Sygn. akt: KIO 853/19

WYROK

z dnia 22 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jan Kuzawiński

Piotr Kozłowski
Luiza Łamejko

Protokolant:

Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 maja 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 maja 2019 r. przez wykonawcę Doosan Babcock Energy Polska S.A., ul. Golejowska 73B, 44-207 Rybnik, w postępowaniu prowadzonym przez PGE Energia Ciepła S.A., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa,

przy udziale wykonawcy ERBUD INDUSTRY Południe Sp. z o.o., ul. Pokoju 14, 42-504 Będzin, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Doosan Babcock Energy Polska S.A., ul. Golejowska 73B, 44-207 Rybnik, i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Doosan Babcock Energy Polska S.A., ul. Golejowska 73B, 44-207 Rybnik, tytułem wpisu od odwołania,

   2.2. zasądza kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od Odwołującego - Doosan Babcock Energy Polska S.A., ul. Golejowska 73B, 44-207 Rybnik, na rzecz Zamawiającego - PGE Energia Ciepła S.A., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa, stanowiącą koszty poniesione z tytułu 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: .....

KIO 853/19

Uzasadnienie

Zamawiający - PGE Energia Ciepła S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Wykonanie remontów bieżących i awaryjnych na urządzeniach ciśnieniowych kotłów K1-8 w PGE Energia Ciepła S.A. Oddział w Rybniku".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod 2019/S 010-020201 w dniu 15 stycznia 2019 r. Postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem przepisów właściwych dla zamówień o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2018 r., poz. 1986 ze zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp".

Dnia 30.04.2019 r. Zamawiający poinformował wykonawcę Doosan Babcock Energy Polska S.A., ul. Golejowska 73B, 44-207 Rybnik (dalej jako Odwołujący) o wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy ERBUD INDUSTRY POŁUDNIE Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie. W dniu 9.05.2019 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ERBUD i wykluczenia ww. wykonawcy z postępowania oraz dokonania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 10a ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 78^1 k.c., poprzez dokonanie wyboru oferty ERBUD i zaniechanie jej odrzucenia, pomimo, iż podmiot ten złożył ofertę bez zachowania formy wymaganej ww. przepisem oraz treścią SIWZ obowiązującej w postępowaniu, tj. bez zachowania wymogu sporządzenia oferty w postaci elektronicznej i opatrzenia jej kwalifikowanym podpisem elektronicznym,

2) art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 i 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy Pzp w związku z art. 10a ust. 5 art., 25 ust. 1 i 25a ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Erbud i zaniechanie wykluczenia go z postępowania, pomimo, iż podmiot ten nie wykazał poprzez złożenie dokumentów w formie zgodnej z przepisami ustawy Pzp i SIWZ obowiązującej w postępowaniu, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz że nie podlega wykluczeniu z postępowania, w zakresie Formularza jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ).

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w ramach której Zamawiający dokona odrzucenia oferty ERBUD jako niezgodnej z SIWZ i obowiązującymi przepisami wskazanymi powyżej oraz wykluczenia go z postępowania ze względu na fakt, iż skutecznie nie wykazał on, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz że nie podlega wykluczeniu z postępowania

<u>Uzasadnienie odwołania.</u>

Odwołujący informuje, że zgodnie z pkt 20.7 SIWZ „Zamawiający nie dopuszcza możliwości złożenia Oferty oraz oświadczeń. o których mowa w art. 25a Ustawy PZP (JEDZ) w formie skanu oryginalnych oświadczeń sporządzonych w formie papierowej". Odwołujący wywodzi,

że w ten sposób Zamawiający przesądził, że dokumenty w postępowaniu powinny być sporządzane w formie elektronicznej, a nie jedynie podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym i doręczane Zamawiającemu jako plik elektroniczny stanowiący skan dokumentu sporządzonego pierwotnie w formie pisemnej. Wskazuje, że ww. postanowienie SIWZ znajduje oparcie w art. 10 ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którymi komunikacja między zamawiającymi odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej oraz, że oferty wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 25a w tym JEDZ sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowalnym podpisem elektronicznym. Odwołujący zauważa, że

analogiczne regulacje zostały zamieszczone przez Zamawiającego w treści SIWZ w pkt. 2.7., 20.9., 21.2., 21.6., 21.7., w których wyraźnie wskazano na obowiązek sporządzenia oferty oraz oświadczeń w formie elektronicznej oraz konieczność podpisania ich kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Odwołujący podnosi, że wbrew powyższym regulacjom ustawy Pzp i SIWZ, oferta złożona przez ERBUD, a także jej załączniki, w tym formularz JEDZ stanowi skan dokumentów przygotowanych w formie papierowej, który następnie został podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zdaniem Odwołującego nie budzi wątpliwości, że

ww. dokumenty nie zostały sporządzone w formie elektronicznej, ale w formie papierowej, opatrzone podpisami tradycyjnymi, a następnie zeskanowane i podpisane kwalifikowanym

podpisem elektronicznym. Odwołujący wywodzi, że tak sporządzona oferta i oświadczenia nie odpowiadają, nie tylko przepisom ustawy Pzp, ale także treści SIWZ, co powinno prowadzić do odrzucenia oferty ERBUD z uwagi na to, że ww. wykonawca nie złożył dokumentów sporządzonych w formie elektronicznej oraz składając dokumenty w niewłaściwej formie nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego powinno to prowadzić do odrzucenia oferty ERBUD i wykluczenia go z postępowania.

Odwołujący wskazuje, że zgodnie z art. 66 kodeksu cywilnego oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Powołuje się także na treść art. 78 k.c. oraz art. 78^1 k.c. wywodząc, że ustawodawca dokonał wyraźnego rozróżnienia czynności prawnej w zależności od formy jej dokonania. Z tego wywodzi, że w przypadku formy pisemnej wymagane jest złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli, zaś dla zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wymagane jest złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Odwołujący powołuje się na rozporządzenie 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, które reguluje zasady poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów przesłanych w formie elektronicznej - w § 5 ust. 2 wskazano, że 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. Podnosi, że elektroniczną kopię dokumentu stanowi dokument, którego oryginał istnieje w formie pisemnej, zaś jego kopia została zapisana na informatycznym nośniku danych. Z powyższego wywodzi, że przekazanie skanu oferty i formularza JEDZ sporządzonych i podpisanych w formie tradycyjnej w świetle ww. przepisu, nie może zostać uznane przez Zamawiającego za złożenie oferty w formie przewidzianej w art. 78^1 k.c., a tym samym zgodnie z przepisami PZP oraz aktów wykonawczych. Powołuje się na wyroki KIO 2611/18 i KIO 169/19. Wskazuje, że stanowisko KIO z ww. wyroków potwierdzają poglądy doktryny, które sam podziela, że skan dokumentu uprzednio sporządzonego w wersji papierowej nie będzie uznany za oryginał, nawet po opatrzeniu go kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Zamawiający w dniu 21 maja 2019 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpienie zgłosił wykonawca ERBUD INDUSTRY Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie, (dalej także jako Przystępujący). W dniu 21.05.2019 r., Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W toku rozprawy przed Izbą strony i uczestnik podtrzymali swoje stanowisko.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym

w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na odwołanie i pismem procesowym uczestnika postępowania, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron oraz uczestnika postępowania złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, wobec możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Przystępując do rozpoznania sprawy Izba ustaliła przede wszystkim, że stan faktyczny sprawy przedstawiony w odwołaniu znajduje potwierdzenie w dokumentacji postępowania i nie był pomiędzy stronami sporny, nie będzie zatem powtarzany.

Izba zwraca uwagę na następujące postanowienia SIWZ:

2.7. Oferty, oświadczenia, w tym Oświadczenie Wstępne, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej, i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

20.2. Zamawiający wymaga, aby Oferta zawierała wypełniony i podpisany Formularz Oferty wraz z załącznikami, którego wzór stanowi Załącznik Nr 4 do SIWZ.

20.5. Wymaga się, aby Oferta oraz JEDZ były podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę lub osoby uprawnione do reprezentowania Wykonawcy.

20.7. Zamawiający nie dopuszcza możliwości złożenia Oferty oraz oświadczeń, o których mowa w art. 25a Ustawy PZP (JEDZ) w formie skanu oryginalnych oświadczeń sporządzonych w formie papierowej.

20.9. Oferta powinna być sporządzona w języku polskim, z zachowaniem formy elektronicznej pod rygorem nieważności. Każdy dokument składający się na ofertę powinien być czytelny.

21.1. W celu wypełnienia JEDZ należy pobrać wzór dostępny na portalu zakupowym Zamawiającego (wzór JEDZ stanowi Załącznik Nr 3 do SIWZ), a następnie, wypełnić zgodnie z instrukcjami. Po sporządzeniu JEDZ dokument powinien być podpisany przez osoby uprawnione do reprezentowania podmiotu, którego JEDZ dotyczy. JEDZ może być również przygotowany w narzędziu dostępnym na stronie internetowej:

.

21.6. Wykonawca wypełnia JEDZ, tworząc dokument elektroniczny. Może korzystać z narzędzia ESPD lub innych dostępnych narzędzi lub oprogramowania, które umożliwiają wypełnienie JEDZ i utworzenie dokumentu elektronicznego, w szczególności w jednym z ww. formatów.

21.7. Po stworzeniu lub wygenerowaniu przez Wykonawcę dokumentu elektronicznego

JEDZ, Wykonawca podpisuje ww. dokument kwalifikowanym podpisem elektronicznym,

wystawionym przez dostawcę kwalifikowanej usługi zaufania, będącego podmiotem

świadczącym usługi certyfikacyjne - podpis elektroniczny, spełniające wymogi

bezpieczeństwa określone w ustawie z dnia 5 września 2016 r. - o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej (Dz. U. z 2016 r. poz. 1579 z późn. zm).

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie, jako bezzasadne podlegało oddaleniu w całości.

Ad zarzutu 1 - naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 10a ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 78^1 k.c.

Izba uznała zarzut za niezasadny. Taka konkluzja składu orzekającego wynika z uwzględnienia następujących okoliczności. Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą Izby, niezgodność oferty z treścią SIWZ, która stanowić ma przesłankę jej odrzucenia, dotyczyć powinna merytorycznej treści tej oferty, która nie pokrywa się z wymaganiami Zamawiającego (por np. wyrok KIO z dnia 10.01.2019 r., KIO 2633/18, z dnia 25.10.2018 r., KIO 1952/18, z dnia 16.02.2017 r., KIO 198/17). Niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zachodzi zatem, gdy treść oświadczenia woli wykonawcy, jakim jest oferta, nie potwierdza woli realizacji przedmiotu zamówienia opisanego w SIWZ. Jednocześnie niezgodność z SIWZ, o której mowa rzeczonym przepisie nie zachodzi, gdy rozbieżność dotyczy kwestii formalnych. Jakkolwiek możliwym jest uznanie, że przesłanka z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zachodzi także w przypadku sporządzenia oferty niezgodnie z wymaganiami SIWZ, to rozbieżność ta powinna mieć na tyle doniosły charakter, iż nie można uznać, że obarczona błędem oferta w wystarczający sposób opisuje i potwierdza zakres i treść zobowiązania wykonawcy (por. np. wyrok KIO z 22.11.2018 r., KIO 2301/18, z 11.01.2019 r., KIO 2642/18, z 17.01.2017 r., KIO 9/17).

Odwołujący zarzuty oparł jedynie o okoliczność dotyczącą formy oferty i dokumentu JEDZ - tj. złożenia ich w formie podpisanych elektronicznym podpisem kwalifikowanym skanów dokumentów uprzednio sporządzonych na papierze i podpisanych odręcznie. Z tego wywodził, iż oferta niezgodna jest z postanowieniem 20.7 SIWZ, zgodnie z którym niedopuszczalne było złożenie oferty i JEDZ w formie skanu oryginalnych oświadczeń sporządzonych w formie papierowej. Odwołujący wskazał również na niezgodność z pkt 2.7,

20.9, 21.1, 21.6, 21.7 SIWZ, w których przewidziano obowiązek sporządzenia dokumentów w formie elektronicznej.

W ocenie Izby postanowienie 20.7, jak i pozostałe wskazane powyżej, dotyczyły kwestii czysto formalnej, wobec czego nawet ich naruszenie nie mogło stanowić podstawy odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zważyć należy, że odrzucenie oferty jest najdalej idącą sankcją, bowiem eliminuje ona możliwość uzyskania przez wykonawcę zamówienia - wobec tego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp powinien być stosowany przez Zamawiającego w ostateczności (por. np. wyrok z 17.05.2018 r., KIO 815/18). Niezgodność oferty z SIWZ, skutkująca odrzuceniem oferty powinna być na tyle poważna, iż nie daje Zamawiającemu możliwości wyboru takiej oferty z gwarancją pełnego, zgodnego z SIWZ wykonania zamówienia, bądź też wybór oferty musiałby wiązać się z (choćby potencjalnym) naruszeniem wyrażonych w art. 7 ustawy Pzp zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Podkreślić przy tym należy, że art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wprost odnosi się do sytuacji niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, zatem odrzucenie oferty na podstawie zapisu SIWZ dotyczącego formy złożenia oferty jest niedopuszczalne, jeżeli naruszenie tej formy nie wpływa na treść oświadczenia wykonawcy. Co więcej, należy zauważyć, że pkt 20.7 SIWZ odnosił się do skanów dokumentów, tymczasem Przystępujący Erbud składane dokumenty opatrzył także kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi, dzięki czemu uzyskały one walor weryfikowalnej autentyczności i niezmienności. Postępowanie Przystępującego pozostawało przy tym w zgodzie z pozostałymi postanowieniami dotyczącymi sposobu przygotowania oferty i załączników powołanymi przez Odwołującego, w szczególności pkt 2.7 SIWZ, a także punktem 20.5,

w którym Zamawiający wymagał opatrzenia oferty oraz jedz kwalifikowanym podpisem elektronicznym osoby uprawnionej do reprezentacji wykonawcy, jak również pkt 20.2 SIWZ, bowiem oferta Przystępującego zawierała formularz oferty zgodny ze wzorem załącznika nr 4 do SIWZ. Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że brak jest podstaw dla odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Ewentualna niezgodność formy oferty z przepisami ustawy może stanowić podstawę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, w szczególności mając na uwadze, iż art. 10a ust. 5 ustawy Pzp nakłada obowiązek sporządzania ofert i JEDZ w formie elektronicznej i opatrywania ich kwalifikowanym podpisem elektronicznym pod rygorem nieważności. Jednakże, wbrew twierdzeniom odwołania, brak jest podstaw dla przyjęcia, że Przystępujący nie dochował tych wymogów. Odwołujący swoje stanowisko uzasadniał na trzy sposoby - interpretacją art. 78 i 78^1 k.c., argumentem z § 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 oraz wyrokami KIO 2611/18 i KIO 169/19. Argumentacja Odwołującego w ocenie Izby nie jest przekonująca z następujących względów.

Tezy odwołania odnoszące się do przepisów kodeksu cywilnego, wydają się całkowicie chybione. Przewidziane w kodeksie cywilnym wymogi - złożenia podpisu własnoręcznego dla zachowania formy pisemnej (art. 78 k.c.) oraz złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym dla zachowania elektronicznej formy czynności prawnej (art. 78^1 k.c.) nie są wzajemnie wykluczające się - ustawodawca nie określa, w jaki sposób ma być przygotowana forma elektroniczna oświadczenia woli. Z tego należy wywieść, że skoro oferta Przystępującego ma postać cyfrową (plik pdf) i jest opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym, to spełnia wymóg art. 78^1 k.c., niezależnie od sposobu jej przygotowania, w tym uprzedniego jej podpisania w formie papierowej. Należy też zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 60 i 61 k.c. oświadczenie woli wymaga jej wyrażenia, a złożone jest z chwilą, gdy doszło do innej osoby w taki sposób, że mogła się zapoznać z jego treścią, bądź w przypadku oświadczenia woli w postaci elektronicznej - jest złożone z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby jego adresat mógł się zapoznać z jego treścią. Co za tym idzie, papierowy formularz oferty nie może być uznany za dokument wyrażający wolę Przystępującego, bowiem nie został on przekazany Zamawiającemu - nie stanowił więc oferty zgodnie z art. 61 i 66 k.c. Ofertę stanowił dopiero dokument w postaci opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym plik pdf, który zawierał zeskanowany formularz papierowy, przekazany Zamawiającemu poprzez portal elektroniczny.

Odwołujący powołane przepisy kodeksu cywilnego powiązał z postanowieniem § 5 rozporządzenia w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej. Z powyższego Odwołujący wywiódł, że skan oferty i JEDZ przygotowanych w formie papierowej stanowi kopię dokumentu elektronicznego, nie zaś oryginał, wobec czego ich złożenie było niezgodne z art. 78^1 k.c. a w związku z tym z przepisami ustawy Pzp i przepisami wykonawczymi.

W ocenie Izby stanowisko Odwołującego jest bezpodstawne. Niezależnie od nieuprawnionego, o czym poniżej, odniesienia § 5 ww. rozporządzenia do dokumentów złożonych przez Przystępującego, należy zauważyć, że nawet ewentualne uznanie ich za kopie w rozumieniu rozporządzenia, nie wyklucza skutecznego zachowania elektronicznej formy czynności prawnej zgodnie z art. 78^1 k.c., przepis ten bowiem, jak wskazano powyżej, wymaga jedynie by oświadczenie miało postać elektroniczną i było opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym - oba te wymogi Przystępujący zaś zachował, co było w sprawie bezsporne. Jednakże, jak wskazano powyżej, w ocenie Izby nieuprawnionym jest odnoszenie § 5 ww. rozporządzenia do dokumentów, których dotyczy odwołanie - tj. oferty i JEDZ wykonawcy ERBUD. Rzeczone rozporządzenie w § 5 ust. 1 stanowi, że 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. Ustęp 2 stanowi, że w przypadku przekazywania przez wykonawcę elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia, opatrzenie jej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wykonawcę jest równoznaczne z poświadczeniem elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia z oryginałem. W ocenie Izby przepis ten miał na celu umożliwienie wykonawcom złożenia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej dokumentów, które nie zostały lub nie mogą zostać sporządzone w postaci dokumentu elektronicznego - np. dokumenty takie jak pisemne referencje, którymi wykonawca już dysponuje. To samo należy odnieść do elektronicznej kopii dokumentu o której mowa w § 14 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126). Taka interpretacja zgodna jest z głównym celem elektronizacji postępowań o udzielenie zamówień

publicznych, który wyrażony został w motywie 52 preambuły dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE. Określono w nim m.in., że elektroniczne środki informacji i komunikacji mogą poprawić skuteczność procesu udzielania zamówień i że zwiększają one możliwości udziału wykonawców w postępowaniach o udzielanie zamówień. Całkowicie sprzeczne z tymi założeniami i kontrskuteczne w odniesieniu do celów elektronizacji byłoby przyjęcie, że dokument w postaci elektronicznej, opatrzony prawidłowym kwalifikowanym podpisem elektronicznym nie spełnia wymogów komunikacji elektronicznej określonych w art. 10a ustawy Pzp tylko dlatego, że pierwotnie został przygotowany na piśmie. Należy przy tym podkreślić, że takie rygorystyczne, formalistyczne podejście nie znajduje również oparcia w przepisach prawa, które nie definiują, co należy rozumieć poprzez „sporządzenie" elektronicznej postaci dokumentu. Nie można uznać za prawidłową próbę interpretacji tego zwrotu poprzez odwołanie do § 5 rozporządzenia w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej. Rozporządzenie to również nie określa, co oznacza sporządzenie w postaci dokumentu elektronicznego, a rozróżnia „sporządzenie w postaci dokumentu elektronicznego" i „sporządzenie elektronicznej kopii" - nie wskazując, na czym polega różnica w samym „sporządzeniu", zatem byłoby to definiowanie ignotum perignotum. W tej sytuacji zwrot „sporządza się" użyty w art. 10a ust. 5 ustawy Pzp należy interpretować zgodnie z jego literalnym, językowym znaczeniem. Zgodnie ze słownikiem języka polskiego PWN, „sporządzić" oznacza „wykonać, przygotować coś" (, dostęp w dniu 21.05.2019 r.). Niewątpliwie więc, wobec braku przeciwskazań, zeskanowanie pisemnej formy formularza ofertowego oraz JEDZ należy rozumieć jako „sporządzenie" elektronicznej postaci dokumentu. Wniosek ów podyktowany jest także definicją dokumentu elektronicznego zawartą w 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. Również 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) zawiera w art. 3 pkt 35 definicję dokumentu elektronicznego, zgodnie z którą jest to każda treść przechowywana w postaci elektronicznej, w szczególności tekst lub nagranie dźwiękowe, wizualne lub audiowizualne. Definicję dokumentu, dostosowaną do realiów elektronizacji zawarto również w art. 77^3 k.c., zgodnie z którym dokumentem jest nośnik informacji umożliwiający zapoznanie się z jej treścią. Przy tym żaden z obowiązujących przepisów prawa nie określa, w jaki sposób dokument elektroniczny powinien zostać sporządzony.

Dodać w tym miejscu należy, iż Izba w składzie orzekającym w tej sprawie, nie podziela poglądu wyrażonego w szeroko przywołanych przez Odwołującego wyrokach KIO 2611/18 i KIO 169/19, w których uznano, że skan dokumentu sporządzonego na papierze nie odpowiada formie wymaganej w art. 10a ust. 5 ustawy Pzp. Jednocześnie należy zaznaczyć, że niniejszy wyrok Izby wpisuje się utrwaloną już linię orzeczniczą - por. np.

wyrok z dnia 8.02.2019 r., KIO 119/19, z dnia 25.02.2019 r., KIO 221/19, z 4.03.2019 r., KIO 277/19, z 29.03.2019 r., KIO 428/19.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że Zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 i art. 10a ust. 5 ustawy Pzp, ani też art. 78^1 kodeksu cywilnego.

Ad zarzutu 2 - naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 i 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy Pzp w związku z art. 10a ust. 5 art., 25 ust. 1 i 25a ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Zarzut ten Odwołujący wywodził z okoliczności, iż Przystępujący ERBUD złożył dokument JEDZ w postaci niezgodnej z przepisami ustawy Pzp i SIWZ, tj. jako podpisany kwalifikowanym podopisem elektronicznym skan dokumentu uprzednio sporządzonego na piśmie.

Jak Izba stwierdziła w odniesieniu do zarzutu 1, forma, w jakiej Przystępujący sporządził ofertę oraz JEDZ jest zgodna z art. 10a ustawy Pzp i dokumenty te należy uznać za prawidłowo i skutecznie złożone. Odwołujący niewykazanie przez Przystępującego spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia z udziału

w postępowaniu wywodził jedynie z nieprawidłowej, jego zdaniem, formy dokumentu JEDZ. Należy uznać zatem, że Odwołujący nie wykazał, iż wykonawca ERBUD nie potwierdził

spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia z udziału

w postępowaniu. Wobec powyższego, Izba uznała zarzut za bezzasadny.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 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: .....