

Zarzut naruszenia art. 10a ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp - niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego (forma złożenia oferty – przypis Autora)

W ocenie Izby zarzut potwierdził się, jednakże jego zasadność pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Zgodnie z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 25a, w tym jednolity dokument, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Ustawodawca określił w przywołanej regulacji po pierwsze wymóg sporządzenia oferty w postaci elektronicznej, po drugie opatrzenie tak sporządzonego dokumentu kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Przy czym podkreślić należy, że ustawodawca nie zdefiniował w żaden sposób pojęcia "postać elektroniczna".

Pojęcie "postaci elektronicznej" dokumentu zostało użyte przez ustawodawcę w art. 78[1] §1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 2018 r., poz. 1025 ze zm.), (dalej jako "k.c."), mającego zastosowanie na mocy art. 14 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, iż do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Ustawodawca definiując elektroniczną formę czynności prawnej wskazał, iż wymaga ona złożenia oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenia go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Przy czym, również w przepisach kodeksu cywilnego nie zwarto definicji pojęcia oświadczenia woli w postaci elektronicznej.

Należało więc rozstrzygnąć w przedmiotowej sprawie czy złożenie oferty w formacie pliku pdf poprzez zeskanowanie papierowej wersji dokumentu może być uznane za sporządzenie oferty w postaci elektronicznej. W ocenie Izby brak jest przepisu prawa na podstawie, którego uznać należałoby, iż skan dokumentu zapisanego w formie pliku pdf nie może być uznany za sporządzenie oferty w postaci elektronicznej. Po pierwsze, ustawodawca ani w ustawie Pzp ani w przepisach k.c. nie wprowadził żadnych ograniczeń co do sposobu sporządzenia dokumentów w postaci elektronicznej. Po drugie, zakładając, że prawodawca jest racjonalny, celem zdefiniowania powyższego pojęcia należy posilkowo, odwołać się do przepisów ustawy z dnia 17 lutego 2005 roku o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz.U.2017.570 ze zm.) (dalej "Ustawa o informatyzacji"). Z art. 3 pkt 2 przywołanej ustawy wynika, że dokument elektroniczny to stanowiący odrębną całość znaczeniową zbiór danych uporządkowanych w określonej strukturze wewnętrznej i zapisany na informatycznym nośniku danych. W konsekwencji, uznać należy, że warunkiem uznania danego pliku za dokument elektroniczny jest to, że - przy zastosowaniu odpowiedniej techniki - stanowi ustrukturyzowany zbiór danych dający się zapisać na nośniku informatycznym. Oznacza to, że w rozumieniu art. 3 pkt 2 Ustawy o informatyzacji każdy plik komputerowy, który może być zapisany na dysku komputera (lub innym nośniku danych) stanowi dokument elektroniczny - niezależnie od tego w jaki sposób został wytworzony. Sposób wytworzenia pliku jest obojętny dla ustalenia, czy plik stanowi dokument elektroniczny. To czy dany plik jest dokumentem elektronicznym wynika tylko i wyłącznie ze spełnienia dwóch przesłanek, tj.: tego, że plik stanowi ustrukturyzowany zbiór danych oraz tego, że daje się zapisać na informatycznym nośniku danych.

Powyższe pozostaje w zgodzie z unijną definicją dokumentu elektronicznego, określoną art. 3 pkt 35 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (Dz. Urz. UE. L Nr 257, str. 73), zgodnie z którą dokument elektroniczny oznacza każdą treść przechowywaną w postaci elektronicznej, w szczególności tekst lub nagranie dźwiękowe, wizualne lub audiowizualne.

W ocenie Izby, mając na uwadze powyższe nie może ulegać żadnej wątpliwości, że dokument, który powstał w wyniku wydrukowania pliku formularza oferty, a następnie uzupełniony ręcznie i zeskanowany do pliku w formacie pdf, stanowi dokument - ofertę w postaci elektronicznej. Oferta, w postaci skanu, będącego jednym ze sposobów wprowadzenia danych do komputera, w formacie pdf - zgodnym z § 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia

środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępnienia i przechowania dokumentów (Dz.U. z 2017 r. poz. 1320 ze zm.) (dalej "Rozporządzenie") w zw. z załącznikiem nr 2 do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 12 kwietnia 2012 r. w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 2247 ze zm.) - podpisana ważnym podpisem elektronicznym, spełnia określony przez ustawodawcę wymóg. **W ocenie Izby art. 10a ust. 5 ustawy Pzp nakłada na wykonawcę wyłącznie obowiązek sporządzenia oferty w postaci elektronicznej i opatrzenie jej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Żaden przepis prawa nie wskazuje, że oferta powinna stanowić formularz ofertowy uzupełniony za pomocą edytora tekstu, również żaden przepis nie wyłącza możliwości konwertowania oświadczenia woli podmiotu wyrażonego w formie pisemnej na formę elektroniczną. Takie ograniczenie stałoby w sprzeczności z treścią art. 60 k.c. stanowiącym, iż wola dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli). Skan papierowego formularza oferty do pliku, zapisanego w formacie PDF stanowi, jako zbiór danych, odrębną całość znaczeniową, posiada strukturę wewnętrzną pozwalającą na interpretację odpowiednich bitów zapisu jako obrazu zeskanowanego dokumentu.**

*W ocenie Izby nie ma podstaw, aby rozróżniać i inaczej traktować dokumenty, którym nadano ostateczną postać, wykorzystując wyłącznie system komputerowy od dokumentów utworzonych z wykorzystaniem technik pośrednich (np. PDF z drukowania). Po pierwsze, o ważności oferty nie może decydować przyjęta przez wykonawcę technika stworzenia dokumentu w postaci elektronicznej w sytuacji, gdy ustawodawca nie wprowadził żadnych ograniczeń co do sposobu tworzenia dokumentów w postaci elektronicznej. Po drugie, gdyby nałożyć na zamawiających obowiązek weryfikacji zastosowanej przez wykonawcę techniki powstania dokumentu w postaci elektronicznej, to jednokrotnie wymagałoby to wykonania specjalistycznej analizy czy dany dokument został stworzony wyłącznie z użyciem systemu komputerowego czy nie. **W ocenie Izby, z punktu widzenia zamawiającego, jak również z punktu widzenia celu wprowadzonej regulacji, istotne znaczenie ma przesłanie zamawiającemu poprzez wskazany przez niego platformę zakupową dokumentu oferty w postaci elektronicznej. Zarówno skan dokumentu papierowego jak i dokument powstały wyłącznie w systemie komputerowym mają postać dokumentu elektronicznego, a w konsekwencji spełniają wymagania wskazane w art. 10a ust. 5 ustawy Pzp. Oba dokumenty zostały sporządzone jako dokumenty elektroniczne. Okoliczność, iż oświadczenie woli wykonawcy zostało również złożone w wersji papierowej nie może zabraniać wykonawcy złożenia go również w postaci elektronicznej. Brak jest przepisu prawa, który uniemożliwiłaby funkcjonowanie oświadczenia woli danego podmiotu w dwóch odmiennych formach.***

W końcu dodać należy, że ustawodawca europejski w Dyrektywie 24/2014 w motywie 52 Preambuły odnosząc się do obowiązku elektroniczacji zamówień publicznych posługuje się pojęciem elektronicznego składania ofert. Zgodnie z przepisem art. 22 dyrektywy względy bezpieczeństwa mogą przesądzać o konieczności ustanowienia dodatkowych wymogów odnośnie narzędzi i urządzeń służących do przesyłu i odbioru ofert i wniosków. Poziom bezpieczeństwa wymagany dla elektronicznych środków komunikacji stosowanych na poszczególnych etapach danego postępowania o udzielenie zamówienia określają państwa członkowskie lub instytucje zamawiające, działając w ogólnych ramach, jakie w tym zakresie funkcjonują w danym kraju członkowskim. Takim wymogiem może być np. konieczność użycia przez wykonawcę podpisu elektronicznego opartego na kwalifikowanym certyfikacie wystawionym przez podmiot świadczący usługi certyfikacyjne wymieniony na zaufanej liście przewidzianej w decyzji Komisji 2009/767/WE. Dyrektywa przy tym wyraźnie wskazuje, że poziom bezpieczeństwa przyjętego przez państwo członkowskie lub zamawiającego musi być proporcjonalny do powiązanego ryzyka. W ocenie Izby narzucenie wykonawcom określonego technicznego sposobu wypełnienia formularza oferty, przy wykluczeniu możliwości tworzenia skanu oferty uprzednio sporządzonej w formie papierowej stanowiłoby naruszenie zasady proporcjonalności i nie może być uznane za krok mający na celu minimalizowanie bliżej sprecyzowanego i potencjalnego ryzyka. Takich ryzyk ani Zamawiający ani Przystępujący nie wskazali, nie dostrzega ich również Izba.

Drugim elementem koniecznym do złożenia przez wykonawcę ważnej ofert jest, zgodnie z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp, opatrzenie oferty kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W przedmiotowej sprawie taki podpis został zamieszczony przez Odwołującego na złożonej przez wykonawcę ofercie. Nie była to okoliczność sporna pomiędzy stronami. Sam Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wskazał, że wykonawca złożył ofertę poprzez platformę zakupową w formacie PDF podpisaną kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę uprawnioną do reprezentowania

wykonawcy - wiceprezesa zarządu. Wątpliwości Zamawiającego wzbudziła okoliczność, iż na zeskanowanym dokumencie znajdował się własnoręczny podpis dyrektora wraz pieczętką imienną. Zamawiający uznał, że wykonawca złożył elektroniczną kopię oferty, zaś złożony elektroniczny podpis kwalifikowany potraktował jako poświadczenie elektronicznej kopii dokumentu za zgodność z oryginałem. Zamawiający odwołał się do przepisów Rozporządzenia. Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego. Gramatycznej wykładni normy § 5 Rozporządzenia wskazuje, że przepis ten dotyczy wyłącznie dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zarówno w ustawie Pzp, jak i aktach wykonawczych wydanych na jej podstawie, jak i nawet na kanwie omawianego rozporządzenia (vide § 3 Rozporządzenia) ustawodawca w sposób jednoznaczny rozróżnia ofertę od innych dokumentów i oświadczeń składanych w postępowaniu, w oparciu o art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. **Trudno też podzielić pogląd jakoby oferta mogła być "innym dokumentem lub oświadczeniem", skoro w żadnym miejscu ustawodawca nie utożsamia pojęcia oferty z dokumentem lub oświadczeniem składanym w postępowaniu. Ustawodawca, zgodnie z art. 25 ust. 2 ustawy Pzp, uregulował oświadczenia i dokumenty, składane w postępowaniu, w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126 ze zm.). Rozporządzenie to nie obejmuje oferty, zatem trudno przyjąć, aby § 5 Rozporządzenia - referujący do art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, więc również do rozporządzenia wydanego w oparciu o art. 25 ust. 2 ustawy Pzp - mógł dotyczyć oferty. Ponadto zrównanie oferty do dokumentów i oświadczeń wskazanych w § 5 Rozporządzenia unormowanych w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, powodowałoby dalsze istotne skutki prawne, w tym sprzeczne z ustawą Pzp - np. możliwość uzupełnienia oferty, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zaznaczyć również wypada, że z uwagi na restrykcyjny charakter art. 89 ust. 1 pkt ustawy Pzp - ze względu na wynikającą z normy sankcję - w postaci wyeliminowania wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - rozszerzająca wykładnia tego przepisu jest niedopuszczalna. Nie sposób więc zgodzić się z Zamawiającym, iż przepisy § 5 Rozporządzenia mają zastosowanie do oferty, a tym samym za niezasadne uznać należy twierdzenie, iż zamieszczenie kwalifikowanego podpisu elektronicznego na zeskanowanej do pliku pdf ofercie stanowi poświadczenie elektronicznej kopii dokumentu za zgodność z oryginałem.**

W ocenie Izby nie ma żadnego znaczenia w okolicznościach niniejszej sprawy, iż w pliku oferty przesłanym Zamawiającemu znajduje się skan podpisu pracownika wykonawcy. Istotne jest natomiast, iż Odwołujący złożył ofertę poprzez platformę zakupową w postaci elektronicznej podpisanej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę uprawnioną do reprezentowania wykonawcy, co tym samym wyczerpuje wymagania wskazane przez ustawodawcę w art. 10a ust. 5 ustawy Pzp. Podkreślić w tym miejscu należy, że jeżeli w treści dokumentu nie określono wprost, w jakim charakterze jest on podpisany elektronicznie (np. nie stwierdzono wprost, że jest on kopią poświadczoną za zgodność z oryginałem), to należy przyjąć, że w przypadku dokumentów własnych (wykonawcy) prawidłowe podpisanie kwalifikowanym podpisem elektronicznym zawsze powoduje, iż mamy do czynienia z oryginałem. Nie ma przy tym znaczenia, czy osoba podpisana pod dokumentem odręcznie (osoba, której odręczny podpis widnieje w postaci skanu na dokumencie) jest tą samą osobą, która podpisuje się elektronicznie. Istotne jest jedynie to, czy podpis elektroniczny jest prawidłowy z punktu widzenia zasad reprezentacji podmiotu. Zamieszczenie na dokumencie elektronicznym kwalifikowanego podpisu elektronicznego skutkuje powstaniem oryginału oferty wykonawcy w formie wymaganej przepisami Pzp. W ocenie Izby podpisy złożone odręcznie na dokumencie papierowym nie mają żadnego znaczenia dla prawidłowości zachowania kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Podkreślić należy, że - podobnie jak dokument papierowy - dokument elektroniczny umożliwia złożenie wielu podpisów elektronicznych, tj. podpisów różnych osób, nie tylko tych, które mogą reprezentować podmiot. Taki dokument powinien być uznawany za podpisany zgodnie z reprezentacją, o ile wśród złożonych podpisów znajdują się takie, które złożono zgodnie z KRS lub udzielonym pełnomocnictwem.

W ocenie Izby w omawianym stanie faktycznym zamiarem Odwołującego było złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu. Oferta została opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym wiceprezesa zarządu uprawnionego do samodzielnego reprezentowania spółki. Czynność ta winna być oceniona przez Zamawiającego przez pryzmat prawa materialnego tj. przepisów k.c. - ujawnienie woli powodujące skutek prawny w postaci złożenia oświadczenia woli. O skutku prawnym opatrzenia oferty w postaci elektronicznej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przesądza brzmienie dokumentu, a ściślej treść objętego nim oświadczenia woli osoby, której elektroniczny podpis znalazł się na dokumencie. Podpis taki stanowi zatwierdzenie treści dokumentu. I nie ulega, w ocenie Izby, żadnym wątpliwości, iż złożenie przez wice prezesa zarządu Odwołującego elektronicznego kwalifikowanego podpisu na ofercie stanowi oświadczenie woli zawarcia umowy w imieniu spółki, w trybie przewidzianym przez

Zamawiającego, nie zaś poświadczenie elektronicznej kopii dokumentu za zgodność z oryginałem. Żadne okoliczności faktyczne towarzyszące złożeniu oferty przez Odwołującego nie pozwalają na przyjęcie konkluzji przedstawionej przez Zamawiającego. W ocenie Izby, w niniejszej sprawie Zamawiający dokonał oceny skutków złożenia kwalifikowanego podpisu elektronicznego przez pryzmat przepisów Rozporządzenia, które nie mają zastosowania do oferty.

Mając na uwadze powyższe, oraz okoliczności, iż, ani Zamawiający ani Przystępujący nie kwestionowali skuteczności czy też ważności kwalifikowanego podpisu elektronicznego złożonego przez wiceprezesa zarządu Odwołującego na pliku oferty przesłanej Zamawiającemu, Izba uznała, że Odwołujący w sposób prawidłowy, zgodnie z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp, złożył ofertę w postaci elektronicznej opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym osoby upoważnionej do reprezentowania Odwołującego.

Tym samym w ocenie Izby Zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Izba stwierdziła jednakże, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nie ma i nie może już mieć wpływu na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, a zatem nie może skutkować uwzględnieniem odwołania. Oferta Odwołującego podlega bowiem odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zatem nawet uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nie może przynieść zmiany wyniku postępowania, tj. oferta Odwołującego została bowiem prawidłowo odrzucona z powodu jej sprzeczności z SIWZ.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 99 §1 k.c. w zw. z art. 104 k.c. - zaniechanie odrzucenia oferty E... sp. z o. o. z powodu wadliwego pełnomocnictwa (forma złożenia pełnomocnictwa – przypis Autora)

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Wskazać należy na wstępie, że proces zastąpienia komunikacji tradycyjnej komunikacją elektroniczną jest procesem skomplikowanym technicznie i organizacyjnie nie tylko dla instytucji zamawiających, ale również dla samych wykonawców. Wymaga od wielu podmiotów zmiany sposobu myślenia i odejścia od tradycyjnego rozumienia dokumentu jako wyłącznie oświadczenia woli złożonego na piśmie. Prawo zamówień publicznych nie stanowi jedynej gałęzi prawa, gdzie ustawodawca wprowadził nowoczesne rozwiązania i sposoby komunikacji. Również w przepisach k.c. ustawodawca zerwał z tradycyjnym rozumieniem pojęcia dokumentu jako informacji utrwalonej wyłącznie w postaci pisma opatrzonego własnoręcznym i wprowadził trzy rodzaje szczególnej formy oświadczenia woli: formę dokumentową, formę pisemną oraz formę elektroniczną, pozostawiając bez zmian dotychczasową kategorię form pisemnych kwalifikowanych. Wskazać należy, że przed wprowadzeniem elektronicznej formy czynności prawnej, w doktrynie prawa jednoznacznie klasyfikowano hierarchie poszczególnych form tj. od zwykłej formy pisemnej, przez formy wymagające urzędowego poświadczenia daty oraz podpisu do formy aktu notarialnego - wszystkie bowiem zasadały się na formie pisemnej i każda kolejna konsumowała elementy swoiste dla formy ją poprzedzającej (por. Z Radwański: Zarys części ogólnej prawa cywilnego, str. 177). Proces hierarchizacji nowym form czynności prawnych budzi już więcej kontrowersji, w szczególności w zakresie formie pisemnej i elektronicznej. I o ile ustawodawca wprost wskazał w art. 78[1] k.c., że oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej, o tyle brak jest przepisu mówiącego o tym, iż oświadczenie woli złożone w formie pisemnej wywołuje równoważne skutki prawne oświadczeniu woli złożonemu w formie elektronicznej.

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

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

elektronicznego i własnoręcznego i tym samym formy pisemnej i formy elektronicznej. Przyjęcie odmienną tezę rodziłoby niedopuszczalną, w ocenie Izby, ocenę skuteczności oświadczeń woli wyłącznie przez pryzmat technicznego sposobu złożenia podpisu. Izba stoi na stanowisku, iż przepisu art. 78[1] § 1 k.c. nie wyklucza równoważności skutków prawnych oświadczenia woli złożonego w formie pisemnej z skutkami prawnymi oświadczenia woli w formie elektronicznej. To, że przywołany przepis zrównują skutek podpisu elektronicznego/formy elektronicznej z własnoręcznym/formą pisemną wynika nie z tego, że równoważność miałyby być jednostronna, lecz z faktu, że to formę elektroniczną jako nową technicznie formę oświadczenia woli wprowadza się do obrotu prawnego funkcjonującego w oparciu o formę pisemną. Zatem przy braku przepisów prawnych niwelującego równoważność skutków prawnych czynności dokonywanych w formie pisemnej i elektronicznej, jak również uwzględniając przepisy ustawy Pzp, które nie wprowadzają wymogu sporządzenia pełnomocnictwa do złożenia oferty w postaci elektronicznej, nie sposób odmówić skuteczności umocowania do złożenia oferty udzielonego w formie pisemnej. Przyjęcie takiej tezy nie będzie, w ocenie Izby, stanowić naruszenia art. 99 k.c. bowiem jeśli pełnomocnictwo, ma mieć formę właściwą dla czynności głównej, to pełnomocnictwa udzielona w formie równoważnej do wymaganej formy szczególnej uznać należy za prawidłowe.

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

Tym samym, mając na uwadze powyższe, uznać należy, że pełnomocnictwo, którego udzielono wyłącznie w formie pisemnej, będzie mogło być przedstawione zamawiającemu w formie elektronicznego poświadczenia zgodności kopii z okazanym dokumentem pełnomocnictwa sporządzonego stosownie do przepisów art. 97 §2 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. - Prawo o notariacie, które to poświadczenie notariusz opatruje kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Skoro sądy powszechne dopuściły możliwość złożenia kopii pełnomocnictwa w formie pisemnej poświadczonej przez notariusza własnoręcznym podpisem, zaś ustawodawca krajowy i europejski uznaje kwalifikowany podpis elektroniczny za równoważny podpisowi własnoręcznemu, to nie ma podstaw, aby odmówić skuteczności poświadczenia notariusza opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

W ocenie Izby uniemożliwienie wykonawcom posługiwania się pełnomocnictwami w formie pisemnej, zwłaszcza tymi, które zostały udzielone przed 18 października 2018 r., stanowiłoby naruszenie zasady proporcjonalności i nie służy eliminowaniu żadnego bliżej określonego ryzyka związanego z procesem elektronicznego udzielenia zamówień publicznych. Nie ulega wątpliwości, iż w omawianym stanie faktycznym osoba, która podpisała ofertę w imieniu Przystępującego była umocowana do działania. Podważenie skuteczności prawnej takiego umocowania, które zostało poświadczane przez notariusza prowadziłoby do prymatu formalizmu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i nie służy eliminowaniu barier w dostępie do zamówień publicznych przez wykonawców krajowych, jak również zagranicznych.