin, Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Krakowie, ul. Brodowicza 13, 30-965 Kraków, Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Siedlcach, ul. Kazimierzowska 29, 08-110 Siedlce, Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Krośnie, ul. Ks. Piotra Ściegiennego 6A, 38-400 Krosno, Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Białymstoku, ul. Zwycięstwa 26A, 15-959 Białystok, Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Katowicach, ul. Brynowska 25A, 40-585 Katowice, Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Kielcach, ul. Ks. Piotra Ściegiennego 205, 25-116 Kielce, Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Olsztynie, ul. Szarych Szeregów 7, 10-072 Olsztyn, w imieniu i na rzecz których działa Centrum Obsługi Administracji

Rządowej Instytucja Gospodarki Budżetowej, ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa – prowadzą postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zrzut lotniczy szczepionki doustnej przeciwko wściekliźnie lisów wolno żyjących na terenie 8 (ośmiu) województw", o ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 18 grudnia 2018 r. pod numerem 2018/S 243-555525, podzielone na osiem części, o numerze nadanym przez zamawiającego 2018/41, zwane dalej jako „postępowanie".

Izba ustaliła, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) dalej zwanej jako „p.z.p."

W dniu 30 stycznia 2019 r. zamawiający przekazał wykonawcom wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum „ADRIANA – AVIATION" Sp. z o.o. w Kosowiźnie, ul. Chełmińska 14, Kosowizna, 86-253 Kijewo Królewskie i BLUE STAR Sp. z o.o. w Pruszczu Gdańskim, ul. Grunwaldzka 62, 83-00 Pruszcz Gdański (dalej zwanym jako „odwołujący), informację o odrzuceniu ich oferty w częściach postępowania nr I, III, IV, V, VI, VII i VIII oraz o unieważnieniu postępowania w części nr VIII.

Od tej czynności zamawiającego odwołujący w dniu 8 lutego 2019 r. wniósł środek zaskarżenia, w którym postawił zamawiającemu następujące zarzuty (pisownia oryginalna):

1. naruszenie art. 10a ust. 5 uPZP, poprzez uznanie przez Zamawiającego, że oferta Odwołujących nie została złożona w postaci elektronicznej i nie spełnia wymogów stawianych elektronicznej formie czynności prawnej, podczas gdy Odwołujący złożyli ofertę w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym;
2. naruszenie art. 10g pkt 1 i 2 uPZP w zw. z § 5 ust. 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 roku w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz.U.2017.1320 ze zm.), poprzez przyjęcie przez Zamawiającego, że ten przepis dotyczy oferty i że oferta może być złożona w formie elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia poświadczonej za zgodność z oryginałem, w sytuacji, gdy oferta nie jest dokumentem lub oświadczeniem, o którym mowa w tych przepisach wykonawczych;
3. naruszenie art. 25 ust. 2 uPZP w zw. z § 14 ust. 2 rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U.2016.1126 ze zm.), poprzez przyjęcie przez Zamawiającego, że ten przepis dotyczy oferty i że oferta może być złożona w formie elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia poświadczonej za zgodność z oryginałem, w sytuacji, gdy oferta nie jest dokumentem lub oświadczeniem, o którym mowa w tych przepisach wykonawczych;
4. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 uPZP, poprzez odrzucenie oferty Odwołujących jako niezgodnej z ustawą w sytuacji gdy Odwołujący złożyli ofertę w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a zatem w sposób przewidziany art. 10a ust. 5 uPZP oraz zgodnie z SIWZ;
5. naruszenie art. 92 ust. 1 uPZP w zakresie Części I, Części III, Części IV, Części V, Części VI, Części VII, poprzez poinformowanie Wykonawców przez Zamawiającego wyłącznie o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, w sytuacji, gdy Zamawiający na gruncie powołanego przepisu był zobowiązany do niezwłocznego i jednoczesnego poinformowania Wykonawców zarówno o wyborze najkorzystniejszej oferty, jak i ewentualnie o wykluczonych wykonawcach oraz wykonawcach, których oferty zostały odrzucone oraz o unieważnieniu postępowania;
6. naruszenie art 93 ust. 1 pkt 1 uPZP, poprzez unieważnienie przez Zamawiającego Postępowania w zakresie Części VIII, w sytuacji gdy Odwołujący złożyli ofertę w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, co oznaczało brak podstaw do unieważnienia postępowania w zakresie Części VIII.

a w rezultacie powyższych:

7. naruszenie art. 7 ust. 1 uPZP, poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasad przejrzystości i proporcjonalności, w ten sposób, że po pierwsze – oferta Odwołujących została odrzucona pomimo tego, iż Odwołujący złożyli ofertę w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a po wtóre z uwagi na fakt, iż Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego i unieważnił postępowanie w zakresie części VIII bez jednoczesnego wyboru najkorzystniejszej oferty, co w sposób istotny utrudnia Odwołującym wykazanie interesu prawnego uzasadniającego złożenie odwołania oraz uniemożliwia kontrolę czynności dokonanych przez Zamawiającego;
8. naruszenie art. 8 ust. 1 uPZP w zakresie Części I, Części III, Części IV, Części V, Części VI, Części VII, tj. naruszenie przez Zamawiającego zasady jawności poprzez braku jednoczesnego poinformowania Wykonawców zarówno wyborze najkorzystniejszej oferty, jak i ewentualnie o wykluczonych wykonawcach oraz wykonawcach, których oferty zostały odrzucone oraz o unieważnieniu postępowania.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o:

– nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego w częściach I, III, IV, V, VI, VII i VIII postępowania,
– nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w części VIII,
– nakazanie zamawiającemu dokonania powtórzenia czynności badania oferty odwołującego oraz nakazanie zamawiającemu dokonania czynności oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego, w częściach I, III, IV, V, VI, VII i VIII postępowania,
– nakazanie zamawiającemu dokonania jednoczesnego zawiadomienia wszystkich wykonawców, w trybie art. 92 ust.1 p.z.p., o wyborze najkorzystniejszej oferty, wykonawcach, którzy zostali wykluczeni, wykonawcach, których oferty zostały odrzucone oraz o unieważnieniu postępowania.

W uzasadnieniu wniesionego środka ochrony prawnej odwołujący wskazał co następuje.

Zamawiający, pismem z dnia 30 stycznia 2019 r., poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty w części I, III, IV, V, VI, VII i VIII postępowania, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 p.z.p., jako niezgodnej z ustawą oraz – z uwagi na odrzucenie oferty odwołującego – poinformował o unieważnieniu postępowania w zakresie części VIII, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 p.z.p., z uwagi na fakt, iż w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Argumentacja zamawiającego opiera się na tym, że oferta odwołującego stanowiła ostemplowany, podpisany odręcznie przez osobę uprawnioną do reprezentacji spółki wypełniony formularz oferty, zeskanowany do pliku w formacie pdf, który to plik został następnie opatrzony podpisem elektronicznym przez tą samą osobę, która opatrzyła formularz oferty odręcznym podpisem. Według zamawiającego taki dokument stanowi kopię elektroniczną, poświadczoną za zgodność z oryginałem w formie elektronicznej. Skutkiem przyjęcia takiego stanowiska było odrzucenie oferty odwołującego i unieważnienie postępowania w zakresie części VIII.

W ocenie odwołującego zaskarżone odwołaniem czynności zamawiającego naruszają przepisy p.z.p. oraz zgodnie z art. 14 ust. 1 p.z.p. przepisy kodeksu cywilnego. Zamawiający w sposób błędny wyłożył treść normy prawnej zawartej w art. 10a ust. 5 p.z.p. i w konsekwencji doszedł do błędnego przekonania, że uprzednio wydrukowany, wypełniony ręcznie i zeskanowany plik w formacie pdf nie stanowi postaci elektronicznej, o której mowa w tej normie. Zdaniem odwołującego jego stanowisko uzasadnia poniższa argumentacja.

Zgodnie z art. 10a ust. 5 p.z.p. oferta powinna być sporządzona, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W okolicznościach przedmiotowej sprawy nie ma wątpliwości co do tego, że dokument oferty został prawidłowo podpisany podpisem elektronicznym. Rzecz sprowadza się zatem do dokonania wykładni powołanego przepisu i ustalenia czym w istocie jest postać elektroniczna oferty, a dalej – czy uprzednio wydrukowany, wypełniony odręcznie i następnie zeskanowany do formatu pdf formularz oferty, stanowi postać elektroniczną oferty.

Jak wynika z rozdziału X pkt 1 i 2 SIWZ oferta powinna być sporządzona i złożona w formie elektronicznej, podpisanej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, za pośrednictwem platformy zamawiającego. Przepisy p.z.p. nie definiują pojęcia dokumentu w „postaci elektronicznej" i „formie elektronicznej". Definicji tych pojęć brakuje również w ustawie z dnia 23 kwietnia 1964 roku kodeks cywilny (Dz.U.2018.1025 ze zm.) [KC].

Zakładając, że prawodawca jest racjonalny, celem zdefiniowania powyższych pojęć należy – zdaniem odwołującego – przynajmniej posiłkowo, odwołać się do przepisów ustawy z dnia 17 lutego 2005 roku o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz.U.2017.570 ze zm.) [ulDPRZPj.

Z art. 3 pkt 2 ulDPRZP wynika, że dokument elektroniczny to stanowiący odrębną całość znaczeniową zbiór danych uporządkowanych w określonej strukturze wewnętrznej i zapisany na informatycznym nośniku danych. W doktrynie prawa wskazuje się, że dokument elektroniczny to taki, który daje się przedstawić w postaci cyfrowej. Dokument taki może być dowolnie konwertowany i zapisywany na wszelkich nośnikach, pod warunkiem że można go później odczytywać i przywrócić mu pierwotną postać. Ten sam dokument elektroniczny może być zapisany w wielu różnych miejscach i na różnych nośnikach jednocześnie (por. I. Skubiszak-Kalinowska, Skan oferty opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym Moim zdaniem, ZPDORADCA 2018, Nr 10, str. 30).

W uproszczeniu, według odwołującego, oznacza to, że dokumentem elektronicznym jest każdy plik, zapisany na nośniku danych, którego odczyt, ewentualnie edycja, jest możliwy przy wykorzystaniu odpowiedniego do tego programu. Czyli dokumentem elektronicznym jest każdy plik zapisany na dysku komputera lub innym nośniku danych (przykładowo doc, pdf czy xml), który po otworzeniu go w odpowiednim programie „wyświetla" określoną treść. Dokumentem jest zarówno plik tekstowy, jak i plik graficzny (zapisany np. w formacie png). Plik w formacie pdf nie zostanie odczytany prawidłowo np. przez program Microsoft Office, a plik w formacie doc nie zostanie prawidłowo odczytany przez np. program Adobe Acrobat Reader. Żaden z tych programów nie odczyta prawidłowo pliku zapisanego w formacie xml lub w jednym z formatów plików graficznych. Jednocześnie każdy z tych plików stanowi zbiór danych uporządkowanych w określonej strukturze wewnętrznej i daje się odczytać przy wykorzystaniu odpowiedniego oprogramowania, a zatem (w przypadku zapisania go na informatycznym nośniku danych) stanowi dokument elektroniczny w rozumieniu art. 3 pkt 2 ulDPRZP.

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że tego czy dany plik ma postać dokumentu elektronicznego nie determinuje to w jaki sposób (i przy użyciu jakiego programu bądź urządzenia) plik ten został wytworzony. Warunkiem uznania danego pliku za dokument elektroniczny jest to, że – przy zastosowaniu odpowiedniej techniki – stanowi ustrukturyzowany zbiór danych dający się zapisać na nośniku informatycznym. Oznacza to, że w rozumieniu art. 3 pkt 2 ulDPRZP każdy plik komputerowy, który może być zapisany na dysku komputera (lub innym nośniku danych) stanowi dokument elektroniczny – niezależnie od tego w jaki sposób został wytworzony. Sposób wytworzenia pliku jest obojętny dla ustalenia, czy plik stanowi dokument elektroniczny. To czy dany plik jest dokumentem elektronicznym wynika tylko i wyłącznie ze spełnienia dwóch przesłanek, tj.: tego, że plik stanowi ustrukturyzowany zbiór danych oraz tego, że daje się zapisać na informatycznym nośniku danych.

W takim ujęciu, w ocenie odwołującego, nie może ulegać żadnej wątpliwości, że dokument, który powstał w wyniku wydrukowania pliku formularza oferty, a następnie uzupełniony ręcznie i zeskanowany do pliku w formacie pdf, stanowi dokument elektroniczny w rozumieniu art. 3 pkt 2 ulDPRZP. Stanowisko to potwierdza orzecznictwo sądów administracyjnych, gdzie wskazano, że zgodnie z art. 3 pkt 2 ustawy o informatyzacji podmiotów publicznych dokumentem elektronicznym jest zbiór danych uporządkowanych w określonej strukturze wewnętrznej i zapisywany na nośniku informatycznym. Informatycznym nośnikiem jest urządzenie służące do zapisywania, przechowywania i odczytywania danego pliku. W praktyce oznacza to, że dokument elektroniczny stanowi plik komputerowy. Powyższy przepis również stanowi, iż wydruk komputerowy może również być traktowany jako dokument elektroniczny, pod warunkiem, że zastosowano w nim podpis elektroniczny (por. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 28 maja 2018 roku, sygn. akt ISA/G1109/18).

Nie ma zatem podstaw, aby pojęcie dokumentu w postaci elektronicznej na gruncie p.z.p. i elektronicznej formy czynności prawnej na gruncie KC definiować inaczej, niż ww. pojęcie dokumentu elektronicznego. W przypadku, gdyby ustawodawca zamierzał tym pojęciom przypisać inne znaczenie, zostałyby one zdefiniowane albo w p.z.p., albo w KC. Należy przy tym zaznaczyć, że bez znaczenia jest to, czy dokument elektroniczny (tak jak w okolicznościach tej konkretnej sprawy) został wypełniony odręcznie, czy też w inny sposób. Zamawiający w treści pisma z 30 stycznia 2019 r. argumentuje, że KC wyraźnie rozróżnia wymogi formalne w zakresie oferty w formie tradycyjnej – pisemnej od oferty sporządzonej w formie elektronicznej (...), ustawodawca nie przewidział dodatkowej możliwości scalania tych dwóch, odrębnych form w kolejny byt prawny, uznając go tym samym za niedopuszczalny.

Stanowisko zamawiającego stoi w tym zakresie w opozycji do podstawowych zasad prawa – w tym jego funkcji gwarancyjnej (bowiem quod tege non prohibitum, iicitum est – a żaden przepis prawa nie zakazuje „scalania" form czynności prawnych), tym niemniej w okolicznościach przedmiotowej sprawy, w opinii odwołującego, nie doszło do scalenia dwóch odrębnych form. Odwołujący skanując uzupełniony ręcznie formularz oferty wytworzył dokument elektroniczny, który następnie został opatrzony odpowiednim podpisem elektronicznym.

Wyłącznie na marginesie trzeba zaznaczyć, że – wbrew stanowisku zamawiającego – nie ma technicznej możliwości „scalenia" dwóch form czynności prawnej. W przypadku, gdyby oferta została sporządzona odręcznie, podpisana, a następnie zeskanowana, jednakże nieopatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym – to nie można w żadnym wypadku stwierdzić, że tak powstały dokument nosi jakiekolwiek cechy formy pisemnej. Zgodnie z art. 78 § 1 KC, aby mówić o formie pisemnej dokumentu należy złożyć własnoręczny podpis na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Skan takiego dokumentu stanowi zatem co najwyżej kopię rzeczywiście istniejącego dokumentu sporządzonego w formie pisemnej. Nie zmienia to jednak faktu, że taki dokument stanowi dokument elektroniczny – a

opatrzenie go odpowiednim podpisem elektronicznym powoduje, że taki dokument przyjmuje postać o której mowa w art. 10a ust. 5 p.z.p.

Identyczny efekt, jak w przypadku oferty uzupełnionej odręcznie, odwołujący mógłby uzyskać korzystając z urządzeń peryferyjnych umożliwiających odręczne pisanie na komputerze albo korzystając z komputera wyposażonego w matrycę dotykową, smartfona lub z innego podobnego urządzenia. Odwołujący, zamiast uzupełnić ofertę długopisem, mógł równie dobrze uzupełnić ofertę – upraszczając powyższe – „palcem". W każdym ze wskazanych przypadków, rezultat końcowy byłby taki sam. Tym samym, sposób wypełnienia formularza ofertowego nie może determinować tego, czy dany dokument nosi przymiot dokumentu elektronicznego, czy tez nie.

W kontekście zarzuconego zamawiającemu naruszenia art. 7 ust. 1 p.z.p. należy również już w tym miejscu zaznaczyć, że podejście zamawiającego, który uniemożliwia złożenie oferty w sposób, w jaki ofertę złożyli odwołujący, stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Czysto teoretycznie można bowiem założyć, że wykonawca nie ma możliwości (lub umiejętności potrzebnych do) uzupełnienia formularza ofertowego przy wykorzystaniu edytora tekstu. W takiej sytuacji udział wykonawcy w postępowaniu byłby niemożliwy już tylko z tej przyczyny, że wykonawca nie wypełnił formularza ofertowego w sposób założony przez zamawiającego (a jednocześnie w sposób, który nie wynika z żadnego przepisu prawa).

Dalej odwołujący wskazuje, że błędny jest argument jakoby ustawodawca regulując na gruncie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 roku w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz.U. 2017 poz. 1320 ze zm.) [Rozporządzenie] zasady poświadczenia za zgodność dokumentów przesłanych w formie elektronicznej, wykluczył możliwość złożenia oferty w formie takiej, w jakiej została złożona przez odwołującego.

Według odwołującego powołany przez zamawiającego § 5 ust. 2 Rozporządzenia dotyczy dokumentów, które nie zostały sporządzone w postaci dokumentu elektronicznego. Należy zaznaczyć, że w tym przypadku ustawodawca posłużył się pojęciem dokumentu elektronicznego i brak jest jakichkolwiek podstaw, aby temu pojęciu przypisać jakiekolwiek inne znaczenie, niż znaczenie nadane definicją zawartą w art. 3 pkt 2 uiDPRZP. Zatem oczywistym jest, że dokument, który został sporządzony w postaci dokumentu elektronicznego, nie może zostać poświadczony za zgodność z oryginałem, poprzez podpisanie go podpisem elektronicznym (wyklucza to wprost brzmienie powołanego przepisu).

Niezależnie od powyższego, uwzględniwszy zasady techniki legislacyjnej, należy stwierdzić, że § 5 ust. 2 Rozporządzenia odnosi się do dokumentów wymienionych w § 5 ust. 1 Rozporządzenia, czyli dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p. lub innych dokumentów i oświadczeń składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zdaniem odwołującego przepis ten nie odnosi do oferty. Oferta nie jest dokumentem lub oświadczeniem w rozumieniu § 5 ust. 1 Rozporządzenia. W żadnym miejscu p.z.p. ustawodawca nie utożsamia pojęcia oferty z dokumentem lub oświadczeniem. Skoro zatem dyspozycją § 5 ust. 1 Rozporządzenia nie jest objęta oferta, to oferta wydrukowana, wypełniona ręcznie, podpisana, a następnie zeskanowana i opatrzona podpisem elektronicznym nie może stanowić elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia poświadczonego za zgodność z oryginałem.

W doktrynie prawa zwraca się również uwagę na to, że tylko skan dokumentu pochodzącego od podmiotu trzeciego, podpisany przez wykonawcę, może być uznany za kopię oryginalnego dokumentu. „Kopią oryginalnego dokumentu nie może być dokument pochodzący od wystawiającego. Wówczas złożenie oświadczenia w postaci papierowej a następnie zdygitalizowanie go do postaci cyfrowej (skan) i opatrzenie własnym kwalifikowanym podpisem elektronicznym należy (…) uznać za dokument spełniający wymogi formy elektronicznej. Dokument, który ma postać elektroniczną zawiera informację zapisaną w pliku, czyli jest to jej nośnik. Wspomniany nośnik jest czymś innym niż informatyczny nośnik danych (miejsce, na którym został zapisany dokument). (...) Definicja dokumentu obowiązująca obecnie na mocy art. 77^3 KC jako uniwersalna i technologicznie neutralna obejmuje dokumenty sporządzone w tradycyjnej oraz elektronicznej postaci. Polski prawodawca jasno odróżnia od siebie pojęcie formy czynności prawnych oraz dokumentu. Forma nie stanowi komponentu dokumentu, lecz wpływa na złożone oświadczenie woli. Zatem dokument zawierający (...) oświadczenie sporządzony na papierze, a następnie zeskanowany nadal pozostanie oświadczeniem, z tą tylko różnicą że pierwotnie nadana została mu postać papierowa, a następnie został zdigitalizowany do postaci cyfrowej. Jeżeli następnie plik zostanie opatrzone własnym, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, będzie on stanowił oświadczenie złożone w formie elektronicznej i będzie posiadał walor oryginału" (por. I. Skubiszak-Kalinowska, Skan oferty opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym Moim zdaniem, ZPDORADCA 2018, nr 10 str. 30).

Ponadto, w okolicznościach przedmiotowej sprawy – odnośnie oferty – nie znajdzie zastosowania również §14 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 poz. 1126 ze zm,), bowiem oferta nie jest dokumentem, o którym mowa w tym rozporządzeniu. Natomiast w przypadku, gdyby podczas badania ofert zamawiający powziął wątpliwość co do formy innych dokumentów i oświadczeń złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający powinien zastosować art. 26 ust. 3 p.z.p. i wezwać wykonawcę do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia tych dokumentów.

W ocenie odwołującego nie bez znaczenia jest również fakt, że zamówienie przebiegało na identycznych zasadach, jak ubiegłoroczne zamówienie prowadzone w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na zrzut szczepionki doustnej przeciwko wściekliźnie lisów wolno żyjących na terenie 9 (dziewięciu) województw, nr zamówienia 2017/39. Zgodnie z rozdziałem III pkt 1 SIWZ postępowanie było prowadzone w języku polskim na elektronicznej platformie zakupowej, pod adresem zamowienia.gov.pl. Zgodnie z rozdziałem III pkt 9 odnośnego SIWZ komunikacja między zamawiającym, a wykonawcami, w tym wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje przekazywane miały być w formie elektronicznej za pośrednictwem platformy. W ramach tamtego postępowania wykonawcy składali oferty w identyczny sposób, jak odwołujący w ramach niniejszego postępowania (tj. skan dokumentu opatrzony podpisem elektronicznym). Oferty te nie zostały odrzucone przez zamawiającego w trakcie ich badania.

Z uwagi na powyższe, zdaniem odwołującego, brak było podstaw do przyjęcia innego sposobu badania ofert w toku niniejszego postępowania. Dowód: wyciąg z SIWZ załącznik nr 6 do odwołania, oferta załącznik nr 7 do odwołania.

W kontekście argumentacji przedstawionej powyżej należy również zwrócić uwagę na art. 8 ustawy z dnia 6 marca 2018 roku prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2018 poz. 646 ze zm.), zgodnie z którym przedsiębiorca może podejmować wszelkie działania, z wyjątkiem tych, których zakazują przepisy prawa. W ocenie odwołującego żaden przepis prawa nie nakładał na wykonawców uzupełnienia formularza ofertowego za pomocą edytora tekstu, zapisanie formularza ofertowego w formacie pdf i następnie opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

W opinii odwołującego art. 10a ust. 5 p.z.p. nakłada na wykonawcę wyłącznie obowiązek sporządzenia oferty w

postaci elektronicznej i opatrzenie jej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Ustawodawca, jak wskazywano powyżej, nie zdefiniował pojęcia oferty w postaci elektronicznej. Żaden przepis prawa nie wskazuje, że oferta powinna stanowić formularz ofertowy uzupełniony za pomocą edytora tekstu, a nie może stanowić formularza ofertowego wypełnionego odręcznie i następnie zeskanowanego.

Zważywszy przy tym na fakt, że treść oferty byłaby identyczna zarówno w przypadku, gdyby formularz został wypełniony za pomocą edytora tekstu, jak i w przypadku, gdy formularz ofertowy został wypełniony odręcznie – brak jest jakichkolwiek podstaw, aby rozróżniać te dwie formy wypełniania dokumentu (i uznać, że odręczne wypełnienie formularza ofertowego nie jest równoważne wypełnieniu formularza ofertowego przy wykorzystaniu edytora tekstu). Bezpośrednim skutkiem dokonania przez zamawiającego błędnej wykładni art. 10a ust. 5 p.z.p. i ustalenia, że oferta złożona w toku postępowania przez odwołującego była niezgodna z tym przepisem, było naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 p.z.p., poprzez odrzucenie oferty odwołującego jako niezgodnej z ustawą oraz naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 p.z.p., poprzez unieważnienie przez zamawiającego postępowania w zakresie części VIII. Gdyby bowiem zamawiający sposób prawidłowy wyłożył treść normy prawnej zawartej w art. 10a ust. 5 p.z.p. powinien był dojść do wniosku, że oferta złożona przez odwołującego, została złożona w sposób prawidłowy, przewidziany w art. 10a ust. 5 p.z.p. i brak jest podstaw do odrzucenia tej oferty i unieważnienia postępowania w zakresie części VIII.

Niezależnie od powyższego, sposób w jaki zamawiający przeprowadził postępowanie w zakresie części I, III, IV, V, VI i VII, w ocenie odwołującego, narusza treść art. 92 ust. 1 p.z.p. W świetle przedstawionych powyżej okoliczności nie ulega wątpliwości, że zamawiający poinformował wykonawców wyłącznie o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone i o unieważnieniu postępowania.

Zdaniem odwołującego powołany wyżej przepis nakłada na zamawiającego obowiązek jednoczesnego dokonania czynności wymienionych w ust. 1 tego przepisu. Tym samym, w chwili poinformowania wykonawców o wykonawcach których oferty zostały odrzucone i o unieważnieniu postępowania w zakresie części VIII, zamawiający powinien był równocześnie poinformować co najmniej o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania, a przede wszystkim o wyborze najkorzystniejszej oferty.

W orzecznictwie KIO wskazuje się, że „zamawiający przed unieważnieniem postępowania o zamówienie publiczne w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p. zobowiązany jest przeprowadzić ocenę złożonych ofert, zgodnie z zasadami określonymi w SIWZ i ogłoszeniu i wskazać ofertę najkorzystniejszą. Niepoinformowanie przez zamawiającego uczestników postępowania o wyborze oferty najkorzystniejszej zgodnie z art. 92 p.z.p., stanowi naruszenie jednej z naczelnych zasad systemu zamówień publicznych, tj. zasady jawności" (por. wyrok KIO z dnia 25 lutego 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP107/08).

Pogląd ten poparty jest również stanowiskiem doktryny prawa, gdzie wskazuje się, że w postępowaniach jednoetapowych zamawiający zbiorczo i kompleksowo przekazuje informacje wszystkim wykonawcom w zakresie określonym w art. 92 ust. 1 – 3 p.z.p. (por. M. Jaworska (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2018).

Zatem zdaniem odwołującego sposób w jaki zamawiający przeprowadził postępowanie, poprzez odrzucenie oferty odwołującego i unieważnienie postępowania w zakresie części VIII, stanowi naruszenie podstawowych zasad związanych z prowadzeniem postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w tym poza art. 92 ust. 1 p.z.p. również art. 7 ust. 1 p.z.p.

W opinii odwołującego całokształt wyżej powołanych okoliczności prowadzi do wniosku, że zamawiający w toku prowadzonego postępowania naruszył art. 7 ust 1 p.z.p. W okolicznościach przedmiotowej sprawy doszło do sytuacji w której oferta odwołującego została odrzucona, pomimo tego, że złożono ofertę w sposób prawidłowy, tj. w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, i nie ulega wątpliwości, że gdyby zamawiający dokonał prawidłowej wykładni art. 10a ust. 5 p.z.p. (i nie odstąpił od utrwalonej praktyki z poprzednich postępowań) oferta odwołującego nie powinna była zostać odrzucona.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie ustnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości oraz o zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego w postaci kosztów zastępstwa procesowego.

Wobec spełnienia przesłanek wskazanych w art. 185 ust. 2 i 3 p.z.p. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego konsorcjum Aeroklubu Ziemi Lubelskiej w Zielonej Górze, ul. Skokowa 18, Przylep, 66-015 Zielona Góra, Aeroklubu Bydgoskiego w Bydgoszczy, ul. Biedaszkowo 28d, 85-157 Bydgoszcz i W. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Cumulus W. M. w Elblągu, al. Odrodzenia 37, , którzy zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem dowodowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawioną przez zamawiającego, po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, gdzie zamawiający przedstawił odpowiedź na odwołanie, a odwołujący podtrzymał stanowisko złożone pisemnie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający ustalił, iż niniejsza sprawa, w zakresie zarzutów podniesionych przez odwołującego, mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p. i że odwołanie, które ją zainicjowało zostało wniesione przez podmiot uprawniony i dotyczy materii określonej w art. 179 ust. 1 p.z.p. oraz art. 180 ust. 1 p.z.p., a więc podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej.

Ponadto Izba ustaliła, że odwołanie podlega rozpoznaniu na podstawie art. 187 ust. 1 p.z.p. i że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania *meritum* sprawy.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek wskazanych w art. 179 p.z.p., które warunkują możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej przez odwołującego.

Jak podniósł odwołujący doznał on uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów wskazanych we wniesionym środku zaskarżenia. Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego i nie dokonał jej badania i oceny, zatem nie mogła być ona uznana za najkorzystniejszą. Na obecnym etapie zamawiający nie dokonał jeszcze wyboru najkorzystniejszej oferty i nie poinformował wykonawców, w trybie art. 92 ust. 1 p.z.p., o innych wykonawcach, którzy zostali wykluczeni i innych wykonawcach, których oferty zostały odrzucone. W takim stanie rzeczy nie można wykluczyć, że – przy uwzględnieniu zarzutów niniejszego odwołania – oferta odwołującego, w zakresie wszystkich zaskarżonych części postępowania, zostanie wybrana przez zamawiającego jako oferta najkorzystniejsza. Ponadto, co do części V, VI, VII i VIII postępowania, oferta odwołującego winna uzyskać najwyższą liczbę punktów w ustalonych przez

zamawiającego kryteriach oceny ofert.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał, a zamawiający nie zakwestionował interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia, przejawiającego się możliwością poniesienia przez odwołującego szkody, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów p.z.p.

Stan faktyczny sprawy nie był pomiędzy stronami sporny, sporna była ocena prawna w przedmiocie odrzucenia oferty odwołującego przez zamawiającego, na kanwie art. 89 ust. 1 pkt 1 p.z.p. Główne zarzuty wniesionego środka ochrony prawnej sprowadzały problematykę sprawy do oceny czy zamawiający w sposób prawidłowy dokonał odrzucenia oferty odwołującego w częściach nr I, III, IV, V, VI, VII i VIII postępowania, co w konsekwencji doprowadziło do unieważniania postępowania w części VIII, w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 1 p.z.p., z powodu braku ofert niepodlegających odrzuceniu.

Izba dokonała oceny stanu faktycznego, ustalonego w sprawie, mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że: "Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia".

Uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności ustalenia poczynione na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dostarczonej przez zamawiającego oraz zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują częściowe oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym. Zatem rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie nieprawidłowej czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego, co doprowadziło również do wadliwego unieważnienia postępowania w części VIII.

W oparciu o okoliczności faktyczne ujęte w odwołaniu, zawarte w zarzutach nr 1, 2, 3, 4 oraz 7 z *petitum* odwołania, skład orzekający stwierdził naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy, skutkujące nieprawidłowym odrzuceniem oferty odwołującego, zaś twierdzenia podnoszone w tym przedmiocie przez zamawiającego Izba uznała za obarczone błędem w rozumowaniu wynikającym z wadliwej wykładni przepisów prawa, tj. art. 89 ust. 1 pkt 1 p.z.p. w zw. art. 78^1 k.c. zw. z 14 p.z.p. oraz art. 10a ust. 5 p.z.p. W wyniku potwierdzenia się zarzutów wadliwego odrzucenia oferty odwołującego Izba uwzględniła zarzut nr 6 odwołania, dotyczący wadliwego unieważniania postępowania w części VIII.

Izba oddaliła natomiast odwołanie w zakresie zarzutów nr 5 i 8, dotyczących braku jednoczesnego poinformowania wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz wykluczeniu wykonawców i odrzuceniu ich ofert. W ocenie składu orzekającego w tym zakresie odwołujący nie wykazał naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa, zatem zarzut ten, jako bezpodstawny, nie zasługiwał na uwzględnienie.

Konsekwencją uwzględnienia odwołania jest nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego w częściach postępowania nr: I, III, IV, V, VI, VII i VIII, unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w części nr VIII, a także nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny oferty złożonej przez odwołującego.

W oparciu o zakreślone we wcześniejszej części uzasadnienia akta sprawy odwoławczej, Izba ustaliła następujące okoliczności w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia – okoliczności te nie były sporne pomiędzy stronami postępowania.

I. Zgodnie z rozdziałem X SIWZ – opis sposobu przygotowania oferty:
   - pkt 1: wykonawca składa ofertę w formie elektronicznej za pośrednictwem platformy pod adresem
   - pkt 2: oferta powinna być sporządzona w formie elektronicznej podpisanej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę uprawnioną i w języku polskim, pod rygorem nieważności,
   - pkt 7: poświadczenie za zgodność z oryginałem następuje w formie elektronicznej.

II. Wykonawca złożył ofertę za pośrednictwem platformy zakupowej – doręczono zamawiającemu plik „oferta", który zawierał ostemplowany (pieczęć lidera konsorcjum i pani L.K.), podpisany odręcznie przez panią L.K. wypełniony formularz oferty, zeskanowany do pliku pdf. Plik ten został również opatrzony podpisem elektronicznym przez panią L.K.

III. Oferta nie została nigdy ujawniona w innej formie, niż złożona poprzez platformę elektroniczną.

IV. Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, pismem z 30.01.2019 r., gdzie wskazano, że „W ocenie Zamawiającego oferta Wykonawcy nie została złożona prawidłowo, gdyż dokument zamieszczony na Platformie stanowi kopię elektroniczną, poświadczoną za zgodność z oryginałem w formie elektronicznej.

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.), które reguluje zasady poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów przesłanych w formie elektronicznej w § 5 ust. 2 (…) Elektroniczną kopią dokumentu jest 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 podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp, ponieważ jest niezgodna z ustawą". Powołano się również na wyrok Izby z 04.01.2019 r., sygn. akt KIO 2611/18.

Wypełniając wymóg art. 196 ust. 4 p.z.p. i przytaczając przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, skład orzekający wskazuje, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 p.z.p. „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą". Nie jest to norma samoistna, a zastosowanie odrzucenia oferty na tej podstawie wymaga wskazania, które normy p.z.p. lub aktów wykonawczych, wydanych na podstawie p.z.p., zostały przez wykonawcę

naruszone. Warto również zwrócić uwagę, że odrzucenie oferty w oparciu o omawianą normę znajdzie zastosowanie, kiedy na podstawie innych, szczegółowych przesłanek nie będzie można oferty odrzucić, a jednocześnie oferta narusza przepisy prawa, w taki sposób, że nie może być przyjęta przez zamawiającego.

W rozpoznawanym odwołaniem sporze zmawiający odrzucił ofertę odwołującego z powodu niezachowania właściwej postaci – w ocenie zamawiającego złożona oferta stanowi kopię poświadczoną za zgodność z oryginałem, w formie elektronicznej.

W ramach uwag natury ogólnej, które są niezbędne dla dalszego wywodu, skład orzekający wskazuje, że ustawa p.z.p. nie zawiera definicji oferty i w oparciu o art. 14 p.z.p. znajdzie w tym zakresie zastosowanie art. 66 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 2018 r., poz. 1025 ze zm.), dalej zwanej jako „k.c.", zgodnie z którym „oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy".

Dalej wskazać należy, że w oparciu o art. 60 k.c. „z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli)."

Natomiast na kanwie art. 61 § 1 k.c. „oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Odwołanie takiego oświadczenia jest skuteczne, jeżeli doszło jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej". Przy czym zgodnie z art. 61 § 2 k.c. „oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią".

Zestawienie powyższych norm wskazuje, że do koniecznych elementów oświadczenia woli, bez których nie może ono powstać, albo nie może być prawnie skuteczne, należą: sam akt woli, tzn. podjęcie odpowiedniej decyzji przez osobę, która ma złożyć oświadczenie woli, wyrażenie woli na zewnątrz, przy zachowaniu przy tej czynności odpowiedniej formy, jeżeli ustawa lub umowa stron tego wymaga, wreszcie dojście tego oświadczenia do adresata. W zasadzie wszystkie te elementy tworzą jedną całość. (por. uchwała siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 20.02.1967 r., sygn. akt III CZP 88/66).

Krótko przypomnieć należy, że art. 60 k.c. określa jeden z najistotniejszych elementów oświadczenia woli – o złożeniu oświadczenia woli można mówić dopiero z chwilą zewnętrznego przejawu woli dokonującego czynności prawnej. Zaś z ujawnieniem woli immamentnie związane jest doręczenie oświadczenia, bowiem aby oświadczenie woli, składane innej osobie, wywarło skutek prawny, musi zostać jej skutecznie złożone. Jest to istotne w szczególności w zakresie oświadczeń mających oznaczonego adresata, tj. oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, której adresatem jest jednostka zamawiająca w danym postępowaniu.

Zgodnie z art. 61 k.c. polskie prawo przyjęło w tym zakresie tzw. teorię doręczenia. „Spośród możliwych koncepcji skutecznego złożenia oświadczenia woli (teoria oświadczenia, teoria wysłania, teoria doręczenia, teoria zapoznania) ustawodawca polski dokonał wyboru teorii doręczenia". (por. wyrok Sądu Najwyższego z 20.11.2014 r., sygn. akt I PK 88/14, wyrok Sądu Najwyższego z 20.05.2015 r., sygn. akt I CSK 547/14, wyrok Sądu Najwyższego z 17.06.2009 r., sygn. akt VCSK 53/09).

Następnie skład orzekający wskazuje, że „Skuteczność oświadczenia woli zależy od uprzystępnienia go (zakomunikowania) właściwej osobie, a więc tej, do której jest ono kierowane" (por. wyrok Sądu Najwyższego z 21.06.1965 r., sygn. akt III PR 18/65, wyrok Sądu Najwyższego z 18.12.1966 r., sygn. akt I CKU 44/96).

Ponadto, za wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 05.02.2013 r., sygn. akt I ACa 954/12, zaznaczyć należy, że „W razie niedojścia wysłanego oświadczenia woli do adresata nie można mówić o skutecznym jego złożeniu. W takim wypadku adresat nie ma bowiem możliwości zapoznania się z jego treścią, a to oznacza, że oświadczenie nie zostało skutecznie złożone i nie wywarło skutków prawnych. Samo sporządzenie pisma zawierającego oświadczenie woli nie może być uznane za złożenie oświadczenia woli w rozumieniu , chociażby nawet istniała możliwość faktycznego zapoznania się z treścią oświadczenia przez adresata, o ile nie nastąpiło przekazanie tego pisma z zamiarem wywołania skutków prawnych (wyrok SN z dnia 4 listopada 1982 r., II CR 380/82, OSNC 1983, nr 8, poz. 117; wyrok SN z dnia 20 sierpnia 1984 r., I PRN 111/84, OSNC 1985, nr 4, poz. 57, z glosą T. Liszcz, PiZS 1985, nr 11, s. 68)".

Warto również podsumować, iż „Dla skuteczności doręczenia konieczne jest spełnienie określonych przesłanek odnoszących się do miejsca i sposobu doręczenia, samego oświadczenia i osoby jego adresata." (*vide* Fras Mariusz (red.), Habdas Magdalena (red), Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna (art. 1-125), WKP 2018, komentarz do art. 61 k.c., system informacji prawnej LEX).

Skład orzekający wyżej zaprezentowane poglądy podziela i przyjmuje za własne.

Zwięźle rekapitulując konieczność ujawnienia i doręczenia oświadczenia woli, w zakresie istotnym dla rozpoznawanego sporu, Izba wskazuje, że złożenie oświadczenia w postaci oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego następuje nie w chwili podpisania oferty (tzw. teoria oświadczenia), ani nie w chwili jej wysłania (tzw. teoria wysłania). Oferta zostaje złożona zamawiającemu z chwilą jej doręczenia. Moment ten ma istotne znaczenie, ponieważ co do zasady właśnie wtedy powstają skutki prawne związane ze złożeniem oświadczenia woli oraz stan związania wykonawcy jego treścią. Wtedy również należy oceniać, czy oświadczenie to zostało ujawnione w sposób ważny, zrozumiały i spełniający wymogi ustanowione przez przepisy prawa (czy stanowi przejaw woli zawarcia umowy określonej treści).

Celem ułatwienia obrotu ustawodawca ustanowił fikcję doręczenia, również co do składania oświadczeń woli w postaci elektronicznej – art. 61 § 2 k.c., który określa moment, kiedy oświadczenia woli uznaje się za złożone, tj. moment wprowadzenia elektronicznego nośnika informacji (sygnału) do środka komunikacji po stronie adresata, w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z treścią przekazu – tym niemniej dopóki wykonawca nie ujawni i nie doręczy swojej woli zamawiającemu nie można mówić o skutecznym złożeniu oferty.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanego odwołania, Izba wskazuje co następuje.

Nie było sporne pomiędzy stronami, że odwołujący ujawnił zamawiającemu ofertę wyłącznie w formie elektronicznej, poprzez przesłanie oferty na platformę zamawiającego, zatem w sposób wskazany w art. 10a ust. 1 p.z.p., przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Odwołujący w żaden inny sposób nie ujawnił swojej woli, w tym nigdy nie doręczono zamawiającemu oferty w formie pisemnej.

Budzi zatem wątpliwość przypisywanie ważkiego znaczenia przez zmawiającego czynnościom wykonawcy, które poprzedziły ujawnienie oświadczenia woli. Zachowanie polegające na przygotowaniu i wydrukowaniu przyszłego tekstu oferty w postaci papierowej oraz opatrzenie postaci papierowej własnoręcznym podpisem (art. 78 § 1 k.c.) nie jest zachowaniem, które zgodnie z art. 60 k.c. ujawnia w sposób dostateczny wolę osoby zamierzającej złożyć ofertę, bowiem w ustalonym stanie rzeczy doszło do ujawnienia woli w postaci oferty złożonej w formie określonej w art. 10a ust. 5 p.z.p. – poprzez przekazanie zamawiającemu oferty sporządzonej w formie elektronicznej, podpisanej podpisem

elektronicznym, złożonej za pomocą środków komunikacji elektronicznej, poprzez platformę elektroniczną.

Innymi słowy, kiedy wykonawca sporządzi dokument w postaci papierowej, podpisze go, zeskanuje, a później nośnik papierowy zniszczy, czy „wrzuci do szuflady", to takie pierwotne, nieujawnione „zarzewie" dokumentu oferty w postaci papierowej, które nigdy nie zostało ujawnione zamawiającemu, nie może być w ogóle nazwane ofertą na kanwie wskazanych norm i nie wywołuje żadnych skutków prawnych – albowiem brak tu cech wymaganych przez art. 66 § 1 w zw. z art. 60 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p. Tak podpisany plik stron nie jest oświadczeniem woli w rozumieniu materialnego prawa cywilnego. Jeżeli podpisany ręcznie nośnik papierowy przetrwa, to mógłby być jedynie środkiem dowodowym „z dokumentu" w postępowaniu cywilnym (na okoliczność sporządzenia materialnego „zarzewia" dokumentu określonej treści bez jego ujawnienia), lecz Izba zwraca uwagę, że do tych przepisów – w przeciwieństwie do norm kodeksu cywilnego – ustawa p.z.p. się nie odwołuje.

Na osi czasu zachowaniu osoby, która własnoręcznie podpisuje tekst przyszłej oferty nie można przypisać żadnych następstw prawnych, bowiem „oferta z szuflady" nigdy nie została ujawniona, ani tym bardziej doręczona. W ocenie składu orzekającego, dopóki wykonawca nie ujawni swojej woli zamawiającemu, w rozumieniu art. 60 k.c., nie można mówić o istnieniu oferty, w jakiejkolwiek postaci. W ustalonym stanie faktycznym rozpoznawanego odwołania oferta „powstała" z chwilą zakończenia czynności podpisania pliku pdf podpisem elektronicznym oferty i wprowadzeniem pliku do elektronicznego nośnika (platformy zamawiającego). To bowiem zachowanie – jako całość, stanowiło złożenie oświadczenia woli zawarcia umowy, a więc, za art. 60 k.c., zachowanie się osoby, które ujawniło jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej.

Błędne jest więc stanowisko zamawiającego jakoby odwołujący dokonał scalenia formy pisemnej i formy elektronicznej oferty, skoro jedyną ujawnioną i doręczoną ofertą jest ta przekazana drogą elektroniczną i podpisana podpisem elektronicznym. Nie można mówić o ofercie w formie pisemnej, kiedy wykonawca wydrukował ofertę i ją ręcznie podpisał, ponieważ oświadczenie to nigdy nie zostało zamawiającemu w takiej formie ujawnione i nie wywołuje żadnych skutków prawnych. Papierowa forma (materiał, nośnik), włożona do szuflady, nie może stanowić ważnej oferty, gdyż nie zawiera koniecznego elementu dla oświadczeń dwustronnych, tj. ujawnienia i doręczenia zamawiającemu, co jest niezbędne, aby oświadczenie woli w ogóle mogło zaistnieć w obrocie prawnym.

Dodatkowo zaznaczyć należy, że art. 60 k.c., wyrażający zasadę swobody formy i mający charakter normy dyspozytywnej, na gruncie p.z.p. doznaje ograniczenia – ustawodawca wskazał, że ujawnienie woli wykonawcy, będącej ofertą, odbywa się w postaci elektronicznej, opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, zaś niezachowanie wskazanej formy powoduje nieważność czynności prawnej (art. 10a ust. 5 p.z.p.).

Zatem również z tego powodu trudno podzielić pogląd o niebagatelnym znaczeniu papierowego substratu, nośnika treści przyszłej oferty, która nigdy nie została zamawiającemu ujawniona, skoro ustanowiono *lex specialis,* co do sposobu ujawnienia oferty (oświadczenia woli zawarcia umowy). Wszystkie wcześniejsze zachowania osoby chcącej ujawnić wolę zawarcia umowy, poprzez złożenie oferty, które poprzedzają opatrzenie jej kwalifikowanym podpisem elektronicznym i wysłanie, są zachowaniami prawnie nieistotnymi, którym ustawa p.z.p. nie przyznaje żadnej doniosłości prawnej. Potwierdza to dodatkowo art. 10a ust. 5 p.z.p., który wyraźnie stwierdza, że oferta bez postaci elektronicznej i bez podpisu kwalifikowanego jest nieważna – nie stanowi bowiem prawnie dopuszczalnej formy wyrażenia woli.

Innymi słowy przygotowanie i wydrukowanie przyszłego tekstu oferty w postaci papierowej oraz opatrzenie takiej postaci własnoręcznym podpisem, jest zachowaniem, które zgodnie z art. 60 k.c. nie ujawnia (jeszcze) w sposób dostateczny woli osoby zamierzającej złożyć ofertę – bowiem do jej ujawnienia, zgodnie z art. 10a ust. 5 p.z.p., wymaga się nadania oświadczeniu postaci elektronicznej i opatrzenia go kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Siłą rzeczy własnoręcznie podpisany formularz ofertowy również nigdy nie został w niniejszej sprawie zamawiającemu doręczony (art. 61 k.c.). Czynność prawna, której konstytutywnym elementem jest określona forma (forma elektroniczna), w formie pisemnej jest bezwzględnie nieważna. Zatem oferta pisemna nie wywołuje, dodatkowo ze względu na art. 10a ust. 5 p.z.p., żadnych skutków prawnych.

Powyższe jest również istotne dla wywodu dotyczącego samej postaci oferty, bowiem nie sposób dokonać wykładni norm co do postaci sporządzenia oferty, bez uwzględnienia elementów normatywnie istotnych dla tego konkretnego oświadczenia.

Przechodząc zatem od zależności pomiędzy przepisami dotyczącymi sposobu składania oświadczeń woli (regulacją pozwalającą ustalić moment złożenia oświadczenia) do unormowań przewidującym konieczność ubrania oświadczenia w określoną formę, Izba wskazuje, jak już wyżej zaznaczono, że zgodnie z p.z.p. dla skutecznego złożenia oferty w ustalonym stanie rzeczy, winna mieć ona postać elektroniczną, opatrzoną kwalifikowanym podpisem, która to forma została zastrzeżona przez ustawodawcę *ad solemnitatem* (art. 10a ust. 5 p.z.p.).

Następnie Izba wskazuje, że „Do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu" (art. 78^1 § 1 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p.). Natomiast zgodnie z art. 10a ust. 5 p.z.p. ofertę sporządza się w postaci elektronicznej i opatruje kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Ponadto oferta winna być złożona zamawiającemu przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (art. 10a ust. 1 p.z.p.), z zaznaczeniem, że w postępowaniu, którego dotyczy rozpoznawane odwołanie, komunikacja elektroniczna wykonawców z zamawiającym odbywa się poprzez platformę elektroniczną zamawiającego (pkt 1 rozdziału X SIWZ) – na podstawie § 2 ust. 1 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 ze zm.), dalej zwanego jako „r.w.ś.k.e."

Zamawiający, w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego, wskazał, że na kanwie § 5 ust. 2 r.w.ś.k.e. złożona oferta stanowi elektroniczną kopię, zatem „przekazanie skanu oferty sporządzonej i podpisanej w formie tradycyjnej w świetle tej normy nie może zostać uznane przez zamawiającego za złożenie oferty przewidzianej w art. 78^1 k.c., tj. w zgodzie z przepisami p.z.p. i aktów wykonawczych." Skład rozpoznający odwołanie nie podzielił tego stanowiska.

Na wstępie zaznaczyć należy, że skład orzekający przyjmuje, że w poniższym wywodzie oferta oznacza ofertę sensu *stricte* (w znaczeniu formularza ofertowego, opracowanego w oparciu o specyfikację istotnych warunków zamówienia), a nie w znaczeniu szerszym, obejmującym poza ww. formularzem ofertowym także wymagane oświadczenia i dokumenty. Spornym w sprawie było czy oferta – formularz ofertowy została właściwie złożona, zatem takie rozumienie oferty Izba przyjęła do rozważań.

Rozpoczynając od gramatycznej wykładni normy § 5 r.w.ś.k.e. Izba wskazuje, że przepis ten dotyczy wyłącznie dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p., lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie ze stosowaną przez ustawodawcę siatką pojęciową, zarówno w ustawie p.z.p., jak i aktach wykonawczych wydanych na jej podstawie, jak i nawet na kanwie omawianego rozporządzenia (*vide* § 3 r.w.ś.k.e.), ustawodawca w sposób jednoznaczny rozróżnia ofertę od innych dokumentów i oświadczeń składanych w postępowaniu, w oparciu o art. 25 ust. 1 p.z.p. Trudno też podzielić pogląd jakoby oferta mogła być „innym dokumentem lub oświadczeniem", skoro w żadnym miejscu ustawodawca nie utożsamia pojęcia oferty z dokumentem lub oświadczeniem składanym w postępowaniu. Na marginesie dodać należy, że wobec normatywnego braku zrównania oferty z oświadczeniami i dokumentami wraz z nią składanymi, w orzecznictwie i doktrynie, ukształtowało się pojęcie oferta sensu *stricte* i oferta sensu *largo*, jednakże nie jest to podział dokonany przez ustawodawcę, a to na tym polu skład orzekający przeprowadza wywód.

Ustawodawca, zgodnie z art. 25 ust. 2 p.z.p., uregulował oświadczenia i dokumenty, składane w postępowaniu, w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126 ze zm.). Rozporządzenie to nie obejmuje oferty, zatem trudno przyjąć, aby § 5 r.w.ś.k.e. – referujący do art. 25 ust. 1 p.z.p., więc również do rozporządzenia wydanego w oparciu o art. 25 ust. 2p.z.p. – mógł dotyczyć oferty.

Ponadto zrównanie oferty do dokumentów i oświadczeń wskazanych w § 5 r.w.ś.k.e., unormowanych w art. 25 ust. 1 p.z.p., powodowałoby dalsze istotne skutki prawne, w tym sprzeczne z p.z.p. – np. możliwość uzupełnienia oferty, zgodnie z art. 26 ust. 3 p.z.p.

Następnie, w ocenie Izby, należy uwypuklić charakter normy § 5 r.w.ś.k.e., ponieważ nie można tracić ze wzroku, że jest to przepis z zakresu prawa procesowego. W procedurze opartej na przepisach p.z.p. wykonawca winień wykazać zamawiającemu spełnienie przesłanek art. 25 ust. 1 p.z.p., z którymi związane są środki dowodowe, określone w rozporządzeniu wydanym w oparciu o art. 25 ust. 2 p.z.p. Zdaniem składu orzekającego § 5 r.w.ś.k.e. odnosi się wyłącznie do oświadczeń i dokumentów, będących środkami wykazania określonych faktów (np. złożenie dokumentu informacji z Krajowego Rejestru Karnego na okoliczność wykazania braku podstawy do wykluczenia wykonawcy, uregulowanej w art. 24 ust. 1 pkt 13 p.z.p., czy dokumentu koncesji na okoliczność wykazania posiadania odpowiednich uprawnień do prowadzenia działalności zawodowej, w oparciu o art. 22 ust. 1 b pkt 1 p.z.p., etc.). Wykonawca, składając określone dowody, wykazuje okoliczności wymagane przez zamawiającego w dokumentacji postępowania, nadto okoliczności te związane są z dokumentami uprzednio wprowadzonymi do obrotu prawnego.

Jeżeli wykonawca nie posiada oryginału dokumentu, może złożyć zamawiającemu kopię. Ustawodawca, w § 5 r.w.ś.k.e., dokonał pewnego ułatwienia, ustanowił domniemanie, gdzie podniesiono rangę kopii i zrównano ją z oryginalnym dokumentem, dla celów dowodowych. Poświadczona podpisem elektronicznym kserokopia czy skan dokumentu, na kanwie przepisów procesowych, jest dowodem na okoliczność istnienia oryginału i jego treści.

Trudno nie dostrzec wpływu proceduralnego prawa cywilnego na takie rozwiązanie, bowiem jeżeli kopia nie została poświadczona za zgodność z oryginałem nie powinna zostać uznana za dokument, co związane jest z jej mocą dowodową. Za wyrokiem Sądu Najwyższego z 16.06.2000 r., sygn. akt IV CKN 59/00, przypomnieć należy, że „dla uznania kserokopii za dokument niezbędne jest oświadczenie o istnieniu oryginału o treści i formie odwzorowanej kserokopią. Takim oświadczeniem będzie umieszczone na kserokopii i zaopatrzone podpisem poświadczenie zgodności kserokopii z oryginałem. Dopiero wtedy można uznać kserokopię za dokument świadczący o istnieniu oryginału. Bez wspomnianego poświadczenia kserokopia nie może więc być uznana za dokument, nie ma więc mocy dowodowej". (por. wyroki Sądu Najwyższego: z 29.03.1994 r. sygn. akt III CZP 37/94, z 16.06.2000 r., sygn. akt IV CKN 59/00, z 14.02.2007 r., sygn. akt II CSK 406/06, z 10.07.2009 r., sygn. akt II CSK 71/09, z dnia 29.04.2009 r., II CSK 557/08).

Zatem upraszczając, kiedy w oparciu o prawo procesowe składa się poświadczony za zgodność dokument dowodzi to istnienia oryginału o określonej treści. Problem pojawia się, gdy usiłuje się ocenić czynność złożenia oferty (co jest uregulowane w prawie materialnym) w oparciu o przepisy prawa proceduralnego, w szczególności stosując do tej oceny domniemanie z § 5 r.w.ś.k.e.

Jak już wcześniej zaznaczono w ocenie Izby wykonawca składając ofertę (przesyłając ją na platformę zamawiającego), dokonał ujawnienia swojej woli zawarcia umowy na warunkach wskazanych w dokumentacji postępowania. Czynność ta spowodowała, że oferta wywołuje skutek prawny – zaczyna istnieć w obrocie prawnym. Nie ma tu zatem kopii, podpisany ręcznie formularz ofertowy „z szuflady" nie jest ofertą w znaczeniu prawa materialnego, bowiem nie jest ważnym oświadczeniem woli. W uproszczeniu, podpisanie elektroniczne nie może spowodować powstania kopii oferty, ponieważ „oryginał" powstaje z chwilą ujawnienia zamawiającemu – wcześniej jest jedynie substratem, „półproduktem" procesu powstawania oświadczenia woli (nie zaś dowodu). Zamawiający pomieszał skutek podpisania skanu oferty podpisem elektronicznym, który nastąpił w oparciu o prawo materialne, ze skutkiem na płaszczyźnie prawa procesowego, całkowicie pomijając uregulowania wskazane w art. 66 § 1 w zw. z art. 60 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p., szeroko omówione przez Izbę we wcześniejszej części uzasadnienia.

Zdaniem Izby trudno również nie dostrzec, że zamiarem wykonawcy, który podpisał ofertę podpisem elektronicznym jest złożenie oferty (art. 65 § 1 k.c.), natomiast zamawiający ocenił czynność podpisu elektronicznego nie przez pryzmat prawa materialnego (ujawnienie woli powodujące skutek prawny w postaci złożenia oświadczenia woli), do czego zobowiązują go okoliczności, w których oświadczenie zostało złożone, a przez pryzmat prawa procesowego (poświadczenie, że istnieje oryginał dokumentu o określonej treści).

W ocenie składu orzekającego – w oparciu o wykładnię systemową omawianego przepisu rozporządzenia – należy wskazać, że racjonalny ustawodawca celowo nie odniósł omawianego przepisu do oferty, uwzględniając oczywisty fakt, że oświadczenie woli jest czym innym od dowodu. Mając świadomość odmiennych regulacji i celów składania oferty, rozróżniając je od składania dokumentów oraz oświadczeń, ustawodawca przewidział omawianą regulację (§ 5 r.w.ś.k.e.), aby ułatwić potwierdzanie dokumentów składanych w celach dowodowych. Nie sposób zatem przyjąć, że norma ta mogłaby odnosić się do oświadczeń woli ujawnianych w postępowaniu po raz pierwszy (takich jak pierwotna wola zawarcia umowy, czyli oferta).

Następnie Izba wskazuje, że ustawodawca nie zdefiniował kopii i oryginału. Orzecznictwo również nie uznało za stosowne tworzenie kazuistycznej definicji wskazującej czym jest oryginał, a czym kopia. Uwzględniając zatem zakres pojęciowy oryginału, za słownikiem języka polskiego stwierdzić należy, że oryginałem jest rzecz oryginalna, niebędąca kopią, przeróbką itp., zaś kopia to rzecz dokładnie odtworzona z oryginału.

Zasadnicza różnica pomiędzy oryginałem a kopią jest taka, że kopia dokumentu jest wyłącznie odwzorowaniem układu graficznego i treści zawartej w oryginalnym dokumencie, jednakże nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże ze złożeniem oświadczenia – gdyż nie zawiera oryginalnego podpisu osoby składającej oświadczenie i nie zmierza do wywołania skutków prawnych, a w przypadku dokumentowania oświadczenia woli, wykazania jakiej treści oświadczenie już (w przeszłości) złożono.

Przenosząc powyższe rozważania na ustalony stan rzeczy, kiedy odwołujący ujawnił ofertę wyłącznie w postaci elektronicznej, mając na względzie analizę dokonaną w przedmiocie ujawnienia oferty w postępowaniu objętym sporem, należy skonstatować, że nie istnieje możliwość złożenia oświadczenie woli ujawnionego pierwszy raz w kopii. Innymi słowy, jeżeli wykonawca ujawnia oświadczenie zamawiającemu, niezależnie od formy, to właśnie to oświadczenie – na konkretnym nośniku (w konkretnej formie, tu: elektronicznej) stanowi oryginał.

Nie wydaje się wymagać szczególnie obszernego wyjaśnienia oczywisty fakt, że aby być „kopią czegoś", najpierw musi istnieć oryginał. Kopia oferty zatem byłaby dokumentową, dowodową formą wykazania, że zostało złożone oświadczenie woli określonej treści. Aby zatem przyjąć istnienie takiej kopii, najpierw musiałby istnieć oryginał tego, co zostało skopiowane.

W niniejszej sprawie materiał (papier) będący nośnikiem określonej treści, która została przeniesiona (w formie obrazu) do postaci elektronicznej, nie jest „oryginałem" – jest jedynie materialnym substratem, „półproduktem" procesu tworzenia nośnika oświadczenia woli. Nie można zatem uznać, że gotowe oświadczenie, zmierzające do wywołania skutków prawnych – stające się „oryginałem" oświadczenia w momencie jego ujawnienia zamawiającemu (wtedy bowiem po raz pierwszy uzyskuje ono byt prawny) – może być kopią swojego substratu, powstałego w procesie tworzenia oryginału – rozumowanie takie byłoby nielogiczne. Ponadto, taka wykładnia przepisu prowadziłoby do pomieszania definicji dokumentów jako dowodów z definicją dokumentów jako nośników oświadczeń.

Nadanie procesowi tworzenia nośnika oświadczenia ważkiego znaczenia w procesie kwalifikacji tego oświadczenia, spowodowałoby również znaczą ilość niedopuszczalnych prawnie rezultatów. Dla przykładu można wskazać, że w sytuacji, w której wykonawca sporządziłby ofertę poprzez wykorzystanie programu pozwalającego na dyktowanie przez mikrofon (tzw. „speech to text"), w procesie jej powstania „półproduktem" takim jak papier w omawianej sprawie byłby dźwięk, a więc to, co zbliżone jest do „formy ustnej" w rozumieniu prawa cywilnego – to bowiem w tej formie pierwotnie zaistniałoby przyszłe oświadczenie, gdy było przenoszone w taki sposób do postaci elektronicznej.

Przyjęcie zatem, że podpisana podpisem elektronicznym oferta w niniejszej sprawie jest kopią oświadczenia papierowego, wymagałoby w konsekwencji przyjęcia, że oferta sporządzona w programie pozwalającym na przenoszenie rejestrowanego dźwięku na tekst, została sporządzona w formie ustnej. Z taką wykładnią nie sposób się zgodzić.

Trudno zatem podzielić pogląd jakoby nieujawniona „oferta" w postaci papierowej miała stanowić „pierwotną treść oferty", czy winna powodować taki skutek prawny, że oferta nie została sporządzona w postaci elektronicznej, a w papierowej, skoro sam ustawodawca nadaje skutek prawny tylko tym oświadczeniom woli, które zostały zamawiającemu ujawnione.

Nie było sporu pomiędzy stronami, że zeskanowana oferta, podpisana elektronicznie, spełnia wymóg sporządzenia we właściwej postaci, zgodnie z art. 10 ust. 5 p.z.p. Zamawiający na rozprawie wskazał, że problemem jest dwukrotne podpisanie, zatem powstanie kopii elektronicznej. Powyższe wynika również z informacji o odrzuceniu, przekazanej odwołującemu.

Izba również nie znajduje podstaw, aby tak złożonej ofercie odmówić posiadania prawidłowej postaci – postaci dokumentu elektronicznego. W ocenie Izby o tym jaką formę będzie miało złożone oświadczenie przesądzać będą kryteria techniczne, a w szczególności sposób wyartykułowania i ujawnienia oświadczenia drugiej stronie. Oferta, w postaci skanu, będącego jednym ze sposobów wprowadzenia danych do komputera, w formacie pdf – zgodnym z § 4 r.w.ś.k.e. w zw. z załącznikiem nr 2 do rozporządzenia 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. z 2017 r. poz. 2247 ze zm.) – podpisana ważnym podpisem elektronicznym, spełnia określony przez ustawodawcę wymóg.

Skład orzekający podzielił również argumentację odwołującego, posiłkowo wskazującego na art. 3 pkt 2 ustawy z dnia 17 lutego 2005 roku o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz.U. z 2017 r. poz. 570 ze zm.) – zgodnie z którym dokument elektroniczny to stanowiący odrębną całość znaczeniową zbiór danych uporządkowanych w określonej strukturze wewnętrznej i zapisany na informatycznym nośniku danych – z czego wynika, że sposób wytworzenia pliku jest obojętny dla ustalenia, czy plik stanowi dokument elektroniczny, a niezbędne jest spełnienie dwóch przesłanek wskazanych w tej normie. Pierwszej – plik stanowi ustrukturyzowany zbiór danych oraz drugiej – plik daje się zapisać na informatycznym nośniku danych.

Jest to zbieżne z unijną definicją dokumentu elektronicznego, określoną art. 3 pkt 35 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE, zgodnie z którą dokument elektroniczny oznacza każdą treść przechowywaną w postaci elektronicznej, w szczególności tekst lub nagranie dźwiękowe, wizualne lub audiowizualne.

Nie można również nie zauważyć, że złożona oferta spełnia wymóg wskazany w art. 22 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, zgodnie z którym elektroniczne składanie ofert przeprowadza się z wykorzystywaniem elektronicznych środków komunikacji, zgodnie z wymogami rzeczonego artykułu. Jest to istotne, gdyż należy mieć na uwadze obowiązek prounijnej wykładni prawa krajowego, wynikający z art. 288 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, który polega na dokonywaniu przez organy krajowe takiej interpretacji przepisów prawa krajowego, która zapewnia osiągnięcie celu wynikającego z norm prawa unijnego. Stosując prawo krajowe, a zwłaszcza przepisy uregulowania przyjętego w celu wprowadzenia wymagań dyrektywy, organ krajowy jest zobowiązany interpretować prawo krajowe w najszerszym możliwym zakresie, w świetle brzmienia i celu danej dyrektywy, aby osiągnąć rezultat przez nią przewidziany, a co za tym idzie, zapewnić zgodność z art. 288 TFUE. (por. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 05.10.2004 r. w sprawach połączonych od C-397/01 do C-403/01).

Uwzględniwszy zatem zasady techniki legislacyjnej, siatkę pojęciową ustawy p.z.p., a także wykładnię gramatyczną, celowościową, funkcjonalną i systemową, której wszystkie prowadzą do tego samego rezultatu, stwierdzić należy, że § 5 r.w.ś.k.e. nie obejmuje oferty. Żadna metoda wykładni nie prowadzi do takich wniosków – wszystkie, z różnych przyczyn, wskazują na niezasadność postulatu, aby można było uznać, iż składane po raz pierwszy oświadczenie, stworzone w formie elektronicznej, jest kopią swojego substratu, powstałego w procesie jego sporządzania.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie składu orzekającego, wskazanego przez zmawiającego § 5 r.w.ś.k.e., nie można zastosować do oferty, budzi też wątpliwość dokonanie wykładni tej normy i w ten sposób przeniesienie uregulowania rozporządzenia na płaszczyznę oświadczenia woli, jakim jest oferta, tym bardziej w oderwaniu od elementów normatywnie istotnych dla tego konkretnego oświadczenia, w sposób sprzeczny z p.z.p. i k.c.

Zaznaczyć również wypada, że z uwagi na restrykcyjny charakter art. 89 ust. 1 p.z.p., ze względu na wynikającą z normy sankcję – w postaci wyeliminowania wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – rozszerzająca wykładnia tego przepisu jest niedopuszczalna. Więc również dokonywanie rozszerzającej wykładni normy, w której uregulowano elektroniczną kopię (§ 5 r.w.ś.k.e.) i bezpośrednie odniesienie jej do oferty, co w konsekwencji powoduje odrzucenie oferty, nie może spotkać się z aprobatą Izby, bowiem wykładnia tego przepisu w ten sposób skutkowałaby jego sprzecznością z aktami wyższego rzędu (*lex superior derogat legi inferiori*).

W konsekwencji powyższego Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła zarzuty nr 1 – 4 i 7 z*petium* odwołania, bowiem okoliczności faktyczne w nich ujęte wskazują, że zamawiający w sposób nieprawidłowy – z powodu błędu wynikającego z wadliwej wykładni przepisów prawa, tj. art. 89 ust. 1 pkt 1 p.z.p. w zw. art. 78^1 k.c. zw. z 14 p.z.p. oraz art. 10a ust. 5 p.z.p. – odrzucił ofertę odwołującego.

W wyniku powyższego Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła również zarzut nr 6 odwołania, ponieważ zamawiający nieprawidłowo unieważnił postępowanie w części VIII, kiedy nie zaszły przesłanki wskazane w normie z art. 93 ust. 1 pkt 1 p.z.p.

Skład rozpoznający odwołanie zwraca również uwagę, że celem elektronizacji zamówień publicznych jest poprawa skuteczności i przejrzystości procesu udzielania zamówień publicznych. Zgodnie z motywem 52 preambuły dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, środki elektroniczne powinny stać się standardowymi środkami komunikacji i wymiany informacji w postępowaniach o udzielanie zamówień, ponieważ znacząco zwiększają możliwości udziału wykonawców w postępowaniach o udzielanie zamówień na całym rynku wewnętrznym.

Proces elektronizacji zamówień publicznych zmierza do całkowitego zastąpienia form tradycyjnych elektronicznymi formami prowadzenia postępowania, a jego celem jest wprowadzenie w pełni elektronicznego sposobu komunikacji pomiędzy zamawiającym i wykonawcami. Elektroniczna forma winna wieść prym w dokonywaniu i dokumentowaniu czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zatem należy krytycznie ocenić zachowanie wykonawców polegające na tak znacznym przywiązaniu do składania odręcznych podpisów i przystawiania pieczęci, w toku przygotowywania dokumentacji.

Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 92 ust. 1 p.z.p., sformułowany jako poinformowanie wykonawców wyłącznie o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, w sytuacji kiedy zamawiający, na gruncie powołanego przepisu, był zobowiązany do niezwłocznego i jednoczesnego poinformowania wykonawców zarówno o wyborze najkorzystniejszej oferty, jak i ewentualnie o wykluczonych wykonawcach oraz wykonawcach, których oferty zostały odrzucone oraz o unieważnieniu postępowania (zarzut nr 5 z *petitum* odwołania). Izba oddaliła również zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1 p.z.p., postawiony jako naruszenie przez zamawiającego zasady jawności, poprzez braku jednoczesnego poinformowania wykonawców, zarówno o wyborze najkorzystniejszej oferty, jak i ewentualnie o wykluczonych wykonawcach oraz wykonawcach, których oferty zostały odrzucone oraz o unieważnieniu postępowania (zarzut nr 8 *z petitum* odwołania).

Skład orzekający wskazuje, że w oparciu o art. 92 ust. 1 p.z.p. zamawiający niezwłocznie informuje wszystkich wykonawców: o wyborze najkorzystniejszej oferty, o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, o wykonawcach, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, ale nie zostali zaproszeni do kolejnego etapu negocjacji albo dialogu, o dopuszczeniu do dynamicznego systemu zakupów, o nieustanowieniu dynamicznego systemu zakupów, o unieważnieniu postępowania – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

W ocenie odwołującego zamawiający naruszył ustawę p.z.p., ponieważ nie poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, o okolicznościach wskazanych w art. 92 ust. 1 p.z.p., jednocześnie z informacją o odrzuceniu oferty odwołującego. Umknęło przy tym uwadze odwołującego, że ustawą nowelizującą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z dnia 13 lipca 2016 r.), ustawodawca zmienił omawianą normę i w brzmieniu obowiązującym art. 92 ust. 1 p.z.p. nie wymaga jednoczesnego informowania o ww. okolicznościach. Nie dziwi zatem fakt, że orzeczenie na którym odwołujący oparł swój zarzut pochodzi sprzed dekady. W aktualnym stanie prawnym zamawiający ma obowiązek poinformowania wykonawców, o okolicznościach uregulowanych w art. 92 ust. 1 p.z.p., w sposób niezwłoczny, więc nie musi robić tego jedną czynnością (jednocześnie). Zamawiający ma możliwość, w różnym czasie, poinformowania wykonawców o odrzuceniu ich oferty, czy wykluczeniu z postępowania, całkowicie niezależnie od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający wskazuje, że nie podzielił twierdzeń odwołującego o naruszeniu przez zamawiającego art. 92 ust. 1 p.z.p. i oddalił zarzut nr 5 odwołania, co w konsekwencji spowodowało również oddalenie zarzutu nr 8, bowiem brak ustawowego obowiązku jednoczesnego poinformowania o czynnościach uregulowanych w art. 92 ust. 1 p.z.p., powoduje, że zamawiający nie naruszył również art. 8 ust. 1 p.z.p.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia dowody złożone przez odwołującego, w postaci wyciągu z SIWZ postępowania nr 2017/39 i oferty Aeroklubu Podhalańskiego. Dowody te dotyczą innego stanu prawnego niż rozpoznawany odwołaniem, a więc nie mogą świadczyć o tym, że działanie zamawiającego w innym postępowaniu, prowadzone o inne uregulowania prawne, jest chociażby luźno związane z okolicznościami istotnymi dla rozpoznawanego sporu. Zatem w ocenie Izby brak jakiegokolwiek powiązania dowodów ze sporem rozpoznawanym odwołaniem, powoduje, że nie można, w oparciu o przedłożone dowody, dokonywać jakichkolwiek ustaleń, istotnych dla rozstrzygnięcia.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 p.z.p., orzeczono jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p., ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy odrzucił ofertę odwołującego, bez dokonania jej badania i oceny, co może mieć istotny wpływ na rozstrzygnięcie przetargu. Zaś na dzień orzekania zamawiający nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, zatem nie podstaw do zakładania, że ofertą najkorzystniejszą nie okaże się oferta odwołującego.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt 1 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. z 2018 r. poz. 972), obciążając zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego w postaci wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, zgodnie ze złożoną fakturą VAT, w kwocie wynikającej z § 3 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia.

Przewodniczący:

……...
Członkowie:
……
……