

WYROK

z dnia 5 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Piotr Kozłowski
Daniel Konicz
Emil Kuriata**

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie **4 grudnia 2019 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **24 listopada 2019 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PBI Infrastruktura S.A. z siedzibą w Kraśniku, PBI WMB sp. z o.o. z siedzibą w Sandomierzu, Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Rozbudowa drogi krajowej Nr 28 Zator-Medyka odc. Przemyśl-Medyka od km 351+793,00 do km 358+844,26 dł. 7,051 km wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną, budowlami i urządzeniami budowlanymi* (nr postępowania O.RZ.D-3.24411.15.2019)

prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie**

przy udziale wykonawcy: **Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego oraz uwzględnienie tej oferty przy dokonywaniu kolejnych czynności w prowadzonym postępowaniu.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,

- 2) zasądza od **Zamawiającego** na rzecz **Odwołującego** kwotę **23600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

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 Warszawie**.

Uzasadnienie

Zamawiający Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie 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. *Rozbudowa drogi krajowej Nr 28 Zator-Medyka odc. Przemysł-Medyka od km 351+793,00 do km 358+844,26 dł. 7,051 km wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną, budowlami i urządzeniami budowlanymi* (nr postępowania O.RZ.D-3.24411.15.2019).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 9 sierpnia 2019 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2019/S_153 pod poz. 375957.

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

15 listopada 2019 r. Zamawiający poinformował drogą elektroniczną o odrzuceniu oferty złożonej wspólnie przez PBI Infrastrukturę S.A. z siedzibą w Kraśniku {dalej również w skrócie: „PBI Infrastruktura”}, PBI WMB sp. z o.o. z siedzibą w Sandomierzu {dalej również w skrócie: „PBI WMB”} oraz Inżynierię Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie {dalej również w skrócie: „Inżynieria Rzeszów”} {łącznie dalej zwanych również: „Konsorcjum PBI”}

24 listopada 2019 r. Konsorcjum PBI wniosło w stosownej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów pzp:

1. Art. 26 ust. 3a – przez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na niejednoznacznym i nieprecyzyjnym wezwaniu w piśmie z 11 października 2019 r. Konsorcjum PBI do uzupełnienia pełnomocnictwa, a także wprowadzeniu Konsorcjum PBI w błąd co do rzeczywistego zakresu wezwania.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 10a ust. 5 oraz § 3 ust. 2 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania oraz przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz. U. z 2017 r. 1320 ze zm.) – przez ich niewłaściwe zastosowanie, polegające na wadliwym uznaniu, że oferta Konsorcjum PBI jest niezgodna z ustawą jako złożona przez pełnomocnika nieuprawnionego do działania w jego imieniu.

3. Art. 89 ust. 1 pkt 8 w zw. z 73 § 1 Kodeksu cywilnego {dalej: „kc”} w zw. z art. 78¹ § 1 kc w zw. z art. 14 ust. 1 – przez ich niewłaściwe zastosowanie, polegające na wadliwym uznaniu, że oferta Konsorcjum PBI jest nieważna jako złożona przez osobę nieuprawnioną i nienależycie umocowaną do działania w imieniu Konsorcjum PBI.
4. Art. 104 kc – przez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na wadliwym uznaniu przez Zamawiającego, że oferta złożona przez Konsorcjum PBI jest nieważna jako podpisana przez osobę nieposiadającą umocowania do działania w jego imieniu.
5. Art. 61 § 2 kc – przez jego niezastosowanie, a w konsekwencji wadliwe uznanie przez Zamawiającego, że oferta złożona przez Konsorcjum PBI jest nieważna jako podpisana przez osobę nieposiadającą umocowania do działania w jego imieniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia odrzuceniu oferty złożonej przez Konsorcjum PBI.
2. Uznania, że Konsorcjum wykazało spełnienie warunków udziału w postępowaniu.
3. Powtórzenia oceny oferty Odwołującego.

Odwołujący w szczególności następująco sprecyzował okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Z uzasadnienia odwołania wynika, że Odwołujący upatruje nieprawidłowości wezwania z 11 października 2019 r. w tym, że Zamawiający wyraził w nim oczekiwanie przedłożenia pełnomocnictwa, którego zakres przedmiotowy będzie analogiczny jak pełnomocnictwa dołączonego do oferty, ale opatrzonego kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi wszystkich uczestników Konsorcjum PBI w sposób umożliwiający ich techniczną weryfikację przez Zamawiającego, a nie wspomniał, że chodzi o kwestię braku umocowania dla PBI Infrastruktury do działania w imieniu Inżynierii Rzeszów na dzień złożenia oferty. Stąd zastosowanie się do tego wezwania mogło polegać jedynie na ponownym wygenerowaniu (16 i 17 października) kwalifikowanych podpisów elektronicznych uczestników Konsorcjum PBI, co jest z istoty rzeczy możliwe jedynie w dacie składania tych podpisów. Nie jest bowiem możliwe opatrzenie dokumentu elektronicznego kwalifikowanym z datą wsteczną, w tym przypadku z datą złożenia oferty.

Odwołujący podniósł, że choć art. 26 ust. 3 i 3a pzp nie wskazuje tego wprost, jednak z doktryny i orzecznictwa wynika, że zamawiający ma obowiązek ustalić, na czym polega brak, i adekwatnie do tego sformułować jednoznaczne i precyzyjne wezwanie, aby umożliwić wykonawcy usunięcie tego braku {w odwołaniu wskazano i zacytowano w tym zakresie wyroki Izby z: 17 stycznia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 58/07, 12 września 2016 r. sygn. akt

KIO 1561/16 oraz uchwałę Izby z 23 stycznia 2013 r. sygn. akt KIO/KD 3/13}.

Odwołujący oświadczył, że gdyby Zamawiający prawidłowo określił zakres oczekiwanego uzupełnienia, uczyniłby mu zadość, gdyż dysponował dokumentami potwierdzającymi istnienie na dzień złożenia oferty umocowania dla PBI Infrastruktury od wszystkich członków Konsorcjum PBI, co wynika wprost z § 4 Umowy konsorcjum zawartej 12 września 2019 r.

Zdaniem Odwołującego w takiej sytuacji nie było w ogóle wymagane sporządzenie odrębnego pełnomocnictwa, co potwierdzają liczne orzeczenia {w odwołaniu wskazano na wyrok Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z 13 lipca 2005 r. sygn. akt UZP/ZO/0-1702/05 oraz wyrok Izby z 7 maja 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 385/08, których fragmenty uzasadnień – wskazujące na to, że pełnomocnictwo, o którym mowa w art. 23 ust. 2 pzp, może wynikać również z zawartej umowy – zacytowano}.

Niezależnie od tego Odwołujący oświadczył, że dysponował (i nadal dysponuje) plikiem zawierającym odrębne pełnomocnictwo z 12 września 2019 r. podpisane przez osoby uprawnione do reprezentacji każdego z członków Konsorcjum PBI {załączonym do odwołania jako dowód nr 4}.

Według Odwołującego jeżeli Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości co do zakresu umocowania wynikającego z uzupełnionego pełnomocnictwa, zobowiązany był do ponownego wezwania Odwołującego, w którym tym razem wyartykułowałby, że brak polega na niewykazaniu istnienia umocowania dla lidera Konsorcjum PBI ze strony partnera nr 2 na dzień składania ofert.

Odwołujący zwrócił uwagę, że o ile zasadą obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia przedłożonych uprzednio dokumentów tylko jeden raz w zakresie tych samych okoliczności, o tyle wezwanie takie może następować kilkakrotnie nawet w stosunku do tych samych oświadczeń i dokumentów (w tym pełnomocnictwa), pod warunkiem, że będzie za każdym razem dotyczyć innych okoliczności {w odwołaniu wskazano i zacytowano w tym zakresie wyroki Izby z: 7 października 2013 r. sygn. akt KIO 2217/13, 14 marca 2014 r. sygn. akt KIO 402/14, 11 maja 2015 r. sygn. akt KIO 863/15 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z 18 kwietnia 2019 r. sygn. akt II Ca 238/14}.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający mógł również rozwiązać swoje wątpliwości co do zakresu umocowania udzielonego przez Inżynierię Rzeszów w drodze wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 pzp, czego również zaniechał.

{ad pkt 2.-5. listy zarzutów}

{Po przywołaniu brzmienia art. 10a ust. 5 pzp oraz art. 99 § 1 kc} Odwołujący wywiódł, że ponieważ pełnomocnictwo do złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie

zamówienia publicznego powinno być w formie elektronicznej z kwalifikowanym podpisem elektronicznym (o której mowa w art. 78¹ § kc) w przypadku jej niedochowania jest nieważne {przy okazji Odwołujący zaznaczył, że w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Zamawiający pominął art. 99 § 1 kc}.

{Po przywołaniu brzmienia art. 78¹ § kc i art. 61 § 2 kc} Odwołujący wywiódł, że o ile zgodnie z teorią doręczenia na składającym oświadczenie woli spoczywa ryzyko jego niedojścia do adresata, o tyle ryzyko niemożności zapoznania się z treścią oświadczenia woli, które dotarło do adresata, spoczywa na tym ostatnim. *Niesprawność techniczna urządzeń, które pozwalają na odczyt oświadczeń woli, w tym i na weryfikację podpisów elektronicznych, obciąża więc odbiorcę oświadczenia woli, a nie składającego to oświadczenie* (cytat za odwołaniem).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że z naruszeniem powyższych przepisów Kodeksu cywilnego rozpatrywanych łącznie, przerzucił na Konsorcjum PBI ryzyko niemożności odczytania złożonego przez nie oświadczenia woli.

Odwołujący wywiódł, że poprawna weryfikacja podpisu podmiotu składającego oświadczenie woli nie jest warunkiem zachowania elektronicznej formy czynności prawnej, o której mowa w art. 78¹ § 1 kc, gdyż w przepisie tym mowa jest wyłącznie o dwóch elementach: po pierwsze – złożeniu oświadczenia woli, po drugie – opatrzeniu tego oświadczenia woli kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Jak to w innym miejscu ujął Odwołujący: *to nie prawidłowa weryfikacja podpisów elektronicznych przez adresata przesądza o ich rzeczywistym złożeniu, ale samo złożenie podpisów. Odmienne wnioski stałyby w sprzeczności z art. 78¹ § 1 k.c. w zw. z art. 61 § 2 k.c.*

Według Odwołującego w tej sprawie na etapie składania oferty doszło zarówno do złożenia oświadczenia woli o udzieleniu pełnomocnictwa, które dotarło do Zamawiającego, jak i do opatrzenia go kwalifikowanym podpisem elektronicznym, tyle że ten ostatni nie został poprawnie zweryfikowany przez Zamawiającego z przyczyn technicznych {jak należy domniemywać z powyższych wywodów natury ogólnej – leżących po jego stronie}.

Stąd Odwołujący dodatkowo zarzucił Zamawiającemu – który dodatkowo wymagał, aby podpis elektroniczny został prawidłowo zweryfikowany – że dokonał wykładni contra legem art. 78¹ § 1 kc, który wskazał w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty.

Odwołujący zrównał sytuację trudności z weryfikacją podpisu elektronicznego przez adresata oświadczenia woli z sytuacją nieczytelności odręcznych podpisów dla adresata pisemnego oświadczenia woli, zaznaczając, że niemożność weryfikacji, czy podpisy zostały złożone przez uprawnione osoby, nie skutkuje wadliwością tego oświadczenia woli. Jednocześnie zaznaczył, że adresat oświadczenia woli winien jedynie dopełnić w ramach

aktu staranności czynności sprawdzających, które pozwoliłyby na ocenę, że złożone podpisy są prawidłowe.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, że pełnomocnictwo z 12 września 2019 r., opatrzone po raz kolejny kwalifikowanymi podpisami wszystkich członków konsorcjum 16 i 17 października 2019 r., pozwala z następujących względów stwierdzić, że na dzień złożenia oferty, czyli 19 września 2019 r. PBI Infrastruktura była umocowana do działania w ich imieniu.

Odwołujący powołał się na orzecznictwo, które przyjmuje, że dokument pełnomocnictwa potwierdza jedynie wcześniejsze udzielenie pełnomocnictwa, a data w nim wskazana rodzi domniemanie, że to właśnie w tym dniu doszło do jego udzielenia {w odwołaniu wskazano na postanowienie Sądu Najwyższego z 17 listopada 2005 r. sygn. akt I CZ 98/05 oraz przywołano fragment uzasadnienia dotyczące takiego domniemania w odniesieniu do pełnomocnictwa do podejmowania czynności procesowych}.

{Po zacytowaniu stosownych fragmentów treści pełnomocnictwa tożsamej dla pierwotnie złożonego i uzupełnionego pełnomocnictwa opatrzonych datą 12 września 2019 r.} Odwołujący stwierdził, że z jego brzmienia wprost wynika umocowanie lidera konsorcjum do działania w imieniu wszystkich jego członków.

Według Odwołującego fakt istnienia umocowania lidera do działania również w imieniu partnera nr 2 wynika również z treści raportu wygenerowanego 17 września 2019 r., a dotyczącego poprawnej weryfikacji kwalifikowanych podpisów elektronicznych złożonych 13 września 2019 r. przez dwóch członków zarządu Inżynierii Rzeszów upoważnionych do jej reprezentacji.

Dodatkowo Odwołujący powołał się na oświadczenie z 22 listopada 2019 r., w którym osoby te potwierdziły fakt udzielenia liderowi konsorcjum odrębnego pełnomocnictwa datowanego na 12 września 2019 r., przez opatrzenie go 13 września kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi {załączonego do odwołania jako dowód nr 24}.

Według Odwołującego również kierując się regułami wykładni oświadczeń woli, o których mowa w art. 65 § 1 kc, należy dojść do wniosku, że w tym przypadku opatrzenie dokumentu pełnomocnictwa kwalifikowanym podpisem elektronicznym po dacie złożenia oferty nie może być uznawane za powodujące nieważność pełnomocnictwa, gdyż wynikało to z okoliczności towarzyszących udzieleniu tego pełnomocnictwa i złożeniu oferty oraz z dalszej korespondencji pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym. W szczególności Zamawiający dysponował powyżej wspomnianym raportem z weryfikacji kwalifikowanych podpisów elektronicznych złożonych 13 września 2019 r.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 3 grudnia 2019 r. wniósł o jego oddalenie,

w szczególności następująco uzasadniając swoje stanowisko.

{Po przywołaniu brzmienia art. 10a ust. 5 pzp} Zamawiający podkreślił, że złożenie oferty (a w konsekwencji dotyczącego tej czynności pełnomocnictwa) zostało uznane za czynność na tyle doniosłą, że pod rygorem nieważności wymagana jest dla ich skuteczności ściśle określona w tym przepisie forma elektroniczna z kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Zamawiający {z pomocą cytatów z uzasadnienia wyroku Izby z16 stycznia 2015 r. sygn. akt KIO 2787/14} wywiódł, że doktryna i orzecznictwo wiążą zastosowanie normy art. 89 ust. 1 pkt 8 pzp, nakazującej zamawiającemu odrzucenie oferty nieważnej na podstawie odrębnych przepisów, przede wszystkim z wadliwością oświadczenia woli stanowiącego ofertę, w szczególności polegającego na nieprawidłowym umocowaniu do dokonania tej czynności – w takim przypadku nie dochodzi do złożenia oferty. Z uwagi na sformalizowany charakter obrotu w ramach zamówień publicznych wszelkie wątpliwości powinny zostać usunięte w taki sposób, aby zamawiający uzyskał dokument, z którego treści jednoznacznie będzie wynikało uprawnienie pełnomocnika do złożenia oferty.

Zamawiający wtrącił, że pełnomocnictwo stanowi nie tylko źródło informacji o podmiocie uprawnionym do występowania w imieniu grupy wykonawców, ale pozwala także na identyfikację wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

{Po przywołaniu brzmienia art. 26 ust. 3a pzp} Zamawiający wywiódł, że w wyniku wezwania powinno zostać złożone prawidłowe co do formy i treści pełnomocnictwo, które powinno potwierdzać istnienie umocowania do złożenia oferty na dzień wyznaczony jako termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu. Według Zamawiającego data zamieszczona w pełnomocnictwie nie oznacza, że podpis złożony później odnosi się do tej daty, tj. upoważnia z mocą wsteczną do czynności wymienionych w pełnomocnictwie od tej daty, gdyż treść pełnomocnictwa dotyczy wyłącznie oświadczenia woli mocodawcy, a nie znaku graficznego odwzorowującego podpis i daty postawionej przy tym podpisie.

Jednocześnie w innym miejscu Zamawiający zaznaczył jednak, że o ile w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia możliwe jest zarówno przedłożenie pełnomocnictwa z datą adekwatną do daty dokonania czynności, jak i z datą późniejszą, o tyle prawidłowo uzupełnione pełnomocnictwo powinno jednak potwierdzać istnienie umocowania do dokonania danej czynności na dzień jej dokonania, tj. z treści pełnomocnictwa powinno wynikać, że pełnomocnik był umocowany do dokonania czynności w chwili złożenia oferty.

Zdaniem Zamawiającego Wykonawca miał szansę uzupełnienia we właściwy sposób pełnomocnictwa, lecz jej nie wykorzystał.

Zamawiający stwierdził, że art. 103 lub art. 104 zdanie drugie Kodeksu cywilnego {których treść przywołał} nie stanowią podstawy do potwierdzenia działania osoby, która

na dzień składania ofert nie była do tego prawidłowo umocowana. W szczególności nie ma prawnej możliwości, aby zamawiający wyrażał zgodę na działanie bez umocowania przy składaniu oświadczenia woli w cudzym imieniu.

Z kolei według Zamawiającego z art. 26 ust. 3a pzp, który wyjątkowo umożliwia wykonawcy uzupełnienie niezłożonego lub obarczonego błędem pełnomocnictwa, nie wynika, że może to być pełnomocnictwo udzielone po dacie wezwania. Zauważenia przy tym wymaga, iż na gruncie zamówień publicznych zasadą jest składanie ofert i pełnomocnictw w terminie określonym przez Zamawiającego.

Zamawiający wywiódł z powołaniem się na wyrok Izby z 24 września 2019 r. sygn. akt KIO 1761/19, że jeśli dla skuteczności złożenia oferty i udzielenia pełnomocnictwa do tej czynności wymagana jest szczególna forma, nie jest możliwe potwierdzenie dokonania tej czynności za pomocą pełnomocnictwa sporządzonego w późniejszej dacie, gdyż według przepisów wykonawca na dzień składania ofert winien umocować pełnomocnika w prawem przewidziany sposób, a niedochowanie wymogów w tym zakresie skutkuje nieważnością czynności.

Zamawiający podniósł {z powołaniem się na uzasadnienie wyroku Izby 20 lutego 2019 r. sygn. akt KIO 208/19}, że kwalifikowany podpis elektroniczny można uznać za prawidłowo złożony tylko wówczas, gdy można go skutecznie zweryfikować i potwierdzić jego ważność. Stąd negatywny wynik takiej weryfikacji za pomocą dostępnych zamawiającemu narzędzi prowadzi do wniosku, że kwalifikowany podpis elektroniczny nie został złożony lub został złożony w sposób nieprawidłowy.

Zamawiający wskazał, że negatywna weryfikacja poprawności złożonych na pełnomocnictwie podpisów nie pozwoliła na uznanie, że dokument umocowania został podpisany przez odpowiednie osoby, a tym samym że PBI Infrastruktura została umocowana również przez Inżynierię Rzeszów. Zamawiający przy wykorzystaniu odpowiednich narzędzi służących zbadaniu poprawności podpisów elektronicznych, a pochodzących od kwalifikowanego podmiotu, miał możliwość weryfikacji poprawności złożonego podpisu elektronicznego. To właśnie weryfikacja poprawności certyfikatu dokonana przez Zamawiającego jest kluczowa dla oceny, czy złożone przez Odwołującego dokumenty zostały złożone w sposób prawidłowy. Stąd nie ma większego znaczenia okoliczność przedstawienia przez Odwołującego raportu z 17 września 2019 r. dotyczącego weryfikacji podpisów osób uprawnionych do reprezentacji partnera nr 2.

Ponieważ weryfikacja prawidłowości certyfikatu potwierdzającego złożenie oświadczenia woli w formie elektronicznej dokonywana jest przez w procesie walidacji, Zamawiający nie miał obowiązku wzywania Konsorcjum PBI do złożenia wyjaśnień.

Według Zamawiającego wezwanie z 11 października 2019 r. zostało przez niego

prawidłowo wystosowane, gdyż jednoznacznie wskazywało, że przedmiotem uzupełnienia jest pełnomocnictwo dla PBI Infrastruktury jako pełnomocnika w rozumieniu art. 23 ust. 2 ustawy pzp, opatrzonego kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi osób upoważnionych do reprezentowania PBI Infrastruktury, PBI WMB i Inżynierii Rzeszów, zgodnie z formą reprezentacji wskazaną w rejestrze. Zamawiający powołał się na stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wyroku Izby z dnia 2 lipca 2014 r. sygn. akt KIO 1208/14, że wezwanie do uzupełniania dokumentów powinno szczegółowo, precyzyjnie i jednoznacznie wskazywać, co do jakich dokumentów (bądź braków dokumentów) załączonych do oferty zamawiający ma zastrzeżenia.

Niezależnie od powyższego zdaniem Zamawiającego nic nie stało na przeszkodzie, aby Odwołujący przedłożył mu umowę konsorcjum, gdyż wykonawca zawsze może złożyć inne dokumenty niż te, które zostały wskazane w wezwaniu, jeżeli uważa to za celowe {Zamawiający powołał się w tym zakresie na wyrok Izby z 19 marca 2013 r. sygn. akt KIO 529/13}.

Zamawiający stwierdził – w kontekście poglądu o możliwości kilkukrotnego wzywania wykonawcy do uzupełnienia tego samego dokumentu, jeżeli za każdym razem dotyczy to innych okoliczności – że nie wiadomo, jakich odmiennych niż prawidłowość przedłożonego pełnomocnictwa okoliczności takie powtórne wezwanie miałyby dotyczyć.

Zamawiający skonstatował, że kwalifikowany podpis elektroniczny musi spełniać poniższe wymogi, czyli: 1) być przyporządkowany podpisującemu, 2) umożliwiać ustalenie tożsamości podpisującego, 3) być składany przy użyciu danych służących do składania podpisu elektronicznego, których podpisujący może użyć pod swoją wyłączną kontrolą, 4) być powiązany z danymi podpisanymi w taki sposób, że każda późniejsza zmiana danych jest rozpoznawalna oraz 5) musi zostać złożony przy użyciu kwalifikowanego urządzenia do składania podpisu i opierać się na kwalifikowanym certyfikacie podpisu elektronicznego.

Zamawiający ponownie wskazał, że wbrew twierdzeniom Odwołującego pełnomocnictwo nie zostało złożone w wymaganej prawem formie elektronicznej z kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi. Natomiast Odwołujący zdaje się z góry zakładać – nie przywołując przy tym żadnych przekonujących argumentów – że przyczyną negatywnego zweryfikowania podpisu elektronicznego były okoliczności leżące po stronie Zamawiającego, wykluczając jednocześnie, że powyższe mogło być spowodowane np. błędnym zapisem lub uszkodzeniem pliku, na co wpływ mógł mieć także sam Odwołujący.

Ponadto Zamawiający zwrócił uwagę na to, że art. 61 kc wskazuje na chwilę skutecznego złożenia oświadczenia woli, nie dotyczy natomiast przesłanki jego ważności.

Zamawiający podniósł, że na zasadzie art.6 kc to na Odwołującym ciążył obowiązek wykazania, że dokument złożony przez niego w formie elektronicznej był sporządzony

prawidłowo, jak również, że możliwe było bezproblemowe zapoznanie się z jego treścią przez Zamawiającego, czemu nie sprostął.

Natomiast według Zamawiającego wykazał się on należyłą starannością w prowadzeniu przedmiotowego postępowania, gdyż zwrócił się do Konsorcjum PBI w piśmie z 7 listopada 2019 r. o wskazanie technicznych możliwości prawidłowej weryfikacji pliku. Odwołujący nie wskazał takich możliwości, wobec czego dalsze działania podjęte przez Zamawiającego, w ostateczności skutkujące odrzuceniem oferty Odwołującego, były jak najbardziej uzasadnione.

Zamawiający stwierdził również, że kwestię należytej staranności wykonawców w zakresie oświadczeń składanych w ofercie należy analizować mając na względzie art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego znajdujący zastosowanie poprzez odesłanie zawarte w przepisie art. 14 ust. 1 ustawy pzp. W stosunku do profesjonalistów, a za takich należy uważać wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, miernik należytej staranności jest podwyższony w odniesieniu do ogólnego miernika staranności dłużnika, gdyż określa się go z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej działalności.

W swoim piśmie z 3 grudnia 2019 r. Przystępujący zajął stanowisko zbieżne z Zamawiającym, a ponadto w szczególności podał następującą argumentację.

Zwrócił uwagę, że możliwość dokonania prawidłowej weryfikacji kwalifikowanych podpisów elektronicznych przez zamawiającego jest warunkiem ich skuteczności. Przyjęcie odmiennego założenia mogłoby zaburzyć pewność obrotu, gdyż każdy kwalifikowany podpis elektroniczny, nawet nieprawidłowy, musiałby być akceptowany przez zamawiającego. A dokonywanie weryfikacji takich podpisów straciłoby sens, gdyż niezależnie od ich wyniku zamawiający byłby zobligowany do uznania ich poprawności.

Zgodnie z przepisami prawa unijnego kwalifikowany podpis elektroniczny może być uznany za prawidłowo złożony jedynie wówczas, gdy można go skutecznie zweryfikować i potwierdzić jego ważność w procesie walidacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego (art. 32 ust. 1 rozporządzenia eIDAS).

Przystępujący zauważył, że takie stanowisko znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie Izby. W uzasadnieniu wyroku z 13 lutego 2019 r. sygn. akt 137/19 Izba wyraźnie wskazała, że stwierdzenie ważności i prawidłowości złożenia kwalifikowanego podpisu elektronicznego na gruncie ustawy pzp powinno być oceniane (uwzględniając przepisy rozporządzenia eIDAS) poprzez wynik walidacji, przeprowadzonej przez kwalifikowanego dostawcę usług zaufania w ramach świadczonej kwalifikowanej usługi walidacji danego kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Z kolei w uzasadnieniu wyroku z 20 lutego 2019 r. sygn. akt KIO 208/19 Izba wprost stwierdziła, że negatywny wynik walidacji

oznacza brak spełnienia wymogu z 78§ 1 kc. Izba słusznie wywiodła, że dla uznania, że dokument został opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym, zamawiający, jako osoba ufająca, powinien mieć możliwość dokonania walidacji podpisu za pośrednictwem kwalifikowanego dostawcy usług zaufania, który jest wpisany do rejestru, gdyż stosownie do art. 32 ust. 2 Rozporządzenia eIDAS zapewnia to prawidłowy wynik procesu walidacji i umożliwia wykrycie wszelkich problemów związanych z bezpieczeństwem. Stąd kwalifikowany podpis elektroniczny można uznać za prawidłowo złożony tylko wówczas, gdy można go skutecznie zweryfikować i potwierdzić jego ważność.

Zdaniem Przystępującego data wskazana w treść pełnomocnictwa (opatrywanego następnie podpisem elektronicznym) nie może rodzić domniemania, iż zostało ono udzielone w tej dacie, gdy jednocześnie z treści znacznika czasu w ramach podpisu elektronicznego jednoznacznie wynika, że zostało ono podpisane w terminie późniejszym. Przystępujący podkreślił, że w przeciwnym razie zamawiający nie miałby możliwości zweryfikowania rzeczywistego okresu obowiązywania pełnomocnictw, gdyż wykonawca zawsze mógłby przedstawić pełnomocnictwo z odpowiednią datą, aby formalnie wykazać fakt istnienia umocowania w konkretnej dacie.

Według Przystępującego skoro kwalifikowany elektroniczny znacznik czasu korzysta z domniemania dokładności daty i czasu, jakie wskazuje oraz z integralności danych, z którymi wskazywane data i czas są połączone [tak: System Prawa Prywatnego, Tom 2. Komentarz do art. 781 Kc pod red. Z. Radwańskiego], w drodze analogii data zawarta w podpisie elektronicznym powinna być postrzegana jako znacznik czasu gwarantujący, że w tej dacie istniały określone okoliczności.

Jeżeli zatem kwalifikowane podpisy elektroniczne zostały złożone 16 i 17 października 2019 r., właśnie na ten dzień należy uznawać istnienie umocowania.

Według Przystępującego nie wyklucza to jednak możliwości sanowania braku prawidłowo przedstawionego pełnomocnictwa opatrzonych kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Do czego dążył także Zamawiający, który umożliwił wykazanie prawidłowości złożenia oferty przez lidera konsorcjum, jednak Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie nie przeprowadził żadnego wiarygodnego dowodu na istnienie takiego umocowania na dzień złożenia oferty.

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. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowisko.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego do postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska 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 odrzucenie jego oferty uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co w przeciwnym razie mógłby liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności, jako istotne dla rozstrzygnięcia odwołania:

12 września 2019 r. PBI Infrastruktura, PBI WMB oraz Inżynieria Rzeszów zawarły umowę konsorcjum, na mocy której zobowiązały się dążyć do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego, polegającego na przygotowaniu i złożeniu Zamawiającemu oferty na realizację przedmiotowego zamówienia, a w przypadku wygrania postępowania przetargowego oraz przyznania kontraktu, realizacji robót zgodnie z warunkami kontraktu i postanowieniami umowy konsorcjum (§ 2 ust. 1).

Strony postanowiły, że PBI Infrastruktura będzie liderem konsorcjum zarówno na czas postępowania przetargowego, jak i w okresie realizacji zamówienia (patrz § 4 ust. 2 oraz definicja „Lidera Konsorcjum” z § 1).

Lider został zarówno upoważniony, jak zobowiązany do reprezentowania konsorcjum m.in. wobec Zamawiającego, w tym do składania w jego imieniu i na jego rzecz wszelkich pism związanych z uczestnictwem w przetargu na realizację przedmiotowego zamówienia, w szczególności podpisania i złożenia oferty (oraz dokumentów wraz z nią składanych, w tym potwierdzania za zgodność z oryginałem dokumentów), składania wszelkich wyjaśnień i uzupełnień w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wnoszenia środków ochrony prawnej oraz reprezentowania konsorcjum przed Krajową Izbą Odwoławczą, sądem

powszechnym oraz udzielania w tym zakresie dalszych pełnomocnictw, zawarcia umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego {patrz § 4 ust. 1 oraz ust. 4 lit. a, f, g}.

12 września 2019 r. zostało również sporządzone w formie elektronicznej (plik pn. „Pełnomocnictwo DK28.pdf”) odrębne pełnomocnictwo ustanawiające PBI Infrastrukturę jako lidera Konsorcjum PBI pełnomocnikiem w rozumieniu art. 23 ust. 2 pzp, umocowanym zarówno w imieniu i na rzecz jego uczestników, jak i całego konsorcjum do wykonywania wszelkich i niezbędnych czynności w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia, w szczególności do podpisania i złożenia oferty, składania w toku postępowania o udzielenie zamówienia wszelkich oświadczeń, dokumentów i dokonywania czynności przewidzianych przepisami prawa, poświadczania kopii dokumentów za ich zgodność z oryginałem, prowadzenia i podpisywania wszelkiej korespondencji z Zamawiającym związanej z postępowaniem o udzielenie zamówienia, wnoszenia środków ochrony prawnej (odwołania i skargi), reprezentowania przez Krajową Izbą Odwoławczą oraz sądem powszechnym, ustanawiania pełnomocników, w tym procesowych, zawarcia umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego {pogrubiona klauzula generalna oraz 1., 3., 4., 5., 6., 8., 9. wypunktowanie}.

Powyższe pełnomocnictwo zostało następnie odrębnie opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym zgodnie ze sposobem reprezentacji ujawnionym w KRS:

- 13 września 2019 r. przez osoby pełniące funkcje prezesem zarządu oraz członka zarządu upoważnionych łącznie do reprezentacji Inżynierii Rzeszów (podpisy złożone w pliku pn. „Pełnomocnictwo DK28.pdf.XAdES”),
- 18 września 2019 r. przez osobę pełniącą funkcję prezesa zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji PBI WMB (podpis złożony w pliku pn. „Pełnomocnictwo DK28.pdf” zawierającego treść pełnomocnictwa),
- 19 września 2019 r. przez osobę pełniącą funkcję prezesa zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji PBI Infrastruktury (podpis złożony w pliku pn. „Pełnomocnictwo DK28(2).pdf.XAdES”).

Do oferty złożonej 19 września 2019 r. w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę pełniącą funkcję prezesa zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji PBI Infrastruktury załączono pełnomocnictwo o treści identycznej jak powyżej opisana w postaci elektronicznej (plik pn. pbi_infrastruktura_pelnomocnictwo_dk28_z_podpisem_elektronicznym_pbi_wmb_1041918.pdf), opatrzone kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi w następujący sposób:

- przez osobę pełniącą funkcję prezesa zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji PBI WMB – w ww. pliku zawierającym dokument pełnomocnictwa),
- przez osoby pełniące funkcje prezesa zarządu oraz członka zarządu upoważnionych

łącznie do reprezentacji Inżynierii Rzeszów – w osobnym pliku pn. „pbi_infrastruktura_podpis_elektroniczny_do_pelnomocnictwa_inzynieria_rzeszow_1041928.xades”,

- przez osobę pełniącą funkcję prezesa zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji PBI Infrastruktury – w osobnym pliku pn. „pbi_infrastruktura_podpis_elektroniczny_do_pelnomocnictwa_pbi_infrastruktura_1041915.xades”.

Weryfikacja przez Zamawiającego powyższych podpisów za pomocą służącego do tego celu programu komputerowego dała wynik pozytywny dla pierwszego i trzeciego, a negatywny dla drugiego.

11 października 2019 r. Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 pzp. wezwał Konsorcjum PBI do uzupełnienia pełnomocnictwa dla PBI Infrastruktury jako pełnomocnika w rozumieniu art. 23 ust. 2 ustawy pzp, opatrzonego poprawnymi kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi osób upoważnionych do reprezentowania PBI Infrastruktury, PBI WMB oraz Inżynierii Rzeszów, zgodnie z formą reprezentacji określoną w rejestrze {przedsiębiorców}.

Jednocześnie w treści pisma Zamawiający sprecyzował, że:

- Konsorcjum PBI wraz z ofertą złożyło za pośrednictwem platformy {na której prowadzone jest przedmiotowe postępowanie} pełnomocnictwo dla jego lidera z 12 września 2019 r., ustanawiające go pełnomocnikiem w rozumieniu art. 23 ust. 2 pzp.

- dokonał weryfikacji przedmiotowego dokumentu, w której wyniku stwierdził, że pełnomocnictwo sporządzone w postaci elektronicznej opatrzone zostało kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi osób upoważnionych do reprezentowania PBI Infrastruktury oraz PBI WMB Sp. z o.o.

- załączony do oferty plik „pbi_infrastruktura_podpis_elektroniczny_do_pelnomocnictwa_inzynieria_rzeszow”, zawiera dwa podpisy osób upoważnionych do reprezentowania Inżynierii Rzeszów, które zostały zweryfikowane przez niego jako niepoprawne.

18 października 2019 r. w odpowiedzi na powyższe wezwanie Konsorcjum PBI wystosował pismo, do którego załączyło ponownie pełnomocnictwo o identycznej treści jak pełnomocnictwo złożone wraz z ofertą, tym razem w pliku pn. „Pełnomocnictwo DK28-sig.pdf”, które zostało opatrzone kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi:

- 16 i 17 października 2019 r. przez osoby pełniące funkcje prezesem zarządu oraz członka zarządu upoważnionych łącznie do reprezentacji Inżynierii Rzeszów (w ww. pliku zawierającym dokument pełnomocnictwa),

- 17 października 2019 r. przez osobę pełniącą funkcję prezesa zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji PBI WMB (w ww. pliku zawierającym dokument pełnomocnictwa),

- 17 października 2019 r. przez osobę pełniącą funkcję prezesa zarządu upoważnionego

do samodzielnej reprezentacji PBI Infrastruktury (podpis złożony w pliku pn. „Pełnomocnictwo DK28-sig.pdf.XAdES”).

W stosunku do wszystkich powyższych podpisów weryfikacja przeprowadzona przez Zamawiającego za pomocą służącego do tego celu programu komputerowego dała wynik pozytywny.

Jednocześnie w piśmie przewodnim z 18 października 2019 r. Konsorcjum PBI oświadczyło, że wraz z ofertą z 19.09.2019 r. za pośrednictwem platformy przesłane zostało pełnomocnictwo z 12.09.2019 r. wraz z plikiem pn. „pbi_infrastruktura_podpis_elektroniczny_do_pełnomocnictwa_inzynieria_rzeszow”, który zawierał podpisy dwóch osób upoważnionych do reprezentacji Inżynierii Rzeszów, które przez Wykonawcę zostały zweryfikowane jako poprawne, na dowód czego dołącza potwierdzenie poprawnie zweryfikowanych podpisów z 17.09.2019 r., wygenerowane automatycznie przez program Szafir.

Faktycznie do pisma załączono potwierdzenie pozytywnej weryfikacji w tej dacie podpisów tych osób złożonych 16 i 17 września 2019 r., ale w pliku „Pełnomocnictwo DK28.pdf.XAdES”, czyli innym niż plik, który został przesłany wraz z ofertą Zamawiającemu.

Pismem z 29 października 2019 r. Zamawiający w trybie art. 26 ust. 1 pzp wezwał Konsorcjum PBI do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp. W określonym terminie Konsorcjum PBI przesłało oświadczenia i dokumenty, które nie zostały już zweryfikowane przez Zamawiającego.

Pismem z 7 listopada 2019 r. Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum PBI o wskazanie, technicznej możliwości prawidłowej weryfikacji przekazanego wraz z ofertą pliku pn. „pbi_infrastruktura_podpis_elektroniczny_do_pełnomocnictwa_inzynieria_rzeszow”, zawierającego podpisy dwóch osób upoważnionych do reprezentacji Inżynierii Rzeszów, w zakresie udzielenia pełnomocnictwa dla PBI Infrastruktury jako pełnomocnika w rozumieniu art. 23 ust. 2 pzp.

W piśmie tym Zamawiający zaznaczył, że powyższe podpisy zweryfikował przy pomocy 5 różnych programów służących do tego celu (Szafir Weryfikująca 1.0, Szafir 2.0, Pem – Heart Signature, PWPW, proCertum SmartSign) jako niepoprawne.

W piśmie z 12 listopada 2019 r. Konsorcjum PBI ponownie powołało się na pozytywne zweryfikowanie przez siebie 17 września 2019 r. podpisów elektronicznych, o czym uprzednio informowało w piśmie z 18 października 2019 r.

Niezależnie od tego Konsorcjum PBI przypomniało Zamawiającemu, że w wyniku skierowanego przez niego w trybie art. 26 ust. 3 pzp wezwania 18 października 2019 r. uzupełniło pełnomocnictwo i wniosło o akceptację przez Zamawiającego tego dokumentu.

Pismem z 15 listopada 2019 r. Zamawiający poinformował Konsorcjum PBI

o unieważnieniu skierowanego w trybie art. 26 ust. 1 pzp wezwania z 29 października 2019 r.

Tego samego dnia na platformie elektronicznej Zamawiający zamieścił również informację o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Z uzasadnienia tej decyzji wynika w szczególności, że odrzucenie oferty Konsorcjum PBI na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ust 1 w zw. z art. 10a ust. 5 pzp oraz § 3 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz. U. z 2017r., poz. 1320 z późn. zm.), a także art. 89 ust. 1 pkt 8 pzp w zw. z art. 73 § 1 kc w zw. z art. 78¹ § 1 kc w zw. z art. 14 ust. 1 pzp – zostało powiązane z pełnomocnictwem załączonym do oferty, dla którego wynik weryfikacji w odniesieniu do podpisów złożonych przez osoby uprawnione do reprezentowania Inżynierii Rzeszów był negatywny.

W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający zwrócił uwagę, że potwierdzenie pozytywnej weryfikacji podpisów z 17 września 2019 r., na które powoływało się Konsorcjum PBI, dotyczyło innych plików niż złożone wraz z ofertą pliki obejmujące pełnomocnictwo i jego podpisy.

Z uzasadnienia faktycznego wynika również jednoznacznie, że Zamawiający nie wziął pod uwagę uzupełnionego pełnomocnictwa, gdyż jego zdaniem nie wynikało z niego, że , jak to określono, „stan umocowania pełnomocnika” przez Inżynierię Rzeszów. do złożenia oferty istniał już w dniu jej podpisania. A w orzecznictwie Izby dopuszczono wprawdzie możliwość złożenia dokumentów z datą późniejszą, jednakże musi to dotyczyć takiej sytuacji, w której z ich treści można w sposób jasny, wyraźny i niebudzący wątpliwości ustalić, że stan umocowania pełnomocnika nastąpił nie później niż w dniu przedłożenia dokumentów.

Według Zamawiającego nie jest możliwe uzupełnienie pełnomocnictwa sporządzonego w formie elektronicznej z podpisem kwalifikowanym już po dokonaniu czynności prawne, skoro – jak orzekła Izba w wyroku z 5 sierpnia 2019 r. sygn. akt KIO 1408/19 – nie jest możliwe pisemne potwierdzenie istniejącego wcześniej pełnomocnictwa udzielonego w innej formie, gdyż zgodnie z art. 99 § 1 kc pełnomocnictwo do złożenia oferty w formie szczególnej musi dla swojej ważności mieć tę samą formę

Wreszcie Zamawiający zaznaczył, że wykonawca nie może zostać po raz kolejny wezwany do uzupełnienia pełnomocnictwa.

W piśmie z 2019 r. Konsorcjum PBI zajęło stanowisko, że z treści wezwania z 11 października 2019 r. nie wynikał rzeczywisty, a konieczny zakres uzupełnienia pełnomocnictwa, który stał się oczywisty dopiero po otrzymaniu informacji o odrzuceniu oferty.

Jednocześnie Konsorcjum PBI załączyło do tego pisma dla wykazania istnienia na 19

września 2019 r. ze strony Inżynierii Rzeszów umocowania dla PBI Infrastruktury do złożenia oferty:

- oryginalny plik zawierający pełnomocnictwo z 12 września 2019 r. pn. „Pełnomocnictwo DK28.pdf” oraz plik pn. „Pełnomocnictwo DK28.pdf.XAdES” zawierający kwalifikowane podpisy dwóch osób upoważnionych do reprezentacji Inżynierii Rzeszów złożone 13 września 2019 r.,
- umowę konsorcjum z 12 września 2019 r.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Argumentację odwołania w uproszczeniu sprowadzić można do następujących alternatywnych względem siebie, przynajmniej częściowo, twierdzeń: (1) pełnomocnictwo złożone wraz z ofertą jest prawidłowe, (2) jeżeli jednak nie jest, prawidłowe jest pełnomocnictwo złożone w odpowiedzi na wezwanie, (3) jeżeli jednak nie jest, podlega uzupełnieniu, gdyż wezwanie było nieprawidłowe, a *de facto* zostało już uzupełnione po otrzymaniu zawiadomienia o odrzuceniu oferty.

Za oczywiście bezpodstawne należy uznać pierwsze z powyższych twierdzeń, gdyż nie znajduje ono oparcia w poczynionych powyżej ustaleniach faktycznych, a opiera się *de facto* nieuprawnionej, bo wybiórczej interpretacji przepisów regulujących formę składania oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia (poza wszelkim sporem było jednak, że pełnomocnictwo do złożenia oferty musi być w tej samej formie). Odwołujący ogranicza się do literalnego brzmienia art. 78¹ § 1 kc [*Do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym.*] czy art. 10a ust. 5 pzp [*Oferty (...) sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym*] i przechodzi do porządku dziennego nad przepisami, które dotyczą weryfikacji kwalifikowanych podpisów elektronicznych zawartymi w rozporządzeniu 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 uchylającego dyrektywę 1999/93/WE (Dz. Urz. UE L 257 z 8.08.2014 r., str. 73) {„rozporządzenie eIDAS”} oraz służącej jego wykonaniu ustawy z dnia 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej (Dz.U. poz. 1579 ze zm.). Stąd chybione jest przyrównywanie sytuacji braku możliwości zweryfikowania przez adresata oświadczenia woli złożonego w formie elektronicznej ważności kwalifikowanego podpisu elektronicznego z sytuacją nieczytelności dla adresata oświadczenia woli złożonego w formie pisemnej odręcznego podpisu.

I tak zgodnie z definicjami zawartymi w art. 3 ust. 1 rozporządzenia eIDAS:

- (pkt 12) „kwalifikowany podpis elektroniczny” oznacza zaawansowany podpis elektroniczny, który jest składany za pomocą kwalifikowanego urządzenia do składania podpisu elektronicznego i który opiera się na kwalifikowanym certyfikacie podpisu elektronicznego;
- (pkt 14) „certyfikat podpisu elektronicznego” oznacza poświadczenie elektroniczne, które przyporządkowuje dane służące do walidacji podpisu elektronicznego do osoby fizycznej i potwierdza co najmniej imię i nazwisko lub pseudonim tej osoby;
- (pkt 15) „kwalifikowany certyfikat podpisu elektronicznego” oznacza certyfikat podpisu elektronicznego, który jest wydawany przez kwalifikowanego dostawcę usług zaufania i spełnia wymogi określone w załączniku .

W art. 32 rozporządzenia określono z kolei wymogi dla walidacji kwalifikowanych podpisów elektronicznych. Zgodnie z ust. 1 proces walidacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego potwierdza ważność kwalifikowanego podpisu elektronicznego, pod warunkiem że: a) certyfikat, który towarzyszy podpisowi, był w momencie składania podpisu kwalifikowanym certyfikatem podpisu elektronicznego zgodnym z załącznikiem I; b) kwalifikowany certyfikat został wydany przez kwalifikowanego dostawcę usług zaufania i był ważny w momencie składania podpisu; c) dane służące do walidacji podpisu odpowiadają danym dostarczonym stronie ufającej; d) unikalny zestaw danych reprezentujących podpisującego umieszczony w certyfikacie jest prawidłowo dostarczony stronie ufającej; e) jeżeli w momencie składania podpisu użyty został pseudonim, zostaje to wyraźnie wskazane stronie ufającej; f) podpis elektroniczny został złożony za pomocą kwalifikowanego urządzenia do składania podpisu elektronicznego; g) integralność podpisanych danych nie została naruszona; h) wymogi przewidziane w art. 26 {zgodnie z którym zaawansowany podpis elektroniczny musi spełniać następujące wymogi: a) jest unikalnie przyporządkowany podpisującemu; b) umożliwia ustalenie tożsamości podpisującego; c) jest składany przy użyciu danych służących do składania podpisu elektronicznego, których podpisujący może, z dużą dozą pewności, użyć pod wyłączną swoją kontrolą; oraz d) jest powiązany z danymi podpisanymi w taki sposób, że każda późniejsza zmiana danych jest rozpoznawalna. zostały spełnione w momencie składania podpisu}. Z kolei według treści ust. 2 system wykorzystany do walidacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego zapewnia stronie ufającej prawidłowy wynik procesu walidacji i umożliwia stronie ufającej wykrycie wszelkich problemów związanych z bezpieczeństwem.

Zgodnie z art. 33 ust. 1 rozporządzenia eIDAS kwalifikowaną usługę walidacji kwalifikowanych podpisów elektronicznych świadczy wyłącznie kwalifikowany dostawca usług zaufania, który: a) zapewnia walidację zgodnie z art. 32 ust. 1; oraz b) umożliwia stronom ufającym otrzymanie wyniku procesu walidacji w automatyczny, wiarygodny

i skuteczny sposób oraz przy użyciu zaawansowanego podpisu elektronicznego lub zaawansowanej pieczęci elektronicznej dostawcy kwalifikowanej usługi walidacji.

Natomiast zgodnie z art. 14 pkt 1 ustawy o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej kwalifikowany dostawca usług zaufania, wydając kwalifikowany certyfikat podpisu elektronicznego, jest obowiązany uzyskać od osoby ubiegającej się o certyfikat potwierdzenie przyporządkowania do niej danych służących do weryfikacji podpisu elektronicznego, które są zawarte w wydanym certyfikacie. Z kolei stosownie do art. 18 ust. 1 i 2 tej ustawy podpis elektroniczny lub pieczęć elektroniczna weryfikowane za pomocą certyfikatu wywołują skutki prawne, jeżeli zostały złożone w okresie ważności certyfikatu, natomiast złożone w okresie zawieszenia certyfikatu wykorzystywanego do jego weryfikacji nie wywołują skutków prawnych. Informacja o zawieszeniu certyfikatu jest udostępniana w ramach usługi informowania o statusie certyfikatu.

Stąd w orzecznictwie Izby nie budzi wątpliwości, że:

- zamawiający posługując się narzędziem do walidacji podpisu elektronicznego pochodzącego od kwalifikowanego podmiotu uprawnionego do dokonywania walidacji takich podpisów jest w stanie zweryfikować, czy złożony podpis jest oparty na kwalifikowanym certyfikacie czy też nie (wyrok z 13 sierpnia 2019 r. sygn. akt KIO 1479/19);
- stwierdzenie ważności i prawidłowości złożenia kwalifikowanego podpisu elektronicznego na gruncie ustawy pzp powinno być oceniane (uwzględniając przepisy rozporządzenia eIDAS) poprzez wynik walidacji przeprowadzonej przez kwalifikowanego dostawcę usług zaufania w ramach świadczonej kwalifikowanej usługi walidacji danego kwalifikowanego podpisu elektronicznego (wyrok z 13 lutego 2019 r. sygn. akt KIO 137/19);
- za kwalifikowany podpis elektroniczny można uznać za prawidłowo złożony tylko wówczas, gdy można go skutecznie zweryfikować i potwierdzić jego ważność (wyrok z dnia 20 lutego 2019 r. sygn. akt KIO 208/19).

Izba w tej sprawie podziela stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, że w świetle przywołanych powyżej unormowań dla uznania, że pełnomocnictwo przesłane wraz z ofertą zostało opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, jako tzw. osoba ufająca powinien on mieć możliwość dokonania walidacji podpisu za pośrednictwem kwalifikowanego dostawcy usług zaufania, który jest wpisany do rejestru, gdyż zapewnia to prawidłowy wynik procesu walidacji, umożliwiając wykrycie wszelkich problemów związanych z bezpieczeństwem. Jednocześnie negatywny wynik takiej weryfikacji złożonego wraz z ofertą pełnomocnictwa prowadzi do wniosku, że kwalifikowany podpis elektroniczny nie został złożony lub został złożony w sposób nieprawidłowy, co rodzi skutek w postaci uznania tego pełnomocnictwa za nieopatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a zatem niespełniające wymogu art. 78¹ § 1 kc.

Izba zważyła, że choć w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Zamawiający podał wprost, że elektroniczne podpisy osób upoważnionych do reprezentowania Inżynierii Rzeszów zostały przez niego zweryfikowane jako niepoprawne przy pomocy konkretnie wskazanych programów oferowanych przez kwalifikowanych dostawców usług zaufania, wydających kwalifikowany certyfikat podpisu elektronicznego, odwołanie nie zawiera żadnego konkretnego zarzutu podważającego prawidłowość przeprowadzonej przez Zamawiającego w ten sposób weryfikacji tych podpisów elektronicznych. Zamiast tego w odwołaniu sformułowano zarzut naruszenia art. 61 § 2 kc, który nie przystaje do okoliczności tej sprawy, w której Zamawiający mógł co prawda zapoznać się z treścią pełnomocnictwa złożonego wraz z ofertą, ale ponieważ nie zostało ono złożone we właściwej formie, o której mowa w art. 78¹§ kc, zastrzeżonej pod rygorem nieważności w art. 10a ust. 5 pzp w zw. z art. 14 pzp w zw. z art. 99 § 1 kc, było ono nieważne.

Reasumując nie ma wątpliwości, że dla zachowania formy elektronicznej konieczne jest złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym, przy czym chodzi o tzw. bezpieczny podpis elektroniczny weryfikowalny przez tego, komu składane jest oświadczenie woli w tej formie, przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

W istocie rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało oceny, czy w powyżej ustalonych okolicznościach Zamawiający prawidłowo uznał, że opatrzenie uzupełnionego na jego wezwanie pełnomocnictwa podpisami kwalifikowanymi po upływie terminu składania ofert przesądza automatycznie, niezależnie od treści tego pełnomocnictwa i okoliczności towarzyszących jego udzieleniu, o braku wykazania umocowania do złożenia oferty. Rozważenia wymagało również, czy Zamawiający prawidłowo przeprowadził procedurę z art. 26 ust. 3a pzp.

Zgodnie z art. 26 ust. 3a pzp 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. W aktualnym stanie prawnym uzupełnianie pełnomocnictwa zostało uregulowane w odrębnym przepisie, co nie oznacza, że przy jego interpretacji nie można się odwołać do dorobku doktryny i orzecznictwa wypracowanego na gruncie art. 26 ust. 3 pzp w poprzednim stanie prawnym, gdy przepis ten obejmował również uzupełnianie pełnomocnictwa.

Odwołanie jest zasadne, gdyż Zamawiający nieprawidłowo zinterpretował, że z uzupełnionego na jego wezwania pełnomocnictwa nie wynika, że wolą obu partnerów Konsorcjum PBI jako mocodawców (*de facto* osób działających w charakterze organu

uprawnionego do reprezentacji spółek), w tym Inżynierii Rzeszów, jest udzielenie PBI Infrastrukturze umocowania do podpisania i złożenia Zamawiającemu wspólnej oferty. W ramach uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 pzp, jak paradoksalnie trafnie zaznaczono w odpowiedzi na odwołanie, za prawidłowe należy uznać tylko pełnomocnictwo z datą adekwatną dla daty dokonania czynności, ale również z datą późniejszą, jeżeli potwierdza istnienie umocowania do dokonania danej czynności na dzień jej dokonania, tj. z jego treści wynika, że pełnomocnik był umocowany do dokonania czynności w chwili złożenia oferty. Tyle tylko, że Zamawiający przeszedł do porządku dziennego nad treścią uzupełnionego pełnomocnictwa, która była identyczna z treścią pełnomocnictwa złożonego wraz z ofertą i wprost wskazywała, że wolą mocodawców jest ustanowienie PBI Infrastruktury pełnomocnikiem wszystkich trzech wykonawców ubiegających się wspólnie o to konkretne zamówienie uprawnionym w szczególności do podpisania i złożenia wspólnej oferty.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, że do oceny pełnomocnictw składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, znajduje zastosowanie – na mocy art. 14 ust. 1 ustawy pzp – art. 65 § 1 Kc, określający zasady wykładni oświadczeń woli. Zgodnie z tym przepisem oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Ponadto zwrócić należy uwagę na wpływające z orzecznictwa Sądu Najwyższego dyrektywy co do powinności dokonywania życzliwej interpretacji oświadczeń woli, wspomagającej uznanie czynność prawną za ważną (por. wyrok Sądu Najwyższego z 14 grudnia 2016 r. sygn. akt II PK 276/15). Nieuwzględnienie tych wytycznych w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego może prowadzić do wniosków i ocen godzących w określoną w art. 7 ust. 1 pzp zasadę proporcjonalności, do czego w ocenie Izby doszło w tej sprawie.

Ocena umocowania pełnomocnika do złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia powinna być dokonana z uwzględnieniem okoliczności, w jakich pełnomocnictwo zostało udzielone. W związku z tym ocena taka nie może abstrahować od treści pierwotnie istniejącego umocowania, przyczyn uznania za nieprawidłowe pełnomocnictwa złożonego wraz z ofertą ani od treści wezwania do jego uzupełnienia i sposobu zastosowania się do tego wezwania. Zdaniem Izby Zamawiający zaniechał dokonania takiej wszechstronnej oceny, o czym świadczy fakt, że w przedstawionym uzasadnieniu swojej czynności nie odniósł się do wskazanych wyżej okoliczności.

W pierwszej kolejności należało zatem wziąć pod uwagę, że przed złożeniem oferty została zawarta w formie pisemnej umowa konsorcjum {okoliczność ta nie była kwestionowana}, z której wynikało umocowanie lidera Konsorcjum PBI do złożenia oferty wspólnej w imieniu wszystkich jego członków, w tym Inżynierii Rzeszów. Chociaż z punktu

widzenia aktualnie obowiązujących przepisów ustawy pzp, wymuszających tzw. elektroniczną postępowania o udzielenie zamówienia, pełnomocnictwo w formie pisemnej nie może być uznane za prawidłowe, wyrażało ono wolę mocodawców ustanowienia pełnomocnika do podpisania i złożenia oferty, która to wola została uzewnętrzniona przed dokonaniem tych czynności przez tego pełnomocnika. Pełnomocnictwo elektroniczne złożone wraz z ofertą nie było zatem pierwotnie udzielonym umocowaniem, a zostało sporządzone w celu dochowania tej samej formy, która jest wymagana jako wyłączna dla oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Następnie należało uwzględnić fakt, że pełnomocnictwo złożone na skutek wezwania było analogiczne co do treści z pełnomocnictwem złożonym wraz z ofertą (które z kolei znajdowało oparcie w umowie konsorcjum), a jednocześnie usuwało zaistniały we wcześniej złożonym pełnomocnictwie brak formalny. Sporządzone przez Zamawiającego uzasadnienie nie odpowiada na pytanie, dlaczego zestawienie powyższych faktów nie doprowadziło go do wniosku, że – przy interpretacji pełnomocnictw zgodnie z 65 § 1 Kodeksu cywilnego – osoba pełnomocnika nie była na dzień złożenia oferty umocowana do dokonania tej czynności w imieniu całego Konsorcjum PBI.

Należy również zwrócić uwagę na treść wezwania do uzupełnienia pełnomocnictwa, które Zamawiający wystosował do Odwołującego. Sprowadzało się ono do wskazania, że Zamawiający oczekuje uzupełnienia braku polegającego na braku dających się poprawnie zweryfikować podpisów osób uprawnionych do reprezentacji Inżynierii Rzeszów. Zamawiający w żaden sposób nie dał do zrozumienia, że w tym celu wymaga przedstawienia pełnomocnictwa, które będzie opatrzone podpisami złożonymi przed upływem terminu składania ofert. Wręcz przeciwnie, przebieg dalszego postępowania świadczy o tym, że Zamawiający na etapie wezwania nie miał i nie mógł mieć takich oczekiwań, skoro po otrzymaniu uzupełnionego pełnomocnictwa przystąpił do dalszego procedowania względem oferty Konsorcjum PBI jako najwyżej ocenionej.

Wreszcie nie można pominąć, że Odwołujący uzupełnił pełnomocnictwo w sposób, który stanowi literalne zastosowanie się do treści wezwania wystosowanego przez Zamawiającego. W przekonaniu Izby wynikający z orzecznictwa wypracowanego na tle stosowania art. 26 ust. 3 pzp nakaz sformułowania wezwania na tyle jednoznaczne i precyzyjne, aby realnie umożliwić wykonawcy usunięcie tego braku, nie został dochowany w okolicznościach tej sprawy. Procedura przewidziana w art. 26 ust. 3a pzp nie może służyć zastawieniu na wykonawcę swoistej pułapki, polegającej na tym, że w miejsce jednego braku zostanie stwierdzony inny, który immanentnie wynika z zastosowania się wprost do treści wezwania.

Skoro Zamawiający zmienił dopiero po uzupełnieniu swoje stanowisko co do tego,

jak powinno wyglądać jego zdaniem prawidłowe uzupełnienie pełnomocnictwa załączonego do oferty, powinien był ponowić wezwanie w trybie art. 26 ust. 3a pzp, względnie wezwać w tym zakresie do wyjaśnień. Jak się bowiem okazało w tej sprawie, Konsorcjum PBI było w stanie uczynić zadość również i nowym oczekiwaniom Zamawiającego, gdyż jednak dysponowało pełnomocnictwem sporządzonym we właściwej formie i opatrzonym ważnymi podpisami przed upływem terminu składania ofert. Z kolei w ramach wyjaśnień Konsorcjum PBI mogłoby również powołać się na zawarcie przed tym terminem umowy konsorcjum, która obejmuje swoją treścią udzielenie stosownego pełnomocnictwa do podpisania i złożenia oferty wspólnej w imieniu wszystkich jego członków przez lidera. Zamiast tego Zamawiający wezwał ponownie do wykazania, że podpisy, którym było opatrzone pełnomocnictwo złożone wraz z ofertą, poddają się weryfikacji.

Niezależenie od powyższego zdaniem Izby skoro art. 26 ust. 3a pzp przewiduje możliwość uzupełnienia pełnomocnictwa również do złożenia oferty, nie ma powodu, aby wyłącznie z uwagi na specyfikę składania podpisu elektronicznego, zawierającego w sobie tzw. znacznik czasu, wywodzić wbrew treści pełnomocnictwa, że nie obejmuje ono umocowania do złożenia oferty.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 w zw. z art. 26 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp. W pierwszej kolejności zaliczono do tych kosztów uiszczony przez Odwołującego wpis oraz potwierdzone złożonym rachunkiem koszty wynagrodzenia pełnomocnika – zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Ponadto kosztami postępowania odwoławczego obciążono Zamawiającego, od którego – zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia – zasądzono na rzecz Odwołującego poniesione przez niego koszty z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.