

Sygn. akt: KIO 498/19

WYROK
z dnia 10 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierżędzki

Członkowie: Katarzyna Brzeska

Agata Mikołajczyk

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 marca 2019 r. przez wykonawcę **Media sp. z o.o. w Katowicach** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Główną Policji w Warszawie** przy udziale wykonawcy **Matic S.A. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego,**
- 2. w pozostałym zakresie odwołanie oddać,**
- 3. kosztami postępowania obciążyć Komendę Główną Policji w Warszawie i:**
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Media sp. z o.o. w Katowicach** tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od **Komendy Głównej Policji w Warszawie** na rzecz wykonawcy **Media sp. z o.o. w Katowicach** kwotę **18.739 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy siedmiuset trzydziestu dziewięciu złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

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:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 498/19

Uzasadnienie

Zamawiający – Komenda Główna Policji w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „zakup serwera, licencji typu serwer i klient, oprogramowania do analizy danych retencyjnych w komunikacji GSM wraz z przeprowadzaniem szkoleń dla użytkowników końcowych w ramach realizacji projektu nr: PL/2017/PR/0010”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 22 stycznia 2019 r., nr 2019/S 015-030501.

13 marca 2019 r. zamawiający przesłał wykonawcy Media sp. z o.o. w Katowicach, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego.

Wobec czynności odrzucenia swej oferty odwołujący wniósł 22 marca 2019 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przez wadliwe uznanie, że oferta złożona przez odwołującego jest nieważna, gdyż w błędnej ocenie zamawiającego została złożona przez osobę nieuprawnioną i nienależycie umocowaną;
- 2) art. 104 k.c. przez uznanie, że oferta złożona przez odwołującego została podpisana przez osobę nieposiadającą umocowania do działania w imieniu spółki i że czynność ta jest nieważna,
- 3) art. 26 ust. 3a ustawy Pzp przez jego zastosowanie i wezwanie do złożenia pełnomocnictwa, podczas gdy załączony do oferty dokument był oryginałem dokumentu elektronicznego, a zatem pełnomocnictwo zostało prawidłowo złożone wraz z ofertą;
- 4) art. 78¹ § 1 k.c. przez uznanie, że nie została dochowana forma elektroniczna czynności prawnej w postaci udzielenia pełnomocnictwa, podczas gdy dla jej zachowania wystarczające jest złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym, co miało miejsce w przypadku pełnomocnictwa udzielonego panu T. T.
- 5) § 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, przez jego zastosowanie i uznanie, że załączone pełnomocnictwo to elektroniczna kopia dokumentu poświadczona za zgodność z oryginałem, podczas gdy pełnomocnictwo było oryginalnym dokumentem elektronicznym, podpisanym za pomocą bezpiecznego podpisu elektronicznego przez osoby udzielające upoważnienia do działania w postępowaniu, zatem oświadczenie woli pochodziło od tych samych osób i nie można mówić o kopii dokumentu;
- 6) art. 3 pkt 2 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 570), przez wadliwe przyjęcie, że skan pełnomocnictwa podpisanego elektronicznie przez osoby podpisane na pełnomocnictwie to kopia, a nie oryginał, podczas gdy zgodnie z ww. przepisem dokumentem elektronicznym jest „stanowiący odrębną całość znaczeniową zbiór danych uporządkowanych w określonej strukturze wewnętrznej i zapisany na informatycznym nośniku danych”;
- 7) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) dokonania badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,

3) wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej spośród wszystkich złożonych ofert.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że 13 marca 2019 r. został poinformowany przez zamawiającego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Zamawiający podał, że oferta jest nieważna, gdyż została złożona przez osobę nieupoważnioną do działania w imieniu wykonawcy, gdyż pan T. T. nie jest upoważniony do samodzielnego działania w imieniu Media sp. z o.o., a załączone do oferty pełnomocnictwo nie jest oryginałem dokumentu elektronicznego, tylko jego elektroniczną kopią. W ocenie zamawiającego spowodowało to, że oferta jest nieważna na podstawie art. 104 Kc.

Kwestionując stanowisko zamawiającego odwołujący stwierdził, że narusza ono podstawowe zasady prawa zamówień publicznych, jak również przepisy Kodeksu cywilnego. Odwołujący podniósł, że złożył wraz z ofertą upoważnienie dla pana T. T. podpisane elektronicznie przez pana S. M. - prezesa zarządu (osobny plik XADES z dopiskiem prezesa zarządu) i przez pana P. K. (osobny plik XADES z dopiskiem członka zarządu). Zdaniem odwołującego podpisanie podpisem kwalifikowanym przez upoważnioną osobę pliku, który zawiera wyraźne oświadczenie woli, wpisuje się w normę wyznaczoną w art. 78¹ Kc. Zgodnie z art. 78¹ § 1 Kc do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarczy złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Wszystkie te wymagania zostały przez odwołującego spełnione.

Odwołujący podkreślił, że stosownie do definicji dokumentu elektronicznego sformułowanej w art. 3 pkt 35 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (Dz.U.UE.L z 2014 r. Nr 257. str.73) za dokument elektroniczny należy uznać każdą treść przechowywaną w postaci elektronicznej, w szczególności tekst lub nagranie dźwiękowe, wizualne lub audiowizualne. Zgodnie zaś z definicją dokumentu elektronicznego znajdującą się w art. 3 pkt 2 ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne dokument elektroniczny to stanowiący odrębną całość znaczeniową zbiór danych uporządkowanych w określonej strukturze wewnętrznej i zapisany na informatycznym nośniku danych. Zdaniem odwołującego wszystkie te wymogi dokumentu elektronicznego spełnia załączone do jego oferty pełnomocnictwo.

Odwołujący wskazał, że kwestię prawidłowości pełnomocnictwa potwierdziła również Krajowa Izba Odwoławcza, w wyroku z 8 lutego 2019 r. sygn. KIO 119/19, która w ślad za poglądem Sądu Najwyższego z dnia 24 sierpnia 2009 r. w sprawie o sygn. akt I PK 58/09, podkreśliła, że forma będzie zachowana, jeżeli treść oświadczenia woli, wytworzona w dowolny sposób, zostanie opatrzona podpisem, podkreślając iż to czy treść jest sporządzona własnoręcznie, stanowi kopię, czy wydruk jest bez znaczenia. Analogicznie więc sposób sporządzenia dokumentu elektronicznego nie może przesądzić o tym czy ma on prawidłową formę (elektroniczną) czy też nie. Istotne również, że pełnomocnictwo jest dokumentem pochodzącym od wykonawcy, zatem jest oświadczeniem, o którym mowa w art. 10a ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie odwołującego z ewentualną kopią pełnomocnictwa mielibyśmy do czynienia, jeśli zostałaby ona podpisana elektronicznie przez pana T. T., a nie przez pana P. K. i pana S. M.. W takiej sytuacji nie sposób mówić o kopii oświadczenia, gdyż właśnie złożenie przez członków zarządu podpisów elektronicznych na pliku z pełnomocnictwem spowodowało wytworzenie oświadczenia woli w formie elektronicznej zgodnie z art. 78¹ § 1 Kc.

Odwołujący dodał, że najnowsze orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wprost dopuszcza możliwość złożenia skanu oferty podpisanej elektronicznie i stwierdził, że analogicznie zapytywania Izby co do samej prawidłowości oferty złożonej w ten sposób, należy odnieść do formy pełnomocnictwa. Skoro skan oferty podpisanej elektronicznie należy zgodnie z orzeczeniami KIO traktować jako jej elektroniczny oryginał to samo zatem dotyczy pełnomocnictwa do jej złożenia. Odwołujący przywołał tezy wyrażone w uzasadnieniu wyroków Izby w sprawach o sygn. akt KIO 119/19, KIO 277/19 oraz KIO 2658/18.

Odwołujący podniósł, że skoro złożenie skanu dokumentu podpisanego elektronicznie jest złożeniem oryginału dokumentu, w szczególności jeśli na skanie widnieją podpisy osób, które następnie opatrzyły skan podpisem elektronicznym, to należy stwierdzić, że pan T. T. w chwili składania oferty był prawidłowo umocowany do działania w imieniu Odwołującego oraz załączył do oferty elektroniczny oryginał pełnomocnictwa. Odwołujący zaznaczył, że nawet w postępowaniu przed Izbą (sygn. akt KIO 268/19), zostało złożone pełnomocnictwo elektroniczne w postaci skanu podpisanego bezpiecznym podpisem i zostało ono uznane przez Izbę za prawidłowy oryginał w formie elektronicznej.

Zdaniem odwołującego, stanowisko zamawiającego o złożeniu kopii dokumentu pełnomocnictwa poświadczonej za zgodność przez pana P. K. i pana S. M., jest błędne. Podpisanie skanu pełnomocnictwa podpisem elektronicznym trudno utożsamiać z poświadczeniem dokumentu za zgodność z oryginałem, gdyż oznaczałoby to, że wykonawca potwierdza autentyczność własnych dokumentów (i własnych podpisów). Skoro art 78¹ Kc dla zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wymaga jedynie złożenia oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenia go kwalifikowanym podpisem elektronicznym, to za kluczowe należy uznać przekazanie oświadczenia woli przy pomocy systemu elektronicznego, niezależnie od tego w jaki sposób i jakiej formie stworzono plik (tj. czy w pliku edytowalnym czy też nieedytowalnego skanu). Zdaniem odwołującego skan dokumentu jest jego formą elektroniczną, w szczególności jeśli podpis elektroniczny należy do tej samej osoby co podpis na skanie. Odwołujący zaznaczył, że intencją ustawodawcy unijnego obligującego do wprowadzenia przepisów o elektronicznej, było uproszczenie procedur, a zatem usuwanie a nie tworzenie dodatkowych formalizmów proceduralnych.

Odwołujący podniósł ponadto, że podstawą odrzucenia oferty nie mogą być również niezgodności oferty z formą narzuconą w SIWZ, o ile obowiązek zachowania określonej formy nie wynika wprost z przepisów prawa. Na potwierdzenie swojego stanowiska odwołujący przywołał pogląd wyrażony przez Izbę w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 1029/08, że zamawiający nie ma kompetencji do formułowania wymogów co do formy, które nie wynikają z przepisów prawa. Jeśli zaś to robi, nie może to rodzić negatywnych skutków dla wykonawców.

Podsumowując odwołujący stwierdził, że wymóg zachowania formy elektronicznej pełnomocnictwa zostanie zachowany zawsze wtedy, gdy oświadczenie woli zostanie opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, niezależnie od tego w jaki sposób wytworzony został opatrywany podpisem plik. Oświadczenie woli może równolegle funkcjonować w kilku formach: elektronicznej, pisemnej czy dokumentowej. Opatrzanie kwalifikowanym podpisem elektronicznym oświadczenia funkcjonującego wcześniej jedynie w formie dokumentowej lub pisemnej powoduje skutek prawny w postaci złożenia oświadczenia o tej samej treści w nowej formie. Zarówno wymóg formy, jak i sposób jej dochowania, wynikają z przepisów prawa powszechnie obowiązującego (art. 10a ust. 5 ustawy Pzp oraz art. 78¹ § 1 Kc), a zamawiający nie może formułować dodatkowych warunków.

Zamawiający wniósł o odrzucenie, względnie o oddalenie odwołania. W posiedzenia i rozprawy przed Izbą, przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując

interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Matic S.A. w Warszawie. Wniósł o odrzucenie, względnie o oddalenie odwołania.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), ofertę złożoną przez odwołującego, wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa z dnia 1 marca 2019 r., oświadczenie odwołującego z 4 marca 2019 r. wraz z załącznikami, zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego z 13 marca 2019 r., odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę Matic S.A. w Warszawie uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba postanowiła oddalić wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W trakcie posiedzenia Izby zamawiający podniósł, że o okolicznościach faktycznych, które stanowiły podstawy zarzutów odwołujący powziął informację już w dniu 1.03.2019 r. Wskazywał, że w tym dniu zamawiający wystosował do odwołującego wezwanie do uzupełnienia pełnomocnictw w trybie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp. Argumentował, że w wezwaniu tym przedstawił odwołującemu swoją ocenę skuteczności pełnomocnictw załączonych do oferty. Podniósł, że jeżeli odwołujący nie zgadzał się z tą oceną, to miał prawo wnieść odwołanie wobec treści wezwania. Zamiast tego w odpowiedzi na wezwanie odwołujący przy piśmie z dnia 4.03.2019 r., przedstawił zestaw tych samych pełnomocnictw.

Stosownie do art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. W myśl zaś art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie 2 albo w terminie 15 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku, gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Nie było sporne między stronami, że wartość zamówienia przekracza kwoty określone w art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Izba stwierdziła ponadto, że odwołanie – zgodnie z jego treścią - zostało skierowane w zasadniczej części wobec czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego, a nie tak jak utrzymywał zamawiający – wobec czynności wezwania do uzupełnienia pełnomocnictw. O zaskarżonej czynności zamawiający poinformował odwołującego w dniu 13 marca 2019 r., przesyłając mu stosowne zawiadomienie drogą elektroniczną. W tej sytuacji 10 - dniowy termin na wniesienie odwołania wobec czynności odrzucenia upływał odwołującemu w dniu 25 marca 2019 r. (uwzględniając regulację z art. 185 ust. 8 ustawy Pzp). Termin ten został zachowany, gdyż odwołanie zostało wniesione do Prezesa Izby w dniu 22 marca 2019 r. Wobec powyższego wniosek zamawiającego podlegał oddaleniu.*

Izba stwierdziła, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego została odrzucona, lecz może być wybrana jako najkorzystniejsza. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp odrzucił ofertę odwołującego skutkowałoby koniecznością nakazania zamawiającemu unieważnienia takiej czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest zakup serwera, licencji typu serwer i klient, oprogramowania do analizy danych retencyjnych w komunikacji GSM wraz z przeprowadzaniem szkoleń dla użytkowników końcowych w ramach realizacji projektu nr: PL/2017/PR/0010.

Ustalono ponadto, że zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, że:

7.1. Dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu, składane są w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego, podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub w ich elektronicznej kopii, w rozumieniu 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 przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 1320);

7.2. Jeżeli oryginał dokumentu lub oświadczenia, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, 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.

7.3. 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.

7.4. Wszelkie czynności Wykonawcy związane ze złożeniem wymaganych dokumentów (w tym m.in.: składanie oświadczeń woli w imieniu Wykonawcy, poświadczanie kopii dokumentów za zgodność z oryginałem) muszą być dokonywane przez upoważnionych przedstawicieli.

7.5. W przypadku dokonywania czynności związanych ze złożeniem wymaganych dokumentów przez osobę(y) nie wymienioną(e) w dokumencie rejestracyjnym (ewidencyjnym) Wykonawcy do oferty należy dołączyć stosowne pełnomocnictwo w formie oryginału dokumentu elektronicznego podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub kopię poświadczoną przez notariusza za zgodność z oryginałem przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego.

7.6. W przypadku przekazywania przez Wykonawcę elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia, opatrzenie jej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez Wykonawcę albo odpowiednio przez podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega Wykonawca na zasadach określonych w art. 22a ustawy, albo przez podwykonawcę jest równoznaczne z poświadczeniem elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia za zgodność z oryginałem.

7.7. W przypadku przekazywania przez wykonawcę dokumentu elektronicznego w formacie poddającym dane kompresji, opatrzenie pliku zawierającego skompresowane dane kwalifikowanym podpisem elektronicznym jest równoznaczne z

poświadczeniem przez Wykonawcę za zgodność z oryginałem wszystkich elektronicznych kopii dokumentów zawartych w tym pliku, z wyjątkiem kopii poświadczonych odpowiednio przez innego Wykonawcę ubiegającego się wspólnie z nim o udzielenie zamówienia, przez podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca, albo przez podwykonawcę.

7.8(...)

7.9 Poświadczenie za zgodność z oryginałem następuje w formie elektronicznej, przy użyciu kwalifikowalnego podpisu elektronicznego.

7.10 Za dokumenty złożone w oryginale lub w kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem rozumie się dokumenty złożone w formie elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisane przez osoby umocowane do reprezentacji.

W dalszej kolejności ustalono, że termin składania ofert upływał w dniu 22 lutego 2019 r. g. 9.50. Do upływu terminu składania ofert swą ofertę złożył m.in. odwołujący. Oferta została złożona w formie elektronicznej i w imieniu Media sp. z o.o. w Katowicach podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez pana T. T. Wraz z ofertą złożono 3 szt. tego samego zeskanowanego dokumentu pełnomocnictwa z dnia 15 lutego 2019 r. upoważniającego pana T. T. do złożenia oferty, na którym widniały zeskanowane podpisy odrębne P. K. – członka zarządu odwołującego i S. M. – prezesa zarządu odwołującego. Każdy z ww. plików został opatrzony innym kwalifikowanym podpisem elektronicznym:

1) pana S. M., w dniu 21 lutego 2019 r. g. 19.43,

2) pana P. K., w dniu 22 lutego 2019 r. g. 7.32,

3) pana T. T. w dniu 21 lutego 2019 r. g. 10.24.

Ustalono także, że zamawiający w dniu 1 marca 2019 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp, wezwał odwołującego do uzupełnienia pełnomocnictwa, z którego będzie wynikało, że pana T. T. posiadał na dzień złożenia oferty, umocowanie do reprezentowania odwołującego. W uzasadnieniu wezwania zamawiający wskazał, że odwołujący załączył do oferty kserokopię pełnomocnictwa do reprezentowania wykonawcy przez pana T. T. Zamawiający przypomina, że zgodnie z zapisami rozdziału VII ust. 7 ust. 7.7. „W przypadku dokonywania czynności związanych ze złożeniem wymaganych dokumentów przez osobę(y) nie wymienioną(e) w dokumencie rejestracyjnym (ewidencyjnym) Wykonawcy do oferty należy dołączyć stosowne pełnomocnictwo w formie oryginału dokumentu elektronicznego podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub kopię poświadczoną przez notariusza za zgodność z oryginałem przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego”.

Ustalono również, że 4 marca 2019 r. odwołujący przesłał zamawiającemu oświadczenie, w którym wskazał, że załączona do oferty kserokopia pełnomocnictwa do reprezentowania wykonawcy to dokument podpisany elektronicznie, kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez dwóch członków zarządu – pana S. M. i pana P. K. – uprawnionych do reprezentacji spółki, zgodnie z dokumentem rejestracyjnym KRS. Oznacza to, że jest to oryginał dokumentu elektronicznego podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Do ww. oświadczenia załączono tożsame pliki z pełnomocnictwami jak do oferty.

W dalszej kolejności ustalono, że 13 marca 2019 r. zamawiający przesłał odwołującemu zawiadomienie o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, z powodu jej nieważności na podstawie odrębnych przepisów.

W uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia zamawiający wskazał, że zgodnie z treścią rozdziału VII SI WZ pkt 7.6 wszelkie czynności Wykonawcy związane ze złożeniem wymaganych dokumentów (w tym m.in.: składanie oświadczeń woli w imieniu Wykonawcy, poświadczanie kserokopii dokumentów, za zgodność z oryginałem) muszą być dokonywane przez upoważnionych przedstawicieli Wykonawcy.

Oferta Wykonawcy została podpisana przez Pana T. T., który zgodnie z dokumentem rejestracyjnym firmy, nie jest upoważniony do samodzielnej reprezentacji firmy. Wraz z ofertą zostało złożone pełnomocnictwo w postaci trzech egzemplarzy skanu tego samego dokumentu podpisanego przez dwóch upoważnionych przedstawicieli Wykonawcy. Każdy z trzech egzemplarzy dokumentu został opatrzony innym kwalifikowalnym podpisem elektronicznym: 1. Pana S. M., 2. Pana P. K. oraz 3. Pana T. T.. Zdaniem Zamawiającego, złożone wraz z ofertą pełnomocnictwo w trzech egzemplarzach stanowi elektroniczną kopię dokumentu i nie spełnia wymogów ustawowych oraz zapisów SIWZ w zakresie formy składania dokumentów.

Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 t.j. z późn. zm.), w dniu 1 marca br. wezwał Wykonawcę do złożenia pełnomocnictwa, z którego będzie wynikało że Pan T. T. posiadał, na dzień złożenia oferty, umocowanie do reprezentowania Wykonawcy.

Zgodnie z wymogami określonymi w rozdziale VII SIWZ pkt 7.7 pełnomocnictwo należało złożyć w formie oryginału dokumentu elektronicznego podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub kopii poświadczonej przez notariusza za zgodność z oryginałem przy użyciu podpisu elektronicznego za pośrednictwem Platformy zakupowej.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Wykonawca w dniu 4 marca br. za pośrednictwem Platformy przesłał ponownie ten sam zestaw trzech egzemplarzy pełnomocnictwa, który został złożony wraz z ofertą, podkreślając, że „załączone do oferty pełnomocnictwo spełniało wymogi ustawowe oraz było zgodne z zapisami SIWZ tj. zostało złożone w formie oryginału dokumentu elektronicznego podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez dwóch członków Zarządu umocowanych do działania w imieniu Media Sp. z o.o., zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS”.

W ocenie Zamawiającego, przedstawione pełnomocnictwo nie jest oryginałem dokumentu elektronicznego lecz elektroniczną kopią dokumentu, poświadczoną za zgodność z oryginałem przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Zamawiający wymagał w SIWZ (rozdział VII pkt 7.7) złożenia pełnomocnictwa w formie oryginału dokumentu elektronicznego podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub kopii poświadczonej przez notariusza za zgodność z oryginałem przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Wobec powyższego oferta jest nieważna na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8) — jest niezgodna z zapisami SIWZ.

W ocenie Zamawiającego, z przedstawionego dokumentu nie wynika istnienie umocowania do dokonania danej czynności na dzień jej dokonania tj. nie wynika, że Pan T. T. był uprawniony do złożenia oferty w imieniu Wykonawcy w dniu 22 lutego 2019 r., tym samym oferta została złożona przez osobę nieuprawnioną a więc podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8) — jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów tzn. jest nieważna na podstawie art. 104 zd. 1 Kodeksu Cywilnego, gdyż została złożona przez osobę nienależycie umocowaną.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje częściowo na uwzględnienie.

Art. 10a ust. 5 ustawy Pzp stanowi, że 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.

Art. 99 § 1 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, stanowi, że jeżeli do ważności czynności prawnej potrzebna jest szczególna forma, pełnomocnictwo do dokonania tej czynności powinno być udzielone w tej samej formie.

Zgodnie z art. 78¹ § 1 w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarczy złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Art. 104 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, stanowi, że jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Jednakże gdy ten, komu zostało złożone oświadczenie woli w cudzym imieniu, zgodził się na działanie bez umocowania, stosuje się odpowiednio przepisy o zawarciu umowy bez umocowania.

Izba stwierdziła, że czynność zamawiającego, polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego została podjęta z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, art. 78¹ § 1 KC, art. 104 KC i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Stan faktyczny nie był sporny między stronami. Nie ulegało wątpliwości, że oferta została złożona w formie elektronicznej i w imieniu Media sp. z o.o. w Katowicach podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez pana T. T.. Wraz z ofertą przesłano zamawiającemu elektronicznie 3 szt. tego samego, zeskanowanego dokumentu pełnomocnictwa z dnia 15 lutego 2019 r. upoważniającego pana T. T. do złożenia oferty, na którym widniały zeskanowane podpisy odrębne P. K. – członka zarządu odwołującego i S. M. – prezesa zarządu odwołującego, uprawnionych do dwuosobowej reprezentacji odwołującego. Każdy z ww. plików z zeskanowanym dokumentem pełnomocnictwa został opatrzony innym kwalifikowanym podpisem elektronicznym:

1) pana S. M., w dniu 21 lutego 2019 r. g. 19.43,

2) pana P. K., w dniu 22 lutego 2019 r. g. 7.32,

3) pana T. T. w dniu 21 lutego 2019 r. g. 10.24.

Spór pomiędzy stronami dotyczy formy złożonych pełnomocnictw. Zamawiający utrzymywał, że złożono mu jedynie elektroniczne kopie dokumentu papierowego, potwierdzone elektronicznie za zgodność z oryginałem. Z kolei odwołujący utrzymywał, że złożone pliki pełnomocnictw należy traktować jako oryginalne pełnomocnictwa elektroniczne.

Nie było sporne między stronami, że jeżeli chodzi o formę pełnomocnictwa do złożenia oferty to znajduje zastosowanie konstrukcja tzw. formy pochodnej pełnomocnictwa. Konstrukcja ta wynika z art. 99 KC w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp. Istota tej konstrukcji polega na tym, że pełnomocnictwo do dokonania czynności prawnej, która dla swej ważności wymaga formy szczególnej, powinno być udzielone w tej samej formie. Nie ulega również wątpliwości, że ustawodawca dla czynności złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zastrzegł pod rygorem nieważności formę elektroniczną. W tej sytuacji również pełnomocnictwo do dokonania takiej czynności powinno być udzielone w tej samej formie.

W dalszej kolejności dostrzeżenia wymagało, że w piśmiennictwie i orzecznictwie wskazuje się na skutki niezachowania wymaganej formy pełnomocnictwa. Przy czym można mówić o dwojakich skutkach: dla samej czynności prawnej, jak i skutkach dla samego pełnomocnictwa. Jeżeli chodzi o skutki dla udzielenia pełnomocnictwa, to w piśmiennictwie i orzecznictwie sądów powszechnych dominuje pogląd, że niezachowanie wymaganej formy pełnomocnictwa pociąga za sobą jego nieważność. Jedynie tytułem przykładu można wskazać:

1. Kodeks Cywilny. Komentarz, dr hab. Konrad Osajda, wyd. 21, za Legalis

Choć komentowany artykuł zastrzega rygor nieważności tylko dla pełnomocnictwa ogólnego udzielonego bez zachowania formy pisemnej, skutkiem niezachowania wymaganej formy udzielenia pełnomocnictwa wynikającej z komentowanego artykułu będzie zawsze nieważność pełnomocnictwa. Jeśli dla czynności prawnej, która ma być dokonana przez pełnomocnika zastrzeżona jest forma pisemna pod rygorem nieważności, pełnomocnictwo rodzajowe lub szczegółowe do dokonania tej czynności udzielone być powinno na piśmie pod rygorem nieważności. Na gruncie wykładni literalnej można bronić poglądu, zgodnie z którym, ponieważ rygor nieważności zastrzeżony jest tylko dla udzielenia pełnomocnictwa ogólnego bez zachowania formy pisemnej, udzielenie pełnomocnictwa rodzajowego lub szczególnego bez zachowania formy pisemnej powinno być oceniane z perspektywy art. 73 § 1 KC, a zatem wymóg zachowania formy należałoby uznać za zastrzeżony ad probationem. Zdaniem autora komentarza rygor nieważności czynności prawnej dokonanej bez zachowania wymaganej formy dotyczy także pełnomocnictwa do dokonywania tego rodzaju czynności.

2. Kodeks Cywilny. Komentarz, dr hab. Mariusz Załucki, Wydawnictwo C.H. Beck Warszawa 2019 wyd. 1, za Legalis

Sankcja w razie niezachowania wymogu formy pochodnej. We wszystkich wymienionych przypadkach do dokonania danej czynności prawnej ustawa wymaga zachowania określonej formy pod rygorem nieważności. Należy przyjąć, że forma pełnomocnictwa do dokonania którejkolwiek z wymienionych czynności prawnych również została zastrzeżona pod rygorem nieważności, choć wniosek taki nie wynika bezpośrednio z treści art. 99 § 1 KC (przepis ten mówi wyłącznie o tym, że pełnomocnictwo do dokonania danej czynności powinno być udzielone w tej samej formie, która została zastrzeżona pod rygorem nieważności dla dokonania innej czynności prawnej, jednak brak jest postanowienia, z którego wynikałoby wprost, że także dla formy pełnomocnictwa wymaga się zachowania określonej formy pod rygorem nieważności). Poleganie w tym przypadku na wykładni językowej nie wydaje się jednak wystarczające, bowiem prowadziłoby do rezultatu nie do pogodzenia z celem regulacji zawartej w art. 99 § 1 KC.

3. Kodeks Cywilny. Komentarz, Wydawnictwo C.H. Beck Warszawa 2017, wyd. 8, prof. dr hab. Edward Gniewek, prof. dr hab. Piotr Machnikowski, za Legalis

Skutki niedochowania formy pochodnej. Jeżeli oświadczenie woli o udzieleniu pełnomocnictwa nie czyni zadość formie szczególnej wymaganej dla ważności czynności prawnej, do której pełnomocnictwo miało umocowywać, czynność udzielenia pełnomocnictwa jest nieważna

Stanowisko to jest także prezentowane w orzecznictwie. Zawierający umowę sprzedaży nieruchomości pełnomocnik powinien legitymować się pełnomocnictwem notarialnym (art. 99 § 1 KC w związku z art. 158 KC), jednakże niezachowanie tej formy pełnomocnictwa nie powoduje nieważności umowy zawartej w formie prawem przepisanej. Skutki nieważności odnoszą się tylko do pełnomocnictwa (art. 73 § 2 KC w związku z art. 99 § 1 KC), a więc powstałaby przewidziana w art. 103 § 1 KC sytuacja, w której pełnomocnik działałby bez umocowania. Wówczas możliwa jest konwalidacja umowy w sposób określony w art. 103 § 1 KC, a taka możliwość zastrzeżona jest na korzyść strony, w imieniu której działa nieumocowany pełnomocnik. (wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 15 maja 1991 r. I ACr 153/91).

Kierując się powyższymi rozważaniami, Izba stwierdziła, że pełnomocnictwo do złożenia oferty udzielone panu T.

w dniu 15 lutego 2019 r. było nieważne. Pełnomocnictwo to zostało bowiem udzielone w formie pisemnej, zamiast wymaganej pod rygorem nieważności formy elektronicznej. Skoro pełnomocnictwo pisemne z 15 lutego 2019 r. było nieważne, to jedynym w sprawie okazało się pełnomocnictwo udzielone panu T. elektronicznie w dniu 21 lutego 2019 r. o g. 19.43 przez pana S. M. i w dniu 22.02.2019 r. g. 7.32 przez pana P. K. - członków zarządu uprawnionych do dwuosobowej reprezentacji odwołującego. Okoliczność, że podpisy zostały złożone pod dokumentem, który stanowił skan nieważnego pełnomocnictwa pisemnego nie miała znaczenia. Przez złożenie wymaganych podpisów elektronicznych doszło do wytworzenia kolejnych oryginałów, tym razem oryginalnych dokumentów w formie elektronicznej, spełniających wymogi wynikające z art. 78¹ KC w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp. Oświadczenia woli zostały bowiem złożone w postaci elektronicznej (pliki elektroniczne w formacie .pdf) i opatrzone kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi należącymi do osób uprawnionych do reprezentacji odwołującego (podpisy w formacie XAdes – wewnętrzny). Zdaniem Izby, opatrzenie kwalifikowanym podpisem elektronicznym oświadczenia istniejącego wcześniej jedynie w formie pisemnej spowodowało skutek prawny w postaci złożenia oświadczenia o tożsamej treści w nowej formie.

Podzielono także stanowisko odwołującego, wywodzone dodatkowo z przepisu art. 3 pkt 2 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (tj. Dz.U. z 2017 r. poz. 570 ze zm.), zgodnie z którym *dokument elektroniczny to stanowiący odrębną całość znaczeniową zbiór danych uporządkowanych w określonej strukturze wewnętrznej i zapisany na informatycznym nośniku danych*. Izba stwierdziła, że przesłane zamawiającemu dokumenty pełnomocnictwa wypełniały przywołaną definicję „dokumentu elektronicznego”. Sporne pliki niewątpliwie stanowiły ustrukturyzowany zbiór danych jak również dały się zapisać na informatycznym nośniku danych.

Brak było podstaw do przyjęcia, aby tłumaczyć fakt złożenia podpisów elektronicznych inaczej jak chęć udzielenia panu T. elektronicznego pełnomocnictwa do złożenia oferty w imieniu odwołującego. W szczególności znikąd nie wynikało, jakoby zamiarem podpisujących miało być jedynie poświadczenie za zgodność z oryginałem skanu nieważnego dokumentu pełnomocnictwa pisemnego. Zgodnie z art. 65 KC, *oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostały złożone, zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje*. Jeżeli istniały jakiegokolwiek wątpliwości, jak rozumieć podpisy elektroniczne obu członków zarządu odwołującego, to z pewnością zostały one wyjaśnione przez odwołującego w oświadczeniu z dnia 4 marca 2019 r. W oświadczeniu tym odwołujący wyraźnie wskazał, że złożenie podpisów elektronicznych należy traktować jako zamiar udzielenia panu T. elektronicznego pełnomocnictwa do złożenia oferty w imieniu odwołującego.

Za pozbawiony doniosłości prawnej uznano fakt, że członkowie zarządu odwołującego zostali podpisy elektroniczne pod dwoma odrębnymi plikami. Dostrzeżenia wymagało, że oba pliki okazały się identyczne co do treści. Izba wzięła także pod uwagę, że w podpisywanych dokumentach znajdowała się adnotacja, iż podpisy są składane przez „osoby upoważnione do reprezentacji spółki Media sp. z o.o.”. Składający podpisy mieli zatem świadomość w jakim charakterze dokonuje tej czynności. Nie miała również znaczenia okoliczność, że podpisy te złożono w różnym czasie. Biorąc pod uwagę zasadę dwuosobowej reprezentacji odwołującego, za moment udzielenia pełnomocnictwa w wymaganej formie elektronicznej należało uznać chwilę, w której plik został podpisany elektronicznie przez drugiego członka zarządu odwołującego. Nie ulegało także wątpliwości, że podpisy elektroniczne pod dokumentami pełnomocnictw zostały złożone przez obu członków zarządu odwołującego i przekazane zamawiającemu elektronicznie przed upływem terminu składania ofert.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba doszła do przekonania, że przedstawione zamawiającemu pełnomocnictwa należało traktować jako oryginalne dokumenty elektroniczne, spełniające wymogi z pkt 7.5. SIWZ i art. 99 w zw. z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp, art. 78¹ KC w zw. z art. 14 ust. 1. Oferta odwołującego nie podlegała zatem odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, jako nieważna na podstawie art. 104 KC. Oferta została podpisana przez pełnomocnika, który do oferty załączył wymagane elektroniczne pełnomocnictwo zgodne z przepisami prawa jak i postanowieniami SIWZ.

Reasumując Izba stwierdziła, że czynność odrzucenia oferty odwołującego musi zostać wyeliminowana z obrotu prawnego jako naruszająca przepis art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, art. 78¹ § 1 i art. 104 KC. W konsekwencji zamawiający naruszył także przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, odrzucił ofertę odwołującego, pomimo iż oferta ta nie była nieważna, na podstawie odrębnych przepisów.

Za spóźniony uznano zarzut naruszenia art. 26 ust. 3a ustawy Pzp. Zarzut ten – w zakresie, w jakim został skierowany formalnie także wobec czynności wezwania do uzupełnienia pełnomocnictwa z dnia 1 marca 2019 r. – należało uznać za wniesiony po upływie terminu wyznaczonego w ustawie. W świetle art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, termin na skargę tej czynności upłynął odwołującemu w dniu 11 marca 2019 r., tymczasem odwołanie wniesiono do Prezesa Izby w dniu 22 marca 2019 r.

Za chybiony uznano zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Stosownie do powołanego przepisu, *zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia*. Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego Izba stwierdziła, że zamawiający nie dokonał jeszcze czynności wyboru oferty najkorzystniejszej ani nie unieważnił postępowania. Powyższe oznaczało, że zamawiający nie zakończył jeszcze czynności badania i oceny wszystkich ofert. Zdaniem Izby o zaniechaniu wyboru oferty odwołującego można byłoby mówić najwcześniej w momencie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konkurenta odwołującego lub w razie unieważnienia postępowania. W konsekwencji brak było także podstaw, aby nakazywać zamawiającemu wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, o co wnosił odwołujący. Wobec powyższego uznano, że zarzut nie potwierdził się.

Izba postanowiła, na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp, oddalić wniosek zamawiającego o przeprowadzenie dowodu ze skanu oferty Neckerit sp. z o.o. w Warszawie, na okoliczność możliwości podpisania tego samego pliku elektronicznego więcej niż jednym podpisem elektronicznym, uznając, że dowód ten został powołany jedynie dla zwłoki. Stosownie do art. 190 ust. 5 zd. 2 ustawy Pzp, nie wymagają dowodu fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną, jeżeli Izba uzna, że przyznanie nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy. W trakcie rozprawy odwołujący stwierdził, że nie kwestionuje tego faktu, Izba zaś nie dopatrzyła się sprzeczności przyznania z rzeczywistym stanem rzeczy. Wobec powyższego wniosek podlegał oddaleniu.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 i 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do częściowego uwzględnienia i oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było

postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, art. 78¹ § 1, art. 104 KC i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Naruszenie to może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż oferta odwołującego może być wybrana jako najkorzystniejsza.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego*. W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Odnosnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji. Jednocześnie jednak informacja o częściowym oddaleniu odwołania musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten, wypowiadając się o praktyce Izby oddalania części zarzutów odwołania w uzasadnieniu, jednoznacznie uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6*. Izba stwierdziła, że w analizowanej sprawie odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zamawiający, dlatego to tę stronę Izba obciążyła całością kosztów postępowania.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł, koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3.600 zł i koszty dojazdu pełnomocnika odwołującego na rozprawę w wysokości 139 zł, ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy (łącznie 18.739 zł).

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a i b oraz § 5 ust. 4 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).

Wobec powyższego, o kosztach postępowania orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....