

WYROK

z dnia 18 czerwca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Beata Konik

Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie **14 czerwca 2019 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **3 czerwca 2019 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Budowlano-Produkcyjne Łęgprzem sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wykonanie robót budowlanych dla zadania: „Adaptacja zabytkowego budynku dawnej Zbrojowni przy ul. Rakowickiej na centrum wystawienniczo-edukacyjne Muzeum Historii Fotografii w Krakowie”* (numer postępowania DA-271/ZP/5/2018)

prowadzonym przez zamawiającego: **Muzeum Historii Fotografii im. Walerego Rzewuskiego w Krakowie**

przy udziale wykonawców:

- A. Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Transportowych „C.” S. i J. C. sp. j. z siedzibą w Krynicy Zdroju –** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
- B. RE-Bau sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie –** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutu uwzględnionego przez Zamawiającego.**
- 2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.**

3. Kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Budowlano-Produkcyjne ŁĘGPRZEM sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania.

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 Krakowie**.

Uzasadnienie

Zamawiający Muzeum Historii Fotografii im. Walerego Rzewuskiego w Krakowie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Wykonanie robót budowlanych dla zadania: „Adaptacja zabytkowego budynku dawnej Zbrojowni przy ul. Rakowickiej na centrum wystawienniczo-edukacyjne Muzeum Historii Fotografii w Krakowie”* (numer postępowania DA-271/ZP/5/2018).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 15 grudnia 2018 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2018/S_242 pod poz. 552249.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

22 maja 2019 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną wykonawcom uczestniczącym w powyższym postępowaniu zawiadomienie o jego rozstrzygnięciu – wyborze oferty złożonej przez RE-Bau sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie {dalej również: „RE-Bau”}

3 czerwca 2019 r. Odwołujący Przedsiębiorstwo Budowlano-Produkcyjne ŁĘGPRZEM sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie {dalej również: „Łęgprzem”} wniósł w stosownej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności oraz zaniechania wykluczenia RE-Bau i odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 10a ust 5 w zw. z art. 78¹ Kodeksu cywilnego {dalej: „kc”} – przez zaniechanie odrzucenia oferty RE-Bau jako niezgodnie z ustawą niezłożonej w postaci elektronicznej z kwalifikowanym podpisem elektronicznym.
2. Art. 91 ust. 1 – przez wybór oferty RE-Bau jako najkorzystniejszej, mimo że oferta ta nie jest zgodna z ustawą.
3. Art. 24 ust. 1 pkt 12 – przez zaniechanie wykluczenia RE-Bau z postępowania, pomimo niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.
4. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez zaniechanie odrzucenia oferty spółki RE-BAU, pomimo że jest ona sprzeczna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.
5. Art. 89 ust. 1 pkt 8 – przez zaniechanie odrzucenia oferty RE-Bau, mimo że jest ona

nieważna z uwagi na jej podpisanie przez osobę nieprawidłowo umocowaną.

6. Art. 7 ust. 1 – przez prowadzenie postępowania sprzecznie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez RE- Bau.
2. Powtórzenia badania i oceny ofert.
3. Odrzucenia oferty RE-Bau.
4. Wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący następująco sprecyzował okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

{ad pkt 1. i 4.listy zarzutów – pkt 1. uzasadnienia}

W odwołaniu przedstawiono następujące okoliczności faktyczne:

- w rozdziale 10 „Opis sposobu przygotowania oferty” pkt 4 SIWZ Zamawiający wymagał: *Ofertę należy złożyć w oryginale. Zamawiający nie dopuszcza złożenia skanu oferty opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym.*
- RE-Bau złożył skan oferty uprzednio przygotowanej w postaci papierowej (w tym zeskanowane: podpis własnoręczny pełnomocnika P. M., własnoręczną adnotację o liczbie kolejno ponumerowanych stron, odcisk pieczęci firmowej spółki oraz na każdej stronie odcisk numeratora) opatrzonej podpisem elektronicznym.

Odwołujący zarzucił, że oferta RE-Bau jest niezgodna z ustawą pzp i SIWZ, gdyż jest tylko elektroniczną kopią oryginalnej oferty sporządzonej w formie pisemnej, poświadczoną za zgodność z oryginałem elektronicznym podpisem.

Odwołujący przywołał następujące przepisy:

- art. 78¹ § 1 kc [*Do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym.*]
- art. 10a ust. 5 pzp [*Ofertę sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje kwalifikowanym podpisem*]

- § 5 ust. 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych [1. *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. 2. 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.]

Odwołujący podniósł, że dla zachowania prawidłowej formy oferty nie wystarcza opatrzenie dokumentu w postaci elektronicznej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, gdyż istotne jest aby oferta została również sporządzona (co należy odróżnić od złożenia, a utożsamić z jej wytworzeniem, powstaniem) w postaci elektronicznej. Istotna jest zatem pierwotna postać oferty. Wersję elektroniczną dokumentu, który pierwotnie został sporządzony w innej niż elektroniczna formie, ustawodawca określa mianem „elektronicznej kopii posiadanego dokumentu”. Powyższej kwalifikacji nie zmienia opatrzenie tak stworzonej elektronicznej kopii kwalifikowanym podpisem elektronicznym, który należy traktować wyłącznie jako poświadczenie tej elektronicznej kopii dokumentu za zgodność z oryginałem.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w uzasadnieniu do projektu rozporządzenia o zmianie rozporządzenia w sprawie środków komunikacji elektronicznej wskazano między innymi, że projektowane brzmienie § 5 ust. 1 i 2 jest przede wszystkim konsekwencją zmodyfikowanego brzmienia art. 10 ust. 5 ustawy 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 ustawy pzp, w tym jednolity europejski dokument zamówienia. Mając to na uwadze nie tylko dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy pzp, ale i oświadczenia, które nie zostały oryginalnie sporządzone w postaci dokumentu elektronicznego, ale w postaci dokumentu papierowego opatrzonego własnoręcznym podpisem, mogły być składane jako elektroniczna kopia takiego dokumentu lub oświadczenia, potwierdzona za zgodność z oryginałem kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zatem pod pojęciem „elektronicznej kopii takiego oświadczenia lub dokumentu” będzie rozumiane wykonanie elektronicznego odwzorowania oryginalnego oświadczenia lub dokumentu sporządzonego pierwotnie w postaci papierowej, czyli skan oświadczenia lub dokumentu papierowego. Podobne uzasadnienie znalazło się w uzasadnieniu do projektu Rozporządzenia Ministra Przedsiębiorczości i Technologii zmieniającego rozporządzenie w sprawie rodzajów

dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący powołał się na to, że jego stanowisko znajduje potwierdzenie w wyrokach Izby z 11.12.2018 r. (sygn. akt KIO 2426/18) oraz z 4.01.2019 (sygn. akt KIO 2611/18), a także w piśmiennictwie (np. Marzena Jaworska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, komentarz do art. 10 a Pzp, Wydawnictwo C.H.Beck, Warszawa 2018, Wydanie 1, Legalis 11187289).

Według Odwołującego jego interpretację popiera również stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych, który na swej stronie zaprezentował przykładowe zapisy SIWZ dotyczące porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami, wśród których tych zapisów znalazł się m.in.: *Ofertę/wniosek należy złożyć w oryginale. Zamawiający nie dopuszcza możliwości złożenia skanu oferty/wniosku opatrzonej/opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym.*

{ad pkt 5. listy zarzutów – pkt 2. uzasadnienia}

W odwołaniu przedstawiono następujące okoliczności faktyczne:

- w rozdziale 10 pkt 18 SIWZ Zamawiający wymagał (...) *to do oferty należy dołączyć oryginał lub poświadczoną notarialnie za zgodność z oryginałem kopię stosownego pełnomocnictwa wystawionego przez osoby upoważnione do reprezentowania Wykonawcy;*
- do oferty RE-Bau dołączony został skan pełnomocnictwa udzielonego P. M. przez prezesa zarządu spółki A. T., który został podpisany podpisem elektronicznym;
- do oferty RE-Bau dołączono również w analogiczny sposób pełnomocnictwo udzielone P. M. przez W. W., przedsiębiorcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Budowlano-Konserwatorska „VIBUD” W. W.

Odwołujący zarzucił, że w tych okolicznościach oferta złożona przez RE-Bau, jak również dokumenty dotyczące Firmy Budowlano-Konserwatorska „VIBUD” zostały podpisane bez umocowania, a w konsekwencji oferta RE-Bau winna zostać odrzucona.

{ad pkt 4. listy zarzutów – pkt 3. uzasadnienia}

W odwołaniu przedstawiono następujące okoliczności faktyczne:

{a.}

- w piśmie z 15.04.2019 r. złożonym na wezwanie Zamawiającego RE-Bau przekazał załącznik nr 5 do SIWZ zawierający zestawienie wykonanych zamówień, gdzie w poz. 3 opisano realizację prac konserwatorskich kościoła N.M.P. w Łapczycy, która miała

obejmować wykonanie i montaż stolarki okiennej;

- w ramach przesłanych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnieniach z 17.05.2019 r. ReBau w załączniku przekazała szczegółową listę obejmującą zakresy, wartości i okres trwania prac, w którym nie ma informacji, że prace obejmowały wykonanie i montaż stolarki okiennej;
- z informacji, jakie ustnie uzyskał Odwołujący od zamawiającego, a także z przeprowadzonej przez Odwołującego wizji lokalnej wynika, że stolarka nie była demontowana z otworów okiennych celem renowacji i ponownego montażu, a jedynie odświeżona.

{b.}

- w złożonej przez RE-Bau ofercie w pkt 6 dot. kryterium doświadczenia zespołu wykonawcy dla kierownika budowy M. D. jako realizację nr 28 (na str. nr 9) wskazano budowę budynku biurowego przy ul. Życzkowskiego w Krakowie w latach 2014-2015 dla inwestora Comarch.
- w tym okresie to Odwołujący prowadził realizację dla tegoż inwestora, a w inwestycji nie uczestniczył p. M. D., a przy ul. Życzkowskiego spółka Comarch nie realizowała żadnej innej inwestycji.

{c.}

- w piśmie z 15.04.2019 r. złożonym na wezwanie Zamawiającego RE-Bau przekazał załącznik nr 5 do SIWZ zawierający zestawienie wykonanych zamówień, gdzie w poz. 2. opisano realizację prac konserwatorskich pałacu Wołodkiewiczów w Krakowie przy ul. Lubicz 4, w tym że prace obejmowały wykonanie i montaż stolarki okiennej;
- z informacji, jakie uzyskał Odwołujący, zakres prac nie obejmuje wymiany okien.

Odwołujący zarzucił, że biorąc powyższe pod uwagę RE-Bau nie spełnia wymogów technicznych opisanych w SIWZ, a zatem powinien zostać wykluczony z postępowania.

W odpowiedzi na odwołanie z 11 czerwca 2019 r. Zamawiający oświadczył, że uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu z pkt 3 lit. b uzasadnienia, a w pozostałym zakresie wnosi jego o oddalenie jako bezzasadnego.

{ad pkt 1., 4. i 5. listy zarzutów – pkt 1. i 2. uzasadnienia}

Zamawiający wskazał, że postępowanie wszczęto w grudniu 2018 r. i w tej dacie stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych odpowiadało było takie, jak opisano w odwołaniu, jednak od tego czasu uległo zmianie, podobnie jak w orzecznictwie Izby.

W wyroku z 4.03.2019 r. sygn. akt KIO 277/19 skład orzekający wskazał: ... *pomimo iż art 10a ust. 5 ustawy Pzp stanowi przepis szczególny w stosunku do art. 78¹ § 1 kc, to oba te przepisy używają tego samego określenia, tzn. postać elektroniczna, i nie różnicują*

wymagań co do jego rozumienia w kontekście sporządzenia oferty (oświadczenia woli). Ustawodawca nie wprowadził żadnych ograniczeń odnośnie do sposobu sporządzenia dokumentu w postaci elektronicznej, w tym pliku w formacie .pdf, a w szczególności nie wykluczył sporządzenia takiego pliku poprzez zeskanowanie do niego wydrukowanego dokumentu. Dlatego Izba stwierdziła, iż odmówienie ofercie odwołującego przymiotu dokumentu sporządzonego w postaci elektronicznej nie znajduje podstawy prawnej i stanowi naruszenie wyżej przywołanych art. 10a ust. 5 ustawy PZP w zw. z § 4 rozporządzenia ws. środków komunikacji elektronicznej w zw. z załącznikiem nr 2 do rozporządzenia ws. interoperacyjności. Niemniej sposób procedowania odwołującego przy sporządzaniu oferty w przedmiotowym postępowaniu z przyczyn opisanych powyżej nie dawał zamawiającemu podstaw do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Działanie odwołującego stanowiło co najwyżej pewne wypaczenie idei elektronizacji, która docelowo powinna zakładać przyspieszenie i uproszczenie komunikacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcami poprzez całkowite „wyeliminowanie papieru” z postępowania przetargowego.

Zamawiający dodał, że podobnie orzekła Izba w wyrokach wydanych: 8 lutego 2019 r. sygn. akt KIO 119/19, 4 marca 2019 r. sygn. akt KIO 221/19 oraz tego samego dnia sygn. akt KIO 277/19.

Natomiast w kwietniu 2019 r. Urząd Zamówień Publicznych opublikował opinię pn. *Dopuszczalność „skanu oferty” w postępowaniu o zamówienie publiczne*, której obszernie fragmenty Zamawiający przytoczył jako ustosunkowanie się do zarzutów odwołania:

Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020, 1579 i 1920) wprowadziła w Rozdziale 2a Dziale I ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 i 2215 oraz z 2019 ., poz. 53), zwanej dalej: „ustawą Pzp” (art. 10a - art. 10g) obowiązek komunikowania się zamawiającego z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Obowiązek ten obejmuje w szczególności składanie przez wykonawców ofert w postaci elektronicznej. W myśl 10a ust. 5 ustawy PZP 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. 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 (Dz.U. z 2017 r. poz. 1320), zwane dalej „rozporządzeniem w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej” (1) posługuje się pojęciami dokumentu elektronicznego i elektronicznej kopii dokumentów, ponadto (2) w § 5 ust. 2 stanowi, że

opatrzenie elektronicznej kopii dokumentu kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wykonawcę (...) jest równoznaczne z poświadczeniem elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia za zgodność z oryginałem.

Na gruncie powyższych regulacji uwidocznił się problem dotyczący dopuszczalności złożenia oferty pierwotnie sporządzonej w postaci papierowej, następnie przekształconej do postaci elektronicznej oraz, po przekształceniu, opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym (tzw. „skan oferty”).

2. Dokument elektroniczny

Pojęcie dokumentu elektronicznego, którym posługuje się rozporządzenie w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej nie zostało zdefiniowane w przepisach ustawy Pzp, dlatego konieczne jest odwołanie się do innych regulacji wyjaśniających znaczenie przedmiotowego pojęcia.

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, zwane dalej „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. Upraszczając, każda treść w postaci elektronicznej jest w świetle eIDAS – dokumentem elektronicznym. Tym samym, skan oferty (zawierający treść oferty) mieści się w definicji dokumentu elektronicznego w rozumieniu eIDAS.

Dokument elektroniczny został także zdefiniowany w art. 3 pkt 2 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz.U. z 2017 r. poz. 570 ze zm.), zwanej dalej „ustawą o informatyzacji”, 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 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 o informatyzacji. Oznacza to, że w celu zachowania spójności i uniknięcia rozbieżności interpretacyjnych konieczne jest dokonywanie wykładni pojęcia dokumentu elektronicznego w sposób wskazany w ustawie o informatyzacji, 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, iż 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 następnie przekształconą do postaci elektronicznej np. poprzez 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, iż każdy dokument zapisany w formatach takich jak np. PDF, JPG, DOCX odpowiada definicji dokumentu elektronicznego wyrażonej w treści art. 3 pkt 2 ustawy o informatyzacji. Jednakże podkreślić wyraźnie należy, iż oferta w formie dokumentu elektronicznego, niezależnie od sposobu wytworzenia tego dokumentu elektronicznego, musi zostać opatrzona pod rygorem nieważności, kwalifikowanym podpisem elektronicznym w sposób umożliwiający zamawiającemu zapoznanie się z jej treścią.

3. Elektroniczna kopia dokumentu a dokument elektroniczny

W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że nie jest prawidłowe przeciwstawianie sobie pojęć: dokumentu elektronicznego i elektronicznej kopii dokumentu. Pierwsze z tych pojęć ma charakter techniczny i zostało zdefiniowane m.in. w ustawie o informatyzacji. 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 o informatyzacji, również stanowi dokument elektroniczny. Istotą dokumentów elektronicznych jest to, że stanowią one zbiory danych w postaci cyfrowej, które posiadają tę właściwość, iż na skutek ich powielenia powstaje nowy zbiór identycznych danych tożsamy 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, iż 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. Opatrzenie 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 w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej, 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).

Zamawiający zauważył również, że w ślad za opinią zmianie uległy także wzory dokumentów, w tym przywołany przez Odwołującego zapis w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, który obecnie brzmi:

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 zaszyfrowania oferty opisany został w Regulaminie korzystania z miniPortal. Ofertę/wniosek należy złożyć w oryginale.

Powyższe opatrzono przypisem informującym, że aktualizacja polega na wykreśleniu zapisu o niedopuszczalności złożenia skanu oferty lub wniosku opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym w zw. z powyższą opinią.

Zamawiający podsumował, że z uwagi na powyższe nie miał podstaw do uznania oferty RE-Bau za niezgodną z ustawą czy specyfikacją.

{ad pkt 4. listy zarzutów – pkt 3. uzasadnienia}

Zamawiający zauważył, że Odwołujący nie przytoczył żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń, choć ciężar udowodnienia twierdzeń w postępowaniu odwoławczym wyznacza art. 190 ust. 1 zdanie pierwsze, wyrażający normę prawną o identycznej treści jak art. 230 kpc. i nawiązując do art. 6 k.c. Stosownie do niego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Przez fakt należy tu rozumieć prawdziwość twierdzenia o fakcie, które zdolne jest uzasadnić żądanie lub zarzut strony bądź uczestnika postępowania odwoławczego. Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tej stronie lub tym uczestniku postępowania, którzy przytaczają twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (*ei incubit probatio qui dicit non qui negat*) [Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. VII].

{b.}

Odnośnie realizacji wskazanej w poz. nr 28 w ramach kryterium doświadczenia

zespołu wykonawcy Zamawiający oświadczył, że pomimo braku poparcia tego zarzutu dowodami, z daleko posuniętej ostrożności procesowej uwzględni go, gdyż niewzięcie pod uwagę tej pozycji nie wpływa na przyznaną punktację i ranking ofert.

{a. oraz b.}

Odnośnie poz. 3. i 2. wykazu wykonanych zamówień Zamawiający w pierwszej kolejności przywołał, że zgodnie z brzmieniem rozdziału 5 pkt 1 ppkt 2 lit. c ppkt i SIWZ (w brzmieniu nadanym zmianą z 28.01.2019 r.):

Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie:

i. minimum trzy zamówienia, spełniające następujące wymagania:

(a) każde zamówienie polegało na wykonaniu robót budowlanych, polegających na budowie, przebudowie, remoncie, modernizacji, rozbudowie, nadbudowie lub adaptacji budynku przy czym:

(b) co najmniej jedno z zamówień polegało na wykonaniu robót budowlanych w budynku wpisanym do rejestru / ewidencji zabytków i obejmowało wykonanie i montaż stolarki okiennej,

(c) co najmniej jedno z zamówień polegało na wykonaniu robót budowlanych w budynku wpisanym do rejestru / ewidencji zabytków i obejmowało wykonanie prac dot. elewacji budynku.

przy czym łączna wartość zamówień wynosiła minimum 15.000.000,00 zł brutto, po zsumowaniu maksymalnie 3 zamówień.

Uwaga: pod pojęciem „zamówienia” zamawiający rozumie umowę. W przypadku gdy wartość wykazywanych zamówień (umów) jest określona w innej walucie niż PLN, dokonane zostanie przeliczenie tej wartości na PLN na podstawie średniego kursu złotego w stosunku do walut obcych określonego w tabeli kursów średnich NBP z dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu.

Zamawiający zwrócił uwagę, że dla spełnienia powyższych warunków wystarczające jest, aby jedno z trzech zamówień obejmowało wykonanie i montaż stolarki okiennej (a nie wymianę stolarki okiennej), co ma miejsce w przypadku zamówienia z poz. 1 wykazu, które nie zostało zakwestionowane w odwołaniu. Stąd brak podstaw do przyjęcia, że RE-Bau powinien zostać wykluczony z postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający zauważył ponadto, że ewentualne wykluczenia RE-Bau mogłoby nastąpić dopiero po uprzednim bezskutecznym wezwaniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp.

Niezależnie od tego Zamawiający podniósł, że prowadzi postępowanie na podstawie

dokumentów i oświadczeń składanych w jego trakcie przez wykonawców, a nie na podstawie ustnych informacji, w dodatku nie wiadomo od kogo uzyskanych.

Zamawiający nie widzi również podstaw do wysnucia zarzutu ze sposobu doprecyzowania zakresu robót dla poz. 3 wykazu.

Do postępowania po stronie Odwołującego przystąpiło Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Transportowych „C.” S. i J. C. sp. j z siedzibą w Krynicy Zdroju {dalej: „C.”}.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie RE-Bau.

Wobec dokonania powyższych zgłoszeń w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący C. wniósł o uwzględnienie odwołania, natomiast Przystępujący RE-B wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący RE-Bau oświadczył na posiedzeniu, że nie zgłasza sprzeciwu co do uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu z pkt 3. lit. b uzasadnienia odwołania.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp i nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego w całości, odwołanie (z wyjątkiem zarzutu uwzględnionego przez Zamawiającego przy braku sprzeciwu Przystępującego) została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowisko.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem uczestników postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zarówno zaniechanie odrzucenia oferty lub wykluczenia Przystępującego uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu dotyczącego poz. 28 wykazu dotyczącej kryterium oceny ofert doświadczenia zespołu wykonawcy, czemu nie sprzeciwił się Przystępujący RE-Bau, postępowanie odwoławcze w tym zakresie podlegało umorzeniu przy odpowiednim zastosowaniu art. 186 ust. 3 ustawy pzp, zgodnie z którym jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Skoro Izba może umorzyć w całości postępowanie odwoławcze, tym bardziej może je umorzyć w odniesieniu do części odwołania, która została uwzględniona przez zamawiającego, przy braku sprzeciwu co do tej czynności ze strony przystępującego po jego stronie wykonawcy.

Z tego względu orzeczono, jak w pkt 1. sentencji.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 1., 4. i 5 listy zarzutów oraz pkt 1. i 2. uzasadnienia}

W odwołaniu w związku z formą złożenia oferty RE-Bau (lub pełnomocnictwa) zarzucono zaniechanie odrzucenia oferty RE-Bau na podstawie:

- art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 10a ust. 5 w zw. z art. 78¹ kc – jako niezgodnie z ustawą niezłożonej w postaci elektronicznej z kwalifikowanym podpisem elektronicznym,
- art. 89 ust. 1 pkt 8 – jako nieważnej z powodu podpisania jej przez osobę nieprawidłowo umocowaną,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 – jako sprzecznej z SIWZ.

Niesporne było, że od strony technicznej podpisane odręcznie dokumenty oferty (formularz ofertowy, oświadczenie wykonawcy i pełnomocnictwa) zostały zeskanowane,

a następnie zbiorczo opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym pełnomocnika i w takiej postaci oferta została złożona Zamawiającemu

Zgodnie z art. 10a ust. 5 pzp 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.

Izba w pełni podziela stanowisko, że w odniesieniu do oświadczenia woli wykonawcy, jakim jest oferta, nie ma znaczenia, w jaki technicznie sposób została ona sporządzona elektronicznie – czy od początku powstawała w tej postaci, czy też postać elektroniczną nadano jej przez zeskanowanie treści uprzednio utrwalonej na papierze. Z kolei w tym drugim przypadku, nawet jeżeli nadano postać elektroniczną podpisanemu uprzednio własnoręcznym podpisem oświadczeniu woli w postaci papierowej, jeżeli przesłana zamawiającemu oferta została opatrzona ważnym kwalifikowanym podpisem elektronicznym, należy uznać, że zostały dopełnione wymagania formalne z art. 10a ust. 5 pzp.

Skoro przepisy ustawy pzp ani inne przepisy powszechnie obowiązujące nie definiują, co należy rozumieć przez „sporządzenie w postaci elektronicznej”, należy odwołać się do potocznego, językowego rozumienia słów. Skoro zgodnie ze słownikiem języka polskiego PWN, „sporządzić” oznacza „wykonać, przygotować coś” (www.sjp.pwn.pl), może dotyczyć również wykonania oferty w postaci elektronicznej dzięki zeskanowaniu treści, która zapisana była na papierze, choćby odręcznie. Wbrew temu, co zasugerowano w odwołaniu, nie ma zatem podstaw, aby sporządzenie oferty w postaci elektronicznej utożsamiać z wykonywaniem (przygotowywaniem) jej od początku do końca w programie komputerowym umożliwiającym edycję tekstu. Językowe rozumienie „sporządzania” kładzie nacisk na rezultat tej czynności, a nie jej przebieg.

Takie rozumienie spójne jest również z przepisami zawierającymi definicję terminu „dokument elektroniczny”. Według 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.) jest to stanowiący odrębną całość znaczeniową zbiór danych uporządkowanych w określonej strukturze wewnętrznej i zapisany na informatycznym nośniku danych. Natomiast zgodnie z art. 3 pkt 35 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (Dz. Urz. UE L 2014 Nr 257) jest to każda treść przechowywana w postaci elektronicznej, w szczególności tekst lub nagranie dźwiękowe, wizualne lub audiowizualne. Wreszcie art. 77³ kc uznaje za dokument nośnik informacji umożliwiający zapoznanie się z jej treścią. Przy

czym żaden z tych przepisów nie określa, w jaki sposób dokument elektroniczny powinien zostać sporządzony.

Nie reguluje tego również art. 78¹§1 kc, zgodnie z którym dla zachowania elektronicznej postaci oświadczenia woli wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Jeżeli zatem oferta złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia ma postać elektroniczną np. w postaci pliku w formacie pdf i jest opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym, spełnia wymagania formalne tego przepisu kc, niezależnie od przebiegu procesu jej przygotowywania. Tymczasem na zasadzie art. 14 pzp – zgodnie z którym do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego – art. 78¹ §1 kc określa, co należy rozumieć przez formę elektroniczną oświadczenia woli, natomiast art. 10a ust. 5 pzp jest przepisem zastrzegającym taką formę pod rygorem nieważności dla takich czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia jak oferta, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenia składane w toku tego postępowania. Na tej samej zasadzie jak w poprzednim stanie prawnym uchylony art. 82 ust. 2 pzp zastrzegał pod rygorem nieważności dla oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia formę pisemną albo, za zgodą zamawiającego postać elektroniczną, opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym, czyli formę elektroniczną.

Przepisy Kodeksu cywilnego przesądzają również o tym, że prawnie irrelevantne jest, czy oferta złożona zamawiającemu w formie elektronicznej w rozumieniu art. 78¹ § 1 kc powstała przez zeskanowanie uprzednio istniejącego dokumentu w postaci papierowej, który był podpisany własnoręcznym podpisem osoby uprawnionej do składania oświadczeń woli w imieniu wykonawcy. Z art. 61 kc wynika, że oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią (§ 1), a oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią (§ 2). Przy czym zgodnie z art. 66 § 1 kc oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy, co oznacza, że immanentną cechą oferty jest złożenie jej przez oblatę adresatowi tego oświadczenia woli. W konsekwencji choćby istniał dokument w formie pisemnej o treści tożsamej z ofertą złożoną zamawiającemu w formie elektronicznej, nie może on być uznany za ofertę w rozumieniu Kodeksu cywilnego.

Wreszcie biorąc pod uwagę reguły wykładni z art. 65 § 1 kc nie sposób przyjąć, że wolą wykonawcy składającego ofertę sporządzonej w formie elektronicznej, nie było złożenie ważnej formalnie oferty, aby mieć szansę na uzyskanie zamówienia, a jedynie

przekazanie potwierdzonej za zgodność z oryginałem w formie pisemnej jej kopii elektronicznej (w niewiadomym celu). Bezprzedmiotowe jest wskazywanie w tym zakresie na § 5 ust. 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz. U. poz. 1320), które, jak wprost wynika z treści tych przepisów, odnoszą się wyłącznie do dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp, a nie oświadczenia woli, jakim jest oferta, do którego zastosowanie mają przywołane powyżej przepisy Kodeksu cywilnego.

Niezależnie od powyższego należy brać pod uwagę, że celem wdrożenia powyższych przepisów jako implementujących przepisy stosowanych dyrektyw UE było odformalizowanie postępowania o udzielenie zamówienia, stąd właśnie możliwość złożenia oferty sporządzonej elektronicznie, niezależnie od tego, w jaki sposób nadano jej postać elektroniczną, a z kolei w odniesieniu do dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp – możliwość złożenia ich w elektronicznej kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem.

Należy zauważyć, że w tym ostatnim przypadku wykonawca (lub inny podmiot, którego dotyczą dokumenty) może tylko potwierdzić zeskanowany do postaci elektronicznej dokument za zgodność z jego papierowym oryginałem, bo nie jest jego autorem – nie od niego pochodzi treść tego dokumentu.

Podobnie 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. Jednocześnie przepisy ustawy pzp, w tym przepisy wykonawcze, *de lege lata* nie przewidują, aby pełnomocnik mógł sam uwierzytelnić odpis udzielonego mu pełnomocnictwa jak np. z mocy art. 89 ust. 1 kpc w postępowaniu przed sądem może to uczynić adwokat, radca prawny, rzecznik patentowy, a także radca Prokuratury Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej.

Z tego względu nie ma wątpliwości, że opatrzenie podpisem elektronicznym pełnomocnika zeskanowanego do postaci elektronicznej pełnomocnictwa udzielonego mu przez mocodawcę w formie pisemnej, nie czyni zadość wymogowi złożenia pełnomocnictwa w oryginale (ani, co oczywiste, poświadczonej za zgodność z oryginałem przez notariusza kopii). Stąd Zamawiający prawidłowo pouczył wykonawców w s.i.w.z., że w przypadku podpisania przez pełnomocnika oferty, należy do niej dołączyć oryginał pełnomocnictwa wystawionego przez osoby upoważnione do reprezentowania wykonawcy.

Umknęło uwadze Zamawiającego, że przywoływane przez niego orzeczenia i stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych, które Izba w pełni podziela, nie odnosiły się do sytuacji, gdy pełnomocnik przesyła wraz z ofertą zamawiającemu pełnomocnictwo

w postaci elektronicznej, które opatruje własnym kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, zauważyć należy, że przywołany powyżej art. 10a ust. 5 pzp ma charakter bezwzględnie obowiązujący, stąd nie ma znaczenia dla sprawy, że w s.i.w.z. Zamawiający błędnie pouczył, że *nie dopuszcza możliwości złożenia skanu oferty/wniosku opatrzonej/opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym*. Niegodność z tego rodzaju postanowieniem odnoszącym się wyłącznie co do formy, a nie aspektu materialnego (treści) oferty, w ogóle nie mieści się w zakresie hipotezy normy z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

Jednakże zarzuty i żądania zawarte w odwołaniu, które zmierzają wyłącznie do definitywnego odrzucenia oferty złożonej przez RE-Bau, nie uwzględniają art. 26 ust. 3a pzp, zgodnie z którym jeżeli wykonawca nie złożył wymaganych pełnomocnictw albo złożył wadliwe pełnomocnictwa, zamawiający wzywa do ich złożenia w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Ponieważ wadliwie złożone pełnomocnictwa podlegają uzupełnieniu w trybie tego przepisu, który nie był objęty zakresem zarzutów odwołania, odwołanie zmierzające do definitywnego odrzucenia oferty RE-Bau, podlega oddaleniu, gdyż nie ma podstaw do uczynienia zadość takiemu żądaniu.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie {zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12}. W tej sprawie Odwołujący zaniechał sformułowania zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3a pzp, pomimo że mógł i powinien ustalić, że RE-Bau nie był wzywany do uzupełnienia pełnomocnictw.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 3. listy zarzutów oraz pkt 3. lit. a oraz b uzasadnienia}

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie wykluczenia RE-Bau z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału, którego brzmienia nawet nie podał, ograniczając się do stwierdzenia, że dwie spośród (nie wiadomo ilu) pozycji wykazu zrealizowanych zamówień nie spełnia wymagania, aby wykonane roboty budowlane obejmowały wykonanie i montaż stolarki okiennej.

Tymczasem Izba stwierdziła, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy przytoczył brzmienie całego warunku i adekwatnie wywiódł, że wystarczające było, aby wykonanie i montaż stolarki okiennej wystąpiły w jednym

wykonanych należycie co najmniej trzech zamówień. Jednocześnie Zamawiający zgodnie z istniejącym stanem faktycznym podał, że już poz. 1. wykazu złożonego przez RE-Bau obejmuje wykonanie i montaż stolarki okiennej.

Zakres zaskarżenia obejmuje natomiast wyłącznie poz. 2 (Pałac Wołodkiewiczów w Krakowie) i 3 (kościół N.M.P. w Łapczycy) wykazu zamówień.

Izba zważyła, że powyższe ustalenie jest wystarczające dla stwierdzenia bezzasadności zarzutu zaniechania wykluczenia RE-Bau na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp za niewykazanie przytoczonego powyżej za odpowiednią odwołanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie elementu określonego w lit. b.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 pzp w zw. z art. 190 ust. 7 pzp. Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, przy czym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Innymi słowy, wpływ na wynik postępowania prowadzonego przez zamawiającego oceniany jest przez Izbę granicach zarzutów odwołania.

Niezależnie od powyższego zgodnie z art. 190 pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Tymczasem Odwołujący, na którym spoczywał ten ciężar dowodu, nie wykazał do zamknięcia rozprawy żadnej inicjatywy dowodowej, a tym samym stawiane zarzuty należało uznać również za niezasadne z tego powodu, że pozostały nieudowodnione.

{ad. pkt 2. i 6. listy zarzutów}

Pozostałe zarzuty naruszenia przepisów pzp:

- art. 91 ust. 1 – przez wybór oferty spółki RE-Bau jako oferty najkorzystniejszej, mimo że oferta ta nie jest zgodna z ustawą,
- art. 7 ust. 1 – przez prowadzenie postępowania sprzecznie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców
- mają charakter wynikowy lub niesamoistny, więc muszą dzielić los zarzutów głównych.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 2. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 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) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.