

WYROK
z dnia 13 września 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 września 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 sierpnia 2019 r. przez wykonawcę **HOCHTIEF Polska S.A., ul. Elbląska 14, 01-737 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Port Lotniczy Gdańsk Sp. z o.o., ul. Słowackiego 200, 80-298 Gdańsk**

przy udziale wykonawcy **Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o., ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1686/19 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **HOCHTIEF Polska S.A., ul. Elbląska 14, 01-737 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **HOCHTIEF Polska S.A., ul. Elbląska 14, 01-737 Warszawa** tytułem spisu od odwołania;
 - 2.1. zasądza od wykonawcy **HOCHTIEF Polska S.A. w Warszawie** na rzecz zamawiającego - **Port Lotniczy Gdańsk Sp. z o.o. w Gdańsku** kwotę **3 900 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset złotych zero groszy) stanowiącą zwrot kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego (3 600 zł) oraz zwrotu kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę (300 zł).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Port Lotniczy Gdańsk Sp. z o. o. w Gdańsku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego którego przedmiotem jest „Doprojektowanie (w zakresie projektu wykonawczego) i budowa: Budynek pirsu zachodniego wraz z infrastrukturą oraz zmianami aranżacyjnymi w drugim terminalu pasażerskim w Porcie Lotniczym im. Lecha Wałęsy w Gdańsku ”Numer referencyjny: ZP/3/2019.

Odwołujący: Hochtief Polska S. A. z siedzibą w Warszawie

I. wniósł odwołanie wobec:

- a) czynności Zamawiającego z 20 sierpnia 2019 r., polegającej na ocenie ofert i wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Korporację Budowlaną Doraco Sp. z o. o. (Doraco), która to oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 8 PZP,
- b) zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Doraco w sytuacji, w której oferta nie odpowiada wymogom SIWZ w zakresie wymaganej formy udzielenia pełnomocnictwa do złożenia oferty, ale również jest nieważna na skutek podpisania oferty przez osobę nieuprawnioną,
- c) zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Doraco w sytuacji, w której w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 6 sierpnia 2019 r., wykonawca nie przedłożył dokumentu potwierdzającego umocowanie p. I. K. do złożenia oferty,

II. Czynnościom tym zarzuca naruszenie:

- a) art. 89 ust. 1 pkt 8 pzp w zw. z art. 58 § 1 i art. 99 § 1 oraz art. 104 kodeksu cywilnego w zw. z art. 10a ust. 5 pzp, przez nieuzasadnione zaniechanie odrzucenia oferty Doraco w sytuacji, w której w chwili podpisania oferty p. I. Ka. nie była umocowana pełnomocnictwem udzielonym w formie dokumentu elektronicznego, która to forma jest zastrzeżona dla oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - na skutek czego oferta nie została złożona przez osobę uprawnioną do działania w imieniu Korporacji Budowlanej Doraco Sn. z o. o. i pozostaje nieważna:
- b) art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 pzp, przez nieuzasadnione zaniechanie odrzucenia oferty Korporacji Budowlanej Doraco w sytuacji, w której oferta złożona przez wykonawcę nie odpowiada wymogom określonym w rozdziale VI ust. 6 pkt 8 SIWZ - wykonawca nie przedłożył pełnomocnictwa do dokonania czynności udzielonego w formie elektronicznej opatrzonej podpisem kwalifikowanym, wykonawca nie wykazał, aby w chwili podpisywania formularza ofertowego p. K. dysponowała pełnomocnictwem udzielonym w formie dokumentu elektronicznego;

c) art. 26 ust. 3a w zw. z art. 7 ust. 1 pzp oraz art. 103 § 2 oraz 104 kc przez nieuprawnione zaniechanie odrzucenia oferty Doraco w sytuacji, w której w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 6 sierpnia 2019 r., wykonawca nie przedłożył ważnego pełnomocnictwa uprawniającego p. I. K. do złożenia oferty, oraz wezwanie do potwierdzenia przez wykonawcę czynności dokonanych przez rzekomego pełnomocnika, w sytuacji, w której złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowi jednostronną czynność prawną, nie podlegającą potwierdzeniu.

III. W związku z tym, że interes Wykonawcy doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów pzp, Wykonawca żąda:

- a) unieważnienia czynności Zamawiającego z dnia 20 sierpnia 2019 r. polegającej na ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej,
- b) nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez Korporację Budowlaną Doraco jako nieważnej na skutek podpisania jej przez osobę nieuprawnioną do działania w imieniu Spółki, oraz niezgodnej z wymogami SIWZ,
- c) nakazania Zamawiającemu powtórzenia oceny ofert z wyłączeniem oferty Korporacji Budowlanej Doraco oraz dokonania wyboru oferty Hochtief jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wykazuje, że posiada interes prawny w złożeniu odwołania, gdyż oferta złożona przez Odwołującego zawiera najkorzystniejszą cenę spośród ofert nie podlegających odrzuceniu, zatem uwzględnienie odwołania umożliwi mu uzyskanie zamówienia (art. 179 ust. 1 pzp).

W ocenie Wykonawcy odwołanie pozostaje w pełni uzasadnione, bowiem Zamawiający dokonał czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej (zawiadomienie z 20 sierpnia 2019 r.), biorąc pod uwagę ofertę złożoną w imieniu Korporacji Budowlanej Doraco Sp. z o. o. - która to oferta była dotknięta wadą formalną dotyczącą samego momentu zaistnienia oferty.

Zarówno z treści SIWZ, ale przede wszystkim z powszechnie obowiązujących przepisów prawa wynika w sposób nieulegający wątpliwości, że pełnomocnictwo do złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, dla swej skuteczności, wymaga udzielenia w formie elektronicznej, opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Nie ulega również wątpliwości, że braki w dokumentach przedłożonych przez Doraco dostrzegł Zamawiający, który w piśmie z dnia 6 sierpnia 2019 r. wezwał Doraco do przedłożenia pełnomocnictwa „w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym” - wskazując wyraźnie, że w oparciu o pełnomocnictwo udzielone w dniu 5 sierpnia 2019 r., p. I. K. nie była uprawniona do podpisania oferty, ponieważ pełnomocnictwo to zostało udzielone już po podpisaniu oferty.

Co istotne, Doraco w żaden sposób nie zakwestionowało spostrzeżeń Zamawiającego odnośnie braku umocowania I. K. do podpisania oferty w oparciu o pełnomocnictwo z dnia 5 sierpnia 2019 r. - przeciwnie, usiłowano udokumentować uprawnienie do podpisania oferty w postępowaniu jako wynikające z innego dokumentu.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia pełnomocnictwa w formie elektronicznej, udzielonego przed złożeniem podpisu pod ofertą, Doraco przedłożyło dokument pełnomocnictwa szczególnego, do działania w zakresie niniejszego postępowania, datowany na dzień 18 lipca 2019 r. - wraz z dokonany przez notariusza w dniu 9 sierpnia 2019 r. poświadczeniem za zgodność, opatrzonym podpisem elektronicznym.

Odnosząc się do powyższych dokumentów nie sposób zauważyć, że:

I. pełnomocnictwo z dnia 18 lipca 2019 r. zostało udzielone w formie pisemnej - a więc nie spełnia wymogu formy dla pełnomocnictwa do złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - w tym zakresie jest nieskuteczne i nigdy nie umocowało p. I. K. do złożenia oferty:

II. przedłożone dokumenty w żaden sposób nie wykazują, aby w chwili składania podpisu pod ofertą, p. I. K. była beneficjentem skutecznie udzielonego pełnomocnictwa do złożenia oferty w postępowaniu;

III. złożone pełnomocnictwo z 18 lipca 2019 r. nigdy nie było pełnomocnictwem udzielonym w wymaganej formie - dokonanie poświadczenia podpisu w formie elektronicznej nie konwertuje formy oryginalnego dokumentu;

IV. wspomniana przez Zamawiającego „elektroniczna kopia notarialnie poświadczona za zgodność z oryginałem” odnosi się do kopii oryginału, a więc dokumentu sporządzonego pierwotnie w formie elektronicznej (w innym wypadku pełnomocnictwo byłoby nieskuteczne) - którym pełnomocnictwo z dnia 18 lipca 2019 r. nigdy nie było.

Mając na uwadze powyższe uznać trzeba, że w świetle przepisów kodeksu cywilnego oraz wymogu złożenia oferty w postępowaniu w formie elektronicznej, zastrzeżonego ad solemnitatem, oferta złożona przez Doraco stanowi nieważną czynność prawną, wobec czego nie powinna być uwzględniana przy wyborze oferty najkorzystniejszej. W tym kontekście mniejsze znaczenie ma fakt, że niezależnie od powyższego, „oferta” nie odpowiada wymogom SIWZ i jako taka również podlega odrzuceniu.

I. Uwarunkowania prawne dotyczące formy udzielenia pełnomocnictwa i skutki uchybień w zakresie formy pełnomocnictwa

Rozważania dotyczące wymogów formalnych zastrzeżonych dla pełnomocnictwa obejmującego umocowanie do złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego rozpocząć należy od art. 10a ust. 5 pzp, który stanowi, że:

„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.”

Mamy zatem do czynienia z wprowadzonym przez Ustawodawcę wymogiem zachowania jednej z form czynności prawnych, o których mowa w art. 73 § 1 kodeksu cywilnego, przy czym nie ulega wątpliwości, że forma ta została obwarowana najdalej idącą z możliwych sankcji - sankcją nieważności.

Mając na uwadze powyższe należy kolejno odwołać się do art. 99 § 1 kc, zgodnie z którym „jeżeli do ważności czynności prawnej potrzebna jest szczególna forma, pełnomocnictwo do dokonania tej czynności powinno być udzielone w tej samej formie ”

Przepis ten, w łączności z art. 10 a) ust. 5 PZP oznacza, że pełnomocnictwo do złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego musi być udzielone w formie elektronicznej, pod rygorem nieważności.

Podkreślić trzeba, że przepis formułuje wymóg „udzielenia” pełnomocnictwa z zachowaniem wymogu odpowiedniej formy. Wymóg ten dotyczy określonego stanu faktycznego dotyczącego czynności udzielania pełnomocnictwa. Jednoznacznie wskazuje to na wymóg, aby forma była zachowana już w momencie ustanawiania pełnomocnika - późniejsze próby konwalidowania braków w zakresie formy nie będą nigdy skutkowały spełnieniem wymogu „udzielenia” pełnomocnictwa w określony sposób, albowiem nie są w stanie zmienić okoliczności faktycznych towarzyszących udzielaniu pełnomocnictwa, co najwyżej mogą być interpretowane jako udzielenie pełnomocnictwa w chwili dokonywania czynności „konwalidujących”.

Wreszcie mając na uwadze wyrażone wprost w przepisach pzp oraz kc reguły dotyczące udzielania pełnomocnictwa do złożenia oferty w postępowaniu, pochylić się trzeba nad skutkami ewentualnego niedochowania tych wymogów dla czynności dokonanych przez osobę powołującą się na takie nieważne pełnomocnictwo. W tym zakresie fundamentalne znaczenie ma postanowienie SN z dnia 10 kwietnia 2013 r., wydane w sprawie IV CSK 516/12:

„Jeżeli przepis wymaga dla czynności prawnej dotyczącej przedsiębiorstwa formy szczególnej pod rygorem nieważności, to pełnomocnictwo do dokonania tej czynności powinno być oświadczeniem mocodawcy złożonym w takiej samej formie, a jej niezachowanie dla pełnomocnictwa sprawia, że dokonana czynność prawna jest bezwzględnie nieważna na podstawie art. 58 § 1 w związku z art. 75[1] § 1 i art. 99 § 1 KC. ”

Sąd Najwyższy zatem bez wątpliwości stanął na stanowisku, w myśl którego nieważność pełnomocnictwa z uwagi na niedochowanie wymogu formy prawnej, skutkuje bezwzględną nieważnością czynności prawnych dokonanych w oparciu o takie „pełnomocnictwo”.

Powyższe stanowisko znalazło zresztą odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej po wprowadzonej elektronizacji postępowania. W wyroku z dnia 13 lutego 2019 r. KIO 169/19 Izba wyraźnie zwróciła uwagę na konieczność przestrzegania wymogów co do formy elektronicznej, oraz braku ekwiwalentności pomiędzy formą elektroniczną a pisemną:

„Sporządzenie dokumentu w formie pisemnej w sytuacji zastrzeżenia formy elektronicznej nie wywołuje tych samych skutków przewidzianych dla czynności prawnej.”

Oznacza to, że oferta w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożona przez osobę legitymującą się w chwili złożenia oferty jedynie pełnomocnictwem w formie pisemnej, stanowi nieważną czynność prawną. Jako taka, owa „oferta” podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 PZP.

Nieważność oferty w tym przypadku wynika wprost z powszechnie obowiązujących przepisów kodeksu cywilnego - mających charakter norm imperatywnych, których ani Zamawiający, ani Doraco nie mogą modyfikować.

II. Wymogi dotyczące pełnomocnictw przewidziane w SIWZ

Niezależnie od powyższych wymogów natury ustawowej, których uchybienie skutkuje nieważnością oferty Doraco, należy zaznaczyć, że również Zamawiający wprowadził wymogi formalne dotyczące oferty i dokumentów składających się na ofertę wykonawcy.

Zgodnie z dyrektywą płynącą z art. 10a PZP, Zamawiający zobowiązany jest prowadzić postępowanie z wykorzystaniem narzędzi elektronicznych - w związku z czym oferta oraz pozostałe dokumenty składane (co do zasady - w oryginale) przez wykonawców, mają być sporządzone i złożone w postaci dokumentów elektronicznych.

W odniesieniu do pełnomocnictwa, wymóg taki wyrażono w rozdziale VI ust. 6 pkt 8 SIWZ: pełnomocnictwo należy złożyć w oryginale w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub elektronicznej kopii notarialnie poświadczonej za zgodność z oryginałem.”

Z powyższego postanowienia SIWZ, pozostając w zgodzie z normą wynikającą z art. 10a ust. 5 PZP oraz z art. 99 § kodeksu cywilnego, postępując zgodnie z regułami dotyczącymi wykładni norm prawnych, należy odkodować następujące reguły:

- I. oryginał pełnomocnictwa musi być sporządzony w formie elektronicznej,
- II. możliwe jest przedłożenie pełnomocnictwa poświadczonego notarialnie - o ile stanowi on kopię oryginalnego pełnomocnictwa, udzielonego w formie elektronicznej.

Jakiegolwiek próby odmiennej interpretacji wymogów SIWZ, w szczególności zmierzające do przyznania notariuszowi uprawnienia do „konwalidowania” formy pełnomocnictwa udzielonego w formie pisemnej, prowadzą do rezultatów sprzecznych z normami kodeksu cywilnego, oraz absurdalnych z punktu widzenia logiki. Należałoby bowiem zaakceptować

sytuację, w której notarialna kopia, na skutek poświadczenia podpisów w formie elektronicznej, miałyby nabierać cech, których nie posiada dokument oryginalny. Takie rozumowanie należy z góry odrzucić - albowiem w takim przypadku w ogóle nie mamy do czynienia z kopią, ale z nowym dokumentem, o cechach jakościowych, których nie posiadał oryginał.

Należy zatem uznać, że sformułowanie „elektroniczna kopia notarialnie poświadczona przez notariusza” oznacza jedynie wymóg dokonania czynności notarialnej w formie elektronicznej - co jest zrozumiałe biorąc pod uwagę fakt, że dokument pełnomocnictwa ma być przekazany Zamawiającemu w drodze korespondencji elektronicznej. Owa „cyfrowa” czynność notarialna musi się jednakże odnosić do pełnomocnictwa udzielonego w formie dokumentu elektronicznego - w przeciwnym razie poświadczona za zgodność z oryginałem pełnomocnictwo, które samo w sobie jest bezwzględnie nieważne z mocy obowiązujących przepisów, a której to nieważności notariusz nie jest władny usunąć.

Podsumowując zatem, już w oparciu o warunki określone w SIWZ Zamawiający zobowiązany był do wyegzekwowania od Doraco pełnomocnictwa, udzielonego w postaci elektronicznej (przekazanego w oryginale lub kopii poświadczonej elektronicznie przez notariusza), umocowującego p. I. K. do złożenia oferty, ważnego w dniu 5 sierpnia 2019 r. o godzinie 12:39.

Wobec braku takiego dokumentu, obowiązkiem Zamawiającego było odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 1 PZP - niezależnie od wskazanych wyżej podstaw odnoszących się do nieważności oferty.

Na marginesie, konieczność spełnienia przez wykonawcę wszystkich wymogów formalnych dotyczących „technicznego” aspektu podpisania oferty, była podnoszona przez Krajową Izbę Odwoławczą nawet na gruncie postępowania prowadzonego w postaci pisemnej. Tytułem przykładu przywołać można wyrok KIO 2464/17 z dnia 4 grudnia 2017 r.: „pewność obrotu wymaga, aby nie było wątpliwości co do tego, czy oświadczenie woli zostało złożone w wymaganej pod rygorem nieważności formie pisemnej, czy też jedynie kartka, na której wydrukowano jego treść, została zaparafowana, czyli dokument został przygotowany do podpisania i zapewniona została jego integralność. Podpisu pod treścią oświadczenia woli nie może zastąpić umieszczenie parafy w rogu każdej strony formularza oferty. Taki sposób podpisania oferty nie stwarza po stronie zamawiającego jako odbiorcy pewności, że otrzymał oświadczenie woli zawarcia umowy, którym spółka będzie związana.”

Powyższe rozważania zachowują pełną aktualność - przy czym punktem odniesienia musi być oczywiście forma elektroniczna i podpis kwalifikowany.

III. Umocowanie p. I. K. do występowania w imieniu Doraco

Mając na uwadze powyższe rozważania i wynikające z nich wnioski, należy ocenić dokumenty dotyczące umocowania p. I. K. do występowania w postępowaniu w imieniu Doraco.

Wraz z ofertą Zamawiający otrzymał pełnomocnictwo udzielone p. I. K. - jednak udzielone już po tym, jak podpisała ona formularz oferty, JEDZ oraz Tabelę Elementów Scalonych, a więc dokumenty kluczowe dla rozstrzygnięcia postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, oraz ustalenia obowiązków wykonawcy.

Zamawiający w sposób prawidłowy wychwycił, że przedłożone pełnomocnictwo, udzielone już po złożeniu ww. oświadczeń, nie daje gwarancji, że p. K.a złożyła je w imieniu Doraco. W konsekwencji, po stronie Zamawiającego powstało ryzyko, że Doraco będzie kwestionować złożenie oferty i pozostałych dokumentów w imieniu spółki, oraz związanie spółki treścią tych oświadczeń - jako złożonych przez osobę działającą (wówczas) bez umocowania.

Reakcją Zamawiającego - istotną dla wyeliminowania wspomnianego ryzyka, oraz zapewnienia pewności obrotu prawnego - było wystosowanie przez niego w dniu 6 sierpnia 2019 r. wezwania w trybie art. 26 ust. 3a PZP do złożenia pełnomocnictwa udzielonego p. K. (w formie elektronicznej ad solemnitatem) przed podpisaniem formularza ofertowego, lub elektronicznie poświadczonej przez notariusza kopii takiego dokumentu.

Rozpatrując wskazane wyżej wezwanie należy mieć na uwadze, jakie skutki wywołuje niesprostanie oczekiwaniom Zamawiającego w zakresie doręczenia dokumentów potwierdzających umocowanie osoby podpisującej ofertę.

Jak wyraziła to Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 2458/13:

jeżeli ofertę podpisała osoba, której podstawą działania nie były dokumenty rejestrowe konsorcjantów (ustanowienia prokury nie można domniemywać), to pełnomocnictwo (wraz z innymi koniecznymi do wykazania umocowania tej osoby dokumentami, pełnomocnictwami) winno zostać załączone do oferty. Skoro wykonawca tego zaniechał, i nie uczynił tego na wezwanie zamawiającego, to jego oferta podlega odrzuceniu.”

Doskonałym uzupełnieniem wyrażonej wyżej tezy jest wyrok z 30.09.2014 r. (KIO 1898/14): „Z przepisu art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. pzp (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) wynika obowiązek zamawiającego do wezwania wykonawcy do uzupełnienia braku pełnomocnictwa, jak również pełnomocnictwa wadliwego (bez wskazanego w ustawie ograniczenia zakresu wadliwości), dopiero w przypadku braku uzupełnienia ziszcza się przesłanka odrzucenia oferty, bez stosowania art. 104 zd. 2 KC.”

Odnosząc powyższe do treści wezwania z dnia 6 sierpnia 2019 r., jakie Zamawiający wystosował do Doraco, aby uniknąć odrzucenia oferty, wykonawca ten powinien przedłożyć ważne pełnomocnictwo udzielone p. K. przed złożeniem oferty.

Odnosząc się do przesłanego pełnomocnictwa - datowanego na dzień 18 lipca 2019 r. - należy wskazać, że pełnomocnictwo to nie jest ważnym pełnomocnictwem do złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Pośrednio zresztą świadczy o tym działanie Doraco oraz p. K. - w dniu 5 sierpnia 2019 r. o godz. 14:15 zostało udzielone pełnomocnictwo o tożsamym zakresie, wszak gdyby pełnomocnictwo z dnia 18 lipca 2019 r. skutecznie uprawniało p. K. do złożenia oferty, udzielenie kolejnego pełnomocnictwa byłoby zbędne i trudne do wyjaśnienia.

Nie ulega wątpliwości, że pełnomocnictwo datowane na dzień 18 lipca 2019 r. nie jest pełnomocnictwem udzielonym w formie elektronicznej - a zatem, mając na uwadze wymóg formy przewidziany do złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w oparciu o to pełnomocnictwo p. I. K. nie mogła złożyć ważnej oferty w postępowaniu prowadzonym w formie elektronicznej.

Z przyczyn wskazanych w punkcie II uzasadnienia, dokonanie przez zastępcę notarialnego poświadczenie za zgodność odpisu pełnomocnictwa w formie elektronicznej nie ma wpływu na nieważność pełnomocnictwa datowanego na dzień 18 lipca 2019 r., z następujących przyczyn:

I. poświadczenie dotyczy autentyczności kopii dokumentu, który z uwagi na uchybienia co do formy nigdy nie był ważnym i skutecznym pełnomocnictwem do złożenia oferty w postępowaniu,

II. czynność notarialna dokonana w formie elektronicznej nie ma wpływu na formę, w której dokonano czynności prawnej będącej przedmiotem poświadczenia, czynność notarialna poświadczenia zgodności odpisu dokumentu ma wyłącznie charakter deklaratoryjny a nie konstytutywny (nie może ingerować w treść i cechy poświadczanego dokumentu i objętej nim czynności prawnej).

III. nawet gdyby zaaprobować teorię o konwalidacji formy pełnomocnictwa na skutek czynności notarialnej (którą Odwołujący stanowczo odrzuca), to czynność notarialna została dokonana w dniu 9 sierpnia 2019 r., co więcej,

IV. poświadczenie notarialne obejmuje wyłącznie dosłowną zgodność wykonanej przez notariusza kopii z oryginałem dokumentu - w żaden sposób nie potwierdza faktu, że pełnomocnictwo rzeczywiście zostało udzielone 18 lipca 2019 r. lub w jakiegokolwiek innej dacie poprzedzającej datę czynności notarialnej lub datę podpisania oferty (co wydaje się wątpliwe w świetle późniejszego udzielenia pełnomocnictwa w takim samym zakresie w dniu 5 sierpnia), a zatem:

V. Doraco w istocie przesłało Zamawiającemu jedynie sporządzoną w dniu 9 sierpnia 2019 r. elektroniczną kopię, potwierdzoną przez notariusza z oryginałem dokumentu w formie

pisemnej, którego czas powstania nie jest udowodniony, a który nie jest sam w sobie ważnym pełnomocnictwem, uprawniającym p. K. do złożenia oferty w postępowaniu.

Podsumowując, złożone przez Doraco dokumenty nie wskazują, aby p. K. w chwili składania oferty była skutecznie umocowana do działania w imieniu Spółki. Pomimo wystosowania przez Zamawiającego odpowiedniego wezwania, Doraco nie przedłożyło ważnego pełnomocnictwa obowiązującego w chwili podpisania oferty, jak również nie potwierdziło w wyznaczonym terminie czynności dokonanych przez p. K. . W aktach postępowania znajdują się natomiast niepodważalne dowody świadczące o tym, że umocowanie p. K. powstało już po podpisaniu dokumentów ofertowych.

Mając na uwadze zarysowany powyżej stan faktyczny, jak również stan prawny w zakresie wymogów formalnych pełnomocnictwa do czynności prawnych, oraz skutków ich niezachowania, uznać należy, że „oferta” Doraco jest nieważna na podstawie powszechnie obowiązujących przepisów kodeksu cywilnego i jako taka podlega odrzuceniu przez Zamawiającego.

Niezależną podstawę odrzucenia oferty stanowi ponadto jej niezgodność z SIWZ pod kątem wymagań formalnych Zamawiającego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie. Uznał, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Wskazał na niespójność koncepcji oceny umocowania p. K. do złożenia oferty.

Z jednej bowiem strony odwołujący dąży do wykazania braku umocowania ww do „podpisania oferty” (i pozostałych dokumentów), tj. rozważania te powinny zmierzać wyłącznie do zbadania prawidłowości udzielenia pełnomocnictwa z dnia 18 lipca 2019 r., w oparciu o które p. K. działała w postępowaniu od samego początku. Jednakże ten sam zarzut konwertuje niespodziewanie czynność podpisania oferty w czynność złożenia oferty, a przy tym pomija w zupełności ocenę prawidłowości udzielenie pełnomocnictwa w formie elektronicznej w dniu 5 sierpnia 2019 r., kiedy to pełnomocnictwo z całą pewnością było istniejące i sporządzone w sposób prawidłowy na datę złożenia oferty.

Z drugiej strony zaś, mają – jak się wydaje – świadomość istnienia prawidłowo udzielonego i przedstawionego w postępowaniu pełnomocnictwa podpisanego elektronicznym podpisem kwalifikowanym dnia 5 sierpnia 2019 r. odwołujący całą swoją dalszą argumentację skupia na sztucznym łąceniu dwóch odmiennych pojęć, tj. „formie czynności prawnej” wymaganej dla wywołania przez czynność prawną określonego skutku i „postaci czynności prawnej” (nazywanej wymiennie także formą), tj. sposobie odwzorowania i przedstawienia oświadczenia woli wykonawcy.

Odwołujący, żonglując pojęciami kodeksowymi, być może nie zawsze precyzyjnie i jednolicie stosowanymi przez ustawodawcę, próbuje argumentować stanowisko, doszukując się błędów zamawiającego i Doraco przez nieprawidłowe scalanie pojęć ustawowych.

Z jednej strony bowiem w sposób dowolny próbuje zrównywać znaczenie pojęć: „przygotowanie oferty” oraz „złożenie oferty” – manewrując reżimem ustawowym i dookreślonym w siwz co do poprawnej procedury dokonania obu spośród tych czynności, z drugiej zaś strony – stara się dokonać wykładni dwóch odrębnych instytucji kodeksu cywilnego w taki sposób, aby połączyć je i wymieszać.

Odwołujący bowiem pojęcie „formy czynności prawnej” rozumianej z perspektywy kryterium możliwości wywołania skutku przez czynności prawne – w tej sytuacji w rozumieniu materialnoprawnym – udzielenie pełnomocnictwa do reprezentowania Doraco w postępowaniu, próbuje zrównać z terminem „postać sporządzenia dokumentu” (forma sporządzania dokumentu), co także nie znajduje potwierdzenia w przepisach prawa.

Analiza materialnoprawna udzielonego dnia 18 lipca 2019 r. p. K. pełnomocnictwa wskazuje, iż w całym badanym okresie była ona uprawniona do reprezentowania Doraco w postępowaniu i nie sposób uznać, że brak było umocowania do podpisania odpowiednio w dniach 2 sierpnia i 5 sierpnia 2019 r. poszczególnych dokumentów składających się na ofertę Doraco. Równocześnie zaś w związku z wykonaniem wezwania zamawiającego w dniu 16 sierpnia 2019 r. pełnomocnictwo w formie prawidłowej – wymienionej w siwz – zostało przez Doraco złożone, przy czym dla okresu działań p. K. pomiędzy 18 lipca a 5 sierpnia 2019 r. godz. 14:15 prawidłowym i właściwym było przedłożenie poświadczonej za zgodność z oryginałem cyfrowej kopii tego pełnomocnictwa.

Podstawowym zarzutem odwołania jest brak umocowania p. K. do „sporządzenia oferty” (tj. podpisania oferty i poszczególnych dokumentów składających się na nią), co – gdyby się potwierdziło – miałyby skutkować brakiem umocowania do „złożenia oferty” w imieniu Doraco.

Analizując złożone dokumenty zamawiający wskazuje że nie ma żadnych wątpliwości, że na moment złożenia przez Doraco oferty zamawiającemu, tj. 5 sierpnia 2019 r., godz. 14:37:03, p. K. działała jako prawidłowo, zarówno, co treści, jak i formy, umocowany pełnomocnik Doraco, a zatem złożona przez nią w imieniu Doraco oferta nie podlegała odrzuceniu. Pani K., zgodnie z zasadami reprezentacji obowiązującymi w Doraco (dwóch członków Zarządu działających wspólnie), została umocowana do złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu w dniu 5 sierpnia 2019 r., tj. o godz. 14:15 (podpisanie pełnomocnictwa przez drugiego członka zarządu Doraco), poprzez udzielenie jej pełnomocnictwa w formie elektronicznej.

W tym kontekście zamawiający zwraca uwagę, że wzywając Doraco do złożenia dokumentów pismem z dnia 6 sierpnia 2019 r., w pkt 2 pisma wzywał wykonawcę wyłącznie do przedłożenia dokumentu pełnomocnictwa w przepisanej w siwz postaci (formie), z którego wynikało umocowanie do „sporządzenia oferty” w imieniu Doraco, tj. podjęcia poszczególnych czynności, takich jak przygotowanie i podpisanie formularzy JEDZ, Tabeli elementów scalonych, formularza oferty. Wezwanie to miało na celu usunięcie wątpliwości formalnych co do – ocenianej materialnoprawnie, a nie formalnie – daty udzielenia pełnomocnictwa. Pzp nie reguluje wewnętrznych procedur przygotowania oferty do złożenia w postępowaniu w ramach organizacji wykonawcy. Ustawa oraz regulacje szczegółowe siwz wskazują wyłącznie na postać, w jakiej sporządzone mają zostać określone dokumenty (dokument elektroniczny) w art. 10a ust. 5 ustawy pzp oraz w R. VI, ust. 6 pkt 4 siwz oraz na sposób ich składania (w formie elektronicznej) – art. 10a ust. 1 pzp.

Art. 10a ust. 5 pzp, którego naruszenia odwołujący zarzuca w odwołaniu jest przepisem określającym wyłącznie postać, w jakiej należy sporządzić ofertę, Sporządzenie oferty w innej postaci skutkuje odrzuceniem oferty jako niezgodnej z ustawą (art. 89 ust. 1 pkt 1 pzp). Nie ma jednak wątpliwości, także nie zgłasza ich odwołujący, że oferta (w całości) została przygotowana i w konsekwencji złożona w sposób całkowicie prawidłowy, zgodny z przepisami i postanowieniami siwz.

W tym kontekście zamawiający rozróżnia czynności techniczne składające się na „sporządzenie oferty” (przygotowanie oferty do jej złożenia) od czynności prawnej, jaką jest „złożenie oferty”, tj. przygotowanie poszczególnych plików elektronicznych stanowiących emanację wymaganych treści co wymaga, już na etapie czynności przygotowawczych (tj. przed „złożeniem oferty”) udzielenia pełnomocnictwa w jakiegokolwiek przepisanej prawem formie. Na takie szczególne podstawy prawne, czy uregulowania siwz nie wskazuje także odwołujący. W odniesieniu do czynności „złożenia oferty” należy wskazać, iż dopiero takie działanie stanowi czynność prawną podlegającą kontroli zamawiającego. W literaturze podnosi się: „Czynność prawna to stan faktyczny (działanie ludzkie), którego niezbędnym (konstytutywnym) elementem jest przynajmniej jedno oświadczenie woli, przedsięwzięte w celu wywołania określonych skutków prawnych, wywołujące co do zasady przynajmniej niektóre skutki prawne zamierzone przez składającego oświadczenie woli” (art. 56 kc red. Osajda, wyd. 22/P. Sobolewski). Niezbędnym elementem czynności prawnej (tj. w przedmiotowym stanie faktycznym – „złożenia oferty”) jest oświadczenie woli, tj. jej manifestacja na zewnątrz, przedsięwzięte w celu wywołania skutków prawnych.

Samo sporządzenie oferty i jej podpisanie nie wywołuje jeszcze skutków prawnych i w związku z tym nie stanowi czynności prawnej. Czynnością prawną jest natomiast złożenie oferty, gdyż wywołuje ono skutki prawne (m.in. stan związania ofertą). Z całą pewnością

czynnością prawną, prawidłowość której dokonania podlegała kontroli zamawiającego w ramach badania ofert, było „złożenie oferty”. Nie ma wątpliwości, że w chwili „złożenie oferty” p. K. była prawidłowo umocowana do dokonania tej czynności prawnej, na co wskazuje opisana sekwencja zdarzeń.

Mając na uwadze kolejność sporządzenia przez Doraco poszczególnych dokumentów składających się na ofertę, zamawiający, z ostrożności, pismem z dnia 6 sierpnia 2019 r. wezwał Doraco do złożenia dokumentu, z którego wynikało umocowanie p. K. do podejmowania czynności ramach „przygotowania oferty” do jej złożenia. Pismem w postaci elektronicznej z 16 sierpnia 2019 r. Doraco złożyło pełnomocnictwo udzielone p. I. K. przez dwóch członków zarządu w dniu 18 lipca 2019 r., a zatem przed podjęciem przez nią czynności składających się na „przygotowanie oferty”. Przedłożone pełnomocnictwo obejmowało swoim zakresem możliwość działania w przedmiotowym zakresie. Zamawiający uzyskał zatem komplet dokumentów wskazujący zarówno na umocowanie p. K. do podejmowania czynności w imieniu Doraco w ramach przygotowania oferty oraz do złożenia oferty. Forma elektroniczna notarialnie poświadczona za zgodność z oryginałem była prawidłową formą wykonania wezwania. W ocenie zamawiającego z treści zapisów wskazujących na umocowanie do reprezentowania Doraco w postępowaniu, w szczególności zaś do złożenia oferty, wynika umocowanie do przygotowania (w dowolnej dozwolonej prawem postaci) i podpisania (w dowolnej, dozwolonej prawem postaci) poszczególnych dokumentów – elementów wspólnie tworzących ofertę i dalej: jej złożenie zamawiającemu.

Złożone dokumenty precyzyjnie określają daty udzielenia pełnomocnictwa.

W zakresie prawidłowości sporządzania dokumentów pełnomocnictwa przez Doraco – w odniesieniu do formy (postaci) ich sporządzenia zamawiający przedstawił, z daleko posuniętej ostrożności, dalszą argumentację.

- Art. 10a ust. 5 pzp nie jest przepisem określającym formę czynności prawnej, lecz przepisem określającym formę sporządzenia dokumentów składanych w postępowaniu. W przepisie, oprócz oferty wymieniono inne dokumenty. Przepis ten pozostaje bez znaczenia dla oceny, w jakiej formie powinno zostać udzielone pełnomocnictwo do reprezentowania wykonawcy w postępowaniu, w tym do złożenia oferty. Wskazał na wyrok KIO 169/19 podkreślając, że przepis określa formę dokumentów w postępowaniu, nie zaś formę dokonania czynności prawnej, jaką jest złożenie oferty.

W związku z powyższym stwierdził, że udzielenie pełnomocnictwa do złożenia oferty musi przybrać postać elektroniczną dopiero na etapie składania oferty, jak i inne elementy składowe. Zatem udzielenie pełnomocnictwa do złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie musi przybrać postaci elektronicznej. Dopiero na etapie

składania oferty, każdy jej element składowy, a zatem także pełnomocnictwo musi przybrać formę elektroniczną, w przeciwnym bowiem wypadku oferta stanie się ofertą nieważną.

W siwz w R. 6.8.a określono wymaganą postać pełnomocnictwa wskazując, że pełnomocnictwo należy złożyć w oryginale w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub elektronicznej kopii notarialnie poświadczonej za zgodność z oryginałem. Postanowienia te nie były kwestionowane. Pełnomocnictwo dla p. K. do reprezentowania Doraco z dnia 18.07.2019 r., złożone na wezwanie zamawiającego, zostało skutecznie udzielone przed złożeniem oferty oraz przedłożone zamawiającemu w formie dopuszczonej w siwz – elektronicznej kopii notarialnie poświadczonej za zgodność z oryginałem. Brak zatem podstaw, by kwestionować ważność przygotowanej przez p. K. i dalej – złożoną przez nią w imieniu Doraco oferty z uwagi na formę przedłożonego pełnomocnictwa.

Zgodnie z art. 78¹ § 2 kc „Oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej.”. Gdyby nawet przyjąć, że art. 10a ust. 5 ustawy pzp określa formę czynności prawnej i w związku z powyższym oceniać skuteczność udzielenia pełnomocnictwa do podpisania czy też złożenia oferty na podstawie art. 99 § 1 kc, to i tak należałoby przyjąć, że z uwagi na równoważność form elektronicznej i pisemnej wynikającą z art. 78¹ § 2 kc pełnomocnictwo z dnia 18.07.2019 r. zostało skutecznie udzielone w formie pisemnej.

Zamawiający przytoczył wyrok KIO z dnia 25 marca 2019 r. KIO 412/19:

„ Dalej wskazać należy, że w przypadku pełnomocnictw ustawa Pzp nie zawiera żadnych regulacji co do formy pełnomocnictwa do złożenia oferty. Na mocy art. 14 § 1 ustawy Pzp zastosowanie winny mieć przepisy k.c. W świetle art. 99 § 1 k.c. jeżeli do ważności czynności prawnej potrzebna jest szczególna forma, pełnomocnictwo do dokonania tej czynności powinno być udzielone w tej samej formie. Literalna wykładania powyższego przepisu w oderwaniu od specyfiki rynku zamówień publicznych zawężyłaby, w sposób niezasadny w ocenie Izby, możliwość składania ofert wyłącznie w oparciu o pełnomocnictwa w postaci elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Nie ulega wątpliwości, iż dla skutecznego umocowania danej osoby do działania w imieniu mocodawcy konieczne jest złożenie przez mocodawcę oświadczenia woli i opatrzenie dokumentu stosowanym podpisem. W przypadku dokumentu w formie pisemnej będzie to podpis własnoręczny, zaś w przypadku formy elektronicznej podpis elektroniczny. Przepisy ustawy Pzp jak również k.c. nie przewidują odmiennych skutków prawnych złożenia podpisu własnoręcznego i podpisu elektronicznego. Innymi słowy brak jest przepisów prawa, które obalałyby tezę o równoważność skutku prawnego podpisu elektronicznego i własnoręcznego i tym samym formy pisemnej i formy elektronicznej. Przyjęcie odmiennej tezy rodziłoby

niedopuszczalną, w ocenie Izby, ocenę skuteczności oświadczeń woli wyłącznie przez pryzmat technicznego sposobu złożenia podpisu. Izba stoi na stanowisku, iż przepisu art. 78¹ § 1 k.c. nie wyklucza równoważności skutków prawnych oświadczenia woli złożonego w formie pisemnej z skutkami prawnymi oświadczenia woli w formie elektronicznej. To, że przywołany przepis zrównują skutek podpisu elektronicznego/formy elektronicznej z własnoręcznym/formą pisemną wynika nie z tego, że równoważność miałyby być jednostronna, lecz z faktu, że to formę elektroniczną jako nową technicznie formę oświadczenia woli wprowadza się do obrotu prawnego funkcjonującego w oparciu o formę pisemną. Zatem przy braku przepisów prawnych niwelującego równoważność skutków prawnych czynności dokonywanych w formie pisemnej i elektronicznej, jak również uwzględniając przepisy ustawy Pzp, które nie wprowadzają wymogu sporządzenia pełnomocnictwa do złożenia oferty w postaci elektronicznej, nie sposób odmówić skuteczności umocowania do złożenia oferty udzielonego w formie pisemnej. Przyjęcie takiej tezy nie będzie, w ocenie Izby, stanowić naruszenia art. 99 k.c. bowiem jeśli pełnomocnictwo, ma mieć formę właściwą dla czynności głównej, to pełnomocnictwa udzielona w formie równoważnej do wymaganej formy szczególnej uznać należy za prawidłowe.

Co do sposobu złożenia pełnomocnictwa w formie pisemnej w zelektronizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to w tym zakresie odwołać się należy do dorobku orzeczniczego wypracowanego pod rządami poprzedniej regulacji, z której wynikał obowiązek złożenia oferty, pod rygorem nieważności, w formie pisemnej. Zarówno orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądowe dopuściło możliwość złożenia kopii pełnomocnictwa poświadczonego notarialnie (przykładowo w wyroku KIO o sygn. akt KIO/UZP 417/08, wyrok KIO o sygn. akt KIO/UZP 816/08, KIO/UZP 817/08, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 31 stycznia 2007 r., sygn. akt V Ca 85/07 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 12 kwietnia 2007 r., sygn. akt II Ca 137/07. Warto przywołać przy tym wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 31 stycznia 2007 r. (sygn. akt V Ca 85/07), w którym orzeczono, że kopia pełnomocnictwa nie wystarczy, a wykonawcy startujący w postępowaniach o udzielenie zamówienia powinni dołączać do oferty swego mocodawcy oryginał pełnomocnictwa lub kopię poświadczoną notarialnie. Ta druga forma wynika z faktu, że odpis poświadczony przez notariusza, któremu ustawowo zagwarantowano możliwość dokonania takiej czynności z określonym skutkiem prawnym ma charakter dokumentu urzędowego. Stanowi o tym art. 2 § 2 Prawa o notariacie, wskazując, że „czynności notarialne, dokonane przez notariusza zgodnie z prawem, mają charakter dokumentu urzędowego. Tym samym, mając na uwadze powyższe, uznać należy, że pełnomocnictwo, którego udzielono wyłącznie w formie pisemnej, będzie mogło być przedstawione

zamawiającemu w formie elektronicznego poświadczenia zgodności kopii z okazanym dokumentem pełnomocnictwa sporządzonego stosownie do przepisów art. 97 §2 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie, które to poświadczenie notariusz opatruje kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Skoro sądy powszechne dopuściły możliwość złożenia kopii pełnomocnictwa w formie pisemnej poświadczonej przez notariusza własnoręcznym podpisem, zaś ustawodawca krajowy i europejski uznaje kwalifikowany podpis elektroniczny za równoważny podpisowi własnoręcznemu, to nie ma podstaw, aby odmówić skuteczności poświadczenia notariusza opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W ocenie Izby uniemożliwienie wykonawcom posługiwania się pełnomocnictwami w formie pisemnej, zwłaszcza tymi, które zostały udzielone przed 18 października 2018 r., stanowiłoby naruszenie zasady proporcjonalności i nie służy eliminowaniu żadnego bliżej określonego ryzyka związanego z procesem elektronicznego udzielenia zamówień publicznych. Nie ulega wątpliwości, iż w omawianym stanie faktycznym osoba, która podpisała ofertę w imieniu Przystępującego była umocowana do działania. Podważenie skuteczności prawnej takiego umocowania, które zostało poświadczane przez notariusza prowadziłoby do prymatu formalizmu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i nie służy eliminowaniu barier w dostępie do zamówień publicznych przez wykonawców krajowych, jak również zagranicznych.”

Z powyższego wyroku zamawiający wnioskuje, że:

- 1/ pełnomocnictwo do złożenia oferty może zostać udzielone w formie pisemnej;
- 2/ Pełnomocnictwo, które zostało udzielone w formie pisemnej, może zostać przedstawione zamawiającemu w formie elektronicznego poświadczenia zgodności kopii z okazanym dokumentem pełnomocnictwa sporządzonego stosownie do przepisów art. 97 § 2 Prawa o notariacie, które to poświadczenie notariusz opatruje kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Zamawiający wezwał Doraco do przedłożenia pełnomocnictwa upoważniającego panią K. do podpisania oferty w dacie jej podpisania jedynie z ostrożności, aby wyeliminować wątpliwości co do skuteczności podpisania złożonej oferty. W ocenie zamawiającego pełnomocnictwo udzielone dnia 5.08.2019 r. w formie elektronicznej, złożone wraz z ofertą, było wystarczające do wykazania umocowania pełnomocnika do złożenia oferty w imieniu Doraco. Okoliczność, że pełnomocnictwo w formie elektronicznej zostało sporządzone po podpisaniu oferty przez pełnomocnika, pozostaje bez znaczenia dla oceny umocowania pełnomocnika do złożenia oferty. Czynnością prawną nie jest bowiem samo sporządzenie oferty, lecz dopiero jej złożenie zamawiającemu. Okoliczność, czy pełnomocnik był upoważniony do złożenia oferty wcześniej, pozostaje bez znaczenia dla oceny skuteczności złożenia oferty. W stanie faktycznym niniejszej sprawy pani K. była należycie umocowana do

złożenia oferty w chwili złożenia oferty, a więc w chwili dokonania czynności prawnej, na podstawie pełnomocnictwa złożonego wraz z ofertą, sporządzonego w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym dnia 5 sierpnia 2019 r.

W uzupełnieniu argumentacji zamawiający zwrócił uwagę na stanowisko UZP dotyczące pełnomocnictwa do złożenia JEDZ. W piśmie z 6.08.2018 r. UZP/DP/O/026/500(9)18/RS, stanowiącym odpowiedź na zapytanie R. S., członka zarządu Polskiego Stowarzyszenia Zamówień Publicznych, Dyrektor Departamentu Prawnego UZP wyjaśnił, że złożenie oświadczenia JEDZ nie ma zasadniczo charakteru czynności prawnej w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego i z tego względu art. 99 § 1 kc nie znajdzie zastosowania do czynności złożenia JEDZ. Oświadczenie wykonawcy w postaci JEDZ nie ma bowiem samodzielnego celu oraz znaczenia prawnego w oderwaniu od udziału wykonawcy w postępowaniu. Podobnie samodzielnego znaczenia prawnego w oderwaniu od udziału wykonawcy w postępowaniu nie ma sama czynność sporządzenia i podpisania oferty, dopóki oferta ta nie zostanie złożona. W związku z tym zamawiający stwierdza, że dla oceny, czy pełnomocnik jest umocowany do złożenia oferty, znaczenie ma chwila złożenia oferty (a nie jej sporządzenia czy też podpisania), a nadto z uwagi na fakt, że sporządzenie oferty nie stanowi czynności prawnej, art. 10a ust. 5 ustawy pzp oraz art. 99 § 1 kc nie określają formy udzielenia pełnomocnictwa do sporządzenia oferty.

Wskazano, że w orzecznictwie KIO podnosi się, iż w pewnych sytuacjach pełnomocnictwo do reprezentowania wykonawcy może być wystawione z datą późniejszą niż upływ terminu składania ofert. Z wyroku KIO/UZP 410/10 zamawiający wnioskuje, że pełnomocnictwo składane w postępowaniu na wezwanie zamawiającego (art. 26 ust. 3 pzp) może być wystawione z datą późniejszą niż data upływu terminu składania ofert i nie można wymagać od wykonawców wystawiania dokumentów z datą wsteczną. Również wykonawca ma możliwość złożenia w postępowaniu pełnomocnictwa, z którego będzie wynikać umocowanie pełnomocnika do złożenia oferty w dacie składania ofert.

Skoro zatem wykonawca może, na wezwanie zamawiającego, przedłożyć w postępowaniu nawet pełnomocnictwo z datą późniejszą niż data upływu terminu składania ofert, w celu potwierdzenia umocowania do złożenia oferty w dacie składania ofert, to tym bardziej należy uznać, że pełnomocnik może wykazać swoje umocowanie do złożenia oferty przy pomocy dokumentu pełnomocnictwa wystawionego po sporządzeniu oferty, ale przed jej złożeniem. Równocześnie istotne jest, czy możliwe było nie potwierdzenie umocowania do złożenia oferty, a wyłącznie do jej podpisania. Kwestia prawidłowości umocowania do „złożenia oferty” przez p. K. w oparciu o pełnomocnictwo z dnia 5 sierpnia 2019 r. dołączone do oferty, nie jest właściwie kwestionowana przez odwołującego.

Odwołujący do zasady neguje raczej posiadanie przez p. K. umocowania do podpisania oferty, jednakże wskutek wezwania zamawiającego skierowanego do Doraco potwierdziło się bezsprzecznie, iż stosownego pełnomocnictwa udzielono już 18 lipca 2019 r.

Zamawiający stwierdza także, że nieważność pełnomocnictwa z uwagi na niedochowanie wymogu co do formy nie skutkuje nieważnością czynności prawnej, lecz zastosowanie znajdują w takim wypadku art. 103 i 104 kc dotyczące potwierdzenia ważności czynności prawnych.

Jednocześnie zauważa, że zacytowane na str. 5 odwołania stanowisko SN z postanowienia z dnia 10.04.2014 r. nie jest treścią orzeczenia sądu lecz stanowi tezę do postanowienia w Systemie Informacji Prawnej Legalis będąc jedynie interpretacją.

Ponadto podkreśla możliwość potwierdzenia w trybie art. 104 kc ważności czynności prawnej także zgodnie z powołanym wyrokiem KIO/ UZP 410/10.

Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł wykonawca Doraco.

Przystępujący popierając stanowisko zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania.

Stwierdził, iż istota Odwołania sprowadza się do oceny, czy p. I. K. była umocowana do złożenia w imieniu KB Doraco oferty w postępowaniu przetargowym prowadzonym przez Zamawiającego. Podniósł, iż p. I. K. była umocowana do złożenia w imieniu i na rachunek KB Doraco oferty, a oferta złożona Zamawiającemu w dniu 5 sierpnia 2019 roku jest ważną i skutecznie złożoną.

Przystępujący wskazał, iż w swoim odwołaniu Hochtief skupia się na pełnomocnictwie, jakie zostało udzielone przez KB Doraco p. I. K. w dniu 18 lipca 2019 roku, twierdząc — bezpodstawnie — że pełnomocnictwo to jest nieważne. Przystępujący wskazuje, iż oferta, jaka została złożona przez KB Doraco w dniu 5 sierpnia 2019 roku jest ofertą ważną i skuteczną również w świetle pełnomocnictwa udzielonego w dniu 5 sierpnia 2019 roku. Tak więc p. I. K. legitymowała się dwoma dokumentami pełnomocnictwa, to jest pełnomocnictwem z dnia 5 sierpnia 2019 roku oraz pełnomocnictwem z dnia 18 lipca 2019 roku, każde z nich umocowywało w/w osobę do złożenia w imieniu KB Doraco ważnej oferty, a oferta złożona Zamawiającemu przez KB Doraco była ważna w świetle obu w/w pełnomocnictw.

Przedstawił argumentację, że oferta złożona przez KB Doraco jest ważna w świetle pełnomocnictwa udzielonego w dniu 5 sierpnia 2019 roku, a odwołujący błędnie twierdzi, iż oferta złożona przez KB Doraco była nieważna w świetle udzielonego w dniu 5 sierpnia 2019 roku.

W sprawie jest bezsporne, iż pełnomocnictwo z dnia 5 sierpnia 2019 roku zostało podpisane przez członków zarządu KB Doraco odpowiednio: w dniu 5 sierpnia 2019 roku o godz. 13.47 oraz w dniu 5 sierpnia 2019 roku o godz. 14 15 . Ponieważ, do reprezentowania członków zarządu KB Doraco konieczne było współdziałanie dwóch członków zarządu, w sprawie jest bezsporne, że pełnomocnictwo zostało udzielone p. I. K. w dniu 5 sierpnia 2019 roku o godz. 14.15. Zgodnie z Rozdziałem VI SIWZ, każdy z wykonawców zobowiązany został do dołączenia do oferty dokumentów wymaganych przez Zamawiającego, w tym zgodnie z Rozdziałem VI ust. 6 pkt 8 SIWZ, do dołączenia pełnomocnictwa, jeżeli wykonawcę reprezentuje pełnomocnik.

Przepisy ustawy pzp nie regulują materii udzielenia pełnomocnictw, czy też materii składania oświadczeń woli, dlatego też zgodnie z przepisem art. 14 ust. 1 pzp w tym zakresie zastosowanie mają przepisy kodeksu cywilnego.

Ocena Odwołania wymaga w pierwszej kolejności uwzględnienia, który moment jest momentem złożenia oferty, to jest w kiedy wykonawca składa Zamawiającemu oświadczenie woli tj. ofertę, gdyż ocena umocowania do złożenia oferty winna być dokonana na ten moment.

Ustawa pzp nie reguluje, kiedy oferta, rozumiana jako oświadczenie woli, jest składana Zamawiającemu. W tym zakresie należy odwołać się do przepisu art. 61 § 1 kc, zgodnie z którym, oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła się zapoznać z jego treścią (tzw. teoria doręczenia). Zamawiający był świadom powołanej wyżej daty (chwili) złożenia oświadczenia woli w postaci oferty, wymagając w SIWZ, aby do oferty dołączone zostały dokumenty, w tym pełnomocnictwo. Dla Zamawiającego istotne było zatem, jakie oświadczenia (dokumenty) zostaną mu złożone (doręczone). Mając zatem na uwadze przepis art. 61 § 1 kc, stwierdzić należy, iż oświadczenie woli KB Doraco w postaci oferty w postępowaniu przetargowym zostało złożone nie w chwili podpisania oferty, a w chwili, w której oferta została doręczona Zamawiającemu w taki sposób, że mógł się on z nią zapoznać. Dlatego też, kwestia umocowania pełnomocnika winna być oceniana na w/w moment złożenia oświadczenia woli (oferty).

Przystępujący podaje, iż oferta została złożona w dniu 5 sierpnia 2019 roku o godz. 14:37:03. Celem potwierdzenia w/w okoliczności, Przystępujący przedłożył wydruk dokumentu pn „Potwierdzenie złożenia oferty w postępowaniu przetargowym” oraz dokumentu pn „Raport oferty” — oba dokumenty wygenerowane z systemu informatycznego Zamawiającego. Z tego drugiego dokumentu wynika, iż KB Doraco złożyła ofertę w powołanej wyżej dacie 5 sierpnia 2019 roku o godz. 14:37:03, przesyłając Zamawiającemu jednocześnie ofertę, pełnomocnictwo, dokument JEDZ, tabelę elementów, Gwarancję

bankową oraz KRS KB Doraco. Mając na uwadze przepis art. 61 § 1 kc, wskazana wyżej data (moment) była datą złożenia przez KB Doraco oświadczenia woli (oferty). Analogiczna okoliczność wynika z pierwszego z powołanych wyżej dokumentów.

/ dowód: potwierdzenie złożenia oferty w postępowaniu przetargowym, Raport oferty /

Zważywszy, że oferta musi być złożona przez osobę umocowaną do składania w tym zakresie oświadczeń woli, umocowanie osoby, która podpisuje i składa ofertę winno być oceniane na datę złożenia oferty, a nie na datę jej podpisania. Podpisanie, rozumiane, jako złożenie podpisu pod dokumentem, nie oznacza jeszcze, że złożone zostało oświadczenie woli stwierdzone tym dokumentem. Oczywistym jest, iż proces złożenia oferty składa się na szereg czynności i działań, które dopiero wraz ze złożeniem oświadczenia stanowią jedno oświadczenie woli tj. ofertę (przygotowanie oferty wraz z dokumentacją, prace analityczne, techniczne związane z przygotowaniem oferty, kompletowanie, podpisanie). Bez końcowego złożenia oferty, czynności te nie wywołują skutków prawnych. Dlatego też w ocenie KB Doraco nie sposób przypisywać decydującego znaczenia chwili złożenia podpisu pod ofertą, jak to czyni Odwołujący, gdyż to nie chwila złożenia podpisu pod ofertą, a chwila złożenia oferty (doręczenia oferty Zamawiającemu) jest decydująca dla skutków prawnych. Również oczywistym jest, iż moment złożenia podpisu musi poprzedzać złożenie oferty. Tak długo jednak, jak oferta nie zostanie doręczona adresatowi, jak każde inne oświadczenie woli, nie wywołuje ona skutków prawnych.

Sekwencja zdarzeń, jakie miały miejsce w niniejszej sprawie jest oczywista, została potwierdzona zebrany w sprawie materiałem dowodowym i jest typowa dla procesu przygotowania i złożenia ofert. Przystępujący kompletował dokumentację, która miała składać się na ofertę, a w skład tych dokumentów wchodziło również pełnomocnictwo. Z istoty procesu kompletowania dokumentacji oferty wynika, iż poszczególne czynności, dokumenty powstają jeden, po drugim, jednakże kolejność ich powstania wewnątrz organizacji wykonawcy nie ma znaczenia dla ważności oferty. Istotny jest końcowy rezultat tych czynności, który ujawnia się na zewnątrz dopiero z chwilą złożenia oferty Zamawiającemu. Oferta wraz z całą dokumentacją (w tym pełnomocnictwem stanowiła jedno oświadczenie odrębnych oświadczeń, rozumianych jako każdy dokument składający się na ofertę i została złożona w jednym momencie tj. w dacie doręczenia Zamawiającemu. Oferta podlega ocenie jako całość, jako jedno oświadczenie woli.

W świetle powyższego, kwestia ważności umocowania udzielonego p. I. K. winna być oceniana nie na moment złożenia przez nią podpisu pod ofertą, gdyż w tym momencie, oferta (oświadczenie woli) nie zostało jeszcze złożone. Umocowanie p. I. K. winno być oceniane na moment złożenia przez KB Doraco oferty tj. na 5 sierpnia 2019 roku godz. 14:37:03. W tym momencie, podpisane było już w formie elektronicznej opatrzonym

podpisem kwalifikowanym pełnomocnictwo z dnia 5 sierpnia 2019 roku, a więc p. I. K. była umocowana do złożenia oferty w imieniu KB Doraco.

Przedstawiona oraz przepis art. 61 § 1 kc wykazują, iż Odwołujący w sposób nieuzasadniony przywiązuje wagę do momentu złożenia przez p. I. K. podpisu pod ofertą, a nie do momentu złożenia przez KB Doraco oferty. W tym miejscu można się posłużyć przykładem, gdy pomiędzy momentem złożenia podpisu przez pełnomocnika pod ofertą, a momentem złożenia oferty (doręczenia) pełnomocnictwo zostanie odwołane. W takiej sytuacji, w świetle art. 61 § 1 zd. 2 kc nie budzi wątpliwości, iż oferta nie może być skutecznie złożona przez tą osobę, która się pierwotnie pod nią podpisała, gdyż osoba ta nie była umocowana do złożenia oferty. Można również posłużyć się przykładem, gdy oferta zostanie podpisana, jednakże finalnie nie zostanie podjęta decyzja o jej złożeniu. Wówczas w ogóle nie mówimy o złożeniu oferty (oświadczenia woli), pomimo dokonania faktycznego podpisu pod ofertą. Powyższe przykłady potwierdzają, iż w niniejszej sprawie, wbrew Odwołaniu, decydującym dla oceny umocowania p. I. K. momentem, jest moment złożenia oferty Zamawiającemu, a w tym momencie, KB Doraco udzieliła p. I. K. pełnomocnictwa również w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem.

W ocenie KB Doraco, przedstawiona argumentacja uzasadnia oddalenie Odwołania Hochtief, bez konieczności szczegółowej analizy zarzutów podniesionych w Odwołaniu, gdyż Odwołanie opiera się na założeniu, że KB Doraco składając w dniu 5 sierpnia 2019 roku o godz. 14:37:03 ofertę, nie udzieliło p. I. K. pełnomocnictwa w formie elektronicznej opatrzonym kwalifikowanym podpisem. Powyżej wykazano, iż KB Doraco składając tą ofertę, udzieliło p. I. K. pełnomocnictwa w formie elektronicznej, opatrzonym podpisem kwalifikowanym, gdyż pełnomocnictwo w tej formie zostało przez KB Doraco złożone wcześniej, tj. o godz. 14:15.

Niezależnie od przytoczonej argumentacji, w ocenie KB Doraco, Odwołanie Hochtief jest bezpodstawne, a zarzuty w nim przytoczone nie zasługują na uwzględnienie. Błędne jest stanowisko Odwołującego, iż zarówno z treści SIWZ, jak i z przepisów prawa wynika, że pełnomocnictwo do złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, dla swej skuteczności wymaga udzielenia w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Odwołując się w pierwszej kolejności do postanowień SIWZ wskazać należy, że Rozdziale VI ust. 6 pkt 8 SIWZ Zamawiający określił, iż „Pełnomocnictwo należy złożyć w oryginale w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub elektronicznej kopii notarialnie poświadczonej za zgodność z oryginałem”. Wskazany wyżej wymóg Zamawiający powtórzył w piśmie do KB Doraco z dnia 6 sierpnia 2019 roku.

Zacytowana wyżej treść SIWZ jednoznacznie wskazuje, iż błędny jest pogląd Odwołującego, iż Zamawiający w SIWZ dopuścił jako wyłączną formę udzielenia pełnomocnictwa, formę elektroniczną opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Jak wynika z zacytowanej wyżej treści SIWZ, Zamawiający dopuścił wielość form udzielenia pełnomocnictwa.

Nie sposób się zgodzić z Odwołującym, iż druga forma pełnomocnictwa dopuszczona w SIWZ odnosi się wyłącznie do dokumentu sporządzonego pierwotnie w formie elektronicznej. Powołana wyżej treść Rozdziału VI ust. 6 pkt 8 SIWZ dotyczy pełnomocnictwa złożonego pierwotnie w formie innej niż forma elektroniczna, pod warunkiem, że kopia tak udzielonego pełnomocnictwa, będzie elektroniczną kopią notarialnie poświadczoną.

Zaprezentowana w Odwołaniu wykładnia postanowień Rozdziału VI ust. 6 pkt 8 SIWZ tworzy (a nie odtwarza) niejako nową treść tego przepisu. Zaprezentowana przez Odwołującego na str. 6 Odwołania wykładnia w/w postanowień SIWZ sprowadza się do tego, iż Zamawiający w istocie dopuścił jedną formę pełnomocnictwa tj. formę elektroniczną opatrzoną podpisem kwalifikowanym. Według Odwołującego, wykonawcy mogli udzielić w tej (jednej) formie pełnomocnictwo przedłożyć albo w oryginale, albo w notarialnie poświadczonej kopii. Jednakże, za każdym razem miałyby to być pełnomocnictwo udzielone w formie elektronicznej. Wykładnia ta pozostaje jednak w sprzeczności z treścią Rozdziału VI ust. 6 pkt 8 SIWZ, w których to postanowieniach Zamawiający dopuścił dwie, różne formy udzielenia pełnomocnictwa.

Należy odróżnić dokument elektroniczny od dokumentu opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zgodnie z przepisem art. 2 pkt 17 pzp, przez środki komunikacji elektronicznej należy rozumieć środki komunikacji elektronicznej w rozumieniu ustawy z dnia 18 lipca 2002 roku o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Pomocną dla oceny, co jest dokumentem elektronicznym jest definicja przyjęta w ustawie z dnia 17 lutego 2005 roku o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne. Zgodnie z przepisem art. 3 pkt 2 tej ustawy, przez dokument elektroniczny rozumie się stanowiący odrębną całość znaczeniową zbiór danych uporządkowanych w określonej strukturze wewnętrznej i zapisany na informatycznym nośniku danych. Kierując się tą definicją, Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 25 marca 2019 roku sygn. akt KIO 412/2019 przyjęła, że dokument elektroniczny to stanowiący odrębną całość znaczeniową zbiór danych uporządkowanych w określonej strukturze wewnętrznej i zapisany na informatycznym nośniku danych. W konsekwencji Izba uznała, że każdy plik komputerowy, który może być zapisany na dysku komputera stanowi dokument elektroniczny, niezależnie od tego, w jaki sposób został wytworzony. W konsekwencji, zarówno scan dokumentu papierowego, jak i dokument powstały wyłącznie w systemie komputerowym, spełniają postać dokumentu elektronicznego

i spełniają wymogi, o których mowa w art. 10a ust. 5 PZP. Analogiczny pogląd przyjęto w piśmie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (publ. Lex nr 491186) uznając, iż dokument sporządzony pierwotnie w formie papierowej a następnie przekształcony w postać elektroniczną stanowi dokument elektroniczny.

Uzupełniając w/w argumentację wskazać należy, iż wykładnia postanowień Rozdziału VI ust. 6 pkt 8 SIWZ winna być dokonana łącznie z postanowieniami Rozdziału VI SIWZ ust. 6 pkt 4, 5, 6 SIWZ, w których Zamawiający określił, w jaki sposób należy sporządzać dokumenty elektroniczne, oświadczenia lub elektroniczne kopie dokumentów lub oświadczeń oraz przepisami rozporządzeń obowiązujących na gruncie ustawy Pzp, tj. w szczególności: rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z 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 ze zm.) i rozp. Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126 ze zm.). Nowelizacja rozporządzenia w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej oraz rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (odpowiednio z dnia 16 października 2018 roku i 17 października 2018 roku) przede wszystkim dopuściła w sposób wyraźny przesyłanie skanów dokumentów papierowych. Zatem, bezspornie oświadczenia w postaci dokumentu papierowego opatrzonego własnoręcznym podpisem, mogą być składane w formie elektronicznej kopii, potwierdzonej za zgodność z oryginałem kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W uzasadnieniu zmian do obu rozporządzeń czytamy, że za „elektroniczną kopię” uważa się skan. Niezrozumiale i bezpodstawne zatem pozostają twierdzenia Odwołującego, że za elektroniczną kopię uważa się jedynie kopie dokumentu oryginalnie sporządzonego w formie elektronicznego.

W tym miejscu warto zatem przytoczyć fragment uzasadnienia projektu zmiany rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia: „W projektowanym rozporządzeniu poprzez uchylene w § 14 ust. 1 oraz zmianę § 14 ust. 2 odchodzi się od wymogu, aby wszystkie oświadczenia, o których mowa w tym rozporządzeniu, były składane wyłącznie w oryginale. Projektowany przepis jest poniekąd konsekwencją zmodyfikowanego (z dniem 18 października 2018 r.) brzmienia art. 10a ust. 5 ustawy Pzp, z którego jednoznacznie wynika, że nie wszystkie oświadczenia składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia muszą być sporządzane, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatrywane kwalifikowanym podpisem elektronicznym, ale jedynie te oświadczenia, o których mowa w art. 25a ustawy Pzp, w tym jednolity europejski dokument zamówienia. Z powyższymi

zmianami koreluje także projektowana zmiana § 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). Projektuje się zatem, aby nie tylko dokumenty, o których mowa w rozporządzeniu, 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 (vide: projektowany § 14 ust. 4 zd. pierwsze). Zatem w praktyce będzie to elektroniczne odwzorowanie oryginalnego oświadczenia lub dokumentu sporządzonego pierwotnie w postaci papierowej, czyli skan oświadczenia lub dokumentu papierowego, a następnie potwierdzenie za zgodność z oryginałem przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Dopuszczenie możliwości składania poświadczonych oświadczeń jako elektronicznej kopii dokumentów (tj. skanu oryginalnych oświadczeń sporządzonych w postaci papierowej) przyczyni się do odformalizowania i sprawnego prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia”.

W kontekście w/w uregulowań powołać się należy na postanowienia Rozdziału VI ust. 6 pkt 4 SIWZ, w których Zamawiający przewidział, że „dokumenty (...) składane są w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego lub w elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia poświadczonej za zgodność oryginałem”.

Zwrot elektroniczna kopia dokumentu oznacza, iż Zamawiający dopuścił możliwość składania dokumentów, które pierwotnie posiadały postać dokumentową, pod warunkiem, że w opisany wyżej sposób przybrały postać dokumentu elektronicznego, np. przez skanowanie.

W świetle powyższego, błędna jest wykładnia pojęcia „elektronicznej kopii notarialnie poświadczonej za zgodność z oryginałem” dokonana przez Odwołującego. Elektroniczna kopia, wbrew Odwołującemu, nie sprowadza się do kopii dokumentu sporządzonego pierwotnie w formie elektronicznej. Elektroniczną kopią jest również kopia dokumentu sporządzonego pierwotnie w formie pisemnej.

Przedstawiona wyżej argumentacja wykazuje, iż niezasadne są zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP i Rozdziałem VI ust.6 pkt 8 SIWZ.

Niezasadnione są zarzuty Odwołania dotyczące naruszenia postanowień Rozdziału VI ust. 6 pkt 8 SIWZ oraz powiązanych z nimi przepisów art. 89 ust. 1 pkt 1 PZP, w zw. z art. 7 ust. 1 PZP, art. 89 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 58 § 1 kc, art. 99 § 1 kc, art. 104 kc w zw. z art. 10a ust. 5 PZP, a także zarzuty naruszenia art. 26 ust. 3a PZP w zw. z art. 7 ust 1 PZP, art. 103 § 2 kc i art. 104 kc.

Przytoczyć należy, iż pismem z dnia 6 sierpnia 2019 roku Zamawiający wezwał KB Doraco do złożenia pełnomocnictwa udzielonego p. I. K. . Zamawiający wskazał, że pełnomocnictwo należy złożyć w oryginale w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, lub elektronicznej kopii notarialnie poświadczonej za zgodność z oryginałem. Przystępujący w całości zastosował się do w/w wezwania Zamawiającego. Pismem z dnia 9 sierpnia 2019 roku, KB Doraco przedłożyła Zamawiającemu pełnomocnictwo udzielone p. I. K. w dniu 18 lipca 2019 roku. Pełnomocnictwo to zostało złożone w formie wskazanej przez Zamawiającego, to jest w formie elektronicznej kopii notarialnie poświadczonej za zgodność z oryginałem. Tym samym, KB Doraco zastosowała się do wezwania Zamawiającego, a więc zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 PZP, w zw. z art. 7 ust. 1 PZP, a także zarzuty naruszenia art. 26 ust. 3a PZP w zw. z art. 7 ust 1 PZP, art. 103 § 2 kc i art. 104 kc są bezpodstawne.

Błędny jest pogląd Odwołującego, na którym opiera się Odwołanie, iż wyłączną formą udzielenia pełnomocnictwa była forma elektroniczna opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W przepisie art. 10a ust. 5 PZP ustawodawca określił zamknięty katalog dokumentów, które mają być składane w postaci elektronicznej, opatrzonym kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Wśród dokumentów wymienionych w art. 10a ust. 5 PZP- „wymienione są oświadczenie, o którym mowa w art. 25a PZP. Ustawodawca nie wprowadził w przepisie art. 10a ust. 5 PZP w/w wymogu dla pełnomocnictwa. Wobec powyższego, niedopuszczalna jest rozszerzająca wykładnia przepisu art. 10a ust. 5 PZP, która odwołuje się do dokumentów, które w tym przepisie nie zostały wymienione. W niniejszym postępowaniu KB Doraco złożyło ofertę z zachowaniem formy określonej w art. 10a ust. 5 PZP.

Nie sposób się zgodzić z poglądem Odwołującego, iż przepisy prawa, a w szczególności art. 99 § 1 kc wprowadzają wymóg, aby pełnomocnictwo do złożenia oferty musiało być złożone w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Ustawodawca kwalifikując formę czynności prawnej wyróżnił formy szczególne w postaci formy dokumentowej, formy pisemnej oraz formy elektronicznej, oraz formy kwalifikowane (np. data pewna, akt notarialny). Wśród form szczególnych ustawodawca nie przewidział hierarchizacji tych form.

Zgodnie z przepisem art. 78¹ § 2 kc, oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej. Przepis ten jest wyrazem przyjętej przez ustawodawcę zasady równoważności form, to jest formy pisemnej i formy elektronicznej. Jednocześnie, brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych, aby przyjąć, iż w/w zasada równoważności ma charakter jednostronny, to jest zrównuje formę elektroniczną z formą pisemną, a nie odwrotnie. Prawidłowo przyjęto w Komentarzu do Kodeksu Cywilnego

pod red. Mariusza Frasa, iż forma elektroniczna nie jest formą kwalifikowaną względem zwykłej formy pisemnej, gdyż nie wykracza poza skutki prawne wynikające ze zwykłej formy pisemnej (komentarz do art. 73 kc). Pogląd o równoważności formy pisemnej i formy elektronicznej przyjął również Zb. Radwański (System Prawa Cywilnego, T. II, str. 167), wskazując jednoznacznie, iż forma elektroniczna nie jest formą kwalifikowaną. Obie te formy są równoważne sobie i wzajemnie się zastępują, co oznacza, iż oświadczenie złożone zarówno w formie pisemnej, jak i w formie elektronicznej wywołuje taki sam skutek prawny.

Krajowa Izba Odwoławcza w ostatnim okresie zajmowała się kwestią formy, w jakiej winno być złożone pełnomocnictwo w postępowaniu przetargowym, na kanwie wykładni przepisu art. 10a ust. 5 PZP.

W wyroku z dnia 25 marca 2019 roku sygn. akt KIO 412/19, Izba wypowiedziała się w kwestii możliwości potwierdzenia kopii pełnomocnictwa za zgodność z oryginałem kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez notariusza. W uzasadnieniu w/w orzeczenia Izba wskazała, że: „zgodnie z brzmieniem art. 78 § 1 kc do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Zgodnie z art. 78¹ § 1 kc do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Z perspektywy „technicznej”, zeskanowanie pełnomocnictwa pierwotnie wytworzonego w postaci papierowej, tj. przekształcenia go w postać elektroniczną tworzy dokument elektroniczny. Również w przepisach k.c. 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.

O ile ustawodawca wprost wskazał w art.78¹ k.c., że oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej, o tyle brak jest przepisu mówiącego o tym, iż oświadczenie woli złożone w formie pisemnej wywołuje równoważne skutki prawne oświadczeniu woli złożonemu w formie elektronicznej. Nie ulega wątpliwości, iż dla skutecznego umocowania danej osoby do działania w imieniu mocodawcy konieczne jest złożenie przez mocodawcę oświadczenia woli i opatrzenie dokumentu stosowanym podpisem. W przypadku dokumentu w formie pisemnej będzie to podpis własnoręczny, zaś w przypadku formy elektronicznej podpis elektroniczny. Przepisy ustawy PZP jak również przepisy k.c. nie przewidują odmiennych skutków prawnych złożenia podpisu własnoręcznego i podpisu elektronicznego. Innymi słowy brak jest przepisów prawa, które obalałyby tezę o równoważności skutku prawnego podpisu elektronicznego i

własnoręcznego i tym samym formy pisemnej i formy elektronicznej. Przyjęcie odmiennej tezy rodziłoby niedopuszczalną, w ocenie Izby, ocenę skuteczności oświadczeń woli wyłącznie przez pryzmat technicznego sposobu złożenia podpisu. Izba stoi na stanowisku, iż przepis art. 78.1 § 1 k.c. nie wyklucza równoważności skutków prawnych oświadczenia woli złożonego w formie pisemnej z skutkami prawnymi oświadczenia woli w formie elektronicznej. To, że przywołany przepis zrównuje skutek podpisu elektronicznego/formy elektronicznej z własnoręcznym/formą pisemną wynika nie z tego, że równoważność miałyby być jednostronna, lecz z faktu, że to formę elektroniczną jako nową technicznie formę oświadczenia woli wprowadza się do obrotu prawnego funkcjonującego w oparciu o formę pisemną. Zatem przy braku przepisów prawnych niwelujących równoważność skutków prawnych czynności dokonywanych w formie pisemnej i elektronicznej, jak również uwzględniając przepisy ustawy Pzp, które nie wprowadzają wymogu sporządzenia pełnomocnictwa do złożenia oferty w postaci elektronicznej, nie sposób odmówić skuteczności umocowania do złożenia oferty udzielonego w formie pisemnej. Przyjęcie takiej tezy nie będzie, w ocenie Izby, stanowić naruszenia art. 99 k.c. bowiem jeśli pełnomocnictwo, ma mieć formę właściwą dla czynności głównej, to pełnomocnictwo udzielono w formie równoważnej do wymaganej formy szczególnej uznać należy za prawidłowe.”

Wskazany wyżej pogląd podzieliła KIO w wyroku z 22 maja 2019 roku sygn. akt KIO 821/19, słusznie wskazując dodatkowo, iż z perspektywy „technicznej” zeskanowanie pełnomocnictwa pierwotnie wytworzonego w postaci papierowej tj. przetworzenie go w postać elektroniczną, tworzy dokument elektroniczny.

W świetle przedstawionej wyżej argumentacji stwierdzić należy, że KB Doraco udzielając w 18 lipca 2019 roku w formie pisemnej pełnomocnictwa p. Izabeli Kaszubowskiej, którego zakres uprawniał do złożenia w imieniu KB Doraco oferty w niniejszym postępowaniu przetargowym, udzieliło ważnego i skutecznego pełnomocnictwa do złożenia takiej oferty. W konsekwencji, p. I. K. podpisując i składając w dniu 5 sierpnia 2019 roku ofertę w imieniu KB Doraco była umocowana również na podstawie pełnomocnictwa z dnia 18 lipca 2019 roku. Tym samym nie doszło do naruszenia za strony Zamawiającego wskazanych w Odwołaniu przepisów prawa.

Jednocześnie, KB Doraco przedkładając Zamawiającemu elektroniczną kopię notarialną w/w pełnomocnictwa (tj. z własnoręcznym podpisem osoby uprawnionej do jego udzielenia), sporządzoną zgodnie z przepisem art. 97 § 2 ustawy z 14 października 1991 roku, działało zgodnie z postanowieniami Rozdziału VI ust. 6 pkt 8 w zw. z Rozdz. VI ust. 6 pkt 4 i 5 SIWZ. Jedynie z ostrożności procesowej Przystępujący wskazał, że błędny jest pogląd Odwołującego, iż jednostronna czynność prawna (oferta) nie podlega potwierdzeniu. Nie

wdając się w tym miejscu w spór co do charakteru oferty, czy jest to jednostronna czynność prawna, czy też część czynności dwustronnej (umowy) wskazuje, iż Odwołujący pominął uregulowanie wynikające z art. 104 zdanie 2 kc, zgodnie z którym, jeżeli ten, komu zostało złożone oświadczenie woli w cudzym imieniu, zgodził się na działanie bez umocowania, stosuje się odpowiednio przepisy o zawarciu umowy bez umocowania. Z tego punktu widzenia należy dokonać oceny oświadczeń złożonych przez KB Doraco, wpieryw w postaci podpisanego w dniu 5 sierpnia 2019 roku o godz. 14.15 pełnomocnictwa opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a nadto pisma z dnia 9 sierpnia 2019 roku, które stanowią niewątpliwą wolę KB Doraco złożenia i związania się ofertą, jaka została złożona Zamawiającemu w niniejszym postępowaniu. Mając powyższe na uwadze, zarzuty objęte Odwołaniem uznał za bezpodstawne.

Do pisma załączono: potwierdzenie złożenia oferty w postępowaniu przetargowym oraz Raport oferty:

„Raport oferty Data wygenerowania pliku 2019-08-06 /.../Data złożenia oferty: 2019-08-05 14:37:03 Wykonawca: Korporacja Budowlana DoracoSp.

Formularz Lp Nazwa Opis Propozycja/korńentarz wykonawcy Pliki dołączone przez wykonawcę Oferta/wniosek Wykonawcy Tu załącz podpisane - załączniki kwalifikowanym podpisem z Twoją ofertą. Poszczególne przez Wykonawcę na platformę, powinny być podpisane przez upoważnione do tego osoby, zależnie od rodzaju dokumentu np 1) IEDZ podwykonawcy przez osobę strony podwykonawcy ,Pełnomocnictwo podpisane przez osoby upoważnione (więcej w instrukcji): Pliki dołączone przez wykonawcę - 0: Formularz oferty, KRS, pełnomocnictwo, JEDZ, Tabela elementów scalonych, Gwarancja bankowa Potwierdzenie złożenia oferty postępowaniu ""Doprojektowa...”

„Temat: Potwierdzenie złożenia oferty w postępowaniu "Doprojektowanie (w zakresie projektu wykonawczego) i budowa: Budynek pirsu za

Nadawca: "platformazakupowa.pf by OpenNexus" «postepowania@platformazakupowa.pl»

Data: 05.08.2019, 14:37 Adresat: przetargi@doraco.pf

Dzień dobry, dziękujemy za złożenie oferty w postępowaniu /.../

Data i godzina złożenia oferty - 2019-08-05 14:37:03

Pozdrawiamy, CWK: 22 101 02 02, Zespół Open Nexus platformazakueowa.pl,Wiadomość wygenerowana automatycznie /.../ 05.08.2019, 14:40

Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego złożyli następujące oświadczenia:

Odwołujący przypomniał, że osoba, która sporządzała ofertę nie dysponowała pełnomocnictwem w wymaganej formie, co zauważył Zamawiający, który wezwał 6.08.2019 r. wykonawcę do złożenia pełnomocnictwa. Wykonawca nie kwestionował oceny co do braku formalnego. W odpowiedzi na wezwanie przesłał pełnomocnictwo datowane 18.07.2019 r. w formie, jak wymagana jest w postanowieniach siwz. Przypomniał wymogi ustawowe co do formy sporządzania dokumentów oraz wskazane w SIWZ, których niezachowanie powoduje nieważność czynności. Zauważył, że obowiązujące obecnie wymogi dają pewność co do rzeczywistego momentu sporządzenia i złożenia dokumentu. Wskazał na wyrok KIO 277/19, podkreślając sankcję nieważności, a także komentarz do KC pod redakcją Radwańskiego w zakresie formy elektronicznej, jako autonomicznej i w zakresie równoważności, bądź nie, z formą pisemną lub innymi; podobnie u Dzierżanowskiego „Radca prawny” (styczeń 2019). Podkreślił, że podpisanie oferty jest końcowym elementem jej sporządzania w rozumieniu art. 10a ust. 5 pzp. W spornej sprawie osoba podpisująca ofertę w tym momencie nie dysponowała wymaganym pełnomocnictwem, także w zakresie wymogów opisanych w rozdz. 6 SIWZ. Na poparcie podał orzeczenia KIO 169/19, KIO 335/18. Wskazał na niemożność zastosowania art. 103 i 104 KC. Zauważył, że Zamawiający nie był konsekwentny w swoim postępowaniu, a przyjęcie jego poglądu przedstawionego obecnie doprowadzi do chaosu w prowadzonych postępowaniach o udzielenie zamówienia. Zakwestionował także stanowisko przedstawione przez Przystępującego w złożonym piśmie.

Wskazał na niekonsekwencje strony przeciwnej w określeniu pełnomocnictwa, któremu przyznał walor ważności. Wskazał na art. 10a ust. 1 i ust 5 ustawy pzp biorąc pod uwagę rozróżnienie pojęcia komunikacji, składania i sporządzania opisanych tam dokumentów. Powołał też odpowiednie postanowienia SIWZ w tym zakresie. W odniesieniu do formy pełnomocnictwa przypomniał art. 99 KC.

Zamawiający podtrzymał stanowisko w złożonym piśmie.

Wskazał na wielość pojęć używanych w prowadzonym sporze, w tym brak tożsamości określenia „sporządzenia” i „złożenie” oferty. Stwierdził, że art. 10a ust. 5 pzp nie ustanawia wymogu co do formy pełnomocnictwa i rygoru niedochowania. Stwierdził, że w momencie złożenia oferty, p. K. była umocowana do jej podpisania. Zauważył, że momentem sporządzenia oferty, jest wysłanie drogą elektroniczną dokumentów składających się na nią. Czynności poprzedzające przygotowanie oferty mają charakter techniczny i mogą być rozłożone w czasie i w formie niemającej znaczenia dla ostatecznej oceny poprawności sporządzenia oferty. Stwierdził, że udzielone wcześniej pisemne pełnomocnictwo potwierdzało uprawnienie tej pani do tych przygotowawczych czynności. Wskazał na

poprawność postanowień specyfikacji dot. form dokumentów oraz pełnomocnictw. Wskazał na orzeczenie 169/18 dot. charakteru przepisu art. 10a ust. pzp.

Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego. Wniósł jak w piśmie procesowym. Wskazał na celowość wykładni systemowej dot. pojęcia „sporządzenia” z art. 10a ust 5 pzp. Zauważył, że pełnomocnictwo jest instytucją służącą działaniu na zewnątrz, a w niniejszej sprawie dotyczy skutecznego złożenia oświadczenia woli zgodnie z art. 61 kc. Uznał, że sporządzenie to określenie dotyczące formy - elektronicznej z kwalifikowanym podpisem i jest w konsekwencji końcowym rezultatem szeregu działań technicznych i innych składających się na przygotowanie oferty, które jest dokonywane, jako jedna czynność, czyli oświadczenie woli w momencie wysłania oferty. Stwierdził, że w momencie złożenia oferty rozumianego także, jako sporządzenie, p. K. dysponowała pełnomocnictwem sporządzonym w niespornej formie. Przypomniał orzecznictwo izby powołane w złożonym piśmie. Wskazał na treść specyfikacji w zakresie wymogów dot. formy składanych dokumentów. Podkreślił, że katalog dokumentów z art. 10a ust. 5 pzp jest zamknięty i nie ma wśród nich pełnomocnictwa.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Niesporne jest wykazanie przez odwołującego interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy pzp jako spełnienie przesłanki materialnoprawnej ustalonej przez Izbę z urzędu.

Zarzuty odwołania, iż Zamawiający dokonał czynności wyboru oferty przystępującego z naruszeniem: art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp w zw. z art. 58 § 1 kc i art. 99 § 1 kc oraz art. 104 kc, przez zaniechanie odrzucenia oferty KB Doraco w sytuacji, gdy w chwili podpisania oferty, p. I. K. nie była umocowana pełnomocnictwem udzielonym w formie dokumentu elektronicznego, w wyniku czego oferta nie została złożona przez osobę uprawnioną do działania w imieniu KB Doraco i jest nieważna, art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia tej oferty, w sytuacji, w której oferta nie odpowiadała wymogom SIWZ, naruszenie art. 26 ust. 3a w zw. z art. 7 ustawy pzp oraz art. 103 i art. 104 kc, przez zaniechanie odrzucenia oferty KB Doraco w sytuacji, gdy KB Doraco nie przedłożyła ważnego pełnomocnictwa udzielonego p. I. K. w odpowiedzi na wezwanie

Zamawiającego, skład orzekający uznaje za niezasadne w okolicznościach sprawy rozpatrywanej.

Ocena prawna kluczowej kwestii będącej przedmiotem sporu wymaga przywołania przepisu art. 10a ust. 5 ustawy pzp, który stanowi, że:

„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.”

Zatem przepis wprowadził wymóg formy opisanej czynności ze skutkiem w postaci sankcji nieważności. Należy jednocześnie uznać, że stan taki koreluje, co do zasady, z regulacją art. 73 § 1 kodeksu cywilnego wskazującym, iż dla zaistnienia skutku w postaci nieważności, konieczna jest ustawowa podstawa prawna.

W kolejności zauważyć należy, iż zgodnie z art. 99 § 1 kc, „jeżeli do ważności czynności prawnej potrzebna jest szczególna forma, pełnomocnictwo do dokonania tej czynności powinno być udzielone w tej samej formie”.

W konsekwencji zasadny jest wniosek odwołującego, iż przepis powyższy w łączności z art. 10a ust. 5 ustawy pzp oznacza, że pełnomocnictwo do złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinno być udzielone w kwalifikowanej formie elektronicznej, pod rygorem nieważności, jakkolwiek pełnomocnictwo nie zostało *expressis verbis* wymienione wśród dokumentów wskazanych w przepisie art. 10a ust. 5 ustawy pzp.

Tym samym skład orzekający podziela pogląd, że „Uzależnienie ważności czynności prawnej od zachowania formy elektronicznej (z kwalifikowanym podpisem) oznacza, że zgodnie z art. 99 k.c. stosowanym na podstawie art. 14 ustawy pzp, także pełnomocnictwo do złożenia takiego oświadczenia wymaga udzielenia go w formie z kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Nieważne będzie więc pełnomocnictwo pisemne (podobnie jak nieważna będzie pisemna oferta, wniosek czy Jednolity Europejski Dokument Zamówienia – JEDZ). Za nieuprawnioną należy przy tym uznać interpretację, która powołując się na art. 78 § 2 k.c., uznaje, że równoważna w skutkach czynnościom dokonywanym z użyciem kwalifikowanego podpisu elektronicznego jest forma pisemna. Przytoczony przepis kodeksu cywilnego równoważność tę ustala bowiem w przeciwnym kierunku; forma z podpisem kwalifikowanym jest równoważna pisemnej, ale nie odwrotnie.”(W. Dzierżanowski, Radca Prawny nr 1-2, 2019 r.).

Wskazując na powyższe należy jednocześnie podkreślić, że przepis art. 10a ust. 5 ustawy pzp wprowadził nowe pojęcie sporządzenia oferty i innych dokumentów w wyżej wskazanej formie z podanym rygorem. Samo określenie „sporządzenie” funkcjonuje od początku

systemu zamówień publicznych opisywane np. jako wymóg sporządzenia oferty w języku polskim czy wymóg sporządzenia oferty w formie pisemnej.

Istotne w tym miejscu jest spostrzeżenie, w jakich okolicznościach dokonywana była i jest dokonywana ocena spełnienia postawionego wymogu.

Zdaniem składu orzekającego ocena taka leży po stronie zamawiającego, który w terminie przewidzianym na składanie ofert, otrzymał ofertę wraz z wymaganymi dokumentami. W tym bowiem momencie oferta nabiera waloru czynności prawnej w rozumieniu art. 61 § 1 kodeksu cywilnego z prawnymi konsekwencjami tej czynności. Czynności poprzedzające dokonywane przez wykonawcę składające się na opracowanie oferty mają wyłącznie charakter techniczny i przygotowawczy zmierzający do sporządzenia oferty w rozumieniu art. 10a ust. 5 ustawy pzp. Zatem nawet stwierdzenie faktu, że określone dokumenty wykonawca przygotował i podpisał w okresie poprzedzającym złożenie oferty, nie uprawnia do uznania popełnienia ewentualnych błędów lub braków w dokumencie, jako że nie zostały one jeszcze zobiektywizowane przez wprowadzenie do obrotu prawnego, tu rozumianego jako złożenie oferty. Na etapie przygotowawczym są to okoliczności prawnie indyferentne.

W poprzednim stanie prawnym omawiana sytuacja z reguły nie budziła wątpliwości zarówno co do zastrzeżonej formy pisemnej, jak i terminu rzeczywistego złożenia oferty.

Natomiast, jak wskazuje niniejsza sprawa, w postępowaniu prowadzonym z użyciem środków komunikacji elektronicznej z rygiorem nieważności dla dokumentów sporządzonych z naruszeniem wymaganej formy z art. 10a ust. 5 ustawy pzp zarzuty oparto na ocenie kolejności składania podpisów na pełnomocnictwie do złożenia oferty, momentu złożenia podpisu na ofercie oraz pozostałych dokumentach mając na uwadze okoliczność, iż podpis elektroniczny jest datowany z dokładnością co do jednej minuty.

Ustalono, że wykonawca złożył ofertę zamawiającemu w dniu 5 sierpnia 2019 r. o godz. 14:37:03, co potwierdza wygenerowany automatycznie raport /w dokumentacji postępowania/. Na dokumentację ofertową składał się formularz oferty wraz załącznikami, podpisany przez panią Iż. K.. W ofercie wskazano, że jej integralną częścią są dokumenty: 1) KRS 2) Pełnomocnictwo 3) Jedz 4) Tabela Elementów Scalonych wg wzoru podanego w załączniku nr 5 do SIWZ, 5) Wadium - gwarancja bankowa, a na ofertę składa się 35 kolejno ponumerowanych stron.

Pełnomocnictwo do złożenia oferty zostało podpisane, zgodnie z zasadami reprezentacji wykonawcy przez dwóch członków zarządu, w wymaganej formie tj. kwalifikowanym podpisem elektronicznym, o godz. 13:37 przez jednego członka zarządu, a o godz. 14:15 przez drugiego. W ocenie odwołującego podpis na formularzu ofertowym złożony przez ustanowionego pełnomocnika przed złożeniem drugiego podpisu na dokumencie pełnomocnictwa oznacza nieważność oferty.

Skład orzekający uznaje, że dla rozstrzygnięcia sporu istotne jest stwierdzenie momentu złożenia oferty, który, jak wyżej wskazano nastąpił dnia 5 sierpnia 2019 r. o godz. 14:37. Ten moment jest znaczący prawnie dla oceny poprawności sporządzenia oferty rozumianej jako oświadczenie woli skierowane do zamawiającego z zamiarem uzyskania zamówienia publicznego. Zatem na moment złożenia przez Doraco oferty zamawiającemu p. I. K. działała jako prawidłowo, zarówno co treści, jak i formy, umocowany pełnomocnik Doraco, a złożona oferta nie podlegała odrzuceniu i nie mogła być uznana za nieważną. Pani K., zgodnie z zasadami reprezentacji obowiązującymi w Doraco (dwóch członków Zarządu działających wspólnie), została umocowana do złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu w dniu 5 sierpnia 2019 r., tj. o godz. 14:15 (podpisanie pełnomocnictwa przez drugiego członka zarządu Doraco), poprzez udzielenie jej pełnomocnictwa w formie elektronicznej. Czynność udzielenia pełnomocnictwa nastąpiła zatem przed złożeniem oferty.

Biorąc pod uwagę, że pełnomocnictwo jest instytucją służącą skutecznemu działaniu na zewnątrz, a w niniejszej sprawie dotyczyło skutecznego złożenia oświadczenia woli zgodnie z art. 61 kc Izba uznała, że sporządzenie oferty i pełnomocnictwa nastąpiło wg art. 10a ust. 5 ustawy pzp, w wymaganej formie elektronicznej z kwalifikowanym podpisem, co oznacza w konsekwencji, że wykonawca uzyskał końcowy rezultat działań składających się na przygotowanie oferty przeznaczonej do złożenia określany przez ustawę w art. 10a ust. 5 jako sporządzenie dokumentów. W kolejności przez złożenie prawidłowo sporządzonej oferty należy rozumieć jedną czynność stanowiącą oświadczenie woli, które jest złożone w momencie wysłania drogą elektroniczną stosownie do art. 10a ust. 1 ustawy pzp oferty. Na tę chwilę, jako znaczącą prawnie, tj. na moment złożenia oferty pełnomocniczka dysponowała pełnomocnictwem sporządzonym w niespornej formie.

W świetle powyższego za bezprzedmiotowe i zbędne uznać należy czynności podjęte przez zamawiającego, oceniane także przez niego jako wynikające wyłącznie z ostrożności proceduralnej, a dotyczące dodatkowego potwierdzenia umocowania osoby podpisującej dokumenty ofertowe, w formie przewidzianej w postanowieniach siwz przez wezwanie wykonawcy, w wyniku którego wykonawca złożył pełnomocnictwo w formie elektronicznej notarialnie poświadczonej za zgodność z oryginałem.

W takim stanie rzeczy, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972)

uwzględniając dopuszczalną kwotę wynagrodzenia pełnomocnika strony w wysokości 3 600 zł.

Przewodniczący: