Sygn. akt: KIO 3197/20

WYROK
z dnia 30 grudnia 2020 r.
Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:
Przewodniczący:Emil Kawa
Protokolant:Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 grudnia 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 03.12.2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: 1. WĘGLOKOKS S.A. ul. Mickiewicza 29, 40-085 Katowice -Lider Konsorcjum 2. MAS Sp. z o.o. u Rybnicka 42, 43-190 Mikołów - Członek Konsorcjum, 3. OZER KOIWEYOR BAND TURIZM SANAYI VE TICAI AS Ankarakarayoulu 2.km. 03030 AFYONKARAHISAR, Turcja** w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. ul. Węglowa 5, 97-400 Bełchatów**
przy udziale wykonawcy **Fabryka Taśm Transporterowych Wolbrom S.A. ul. 1-go Maja 100, 32-340 Wolbrom** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka

1.Oddala odwołanie
2.Kosztami postępowania obciążą odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście) tysięcy złotych tytułem kwoty uiszczonego wpisu od odwołania
3.Zasądza od odwołującego konsorcjum na rzecz zamawiającego PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. kwotę 3 600,00 (trzy tysiące sześćset) złotych tytułem zwrotu kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.
Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący: ……..……..

KIO 3197/20

UZASADNIENIE

PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. ul. Węglowa 5, 97-400 Bełchatów, zwany dalej „zamawiającym" prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego, na zawarcie umowy ramowej *na dostawę taśm przenośnikowych na lata 2020-2022 dla PGE GiEK S.A. Oddział Kopalnia Węgla Brunatnego Turów.*Nr postępowania POST/GEK/GEK/PMR- CSS/14124/2019.
Zamawiający dokonał odrzucenia oferty konsorcjum 1. WĘGLOKOKS S.A. ul. Mickiewicza 29, 40-085 Katowice -Lide Konsorcjum 2. MAS Sp. z o.o. ul. Rybnicka 42, 43-190 Mikołów - Członek Konsorcjum, 3 OZER KOIWEYOR BAN TURIZM SANAYI VE TICARET AS Ankarakarayoulu 2.km. 03030 AFYONKARAHISAR, Turcja - Członek Konsorcj zwanego dalej „odwołującym" który to złożył odwołanie od takiej czynności zamawiającego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.
We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 10 ust. 5 Pzp, art. 78^1 k.c., art. 99 k.c., art. 97 § 2 ustawy Prawo o notariacie oraz art. 7 ust. 1 Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na przyjęcie jej nieważności ze względu na brak przedłożenia potwierdzenia przez notariusza pełnomocnictwa za zgodność z oryginałem w formie kwalifikowanego podpisu elektronicznego, pomimo okoliczności, że odwołujący wykazał umocowanie do oferty w postępowaniu, a prawidłowość i zakres udzielonego pełnomocnictwa nie mogą budzić wątpliwości. Podnosząc powyższe wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazanie przeprowadzenia oceny ofert przy uwzględnieniu oferty odwołującego, jako niepodlegającej odrzuceniu.
W uzasadnieniu podniesionych zarzutów podał, że dnia 4 maja 2020 r. PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Bełchatowie ogłosiła postępowanie sektorowe na zawarcie umowy ramowej. W treści SIWZ zamawiający podał opisu sposobu przygotowania postępowania na zawarcie umowy. W pkt 17.1. postanowił, że ofertą sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym Podpisem elektronicznym.

Natomiast w pkt 17.4.4, podał między innymi, że *pełnomocnictwo osób podpisujących ofertę do występowania w imieniu Wykonawcy oraz jego reprezentowania albo do występowania w imieniu Wykonawcy, jeżeli ich umocowanie nie wynika wprost z dokumentów rejestrowych, należy przedłożyć w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego bądź kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez notariusza za pomocą kwalifikowanym podpisem elektronicznym.*
Odwołując wraz z ofertą złożył pełnomocnictwa dla umocowanej do działania w imieniu odwołującego Pani K. K. . W odniesieniu do członka konsorcjum - OZER KOIWEYOR BAND TURIZM SANAYII VE TICARET AS, z uwag dysponowanie przez przedstawicieli tegoż wykonawcy podpisami elektronicznymi dopuszczonymi do obrotu i certyfikowanymi w Państwie ich siedziby tj. Turcji, a które to podpisy elektroniczne nie są akceptowane w Rzeczpospolitej Polskiej, jako kwalifikowany podpis elektroniczny w rozumieniu krajowych i unijnych przepisów prawa, został potwierdzony na zgodność z oryginałem przez Panią K. K., jako umocowaną do działania w postępowaniu w imieniu odwołującego - wykonawcy OZER KONVEYOR BAND TURIZM SANAYII VE TICARET AS.

Pismem nr PM/PMR.29-14124/2020.6101 z dnia 21 października 2020 r. zamawiający, działając w oparciu o regulacją art. 26 ust. 3a Pzp wezwał odwołującego: *„do złożenia pełnomocnictwa w postaci elektronicznej dla Pani K. K. ustanowionej pełnomocnikiem Wykonawcy OZER KONVEYOR BAND TURIZM SANAYII VE TICARET Ankarakarayolu 2. km, 03030 AFYONKARAHISAR', które powinno być opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym mocodawcy tj. OZER KONVEYOR BAND TURIZM SANAYII VE TICARET AS), bądź pełnomocnictwa potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez notariusza za pomocą kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Załączone do oferty pełnomocnictwo udzielone Pani K. K. zostało opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym K. K., czyli osoby dla której zostało udzielone pełnomocnictwo, a nie jak jest to wymagane w pkt 17.4.4.SIWZ.*".

W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie, pismem z dnia 27 października 2020 r. odwołujący wyjaśnił, że w *„przygotowanej przez nas ofercie złożony został następujący dokument „POWER OF ATTORNEY" w tłumaczeniu na j. polski PEŁNOMOCNICTWO stanowiące potwierdzenie powierzenia pełnomocnictwa/upoważnienia Pani K. K. jak mocodawcy firmy OZER KONVEYOR BAND TURIZM SANAYII VE TICARET AS Ankarakarayolu 2.km, 0 AFYONKARAHISAR. W związku z panującą od marca br. ogólnoświatową pandemią Covid~19 brak było możliwo*

nabycia przez Wykonawcę - jej reprezentantów - tj. firmę OZER KONVEYOR BAND TURIZM SANAYII VE TICAI AS kwalifikowanego podpisu elektronicznego w Polsce m.in. z powodu wprowadzenia szeregu ograniczeń dotyczących przede wszystkim przekraczania granic w celu zwalczania nowych ognisk wirusa. Z uwagi na wyjątkowość sytuacji i mając na uwadze dobro osób reprezentujących spółkę i nie narażając jej działalności, firma OZER KONVEYOR BANI TURIZM SANAYII VE TICARET AS zdecydowała, iż powierzy reprezentowanie swojej spółki w tym postępowaniu Pani K., która taki podpis kwalifikowany posiada. Pełnomocnictwo zostało sporządzone w Turcji w obecności notariusza. Jesteśmy w posiadaniu oryginału dokumentu. Dodatkowo załączamy odpis notarialny dokonany przez polskiego urzędnika państwowego poświadczającego za zgodność z oryginałem. Dokument ten został opatrzony elektronicznym podpisem. Wnosimy o zaakceptowanie złożonych dokumentów wraz z ofertą." Pomimo przedstawienia powyższego stanowiska zamawiający pismem z dnia 23 listopada 2020 r. nr PM/PMR.29-14124/2020.6729 zawiadomił odwołującego odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Podał, że w ocenie odwołującego zamawiający błędnie przyjął, iż przedłożone przez odwołującego wraz z ofertą, oraz na wezwanie zamawiającego dokumenty w postaci pełnomocnictwa udzielonego w formie szczególnej, w obecności notariusza w Turcji wraz z notarialnym poświadczeniem sporządzonym przez notariusza M. P. (Repertorium A numer 5138/2020), nie są wystarczające do wykazania umocowania Pani K. K. do złożenia oferty w Postępowaniu w imieniu odwołującego, a w konsekwencji przyjęcia, że oferta odwołującego jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów tj. przepisów art. 99 kc. Pomimo braku precyzyjnego określenia przez zamawiającego w treści pisma z dnia 23 listopada 2020 r. nr PM/PMR.29-14124/2020.6729 podstawy prawnej podjętej decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, z całości uzasadnienia wywieźć należy, iż za podstawę taką zamawiający przyjął § 1 art. 99 kc. tj. wywodzi go z niedochowania wymaganej formy szczególnej dla pełnomocnictwa.

W ocenie zamawiającego, zdaniem odwołującego właściwą formą dla czynności, udzielenia pełnomocnictwa miała być forma elektroniczna. Przedmiotowe stanowisko wywodzi zaś, jak należy domniemywać, z art. 10a ust. 5 Pzp. Odwołujący podał, że zauważyć należy, iż regulacja z art. 10a ust. 5 Pzp nie odnosi się do pojęcia „formy czynności prawnej", którym to pojęciem posługuje się prawodawca na gruncie regulacji ustawy k.c.. Przepis ów nie zawiera ponadto odesłania do art. 78^1 k.c., który to przepis reguluje formę elektroniczną dokonywania czynności prawnych *(„§ 1. Do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym.*"). Tym samym w ocenie odwołującego zamawiający błędnie przyjął, iż dla czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, po wprowadzeniu tzw. przepisów o jego elektronizacji, ustanowiono formę szczególną dokonywania czynności w postaci właśnie formy elektronicznej. Prawodawca nie posłużył się bowiem, jak wyżej ani pojęciem formy ani odesłaniem do właściwej regulacji k.c. w tym zakresie, w to miejsce używając pojęcia „postać". Nie doszło zatem do ziszczenia się przesłanki zastrzeżenia formy szczególnej, o której mowa w gruncie regulacji art. 99 k.c., a tym samym nie może być mowy tak o zastosowaniu sankcji określonej w tymże przepisie, jak i następczo o zastosowaniu sankcji, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Podkreślił, że w ocenie odwołującego synonim wyrazów „forma" oraz „postać" na gruncie języka potocznego nie może świadczyć o tożsamości ich rozumienia na gruncie przepisów prawa, które często wyrazom synonimicznym lub o podobnym znaczeniu nadają zgoła odmienne znaczenie. Podkreślił, że wskazać należy na pojęcie relację pomiędzy znaczeniem stów „opóźnienie" oraz „zwłoka". Potocznie słowa te uznać należy za synonimy, na gruncie przepisów prawa nadano im jednakże zupełnie odmienne znaczenie tj. pojęcie opóźnienia jest pojęciem szerszym, pozostającym w oderwaniu od czynnika zawinienia strony, która się go dopuszcza, podczas gdy pojęcie zwłoki stanowi kwalifikowaną formę opóźnienia tj. takiego, które powstało z przyczyn zależnych (zawinionych) przez stronę. Odwołujący podnosi, że podobnie należy wskazać w odniesieniu do regulacji art. 10 ust. 5 Pzp w relacji użytego tam pojęcia „postaci" do wyraźnie zdefiniowanego na gruncie przepisów k.c. pojęcia „formy" czynności prawnej. W ocenie odwołującego za taką wykładnią przemawia nie tylko wykładnia językowa, ale również wykładnia celowościowa. Pamiętać należy bowiem o celu, jaki przyświecał wdrożeniu przepisów o elektronizacji postępowań o udzielenie zamówienia publicznego tj. ułatwienie i przyspieszenie postępowań przetargowych. Nie sposób zatem uznać, aby tak wąskie i wybiórcze interpretowanie regulacji art. 10a ust. 5 Pzp w związku z regulacjami ustawy k.c służyło ułatwieniu wykonawcom dostępu do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli nie mogliby oni posługiwać się innymi, wyższymi formami prawnymi dokonywania czynności, szczególnie jeżeli jest to niezbędne z uwagi na uwarunkowania tak danego wykonawcy (Państwo siedziby), jak i szczególne ograniczenia w przemieszczaniu się wynikające z pandemii C0VID-19. Ponownie podkreślił, że, że wprowadzone postanowienia art. 10a i n. Pzp odnoszą się nie tyle do zmiany formy dokonywania stosownych czynności prawnych, ale do zmiany sposobu komunikacji z zamawiającym z formy zwykłej, na formę elektroniczną. Zgodnie z tymże celem należy zatem wykładać powołane przepisy prawa, co prowadzi wprost do konkluzji o wadliwości podjętej przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty odwołującego. Odwołujący w uzasadnieniu podniesionego zarzutu wskazał także, na kwestie równoważność formy pisemnej z formą elektroniczną oraz „wyższe" formy dokonywania czynności prawnych, podkreślając, że w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego zamawiający, odwołując się do regulacji art. 99 k.c., który wydaje się wykładać w związku z art. 78^1 § 1 k.c., pominął całkowicie kluczowy dla niniejszej sprawy § 2 art. 78^1 k.c., zgodnie z treścią którego oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej.

Dodał, że odwołujący w zakresie tak udzielenia pełnomocnictwa, jak i uzyskania jego poświadczenia dokonał przedmiotowych czynności w tzw. formie wyższej, kwalifikowanej, jaką stanowi forma aktu notarialnego. W świetle powyższego kwestionowanie tak wykazanego pełnomocnictwa nie może zostać uznane za skuteczne, prowadziłoby to bowiem do absurdu polegającego na odrzuceniu oferty z uwagi na brak umocowania, w sytuacji, gdy prawidłowość umocowania nie może budzić wątpliwości, a wykonawca je wykazujący zachował formę wyższą tj. poczynił większe staranie, celem jego wykazania, w odniesieniu do pozostałych wykonawców, których ofert nie odrzucono. Wskazał, że działanie takie byłoby niecelowe, stanowiłoby wypaczenie przepisów o elektronizacji postępowania i prowadziło do nierównego traktowania wykonawców. Nie można bowiem zapominać czemu służy czynność weryfikacji umocowania osób działających w imieniu wykonawcy w postępowaniu przetargowym, tj. weryfikacji skuteczności udzielonego pełnomocnictwa, co do czego, w niniejszym stanie faktycznym nie sposób uczynić zarzutu. Przyjęcie odmiennej oceny stanowiłoby o nieproporcjonalności zastosowanych środków, a tym samym prowadziło do naruszenia podstawowych zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp.

Zwrócił także uwagę na kwestię, że w jego ocenie okoliczności faktyczne, które również winny być brane pod uwagę przy ocenie zarzutu odwołania, jako związane z dostępnością Wykonawców do postępowań przetargowych, a w konsekwencji z zasadami proporcjonalności, równości oraz uczciwej konkurencji. Nadto problemem, który utrudniał złożenie pełnomocnictwa w formie elektronicznej konsorcjantowi z Turcji był fakt, że w związku z panującą od marca

2020 r. ogólnoświatową pandemią Covid-19 oraz związane z tym zagrożenie życia i zdrowia, a także ograniczenia w przemieszczaniu się, nie było możliwe, aby osoby uprawnione do reprezentacji OZER KONVEYOR BAND TURIZ SANAYII VE TICARET AS przybyły do Polski celem uzyskania certyfikatu dla kwalifikowanego podpisu elektronicznego który akceptowany byłby przez zamawiającego na gruncie obowiązujących w Rzeczpospolitej Polskiej przepisów Pzp.

Z tego też względu, tj. z uwagi na wyjątkowość sytuacji i mając na uwadze dobro osób reprezentujących spółkę i nie narażając jej działalności, firma OŻER KONVEYOR BAND TURIZM SANAYII VE TICARET AS zdecydowała powierzy reprezentowanie swojej spółki w tym postępowaniu Pani K. K., która taki podpis kwalifikowany posiada, udzielając w tym celu stosownego pełnomocnictwa.

Dodatkowo odwołujący zauważa, że znaczna część notariuszy nie dokonuje poświadczeń z użyciem kwalifikowanego podpis elektronicznego i podpisu takiego w ogóle nie posiada, jako że przepisy nie zobowiązują ich do tego. W szczególności notariusza, do którego zwrócił się odwołujący tj. Pan M. P., nie dysponuje takim podpisem kwalifikowanym. Również inni notariusze, do których odwołujący zwrócił się nie dysponowali stosownym popisem lub nie mieli możliwości dokonania właściwych czynności w wyznaczonym przez zamawiającego czasie, który, co należy zauważyć niejako na marginesie, przypada nie tylko w okresie pandemii COVID-19 i wdrażania dalszych obostrzeń z tym związanych, ograniczających w jeszcze większym stopniu możliwość świadczenia usług, ale i na okres protestów politycznych na terenie całego kraju. związanych z wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 października 2020 r.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie jako niezasadnego. Na wstępie podkreślił, że zamawiający w szeregu postanowień SIWZ zastrzegł, że wykonawcy mają obowiązek sporządzić oferty, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Obowiązek taki zastrzeżono m.in. w pkt 17.1, pkt 17.4.4. pkt 17.8. SIWZ. Powyższe postanowienia SIWZ stanowiły odzwierciedlenie wyraźnego wymogu ustawowego wynikającego z art. 10a ust. 5 Pzp. Ponadto podkreślenia wymaga, że miejscem złożenia oferty była Polska, i jak wynikało z SIWZ, do czynności złożenia oferty miało zastosowanie prawo polskie. Z powyższym odwołujący się zgodził jednakże nie wniósł w ustawowym terminie zastrzeżeń do treści SIWZ. Podkreślił, iż odwołujący nie podnosi w swoim odwołaniu żadnego zarzutu, który odnosiłby się do niezgodności postanowień SIWZ z Pzp.

Wskazał, że zakres zarzutów odwołującego, generalnie odnosi się do dwóch kwestii, a mianowicie do zarzutu błędnego przyjęcia, iż przedłożone przez odwołującego wraz z ofertą, oraz na wezwanie zamawiającego dokumenty w postaci pełnomocnictwa udzielonego w formie szczególnej, w obecności notariusza w Turcji wraz z notarialnym poświadczeniem sporządzonym przez notariusza M. P., nie są wystarczające do wykazania umocowania Pani K. K. do złożenia oferty w postępowaniu w imieniu odwołującego, a w konsekwencji przyjęcia, że oferta odwołującego jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, tj. przepisów art. 99 k.c.. Podniesione przez odwołującego w odwołaniu twierdzenia o prawidłowości złożonego dokumentu pełnomocnictwa są chybione. Podkreślił, że art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, nakazujący zamawiającemu odrzucenie oferty nieważnej na podstawie odrębnych przepisów, a przede wszystkim wynikających z wadliwości oświadczenia woli stanowiącego ofertę, w szczególności polegającego na nieprawidłowym umocowaniu pełnomocnika do podpisania oferty i w takim przypadku nie dochodzi do jej złożenia.

Również podał, że podnoszony przez odwołującego w odwołaniu zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp należy uznać za bezpodstawny, gdyż w żadnej mierze nie zostało wykazane na czym naruszenie tego przepisu przez zamawiającego miałoby polegać.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Fabryka Taśm Transporterowych WOLBROM S.A., ul. 1 Maja 100, 32-340 Wolbrom, którego jednak pełnomocnik nie stawił się na posiedzenie/ rozprawę przed KIO i tym samym nie przedstawił swojego stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołane jest niezasadne nie znalazły potwierdzenia w materiale dowodowym podniesione zarzuty wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego i dlatego odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba stwierdziła nadto, że odwołujący posiada interes we wniesieniu środka ochrony prawnej w postaci odwołania, gdyż jego uwzględnienie dawałoby odwołującemu szansę na uzyskanie zamówienia.

Strony postępowania odwoławczego nie wnosiły o uzupełnienie materiału dowodowego, bądź uzupełnienie stanu faktycznego wskazanego w odwołaniu oraz odpowiedzi na odwołanie. Tym samym Izba przyjęła do oceny stan faktyczny wynikający z odwołania i dokumentów postępowania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie Izba uznała, że osią sporu w przedmiotowym postepowaniu odwoławczym jest kwestia, czy złożone przez odwołującego pełnomocnictwo dla Pani K. K. udzielone przez konsorcjanta z Turcji było prawidłowe i tym samym należało uznać prawidłowość złożonej oferty, czy też jak to uczynił zamawiający oferta podlegała odrzuceniu w oparciu o przepis art. 89 ust.1 pkt 8 Pzp.

Podkreślić należy, że Konsorcjum wraz z ofertą złożyło w wersji elektronicznej pełnomocnictwa od poszczególnych konsorcjantów, przy czym umocowanie dla Pani K. K. w odniesieniu do członka konsorcjum - OZER KOIWEYOR BAN TURIZM SANAYII VE TICARET AS, zostało złożone w formie pisemnej, które to pełnomocnictwo zostało potwierdzor podpisem elektronicznym, za zgodność z oryginałem przez samą Panią K. K. . Zamawiający nie uznał prawidłowości takiego pełnomocnictwa i wezwał odwołującego w oparciu o regulacją art. 26 ust. 3a Pzp do złożenia pełnomocnictwa w postaci kwalifikowanego podpisu elektronicznego, bądź kopii takiego pełnomocnictwa potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez notariusza za pomocą kwalifikowanego podpisu elektronicznego.

W związku z rzekomym brakiem możliwości uzyskania o pełnomocnictwa wymaganego przez zamawiającego, w odpowiedzi na wezwanie zostało złożone powyższe pełnomocnictwo udzielone przez OZER KOIWEYOR BAN TURIZM SANAYII VE TICARET AS, a sporządzone w obecności tureckiego notariusza, jak i notarialne poświadczor przez polskiego notariusza M. P. . Jednakże przedmiotowe pełnomocnictwo nadal było jedynie opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym Pani K. K. i podpisem polskiego notariusza, jednakże bez zachowania przez notariusza formy podpisu elektronicznego. Odwołujący w wywodach zawartych w uzasadnieniu odwołania wskazywał na prawidłowość takiego pełnomocnictwa wywodząc to w szczególności z treści przepisu art. 78^1§2 k.c. zgodnie z którym *„§ 2. Oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej*", a także z art. 97 § 1 i 2 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. - Prawo o notariacie, uznając, że pełnomocnictwo potwierdzone przez notariusza ma większą moc prawną, niż podpisane podpisem elektronicznym.

Izba nawiązując do szerokich wywodów odwołującego co do wymagań dla pełnomocnictwa i zachowania wymaganej formy, w oparciu o treść przepisów kodeksu cywilnego i prawa o notariacie w zasadzie uznaje prawidłowość tych wywodów. Jednakże wskazuje na zupełną nieprzydatność tej argumentacji w przedmiotowym postępowaniu. Podkreślić należy, że uszło uwadze odwołującemu, iż zamawiający w treści postanowień pkt 17.1, pkt 17.4.4. pkt 17.8. SIWZ w nawiązaniu do treści art. 10a ust. 5 Pzp postawił wymóg, „wykonawcy mają obowiązek sporządzić oferty, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym".

Podkreślić należy, iż w dniu 7 października 2016 roku weszła w życie ustawa z dnia 5 września 2016 roku o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej, która implementowała do polskiego porządku prawnego założenia 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 (tzw. eIDAS).

Wraz z wejściem w życie Rozporządzenia eIDAS (które w Polsce znajduje zastosowanie wprost) polski ustawodawca wprowadził do kodeksu cywilnego przepis art. 78^1, który ma na celu ujednolicenie zasad stosowania formy elektronicznej czynności prawnych. W efekcie powyższych zmian w polskim porządku prawnym wyraźnie wyodrębniona została forma elektroniczna, jako autonomiczna forma czynności prawnych. Do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wymagane jest spełnienie dwóch przesłanek: złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej oraz opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym (art. 78^1 § 1 k.c.). Oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej (art. 78^1 § 2 k.c.).

Z artykułu art. 78^1 k.c. wprost wynika, że ustawodawca uznał, że dla zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Należy jednak podkreślić, że zasada ekwiwalentności formy pisemnej i elektronicznej nie ma charakteru wzajemnego. Złożenie oświadczenia woli w formie pisemnej nie oznacza spełnienia wymagań zastrzeżonych dla formy elektronicznej. Także forma elektroniczna nie może być uznana za równoważną z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej kwalifikowanej np. w formie aktu notarialnego.

Tym samym, jeżeli zamawiający wprowadza do treści SIWZ wymóg formy elektronicznej to należy przyjąć, że podpisanie oferty w tradycyjnej formie pisemnej z własnoręcznymi podpisami bądź z podpisem notarialnie poświadczonym będzie sprzeczne z tym postanowieniami SIWZ, nawet jeżeli strony nie wyłączyły wprost formy pisemnej. Ekwiwalentność formy nie działa bowiem w drugą stronę, gdyż kodeks cywilny nie zrównuje skutków własnoręcznych podpisów z podpisem elektronicznym - *Oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej (art. 781 § 2 k.c.),* a odwrotnie już nie.

W przedmiotowym postępowaniu odwołujący złożył skan pełnomocnictwa udzielonego w formie pisemnej i skan ten został potwierdzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez pełnomocnika Panią K. . Za wyrokiem KIO z dn. 18 czerwca 2019 (KIO 1006/19), stwierdzić należy, że „Pełnomocnik ustanowiony na mocy pełnomocnictwa w formie pisemnej po zeskanowaniu tego dokumentu do postaci elektronicznej może jedynie potwierdzić, że jego treść jest zgodna z oryginałem, gdyż nie jest to jego oświadczenie woli, którego jest jedynie adresatem". Natomiast nie może podpisywać swoim elektronicznym podpisem uzyskanego w formie pisemnej pełnomocnictwa, po to aby to uzyskane pełnomocnictwo w formie pisemnej mogło stać się pełnomocnictwem będącym w formie elektronicznym. Dlatego też dla zachowania rygoru nadanego przepisem art. 10a ust 5 Pzp nie jest wystarczające złożenie oświadczenia woli w formie pisemnej, zeskanowanie go i przekazanie w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem przez osobę umocowaną. Dla oceny wykazania umocowania do złożenia oferty nie ma znaczenia okoliczność, że pisemny dokument pełnomocnictwa został potwierdzony za zgodność z oryginałem przez notariusza. Ta sytuacja byłaby zgoła odmienna, gdyby notariusz opatrzył potwierdzenie za zgodność z oryginałem kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Nie ma również żadnego znaczenia dla sprawy twierdzenie odwołującego, że notariusz potwierdzający przedmiotowe pełnomocnictwo za zgodność z oryginałem nie posiadał kwalifikowanego podpisu elektronicznego. To kwestią wykonawcy jest wybranie do dokonania danej czynności notarialnej, notariusza który taki podpis posiada. Nie jest dla Izby przekonywujące twierdzenie odwołującego, iż większość notariuszy w Polsce nie posiada podpisu elektronicznego. Jest to o tyle mało wiarygodne w sytuacji, kiedy od kilku lat niektóre czynności notarialne są dokonywane tylko drogą elektroniczną. Mamy elektroniczne wnioski wieczystoksięgowe, które są przesyłane do sądów drogą elektroniczną, mamy rejestry m.in. Rejestr Spadkowy, w którym od 2016 r. rejestrowane są elektronicznie, zarówno akty poświadczenia dziedziczenia, jak i sądowe stwierdzenia nabycia spadku, itd. Nie wydaje się też prawdziwe stanowisko odwołującego, że aby pełnomocnicy podmiotu tureckiego mogli uzyskać podpis elektroniczny to musieliby przyjechać do Polski. Otóż podpis taki można uzyskać w każdym kraju Unii Europejskiej od dostawcy takiego podpisu, a dokumentacja w tym celu może być złożona w formie elektronicznej.

Niewątpliwym w sprawie jest fakt, że odwołujący zlekceważył wymaganie zamawiającego podane w SIWZ i w sposób jasny wyartykułowane w treści wezwania zamawiającego z dnia 21 października 2020 r. skierowanego do odwołującego w trybie art. 26 ust. 3a Pzp. Według wskazanych powyżej postanowień SIWZ cała oferta winna być złożona w formie elektronicznej i winna być podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Złożone do oferty pełnomocnictwo musi być w takiej samej formie w jakiej wymagane jest złożenie oferty.

Tym samy Izba uznała, że brak było podstaw do uznania zasadności zarzutów odwołania, a tym samym nie potwierdziło się, że zamawiający dopuścił się czynności naruszających przepisy prawa, wskazanych w petitum odwołania.

Izba orzekła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący ……