Sygn. akt: KIO 428/19

WYROK
z dnia 29 marca 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Irmina Pawlik
Katarzyna Poprawa
Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 marca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 marca 2019 r. przez wykonawcę D.R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Drew-Kos" D.R. w Tucholi w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia M.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Mel-Bud" M.S. w Radostowie oraz P.P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Inżynieria Wodno-Melioracyjna" P.P. w Krąpieli zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Państwowemu Gospodarstwu Wodnemu Wody Polskie z siedzibą w Warszawie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Obsługa, eksploatacja, naprawy bieżące i konserwacje przepompowni na terenie województwa zachodniopomorskiego" w zakresie części nr 1, 3, 5, 6, 7 i 11 zamówienia, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego D.R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Drew-Kos" D.R. w Tucholi w zakresie części nr 1, 3, 5, 6, 7 i 11 zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie części nr 1, 3, 5, 6, 7 i 11 zamówienia z uwzględnieniem oferty odwołującego;

2.kosztami postępowania obciąża zamawiającego Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2.zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 428/19

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

Zamawiający Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie - Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Szczecinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę pod nazwą „Obsługa, eksploatacja, naprawy bieżące i konserwacje przepompowni na terenie województwa zachodniopomorskiego." Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 stycznia 2019 r. pod numerem 2019/S 021-046151. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm., dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 11 marca 2019 r. wykonawca D.R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Drew-Kos" D.R. w Tucholi (dalej jako „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, że treść oferty Odwołującego odpowiadała treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a Zamawiający błędnie przyjął, że przesłanki odnoszące się do formy złożenia oferty mogą stanowić przyczynę odrzucenia oferty na podstawie tego przepisu,
2.art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, że oferta Odwołującego była zgodna z ustawą Pzp, w tym art. 10a ust. 5 ustawy Pzp, z uwagi na fakt, że oferta Odwołującego została sporządzona w postaci elektronicznej i opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym,
3.art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez bezpodstawny wybór oferty najkorzystniejszej, względnie naruszenie innych przepisów wynikających bezpośrednio lub pośrednio z uzasadnienia.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
1.unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w Częściach nr 1, 3, 5, 6, 7 i 11;
2.unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w Częściach nr 1, 3, 5, 6, 7 i 11;
3.powtórzenia czynności badania i oceny ofert w Częściach nr 1, 3, 5, 6, 7 i 11 z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
4.dokonania wyboru oferty Odwołującego w Częściach unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w Częściach nr 1, 3, 5, 6, 7 i 11 w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

Uzasadniając interes we wniesieniu odwołania, Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w toku postępowania dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego - z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na stwierdzoną niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, pomimo że zakres świadczenia wykonawcy odnoszący się do realizacji przedmiotu zamówienia określony w ofercie Odwołującego w pełni odpowiadał zakresowi świadczenia określonemu przez Zamawiającego w SIWZ jak również - treść oferty odpowiadała wszelkim wymaganiom merytorycznym, oferta miała określone wszelkie niezbędne elementy wymagane przez Zamawiającego i w pełni odpowiadała wszystkim wymaganiom dotyczącym przedmiotu świadczenia. Ponadto oferta Odwołującego została odrzucona z uwagi na niezgodność z ustawą Pzp, pomimo że jedynym przepisem ustawy Pzp, przywołanym w informacji o odrzuceniu oferty, który miał rzekomo zostać naruszony, był art. 10a ust. 5 ustawy Pzp - a Odwołujący sporządził ofertę zgodnie ze wskazanym przepisem tj. w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Odwołujący podniósł, iż gdyby Zamawiający należycie ocenił oferty w zakresie formalnym i materialnym Odwołujący uzyskał by przedmiotowe zamówienie w częściach nr 1, 3, 5, 6, 7 i 11. Co istotne zdaniem Odwołującego - z informacji z otwarcia ofert wynika, że w zakresie części 3, 5, 6, 7 i 11 oferta Odwołującego była najkorzystniejsza w ustanowionych w postępowaniu kryteriach oceny ofert. Ponadto w Części nr 1 oferta, która przedstawiała niższą cenę oferty, została odrzucona. Oznacza to, że konsekwencją wadliwej czynności Zamawiającego - odrzucenia oferty Odwołującego - było uniemożliwienie Odwołującemu uzyskania zamówienia w Częściach nr 1, 3, 5, 6, 7 i 11.

Odwołujący na wstępie wskazał na wymagania formalne dotyczące sposobu przygotowania oferty, wśród których znajdowały się m.in. postanowienia dotyczące formularza oferty - w miejscu przeznaczonym na podpis postawiono wymaganie uzupełnienia formularza o: „pieczęć i podpis osoby / osób wskazanych w dokumencie uprawnionej / uprawnionych do występowania w obrocie prawnym, reprezentowania Wykonawcy i składania oświadczeń woli w jego imieniu” oraz wklejając w treść odwołania fragment końcowy formularza oferty. Następnie Odwołujący przytoczył brzmienie postanowień Rozdziału XI SIWZ „Opis sposobu przygotowania ofert,” w tym pkt 8 w brzmieniu: „0ferta powinna być sporządzona w języku polskim, z zachowaniem postaci elektronicznej i podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Sposób złożenia oferty, w tym zaszyfrowania oferty, opisany został w Regulaminie korzystania z miniPortalu. Ofertę należy złożyć w oryginale. Zamawiający nie dopuszcza możliwości złożenia skanu oferty opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym.” Wskazał także na wymagania dotyczące wadium z Rozdziału IX SIWZ oraz podkreślił, iż w SIWZ pogrubiono jedynie wymagania formalne wadium, w przeciwieństwie do wymagań formalnych w zakresie sposobu przedstawienia ofert - tj. wskazania „nie dopuszcza" odnośnie skanu, zawartych w ostatnim zdaniu pkt 8 „Sposobu przygotowania oferty".

Odwołujący wyjaśnił, iż złożył ofertę za pośrednictwem Formularza do złożenia, zmiany, wycofania oferty lub wniosku dostępnego na ePUAP i udostępnionego również na miniPortalu, na którą składały się m.in. zeskanowany, wypełniony formularz ofertowy w formacie pdf, podpisany własnoręcznie przez p. A.B. i opatrzony pieczęciami (osoby podpisującej i przedsiębiorstwa), opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym Szafir Krajowej Izby Rozliczeniowej przez p. A.B. dnia 12.02.2019 r., o godz. 10:52:44. Formularz ofertowy uzupełniony był w taki sposób, że uzupełniono wszystkie wolne pola przeznaczone do uzupełnienia oraz złożono ręczny podpis oraz opatrzono go pieczęciami (pieczęcią osobistą osoby upoważnionej do wypełnienia formularza i pieczęcią przedsiębiorstwa), zgodnie z wymaganiem które znajduje się na formularzu pod miejscem przeznaczonym na podpis cyt. „pieczęć i podpis osoby/osób wskazanych w dokumencie uprawnionej/ uprawnionych do występowania w obrocie prawnym,

reprezentowania Wykonawcy i składania oświadczeń woli w jego imieniu". (Odwołujący wkleił w treść odwołania odpowiedni fragment formularza).

Odwołujący wskazał, iż w dniu 13 lutego 2019 r. nastąpiło otwarcie ofert. Oferta złożona przez Odwołującego - przy tożsamych w kryterium „Doświadczenie" - przedstawiała najniższe ceny spośród wszystkich ofert w następujących częściach: dla pakietu nr III z ceną 4.000,08 zł, dla pakietu nr V z ceną 290.400,05 zł, dla pakietu nr VI z ceną 210.000,11 zł, dla pakietu nr VII z ceną 374.800,07 zł, dla pakietu XI z ceną 238.000,08 zł. Następnie Odwołujący podniósł, iż w dniu 28 lutego 2019 r. został poinformowany przez Zamawiającego o odrzuceniu przedstawionej przez niego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art., 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał, że oferta Odwołującego „została złożona w formie skanu dokumentów, w tym skanu formularza ofertowego, który został podpisany odręcznie przez osobę uprawnioną do reprezentacji Wykonawcy, wypełniony a następnie zeskanowany i opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym." Zamawiający, nie potraktował oferty złożonej w taki sposób jako złożonej prawidłowo. Zamawiający wskazał również w odrzuceniu oferty na wymóg z ostatniego zdania pkt 8 rozdziału IX SIWZ, który stanowił : „Zamawiający nie dopuszcza możliwości złożenia skanu oferty opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym". Zamawiający tłumaczył w odrzuceniu oferty, że zapis ten wprowadzono do SIWZ w konsekwencji zmian rozporządzeń do ustawy Pzp, które weszły w życie 18 października 2018 r.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż jednocześnie dnia 28 lutego 2019 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty. W pakietach nr 3, 5, 6, 7, 11 Zamawiający wybrał oferty wykonawców, które przedstawiały mniej korzystne ceny niż oferta Odwołującego. Ponadto w części 1 odrzucił korzystniejszą ofertę Wykonawcy Konsorcjum firm: Lider: Zakład Usług Technicznych S. A.S. ul. Piłsudskiego 30, 72-300 Gryfice Partner konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usług Hydrotechnicznych R. A.R. ul. Szczawiowa 69A, 70-010 Szczecin.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Odwołujący podniósł, iż Zamawiający formułując podstawę odrzucenia oferty Odwołującego wskazał na przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jednakże stan faktyczny a nawet samo uzasadnienie odrzucenia nie wskazują, aby doszło do przedstawienia przez Odwołującego oferty, której treść nie jest zgodna z treścią SIWZ. Odwołujący podkreślił, iż wprzedmiotowej sprawie mamy do czynienia z sytuacją, w której Zamawiający kwestionuje formę złożenia oferty a nie jej treść. Zdaniem Odwołującego, wskazują na to, następujące fragmenty uzasadnienia odrzucenia oferty: „Oferta wykonawcy DREW-KOS D.R. jako jedyna została złożona w formie skanu dokumentów [...]" Również, w cytowanym przez Zamawiającego wyroku KIO 2611/18,Izba odnosi się do formy złożenia oferty, a nie jej treści „W ocenie Izby oferta taka powinna być od początku do końca sporządzona w formie elektronicznej (nie tylko doręczona), a nie jak zostało to zrobione przez Wykonawcę poprzez podpisanie podpisem elektronicznym skanu uprzednio istniejącego dokumentu w formie pisemnej." Istotnym jest, że Zamawiający nie kwestionował prawidłowości oferty w inny sposób, nie zarzucił jej, iż jest niezgodna treściowo ze specyfikacją. Jedyną kwestią, do której się odniósł, a zarazem, która stanowi przyczynę odrzucenia jest nieprawidłowa wg Zamawiającego forma złożenia oferty.

Odwołujący wskazał, iż „wymaganiem SIWZ,"o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - jest wymaganie odnoszące się co najmniej do tego, co ma być przedstawione w treści oferty, a nie „w jaki sposób" ma być złożona oferta. Wskazał, że nawet najbardziej restrykcyjne orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, dopuszczające możliwość odrzucenia oferty z powodu braku wskazania oferowanych modeli czy zakresu świadczenia, bądź też – odpowiedniego potwierdzenia zobowiązania w ofercie - nie uwzględniają możliwości odrzucenia oferty z powodu jej złożenia niezgodnie z formą przyjętą przez Zamawiającego. Jako przykład przywołał wyrok KIO z dnia 7 lutego 2018 r. , sygn. akt: KIO 148/18, wyjaśniając, iż chodzi o przedstawienie w ofercie zakresu, ilości, jakości czy innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Wskazał także na orzeczenie KIO z dnia 29 sierpnia 2017 r., sygn. akt: KIO 1706/17, W ocenie Odwołującego nie sposób inaczej interpretować „wymagania" Zamawiającego, jako wymagania co do formy (wyglądu oferty, który miał być plikiem niedrukowanym uprzednio, czyli „nie skanem") - a nie co do treści oferty.

W związku z powyższym - nawet uwzględniając restrykcyjne orzecznictwo odnoszące się do wszelkich wymagań dotyczących treści oferty - zdaniem Odwołującego nie można przyjąć, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp było prawidłowe. Wymaganie postawione przez Zamawiającego (notabene w taki sposób, że wykonawca mógł nie zauważyć tego zdania) - dotyczyło formy oferty. Zamawiający nie postawił w zakresie tego wymagania rygoru odrzucenia w samej SIWZ, użył co prawda słowa „nie dopuszcza", niemniej jednak - nie określił, że brak dopełnienia tego wymogu co do formy, będzie powodował odrzucenie oferty.

Następnie Odwołujący przytoczył fragment uzasadnienia wyroku KIO z dnia 30 sierpnia 2018 r., sygn. akt: KIO 1625/18, w którym dokonano wykładni przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W świetle tego orzeczenia, zdaniem Odwołującego, nie ulega wątpliwości, że treść oferty to de facto treść zobowiązania wykonawcy, który zostanie lub został

wybrany do wykonania zamówienia. Innymi słowy - Zamawiający odrzucając ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp musi ustalić, że zakres świadczenia wykonawcy odnoszący się do realizacji przedmiotu zamówienia określony w ofercie nie odpowiada zakresowi świadczenia określonemu przez Zamawiającego w SIWZ. W przedmiotowym stanie faktycznym taka sytuacja nie występuje. Nieuprawnione jest twierdzenie, że sposób przedstawienia oferty jest jej treścią. Odwołujący podniósł, iż w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający jako podstawę odrzucenia wskazał następujące wymaganie w SIWZ „Oferta powinna być sporządzona w języku polskim, z zachowaniem postaci elektronicznej i podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Sposób złożenia oferty, w tym zaszyfrowania oferty, opisany został w Regulaminie korzystania z miniPortalu. Ofertę należy złożyć w oryginale. Zamawiający nie dopuszcza możliwości złożenia skanu oferty opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym." Opis tego wymagania jednoznacznie wskazuje, że dotyczy on wyłącznie formy w jakiej oferta ma być złożona, zatem jest wymaganiem wyłącznie co do formy oferty a nie jej treści.

Odwołujący dodał, iż przy ustalaniu ewentualnej niezgodności z SIWZ należy również uwzględnić okoliczności związane z wypełnieniem formularza ofertowego przez pełnomocnika Odwołującego. Zauważył, że Zamawiający z jednej strony w rozdziale XI pkt 8 SIWZ nie dopuścił możliwości złożenia skanu oferty opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, natomiast z drugiej strony we wzorze formularza oferty użył sformułowania „pieczęć i podpis osoby/osób wskazanych w dokumencie, uprawnionej/uprawnionych do występowania w obrocie prawnym, reprezentowania wykonawcy i składania oświadczeń woli w jego imieniu," które wskazywało wymóg złożenia przystawienia pieczęci i złożenia podpisu własnoręcznego. Zgodnie ze wzorem formularza oferty - formą uzupełnienia tak ułożonego formularza było opatrzenie go podpisem ręcznym wraz z przystawieniem pieczęci, tak też uczynił Odwołujący. W przypadku Odwołującego - formularz oferty został wypełniony zgodnie z wytycznymi, które się w nim znajdowały. Osoba, która wypełniała formularz wypełniła wszystkie pola, które były wymagane. W związku z powyższym zapis w SIWZ o treści „Zamawiający nie dopuszcza możliwości złożenia skanu oferty opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym" stoi w sprzeczności ze wzorem formularza ofertowego, przedstawionego przez Zamawiającego, podczas gdy Zamawiający zgodnie z rozdziałem XI pkt 2 SIWZ wymagał, aby oferta oraz pozostałe dokumenty lub oświadczenia, dla których Zamawiający określił wzory w formie Załączników do SIWZ winny być sporządzone według tych wzorów. Uczynienie zadość zarówno wymaganiom co do formy oferty określonym w SIWZ jak i tym z formularza, było jednocześnie niemożliwe, gdyż wykonawca albo poprawnie uzupełnił formularz ofertowy podpisując go ręcznie i wystawiając pieczęć, a następnie taki formularz zeskanował i przesłał Zamawiającemu, albo uzupełnił formularz elektronicznie i podpisał go podpisem kwalifikowanym, ale wówczas nie zawierałby on odręcznego podpisu oraz pieczęci, więc nie czyniłby zadość wymaganiom formularza.

W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, zapis w SIWZ o treści „Zamawiający nie dopuszcza możliwości złożenia skanu oferty opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym" stoi w sprzeczności ze wzorem formularza ofertowego, przedstawionego przez Zamawiającego, podczas gdy Zamawiający zgodnie z pkt 2 rozdziału XI SIWZ wymagał, aby oferta oraz pozostałe dokumenty lub oświadczenia, dla których Zamawiający określił wzory w formie Załączników do SIWZ winny być sporządzone według tych wzorów. Tym samym treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia była myląca. Odwołujący wskazał także, że w przypadku innych zamawiających, którzy wprowadzają w SIWZ postanowienia wykluczające złożenie oferty w formie skanu opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym - dostosowują oni w całości dokumentację postępowania do tych postanowień. Jako przykład przywołał postępowanie prowadzone przez Nadleśnictwo Włodawa, gdzie w formularzu oferty miejsce na podpis wyklucza złożenie podpisu własnoręcznego. Mając na względzie powyższe, zdaniem Odwołującego, zasadnym jest zarzucenie Zamawiającemu bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, gdy sposób złożenia oferty odpowiadał wymaganiom wynikającym z formularza ofertowego - wykluczającym się jednocześnie z wymaganiami zawartymi w sposobie sporządzenia oferty. Określenie w SIWZ sposobu przygotowania ofert w niniejszy sposób - mogło doprowadzić do złożenia oferty w taki sposób, że osoba podpisała się, przystawiła pieczęć (co było zgodne z treścią formularza) - a następnie zeskanowała tak przygotowany formularz i podpisała go elektronicznie.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że Zamawiający „oznaczył" (tj. „pogrubił") w instrukcji jedynie zdanie w zakresie dokumentów wadium w postaci poręczeń lub gwarancji o treści: „Zamawiający wymaga, aby w przypadku wniesienia wadium w formie: poręczeń lub gwarancji wskazane w punktach 3.2-3.5 - musi być załączony do oferty w formie oryginału tj. dokumentu elektronicznego. Zamawiający nie dopuszcza złożenia tego dokumentu w jakiejkolwiek innej formie, np. pisemnej albo elektronicznej kopii opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym." Różnica w formie przedstawienia obydwu wymogów (tego dotyczącego formy przedstawienia oferty i formy przedstawienia dokumentów potwierdzających wniesienie wadium) przez Zamawiającego może być dla wykonawców myląca. W przypadku formy wniesienia wadium Zamawiający „wygrubił" warunek, stanowiący że musi ona być złożona w formie oryginału jako dokument elektroniczny. Podobne wymaganie co do formy przedstawienia oferty nie zostało przez Zamawiającego

wyraźnie pogrubione czy w inny sposób odznaczone, tak aby wyróżniało się spośród pozostałych wymagań Specyfikacji. Takie działanie należy rozpatrywać w przedmiotowej sytuacji jako wartościowanie przez Zamawiającego przedmiotowych wymogów SIWZ, które to może mylić wykonawców w przedmiocie ważności obydwu zapisów i ich egzekwowania przez Zamawiającego. Odwołujący zaznaczył ponadto, że dopiero w odrzuceniu oferty Zamawiający „wygrubił" ostatnie zdanie pkt 8, pomimo, że nie dokonał tego w samej treści SIWZ.

Mając na względzie powyższe, a także biorąc pod uwagę treść wzoru formularza ofertowego, który wymagał przystawienia pieczęci i podpisu, Odwołujący wskazał, że SIWZ była myląca dla wykonawców, a zastosowanie się do wszystkich wymogów, było dla wykonawców znacznie niemożliwe. Reasumując - odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - było niezasadne.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzpw zw. z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp, Odwołujący wskazał, iż w przedmiotowym stanie faktycznym wystąpiły oba warunki określone w art. 10a ust. 5 ustawy Pzp uznania oferty za ważnie i prawidłowo sporządzoną tj. oferta została sporządzona w postaci elektronicznej oraz oferta została opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Odwołujący podniósł, iż warunki uznania ważności oświadczenia sporządzonego w postaci elektronicznej zostały określone w stanowisku Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji [PIIT] w zakresie uznania za ważną oferty stworzonej i złożonej w postaci skanu papierowego formularza oferty do pliku podpisanego następnie kwalifikowanym podpisem elektronicznym - stanowisko z dnia 22.02.2019, oznaczenie PIIT/267/19. Przedmiotowa opinia została wydana na wniosek Urzędu Zamówień Publicznych, który przygotowuje opinię w sprawie elektronicznej postaci ofert i zwrócił się o udzielenie opinii w tym zakresie przez ekspertów. W opinii PIIT zwrócono uwagę na definicję dokumentu elektronicznego określoną w Ustawie z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. 2005 Nr 64 poz. 565 ze zm.) „dokument elektroniczny – stanowiący odrębną całość znaczeniową zbiór danych uporządkowanych w określonej strukturze wewnętrznej i zapisany na informatycznym nośniku danych."

Ponadto powołano się na Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (zwane dalej: „elDAS"), które w art. 3 pkt. 35 również zawiera definicję dokumentu elektronicznego: "dokument elektroniczny" oznacza każdą treść przechowywaną w postaci elektronicznej, w szczególności tekst lub nagranie dźwiękowe, wizualne lub audiowizualne" . Autorzy opinii stwierdzili, że definicja z elDAS nie jest sprzeczna zdefinicją z ustawy o informatyzacji. Definicja elDAS jest wręcz bardziej otwarta, gdyż odnosi się do „każdej treści przechowywanej w postaci elektronicznej." W oparciu o powyższą definicję stwierdzono, że skan formularza oferty podpisany elektronicznie przyjmuje postać elektroniczną w rozumieniu art. 10a ust. 5 ustawy Pzp i jest dokumentem elektronicznym w rozumieniu ustawy o informatyzacji. „W celu ustalenia ważności oferty w świetle przepisów ustawy Pzp, kluczowe jest ustalenie, kiedy mamy do czynienia z dokumentem elektronicznym. Zgodnie z przytoczoną definicją musi to być stanowiący odrębną całość znaczeniową zbiór danych uporządkowanych w określonej strukturze wewnętrznej. Odwołując się do ww. definicji z ustawy o informatyzacji należy uznać, że skan papierowego formularza oferty do pliku, który zostaje następnie podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym spełnia wymagania definicji. Wyjaśniamy, że każdy dokument zapisany w formatach takich jak PDF, JPG, DOCX stanowi jako zbiór danych odrębną całość znaczeniową w określonej strukturze wewnętrznej i musi być zapisany na nośniku danych, aby można go było odczytać. Dzięki uporządkowaniu struktury wewnętrznej komputery są w stanie zinterpretować obraz, dźwięk, zapisy tekstowe. W szczególności skan posiada strukturę wewnętrzną pozwalającą na interpretację odpowiednich bitów zapisu jako obrazu zeskanowanego dokumentu. Innymi słowy, z technicznego i prawnego punktu widzenia, skan formularza oferty podpisany elektronicznie przyjmuje postać elektroniczną w rozumieniu art. 10a ust. 5 ustawy Pzp i jest dokumentem elektronicznym w rozumieniu ustawy o informatyzacji."

Dalej Odwołujący podniósł, iż poddano również analizie przepisy § 5 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, wskazując, że „W świecie elektronicznym nie występuje rozróżnienie pomiędzy oryginałem i kopią. Dokument elektroniczny ma dowolną liczbę oryginałów. Można zatem wskazać, że elektronicznie podpisany skan podpisanego własnoręcznie dokumentu papierowego stanowi jednocześnie potwierdzoną za zgodność kopię elektroniczną dokumentu papierowego i jednocześnie elektroniczny oryginał spełniający definicję dokumentu elektronicznego, o tej samej treści." I dalej, że „w odniesieniu do dokumentów elektronicznych należy zatem zastosować prostą zasadę, zgodnie z którą, jeżeli w treści dokumentu nie określono wprost w jakim charakterze jest on podpisany elektronicznie (np. stwierdzenie wprost, że jest to kopia poświadczona za zgodność z oryginałem) to konieczne jest przyjęcie, że w przypadku dokumentów własnych (wykonawcy) prawidłowe podpisanie kwalifikowanym podpisem elektronicznym zawsze powoduje, iż mamy do czynienia z oryginałem."

Niezależenie od opinii PIIT Odwołujący wskazał, iż przepisy § 5 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 - nie znajdują zastosowania do sytuacji Odwołującego, bowiem dotyczą jedynie dokumentów i oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Podobne rozumienie sporządzenia dokumentu w postaci elektronicznej przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia z dnia 8 lutego 2019 r. (sygn. akt: KIO 119/19), który dotyczy stanu faktycznego zbliżonego do przedmiotowego, podkreślając znaczenie wykładni celowościowej przy analizie wymagań związanych z elektronizacją zamówień publicznych. Odwołujący w treści odwołania przytoczył fragmenty uzasadnienia ww. wyroku odnoszące się do wskazanych kwestii.

Następnie Odwołujący podkreślił, że w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący zachował elektroniczną formę wniesienia oferty. Zgodnie z SIWZ oferta Odwołującego została złożona za pośrednictwem platformy e-PUAP i miniPortalu. Odwołujący spełnił też wymagania dotyczące uwierzytelniania dokumentów wchodzących w skład oferty tj. stosował kwalifikowany podpis elektroniczny, tam gdzie wymaga tego platforma. Złożony przez Odwołującego formularz powinien być traktowany jako oryginał dokumentu elektronicznego. Należy zwrócić uwagę, że ustawodawca nie określił skończonego zbioru narzędzi technicznych do tworzenia dokumentów elektronicznych, dopuszczając w tym zakresie dowolność. Nie ma zatem znaczenia, czy dokument cyfrowy powstał - tj. czy treść oświadczenia została wprowadzona do systemu teleinformatycznego - w wyniku skanowania tekstu na papierze, pisania tekstu na klawiaturze komputera, czy też pisania rysikiem na ekranie tabletu. Istotne jest jedynie, aby dokument składany w formie elektronicznej zawierał treść oświadczenia, umożliwiał zapoznanie się z nią i był podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym osoby składającej oświadczenia.

Odwołujący wskazał ponadto, iż w tym kontekście zastosowanie powinny znaleźć odpowiednie przepisy Kodeksu cywilnego, w szczególności art. 78^1 § 2 k.c., zgodnie z którym oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli w formie pisemnej. Odwołujący przytoczył także brzmienie art. 77^3 k.c., 77^2 k.c., 78^1 k.c., wskazując, iż skan ręcznie podpisanego formularza oferty - obejmujący treść oświadczenia woli Odwołującego, w pełni zgodnego z wymaganiami SIWZ - podpisany następnie kwalifikowanym podpisem elektronicznym - powinien być wg Odwołującego uznany za oryginał dokumentu elektronicznego, spełniający dyspozycję art. 10a ust. 5 Pzp. W odniesieniu do zarzutu niezgodności oferty Odwołującego z ustawą, wskazał on więc, że oferta Odwołującego czyniła zadość wymaganiom ustawowym. Dodał, że w odniesieniu do Odwołującego powinny znaleźć również zasady wykładni oświadczeń woli wynikające z art. 60 i 65 k.c., czego Zamawiający w przedmiotowym stanie faktycznym zaniechał.

Na posiedzeniu przed Izbą w dniu 25 marca 2019 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie kosztów postępowania na rzecz Zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, że w odwołaniu akcentuje się przede wszystkim, iż przepis ten ma zastosowanie w przypadku gdy merytoryczna treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, gdy tymczasem Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym zawartym w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, kwestionuje formę oferty. Zamawiający nie podzielił tego poglądu. W przedmiotowej sprawie istotny jest bowiem kontekst, w którym wskazano tę podstawę prawną, a mianowicie fakt, iż w rozdziale XI pkt 8 SIWZ, Zamawiający wskazał, że: „ Oferta powinna być sporządzona w języku polskim, z zachowaniem postaci elektronicznej i podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Sposób złożenia oferty, w tym zaszyfrowania oferty, opisany został w Regulaminie korzystania z mini Portalu. Ofertę należy złożyć w oryginale. Zamawiającynie dopuszcza możliwości złożenia skanu oferty opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym.” Zamawiający wskazał, iż wymóg powyższy nie został przez Odwołującego spełniony, co skutkowało odrzuceniem oferty. Zamawiający dodał, iż wykorzystał w przywołanym wyżej zapisie SIWZ propozycję przykładowego sformułowania SIWZ przedstawioną przez Urząd Zamówień Publicznych na swojej stronie: www.uzp.gov.pl. w zakładce „Repozytorium wiedzy - wzorcowe dokumenty,” na co wskazano również w uzasadnieniu do odrzucenia oferty Odwołującego. Zapis ten nie był kwestionowany na etapie postępowania ani przez Odwołującego, ani też żadnego innego wykonawcę ubiegającego się o zamówienie, nie dotyczyły go również żadne zapytania co do treści SIWZ.

Następnie Zamawiający wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło 5 wykonawców. Spośród wykonawców, których oferty były rozpatrywane, jedynie Odwołujący nie zastosował się do wskazówek Zamawiającego wynikających z przywołanego wyżej zapisu SIWZ, pozostali wykonawcy przygotowali i złożyli oferty w prawidłowy sposób, pomimo braku podkreślenia czy wytłuszczenia ostatniego zdania w rozdziale XI pkt 8 SIWZ - co podnosi pełnomocnik Odwołującego w treści odwołania, jak również pomimo tego, że we wzorze formularza oferty znalazło się miejsce na pieczęć wykonawcy. W tym kontekście, w ocenie Zamawiającego, wynikająca z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy podstawa prawna odrzucenia oferty jest dopuszczalna, istnieją bowiem takie braki formalne oferty, które powodują, że

oferta podlega odrzuceniu np. gdy oferta została sporządzona w języku obcym, niedopuszczonym przez Zamawiającego w SIWZ, albo gdy wykonawca, wbrew wyraźnemu zakazowi wynikającemu z SIWZ, składa oferty częściowe na większą niż wskazana w treści SIWZ przez Zamawiającego ilość części, albo w końcu, gdy wykonawca nie składa oferty w oryginale pomimo, że wymagał tego Zamawiający w SIWZ.

W ocenie Zamawiającego, tak stało się w przedmiotowej sprawie, ponieważ Odwołującynie złożył oferty w oryginale, pomimo tego, że w SIWZ Zamawiający wyraźnie tego żądał, wskazując jednocześnie, że nie dopuszcza możliwości złożenia skanu oferty opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym - nie uważał bowiem takiego skanu za oryginał.

W zakresie podstawy prawnej odrzucenia oferty wyrażonej w treści art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający zwrócił uwagę, iż w odwołaniu akcentuje się przede wszystkim, że Zamawiający odrzucił ofertę jako niezgodną z ustawą z powodu błędnej interpretacji art. 10a ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym, ofertę sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W odwołaniu nawiązano do orzeczenia KIO z dnia 8 lutego 2019 r. sygn. akt: KIO 119/19, które w ocenie pełnomocnika Odwołującego, dotyczyć ma stanu faktycznego i prawnego zbliżonego do przedmiotowego. Zamawiający wskazał, iż nie podziela tego poglądu, ponieważ orzeczenie to dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wszczętego przed dniem 18 października 2018 r. (nie miały zastosowania przepisy 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) a ponadto w stanie faktycznym, którego dotyczy to orzeczenie w SIWZ nie było zapisów analogicznych do tych, które zostały zawarte w SIWZ w niniejszej sprawie. Dodatkowo zwrócił uwagę na fakt, że komunikacja Zamawiającego z wykonawcami odbywała się za pośrednictwem innej, komercyjnej platformy eB2B nie zaś mini Portalu - jak miało to miejsce w postępowaniu którego ocenę ma przeprowadzić Izba - odmienności w przekazywaniu informacji w zależności od rodzaju platformy komunikacji na linii Zamawiający - wykonawcy nie mogą nie zostać wzięte pod uwagę przy orzekaniu.

W dalszej kolejności Zamawiający wskazał, iż Odwołujący pomija fakt, że zgodnie z zapisami SIWZ Zamawiający nie dopuszczał możliwości złożenia skanu oferty opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, nie traktując jej jako oryginału. W tym zakresie istnieje pomiędzy stronami spór jako, że Zamawiający jest odmiennego zdania tzn. uważa, że na zasadzie z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenia, w tym JEDZ sporządza się, pod rygorem nieważności w postaci elektronicznej i opatruje kwalifikowanym podpisem elektronicznym - oferta taka powinna być sporządzona i przekazana w formie elektronicznego oryginału, nie zaś elektronicznej kopii dokumentu w oryginale sporządzonego w formie pisemnej, jak to uczynił Odwołujący. W tym zakresie Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko zawarte w uzasadnieniu informacji o ofertach odrzuconych w postępowaniu. Podkreślić należy za poglądem wyrażonym przez Izbę w orzeczeniu KIO 169/19, że wymóg wynikający z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp dotyczy nie tyle samego złożenia oferty w postaci elektronicznej, ile odnosi się do „sporządzenia" oferty w postaci elektronicznej.

Zamawiający wskazał, iż ma świadomość, że w przedmiotowym zakresie nie ugruntował się jeszcze jednolity pogląd orzecznictwa KIO oraz, że problem dotyczący charakteru podpisanego podpisem elektronicznym skanu dokumentu uprzednio sporządzonego i podpisanego w formie pisemnej, dostrzegł również Urząd Zamówień Publicznych wydając komunikat, z którego wynika, że w przygotowaniu jest opinia w tym zakresie. Niemniej jednak, na gruncie stanu faktycznego przedmiotowej sprawy Odwołujący, wbrew wyraźnemu zakazowi zawartemu w SIWZ,który nie był przez niego kwestionowany na etapie postępowania w postaci żądania zmiany zapisów SIWZ, jak i również poprzez wniesienie odwołania w zakresie dotyczącym zapisów SIWZ złożył skan oferty opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W tej sytuacji, w ocenie Zamawiającego, zaistniały podstawy do odrzucenia jego oferty.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postepowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w dniu 14 marca 2019 r. zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia M.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Mel-Bud" M.S. w Radostowie oraz P.P prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Inżynieria Wodno-Melioracyjna" P.P. w Krąpieli. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przez ww. wykonawców przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp i dopuściła ich do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba dokonała oceny czy Odwołujący był legitymowany, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z ww. przepisem środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Należy zauważyć, iż w przypadku potwierdzenia się zarzutów podniesionych w odwołaniu, skutecznie zakwestionowana zostałaby czynność odrzucenia oferty Odwołującego, która mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą w części nr 1, 3, 5, 6, 7 i 11 zamówienia. W konsekwencji nie sposób odmówić Odwołującemu posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia, skoro powtórzenie czynności badania i oceny ofert powodowałoby, że miał on by realną szansę uzyskać zamówienie w wyżej wskazanych częściach. W przypadku bezpodstawnego odrzucenia jego oferty Odwołujący niewątpliwie mógłby także ponieść szkodę związaną z nieuzyskaniem zamówienia. W tym stanie rzeczy Izba uznała, iż materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp zostały przez Odwołującego wypełnione.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła akta sprawy odwoławczej, w tym dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności specyfikację istotnych warunków zamówienia i jej modyfikacje, ofertę Odwołującego oraz zawiadomienie z dnia 28 lutego 2019 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego. Izba uwzględniła także stanowiska Stron i Uczestnika postępowania złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 25 marca 2019 roku.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż przedstawiony przez Strony stan faktyczny sprawy jest zgodny z dokumentacją postępowania. W szczególności Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z Rozdziałem IV SIWZ pkt 1 i 4 przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług związanych z utrzymaniem w pełnej sprawności technicznej i z obsługą przepompowni oraz wykonywanie prac konserwacyjnych i naprawczych budowli przepompowni. Zamówienie zostało podzielone na 13 części.: Część 1- Zadanie częściowe nr 1.1: NW Gryfice, Część 2- Zadanie częściowe nr 1.2: NW Kamień Pomorski, Część 3- Zadanie częściowe nr 2.1 NW Białogard, Część 4- Zadanie częściowe nr 2.2 NW Kołobrzeg, Część 5- Zadanie częściowe nr 2.3 NW Koszalin, Część 6- Zadanie częściowe nr 2.4 NW Sławno, Część 7- Zadanie częściowe nr 3.1 NW Goleniów, Część 8- Zadanie częściowe nr 3.2 NW Pyrzyce, Część 9- Zadanie częściowe nr 3.3NW Stargard, Część 10- Zadanie częściowe nr 4.1: NW Gryfino i NW Chojna, Część 11- Zadanie częściowe nr 4.2: NW Szczecin Filia Świnoujście, Część 12- Zadanie częściowe nr 4.3: NW Myślibórz, Część 13- Zadanie częściowe nr 4.4: NW Szczecin.

W Rozdziale VIII SIWZ przedstawiono informacje o sposobie porozumiewania się Zamawiającego z wykonawcam oraz przekazywania oświadczeń lub dokumentów. Wskazano, m.in. iż komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami odbywa się przy użyciu miniPortalu, ePUAPu oraz poczty elektronicznej. Wykonawca zamierzający wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, musi posiadać konto na ePUAP. Wykonawca posiadający konto na ePUAP ma dostęp doformularzy: złożenia, zmiany, wycofania oferty lub wniosku oraz do formularza do komunikacji. Zamawiający wskazał, iż wymagania techniczne i organizacyjne wysyłania i odbierania dokumentów elektronicznych, elektronicznych kopii dokumentów i oświadczeń oraz informacji przekazywanych przy ich użyciu opisane zostały w Regulaminie korzystania z miniPortalu oraz Regulaminie ePUAP. W punkcie 10 wskazano, iż dokumenty elektroniczne, oświadczenia lub elektroniczne kopie dokumentów lub oświadczeń składane są przez Wykonawcę za pośrednictwem Formularza do komunikacji jako załączniki. Zamawiający dopuszcza również możliwość składania dokumentów elektronicznych, oświadczeń lub elektronicznych kopii dokumentów lub oświadczeń za pomocą poczty elektronicznej, na wskazany w pkt 3.9 adres email. Sposób sporządzenia dokumentów elektronicznych, oświadczeń lub elektronicznych kopii dokumentów lub oświadczeń musi być zgody z wymaganiami określonymi w rozporządzeniu 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 oraz rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W Rozdziale XI SIWZ zawarto następujące postanowienia odnośnie sposobu przygotowania ofert:

1. Treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ.
2. Oferta oraz pozostałe dokumenty lub oświadczenia, dla których Zamawiający określił wzory w formie Załączników do SIWZ winny być sporządzone według tych wzorów.
3. Dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w SIWZ, są to oryginalne dokumenty lub oświadczenia w postaci elektronicznej, tj. w postaci dokumentu elektronicznego.

4.Kopie dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w SIWZ, są to elektroniczne kopie dokumentów lub oświadczeń poświadczone za zgodność z oryginałem.
5.Poświadczenia za zgodność z oryginałem elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia dokonuje się w formie elektronicznej, tj. kwalifikowanym podpisem elektronicznym.
6.Wykonawca ma prawo złożyć tylko jedną ofertę dla danej części zamówienia. Złożenie większej liczby ofert dla danej części zamówienia lub oferty zawierającej rozwiązania alternatywne lub oferty wariantowej, spowoduje odrzucenie wszystkich ofert złożonych przez danego Wykonawcę dla danej części zamówienia.
7.Wykonawca składa ofertę za pośrednictwem Formularza do złożenia, zmiany, wycofania oferty lub wniosku dostępnego na ePUAP i udostępnionego również na miniPortalu. Klucz publiczny niezbędny do zaszyfrowania oferty przez Wykonawcę jest dostępny dla wykonawców na miniPortalu. W formularzu oferty Wykonawca zobowiązany jest podać adres skrzynki ePUAP, na którym prowadzona będzie korespondencja związana z postępowaniem.
8.Oferta powinna być sporządzona w języku polskim, z zachowaniem postaci elektronicznej i podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Sposób złożenia oferty, w tym zaszyfrowania oferty, opisany został w Regulaminie korzystania z miniPortalu. Ofertę należy złożyć w oryginale. Zamawiający nie dopuszcza możliwości złożenia skanu oferty opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym.
9.Wszelkie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które Wykonawca zastrzeże jako tajemnicę przedsiębiorstwa, powinny zostać złożone w osobnym pliku wraz z jednoczesnym zaznaczeniem polecenia „Załącznik stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa" a następnie wraz z plikami stanowiącymi jawną część skompresowane do jednego pliku archiwum (ZIP).
10.Do oferty należy dołączyć Jednolity Europejski Dokument Zamówienia w postaci elektronicznej, opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a następnie wraz z plikami stanowiącymi ofertę skompresować do jednego pliku archiwum (ZIP).
11.Wykonawca może przed upływem terminu do składania ofert zmienić lub wycofać ofertę za pośrednictwem Formularza do złożenia, zmiany, wycofania oferty lub wniosku dostępnego na ePUAP i udostępnionych również na miniPortalu. Sposób zmiany i wycofania oferty został opisany w Instrukcji użytkownika dostępnej na miniPortalu.
12.Wykonawca po upływie terminu do składania ofert nie może skutecznie dokonać zmiany ani wycofać złożonej oferty.
13.Dokumenty składające się na ofertę muszą być podpisane przez osoby uprawnione do reprezentowania Wykonawcy lub umocowane przez te osoby do reprezentowania Wykonawcy na podstawie odrębnego pełnomocnictwa.
14.Dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu Ministra Rozwoju, składane są w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego lub w elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia poświadczonej za zgodność z oryginałem.
15.Poświadczenia za zgodność z oryginałem dokonuje odpowiednio wykonawca, podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego albo podwykonawca, w zakresie dokumentów lub oświadczeń, które każdego z nich dotyczą.
16.Poświadczenie za zgodność z oryginałem elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia, następuje przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego.
17.Dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu Ministra Rozwoju, sporządzone w języku obcym, są składane wraz z tłumaczeniem na język polski.
18.Pełnomocnictwo, określające zakres umocowania, musi być złożone w oryginale i podpisane przez osoby uprawnione do reprezentowania odpowiednio Wykonawcy, Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, w postaci dokumentu elektronicznego albo elektronicznej kopii dokumentu poświadczonej za zgodność z oryginałem przez notariusza. Wraz z pełnomocnictwem należy złożyć, w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego albo elektronicznej kopii dokumentu poświadczonej za zgodność z oryginałem, dokumenty, z których wynika uprawnienie osób udzielających pełnomocnictwa do reprezentowania danego podmiotu.
19.Dokumenty potwierdzające uprawnienie do podpisania oferty oraz do podpisania lub poświadczenia za zgodność z oryginałem składanych oświadczeń lub dokumentów (inne niż pełnomocnictwo) muszą być złożone w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego albo elektronicznej kopii dokumentu poświadczonej za zgodność z oryginałem.
20.Zamawiający dopuszcza w szczególności następujący format przesyłanych danych: .pdf, .doc, .docx, .rtf, .xps, .odt

Załącznikiem nr 1 do SIWZ był Formularz ofertowy, w którym na pierwszej stronie w lewym górnym rogu znajdowało się miejsce na „pieczęć wykonawcy," zaś na ostatniej stronie w prawy dolnym rogu znajdowało się miejsce na „pieczęć i podpis osoby/osób wskazanych w dokumencie, uprawnionej/uprawnionych do występowania w obrocie prawnym, reprezentowania Wykonawcy i składania oświadczeń woli w jego imieniu."

Odwołujący złożył ofertę na wszystkie 13 części zamówienia za pośrednictwem formularza do złożenia, zmiany,

wycofania oferty lub wniosku dostępnego na ePUAP, załączając plik „OFERTADREWKOS.ZIP". Odwołujący przekaza m.in. dokument zatytułowany „oferta.pdf" zawierający formularz ofertowy, którego wzór stanowił załącznik nr 1 do SIWZ. Formularz ten został przesłany w formie pliku pdf, który stanowił skan ręcznie wypełnionego dokumentu opatrzonego pieczęciami wykonawcy i podpisem Pani A.B. – pełnomocnika Odwołującego. Następnie plik „oferta.pdf" został podpisany przez Panią A.B. certyfikatem kwalifikowanym w dniu 12 lutego 2019 r. godz. 10:52:44. Prawidłowość podpisu elektronicznego została zweryfikowana przez Zamawiającego, co potwierdza raport znajdujący się w dokumentacji postępowania.

W dniu 28 lutego 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze ofert najkorzystniejszych w każdej z części zamówienia. W częściach objętych zakresem zaskarżenia nr 1, 5, 6 i 11 Zamawiający dokonał wyboru oferty Przystępującego, w części nr 3 oferty wykonawcy H.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Obsługa i naprawa urządzeń wodno-melioracyjnych" G.H., a w części nr 7 oferty wykonawcy J.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Gradient" G.J..

W zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 28 lutego 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców także m.in. o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zakresie części 1-13. W uzasadnieniu faktycznym tej decyzji wskazał, iż opublikował postępowanie, którego wartość szacunkowa zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, w dniu 30 stycznia 2019 r., tym samym ze względu na wejście w życie przepisów o pełnej elektronizacji dla postępowań o ww. wartości szacunkowej zawarł w SIWZ niezbędne wytyczne dotyczące, przede wszystkim sposobu przygotowania ofert oraz informacje o sposobie porozumiewania się Zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń lub dokumentów. Zgodnie z zapisami treści SIWZ „Oferta powinna być sporządzona w języku polskim, z zachowaniem postaci elektronicznej i podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Sposób złożenia oferty, w tym zaszyfrowania oferty, opisany został w Regulaminie korzystania z miniPortalu. Ofertę należy złożyć w oryginale. Zamawiający nie dopuszcza możliwości złożenia skanu oferty opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym" (Rozdział XI SIWZ punkt 8).

Zamawiający podniósł, iż wymagania zawarte w SIWZ w zakresie komunikacji, w tym dotyczące sporządzenia i złożenia oferty przez wykonawców, narzucono w związku ze zmianami rozporządzeń do ustawy Pzp, które weszły w życie z dniem 18.10.2018 r., tj. m.in. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 17 października 2018 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz. U. poz. 1991) oraz Rozporządzenie Ministra Przedsiębiorczości i Technologii z dnia 16 października 2018 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1993) i pochodzą one również z rekomendacji Urzędu Zamówień Publicznych, które udostępniono na stronie urzędu. Następnie Zamawiający wskazał, iż do ustalonego w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu terminu składania ofert, prawidłowo – tj. na wskazaną w SIWZ skrytkę ePUAP Zamawiającego, wpłynęło 5 ofert. Oferta Odwołującego jako jedyna została złożona w formie skanu dokumentów, w tym skanu Formularza ofertowego, który został podpisany odręcznie przez osobę uprawnioną do reprezentacji wykonawcy, wypełniony a następnie zeskanowany i opatrzony kwalifikowalnym podpisem elektronicznym. Pozostałe oferty zostały złożone zgodnie z wytycznymi zawartymi w SIWZ tj. w oryginale z zachowaniem postaci elektronicznej i podpisaną kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

W treści zawiadomienia Zamawiający wskazał na wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2019 r., sygn. akt: KIO 2611/18 wydany w zbliżonym stanie faktycznym, w którym przywołano naruszenie art. 10a ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym: „Oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenia, w tym jednolity dokument, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej, i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym." W ocenie Izby oferta taka powinna być od początku do końca sporządzona w formie elektronicznej (nie tylko doręczona), a nie jak zostało to zrobione przez wykonawcę poprzez podpisanie podpisem elektronicznym skanu uprzednio istniejącego dokumentu w formie pisemnej. Jednocześnie zgodnie z wyżej przywołanym Rozporządzeniem w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych, regulujące zasady poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów przesłanych w formie elektronicznej w § 5 ust. 2 normodawca wielokrotnie i konsekwentnie nazywał skan dokumentu stworzonego pierwotnie w formie pisemnej „elektroniczną kopią", zaś złożony na tej kopii podpis - poświadczeniem kopii „za zgodność z oryginałem". Zatem skan dokumentu podpisany elektronicznym podpisem kwalifikowalnym, którego oryginał sporządzono w formie pisemnej, jest jego elektroniczną kopią. Na takie rozumienie wskazują również przepisy Rozporządzenia w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych, gdzie normodawca akcentuje znamię "sporządzenia", z których jasno wynika, iż wersję elektroniczną dokumentu, który

pierwotnie został sporządzony w innej formie niż elektroniczna, normodawca określa mianem "elektronicznej kopii posiadanego dokumentu".

Dalej Zamawiający wskazał, że Izba swoją ocenę oparła również o brzmienie przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego, które w polskim systemie prawa w art. 220 § 3 posługuje się również pojęciem "elektronicznej kopii dokumentu" i w takim rozumieniu posługuje się nim również powyższe Rozporządzenie. Wobec tego, przez elektroniczną kopię dokumentu należy rozumieć nie tylko każde, niezależnie od sposobu utrwalenia, powielenie całości treści dokumentu elektronicznego (w ślad za definicją legalną z Prezesa Rady Ministrów z dnia 14 września 2011 r. w sprawie sporządzania i doręczania dokumentów elektronicznych oraz udostępniania formularzy, wzorów i kopii dokumentów elektronicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 971, z późn. zm.), ale również wykonanie elektronicznego odwzorowania dokumentu papierowego, czyli skan dokumentu papierowego (KIO 2611/18).

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. jako nieodpowiadającej treścią SIWZ oraz niezgodnej z ustawą.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba, mając na uwadze, iż wszczęcie postępowania miało miejsce w dniu 30 stycznia 2019 r., ustaliła, iż dla oceny prawidłowości działań Zamawiającego zastosowanie znajdą przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym po dniu 18 października 2018 r., tj. po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. zmieniającej ustawę Prawo zamówień publicznych oraz ustawę o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2018 r. poz. 1603).

Przedmiotem rozpoznania przez Izbę była ocena prawidłowości czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. Należy podkreślić, iż Izba badała działanie Zamawiającego poprzez pryzmat uzasadnienia faktycznego przedstawionego w zawiadomieniu z dnia 28 lutego 2019 r. To bowiem na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wykonawca podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej oraz formułuje zarzuty odwołania. W związku z powyższym, jak wskazuje się w orzecznictwie, zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadniające tę czynność. Ocena dokonywana przez Izbę w tym zakresie nie może więc wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego i polegać na samodzielnym badaniu istnienia przesłanek określonych w przepisie, na podstawie którego zamawiający dokonał wykluczenia wykonawcy (por. m.in. wyrok z dnia 19 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 1126/18, wyrok z dnia 18 września 2017 r., sygn. akt KIO 1857/17).

W tym kontekście zauważyć trzeba, że przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego sprowadzało się w zasadzie wyłącznie do przywołania brzmienia pkt 8 Rozdziału XI SIWZ, stanowiącego o braku dopuszczalności możliwości złożenia skanu oferty opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym oraz fragmentu uzasadnienia wyroku KIO z dnia 4 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 2611/18, wskazującego, iż oferta od początku do końca powinna być sporządzona w formie elektronicznej, a wersja elektroniczna dokumentu sporządzonego uprzednio w innej formie stanowi elektroniczną kopię dokumentu. Zamawiający nie przedstawił argumentacji własnej, jedynie konstatując, że z uwagi na powyższe odrzucił ofertę Odwołującego jako niezgodną z ustawą i nieodpowiadającą treści SIWZ. Tylko w tych granicach, znajdujących odniesienie w podnoszonych zarzutach, Izba badała kwestię prawidłowości działania Zamawiającego.

Pierwszym z podniesionych w treści odwołania zarzutów było naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, że jej treść odpowiadała treści SIWZ, a Zamawiający błędnie przyjął, iż przesłanki odnoszące się do formy złożenia oferty mogą stanowić przyczynę odrzucenia oferty na podstawie tego przepisu.

Izba uznała powyższy zarzut za zasadny.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Ugruntowany w orzecznictwie Izby jest pogląd, iż niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która stanowi przesłankę odrzucenia oferty zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych

warunków zamówienia wymaganiom (por. m.in. wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2475/17). Niezgodność ta polega zatem na materialnej niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, zaoferowania którego oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ. Zarówno treść SIWZ, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio zamawiającego, który przez opis parametrów przedmiotu zamówienia precyzuje jakiego świadczenia oczekuje oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego - co do zasady - porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia i sposobem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ (por. m.in. wyrok KIO z dnia 24 marca 2016 r., sygn. akt 373/16). O niezgodności oferty z treścią SIWZ można mówić więc w przypadku, gdy przedmiot zamówienia wynikający z oferty nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ. Ta niekompatybilność oparta może być na wielu płaszczyznach oferty, czy to w zakresie wykonania czy też sposobie wykonania zamówienia. Jednocześnie za niezgodnych z treścią SIWZ nie uważa się sytuacji, w których to aspekty formalne oferty nie odpowiadają zapisom SIWZ (por. wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2739/17). W orzecznictwie Izby akcentuje się fakt, iż w zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp mieści się także sporządzenie i przedstawienie oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem jednak, że chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisania i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w SIWZ(por. m.in. wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 9/17, wyrok z dnia 26 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 11/17, KIO 29/17).

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy, w pierwszej kolejności należy stwierdzić, iż pomimo, że przywołane orzecznictwo wypracowane zostało w odniesieniu do ofert składanych w formie pisemnej, to w ocenie składu orzekającego pozostaje ono aktualne również w przypadku ofert składanych w postaci elektronicznej, opatrzonych kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Podstawa do odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, aktualizuje się w sytuacji niezgodności oferty z wymaganiami co do jej treści, a nie co do jej formy i pozostaje to niezmienne niezależnie od postępującej elektronizacji zamówień publicznych.

Podkreślić należy, że osią sporu w przedmiotowej sprawie, a zarazem podstawą odrzucenia oferty przez Zamawiającego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, była forma, a nie treść oferty. Jak wynika z uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego podstawą działania Zamawiającego był fakt złożenia oferty w formie skanu dokumentów, opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podczas gdy w Rozdziale XI SIWZ pkt 8 Zamawiający wskazał, iż nie dopuszcza możliwości złożenia skanu oferty opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

W ocenie składu orzekającego tego rodzaju wymóg odnoszący się do sposobu powstania, wytworzenia dokumentu oferty nie może być podstawą jej odrzucenia z powodu niezgodności z treścią SIWZ, jako że dotyczy aspektu o charakterze *stricte* formalnym. Zamawiający przedstawiając uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego nie wyjaśnił dlaczego, w jego ocenie, w okolicznościach faktycznych omawianego przypadku niezgodność co do formy sporządzenia oferty z wymaganiami określonymi w SIWZ miałaby wskazywać na konieczność jej odrzucenia na podstawie właśnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Abstrahując od kwestii czy skan wydrukowanego formularza ofertowego opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym stanowi ofertę sporządzoną w postaci elektronicznej, jak tego wymaga art. 10a ust. 5 ustawy Pzp czy też elektroniczną kopię dokumentu, o czym będzie mowa w dalszej części uzasadnienia, złożenie oferty sporządzonej w omawiany sposób nie wypełnia dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. . Przepis ten literalnie wskazuje na sytuację, kiedy to treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a dla treści oferty techniczny aspekt jakim jest sposób jej sporządzenia (nadania postaci elektronicznej) pozostaje co do zasady irrelewantny.

Nie bez znaczenia dla rozpoznawanego zarzutu pozostawała także podnoszona przez Odwołującego argumentacja w zakresie sposobu skonstruowania formularza ofertowego, w którym znajdowały się adnotacje Zamawiającego o konieczności opatrzenia dokumentu pieczęciami wykonawcy. Słusznie zauważyła Izba w wyroku z dnia 4 marca 2019 r. sygn. akt KIO 277/19, iż taka konstrukcja formularza mogła skłonić niektórych wykonawców, którzy przygotowując oferty w postepowaniach o udzielenie zamówienia publicznego są w dość szczególny sposób wyczuleni na stosowany przez niektórych zamawiających przesadny formalizm przy badaniu i ocenie ofert, do sporządzenia oferty w sposób dokonany przez Odwołującego. Zauważyć trzeba, że nie tylko oferta Odwołującego została opatrzona pieczęciami, ale także oferta wykonawcy A.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Usług Technicznych S.” A.S., co do której brak jest wiedzy czy została sporządzona poprzez zeskanowanie i opatrzenie kwalifikowanym podpisem elektronicznym wcześniej wydrukowanego i opatrzonego pieczęcią dokumentu. Oferta tego

wykonawcy także została odrzucona, jednak z innej podstawy prawnej i w oparciu o inne okoliczności faktyczne. W ocenie Izby twierdzenia Zamawiającego przedstawione w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, iż poza jego ofertą „pozostałe oferty zostały złożone zgodnie z wytycznymi zawartymi w SIWZ tj. w oryginale z zachowaniem postaci elektronicznej i podpisaną kwalifikowanym podpisem elektronicznym" nie znajduje pełnego odzwierciedlenia w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż nie można wykluczyć, iż również oferta wykonawcy A.S. była wcześniej drukowana w celu naniesienia pieczęci, a następnie zeskanowana i opatrzona elektronicznym podpisem. Skoro w Rozdziale XI SIWZ pkt 8 Zamawiający wskazał, iż nie dopuszcza możliwości złożenia skanu oferty opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, to również i w takim przypadku, idąc tokiem rozumowania Zamawiającego, oferta (od strony czysto technicznej) złożona zostałaby w sposób niezgodny z wymaganiami wynikającymi z SIWZ. Jest to o tyle istotne, że Zamawiający nie akcentował okoliczności opatrzenia oferty przez Odwołującego własnoręcznym podpisem osoby umocowanej (jej sporządzenia w formie pisemnej) jako okoliczności przesądzającej o niezgodności oferty z treścią SIWZ, lecz wskazywał w sposób ogólny na jej złożenie w „formie skanu opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym."

W ocenie Izby zarówno wymóg związany z koniecznością opatrzenia oferty pieczęciami, jak i ograniczenie dotyczące sposobu sporządzenia oferty mają charakter formalny i żaden z tych aspektów nie powinien prowadzić do eliminacji ofert z postępowania z powodu niezgodności z treścią SIWZ. Nie zmienia tego okoliczność, iż sporne postanowienie Rozdziału XI pkt 8 Zamawiający oparł na przykładowych postanowieniach opracowanych przez Urząd Zamówień Publicznych dla korzystania z miniPortalu. Zdaniem składu orzekającegokwestia nieprawidłowej formy oferty winna być oceniana przez pryzmat zgodności z ustawą Pzp, która dla jej ważności wprowadza w art. 10a ust. 5 ściśle określony wymóg zachowania postaci elektronicznej i opatrzenia kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a nie przez pryzmat zgodności treści oferty z treścią SIWZ, pomimo wprowadzenia w SIWZ postanowienia pkt 8 Rozdziału XI. Jeżel bowiem oferta złożona w postaci skanu opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym nie jest ofertą „sporządzoną w postaci elektronicznej," to jest ona nieważna zgodnie z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp i podlega odrzuceniu jako niezgodna z ustawą, a dla takiej oceny nie ma znaczenia okoliczność czy w SIWZ zawarto postanowienie regulujące taki właśnie przypadek czy też nie. Na marginesie dodać należy, iż zagadnienia związane z elektronizacją zamówień publicznych są problematyką nową i dynamicznie rozwijającą się, a dynamice tej nie w pełni odpowiadają funkcjonujące regulacje prawne. Wprowadzanie do obrotu prawnego nowych instytucji często prowadzi do powstania wątpliwości i ścierania się poglądów nie tylko wśród zamawiających i wykonawców, ale także w doktrynie i orzecznictwie, co niewątpliwie jednak w efekcie prowadzić będzie do wypracowania jednolitego stanowiska.

Z uwagi na powyższe Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W ocenie składu orzekającego potwierdził się także zarzut nr II odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 10a ust 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że była zgodna z ustawą z uwagi na fakt, że została ona sporządzona w postaci elektronicznej i opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą. Jak wynika z brzmienia tego przepisu do odrzucenia oferty na jego podstawie może dojść w sytuacji, kiedy zachodzi niezgodność z wymaganiami wynikającym z przepisów ustawy Pzp lub aktów wykonawczych do tejże ustawy. Wobec powyższego, Zamawiający decydując się na zastosowanie omawianego przepisu winien jest wykazać, że pomiędzy ofertą a konkretnym przepisem prawa zachodzi niezgodność oraz na czym ona polega.

Jak wywieść można z kontekstu uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego, podstawę tej czynności Zamawiający upatrywał w złożeniu oferty w postaci skanu opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zamawiający nie wyjaśnił jednak dlaczego tak złożona oferta nie jest zgodna z ustawą. Zamawiający nie przywołał nawet żadnego konkretnego przepisu ustawy Pzp czy też aktu wykonawczego do tejże ustawy, z którym oferta Odwołującego byłaby niezgodna. Stanowisko Zamawiającego w tym zakresie można wywodzić wyłącznie na zasadzie analogii z cytowanego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego fragmentu wyroku KIO z dnia 4 stycznia 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2611/18 cdnoszącego się do naruszenia art. 10a ust. 5 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1320 ze zm., dalej jako „Rozporządzenie w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej"). W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Odwołującego brak jest jednak stanowiska własnego Zamawiającego. Zamawiający, poza krótkim odesłaniem do postanowienia Rozdziału XI pkt 8 SIWZ, nie przedstawił argumentacji potwierdzającej istnienie podstawy do odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Nie powoływał się także na okoliczność sporządzenia oryginału oferty w formie pisemnej, którą podkreślił dopiero w odpowiedzi na odwołanie. Nie budzi wątpliwości Izby, iż tego rodzaju wyjaśnienie winno znaleźć się w treści

uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty, to ta treść jest bowiem przedmiotem weryfikacji przez Izbę w postępowaniu odwoławczym.

Niezależnie od powyższego należy wskazać, iż Izba w składzie orzekającym w przedmiotowej sprawie nie podziela poglądu wyrażonego w przywołanym przez Zamawiającego orzeczeniu zapadłym w sprawie o sygn. akt KIO 2611/18, uznając, iż fakt uprzedniego wydrukowania, wypełnienia, opatrzenia pieczęciami i własnoręcznego podpisania formularza ofertowego, a następnie jego zeskanowania i opatrzenia kwalifikowanym podpisem elektronicznym osoby upoważnionej nie powoduje sporządzenia oferty w sposób niezgodny z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp.

W myśl tego przepisu oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 25a, w tym jednolity dokument, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Nie budzi więc wątpliwości, iż w stanie prawnym znajdującym zastosowanie w rozpoznawanej sprawie, oferta powinna być sporządzona w postaci elektronicznej, opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym i złożona przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, zaś niedochowanie tego wymogu skutkuje jej nieważnością.

Natomiast ani powyższy przepis, ani przepisy innych ustaw czy aktów wykonawczych nie wprowadzają ograniczeń w zakresie sposobu nadania dokumentowi postaci elektronicznej. W ocenie Izby w tym kontekście należy mieć na uwadze to, czym według prawa jest dokument elektroniczny. Zgodnie z art. 3 pkt 2 ustawy z 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 570 ze zm.) dokumentem elektronicznym jest stanowiący odrębną całość znaczeniową zbiór danych uporządkowanych w określonej strukturze wewnętrznej i zapisany na informatycznym nośniku danych. Pojęcie dokumentu elektronicznego definiuje także Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (Dz. Urz. UE L 2014 Nr 257 str. 73, „eIDAS"), gdzie w art. 3 pkt 35 wskazano, że dokument elektroniczny oznacza każdą treść przechowywaną w postaci elektronicznej, w szczególności tekst lub nagranie dźwiękowe, wizualne lub audiowizualne. Dodatkowo jak wynika z art. 77^3 k.c. dokumentem jest nośnik informacji umożliwiający zapoznanie się z jej treścią.

Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu za pośrednictwem miniPortalu, która dotarła do Zamawiającego w postaci elektronicznej w formacie pdf, czyli w jednym z formatów dopuszczonych przez Zamawiającego w Rozdziale XI pkt 20 SIWZ (przy czym wskazany w tym postanowieniu katalog możliwych formatów przesyłanych danych: .pdf, .doc, .docx, .rtf, .xps, .odt., był katalogiem otwartym). Dokument w takim formacie stanowił niewątpliwie zbiór danych uporządkowanych w określonej wewnętrznej strukturze, stanowiący odrębną całość znaczeniową. Treść oświadczenia woli wykonawcy została zdigitalizowana i zapisana na odpowiednim informatycznym nośniku danych. W tym stanie rzeczy trudno stwierdzić, aby oferta złożona przez Odwołującego nie była dokumentem elektronicznym w rozumieniu ww. przepisów. Sam Zamawiający w pkt 3 Rozdziału XI SIWZ zrównywał postać elektroniczną z postacią dokumentu elektronicznego („dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w SIWZ, są to oryginalne dokumenty lub oświadczenia w postaci elektronicznej, tj. w postaci dokumentu elektronicznego").

Natomiast w ocenie Izby okoliczność, iż dokument elektroniczny powstał poprzez zeskanowanie do formatu pdf wydrukowanego formularza oferty i podpisanie takiego pliku kwalifikowanym podpisem elektronicznym, nie przesądza, że oferta nie została sporządzona w postaci elektronicznej. Pojęcie „sporządzenia," którym ustawodawca posłużył się w art. 10a ust. 5 ustawy Pzp, jak zauważyła Izba w wyroku z dnia 8 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 119/19, nie zostało zdefiniowane. Co istotne - Zamawiający ani w treści uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego, ani w postępowaniu odwoławczym, nie podnosił argumentacji, która wskazywałaby na to, że czynność sporządzania oferty zakończyła się wraz ze złożeniem własnoręcznego podpisu przez pełnomocnika Odwołującego na formularzu ofertowym. Taka interpretacja byłaby w ocenie Izby zbyt daleko idąca. Sporządzić to zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego „wykonać, przygotować coś." Przepisy prawa powszechnie obowiązującego nie wprowadzają jakichkolwiek ograniczeń co do tego, jak należy sporządzić dokument w postaci elektronicznej, w tym nie zakazują zdigitalizowania dokumentu papierowego do formatu pdf. Pojęcie sporządzania oferty w postaci elektronicznej może zatem uwzględniać w swym zakresie znaczeniowym szereg czynności, także innych niż samo wytworzenie oświadczenia, np. wprowadzenie zbioru danych do systemu teleinformatycznego, modyfikację tych danych, ich przekonwertowanie, skompresowanie, spakowanie czy zapisanie na nośniku danych w odpowiednim formacie (w tym wypadku pdf). W związku z tym w ocenie Izby pojęcie sporządzenia oferty w postaci elektronicznej powinno być rozumiane stosunkowo szeroko jako przygotowanie oferty do opatrzenia kwalifikowanym podpisem elektronicznym i złożenia za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej (jest to etap bezpośrednio poprzedzający te właśnie czynności).

Okoliczność, iż oferta złożona przez Odwołującego nie została sporządzona w postaci elektronicznej, lecz stanowiła elektroniczną kopię dokumentu była wywodzona przez Zamawiającego wyłącznie z treści § 5 Rozporządzenia w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej (przy czym na powyższe wskazuje jedynie zacytowany przez Zamawiającego w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Odwołującego fragment orzeczenia w sprawie o sygn. akt KIO 2611/18, jak bowiem sygnalizowano już powyżej Zamawiający nie przedstawił argumentacji własnej w tym zakresie).

Niemniej, skład orzekający w przedmiotowej sprawie podziela pogląd wyrażony w wyrokach z dnia 25 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 221/19 oraz z dnia 4 marca 2019 r., sygn. akt KIO 277/19, iż § 5 Rozporządzenia w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej nie znajduje zastosowania w odniesieniu do oferty, jako że odnosi się do dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co wprost wynika z § 5 ust. 1 tego rozporządzenia („Jeżeli oryginał dokumentu lub oświadczenia, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, lub inne dokumenty lub oświadczenia składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie zostały sporządzone w postaci dokumentu elektronicznego, wykonawca może sporządzić i przekazać elektroniczną kopię posiadanego dokumentu lub oświadczenia"). Art. 25 ust. 1 ustawy Pzp odnosi się wyłącznie do oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, które mają potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego oraz brak podstaw wykluczenia.

Ponadto w ocenie Izby przepis § 5 Rozporządzeniaw sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej miał na celu umożliwienie wykonawcom złożenia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej także oświadczeń lub dokumentów, które nie zostały lub nie mogą zostać sporządzone w postaci dokumentu elektronicznego. Jako przykład wskazać tu można chociażby na wystawione w formie pisemnej referencje, którymi wykonawca już dysponuje i którymi chciałby się posłużyć w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej albo dokument koncesji na okoliczność wykazania posiadania odpowiednich uprawnień do prowadzenia działalności zawodowej. Ustawodawca, dając wykonawcom taką możliwość, uregulował w § 5 ust. 2 ww. rozporządzenia kwestię poświadczania takich dokumentów za zgodność z oryginałem, uznając za równoznaczne z takim poświadczeniem opatrzenie dokumentu kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wykonawcę. Takie rozwiązanie niewątpliwie sprzyja sprawności i efektywności postępowań i ich elektronizacji. Nie można bowiem tracić z oczu okoliczności, iż celem elektronizacji jest usprawnienie komunikacji między zamawiającym a wykonawcami, a nie utrudnianie wykonawcom dostępu do zamówień publicznych.

Podsumowując powyższe, w ocenie Izby, wywodzenie na zasadzie analogii z § 5 Rozporządzenia w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej, iż opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym oferta sporządzona w formacie pdf poprzez zeskanowanie uprzednio wydrukowanego i wypełnionego formularza, jest ofertą niezgodną z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp w sytuacji, gdy § 5 ww. rozporządzenia do oferty się nie odnosi, a obowiązujące przepisy nie wprowadzają *explicite* ograniczeń co do sposobu wytworzenia dokumentu w postaci elektronicznej i nie definiują czynności „sporządzenia oferty w postaci elektronicznej", jest zbyt daleko idące. Tym bardziej, że taka rozszerzająca interpretacja stanowić ma w efekcie o nieważności oferty i jej niezgodności z ustawą. Izba podziela pogląd wyrażony w wyroku z dnia 8 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 119/19, iż nie sposób przypisywać nieważności czynności złożenia oferty na podstawie badania sposobu wprowadzania danych, czyli sposobu sporządzenia oferty, która została zakończona wtedy, kiedy dokument został przeformatowany na wersję elektroniczną i opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

W tym stanie rzeczy Izba uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp za zasadny.

W konsekwencji naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp potwierdził się także zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w obliczu nieprawidłowego odrzucenia oferty Odwołującego wadliwie przeprowadzona została czynność badania i oceny ofert, a zatem również czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach nr 1, 3, 5, 6, 7 i 11 zamówienia, objętych zakresem odwołania, była obarczona wadą.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 1) i pkt 2 lit. b) w zw. z § 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:……

.....
.....