

O niektórych aspektach elektronizacji zamówień publicznych na tle orzecznictwa KIO

ŻANETA URBANIAK

Ustawodawca polski na mocy nowelizacji ustawy z 29.1.2004 r. – Prawo zamówień publicznych¹ implementował do krajowego porządku prawnego dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.2.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE², wprowadzając obowiązek zapewnienia łączności pomiędzy zamawiającym a wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Od dnia wejścia w życie przepisów dotyczących elektronizacji zamówień publicznych pojawiło się wiele problemów praktycznych związanych z ich interpretacją, także w orzecznictwie KIO oraz sądów powszechnych. Najważniejsze z nich dotyczą znaczenia prawnego elektronicznej formy oferty.

I. Złożenie oferty elektronicznej – podpisanie każdego załącznika?

W sprawie rozstrzygniętej wyrokiem KIO z 18.6.2019 r. (sygn. 1029/19) wykonawca w postępowaniu przetargowym o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym na „utrzymanie oraz modyfikację Centralnego Archiwum Protokołu Elektronicznego” złożył ofertę, na którą składały się następujące elementy:

- 1) odpis z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego dla P sp. z o.o.;
- 2) oferta;
- 3) wadium;
- 4) odpis z rejestru przedsiębiorców KRS dla komplementariusza dla P sp. z o.o.;
- 5) jednolity europejski dokument zamówienia (JEDZ);
- 6) pełnomocnictwo;
- 7) JEDZ komplementariusza;
- 8) odpis z rejestru przedsiębiorców KRS dla komplementariusza dla C.

Oferta Wykonawcy została złożona w ten sposób, że załączył on wszystkie pliki i po załadowaniu ich na platformę podpisał wszystkie dokumenty kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Wykonawca wskazał w czasie postępowania, że system, który udostępnił Zamawiający w celu złożenia oferty, nie przewidywał możliwości podpisania każdego pliku osobno na wcześniejszym etapie sporządzania oferty, z tego też powodu załączył on ofertę wraz z załącznikami w systemie informatycznym udostępnionym przez Zamawiającego i podpisał dokumenty jako grupę ośmiu dokumentów po ich wczytaniu na platformę.

Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Wykonawcy, wskazując, że sposób złożenia oferty opisany był w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w której wskazano, że Wykonawca zobowiązany jest do złożenia oferty w postaci elektronicznej z kwalifikowanym podpisem elektronicznym osób uprawnionych do reprezentowania Wykonawcy. Oferta powinna być przygotowana w postaci elektronicznej i opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym, tylko tak sporządzony dokument czyni zadość wymaganiom określonym dla dokumentu elektronicznego i może być uznany za ofertę.

W opinii Zamawiającego tylko dwa dokumenty zostały złożone w formie elektronicznej i czyniły zadość wymaganiom określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. pełnomocnictwo oraz JEDZ podmiotu P sp. z o.o. sp.k. Pozostałe dokumenty nie posiadały waloru dokumentu elektronicznego, ponieważ nie zostały opatrzone właściwym podpisem. W konsekwencji ziściła się przesłanka do odrzucenia oferty tego Wykonawcy w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 1 ZamPublU.

¹ T. jedn.: Dz.U. z 2019 r. poz. 1843; dalej jako: ZamPublU, znowelizowana ustawą z 22.6.2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. poz. 1020; dalej jako: nowelizacja.

² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.2.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE; dalej jako: dyrektywa klasyczna.

W związku z decyzją Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania wniósł on odwołanie do KIO, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 1 ZamPublU z uwagi na niezasadne przyjęcie, że treść oferty jest niezgodna z ustawą;
- 2) art. 10a ust. 5 ZamPublU w zw. z art. 78 KC z uwagi na niezasadne przyjęcie, że oferta odwołującego nie została złożona w postaci elektronicznej z kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a tym samym jej treść jest niezgodna z ustawą;
- 3) w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 ZamPublU w związku z prowadzeniem postępowania sprzecznie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez nieuprawnione niekorzystne traktowanie Odwołującego, którego oferta nie powinna zostać odrzucona;
- 4) Odwołujący z ostrożności procesowej – w przypadku uznania przez Izbę, że brak jest dowodów wskazujących na fakt podpisania oferty kwalifikowanym podpisem elektronicznym – zarzucił naruszenie;
- 5) art. 10b ZamPublU poprzez zaniechanie zapewnienia narzędzi i urządzeń wykorzystywanych do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej oraz ich właściwości technicznych (w szczególności Systemu S.), które byłyby niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne z produktami służącymi elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych będącymi w powszechnym użyciu oraz nie mogłyby ograniczać wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia;
- 6) art. 93 ust. 1 pkt 7 ZamPublU poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania w sytuacji, w której postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- 7) a w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 ZamPublU w związku z prowadzeniem postępowania sprzecznie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez nieuprawnione niekorzystne traktowanie odwołującego, którego oferta nie powinna zostać odrzucona.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Według KIO zamawiający odrzuca ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ZamPublU, jeżeli jest niezgodna z ustawą. Niezgodność oferty z ustawą może mieć miejsce wtedy, gdy Wykonawca nie zachowa właściwej formy oferty, tj. złoży ją w niewłaściwej formie. W przypadku zamówień o wartości większej niż progi unijne wykonawca w oparciu o art. 10a ust. 5 ZamPublU zobowiązany jest złożyć ofertę w formie elektronicznej z kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Odstępstwo od tej reguły prowadzi do zmaterjalizowania się po stronie Zamawiającego obowiązku odrzucenia oferty Wykonawcy. W stanie faktycznym niniejszej sprawy Wykonawca złożył ofertę i podpisał ją kwalifikowanym podpisem elektronicznym jako paczkę dokumentów po wczytaniu ich na platformę zakupową. Skład orzekający w oparciu o materiał dowodowy zgromadzony w sprawie uznał, że skoro z dokumentacji postępowania nie wynikał obowiązek podpisania oddzielnie każdego dokumentu stanowiącego załącznik do oferty przez Wykonawcę pod wszystkimi dokumentami załączonymi na platformie zakupowej, to należy uznać, że złożona oferta spełnia wymóg określony w art. 10a ust. 5 ZamPublU, bowiem została złożona w formie elektronicznej i opatrzona podpisem elektronicznym z kwalifikowanym certyfikatem. Tym samym oferta ta nie była sprzeczna z przepisem i nie ma podstaw do jej odrzucenia.

Komentarz. KIO musiała rozstrzygnąć, czy dla zachowania właściwej formy czynności prawnej, jaką jest złożenie oferty, niezbędne jest opatrzenie kwalifikowanym podpisem elektronicznym oferty oraz wszystkich dokumentów załączonych do oferty jako osobnych plików. Izba w przedmiotowym stanie faktycznym słusznie wskazała, że z żadnego przepisu prawa nie wynika, w jaki sposób dokumenty mają zostać przygotowane i opatrzone podpisem elektronicznym. 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 żadnego przepisu KC oraz ZamPublU nie wynika, w jaki sposób kwalifikowany podpis elektroniczny powinien być złożony pod oświadczeniem, aby mógł zostać uznany za skuteczny, w związku z czym uznać należy, że osoba składająca oświadczenie ma w tym zakresie dowolność. Swoboda wykonawcy w tym zakresie może zostać ograniczona w drodze jasnych i precyzyjnych wymagań zamawiających, sprecyzowanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jeżeli jednak zamawiający nie sprecyzują wymagań w tym zakresie, nie mogą wymagać od wykonawców określonego zachowania, a opatrzenie kilku plików jednym kwalifikowanym podpisem elektronicznym spełnia wymagania przepisów i czyni zadość obowiązkowi nałożonemu przez ustawodawcę w tym zakresie.

II. Wymagany format pliku składanego wraz z ofertą

W świetle wyroku KIO z 3.8.2020 r. (KIO 1451/20) zamawiająca Regionalna Baza Logistyczna w K. (dalej jako: Zamawiający) prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego.

czonego na „dostawę dla WS i ŻW – bielizny specjalnej letniej dla pletwonurków, bielizna specjalna zimowa dla pletwonurków, bielizna z dzianiny trudnotopliwej z długimi rękawami, skarpety z dzianiny trudnotopliwej WS”. Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy T Sp. z o.o. sp. k z siedzibą w T. (dalej jako: Odwołujący) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ZamPublU, ponieważ Odwołujący skompresował plik oferty przy użyciu formatu kompresji RAR, który nie został dopuszczony przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 10a ust. 5 w zw. z art. 10b i art. 10g w zw. z § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 27.6.2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych³ w zw. z art. 18 ustawy z 17.2.2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne⁴ w zw. z załącznikiem nr 2 rozporządzenia Rady Ministrów z 12.4.2012 r. w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych (dalej jako: KRIR) poprzez wadliwe uznanie, że format kompresji „RAR”, w jakim Odwołujący skompresował ofertę, jest niedozwolony, podczas gdy Zamawiający prawidłowo otworzył ofertę tak skompresowaną i poinformował w informacji o otwarciu ofert o otwarciu o danych z art. 86 ZamPublU, a także ww. format kompresji jest dopuszczalny, powszechnie stosowany i nie można z tego powodu wykluczać ofert, co też stanowi nieuzasadnioną dyskryminację i naruszenie zarówno interoperacyjności, jak i neutralności technologicznej, a co więcej – w swych instrukcjach dopuszczał taki format.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie Odwołującego wskazał, że o tym, w jakim formacie wykonawca powinien był skompresować plik, decydują postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia i przepisy powszechnie obowiązującego prawa polskiego. Zamawiający podniósł, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jednoznacznie określił, w jakich formatach wykonawca winien złożyć dokumenty elektroniczne. W tym również wskazał, jakiego formatu wykonawca winien użyć do skompresowania wypełnionego formularza JEDZ i jawnej części oferty, a dodatkowo obowiązujące regulacje prawne wskazują wprost, w jakich formatach mogą być składane dokumenty elektroniczne przekazywane zamawiającemu przez wykonawcę za pomocą środków komunikacji elektronicznej, a także jakie formaty można wykorzystać do kompresji danych. W ocenie Zamawiającego należy przyjąć, iż w takiej sytuacji obowiązujące dla wszystkich wykonawców starających się o uzyskanie zamówienia są formaty wynikające z zapisów SIWZ oraz obowiązujących aktów prawnych, tj. z załącznika nr 2 do rozporządzenia KRIR. Taka interpretacja pozwala na dochowanie przez Zamawiającego obowiązku uczciwego traktowania wykonawców, a tym samym zachowania zasady konkurencyjności. Przeciwna interpretacja prowadziłaby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców przewidzianej w art. 7 ZamPublU.

W ocenie Izby nie można tracić z oczu celu, któremu służy złożenie oferty w postaci elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Celem złożenia oferty skompresowanej w danym formacie przewidzianym w SIWZ czy też wskazanym w załączniku nr 2 do KRIR jest zapoznanie się z jej treścią, co w przypadku ofert składanych w postaci elektronicznej od strony praktycznej (technicznej) sprowadza się do zapewnienia zgodności narzędzi posiadanych przez zamawiającego z tymi, którymi posłużył się dany wykonawca, po to, aby możliwe było rozpakowanie plików. Zgodność czy też kompatybilność narzędzi służących z jednej strony do archiwizacji i kompresji dokumentów elektronicznych z narzędziami służącymi z drugiej strony do rozpakowania plików ma prowadzić do osiągnięcia celu, tj. złożenia przez wykonawcę oferty skompresowanej w takim formacie, który umożliwi zamawiającemu, przy zapewnieniu minimum narzędzi, zapoznanie się z jej treścią. Jednocześnie – jak wynika z przywołanego już wyżej e-podręcznika Ministerstwa Cyfryzacji – „rozpakowanie pliku (wyodrębnienie plików zawartych w archiwum) jest czynnością czysto techniczną, a nie prawną”. Skoro zatem sam ustawodawca przewidział, że podmiot realizujący zadania publiczne ma umożliwić przyjmowanie dokumentów elektronicznych w formatach danych określonych w załączniku nr 2, dopuszczając m.in. narzędzie 7-Zip, które zapewnia możliwość rozpakowania pliku w archiwum .rar (dopuszczonym zresztą w tym postępowaniu przez Zamawiającego na gruncie specyfikacji), a w konsekwencji zapoznania się z oświadczeniem woli wykonawcy, to nie sposób stwierdzić, że Odwołujący, składając ofertę skompresowaną w ww. archiwum, uchybił przepisom ZamPublU i aktów wykonawczych do niej i że jego oferta winna zostać odrzucona jako niezgodna z ustawą.

W tym miejscu szczególnie podkreślić należy, że rozpakowanie oferty Odwołującego nie powodowało po stronie Zamawiającego powstania dodatkowych obowiązków związanych z nabyciem innego oprogramowania niż przewidziane w załączniku nr 2 KRIR, nie generowało również po stronie Zamawiającego żadnych kosztów, mimo że Zamawiający wskazywał na komercyjny charakter narzędzia WinRAR. Co więcej, Zamawiający nie podważał w toku rozprawy przed Izbą pochodzenia czy legalności oprogramowania zastosowanego przez Odwołującego.

³ Dz.U. z 2017 r. poz. 1320; dalej jako: ElektrZamPubR.

⁴ Dz.U. z 2005 r. Nr 64 poz. 565; dalej jako: InformPodPublU.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, który w toku rozprawy decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego uzasadniał koniecznością poszanowania zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 7 ust. 1 ZamPublU. Podkreślić należy, że zasada ta znajduje zastosowanie w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i nie może być pojmowana abstrakcyjnie. W okolicznościach tej sprawy nie budziło wątpliwości Izby, że Zamawiający równo potraktował wszystkich wykonawców. Wszyscy wykonawcy w świetle wymogów SIWZ mieli możliwość złożenia oferty skompresowanej w formacie .rar wskutek odesłania w specyfikacji do instrukcji przewidzianych na platformie zakupowej.

Komentarz. Oferta w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowi oświadczenie woli w rozumieniu przepisów KC. Zgodnie z treścią art. 61 § 1 zd. 1 KC: „oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią”. W przedmiotowym stanie faktycznym bezsporna była okoliczność, że oferta złożona przez Odwołującego została złożona, jak również że Zamawiający bez żadnych problemów technicznych podczas otwarcia ofert odszyfrował i otworzył ofertę Odwołującego, a co za tym idzie – mógł się z nią bez żadnych przeszkód zapoznać w terminie oznaczonym na otwarcie ofert.

Użyty przez Odwołującego do kompresji pliku format RAR jest formatem powszechnie używanym i akceptowanym, ponadto nie wymagała od Zamawiającego konieczności podejmowania jakichkolwiek czynności związanych z otwarciem oferty. Dlatego też brak jest uzasadnienia prawnego dla uznania, że użycie przez Odwołującego formatu RAR nie jest dopuszczalne, a oferta złożona przy użyciu tego sposobu kompresji powinna podlegać odrzuceniu. Odmienne kształtowałyby się sytuacja podmiotu, który złożyłby ofertę w formacie, który nie jest powszechnie dostępny, a czynność otwarcia takiej oferty wymagałaby od Zamawiającego podjęcia dodatkowych czynności, w szczególności zawarcia odpłatnej umowy licencji do programu umożliwiającego zapoznanie się z ofertą. W takim przypadku w mojej ocenie odrzucenie oferty Odwołującego byłoby uzasadnione. Jednakże w stanie faktycznym niniejszej sprawy działanie Zamawiającego ograniczyło się do otwarcia oferty przy użyciu programu, którym dysponował, a co za tym idzie – odrzucenie oferty ze względu na użycie formatu kompresji RAR winno zostać uznane za nadmierny formalizm.

III. Problem dopuszczalnego uzupełniania dokumentów

Stosownie do wyroku SO w Łodzi – III Wydział Cywilny Odwoławczy z 9.10.2019 r. (III Ca 1680/19) zamawiająca Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad – Oddział w Łodzi prowadziła postępowanie przetargowe „usługi bieżącego utrzymania, konserwacji i napraw urządzeń do regulacji ruchu drogowego, aktywnych znaków oraz oświetlenia przy drogach krajowych, z podziałem na 4 części”. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dwaj współwykonawcy działający w formie spółki cywilnej załączyli do oferty tylko jeden JEDZ, w związku z czym zamawiający wezwał wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie do złożenia JEDZ dla każdego przedsiębiorcy osobno. Wykonawcy w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego złożyli JEDZ, jednakże – jak się okazało – dokument złożony przez jednego ze współników spółki cywilnej został opatrzone wadliwym podpisem, tj. Zamawiający stwierdził, że wystąpiła wada integralności kwalifikowanego podpisu elektronicznego, a co za tym idzie – wstępne oświadczenie JEDZ złożone przez M.P. (2) nie zostało prawidłowo podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym, co uniemożliwiło stwierdzenie, że wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu. W ślad za stwierdzeniem, że Wykonawca złożył oświadczenie JEDZ w sposób nieprawidłowy, Zamawiający w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 12 ZamPublU wykluczył Wykonawcę z postępowania. Wykonawca nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego, w związku z czym złożył odwołanie od decyzji Zamawiającego do KIO, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 ZamPublU poprzez pozbawione podstaw faktycznych i prawnych wykluczenie Wykonawcy z postępowania;
- 2) art. 26 ust. 3 ZamPublU poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień odnośnie do JEDZ przedłożonego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego;
- 3) art. 26 ust. 4 ZamPublU poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień odnośnie do oświadczenia JEDZ przedłożonego na wezwanie Zamawiającego.

W kontekście podniesionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania oraz przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że niedopuszczalne jest wielokrotne wzywianie wykonawców do złożenia tego samego dokumentu. Zgodnie ze stanowiskiem przedstawionym przez Zamawiającego oświadczenie JEDZ zostało złożone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w sposób nieprawidłowy, gdyż JEDZ sporządza się pod rygorem nieważności w postaci elektronicznej i opatruje się elektro-

nicznym podpisem kwalifikowanym. W przedmiotowym stanie faktycznym na skutek weryfikacji podpisu elektronicznego okazało się, że podpisane dane zostały zmodyfikowane po jego uwierzytelnieniu.

Zdaniem KIO odwołanie należało uwzględnić, ponieważ odwołujący został nieprawidłowo wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Skład orzekający wskazał, że spółka cywilna jest stosunkiem zobowiązaniowym łączącym wspólników. W obrocie prawnym występują więc wspólnicy spółki cywilnej, a sama spółka nie jest podmiotem praw i obowiązków, w związku z czym nie może składać oświadczeń woli. W konsekwencji oświadczenie woli, jakim jest złożenie oferty, jest składane nie przez spółkę cywilną, a przez jej wspólników – traktowanych w systemie zamówień publicznych jako wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie. Również wspólnicy, a nie spółka, mogą stać się stroną przyszłej umowy o zamówienie publiczne. Izba stwierdziła, że JEDZ złożone przez wspólników spółki cywilnej wraz z ofertą były prawidłowe, na co wskazują okoliczności faktyczne sprawy. Fakt, że pierwotnie załączony do oferty JEDZ nie został podpisany przez każdego ze wspólników spółki cywilnej, nie przesądza automatycznie, że został on złożony wadliwie. Jak wynika z ustaleń Izby, oba JEDZ zostały podpisane przez M.P. (2), ponieważ jeden z nich został złożony w imieniu M.P. (2), drugi dokument JEDZ także został podpisany przez M.P. (2), jednak w oparciu o stosowne pełnomocnictwo, które dawało temu wspólnikowi prawo do złożenia oświadczenia JEDZ, a co za tym idzie – był on uprawniony do złożenia tego oświadczenia w imieniu i na rzecz drugiego wspólnika spółki cywilnej. Dlatego też Izba uznała, że wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia poprawnie złożonego oświadczenia JEDZ nie miało podstaw faktycznych i prawnych, a odwołanie należało uznać za uzasadnione. Skargę sądową na powyższy wyrok KIO złożyła zamawiająca Dyrekcja, żądając oddalenia odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie jako bezzasadnego, kwestionując jednocześnie prawidłowość pełnomocnictwa, w oparciu o które jeden ze wspólników podpisał JEDZ w imieniu obu współwykonawców.

Sąd Okręgowy w Łodzi uznał jednak skargę za chybioną, podtrzymując stanowisko wyrażone w uzasadnieniu Izby. Odnosząc się do zarzutu dotyczącego prawidłowości złożonego wraz z ofertą pełnomocnictwa, w oparciu o które wspólnik M.P. (2) podpisał dokument JEDZ, Sąd Okręgowy wskazał, że kwestia dotycząca formy pełnomocnictwa do podpisania elektronicznego JEDZ nie została dotąd prawnie uregulowana. Obowiązujące od połowy kwietnia 2018 r. przepisy ustawy ZamPublU, zobowiązujące w postępowaniach o zamówienie publiczne o wartości powyżej progów unijnych do składania JEDZ wyłącznie w formie elektronicznej z kwalifikowanym podpisem, nie zawierają regulacji tej kwestii. Koncepcja, że pełnomocnictwo do podpisania JEDZ może być udzielone tylko w formie elektronicznej, charakteryzująca się dużym formalizmem, jest w ocenie Sądu Okręgowego niewłaściwa. Do pełnomocnictwa do podpisania JEDZ nie znajdzie bowiem zastosowania art. 99 § 1 KC, który wymaga, by pełnomocnictwo do czynności w zastrzeżonej formie zostało udzielone w takiej samej formie. JEDZ nie jest oświadczeniem woli, a jedynie związanym z ofertą oświadczeniem wiedzy. To w ofercie zawarte jest oświadczenie woli składane zamawiającemu, a oferta składana jest w formie pisemnej. JEDZ jest tylko oświadczeniem pobocznym, które nie ma samodzielnego celu i znaczenia prawnego. Ze względu właśnie na powyższe do skutecznego złożenia dokumentu JEDZ wystarczające jest w ocenie Sądu Okręgowego pełnomocnictwo w formie zwykłej. Taką koncepcję uznał za uzasadnioną również Urząd Zamówień Publicznych. Przyjęcie odmiennego stanowiska w powyższym zakresie godziłoby w art. 25 ust. 2 rozporządzenia PE i Rady (UE) z 23.7.2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE, stanowiący, że kwalifikowany podpis elektroniczny ma skutek prawny równoważny podpisowi własnoręcznemu. Skoro zatem zwykła forma pisemna oraz forma elektroniczna (z bezpiecznym podpisem kwalifikowanym) są traktowane jako równoważne, strony mogą dokonać wyboru jednej z nich zarówno w przypadkach, gdy ustawa zastrzega zachowanie zwykłej formy pisemnej, jak i w ramach uprawnienia wynikającego z art. 76 KC. Tym samym, wbrew zapatrywaniom skarżącego, zasadne jest uznanie za prawidłowe również udzielenia pełnomocnictwa w formie pisemnej i przesłania pełnomocnictwa w formie pisemnej wraz z ofertą.

Komentarz. Od dnia wejścia w życie przepisów ZamPublU w zakresie elektronicznej zamawiania zamówień publicznych pojawiły się wątpliwości interpretacyjne, czy do złożenia oświadczenia JEDZ wymagane jest pełnomocnictwo w formie elektronicznej, czy wystarczające będzie pełnomocnictwo w zwykłej formie pisemnej. Ze względu na dyskusję w doktrynie prawa zamówień publicznych w sierpniu 2018 r. Prezes UZP wydał opinię, w której wskazał, że dla ważności oświadczenia JEDZ złożonego przez pełnomocnika wystarczające jest przedłożenie wraz z tym dokumentem pełnomocnictwa w zwykłej formie pisemnej. Pomimo wydanej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych interpretacji przepisów w wielu postępowaniach o zamówienie publiczne zamawiający wymagali od wykonawców złożenia pełnomocnictwa w formie elektronicznej, a niedochowanie tej formy skutkowało uznaniem, że JEDZ nie został prawidłowo złożony.

Dlatego też wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 9.10.2019 r. należy uznać za jeden z ważniejszych wyroków wydanych od dnia wejścia w życie przepisów o elektronicznej zamawiania zamówień publicznych. Potwierdza on stanowisko Prezesa UZP wyrażone w opinii z sierpnia 2018 r. i tym samym rozwiewa wątpliwości wyrażane w doktrynie prawa zamówień publicznych. Skład orzekający jednoznacznie przesądził, że oświadczenie JEDZ stanowi oświadczenie

wiedzy, które jest oświadczeniem pobocznym w stosunku do oferty, nie ma samodzielnego celu i znaczenia prawnego. A co za tym idzie – dla jego skuteczności wystarczające jest złożenie pełnomocnictwa w zwykłej formie pisemnej.

IV. Unieważnienie postępowania z powodu błędnych narzędzi informatycznych

Sprawa rozstrzygnięta wyrokiem KIO z 22.1.2020 r. (KIO 15/20) dotyczyła postępowania prowadzonego przez Skarb Państwa – Generalny Inspektorat Ruchu Drogowego z siedzibą w Warszawie (dalej „zamawiający”) o udzielenie zamówienia publicznego na zakup mobilnych jednostek diagnostycznych w ramach projektu pt. „Wzmocnienie potencjału Inspekcji Transportu Drogowego współfinansowanego z Funduszy Europejskich w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2014–2020”, które zamawiający unieważnił w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ZamPublU. Jeden bowiem z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego ze względu na błąd w działaniu platformy (pomimo prawidłowej rejestracji) nie mógł faktycznie dokonać złożenia oferty na platformie, o czym z wyprzedzeniem poinformował operatora platformy. Pomimo przesłania informacji o problemach technicznych do operatora platformy do terminu otwarcia ofert nie podjął on działań umożliwiających podmiotowi pochodzącemu z innego kraju Unii Europejskiej złożenie oferty. Od decyzji zamawiającego o unieważnieniu postępowania odwołali się dwaj konkurenci, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ZamPublU przez nieuprawnione i nieuzasadnione unieważnienie postępowania na skutek wadliwej oceny przesłanek unieważnienia i błędnego przyjęcia, iż przedmiotowe postępowanie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, podczas gdy brak było wad postępowania, które obligują zamawiającego do unieważnienia przetargu, w szczególności brak jest podstaw do przyjęcia, że ewentualne uchybienia zamawiającego mogły w chwili unieważnienia przetargu mieć wpływ na wynik postępowania;
- art. 25 ust. 3 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) NR 910/2014 z 23.7.2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE przez błędne przyjęcie, że kwalifikowany podpis wydany przez węgierskiego dostawcę N.L. nie został uznany w niniejszym postępowaniu, podczas gdy został on uznany, nie był nigdy kwestionowany, a jedynie wystąpiły techniczne problemy z jego automatyczną weryfikacją;
- art. 10b ZamPublU przez błędne przyjęcie, że trwający przez niespełna 4 godziny proces weryfikacji podpisu elektronicznego wykonawcy E.D.A. z siedzibą w D. (zwanego dalej: E.) ograniczył temu oferentowi dostęp do postępowania, w sytuacji gdy oferent ten zaniechał wcześniejszej weryfikacji podpisu elektronicznego na Platformie Zakupowej Zamawiającego, mimo iż od ogłoszenia o zamówieniu do terminu składania ofert upłynęło 88 dni – odwołujący natomiast dokonał takiej weryfikacji po zalogowaniu się na Platformie Zakupowej, a następnie w każdym kolejnym tygodniu sprawdzał aktualność tej weryfikacji. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Izba w pełni przyjęła argumentację zawartą we wcześniejszym wyroku z 14.1.2019 r. (KIO 2671/18), według której, abstrahując od stanu faktycznego sprawy, należy podnieść, że co do zasady sytuacja, w której wykonawca z powodu wadliwości działania systemu informatycznego nie może złożyć oferty, jest podstawą do tego, aby zamawiający unieważnił postępowanie. Z przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ZamPublU wynika, że postępowanie podlega unieważnieniu, jeżeli wystąpiła w nim taka wada, która powoduje, że umowa zawarta w wyniku tego postępowania podlegałaby unieważnieniu. Przesłanki unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego przewidziane zostały w art. 146 ust. 1 i 6 ZamPublU. Z przepisu art. 146 ust. 6 ZamPublU wynika, że podstawą do unieważnienia umowy jest naruszenie przez zamawiającego przepisu ZamPublU w sposób, który miał lub mógł mieć wpływ na wynik postępowania, tj. na wybór oferty. Podsumowując, w art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ZamPublU ustawodawca przewidział obowiązek unieważnienia postępowania, jeżeli doszło w nim do takiego naruszenia przepisu ZamPublU, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik tego postępowania. Brak możliwości złożenia oferty z przyczyn wynikających z działania narzędzia informatycznego, za pomocą którego prowadzone jest postępowanie, może mieć wpływ na wynik tego postępowania, ponieważ zostaje ograniczona uczciwa konkurencja, a ponadto istnieje możliwość, że wykonawca, któremu system uniemożliwił złożenie oferty, mógłby złożyć ofertę, która mogłaby się okazać najkorzystniejsza. Tym samym w takiej sytuacji co do zasady zachodzi konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ZamPublU. Aby jednak wyżej wskazana podstawa do unieważnienia postępowania zachodziła, musi zostać wykazane,

że brak możliwości złożenia oferty wynikał z wadliwości działania systemu informatycznego, czyli z przyczyn od wykonawcy niezależnych. Istotny jest bowiem sam efekt w postaci niemożności złożenia tej oferty do momentu upływu terminu na jej złożenie oraz fakt, że przeszkoda ta była niezależna od wykonawcy i nie była spowodowana jego działaniem.

Komentarz. W stanie faktycznym powyższej sprawy KIO przyznała rację zamawiającemu, który po powzięciu informacji o fakcie, że wykonawca, który miał siedzibę poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, pomimo właściwego przygotowania się do procesu złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie mógł dokończyć tego procesu z przyczyn od niego niezależnych, tj. ze względu na brak właściwej funkcjonalności programu informatycznego, który oddał do dyspozycji wykonawców zamawiający. Wykonawca, który napotkał przeszkodę w złożeniu oferty, jeszcze przed terminem składania ofert poinformował o tym fakcie podmiot odpowiedzialny za asystę techniczną, który niezwłocznie miał podjąć działania zmierzające do usunięcia błędu, jednak błąd w działaniu narzędzia został naprawiony po terminie składania ofert. Zamawiający z należytą starannością zbadał okoliczności tej sprawy i uznał, że błąd platformy uniemożliwił potencjalnemu wykonawcy złożenie oferty, co mogło mieć wpływ na wynik postępowania, w związku z czym podjął decyzję o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Do obowiązków zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przy użyciu środków komunikacji elektronicznej należy zapewnienie narzędzia informatycznego o takich właściwościach technicznych, które nie będą ograniczały wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym, zgodnie z art. 10b ZamPublU, to na zamawiającym ciąży obowiązek zapewnienia, aby wykorzystywane przez niego narzędzie informatyczne umożliwiałoby wszystkim wykonawcom wykonanie wszelkich czynności, jakie są niezbędne do wzięcia udziału w postępowaniu. Obowiązek zapewnienia sprawnego narzędzia informatycznego jest czynnością zamawiającego związaną z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również z właściwym i niedyskryminacyjnym prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a uchybienie temu obowiązkowi stanowi zaniechanie zamawiającego, które może stanowić wadę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a co za tym idzie – może być podstawą do unieważnienia postępowania.

Summary

On certain aspects of the electrification of public procurement in view of the case law of the National Appeals Chamber

Through an amendment of the Public Procurement Law of 29 January 2004, the Polish legislator implemented Directive 2014/24/EU of the European Parliament and the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC, into the national legal order. The amendment introduced an obligation to ensure means of electronic communication between the contracting authority and the contractors. From the date of the provisions on the electrification of public procurement entering into force, many practical problems appeared related to their interpretation, both in the case-law of the National Appeals Chamber and in the common courts.

The most important of these apply to the legal importance of the offer form.