

WYROK

z dnia 10 marca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Koniecz

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 marca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego

do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lutego 2020 r. przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - M. P. i M. P. prowadzących działalność gospodarczą pod firmą S.C. JAWOR M. P., M. P. w Ostrózkach, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe - Nadleśnictwo Kolbudy,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę w łącznej wysokości 4.422,43 zł (słownie: cztery tysiące czterysta dwadzieścia dwa złote 43/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 j.t.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe - Nadleśnictwo Kolbudy (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 j.t.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu

nieograniczonego z podziałem na części pn.: „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Kolbudy w 2020 r.”, zwane dalej „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 24 grudnia 2019 r., pod nr 2019/S 248-614785.

17 lutego 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - M. P., M. P. prowadzących działalność gospodarczą pod firmą S.C. JAWOR M. P., M. P. w Ostrózkach o odrzuceniu ich oferty w części 14 zamówienia (Leśnictwa: Babi Dół i Skrzyszewo), co zostało zaskarżone odwołaniem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: „Izba” lub „KIO”) przez ww. wykonawców (dalej „Odwołujących”) w dniu 25 lutego 2020 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp przez wadliwe uznanie, że oferta złożona przez Odwołującego jest nieważna, gdyż w błędnej ocenie Zamawiającego została złożona przez osobę nieuprawnioną i nienależycie umocowaną, a w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że jest ona zgodna z Pzp;
2. art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż Zamawiający z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców odrzucił ofertę Odwołującego, pomimo że nie była ona nieważna na podstawie odrębnych przepisów;
3. art. 104 ustawy z 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r., poz. 1145 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Kc”, przez uznanie, że oferta złożona przez Odwołującego została podpisana przez osobę nieposiadającą umocowania do działania w jego imieniu i że czynność ta jest nieważna;
4. art. 78¹ § 1 Kc 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 spornego pełnomocnictwa;

5. art. 10a ust. 5 Pzp w zw. z § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz.U. z 2017, poz. 1320 ze zm.), zwanego dalej „Rozporządzeniem”, przez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że pełnomocnictwo sporządzone w formacie .pdf przez zeskanowanie do pliku podpisanego pełnomocnictwa, które zostało następnie opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, nie stanowi dokumentu sporządzonego w postaci elektronicznej, o którym mowa w art. 10a ust. 5 Pzp, podczas gdy, stosownie do § 4 Rozporządzenia, dokumenty elektroniczne przekazywane za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia albo w innym dokumencie rozpoczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia, są sporządzane w jednym z formatów danych określonych w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 12 kwietnia 2012 r. w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych (Dz.U. z 2017 r., poz. 2247 j.t.), zwanym dalej „Rozporządzeniem KRI”, które w załączniku nr 2 pn.: „Formaty danych oraz standardy zapewniające dostęp do zasobów informacji udostępnianych za pomocą systemów teleinformatycznych używanych do realizacji zadań publicznych” przewiduje stosowanie m.in. dokumentów tekstowo-graficznych jako pliki typu .pdf oraz podpisu elektronicznego dokumentów w formacie .pdf, nie wprowadzając jednocześnie żadnych ograniczeń odnośnie sposobu sporządzenia pliku typu .pdf, w tym w szczególności nie wykluczając sporządzenia takiego pliku przez zeskanowanie do niego wydrukowanego dokumentu;

6. naruszenie art. 10a ust. 5 Pzp w zw. z § 5 ust. 2 Rozporządzenia 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 2 podpisów elektronicznych przez osoby udzielające upoważnienia do działania w postępowaniu, zatem oświadczenie woli pochodziło od tych samych osób i nie można mówić o kopii dokumentu;

7. art. 3 pkt 2 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz.U. z 2019 r., poz. 700 j.t.), zwanej dalej „Ustawą”, 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”.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty, a także o ponowne dokonanie oceny ofert, z uwzględnieniem obowiązku oceny oferty złożonej przez Odwołującego jako niepodlegającej odrzuceniu.

Odwolujący wniósł ponadto o zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, zgodnie z fakturą, którą załączył do odwołania oraz kosztu opłaty skarbowej w kwocie 17 zł.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący podał, że został wezwany przez Zamawiającego do przedstawienia pełnomocnictwa do działania w ich imieniu. W odpowiedzi Odwołujący przedstawili dokument pełnomocnictwa stanowiący zeskanowany do pliku .pdf dokument pisemny, podpisany przez obu wykonawców, który został następnie opatrzony przez nich kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

W ogłoszeniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z 17 lutego 2020 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego jako nieważnej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp. W ocenie Zamawiającego z dokumentu pełnomocnictwa rzekomo nie wynika upoważnienie do działania w imieniu obu wykonawców. Nieważność oferty Zamawiający wyprowadził z art. 104 zdanie pierwsze Kc, wskazując na złożenie oferty przez osobę nieumocowaną. Zamawiający stwierdził, że w jego ocenie pełnomocnictwo nie stanowi dokumentu elektronicznego. Zamawiający powołał się przy tym na wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 498/19 i wskazał, że złożone pełnomocnictwo nie stanowi dokumentu elektronicznego, a jedynie elektroniczną kopię dokumentu pełnomocnictwa udzielonego w formie pisemnej.

W nawiązaniu do powyższego Odwołujący podał, że przedmiotowe zagadnienie, w kontekście oferty jako całości, było przedmiotem obszernej analizy Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, która znalazła odzwierciedlenie w wydanej przez niego opinii uwzględniającej stanowiska Ministerstwa Cyfryzacji i Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji. Wskazano w niej, że pojęcie dokumentu elektronicznego, którym posługuje się Rozporządzenie nie zostało zdefiniowane w przepisach Pzp, dlatego konieczne jest odwołanie się do innych regulacji wyjaśniających znaczenie przedmiotowego pojęcia. Prezes UZP wskazał, że rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 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.Ur.UE.L Nr 257, str. 73), zwane dalej „Rozporządzeniem eIDAS”, w art. 3 pkt 35 definiuje dokument elektroniczny jako każdą treść przechowywaną w postaci elektronicznej, w szczególności tekst lub nagranie dźwiękowe, wizualne lub audiowizualne. Rozporządzenie eIDAS nie różnicuje dokumentu ze względu na sposób jego sporządzenia, zatem każda treść w postaci elektronicznej jest w świetle tego rozporządzenia dokumentem elektronicznym. Tym samym, skan oferty (zawierający treść oferty) mieści się w definicji dokumentu elektronicznego w rozumieniu Rozporządzenia eIDAS.

Dokument elektroniczny został także zdefiniowany w art. 3 pkt 2 Ustawy, który wskazuje, że dokument elektroniczny to stanowiący odrębną całość znaczeniową zbiór danych uporządkowanych w określonej strukturze wewnętrznej i zapisany na informatycznym nośniku danych. Definicja ta ma bezpośrednie zastosowanie w systemie zamówień publicznych, gdyż rozporządzenie w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej wprost do niej odsyła. W § 4 Rozporządzenia na uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ustawodawca nałożył obowiązek sporządzania w tym postępowaniu dokumentów elektronicznych w jednym z formatów danych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 18 Ustawy Oznacza to, że w celu zachowania

spójności i uniknięcia rozbieżności interpretacyjnych konieczne jest dokonywanie wykładni pojęcia dokumentu elektronicznego w sposób wskazany w Ustawie, również w systemie zamówień publicznych. Odnosząc powyższe do oferty stwierdzić należy, że zostanie ona uznana za dokument elektroniczny w przypadku gdy jej treść stanowić będzie odrębną całość znaczeniową, zbiór danych uporządkowanych w określonej strukturze wewnętrznej i zapisany na informatycznym nośniku danych. Zaznaczyć należy, że nie jest istotny sposób w jaki powyższe wymagania zostaną spełnione (tj. czy dokument zostanie wygenerowany wyłącznie w programie komputerowym, czy też będzie odwzorowaniem dokumentu występującego w postaci papierowej). Oznacza to, że ofertę pierwotnie sporządzoną w postaci papierowej, a następnie przekształconą do postaci elektronicznej, np. przez jej zeskanowanie, winno uznać się za dokument elektroniczny.

Jak wskazuje Ministerstwo Cyfryzacji, skan oferty pierwotnie wytworzonej w postaci papierowej stanowi bowiem zbiór danych w postaci cyfrowej, który jest jej graficznym odwzorowaniem. Jednocześnie zbiór ten jest uporządkowanym zbiorem w określonej strukturze wewnętrznej, zgodnej ze standardem zastosowanego formatu jego zapisu. Stanowi on również odrębną całość znaczeniową przedstawiającą w formie graficznej zawarte w nim informacje. Dodać również należy, że każdy dokument zapisany w formatach takich jak np. .pdf, .jpg, .docx odpowiada definicji dokumentu elektronicznego wyrażonej w treści art. 3 pkt 2 Ustawy. Podkreślić również należy, że oferta w formie dokumentu elektronicznego, niezależnie od sposobu jego wytworzenia, musi zostać opatrzona pod rygorem nieważności, kwalifikowanym podpisem elektronicznym w sposób umożliwiający zamawiającemu zapoznanie się z jej treścią.

W kontekście przedmiotowej sprawy szczególnej uwagi wymaga wywody Prezesa UZP odnoszące się do pojęć elektroniczna kopia dokumentu i dokumentu elektronicznego. Jak wskazano w opinii w pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że nie jest prawidłowe przeciwstawianie sobie tych pojęć. Pierwsze z nich ma charakter techniczny i zostało zdefiniowane m.in. w Ustawie. Drugie z nich, ma charakter funkcjonalny, i nabiera znaczenia dopiero w ściśle określonym kontekście. Od strony technicznej, elektroniczna kopia dokumentu spełniająca przesłanki określone w art. 3 pkt 2 Ustawy również stanowi dokument elektroniczny. Istotą dokumentów elektronicznych jest to, że stanowią one zbiory danych w postaci cyfrowej, które posiadają tę właściwość, że na skutek ich powielenia powstaje nowy zbiór identycznych danych tożsamych z kopiowanym dokumentem. Inaczej ujmując, skopiowanie pliku powoduje, że powstaje nowy identyczny plik. Natomiast elektroniczna kopia dokumentu papierowego, stanowi graficzne odwzorowanie dokumentu papierowego. Dlatego też mówiąc o elektronicznej kopii dokumentu zasadniczo będzie to oznaczało graficzne odwzorowanie dokumentu pierwotnie sporządzonego w postaci papierowej.

Należy jednak wyraźnie podkreślić, że nie każdy dokument elektroniczny, podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym, stanowiący odwzorowanie dokumentu, który pierwotnie został sporządzony w postaci papierowej (np. skan w .pdf), będzie uznany za elektroniczną kopię. Należy bowiem w każdym przypadku brać pod uwagę kontekst wystawienia i złożenia danego oświadczenia lub dokumentu. Dla zobrazowania powyższego mogą posłużyć następujące dokumenty elektroniczne: skan referencji posiadanych przez wykonawcę oraz „skan oferty”. Skan referencji, które wykonawca uzyskał w postaci papierowej podpisanej przez podmiot wystawiający referencje, uznać należy za elektroniczną kopię referencji. Opatrzanie tego zeskanowanego pliku kwalifikowanym podpisem elektronicznym oznacza, że wykonawca zaświadcza, że graficzne odwzorowanie referencji (skan)

w kopii elektronicznej jest tożsame z posiadanymi przez niego referencjami w wersji papierowej. Istotna jest także okoliczność, że to nie wykonawca jest wystawcą referencji w postaci papierowej, a zatem dokonując powielenia elektronicznego i opatrując to powielenie (skan) podpisem wykonawca nie kreuje (bo nie może) elektronicznie wystawionej referencji, a jedynie potwierdza podpisem kwalifikowanym zgodność kopii z oryginałem. To o takich sytuacjach faktycznych stanowi, przepis § 5 ust. 2 Rozporządzenia, który nie określa w jakich okolicznościach występuje w obrocie kopia dokumentu elektronicznego. Oznacza on jedynie, że jeżeli dany dokument elektroniczny funkcjonalnie będzie kopią (np. skanem referencji), to opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wykonawcę jest równoznaczne z poświadczeniem tego dokumentu elektronicznego (tutaj: tej elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia) za zgodność z oryginałem.

Odnosząc powyższe do kwestii oferty należy mieć na względzie okoliczność, że stanowi ona oświadczenie woli. Zgodnie z art. 65 § 1 Kc oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. W perspektywie funkcjonalnej znaczenie będzie miało uwzględnienie kontekstu w jakim dochodzi do złożenia tego

oświadczenia. Opatrując dokument elektroniczny kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisujący wyraża wolę wywołania określonych skutków prawnych, to jest złożenia oferty. Zatem w przypadku zeskanowania oferty wykonawcy pierwotnie wytworzonej przez niego w postaci papierowej, tj. przekształcenia jej w postać elektroniczną, a następnie opatrzenie powstałego w ten sposób dokumentu elektronicznego kwalifikowanym podpisem elektronicznym wykonawcy, oznacza wolę złożenia oferty, nie zaś kopii oferty. W takich okolicznościach bez znaczenia będzie uprzednie opatrzenie oferty sporządzonej w postaci papierowej własnoręcznym podpisem.

Z perspektywy „technicznej” zeskanowanie oferty wykonawcy pierwotnie wytworzonej przez niego w postaci papierowej, tj. przekształcenia jej w postać elektroniczną tworzy dokument elektroniczny, a opatrzenie powstałego w ten sposób dokumentu kwalifikowanym podpisem elektronicznym wykonawcy, nie oznacza potwierdzenia przez niego zgodności treści obydwu dokumentów (papierowego i skanu). Tym samym ofertę stanowiącą oświadczenie woli wykonawcy należy uznać za dokument elektroniczny (ofertę złożoną w postaci elektronicznej) niezależnie od tego, czy jej postać elektroniczna powstała wyłącznie przy użyciu programu komputerowego, czy też na skutek przekształcenia postaci papierowej do postaci elektronicznej, jeżeli tylko dokument elektroniczny zostanie opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym a oferta przekazana zamawiającemu w sposób umożliwiający zapoznanie się z jej treścią (art. 61 § 2 Kc).

We wnioskach opinii Prezes UZP stwierdził, że:

1. ofertę pierwotnie sporządzoną w postaci papierowej następnie przekształconą do postaci elektronicznej np. przez jej zeskanowanie, winno uznać się za dokument elektroniczny;
2. nie każdy dokument elektroniczny, podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym, stanowiący odwzorowanie dokumentu, który pierwotnie został sporządzony w postaci papierowej (np. skan w .pdf), będzie uznany za elektroniczną kopię; w każdym przypadku należy brać pod uwagę kontekst wystawienia i złożenia danego oświadczenia lub dokumentu;
3. w przypadku zeskanowania oferty wykonawcy pierwotnie wytworzonej przez niego w postaci papierowej, tj. przekształcenia jej w postać elektroniczną, a następnie opatrzenie powstałego w ten sposób dokumentu elektronicznego kwalifikowanym podpisem elektronicznym wykonawcy, oznacza wolę złożenia oferty, nie zaś kopii oferty;
4. ofertę stanowiącą oświadczenie woli wykonawcy należy uznać za dokument elektroniczny (ofertę złożoną w postaci elektronicznej) niezależnie od tego, czy jej postać elektroniczna powstała wyłącznie przy użyciu programu komputerowego, czy też na skutek przekształcenia postaci papierowej do postaci elektronicznej, jeżeli tylko dokument elektroniczny zostanie opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Również w powołanym przez samego Zamawiającego wyroku KIO z dnia 10 kwietnia

2019 r., sygn. akt KIO 498/19 stwierdzono wyraźnie, że „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, spełniającej 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”.

W tej że sprawie KIO podzieliło także stanowisko odwołującego wskazujące na przepis art. 3 pkt 2 Ustawy. 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 społecznej i ustalone zwyczaje".

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 Pzp, art. 78 § 1 Kc w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp. Oferta odwołującego nie podlegała zatem odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 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 Pzp, art. 78¹ § 1 i art. 104 Kc. W konsekwencji zamawiający naruszył także przepis art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, odrzucił ofertę odwołującego, pomimo iż oferta ta nie była nieważna, na podstawie odrębnych przepisów.

Stanowisko takie dominuje powszechnie w orzecznictwie KIO i potwierdzone zostało m.in. wyrokach z 8 lutego 2019 r., KIO 119/19 i 4 marca 2019 r., KIO 277/19, w których wskazano, że sposób powstania oferty nie jest istotny. W myśl art. 60 i 65 Kc istotna jest bowiem intencja woli składającego podpis, treść oświadczenia woli oraz fakt, iż zostało ono sporządzone w wymaganej formie, to jest w postaci elektronicznej podpisanej podpisem kwalifikowanym. Należy mieć na uwadze, że ustawodawca w żadnym przepisie nie określił jakie czynności wchodzą w zakres pojęcia „sporządzenie”.

Analogiczna sytuacja zachodzi w przedmiotowej sprawie. Odwołujący przedstawili bowiem Zamawiającemu pełnomocnictwo, które zostało wytworzone pierwotnie w formie papierowej, a następnie przekształcone zostało do formy elektronicznej poprzez opatrzenie go kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi przez obu wykonawców.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w powołaniu na niżej wskazaną argumentację.

Podstawą odrzucenia oferty Odwołującego był brak wykazania istnienia umocowania M.P. do złożenia oferty na dzień jej złożenia, tj. na dzień 28 stycznia 2020 r. Odwołujący złożył ofertę do której nie załączył pełnomocnictwa do działania w imieniu wykonawców wspólnie uczestniczących w Postępowaniu. Dnia 6 lutego 2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 3a Pzp, do złożenia ważnego na dzień składania

ofert pełnomocnictwa dla M.P. udzielonego przez wykonawcę wspólnie ubiegającego się o realizację zamówienia - M.P. Zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami pełnomocnictwo należało złożyć w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego, podpisanego przy użyciu kwalifikowanych podpisów elektronicznych przez osoby upoważnione do reprezentowania wykonawców uczestniczących wspólnie w Postępowaniu (w tym wypadku wspólników spółki cywilnej) lub w postaci elektronicznej kopii dokumentu poświadczonej przez notariusza przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Na dostarczenie ww. pełnomocnictwa Zamawiający wyznaczył odwołującym nieprzekraczalny termin do dnia 11 lutego 2020 r. W wyniku wezwania Odwołujący przedstawił skan dokumentu pełnomocnictwa (dokumentu pisemnego), który został poświadczony za zgodność z oryginałem przez obu wykonawców uczestniczących wspólnie podpisem kwalifikowanym (dokument podpisany w dniu 3 lutego 2020 r. o godzinie 16:20 i 16:22), a z której to jednak kopii pełnomocnictwa nie wynikało, ażeby istniało umocowanie do dokonania danej czynności na dzień jej dokonania tj. że M.P. był uprawniony do złożenia oferty w imieniu wykonawcy - konsorcjum dwóch firm w dniu 28 stycznia 2020 r. Zatem nawet gdyby hipotetycznie uznać, że argumentacja Odwołującego jest prawidłowa i załączone pełnomocnictwo jest w rzeczywistości oryginałem sporządzonym w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym (czemu Zamawiający przeczy), to - po pierwsze - należy uznać, że zostało ono udzielone M.P. dopiero w dniu 03.02.2020 r., a po drugie z dokumentu nie wynikało, aby pełnomocnik był umocowany do działania w imieniu wykonawców uczestniczących wspólnie w Postępowaniu (w tym wypadku wspólników spółki cywilnej) w dacie składania ofert. Zamawiający podkreślił, że możliwe jest złożenie pełnomocnictwa z datą adekwatną do daty dokonania czynności, a także z datą późniejszą, jeżeli z treści pełnomocnictwa wynika, że pełnomocnik był umocowany do dokonania czynności w chwili jej dokonania, np. w chwili złożenia oferty. W przypadku, gdy pełnomocnik dokonywał czynności w postępowaniu na podstawie pisemnego pełnomocnictwa, wykonawca może je uzupełnić w formie elektronicznej, z tymże z jego treści musi wynikać, że na dzień dokonywania czynności pełnomocnik był już do tego

upoważniony. W tym stanie rzeczy z treści dokumentu nie wynikało, aby pełnomocnik był umocowany do działania w imieniu konsorcjum w dacie składania ofert, a zatem ofertę odwołującego się Zamawiający słusznie odrzucił. W ocenie Zamawiającego uzupełnione przez Odwołującego pełnomocnictwo jest zatem niewystarczające do potwierdzenia wcześniej dokonanej czynności w Postępowaniu

i w związku z powyższym oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 104 Kc.

Zamawiający zaznaczył następnie, że nie mógł ponownie wezwać Odwołującego do uzupełnienia pełnomocnictwa lub stosować formy jakiegokolwiek innego „potwierdzenia”, ponieważ procedura jednokrotnego wezwania została wyczerpana.

Niezależnie od powyższego Zamawiający wskazał, że spór pomiędzy stronami dotyczy nie tylko kwestii wykazania faktu, że ze złożonego pełnomocnictwa nie wynikało, ażeby istniało umocowanie do dokonania danej czynności na dzień jej dokonania, lecz dotyczy również wadliwości kwestii formalnej pełnomocnictwa, w jakiej zostało sporządzone i złożone przez Odwołującego. Zdaniem Zamawiającego sporne pełnomocnictwo zostało sporządzone w formie kopii (skanu) oryginalnego pełnomocnictwa sporządzonego uprzednio w formie pisemnej, która została jedynie poświadczona elektronicznie za zgodność z oryginałem podpisami kwalifikowanymi przez wspólników spółki cywilnej wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Zamawiający podkreślił, że dla zachowania prawidłowej formy oferty nie wystarcza opatrzenie dokumentu w postaci elektronicznej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Ustawodawca wyraźnie wskazał także, że istotnym jest aby oferta została „sporządzona” w postaci elektronicznej. Słowo „sporządzenie” niewątpliwie należy odróżnić od słowa „złożenie”. Pojęcie „sporządzenie” należy utożsamiać z wytworzeniem, powstaniem oświadczenia. Istotna jest zatem także pierwotna postać oferty. Na takie rozumienie wskazuje również § 5 Rozporządzenia, z którego wynika, że wersję elektroniczną dokumentu, który pierwotnie został sporządzony w innej formie niż elektroniczna, normodawca określa mianem „elektronicznej kopii posiadanego dokumentu”. Powyższej kwalifikacji nie zmienia opatrzenie tak stworzonej elektronicznej kopii kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Normodawca przesądził bowiem w ust. 2 przywołanego przepisu, że podpis ten należy traktować wyłącznie jako poświadczenie elektronicznej kopii dokumentu za zgodność z oryginałem,

Na konieczność traktowania zeskanowanego dokumentu pisemnego jako elektronicznej kopii wskazują także zapisy uzasadnień do projektów aktów wykonawczych do Pzp. W uzasadnieniu do projektu rozporządzenia o zmianie rozporządzenia w sprawie środków komunikacji elektronicznej czytamy, że projektowane brzmienie § 5 ust. 1 i 2 jest przede wszystkim konsekwencją zmodyfikowanego (z dniem 18 października 2018 r.) brzmienia art. 10a ust. 5 Pzp, z którego będzie jednoznacznie wynikało, że nie wszystkie oświadczenia składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia muszą być sporządzane, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, ale jedynie te oświadczenia, o których mowa w art. 25a Pzp, w tym jednolity europejski dokument zamówienia.

Również w uzasadnieniu do projektu Rozporządzenia widnieje informacja, że pojęcie „elektroniczna kopia dokumentu” występuje w polskim systemie prawa - posługuje się nim Kodeks postępowania administracyjnego w art. 220 § 3 i w takim rozumieniu posługuje się nim projektowane rozporządzenie. A zatem przez elektroniczną kopię dokumentu należy rozumieć nie tylko każde, niezależnie od sposobu utrwalenia, powielenie całości treści dokumentu elektronicznego (w ślad za definicją legalną z rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 14 września 2011 r. w sprawie sporządzania i doręczania dokumentów elektronicznych oraz udostępniania formularzy, wzorów i kopii dokumentów elektronicznych), ale również wykonanie elektronicznego odwzorowania dokumentu papierowego, czyli skan dokumentu papierowego.

Zatem, jak wynika z powyższego, ustawodawca wielokrotnie i konsekwentnie nazywał skan dokumentu stworzonego pierwotnie w formie pisemnej „elektroniczną kopią”, zaś złożony na tej kopii podpis - poświadczeniem kopii „za zgodność z oryginałem”.

Podkreślenia wymaga ponadto, że ustawodawca w art. 10a ust. 5 Pzp przesądził o tym, że oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oświadczenia z art. 25a, w tym jednolity dokument muszą być „sporządzone” w postaci elektronicznej. Analiza tego przepisu prowadzi do wniosku, że dokumenty i oświadczenia wymienione w tym przepisie, a więc i oferta i pełnomocnictwo nie mogą być sporządzone w formie elektronicznej kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem. W sytuacji, gdy - zgodnie z

art. 10a ust. 5 Pzp - oświadczenia mają być sporządzane (a nie tylko doręczane) w postaci elektronicznej, podpisanej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, to taką postać dokumentu należy uznać za postać oryginalną.

Jak zatem wynika z powyższej analizy, pełnomocnictwo, z którego wynika umocowanie do dokonania danej czynności, musi zostać sporządzone w oryginalnej formie elektronicznej, a nie jego kopii. Nie będzie uznany za oryginał dokument zawierający np. skan dokumentu uprzednio sporządzonego w wersji papierowej. Taki skan, nawet gdyby został opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym, byłby jedynie kopią oryginalnego dokumentu. Oryginał miałby bowiem w dalszym ciągu postać papierową (pisemną).

W analizowanej sprawie warto również nadmienić, że Zamawiający podziela stanowisko prezentowane przez Urząd Zamówień Publicznych na stronie internetowej, na której zaprezentowano przykładowe zapisy SIWZ dotyczące porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami. Wśród nich znalazł się m.in. następujący: „Oferta/wniosek powinna/powinien być sporządzona/sporządzony w języku polskim, z zachowaniem postaci elektronicznej w formacie danych i podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Sposób złożenia oferty/wniosku, w tym zaszycrowania oferty opisany został w Regulaminie korzystania z miniPortal, Ofertę/wniosek należy złożyć w oryginale. Zamawiający nie dopuszcza możliwości złożenia skanu oferty/wniosku opatrzonej/opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym”.

Wskazać również należy, że proces zastąpienia komunikacji tradycyjnej komunikacją elektroniczną jest procesem skomplikowanym technicznie i organizacyjnie nie tylko dla instytucji zamawiających, ale również dla samych wykonawców. Wymaga od wielu podmiotów zmiany sposobu myślenia i odejścia od tradycyjnego rozumienia dokumentu jako wyłącznie oświadczenia woli złożonemu na piśmie. Prawo zamówień publicznych nie stanowi jedynej gałęzi prawa, gdzie ustawodawca wprowadził nowoczesne rozwiązania i sposoby komunikacji. Również w przepisach Kc ustawodawca zerwał z tradycyjnym rozumieniem pojęcia dokumentu jako informacji utrwalonej wyłącznie w postaci pisma opatrzonego własnoręcznym i wprowadził trzy rodzaje szczególnej formy oświadczenia woli: formę dokumentową, formę pisemną oraz formę elektroniczną, pozostawiając bez zmian dotychczasową kategorię form pisemnych kwalifikowanych.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę

oświadczenia i stanowiska stron postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści protokołu Postępowania, SIWZ, oferty Odwołującego, wezwania Odwołującego z 6 lutego 2020 r. m.in. do uzupełnienia pełnomocnictwa, pełnomocnictwa uzupełnionego w odpowiedzi na ww. wezwanie, zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego i wyborze najkorzystniejszej oferty w części 14 zamówienia z 17 lutego 2020 r.

Na podstawie ww. dokumentów Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 11 ppkt 11.5 lit. b i c SIWZ w terminie składania ofert wykonawca zobowiązany był złożyć Zamawiającemu ofertę zawierającą m.in. pełnomocnictwo do złożenia oferty udzielone pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, o ile oferta zostanie złożona przez pełnomocnika oraz pełnomocnictwo dla pełnomocnika ustanowionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, pełnomocnictwo powinno być udzielone pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej, opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Zgodnie z pkt 10 ppkt 3 protokołu Postępowania termin składania ofert w Postępowaniu upłynął 28 stycznia 2020 r.

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, w dniu 27 stycznia 2020 r., złożyli na część 14 zamówienia ofertę opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez jednego ze współników spółki cywilnej - M.P. Do oferty nie załączono pełnomocnictwa dla M.P., uprawniającego wskazaną osobę do reprezentowania Odwołującego.

W konsekwencji Zamawiający, pismem z 6 lutego 2020 r., działając na podstawie przepisu art. 26 ust. 3a Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia ważnego na dzień składania ofert pełnomocnictwa dla M.P., udzielonego przez drugiego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, wyznaczając Odwołującemu termin na uzupełnienie ww. braku do dnia 11 lutego 2020 r.

Odwołujący, za pismem z 10 lutego 2020 r. przesłał Zamawiającemu uchwałę wspólników 2/2020, datowaną na dzień 27 stycznia 2020 r., do której załącznikiem nr 1 było pełnomocnictwo dla M.P., obejmujące uprawnienie m.in. do złożenia wspólnej oferty na część 14 zamówienia oraz podpisywania wszelkich dokumentów związanych z przetargiem. Dokument pełnomocnictwa, datowany na 27 stycznia 2020 r., stanowił uprzednio podpisany przez wykonawców skan dokumentu w formie pisemnej, który po jego zdigitalizowaniu (tj. przetworzeniu do postaci pliku .pdf) opatrzono kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi złożonymi przez wykonawców w dniu 3 lutego 2020 r.

W konsekwencji otrzymania pełnomocnictwa w opisanym powyżej kształcie Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, wskazując na dwie okoliczności: po pierwsze - na nieważność pełnomocnictwa, które nie zostało sporządzone w formie elektronicznej, po drugie - na okoliczność, że z treści pełnomocnictwa nie wynikało, aby pełnomocnik był umocowany do działania w imieniu konsorcjum w dacie składania ofert.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, choć nie podziela wszystkich argumentów Zamawiającego wskazanych za podstawę odrzucenia oferty Odwołującego.

Skład orzekający nie zgadza się z twierdzeniem Zamawiającego, jakoby w przedmiotowej sprawie nie doszło do przedstawienia pełnomocnictwa w formie elektronicznej. Do jej zachowania, zgodnie z przepisem art. 78¹ § 1 Kc, wystarczające jest opatrzenie oświadczenia woli złożonego w postaci elektronicznej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, do czego ad casum - zdaniem Izby - doszło. Przeciwnie stanowisko

Zamawiającego w tej kwestii można sprowadzić do stwierdzenia, jakoby nie było możliwe zachowanie formy elektronicznej dokumentu w sytuacji, w której na etapie jego sporządzania przybrał on wcześniej de facto formę pisemną. Innymi słowy, Zamawiający uznałby pełnomocnictwo przedstawione przez Odwołującego za prawidłowe co do formy jedynie w sytuacji, w której dokument stwierdzający jego udzielenie sporządzony był w całości elektronicznie, tj. miał postać dokumentu .pdf wyłącznie z podpisami kwalifikowanymi. W tej kwestii skład orzekający podziela obszerne wywody odwołania, że obostrzenie takie nie wynika z powszechnie obowiązujących przepisów prawa, w szczególności ze wspomnianego powyżej przepisu art. 78¹ § 1 Kc, a powstały w zakwestionowany przez Zamawiającego dokument wpisuje się w definicję dokumentu elektronicznego z art. 3 pkt 35 Rozporządzenia eIDAS, czy art. 3 pkt 2 Ustawy. Do powyższego dodać należy, że w wyniku zdigitalizowania dokumentu pełnomocnictwa i opatrzenia tak przygotowanego pliku podpisami kwalifikowanymi doszło do złożenia oświadczenia woli w formie elektronicznej o treści tożsamej z oświadczeniem funkcjonującym poprzednio w formie pisemnej.

Ergo ta część argumentacji Zamawiającego uznana została przez Izbę za sprzeczną z przepisem art. 78¹ § 1 K.c., art. 3 pkt 2 Ustawy oraz § 4 i 5 Rozporządzenia, nie mogąc tym samym stanowić podstawy odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Przedstawione powyżej rozstrzygnięcie co do formy pełnomocnictwa (nota bene zgodne z wyrażoną w odwołaniu intencją) zdeterminowało jednak sposób rozstrzygnięcia drugiego z zagadnień składających się na podstawę odrzucenia oferty Odwołującego. Skoro bowiem, jak wskazano, Odwołujący przedstawił Zamawiającemu pełnomocnictwo w formie elektronicznej, to dla ustalenia daty udzielenia tego pełnomocnictwa relevantny jest moment opatrzenia dokumentu pełnomocnictwa kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W przedmiotowej sprawie ponad wszelką wątpliwość (okoliczność tę Odwołujący potwierdził w toku rozprawy) miało to miejsce 3 lutego 2020 r., a zatem po upływie terminu składania ofert. Tym samym nie sposób twierdzić, że na moment dokonywania czynności objętej pełnomocnictwem (tj. złożenia oferty 27 stycznia 2020 r.) M.P. był do tego umocowany, skoro pełnomocnictwa udzielono w późniejszym czasie. Nie jest przy tym tak, że pełnomocnictwo nie może nosić daty późniejszej niż czynność, do której uprawnia, z zastrzeżeniem, że z treści pełnomocnictwa wynikać musi uprawnienie do danej czynności w chwili jej dokonania.

Z treści spornego pełnomocnictwa nie wynika, jakoby M.P. był umocowany do złożenia oferty na część 14 zamówienia w dacie dokonania tej czynności. Pełnomocnictwo nie wskazuje również, jakoby mocodawca następnie potwierdził tę czynność. Tym samym ustalenie Zamawiającego, że z treści pełnomocnictwa nie wynikało, aby pełnomocnik był umocowany do działania w imieniu konsorcjum w dacie składania ofert i oparta na nim decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego była prawidłowa, ergo nie stanowiła naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 104 zdanie pierwsze Kc.

W konsekwencji orzeczono, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a i b 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 (Dz.U. z 2018 r., poz. 972 j.t.).

Przewodniczący: