

Sygn. akt: KIO 1864/19

WYROK
z dnia 8 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Dagmara Gałczewska-Romek
Emilia Garbala
Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 października 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 września 2019r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Zieleń-P. sp. j. oraz A. S., B. S., prowadzącą działalność gospodarczą p.n. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe s.c. A. S., B. S., ul. Zbiorcza 2a, 92-332 Łódź** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, ul. Irysowa 2, 91-857 Łódź,**

przy udziale wykonawcy **J.J., prowadzący działalność gospodarczą p.n. J. J., Zwierzyniec 63, 97-403 Drużbice,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie.**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Zieleń-P. sp. j. oraz A. S., B. S., prowadzącą działalność gospodarczą p.n. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe s.c. A. S., B. S., ul. Zbiorcza 2a, 92-332 Łódź** i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Zieleń-P. sp. j. oraz A. S., B. S., prowadzącą działalność gospodarczą p.n. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe s.c. A. S., B. S., ul. Zbiorcza 2a, 92-332 Łódź** tytułem wpisu od odwołania.
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Zieleń-P. sp. j. oraz A. S., B. S., prowadzącą działalność gospodarczą p.n. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe s.c. A. S., B.S., ul. Zbiorcza 2a, 92-332 Łódź** na rzecz **Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, ul. Irysowa 2, 91-857 Łódź** kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych), stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą.

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 Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na utrzymanie czystości pasa drogowego i zieleni przydrożnej w ramach bieżącego utrzymania dróg krajowych i drogowych obiektów inżynierskich administrowanych przez O/Łódź z podziałem na 3 części. Postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) - zwanej dalej „ustawą Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2019/ S 034-07686.

W dniu 23 września 2019r. Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Zieleń – P. sp. j. oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe s.c. A. S., B. S. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego w zakresie części 2 postępowania polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo, że nie jest ona niezgodna z ustawą ani nie jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów,
- art. 10a ust. 5 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową wykładnię tego przepisu polegającą na uznaniu, iż statuuje on w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymóg formy elektronicznej dla składanej oferty
- art. 99 § 1 k.c. poprzez nieprawidłowe zastosowanie tego przepisu do okoliczności faktycznych zaistniałych w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, przeprowadzenia ponownej oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący, nie zgadzając się z odrzuceniem swojej oferty podniósł, że ustawa Pzp nie przewiduje formy elektronicznej dla oferty składanej w ramach postępowania o udzielenie zamówienia. Przepis art. 10 a ust. 5 ustawy Pzp wymaga jedynie, aby oferta oraz pozostałe wymienione w tym przepisie dokumenty złożone zostały w postaci elektronicznej. Odwołujący wskazał, że ustawodawstwo różnicuje oba pojęcia i nie mogą być one traktowane wymiennie, przy założeniu racjonalności ustawodawcy, precyzyjności języka prawnego oraz bezpieczeństwa obrotu prawnego. Odwołujący wymienił przepisy kodeksu cywilnego, które posługują się jedynie pojęciem „postaci elektronicznej” oraz przepisy, w których użyto sformułowania „forma elektroniczna”, wskazując, że tam gdzie ustawodawca wymaga szczególnej formy dla dokonania czynności prawnej jest to wyraźnie wskazane z użyciem pojęcia „forma”. Nie może być zatem wątpliwości, zdaniem Odwołującego, że dla złożenia ofert, ustawa Pzp wymaga jedynie postaci elektronicznej, dodatkowo opatrzonej podpisem elektronicznym, ale nadal nie jest to wymóg odnoszący się do formy, ale jedynie autonomiczne na gruncie Pzp określenie sposobu złożenia oferty. Odwołujący zwrócił także uwagę na art. 131bc ust. 5 ustawy Pzp, stosownie do którego ofertę składa się pod rygorem nieważności w formie pisemnej w postaci papierowej albo, za zgodą zamawiającego, w postaci elektronicznej opatrzoną przez wykonawcę odpowiednio własnoręcznym podpisem albo kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Przepis wskazuje, że w obrębie samej ustawy rozróżnia się pojęcia „formy” i „postaci”. Odwołujący wywiódł, że skoro nie ma wymogu złożenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty w formie elektronicznej, to nie może znaleźć zastosowania przepis art. 99 § 1 kc odnoszący się do formy pełnomocnictwa. Z tych względów, zdaniem Odwołującego, art. 99 § 1 kc nie może być podstawą odrzucenia oferty. Zamawiający nie przytoczył żadnego przepisu, oprócz art. 10a ust. 5 ustawy Pzp, który mógłby być kanwą dla stwierdzenia niezgodności treści oferty. Odwołujący stwierdził, że w pełni sprostał wymaganiu określonymu przez Zamawiającego, bowiem złożył pełnomocnictwo w postaci elektronicznej, które opatrzone zostało kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zawierało braków formalnych oraz zostało uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Izba ustaliła, że oferta Odwołującego została złożona przez konsorcjum Zieleń – P. sp. j. oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe s.c. A.S., B. S. i podpisana przez p. S. P., działającego jako pełnomocnik na podstawie umowy konsorcjum z dnia 1.08.2019r. Umowa konsorcjum została podpisana przez dwie osoby działające w imieniu Zieleń – P. sp. j. oraz jednego wspólnika PPHU CIS – A. S. . Do oferty nie załączono dokumentu, z którego wynikało upoważnienie dla pani A. S. do jednoosobowego reprezentowania spółki CIS. Wykonawca, na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp, przekazał w dniu 28.08 oraz 29.08.2019r. przez platformę elektroniczną pełnomocnictwo Pani B. S. dla Pani A. S. do występowania we wszystkich sprawach związanych z działalnością gospodarczą. Uzupelnione pełnomocnictwo złożono w formie skanu kopii poświadczonej uprzednio przez notariusza za zgodność z oryginałem. Skan został podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez Panią A. S..

W dniu 12 września 2019r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. wskazując, że prawidłowym było wezwanie wykonawcy do złożenia dokumentu, potwierdzającego, że A. S. jest umocowana do jednoosobowej reprezentacji Spółki. Przedstawione pełnomocnictwo nie spełniało jednak wymagań - skan nie został opatrzony podpisem elektronicznym osoby uprawnionej do reprezentacji wykonawcy. Zamawiający przywołał art. 73 § 1 kc oraz 99 § 1 kc oraz art. 10a ust. 5 ustawy Pzp i wskazał, że jeśli oferta ma zostać sporządzona w postaci elektronicznej i opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym pod rygorem nieważności to pełnomocnictwo do jej złożenia również powinno przybrać taką formę. Zamawiający

wskazał, że w przypadku gdy nie ma pełnomocnictwa w formie elektronicznej oryginalnej (tj. z kwalifikowanym podpisem osoby uprawnionej do jego udzielania), a sporządzono dla danej osoby pełnomocnictwo tylko w formie pisemnej (tj. z własnoręcznym podpisem osoby uprawnionej do jego udzielania) można złożyć kopię pełnomocnictwa ale notarialnie poświadczoną elektronicznie albo wystarczającym byłoby, aby skan pełnomocnictwa opatrzony został kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez B. S.. Zamawiający zwrócił także uwagę, że z treści pełnomocnictwa nie wynika umocowanie do reprezentowania spółki cywilnej przez jednego ze współników, zatem nie można zastosować art. 865 kc.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt 14.6 SIWZ pełnomocnictwo winno być sporządzone w postaci elektronicznej i opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Stan faktyczny nie jest między stronami sporny. Złożone na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp pełnomocnictwo udzielone przez p. B. S. pani A. S. zostało sporządzone w formie pisemnej z notarialnym poświadczeniem własnoręczności podpisu, następnie zeskanowane i przekazane Zamawiającemu w postaci elektronicznej z kwalifikowanym podpisem elektronicznym złożonym przez panią A. S..

Istota sporu między stronami sprowadzała się do oceny prawidłowości formy, w jakiej zostało udzielone pełnomocnictwo do złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przepisy ustawy Pzp nie zawierają żadnych regulacji co do formy w jakiej winno być udzielone pełnomocnictwo do złożenia oferty. W tym względzie na mocy art. 14 ust. 1 ustawy Pzp znajdują zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego.

Zdaniem Izby, nie ulega wątpliwości, że ustawodawca dla czynności złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zastrzegł formę elektroniczną pod rygorem nieważności, co wynika wprost z brzmienia art. 10a ust. 5 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 25a, w tym jednolity dokument, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Pojęcie „postać elektroniczna opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym” stanowi formę elektroniczną, o której mowa w art. 78¹ § 1 kc.

Jeśli zaś chodzi o formę, w jakiej winno być udzielone pełnomocnictwo do złożenia oferty to zastosowanie znajdzie tzw. „pochodna forma pełnomocnictwa”, która wynika z art 99 § 1 kc. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli do ważności czynności prawnej potrzebna jest szczególna forma, pełnomocnictwo do dokonania tej czynności powinno być udzielone w tej samej formie. Skoro przepisy ustawy Pzp dla ważności oferty wymagają formy elektronicznej to dla pełnomocnictwa do udziału w postępowaniu niezbędna jest także postać elektroniczna z kwalifikowanym podpisem (forma elektroniczna). Skutkiem niezachowania wymaganej dla pełnomocnictwa formy jest nieważność czynności prawnej, której to pełnomocnictwo dotyczy. Zgodnie z art. 73 § 1 kc, jeżeli ustawa zastrzega dla czynności prawnej formę pisemną, dokumentową albo elektroniczną, czynność dokonana bez zachowania zastrzeżonej formy jest nieważna tylko wtedy, gdy ustawa przewiduje rygor nieważności.

Z tych względów, zdaniem Izby, dla zachowania formy elektronicznej pełnomocnictwa nie jest wystarczające złożenie oświadczenia woli w formie pisemnej, zeskanowanie go i przekazanie w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem przez osobę umocowaną, w tym przypadku przez p. A. S. . Dla zachowania formy elektronicznej pełnomocnictwa do podpisania oferty w przypadku pełnomocnictwa sporządzonego uprzednio w formie pisemnej dopuszczalnym byłoby złożenie skanu takiego pełnomocnictwa w formie elektronicznego poświadczenia sporządzonego stosownie do art. 97 § 2 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie, które to poświadczenie notariusz opatruje kwalifikowanym podpisem elektronicznym bądź też opatrzenie skanu pełnomocnictwa sporządzonego uprzednio w formie pisemnej kwalifikowanym podpisem mocodawcy, w analizowanym przypadku p. B. S. . W konsekwencji, Odwołujący, na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie wykazał, aby osoba podpisująca ofertę p. A. S. została prawidłowo umocowana do złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, skutkiem czego, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp złożona oferta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów prawa i podlega odrzuceniu.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie

wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018 poz. 972).

Przewodniczący

.....

.....