

Sygn. akt: KIO 412/19

WYROK

z dnia 25 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Magdalena Rams

Protokolant:Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 marca 2019 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **8 marca 2019 r.** przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe Atmoservice Sp. z o.o.,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Główny Inspektorat Ochrony Środowiska,**

przy udziale wykonawcy **Envimet Services Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe Atmoservice Sp. z o.o. i:

- 2.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe Atmoservice Sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 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 412/19

UZASADNIENIE

W dniu 8 marca 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo - Usługowe Atmoservice spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej „**Odwolujący**”) zarzucając zamawiającemu Głównemu Inspektoratowi Ochrony Środowiska w Warszawie (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Zakup poborników LVS pyłu PM10/PM2.5” prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego:

- 1)art. 10a ust. 5, art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy poprzez błędne uznanie za odrzuconą oferty odwołującego się wykonawcy;
- 2)art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy w zw. pkt XI ust. 9 SIWZ poprzez błędne uznanie za odrzuconą oferty odwołującego się wykonawcy;
- 3)art. 10a ust. 5, art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy w zw. z art. 99 § 1 i 104 kc poprzez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty wykonawcy Envimet Services sp. z o.o.;
- 4)art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu;
- 5)ewentualnie naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy w zw. pkt XI ust. 9 SIWZ poprzez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty wykonawcy Envimet Services sp. z o.o.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: (i) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; (ii) unieważnienia czynności odrzucenia oferty wnoszącego odwołanie; (iii) powtórzenia czynności badania i oceny ofert; (iv) odrzucenia oferty drugiego wykonawcy; (v) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej; (vi) przeprowadzenia dowodu z dokumentacji przetargowej będącej w posiadaniu Zamawiającego na okoliczności wskazane w uzasadnieniu; (vii) przeprowadzenia dowodu ze zmiany treści SIWZ 4 lutego 2019 r. na okoliczności wskazane w uzasadnieniu.

W uzasadnieniu przedstawionych zarzutów Odwołujący wskazał, że w dniu 26 lutego 2019 r. został poinformowany o

wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty. Jako podstawy odrzucenie oferty wskazano art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego opatrzenie skanu oferty podpisem elektronicznym nie może zostać uznane za naruszenie przepisów art. 10a ust. 5 ustawy Pzp, jak również przepisów 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.

Odwołujący powołał się na orzeczenie KIO z dnia 8 lutego 2019 r. (KIO 119/19) i wskazał, że wykonawcy w niniejszym postępowaniu mogli przygotować ofertę i załączyć ją w dowolnym wybranym przez siebie formacie, w tym w formacie pdf. Ponadto celem elektronizacji zamówień było sprawne przeprowadzenie postępowań. Intencją ustawodawcy było ich uproszczenie przy zachowaniu minimum formalizmu niezbędnego dla zachowania zasady przejrzystości.

Ponadto o złożeniu oferty można mówić dopiero na etapie podpisania jej podpisem elektronicznym i przekazaniu zamawiającemu. Dopiero tak sporządzony i przekazany dokument może stanowić ofertę w rozumieniu przepisów ustawy Pzp. Momentem złożenia oświadczenia woli nie jest podpisanie wersji papierowej, a jej podpisanie w wersji elektronicznej, a więc skanu (wyrok KIO z 4 marca 2019 r. KIO 277/19).

Odwołujący wskazał, że powyższe wątpliwości dostrzegł sam zamawiający. W treści SIWZ w pkt. XI w ust. 2 wymóg „Oferta powinna zostać przygotowana zgodnie z wymogami zawartymi w niniejszej SIWZ”. W innym postępowaniu dot. przetargu nieograniczonego on. „Zakup wyposażenia pomiarowego dla stacji tła regionalnego - Część 1 Zakup analizatorów rtęci gazowej, Część 2 Zakup urządzeń do pomiaru depozycji całkowitej (kolektor opadu), Część 3 Zakup analizatora prekursorów ozonu” ten sam zamawiający wykorzystał takie samo postanowienie. Jednakże w dniu 4 lutego 2019 r. dokonał zmiany treści SIWZ w przywołanym postanowieniu zastępując cytowany zapis następującym „Oferta powinna zostać złożona w oryginale zgodnie z wymogami zawartymi w niniejszej SIWZ w języku polskim i w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym”.

W ocenie Odwołującego powyższe wskazuje, że zamawiający stosuje różne wymogi dotyczące treści ofert i formy jej składania.

Dalej Odwołujący wskazał, że podstawą odrzucenia jego oferty nie może być druga ze wskazanych przesłanek. W przypadku sprzętu komputerowego dynamika zmian jest tak szybka, że podanie konkretnego parametru może uniemożliwić wykonanie umowy na etapie jej realizacji. Dlatego też elastyczność stanowi atut dla zamawiającego. Z punktu widzenia zamawiającego istotne jest aby oczekiwane przez niego parametry zostały spełnione i to wykonawca w ofercie zagwarantował. Wykonawca zagwarantował, że dostarczy sprzęt zgodny z wymaganiami zamawiającego, z tego względu braki oferty mają jedynie charakter formalny.

W ocenie Odwołującego w związku z powyższym w aspekcie merytorycznym oferta jest zgodna z treścią SIWZ i wymaganiami zamawiającego. Ewentualne braki oferty w tym zakresie mają charakter formalny i nie mogą stanowić podstawy odrzucenia oferty (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 kwietnia 2018 r. KIO 588/18). Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 stycznia 2018 r. KIO 2739/17). Taka niezgodność z pewnością nie miała miejsca. Sposób wypełnienia oferty w tym zakresie nie ma wpływu na ocenę punktową oferty, a tym samym na wynik postępowania.

Odwołujący wskazał, że analogicznie za niezgodną z treścią SIWZ należałoby uznać treść oferty Envimet Services sp. z o.o., w której wskazano w dla sprzętu komputerowego wskazano: „Wszystkie oferowane komponenty wchodzące w skład komputera będą ze sobą kompatybilne i nie będą obniżać jego wydajności. Zaoferowane komponenty komputera nie będą pracowały na niższych parametrach niż opisywane w SIWZ”, a także „System operacyjny w wersji polskiej - bezterminowa licencja na system operacyjny. Microsoft Windows 10 Prof. PL 64 bit spełniający wymagania Zamawiającego jak obok.” oraz „Oprogramowanie biurowe w wersji polskiej z licencją bezterminową umożliwiające uruchomienie na ww. komputerze: MS Office 2016 spełniające wymagania Zamawiającego jak obok.”. W ocenie Odwołującego są to dokładne powtórzenia wymagań zamawiającego stanowiące naruszenie pkt XI ust. 9 treści SIWZ, gdyż stanowi powielenie kolumny oferowane parametry. Gdyby zamawiający stosował te same wymogi dla obu ofert, to obie oferty powinny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego, w ocenie Odwołującego, oferta Envimet Services sp. z o.o. podlegała odrzuceniu ze względu na brak należytego umocowania osoby składającej ofertę. Pierwotnie oferta została złożona wraz z

pełnomocnictwem papierowym. Tymczasem, jak słusznie zauważył zamawiający winno ono zostać złożone w wersji elektronicznej. W związku z wezwaniem do uzupełnienia braków pełnomocnictwo zostało opatrzone podpisem elektronicznym, jednakże dopiero 7 lutego 2019 r., a więc po złożeniu oferty. Pełnomocnictwo może potwierdzać czynności osoby działającej bez upoważnienia, jednakże musi to wynikać z jego treści. Z treści pełnomocnictwa nie wynika, aby miało ono moc wsteczną, a więc w zakresie, w jakim jest ono pełnomocnictwem opatrzonym kwalifikowanym podpisem elektronicznym, umocowuje pełnomocnika do działania jedynie od dnia 7 lutego 2019 r. Zgodnie z art. 104 kc czynność jednostronna złożona bez umocowania jest nieważna. Złożenie oferty jest jednostronną czynnością prawną. Zgodnie z art. 99 § 1 kc pełnomocnictwo powinno być udzielone w formie w jaka zastrzeżona jest dla złożenia oferty.

W ocenie Odwołującego mając na uwadze powyższe zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. art. 10a ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 99 § 1 k.c. w zw. z art. 104 k.c. odrzucając oferty Envimet Services sp. z o.o.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) SIWZ wraz z załącznikami na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia, wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia oraz wymagań co do formy składanych przez wykonawców dokumentów w postępowaniu; (ii) ofertę Odwołującego oraz wykonawcy Envimet Services sp. z o.o. (dalej „**Przystępujący**” lub „**Wykonawca Envimet**”) na okoliczność ustalenia ich treści; (iii) wezwanie do uzupełnienia pełnomocnictwa skierowane przez Zamawiającego do Przystępującego z dnia 19 lutego 2019 r. oraz odpowiedź wykonawcy na okoliczność ustalenia treści wezwania oraz złożonych wyjaśnień i dokumentów; (iv) protokół postępowania przetargowego na okoliczność ustalenia przebiegu postępowania; (v) informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 26 lutego 2019 r. na okoliczność ustalenia wyników postępowania oraz przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zakup poborników LVS pyłu PM10/PM2.5”.

W pkt XI „Opis sposobu przygotowania ofert” pkt 4 SIWZ Zamawiający wskazał, że oferta powinna być pod rygorem nieważności sporządzona w języku polskim i w formie elektronicznej, zapewniającej pełną czytelność jej treści oraz podpisania w sposób umożliwiający identyfikację osoby ją składającej (dokument obejmujący treść oświadczenia stanowiącego treść oferty powinien być podpisany przez osobę/osoby uprawnione). W pkt zaś 3 Zamawiający wskazał wymogi co do pełnomocnictwa, nie określając wymóg co do formy jego złożenia.

W pkt XI ust. 9 SIWZ Zamawiający wskazał, że wykonawca składając ofertę złoży wraz z nią jako element oferty wypełniony Załącznik nr 8 do SIWZ. Dokument ten stanowi treść oferty. Zamawiający nie dopuszcza kopiowania/powielania treści wymagań Zamawiającego określonych dla urządzeń do kolumny „Oferowane parametry” „Tabela zgodności” np. gdy opis parametrów w specyfikacji wskazuje na dopuszczony przedział wartości czy parametrów. Wykonawca jest zobowiązany podać w ofercie konkretny oferowany parametr jaki posiada oferowane urządzenie. W rubryce „Oferowane parametry” należy podać rzeczywiste i konkretne parametry urządzeń oferowanych przez wykonawcę.

Załącznik nr 8 do SIWZ stanowił „Wzór Tabeli zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami Zamawiającego”. Na wstępie formularza Zamawiający zawarł następującą informację: *Zamawiający nie dopuszcza powielania/kopiowania treści wymagań Zamawiającego określonych dla urządzeń do kolumny „Oferowane parametry” „Tabeli zgodności”, np. gdy opis parametrów w SIWZ wskazuje na dopuszczony przedział wartości czy parametrów, Wykonawca jest obowiązany podać w ofercie konkretny oferowany parametr jaki posiada oferowane urządzenie. W rubryce „Oferowane parametry” należy podać rzeczywiste oraz skonkretyzowane parametry oferowanych przez Wykonawcę urządzeń.*

Izba ustalił, że w postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców: Odwołujący oraz Przystępujący. Przystępujący złożył ofertę poprzez platformę zakupową wskazaną przez Zamawiającego w formacie pdf (dokument zeskanowany do pliku pdf) podpisaną kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobą uprawnioną do reprezentowania wykonawcy – wiceprezesa zarządu. Izba ustaliła, że na plik oferty składał się formularz oferty, tabela zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami Zamawiającego, potwierdzenie przelewu wadium oraz wzór umowy. Na skanach formularza oferty oraz tabeli zgodności znajdował się zeskanowany podpis własnoręczny dyrektora wraz z pieczętą imienną.

Izba ustaliła, że Przystępujący załączył wraz z ofertą skan pełnomocnictwa wystawionego przez osobą uprawnioną do reprezentowania wykonawcy tj. prezesa zarządu w formie kopii podpisanej kwalifikowanym podpisem elektronicznym

pełnomocnika. Zamawiający pismem z dnia 19 lutego 2019 r. wezwał Przystępującego do złożenia elektronicznej kopii pełnomocnictwa potwierdzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez notariusza. W dniu 20 lutym 2019 r. wykonawca złożył pełnomocnictwo w formie wskazanej przez Zamawiającego.

Pismem z dnia 26 lutego 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania przetargowego. Za najkorzystniejszą została uznana oferta Przystępującego. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Izba zważyła co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na niezyskaniu zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – sprzeczność oferty Odwołującego z SIWZ

W ocenie Izby Zamawiający zasadnie dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy. Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego.

Nie było sporne pomiędzy stronami, iż zgodnie z pkt XI ust. 9 SIWZ Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał, że wykonawca składając ofertę złoży wraz z nią jako element oferty wypełniony Załącznik nr 8 do SIWZ. Dokument ten stanowi treść oferty. Zamawiający nie dopuszcza kopiowania/powielania treści wymagań Zamawiającego określonych dla urządzeń do kolumny „Oferowane parametry” „Tabela zgodności” np. gdy opis parametrów w specyfikacji wskazuje na dopuszczony przedział wartości czy parametrów. Wykonawca jest zobowiązany podać w ofercie konkretny oferowany parametr jaki posiada oferowane urządzenie. W rubryce „Oferowane parametry” należy podać rzeczywiste i konkretne parametry urządzeń oferowanych przez wykonawcę. Odwołujący nie podnosił zarzut niejednoznaczności przywołanych zapisów SIWZ.

Nie było również sporne, iż Odwołujący w treści złożonej oferty – „Tabela nr 2 – Wymagania szczególne dla urządzeń” w pozycji „Przenośny komputer do obsługi systemu zbierania danych (20 szt. dostawa w I etapie) skopiował zapisy Zamawiającego dotyczące wymagań. Wykonawca nie podał nazwy procesora jak również wyniku testu wydajności. Odwołujący uzasadniał powyższe braki powołując się na dynamikę rynku oraz fakt, iż podanie konkretnego parametru może uniemożliwiać wykonanie umowy na etapie realizacji. Wskazał również, iż zagwarantował dostarczenie sprzętu o parametrach wymaganych przez Zamawiającego, zaś powyższe braki mają charakter wyłącznie formalny.

Izba nie podziela poglądu prezentowanego przez Odwołującego. W ocenie Izby oferta Odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na brak określenia co stanowi przedmiot jego oferty. Podkreślić należy, wykonawca biorący udział w postępowaniu przetargowym, działając jako profesjonalista w swojej dziedzinie, winien mieć świadomość, że Zamawiający oczekuje sprecyzowania przedmiotu oferty w zakresie urządzeń w taki sposób, aby można było zweryfikować, czy spełniają one parametry i wymagania wynikające z opisu przedmiotu zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w sposób jednoznaczny wymagał sprecyzowania w treści oferty rodzaju oferowanego procesora jak również określenia wyników testu wydajności. Żadna z tych informacji nie została zawarta w ofercie Odwołującego.

Brak sprecyzowania przedmiotu świadczenia przez Odwołującego pozbawia Zamawiającego możliwości zweryfikowania na etapie badania złożonych ofert, czy jest on zgodny z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. Postępowanie Odwołującego zmierza do uchylecia możliwości przeprowadzenia takiej weryfikacji poprzez twierdzenie, że z uwagi na dynamikę rozwoju i szybkość zmian sprzętu komputerowego wskazanie konkretnego parametru może uniemożliwić wykonanie umowy na etapie jej realizacji oraz, że elastyczność jej korzystania dla zamawiającego. Należałoby więc postawić pytanie w jaki sposób Odwołujący dokonał wyliczenia kosztów realizacji zamówienia skoro sam nie ma pewności co będzie świadczył Zamawiającemu na etapie realizacji zamówienia. Umożliwienie Odwołującemu precyzowania przedmiotu świadczenia na etapie podpisywania umowy stanowiłoby jaskrawe naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i wypaczałaby sens prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym etap badania i oceny ofert przez Zamawiającego. Takiego badania Zamawiający nie mógłby w ogóle przeprowadzić, gdyż nie miałby wiedzy co jest przedmiotem świadczenia wykonawcy.

Dalej wskazać należy, że zgodność treści oferty z treścią specyfikacji nie jest okolicznością, którą można domniemywać

lub zakładać na podstawie ogólnego oświadczenia wykonawcy wówczas, gdy wymagane jest w treści SIWZ sprecyzowanie przez wykonawcę szczegółowych wymagań technicznych. Skoro Zamawiający w sposób jasny i precyzyjny określił procedurę weryfikacji istotnych aspektów oferowanego przez wykonawców urządzenia, to wykonawcy byli zobowiązani się do niej zastosować i ponieść wszelkie konsekwencje związane z jej nieprzestrzeganiem. Nie jest obowiązkiem Zamawiającego domniemywanie zgodności oferowanego produktu z ogólnym oświadczeniem zawartego w treści formularza oferty skoro określił on w jaki sposób wykonawcy ową zgodność winni mu wykazać. To obowiązkiem wykonawcy jest dochowanie należytej staranności i postępowanie zgodnie z procedurą określoną przez Zamawiającego. W ocenie Izby, jeżeli parametry oferowanego sprzętu (urządzeń) nie zostały w ogóle przedstawione w ofercie (brak szczegółowego oświadczenia wykonawcy), to nie można uznać, że oferta spełnia wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W takim przypadku ogólne oświadczenie wykonawcy o zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami specyfikacji, nie prowadzi do sanowania braków w ofercie wykonawcy.

Ponadto, gdyby przyjąć stanowisko Odwołującego za zasadne, bezprzedmiotowym byłoby wymaganie przez Zamawiającego jakichkolwiek oświadczeń wykonawcy co do parametrów oferowanych urządzeń. Skoro bowiem ogólne oświadczenie złożone w formularzu oferty, jak twierdzi Odwołujący, potwierdza, iż wykonawca oferuje produkt zgodny ze SIWZ, to wszelkie dodatkowe oświadczenia należałoby uznać za zbędne.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że brak jest podstaw do uznania, iż odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający naruszył przywołany przepis.

Zarzut naruszenia art. 10a ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp – niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego

W ocenie Izby zarzut potwierdził się, jednakże jego zasadność pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Zgodnie z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp 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. Ustawodawca określił w przywołanej regulacji po pierwsze wymóg sporządzenia oferty w postaci elektronicznej, po drugie opatrzenie tak sporządzonego dokumentu kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Przy czym podkreślić należy, że ustawodawca nie zdefiniował w żaden sposób pojęcia „postać elektroniczna”.

Pojęcie „postaci elektronicznej” dokumentu zostało użyte przez ustawodawcę w art. 78¹ § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 2018 r., poz. 1025 ze zm.), (dalej jako „k.c.”), mającego zastosowanie na mocy art. 14 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, iż do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Ustawodawca definiując elektroniczną formę czynności prawnej wskazał, iż wymaga ona złożenia oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenia go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Przy czym, również w przepisach kodeksu cywilnego nie zwarto definicji pojęcia oświadczenia woli w postaci elektronicznej.

Należało więc rozstrzygnąć w przedmiotowej sprawie czy złożenie oferty w formacie pliku pdf poprzez zeskanowanie papierowej wersji dokumentu może być uznane za sporządzenie oferty w postaci elektronicznej. W ocenie Izby brak jest przepisu prawa na podstawie, którego uznać należałoby, iż skan dokumentu zapisanego w formie pliku pdf nie może być uznany za sporządzenie oferty w postaci elektronicznej. Po pierwsze, ustawodawca ani w ustawie Pzp ani w przepisach k.c. nie wprowadził żadnych ograniczeń co do sposobu sporządzenia dokumentów w postaci elektronicznej. Po drugie, zakładając, że prawodawca jest racjonalny, celem zdefiniowania powyższego pojęcia należy posiłkować, odwołać się do przepisów ustawy z dnia 17 lutego 2005 roku o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz.U.2017.570 ze zm.) (dalej „**Ustawa o informatyzacji**”). Z art. 3 pkt 2 przywołanej ustawy wynika, że dokument elektroniczny to stanowiący odrębną całość znaczeniową zbiór danych uporządkowanych w określonej strukturze wewnętrznej i zapisany na informatycznym nośniku danych. W konsekwencji, uznać należy, że 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 Ustawy o informatyzacji 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.

Powyższe pozostaje w zgodzie 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.

W ocenie Izby, mając na uwadze powyższe 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 - ofertę w postaci elektronicznej. Oferta, w postaci skanu, będącego jednym ze sposobów wprowadzenia danych do komputera, w formacie pdf – zgodnym z § 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępnienia i przechowania dokumentów (Dz.U. z 2017 r. poz. 1320 ze zm.) (dalej „**Rozporządzenie**”) 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. W ocenie Izby art. 10a ust. 5 ustawy Pzp nakłada na wykonawcę wyłącznie obowiązek sporządzenia oferty w postaci elektronicznej i opatrzenie jej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Żaden przepis prawa nie wskazuje, że oferta powinna stanowić formularz ofertowy uzupełniony za pomocą edytora tekstu, również żaden przepis nie wyłącza możliwości konwertowania oświadczenia woli podmiotu wyrażonego w formie pisemnej na formę elektroniczną. Takie ograniczenie stałoby w sprzeczności z treścią art. 60 k.c. stanowiącym, iż 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). Skan papierowego formularza oferty do pliku, zapisanego w formacie PDF stanowi, jako zbiór danych, odrębną całość znaczeniową, posiada strukturę wewnętrzną pozwalającą na interpretację odpowiednich bitów zapisu jako obrazu zeskanowanego dokumentu.

W ocenie Izby nie ma podstaw, aby rozróżniać i inaczej traktować dokumenty, którym nadano ostateczną postać, wykorzystując wyłącznie system komputerowy od dokumentów utworzonych z wykorzystaniem technik pośrednich (np. PDF z drukowania). Po pierwsze, o ważności oferty nie może decydować przyjęta przez wykonawcę technika stworzenia dokumentu w postaci elektronicznej w sytuacji, gdy ustawodawca nie wprowadził żadnych ograniczeń co do sposobu tworzenia dokumentów w postaci elektronicznej. Po drugie, gdyby nałożyć na zamawiających obowiązek weryfikacji zastosowanej przez wykonawcę techniki powstania dokumentu w postaci elektronicznej, to jednokrotnie wymagałoby to wykonania specjalistycznej analizy czy dany dokument został stworzony wyłącznie z użyciem systemu komputerowego czy nie. W ocenie Izby, z punktu widzenia zamawiającego, jak również z punktu widzenia celu wprowadzonej regulacji, istotne znaczenie ma przesłanie zamawiającemu poprzez wskazany przez niego platformę zakupową dokumentu oferty w postaci elektronicznej. Zarówno skan dokumentu papierowego jak i dokument powstały wyłącznie w systemie komputerowym mają postać dokumentu elektronicznego, a w konsekwencji spełniają wymagania wskazane w art. 10a ust. 5 ustawy Pzp. Oba dokumenty zostały sporządzone jako dokumenty elektroniczne. Okoliczność, iż oświadczenie woli wykonawcy zostało również złożone w wersji papierowej nie może zabraniać wykonawcy złożenia go również w postaci elektronicznej. Brak jest przepisu prawa, który uniemożliwiłaby funkcjonowanie oświadczenia woli danego podmiotu w dwóch odmiennych formach.

W końcu dodać należy, że ustawodawca europejski w Dyrektywie 24/2014 w motywie 52 Preambuły odnosząc się do obowiązków elektronizacji zamówień publicznych posługuje się pojęciem elektronicznego składania ofert. Zgodnie z przepisem art. 22 dyrektywy względy bezpieczeństwa mogą przesądzać o konieczności ustanowienia dodatkowych wymogów odnośnie narzędzi i urządzeń służących do przesyłu i odbioru ofert i wniosków. Poziom bezpieczeństwa wymagany dla elektronicznych środków komunikacji stosowanych na poszczególnych etapach danego postępowania o udzielenie zamówienia określają państwa członkowskie lub instytucje zamawiające, działając w ogólnych ramach, jakie w tym zakresie funkcjonują w danym kraju członkowskim. Takim wymogiem może być np. konieczność użycia przez wykonawcę podpisu elektronicznego opartego na kwalifikowanym certyfikacie wystawionym przez podmiot świadczący usługi certyfikacyjne wymieniony na zaufanej liście przewidzianej w decyzji Komisji 2009/767/WE. Dyrektywa przy tym wyraźnie wskazuje, że poziom bezpieczeństwa przyjętego przez państwo członkowskie lub zamawiającego musi być proporcjonalny do powiązanego ryzyka. W ocenie Izby narzucenie wykonawcom określonego technicznego sposobu wypełnienia formularza oferty, przy wykluczeniu możliwości tworzenia skanu oferty uprzednio sporządzonej w formie papierowej stanowiłoby naruszenie zasady proporcjonalności i nie może być uznane za krok mający na celu minimalizowanie bliżej sprecyzowanego i potencjalnego ryzyka. Takich ryzyk ani Zamawiający ani Przystępujący nie wskazali, nie dostrzegali ich również Izba.

Drugim elementem koniecznym do złożenia przez wykonawcę ważnej oferty jest, zgodnie z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp, opatrzenie oferty kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W przedmiotowej sprawie taki podpis został zamieszczony przez Odwołującego na złożonej przez wykonawcę ofercie. Nie była to okoliczność sporna pomiędzy stronami. Sam Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wskazał, że wykonawca złożył ofertę poprzez platformę zakupową w formacie PDF podpisaną kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę uprawnioną do

reprezentowania wykonawcy – wiceprezesa zarządu. Wątpliwości Zamawiającego wzbudziła okoliczność, iż na zeskanowanym dokumencie znajdował się własnoręczny podpis dyrektora wraz pieczętą imienną. Zamawiający uznał, że wykonawca złożył elektroniczną kopię oferty, zaś złożony elektroniczny podpis kwalifikowany potraktował jako poświadczenie elektronicznej kopii dokumentu za zgodność z oryginałem. Zamawiający odwołał się do przepisów Rozporządzenia. Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego. Gramatycznej wykładni normy § 5 Rozporządzenia wskazuje, że przepis ten dotyczy wyłącznie dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zarówno w ustawie Pzp, jak i aktach wykonawczych wydanych na jej podstawie, jak i nawet na kanwie omawianego rozporządzenia (*vide* § 3 Rozporządzenia) ustawodawca w sposób jednoznaczny rozróżnia ofertę od innych dokumentów i oświadczeń składanych w postępowaniu, w oparciu o art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. 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. Ustawodawca, zgodnie z art. 25 ust. 2 ustawy Pzp, 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 Rozporządzenia – referujący do art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, więc również do rozporządzenia wydanego w oparciu o art. 25 ust. 2 ustawy Pzp – mógł dotyczyć oferty. Ponadto zrównanie oferty do dokumentów i oświadczeń wskazanych w § 5 Rozporządzenia unormowanych w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, powodowałoby dalsze istotne skutki prawne, w tym sprzeczne z ustawą Pzp – np. możliwość uzupełnienia oferty, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zaznaczyć również wypada, że z uwagi na restrykcyjny charakter art. 89 ust. 1 pkt ustawy Pzp - ze względu na wynikającą z normy sankcję – w postaci wyeliminowania wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – rozszerzająca wykładnia tego przepisu jest niedopuszczalna. Nie sposób więc zgodzić się z Zamawiającym, iż przepisy § 5 Rozporządzenia mają zastosowanie do oferty, a tym samym za niezasadne uznać należy twierdzenie, iż zamieszczenie kwalifikowanego podpisu elektronicznego na zeskanowanej do pliku pdf ofercie stanowi poświadczenie elektronicznej kopii dokumentu za zgodność z oryginałem.

W ocenie Izby nie ma żadnego znaczenia w okolicznościach niniejszej sprawy, iż w pliku oferty przesłanym Zamawiającemu znajduje się skan podpisu pracownika wykonawcy. Istotne jest natomiast, iż Odwołujący złożył ofertę poprzez platformę zakupową w postaci elektronicznej podpisaną kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę uprawnioną do reprezentowania wykonawcy, co tym samym wyczerpuje wymagania wskazane przez ustawodawcę w art. 10a ust. 5 ustawy Pzp. Podkreślić w tym miejscu należy, że jeżeli w treści dokumentu nie określono wprost, w jakim charakterze jest on podpisany elektronicznie (np. nie stwierdzono wprost, że jest on kopią poświadczoną za zgodność z oryginałem), to należy przyjąć, że w przypadku dokumentów własnych (wykonawcy) prawidłowe podpisanie kwalifikowanym podpisem elektronicznym zawsze powoduje, iż mamy do czynienia z oryginałem. Nie ma przy tym znaczenia, czy osoba podpisana pod dokumentem odręcznie (osoba, której odręczny podpis widnieje w postaci skanu na dokumencie) jest tą samą osobą, która podpisuje się elektronicznie. Istotne jest jedynie to, czy podpis elektroniczny jest prawidłowy z punktu widzenia zasad reprezentacji podmiotu. Zamieszczenie na dokumencie elektronicznym kwalifikowanego podpisu elektronicznego skutkuje powstaniem oryginału oferty wykonawcy w formie wymaganej przepisami Pzp. W ocenie Izby podpisy złożone odręcznie na dokumencie papierowym nie mają żadnego znaczenia dla prawidłowości zachowania kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Podkreślić należy, że – podobnie jak dokument papierowy – dokument elektroniczny umożliwia złożenie wielu podpisów elektronicznych, tj. podpisów różnych osób, nie tylko tych, które mogą reprezentować podmiot. Taki dokument powinien być uznawany za podpisany zgodnie z reprezentacją, o ile wśród złożonych podpisów znajdują się takie, które złożono zgodnie z KRS lub udzielonym pełnomocnictwem.

W ocenie Izby w omawianym stanie faktycznym zamiarem Odwołującego było złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu. Oferta została opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym wiceprezesa zarządu uprawnionego do samodzielnego reprezentowania spółki. Czynność ta winna być oceniona przez Zamawiającego przez pryzmat prawa materialnego tj. przepisów k.c. - ujawnienie woli powodujące skutek prawny w postaci złożenia oświadczenia woli. O skutku prawnym opatrzenia oferty w postaci elektronicznej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przesądza brzmienie dokumentu, a ściślej treść objętego nim oświadczenia woli osoby, której elektroniczny podpis znalazł się na dokumencie. Podpis taki stanowi zatwierdzenie treści dokumentu. I nie ulega, w ocenie Izby, żadnym wątpliwości, iż złożenie przez wice prezesa zarządu Odwołującego elektronicznego kwalifikowanego podpisu na ofercie stanowi oświadczenie woli zawarcia umowy w imieniu spółki, w trybie przewidzianym przez Zamawiającego, nie zaś poświadczenie elektronicznej kopii dokumentu za zgodność z oryginałem. Żadne okoliczności faktyczne towarzyszące złożeniu oferty przez Odwołującego nie pozwalają na przyjęcie konkluzji przedstawionej przez Zamawiającego. W ocenie

Izby, w niniejszej sprawie Zamawiający dokonał oceny skutków złożenia kwalifikowanego podpisu elektronicznego przez przyzmat przepisów Rozporządzenia, które nie mają zastosowania do oferty.

Mając na uwadze powyższe, oraz okoliczności, iż, ani Zamawiający ani Przystępujący nie kwestionowali skuteczności czy też ważności kwalifikowanego podpisu elektronicznego złożonego przez wiceprezesa zarządu Odwołującego na pliku oferty przesłanej Zamawiającemu, Izba uznała, że Odwołujący w sposób prawidłowy, zgodnie z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp, złożył ofertę w postaci elektronicznej opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym osoby upoważnionej do reprezentowania Odwołującego.

Tym samym w ocenie Izby Zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Izba stwierdziła jednakże, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nie ma i nie może już mieć wpływu na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, a zatem nie może skutkować uwzględnieniem odwołania. Oferta Odwołującego podlega bowiem odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zatem nawet uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nie może przynieść zmiany wyniku postępowania, tj. oferta Odwołującego została bowiem prawidłowo odrzucona z powodu jej sprzeczności z SIWZ.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 99 §1 k.c. w zw. z art. 104 k.c. – zaniechanie odrzucenia oferty Envimet Services sp. z o.o. z powodu wadliwego pełnomocnictwa

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Wskazać należy na wstępie, że proces zastąpienia komunikacji tradycyjnej komunikacją elektroniczną jest procesem skomplikowanym technicznie i organizacyjnie nie tylko dla instytucji zamawiających, ale również dla samych wykonawców. Wymaga od wielu podmiotów zmiany sposobu myślenia i odejścia od tradycyjnego rozumienia dokumentu jako wyłącznie oświadczenia woli złożonemu na piśmie. Prawo zamówień publicznych nie stanowi jedynej gałęzi prawa, gdzie ustawodawca wprowadził nowoczesne rozwiązania i sposoby komunikacji. Również w przepisach k.c. ustawodawca zerwał z tradycyjnym rozumieniem pojęcia dokumentu jako informacji utrwalonej wyłącznie w postaci pisma opatrzonego własnoręcznym i wprowadził trzy rodzaje szczególnej formy oświadczenia woli: formę dokumentową, formę pisemną oraz formę elektroniczną, pozostawiając bez zmian dotychczasową kategorię form pisemnych kwalifikowanych. Wskazać należy, że przed wprowadzeniem elektronicznej formy czynności prawnej, w doktrynie prawa jednoznacznie klasyfikowano hierarchie poszczególnych form tj. od zwykłej formy pisemnej, przez formy wymagające urzędowego poświadczenia daty oraz podpisu do formy aktu notarialnego - wszystkie bowiem zasadzały się na formie pisemnej i każda kolejna konsumowała elementy swoiste dla formy ją poprzedzającej (por. Z Radwański: Zarys części ogólnej prawa cywilnego, str. 177). Proces hierarchizacji nowym form czynności prawnych budzi już więcej kontrowersji, w szczególności w zakresie formie pisemnej i elektronicznej. I o ile ustawodawca wprost wskazał w art. 78¹ k.c., że oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej, o tyle brak jest przepisu mówiącego o tym, iż oświadczenie woli złożone w formie pisemnej wywołuje równoważne skutki prawne oświadczeniu woli złożonemu w formie elektronicznej.

Dalej wskazać należy, że w przypadku pełnomocnictw ustawa Pzp nie zawiera żadnych regulacji co do formy pełnomocnictwa do złożenia oferty. Na mocy art. 14 § 1 ustawy Pzp zastosowanie winny mieć przepisy k.c. W świetle art. 99 § 1 k.c. jeżeli do ważności czynności prawnej potrzebna jest szczególna forma, pełnomocnictwo do dokonania tej czynności powinno być udzielone w tej samej formie. Literalna wykładania powyższego przepisu w oderwaniu od specyfiki rynku zamówień publicznych zawęzałaby, w sposób niezasadny w ocenie Izby, możliwość składania ofert wyłącznie w oparciu o pełnomocnictwa w postaci elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Nie ulega wątpliwości, iż dla skutecznego umocowania danej osoby do działania w imieniu mocodawcy konieczne jest złożenie przez mocodawcę oświadczenia woli i opatrzenie dokumentu stosowanym podpisem. W przypadku dokumentu w formie pisemnej będzie to podpis własnoręczny, zaś w przypadku formy elektronicznej podpis elektroniczny. Przepisy ustawy Pzp jak również k.c. nie przewidują odmiennych skutków prawnych złożenia podpisu własnoręcznego i podpisu elektronicznego. Innymi słowy brak jest przepisów prawa, które obalałyby tezę o równoważność skutku prawnego podpisu elektronicznego i własnoręcznego i tym samym formy pisemnej i formy elektronicznej. Przyjęcie odmiennej tezy rodziłoby niedopuszczalną, w ocenie Izby, ocenę skuteczności oświadczeń woli wyłącznie przez przyzmat technicznego sposobu złożenia podpisu. Izba stoi na stanowisku, iż przepisu art. 78¹ § 1 k.c. nie wyklucza równoważności skutków prawnych oświadczenia woli złożonego w formie pisemnej z skutkami prawnymi oświadczenia woli w formie elektronicznej. To, że przywołany przepis zrównują skutek podpisu elektronicznego/formy elektronicznej z własnoręcznym/formą pisemną wynika nie z tego, że równoważność miałaby być jednostronna, lecz z faktu, że to formę elektroniczną jako nową technicznie formę oświadczenia woli wprowadza się do obrotu prawnego funkcjonującego w oparciu o formę pisemną.

Zatem przy braku przepisów prawnych niwelującego równoważność skutków prawnych czynności dokonywanych w formie pisemnej i elektronicznej, jak również uwzględniając przepisy ustawy Pzp, które nie wprowadzają wymogu sporządzenia pełnomocnictwa do złożenia oferty w postaci elektronicznej, nie sposób odmówić skuteczności umocowania do złożenia oferty udzielonego w formie pisemnej. Przyjęcie takiej tezy nie będzie, w ocenie Izby, stanowić naruszenia art. 99 k.c. bowiem jeśli pełnomocnictwo, ma mieć formę właściwą dla czynności głównej, to pełnomocnictwa udzielona w formie równoważnej do wymaganej formy szczególnej uznać należy za prawidłowe.

Co do sposobu złożenia pełnomocnictwa w formie pisemnej w zelektronizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to w tym zakresie odwołać się należy do dorobku orzeczniczego wypracowanego pod rządami poprzedniej regulacji, z której wynikał obowiązek złożenia oferty, pod rygorem nieważności, w formie pisemnej. Zarówno orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądowe dopuściło możliwość złożenia kopii pełnomocnictwa poświadczonego notarialnie (przykładowo w wyroku KIO o sygn. akt KIO/UZP 417/08, wyrok KIO o sygn. akt KIO/UZI 816/08, KIO/UZP 817/08, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 31 stycznia 2007 r., sygn. akt V Ca 85/07 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 12 kwietnia 2007 r., sygn. akt II Ca 137/07. Warto przywołać przy tym wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 31 stycznia 2007 r. (sygn. akt V Ca 85/07), w którym orzeczono, że kopia pełnomocnictwa nie wystarczy, a wykonawcy startujący w postępowaniach o udzielenie zamówienia powinni dołączać do oferty swego mocodawcy oryginał pełnomocnictwa lub kopię poświadczoną notarialnie. Ta druga forma wynika z faktu, że odpis poświadczony przez notariusza, któremu ustawowo zagwarantowano możliwość dokonania takiej czynności z określonym skutkiem prawnym ma charakter dokumentu urzędowego. Stanowi o tym art. 2 § 2 Prawa o notariacie, wskazując, że „czynności notarialne, dokonane przez notariusza zgodnie z prawem, mają charakter dokumentu urzędowego”.

Tym samym, mając na uwadze powyższe, uznać należy, że pełnomocnictwo, którego udzielono wyłącznie w formie pisemnej, będzie mogło być przedstawione zamawiającemu w formie elektronicznego poświadczenia zgodności kopii z okazanym dokumentem pełnomocnictwa sporządzonego stosownie do przepisów art. 97 §2 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie, które to poświadczenie notariusz opatruje kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Skoro sądy powszechne dopuściły możliwość złożenia kopii pełnomocnictwa w formie pisemnej poświadczonej przez notariusza własnoręcznym podpisem, zaś ustawodawca krajowy i europejski uznaje kwalifikowany podpis elektroniczny za równoważny podpisowi własnoręcznemu, to nie ma podstaw, aby odmówić skuteczności poświadczenia notariusza opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

W ocenie Izby uniemożliwienie wykonawcom posługiwania się pełnomocnictwami w formie pisemnej, zwłaszcza tymi, które zostały udzielone przed 18 października 2018 r., stanowiłoby naruszenie zasady proporcjonalności i nie służy eliminowaniu żadnego bliżej określonego ryzyka związanego z procesem elektronicznego udzielenia zamówień publicznych. Nie ulega wątpliwości, iż w omawianym stanie faktycznym osoba, która podpisała ofertę w imieniu Przystępującego była umocowana do działania. Podważenie skuteczności prawnej takiego umocowania, które zostało poświadczane przez notariusza prowadziłoby do prymatu formalizmu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i nie służy eliminowaniu barier w dostępie do zamówień publicznych przez wykonawców krajowych, jak również zagranicznych.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Envimet Services sp. z o.o. z powodu niezgodności z SIWZ

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Wbrew twierdzeniom Odwołującego wykonawca Enviment sprecyzował przedmiot świadczenia i nie dokonał biernego skopiowania w tabeli zgodności wymagań Zamawiającego. Nie sposób tym samym uznać, iż Zamawiający zastosował odmienne standardy oceny ofert wykonawców. Wskazać bowiem należy, że w zakresie wymagań Zamawiającego dotyczących Przenośnego komputera do obsługi systemu danych wykonawca Enviment sprecyzował wszystkie parametry techniczne wymagane przez Zamawiającego. Z treści SIWZ wynika, iż Zamawiający nie dopuszczał kopiowania parametrów zwartych w SIWZ w przypadku, gdy Zamawiający przewidział dopuszczalny przedział wartości czy parametrów. Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w analizowanym stanie faktycznym. Wykonawca powtórzył w Tabeli zgodności treść wymagania wskazanego przez Zamawiającego, jednakże z treści tego wymagania nie wynikał obowiązek określenia konkretnego parametru oferowanego urządzenia.

W zakresie zarzut dotyczący „Systemu operacyjnego w wersji polskiej - bezterminowa licencja na system operacyjny. Microsoft Windows 10 Prof. PL 64 bit spełniający wymagania Zamawiającego jak obok.” oraz „Oprogramowanie biurowe w wersji polskiej z licencją bezterminową umożliwiające uruchomienie na ww. komputerze: MS Office 2016 spełniające wymagania Zamawiającego jak obok.”, Izba również nie podziela stanowiska Odwołującego. Wskazać bowiem należy, że wykonawca Enviment nie dokonał skopiowania wymagań Zamawiającego. Wykonawca w Tabeli zgodności

sprecyzował oferowany system operacyjny oraz oferowane oprogramowanie biurowe. Oświadczył również, iż produkty te spełniają wymagania minimalne stawiane przez Zamawiającego. Wśród wymagań minimalnych wskazanych przez Zamawiającego nie sposób odnaleźć zapisów, które wymagałyby od wykonawcy doprecyzowania określonej wartości czy parametru. Nie ma w nich wymagań odnoszących się do przedziałów wartości czy parametrów. Tym samym oczywistym jest, że wykonawca precyzując oferowany system operacyjny i oprogramowanie biurowo i oświadczając, iż produkty te spełniają minimalne wymagania Zamawiającego wskazane w Tabeli zgodności oferuje produkty o takich właśnie funkcjonalnościach.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b 972 z zm.).

Przewodniczący:.....