

WYROK
z dnia 28 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmína Pawlík

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 24 listopada 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 listopada 2017 r. przez wykonawcę **A. Spółka Akcyjna z siedzibą w W.** (...) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Sąd Apelacyjny w S.** (...)

przy udziale wykonawcy **P. P. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Z.** (...) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego **A. Spółka Akcyjna z siedzibą w W.** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **A. Spółka Akcyjna z siedzibą w W.** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego **A. Spółka Akcyjna z siedzibą w W.** na rzecz zamawiającego **Sądu Apelacyjnego w S.** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego przez tytułem poniesione zamawiającego wynagrodzenia pełnomocnika.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Szczecinie.**

Przewodniczący:

2

Sygn. akt: KIO 2381/17

Uzasadnienie

Zamawiający Sąd Apelacyjny w S. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę kopertownicy na potrzeby Sądu Apelacyjnego w

S.” o znaku

ZP/6/PN/2017.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 16 października 2017 r. pod numerem 602603-N-2017. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579; dalej „Ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy.

W dniu 13 listopada 2017 r. wykonawca A. Spółka Akcyjna z siedzibą w W. (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawcy P. P. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Z. (dalej „P.”) jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz na zaniechaniu odrzucenia oferty P. jako niezgodnej

z SIWZ i wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, drugiej w rankingu i jedynej spełniającej wymagania SIWZ.

Wskazanych wyżej czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 7 ust. 3 w zw. z art. 82 ust. 3 Ustawy Pzp polegające na niezgodnym z prawem wyborze oferty P. jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy oferta ta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez P. P. Sp. z o.o. Sp. k. pomimo że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ w zakresie wskazanym w uzasadnieniu Odwołania;
3. *[ewentualnie w przypadku nieuznania zarzutu nr 1 i 2]* art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt. 1 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania P. do uzupełnienia dokumentu w postaci oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu mimo, iż dokument ten nie został podpisany przez osobę uprawnioną do reprezentacji podmiotu.

Z uwagi na powyższe Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert, a w konsekwencji odrzucenie oferty złożonej przez P. P. Sp. z o.o. Sp. k.

Uzasadniając spełnienie wymagań określonych w art. 179 ust. 1 Ustawy Pzp Odwołujący

3

wskazał, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Oferta Odwołującego jest ofertą drugą w rankingu ofert, która otrzymała 90,03 pkt, gdyby zatem Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami Ustawy i odrzucił ofertę P. P. Sp. z o.o. Sp.k., to oferta Odwołującego byłaby najkorzystniejszą w postępowaniu i jemu Zamawiający udzieliłby zamówienia publicznego.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp Odwołujący wskazał, iż zgodnie z treścią Rozdziału XV SIWZ Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia w wierszu „Dodatkowe wymagania” wymagał, aby wykonawca w momencie dostawy urządzenia doręczył oświadczenie producenta, iż oferowany egzemplarz jest fabrycznie nowy - wyprodukowany nie wcześniej niż w roku 2017, a także aby firma serwisująca posiadała certyfikat ISO 9001 na świadczenie usług serwisowych oraz autoryzację na serwis producenta oferowanego urządzenia.

P. w złożonej w Postępowaniu ofercie zaoferował kopertownicę (...). Na wezwanie Zamawiającego P. przedłożył wypełniony i podpisany załącznik nr 1a do SIWZ stanowiący oświadczenie, że Wykonawca spełnia opisane w pkt. 1.1. wymagania tj. posiada: (i) certyfikat ISO 9001 na świadczenie usług serwisowych (ii) autoryzację na serwis producenta oferowanego urządzenia oraz oświadczył, że urządzenie jest nowe i wyprodukowane nie wcześniej niż w 2017 roku. Ponadto Wykonawca ten przedłożył deklarację zgodności CE dla oferowanego urządzenia pochodzącą od podmiotu H. S. GmbH, co wskazywałoby na nabycie kopertownicy od tego właśnie podmiotu. Jako dowód na powyższe Odwołujący przywołał treść oferty P. oraz dokumentów złożonych na wezwanie w dniu 31 października 2017 r.

Odwołujący wskazał, iż zaoferowana przez P. kopertownica (...) jest w rzeczywistości produktem P. B. L. z siedzibą w Wielkiej Brytanii. Dystrybutorem tego urządzenia jest m.in. H. S. GmbH z siedzibą w P. (Niemcy), która oferuje gotowe produkty P. B. L. pod zmienioną nazwą tj. (...) (nazwa oryginalna producenta to (...)). Spółka H. S. nie jest producentem oferowanego sprzętu, a jedynie jego dystrybutorem i posiada prawo do dystrybucji tego urządzenia wyłącznie na rynku niemieckim i austriackim. Dystrybutor ma prawo do dokonywania rebrandingu tego sprzętu (w tym zamiany nazw/oznaczeń) oraz świadczenia usług instalacyjnych oraz serwisowych, ale wyłącznie na wskazanym wyżej rynku.

Na potwierdzenie powyższego do odwołania załączono oświadczenie producenta P. B. L. z dnia 6 listopada 2017 r. Z treści tego pisma wynika, że jedynym upoważnionym i przeszkolonym sprzedawcą urządzeń producenta P. B. na polskim rynku jest A. S.A. Oznacza to, że spółka H. S. nie posiada autoryzacji producenta na świadczenie usług instalacyjnych oraz serwisowych na terytorium Polski i nie może jej udzielić dalszym podmiotom, w tym P. W związku z powyższym w ocenie Odwołującego P. nie posiada

4

odpowiedniej autoryzacji producenta urządzenia i nie będzie w stanie świadczyć usług serwisowych w oparciu o taką

autoryzację, przez co nie spełnia wymogu zawartego w opisie przedmiotu zamówienia wiersz „Dodatkowe wymagania” Rozdziale XV SIWZ. Ponieważ ofertę w postępowaniu złożył samodzielnie P. nie powołując się na potencjał podmiotów trzecich ani nie korzystając z udziału podwykonawców w zakresie serwisu urządzeń

tym

samym jego oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zdaniem Odwołującego nie ulega wątpliwości, że dostawa, instalacja i serwis urządzenia (kopertownicy) będzie miał miejsce w Polsce w siedzibie Zamawiającego, co wynika wprost z dokumentacji postępowania (ostatni tiret w wierszu „Obsługa serwisowa i gwarancja” w rozdziale XV opis przedmiotu zamówienia w SIWZ). Świadczenie usług serwisu w siedzibie Zamawiającego w Szczecinie potwierdził też P. w oświadczeniu złożonym zgodnie z załącznikiem nr 1a do SIWZ. Oznacza to, że przedmiotem niniejszego zamówienia jest dostawa i świadczenie usług serwisu przez (autoryzowanego przez producenta) przedstawiciela w Polsce. Nawet, gdyby z ostrożności przyjąć, iż H. S. udzieliła autoryzacji P. na sprzedaż i serwisowanie ww. sprzętu na innych rynkach niż niemiecki i austriacki, to nie będzie to autoryzacja producenta sprzętu a ponadto taka autoryzacja będzie nieprawidłowa, bowiem spółka H. S. nie jest w żaden sposób uprawniona do wystawiania autoryzacji w imieniu producenta na terytorium Polski.

Na marginesie Odwołujący zaznaczył, iż wymóg posiadania autoryzacji producenta w zakresie serwisu jest wymogiem SIWZ i powinien być spełniony już na datę składania ofert. Nie może dość do sytuacji, w której podmiot uzyska (bądź nie) autoryzację na etapie realizacji umowy kiedy dojdzie do świadczenia tych usług, bowiem wykonawca niezgodnie z prawdą oświadczył, i to stanowiło podstawę oceny jego oferty jako zgodnej z wymogami SIWZ, że taki serwis posiada. Potwierdza to także wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 grudnia 2016 r. KIO 2270/16 „Wymagania zamawiającego co do posiadania autoryzowanego punktu serwisowego powinny być spełnione już w dacie składania oferty”.

Ponadto Odwołujący podniósł, że pomimo żądania złożenia formularza nr 1a do SIWZ dotyczącego parametrów technicznych urządzenia dopiero na wezwanie Zamawiającego, wymóg autoryzacji serwisu przez producenta a także daty produkcji urządzenia był wymogiem sztywnym, co do którego Zamawiający nie przewidział możliwości zmiany/wpisania lub zaznaczenia opcji spełnia/nie spełnia jak w przypadku innych parametrów. Zdaniem Odwołującego oznacza to, że wykonawca miał się wypowiedzieć, co do technicznych parametrów minimalnych SIWZ względem oferowanego przez siebie urządzenia w wierszach licząc od 1 do 19, jednocześnie obligatoryjnie akceptując pozostałe postanowienia przeniesione z wymagań opisu przedmiotu zamówienia z SIWZ. Te dodatkowe postanowienia są sztywne tj. bez możliwości ich zmiany lub odstąpienia a

5

dokument w tym zakresie należy traktować jako nieuzupełnialny w trybie art. 26 ust. 3, bowiem stanowi on treść oferty i przenosi konkretne wymagania składające się na przedmiot zamówienia. P. potwierdził dodatkowo spełnienie tych wszystkich wymogów składając w tym zakresie oświadczenie.

Mając na uwadze powyższe w ocenie Odwołującego stwierdzić należy, iż P. nie posiada autoryzacji serwisowej producenta oferowanego sprzętu ani dystrybutora uprawnionego do wystawiania tego typu autoryzacji. Z tego względu oferta złożona w Postępowaniu przez tego wykonawcę nie odpowiada treści SIWZ i podlega odrzuceniu na podstawie art 89 ust 1 pkt 2 Ustawy.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy w kontekście zaofiarowania przedmiotu zamówienia wyprodukowanego wcześniej niż w 2017 r., Odwołujący podkreślił, że model kopertownicy zaofiarowany przez P. jest modelem produkowanym do grudnia 2016 r., wobec czego wykonawca zaofiarował model niespełniający wymogu produkcji w 2017 r. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący powołał się na załączone do odwołania oświadczenie producenta P. B. L. z dnia 6 listopada 2017 r.

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający nie miał realnej możliwości weryfikacji spełnienia tego wymogu na etapie badania oferty, bowiem oświadczenie w zakresie daty produkcji kopertownicy wykonawca miał złożyć dopiero wraz z dostawą urządzenia. Nie mniej jednak sprzęt winien spełniać wymagania na datę złożenia oferty, a jak wynika z pisma producenta tego urządzenia, model zaofiarowany w ofercie P. nie jest już modelem produkowanym, a więc nie jest faktycznie możliwy teraz jak i na etapie dostawy, dostarczenie maszyny nowej z 2017 roku. Producent P. B. L. w 2017 roku produkuje i sprzedaje nowe modele kopertownic: (...) - nazwa handlowa (...) oraz (...) - nazwa handlowa (...), które posiadają inne parametry i

nowocześniejsze rozwiązania technologiczne. Żadnej z tych nowych maszyn producent nie przekazał w tym roku spółce H. S., co wyklucza możliwość zaoferowania przez P. pod poprzednią nazwą, nowej wyprodukowanej w 2017 r. kopertownicy. W tym zakresie Odwołujący ponownie powołał się na załączone do odwołania oświadczenie producenta P. B. L. z dnia 6 listopada 2017 r. odnośnie dat zakończenia produkcji modeli (...), zastąpienia ich nowymi modelami, jak i niedostarczenia nowych kopertownic dla spółki H. S..

W ocenie Odwołującego nie sposób zatem uznać, że oferta P. spełnia wymagania SIWZ również w zakresie daty produkcji urządzenia. Z tego także powodu oferta winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Ustawy. Wykonawca winien dostosować się do tego sztywnego wymogu zwłaszcza, że wymóg ten nie był przez niego kwestionowany w drodze odwołania na zapisy specyfikacji i istniał od daty wszczęcia postępowania w sprawie. Przez zaoferowanie urządzenia starszego a zarazem tańszego P. uzyskał większą liczbę punktów w kryterium cena, co przełożyło się na niezgodny z prawem wybór jego

6

oferty.

Dodatkowo Odwołujący wskazał na zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 Ustawy związany z niewznowieniem wykonawcy

P. do uzupełnienia oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z Rozdziałem V ust. 3 pkt. 2 SIWZ, P. zobowiązany był złożyć wraz z ofertą oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu. Dokument przedłożony wraz z ofertą nie został jednak podpisany z imienia i nazwiska przez uprawnionego przedstawiciela Wykonawcy. Nieczytelne parafowanie w miejscu podpisu nie może przesądzać o tym, że oświadczenie złożyła uprawniona osoba a więc należałoby tę sytuację potraktować, jako niezłożenie wymaganego oświadczenia. Z uwagi, iż uzupełnienie dokumentów potwierdzających warunki udziału w postępowaniu ma miejsce tylko wówczas, gdy oferta nie podlega odrzuceniu, zarzut naruszenia art. 26 ust 3 Ustawy Odwołujący stawia jako zarzut ewentualny skierowany do Krajowej Izby Odwoławczej tylko na wypadek nieuwzględnienia zarzutów podniesionych i opisanych w pkt 1 i 2 uzasadnienia niniejszego odwołania.

Na koniec Odwołujący wskazał na zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 w zw. z art. 82 ust. 3 Ustawy polegający na niezgodnym z prawem wyborze oferty P. Powyższa oferta, zdaniem Odwołującego, winna ulec odrzuceniu z powodu niezgodności jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisu art. 7 ust. 3 wybierając ofertę niegodnie z przepisami ustawy. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, dokonał by prawidłowego wyboru oferty A. jako najkorzystniejszej w Postępowaniu bowiem tylko ta oferta spełniała wszystkie wymagania Zamawiającego, a wykonawca nie podlegał wykluczeniu z udziału w Postępowaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz Uczestnika postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Ustawy.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołującemu w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Ustawy przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania, jako że spełnione zostały przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Ustawy.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę P. P. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Z. (dalej także jako „Przystępujący”)

7

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 Ustawy.

Zamawiający w dniu rozprawy do akt sprawy złożył odpowiedź na odwołanie z dnia 23 listopada 2017 r., w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania oraz zasądzenie zwrotu kosztów postępowania według przedłożonego na rozprawie spisu kosztów wraz

z fakturą.

Przystępujący w dniu rozprawy złożył pismo datowane na 22 listopada 2017 r., w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości. Do pisma załączył oświadczenie firmy H. S. GmbH z dnia 15 listopada 2017 r.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego i potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treści oferty Przystępującego i dokumentów złożonych przez niego na wezwanie w trybie art. 26 ust. 2 Ustawy oraz informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba dopuściła także dowody z dokumentów przedstawionych przez Strony i Uczestnika postępowania w toku posiedzenia i rozprawy.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 24 listopada 2017 roku, jak również przedstawione w złożonych pismach. Strony i Uczestnik postępowania na rozprawie podtrzymały w całości twierdzenia prezentowane w złożonych pismach.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia publicznego jest dostawa, instalacja, uruchomienie fabrycznie nowej i nie używanej jednej sztuki kopertownicy, spełniającej wymagania określone w Rozdziale XV Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”), w tym posiadającej minimalne parametry techniczne i funkcjonalne wskazane w punkcie 2 Rozdziału XV SIWZ. W wierszu „Dodatkowe wymagania” wskazano, iż:

- wykonawca w momencie dostawy urządzenia będzie musiał doręczyć oświadczenie producenta, iż oferowany egzemplarz jest fabrycznie nowy – wyprodukowany nie wcześniej niż w roku 2017.
- firma serwisująca musi posiadać certyfikat ISO 9001 na świadczenie usług serwisowych oraz autoryzację na serwis producenta oferowanego urządzenia.

W wierszu „Obsługa serwisowa i gwarancja” Zamawiający wskazał, iż wraz z dostawą urządzenia wymaga obsługi serwisowo - materiałowej w okresie minimum 24 miesięcy. Przytoczone także zostały szczegółowe warunki świadczenia obsługi serwisowo – materiałowej oraz obowiązki wykonawcy w zakresie tej obsługi. W ramach tych obowiązków

8

wskazano m.in., iż usługi serwisowe świadczone będą w siedzibie wskazanej przez Zamawiającego w S.

W Rozdziale V punkt 5 pkt 3) SIWZ Zamawiający wskazał, iż w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Zamawiający żąda przedstawienia parametrów technicznych oferowanego urządzenia według wzoru stanowiącego załącznik nr 1 a do SIWZ oraz złożenia dokumentu potwierdzającego deklarację zgodności CE dla oferowanego urządzenia.

Ponadto zgodnie z postanowieniami Rozdziału V punkt 3 podpunkt 2) w celu wstępnego potwierdzenia, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w punkcie 2 oraz podmioty trzecie, na zasobach których wykonawca polega spełniają warunki udziału w postępowaniu oraz nie zachodzą wobec nich podstawy wykluczenia, wykonawca dołącza do oferty aktualne na dzień składania ofert oświadczenie o spełnianiu warunków udziału i podmiotach trzecich, według wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ. W Rozdziale I punkt 5 SIWZ Zamawiający wskazał, iż oferta musi być podpisana przez osoby upoważnione do składania oświadczeń woli w imieniu wykonawcy. Pełnomocnictwo do podpisania oferty musi być dołączone do oferty, o ile nie wynika ono z innych dokumentów złożonych przez wykonawcę.

Przystępujący w formularzu ofertowym oświadczył, iż dostarczy 1 sztukę kopertownicy (...) za ceną 205 000 zł brutto. Oświadczył także, iż nie zamierza powierzyć żadnej części zamówienia do wykonania podwykonawcom. Do formularza ofertowego załączył oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia oraz oświadczenie o spełnianiu warunków udziału i podmiotach trzecich.

Z uwagi na fakt, iż oferta Przystępującego została najwyżej oceniona, pismem z dnia 27 października 2017 r. Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 2 Ustawy Pzp wezwał Przystępującego do przedstawienia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni, parametrów technicznych oferowanego urządzenia według wzoru stanowiącego załącznik nr 1a do SIWZ oraz złożenia dokumentu potwierdzającego deklarację zgodności CE dla oferowanego urządzenia, celem potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają

wymaganiom określonym przez Zamawiającego. W formularzu stanowiącym załącznik nr 1a do SIWZ Przystępujący potwierdził, iż spełnia wszystkie wskazane tam wymagania, stanowiące powtórzenie wymagań opisanych w Rozdziale XV punkt 2 SIWZ. W wierszu „Oferowane urządzenie” Przystępujący wpisał model, symbol oraz producenta urządzenia wskazując „(...)”

Zamawiający w dniu 7 listopada 2017 r. poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy P. P. Sp. z o.o. Sp. k. z

9

siedzibą w Złotnikach, która przedstawiała najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert. Tym samym uznał, że złożona przez Przystępującego oferta jest zgodna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby stawiany w odwołaniu zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP nie potwierdził się.

Odwołujący upatrywał niezgodność oferty Przystępującego z treścią SIWZ w dwóch aspektach: w niespełnieniu wymogu, aby firma serwisująca posiadała autoryzację na serwis producenta oferowanego urządzenia oraz w kontekście zaoferowania przedmiotu zamówienia (urządzenia) wyprodukowanego wcześniej niż w 2017 r.

Powyższe wymagania zostały wskazane przez Zamawiającego w opisie minimalnych parametrów technicznych i funkcjonalnych kopertownicy przedstawionym w punkcie 2 Rozdziału XV SIWZ. Ich spełnienie było weryfikowalne na podstawie oświadczenia wykonawcy przedstawionego w treści Załącznika nr 1a do SIWZ – Formularz parametrów urządzeń, gdzie przytoczona została treść powyższych wymagań, których spełnienie wykonawca potwierdzał poprzez złożenie podpisu pod treścią dokumentu. Przystępujący, załączając uzupełniony o żądane parametry urządzenia i podpisany przez osobę upoważnioną Formularz parametrów urządzeń potwierdzał zatem spełnienie wymagań SIWZ w tym zakresie. W tym stanie rzeczy Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że zaoferowane urządzenie nie spełnia wymaganych w opisie przedmiotu zamówienia parametrów funkcjonalnych i technicznych. Odwołujący, podnosząc twierdzenia o niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ, winien był zatem okoliczność tę wykazać, jako podmiot, który z tego faktu wywodzi skutek prawny w postaci konieczności odrzucenia oferty Przystępującego.

Podkreślić należy, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Zgodnie z art. 14 Ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. W myśl zaś art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Przepis ten wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie

10

wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Reguła ta została przeniesiona na grunt postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą i znalazła swoje odzwierciedlenie w treści art. 190 ust. 1 Ustawy Pzp (por. m.in. wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 141/17; wyrok KIO z dnia 9 lipca 2016 r., sygn. akt KIO1591/16). Ponadto jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie V Wydział Cywilny Odwoławczy z dnia 8 kwietnia 2008 r. (sygn. akt V Ca 571/08), kontradyktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed KIO pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na KIO obowiązku ustalenia prawdy materialnej. Podobnie również stwierdził Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy w wyroku z 19 marca 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 92/08) wskazując, iż w postępowaniu odwoławczym

przed KIO to strony postępowania, a nie Izba winna poszukiwać i wykazać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Zatem obowiązkiem strony, na której spoczywa ciężar dowodu jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania.

W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ust. 1 Ustawy Pzp, to na Odwołującym spoczywa ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania Krajowej Izby Odwoławczej dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, którymi jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania.

W ocenie Izby Odwołujący nie podał ciężącemu na nim obowiązkowi wykazania, że oferta Przystępującego nie odpowiada treści SIWZ.

Po pierwsze Odwołujący nie udowodnił, iż spółka H. S. GmbH nie może być uznawana za producenta zaoferowanej przez Przystępującego kopertownicy o nazwie (...), a w konsekwencji, że Przystępujący nie posiada autoryzacji na serwis producenta oferowanego urządzenia. Argumentacja Odwołującego w powyższym zakresie sprowadzała się do twierdzenia, iż producentem zaoferowanej kopertownicy jest firma P. B. L., a firma H. S. GmbH jest wyłącznie dystrybutorem tego urządzenia, oferującym gotowe produkty P. B. L. pod zmienioną nazwą. Na potwierdzenie stawianej tezy Odwołujący przedłożył oświadczenie firmy P. B. L. z 22 listopada 2017 r., w którym wskazano, iż firma H. S. jest resellerem produktów P. B. w Niemczech i Austrii, jak również, że A. S.A. jest jedynym upoważnionym i

11

przeszkolonym sprzedawcą urządzeń firmy P. B. na polskim rynku. Ponadto w dniu rozprawy Odwołujący złożył oświadczenie P. B. L. z 1 grudnia 2014 r., w którym wskazano, iż firma H. S. jest resellerem w Niemczech i Austrii wskazanych w tym piśmie modeli kopertownic oraz, że nie udzielono zezwolenia na sprzedaż tych maszyn poza Niemcami i Austrią. Podkreślić jednak należy, że treść tych pism nie pozwala jednoznacznie przesądzić, że

firma H. S. jest wyłącznie dystrybutorem tych urządzeń i nie może być uznawana za ich producenta pomimo oferowania modeli pod własną nazwą, a także, że jako producent nie może oferować produktów pod własną nazwą na terytorium Polski ani wystawiać autoryzacji na serwis tych urządzeń na terytorium Polski.

Izba zwraca uwagę, iż Odwołujący złożył na wezwanie Zamawiającego deklarację zgodności CE dla oferowanego urządzenia wystawioną przez H. S. GmbH jako producenta sprzętu. W treści deklaracji widnieje oświadczenie, iż: „producent *potwierdza, że urządzenie kopertujące (...) i (...) spełnia wymogi następujących dyrektyw[...].*” Z powyższego wynika, iż firma H. S. GmbH uważa się za producenta oferowanego urządzenia. Znajduje to odzwierciedlenie w przepisach ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1226), która reguluje m.in. zasady dokonywania oceny zgodności wyrobu i wystawiania deklaracji zgodności. Zgodnie z art. 5 pkt 10) tej ustawy deklaracja zgodności stanowi oświadczenie producenta lub jego upoważnionego przedstawiciela stwierdzające na jego wyłączną odpowiedzialność, że wyrób jest zgodny z zasadniczymi wymaganiami. W myśl art. 7a ust. 1 ustawy o systemie oceny zgodności, oceny zgodności wyrobu ze szczegółowymi wymaganiami dokonuje producent lub importer, w sposób określony w przepisach wydanych na podstawie art. 10 ust. 1 lub w odrębnych ustawach. Zgodnie zaś z art. 8 ust. 1 cytowanej ustawy producent lub jego upoważniony przedstawiciel, który poddał wyrób lub proces jego wytwarzania ocenie zgodności z zasadniczymi wymaganiami i potwierdził ich zgodność, wystawia deklarację zgodności, jeżeli zastosowana procedura oceny zgodności to przewiduje, i umieszcza oznakowanie zgodności zgodnie z wymaganiami określonymi w przepisach wydanych na podstawie art. 9 ust. 1 lub w odrębnych ustawach.

Podmiotem wystawiającym deklarację zgodności CE na gruncie wskazanych powyżej przepisów jest zatem producent, ewentualnie jego upoważniony przedstawiciel, (tj. osoba upoważniona przez producenta na piśmie do działania w jego imieniu – art. 5 pkt 5 ustawy o systemie oceny zgodności), który swoim oświadczeniem gwarantuje zgodność produktu z określonymi normami i który tym samym przyjmuje na siebie odpowiedzialność za produkt.

W tym stanie rzeczy nie sposób przyznać racji Odwołującemu, który podczas rozprawy twierdził, iż nie ma znaczenia, że deklarację podpisała firma H. S. GmbH, jako że deklaracja zgodności CE może być wystawiona przez producenta, dystrybutora, importera oraz szereg

12

innych podmiotów. W treści deklaracji zgodności CE wystawionej 1 lipca 2016 roku H. S. GmbH wskazał siebie jako producenta urządzeń kopertujących Si 5200 i Si 5400 i zarazem podmiot odpowiedzialny za produkt. Z treści deklaracji zgodności CE nie wynika, iż podmiot ten działał jako przedstawiciel producenta, czy jako importer (przy czym przez importera na gruncie omawianej ustawy należy rozumieć osobę fizyczną lub prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, mającą siedzibę na terytorium państwa członkowskiego Unii Europejskiej lub państwa członkowskiego Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) - strony umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym, która wprowadza do obrotu lub oddaje do użytku wyroby pochodzące z krajów trzecich – art. 5 pkt 21 ustawy o systemie oceny zgodności). Odwołujący zaś nie przedstawił dowodów, które wskazywałyby na nieprawdziwość oświadczenia H. S. GmbH w tym zakresie.

Ponadto wskazać należy, iż nie było spornym pomiędzy stronami, że firma H. S. GmbH oferuje kopertownice opatrzone własną nazwą i numerem handlowym. Ma to istotne znaczenie dla oceny, czy podmiot ten może być uznany za producenta w świetle przepisów prawa krajowego i europejskiego. Jak wynika z art. 5 pkt 20) Ustawy o systemie oceny zgodności jako producenta należy rozumieć osobę fizyczną lub prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która projektuje i wytwarza wyrób, albo dla której ten wyrób zaprojektowano lub wytworzono, w celu wprowadzenia go do obrotu lub oddania do użytku pod własną nazwą lub znakiem. Jeszcze szerzej pojęcie producenta definiuje przywoływana przez Zamawiającego ustawa z dnia 12 grudnia 2003 r. o ogólnym bezpieczeństwie produktów (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 2047), gdzie w art. 3 pkt 2 wskazano, iż użyte w ustawie określenie „producent” oznacza:

- a) przedsiębiorcę prowadzącego w Unii Europejskiej lub na terytorium państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) - stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym działalność polegającą na wytwarzaniu produktu albo każdą inną osobę, która występuje jako wytwórca, umieszczając na produkcie bądź do niego dołączając swoje nazwisko, nazwę, znak towarowy bądź inne odróżniające oznaczenie, a także osobę, która naprawia lub regeneruje produkt,
- b) przedstawiciela wytwórcy, a jeżeli wytwórca nie wyznaczył przedstawiciela - importera produktu, w przypadkach gdy wytwórca nie prowadzi działalności w Unii Europejskiej lub na terytorium państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) - stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym,
- c) przedsiębiorcę uczestniczącego w dowolnym etapie procesu dostarczania lub udostępniania produktu, jeżeli jego działanie może wpływać na właściwości produktu związane z jego bezpieczeństwem.

13

Powyższy przepis stanowi odpowiednik art. 2 lit. e Dyrektywy 2001/95/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie ogólnego bezpieczeństwa produktów (Dz. Urz. UE.L 2002 Nr 11 str.

4).

W świetle powyższych uregulowań, już wprowadzenie do obrotu produktu opatrzonego nazwą, znakiem towarowym firmy H. S. GmbH powoduje, iż podmiot ten występuje jako wytwórca produktu, a w konsekwencji

pozwala na uznanie tego podmiotu za producenta i przypisania mu odpowiedzialności za produkt, w tym jego zgodność z określonymi normami. Powyższe znajduje potwierdzenie w treści oświadczenia firmy H. S. GmbH z dnia 15 listopada 2017 r. załączonego do pisma Przystępującego wraz z tłumaczeniem na język polski, z którego wynika, iż firma ta od wielu lat sprzedaje model (...) na krajowych i międzynarodowych warunkach pod brandem i logotypem H. S., tym samym w świetle europejskiego i krajowego prawa jako producent zapewnia jakość, gwarancję i serwis dla tego produktu. W piśmie wskazano również, iż H. S. GmbH ma nieograniczone prawo do dystrybucji tych produktów we wszystkich krajach Unii Europejskiej.

W ocenie Izby Odwołujący nie przedstawił dowodów, które wskazywałyby, iż pomimo oznaczenia produktu nazwą i logotypem firmy H. S. GmbH, firma ta nie może być uznana za producenta oferowanego urządzenia w świetle przepisów prawa krajowego i europejskiego. Swoje stanowisko w tym zakresie Odwołujący oparł wyłącznie na stwierdzeniu, że H. S. GmbH kupuje od P. B. gotowy produkt, nie potwierdza tego jednak treść oświadczeń firmy P. B.. Na ich podstawie nie da się także przesądzić, że zaoferowany produkt nie został wytworzony na potrzeby H. S. GmbH celem wprowadzenia go do obrotu przez tą firmę pod własną nazwą lub znakiem. Oświadczenie P. B. L. z dnia 1 grudnia 2014 r. w ogóle nie odnosi się zaś do modelu (...), który według twierdzeń Odwołującego jest modelem zaoferowanym przez Przystępującego w jego ofercie. Mając także na względzie datę wystawienia ww. oświadczenia nie sposób przesądzić, czy zawiera one treść aktualną na chwilę obecną.

Zwrócić należy tutaj uwagę także na kwestię odpowiedzialności za produkt. Jak wynika z przytaczanego już powyżej art. 5 pkt 10) ustawy o systemie oceny zgodności deklaracja zgodności stanowi oświadczenie producenta lub jego upoważnionego przedstawiciela stwierdzające na jego wyłączną odpowiedzialność, że wyrób jest zgodny z zasadniczymi wymaganiami. Wystawiając deklarację zgodności jako producent H. S. GmbH przyjął na siebie odpowiedzialność za zgodność produktu z określonymi dyrektywami. Ponadto w treści przedłożonego do akt sprawy oświadczenia firma ta potwierdziła, że jako producent zapewnia jakość, gwarancję i serwis dla tego produktu.

W świetle powyższych okoliczności, w ocenie Izby, Odwołujący nie udowodnił, iż firma ta nie jest producentem zaoferowanej kopertownicy, lecz wyłącznie jej dystrybutorem. Treść

14

przedstawionych przez Odwołującego dokumentów wskazuje co prawda na fakt istnienia relacji kontraktowych pomiędzy firmą P. B. a firmą H. S., nie przesądza jednak o tym, H. S. nie jest producentem kopertownicy (...), przy czym pojęcie producenta – jak wskazano powyżej - nie może być rozumiane wyłącznie jako podmiot, który rzeczywiście wytworzył produkt. Izba uznała za nieudowodnione także stanowisko Odwołującego, iż H. S. GmbH nie może sprzedawać ani autoryzować produktów P. B. na terytorium Polski. Przeczy temu zarówno oświadczenie H. S. GmbH, jak i informacje przedstawione na polskiej stronie internetowej tego podmiotu (www.hefter.pl), których wydruki przedstawił w toku rozprawy Zamawiający na poparcie swoich twierdzeń.

W konsekwencji Odwołujący nie wykazał, iż Przystępujący nie posiada autoryzacji na serwis producenta oferowanego urządzenia, swoją argumentację w tym zakresie opierał bowiem na twierdzeniu, że H. S. nie jest producentem zaoferowanego urządzenia, tylko jego dystrybutorem. Fakt posiadania autoryzacji H. S. przez Przystępującego nie był zaś kwestionowany w postępowaniu odwoławczym. Potwierdza to także oświadczenie H. S. GmbH przedłożone przez Przystępującego, w którym wskazano, iż Przystępujący jest autoryzowany, przeszkolony i gotowy do sprzedaży, utrzymania, a także serwisowania systemu kopertującego Si 5400.

Izba nie podzieliła również stanowiska Odwołującego, iż treść oferty Przystępującego nie odpowiada treści SIWZ wobec zaoferowania przez Przystępującego przedmiotu zamówienia wyprodukowanego wcześniej niż w 2017 r. Wskazać należy, iż Zamawiający w treści Opisu przedmiotu zamówienia wprost wskazał, iż wykonawca będzie zobowiązany doręczyć oświadczenie producenta, iż oferowany egzemplarz kopertownicy jest fabrycznie nowy, tj. wyprodukowany nie wcześniej niż w 2017 r. dopiero w momencie dostawy urządzenia. Wykonawca nie był zatem zobligowany do posiadania oferowanego urządzenia już w momencie składania oferty i miał możliwość jego nabycia na późniejszym etapie. Zamawiający nie miał zatem podstaw, aby kwestionować prawdziwość oświadczenia Przystępującego w tym zakresie. Odwołujący zaś nie udowodnił, że nie jest możliwe dostarczenie przez Przystępującego zaoferowanego modelu kopertownicy firmy H. S. wyprodukowanego w 2017 r. W szczególności argumentacja Odwołującego nie pozwala na ustalenie jakie urządzenie P. B. jest (i czy w ogóle jest) obecnie odpowiednikiem modelu (...) i czy pod tą nazwą oferowane są modele wskazywane w piśmie P. B. jako produkowane w 2017 r. Do akt sprawy zostało złożone zaś oświadczenie firmy H. S. GmbH, w którym podmiot ten potwierdził, że model zaoferowany przez Przystępującego jest zupełnie nowy, w najnowszej wersji i jest definitywnie wyprodukowany w 2017 r. Ponadto słusznie wskazał Zamawiający, że oświadczenie P. B. z dnia 22 listopada 2017 r., iż podmiot ten nie sprzedał w roku 2017 żadnego nowowyprowadzonego systemu kopertującego do firmy H. S., nie

może być równoznaczne z uznaniem, że taki produkt nie został zarezerwowany czy zamówiony albo że nie zostanie jeszcze sprzedany H. S. w 2017 r. Zgodnie bowiem z punktem 1 Rozdziału VII SIWZ termin wykonania zamówienia określony został nie później niż do dnia 15 grudnia 2017 r., a zatem zakup urządzenia jest jeszcze możliwy. Odwołujący nie podnosił zaś jakichkolwiek twierdzeń, które przeczyłyby powyższej możliwości.

W tym stanie rzeczy Izba uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy za nieuzasadniony.

W konsekwencji powyższego nie potwierdził się również stawiany przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 w zw. z art. 82 ust. 3 Ustawy polegający na niezgodnym z prawem wyborze oferty P. jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy oferta ta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W ocenie Izby nie zasługuje na uwzględnienie także zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Ustawy w zw. z art. 25 ust. 1 pkt. 1 Ustawy.

Odwołujący podniósł, iż przedłożone wraz z ofertą oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu nie zostało podpisane z imienia i nazwiska przez uprawnionego przedstawiciela Wykonawcy, a nieczytelne parafowanie w miejscu podpisu nie może przesądzać o tym, że oświadczenie złożyła uprawniona osoba.

Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego w powyższym zakresie, uznając, iż treść oferty Przystępującego nie pozwala poddać w wątpliwość fakt, iż oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu zostało podpisane przez osobę uprawnioną do reprezentacji podmiotu.

Przede wszystkim wskazać należy, iż wobec braku ustawowej definicji podpisu, w celu ustalenia cech, jakim powinien odpowiadać podpis zasadnym jest odwołanie się do utrwalonej w orzecznictwie wykładni art. 78 Kodeksu cywilnego, który znajduje tu zastosowanie poprzez odesłanie przedstawione w art. 14 Ustawy Pzp. Na gruncie art. 78 Kodeksu cywilnego za podpis uważa się niepowtarzalny znak graficzny, charakterystyczny dla danej osoby, indywidualizujący w obrocie prawnym osobę, która go składa i co do zasady wywodzący się od imienia i nazwiska osoby, która go składa (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 13 września 2012 r., sygn. akt I ACA 480/12; postanowienie Sadu Okręgowego w Gdańsku z 10 lutego 2010 r., sygn. akt III Ca 867/09; postanowienie Sadu Najwyższego z 17 czerwca 2009, sygn. akt IV CSK 78/09). Pojęcie podpisu najpełniej wyjaśnił Sąd Najwyższy w uchwale składu 7 sędziów z dnia 30 grudnia 1993 r. (sygn. akt III CZP 146/93), która wprawdzie dotyczyła podpisu wystawcy weksla, to jednak ma znaczenie bardziej ogólne. W przedmiotowej uchwale Sąd Najwyższy stwierdził, że *"Nie można formułować ogólnych wskazań co do długości lub kształtu podpisu, poza tym, że ma on*

stanowiąc napisane nazwisko, niekoniecznie czytelne, ale w sposób charakterystyczny dla osoby podpisanej. Istotne jest bowiem to, aby napisany znak ręczny - przy całej tolerancji co do kształtu własnoręcznego podpisu – stwarzał w stosunku do osób trzecich pewność, że podpisujący chciał podpisać się pełnym swoim nazwiskiem oraz że uczynił to w formie, jakiej przy podpisywaniu dokumentów stale używa. [...] Podpis nieczytelny stanowi wyraz woli napisania nazwiska wówczas, gdy podpisujący w taki właśnie sposób pisze swoje nazwisko, składając podpisy na dokumentach. Dlatego też podpis nieczytelny powinien być złożony w formie zwykle używanej przez wystawcę weksla, a więc w formie, która jest znana szerszemu kręgowi osób. Tak wykonany podpis, choć nie daje się odczytać, wyraża napisane nazwisko, a zarazem pełni funkcję identyfikacyjną."

Podkreślić należy, iż podpis ma określony cel – jest potwierdzeniem złożonego oświadczenia i aby skutecznie takie potwierdzenie stanowić, musi spełniać podstawowy wymóg: musi pozwalać na identyfikację osoby, która bądź w imieniu własnym, bądź w imieniu reprezentowanego przez siebie podmiotu określone oświadczenie woli złożyła. Wobec powyższego, zgodnie z orzecznictwem, aby określony znak graficzny mógł zostać uznany za podpis jednocześnie powinny wystąpić następujące cechy: 1) powtarzalny znak graficzny; 2) znak postawiony własnoręcznie; 3) treść podpisu powinna obejmować co najmniej nazwisko składającego, także w postaci skróconej, niekoniecznie czytelnej, lecz charakterystycznej dla podpisującego; 4) podpis powinien być usytuowany pod treścią

(tekstem) oświadczenia woli.

W ocenie Izby wszystkie te cechy wystąpiły w przypadku znaku złożonego w treści dokumentu stanowiącego oświadczenie Przystępującego o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu. Przede wszystkim nie budzi wątpliwości Izby fakt, iż w świetle dominującego orzecznictwa podpis identyfikujący daną osobę nie musi być pełnym imieniem i nazwiskiem danej osoby, a zatem nie ma racji Odwołujący wskazując na brak podpisania dokumentu z imienia i nazwiska. Podpis ma wywodzić się od nazwiska i obejmować to nazwisko, ale może przyjąć także postać skróconą, nieczytelną. Ponadto znak graficzny został złożony pod treścią oświadczenia, w miejscu wskazanym w formularzu jako miejsce do podpisu. W lewym górnym rogu dokumentu wskazano z imienia i nazwiska osobę, która podpisała oświadczenie w imieniu wykonawcy – Pana P. T., Członka zarządu. Znak ten odpowiada swoją długością, kształtem nazwisku osoby go składającej, tj. nazwisku T. Fakt jego złożenia własnoręcznie w rzeczonym dokumencie potwierdził Przystępujący w toku rozprawy przed Izbą, na której Pan P. T. był obecny osobiście.

Istotne znaczenie ma także okoliczność, iż widniejący w miejscu przeznaczonym na podpis znak graficzny jest zbliżony z podpisami złożonymi przez Pana P. T. w innych dokumentach, których skuteczności Odwołujący nie kwestionuje. Wszystkie dokumenty

17

składające się na ofertę Przystępującego zostały podpisane w ten sam sposób przez ujawnionego w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji członka zarządu spółki P. P. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością – komplementariusza Przystępującego. Taki sam znak graficzny znajduje się zarówno na stronie 3 formularza ofertowego, jak i na innych dokumentach załączonych do oferty i złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym na oświadczeniu dotyczącym przesłanek wykluczenia z postępowania, wykazie należycie wykonanych dostaw, czy na formularzu parametrów urządzenia.

Różnica polega wyłącznie na tym, że w przypadku oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu podpis nie został opatrzony imienną pieczęcią z opisem stanowiska. Powyższe świadczy zarówno o powtarzalności podpisu, jak i o tym, że na jego podstawie możliwa jest identyfikacja osoby, która ten podpis złożyła.

W tym stanie rzeczy nie można uznać, że oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu nie zostało złożone przez osobę uprawnioną. Nie zasługuje na uwzględnienie także argumentacja Odwołującego, iż znak graficzny złożony na rzeczonym dokumencie stanowi parafę, nie podpis. Trzeba odróżnić pojęcie parafy od skrótu podpisu. Pierwsze w ścisłym tego słowa znaczeniu - jeśli chodzi o formę - oznacza znak ręczny składający się z inicjałów, drugie - skrócony podpis przez pominięcie niektórych liter w celu uczynienia go krótszym. Parafę odróżnia od podpisu także funkcja, stanowi ona bowiem sposób sygnowania dokumentu mający świadczyć o tym, że jest on przygotowany do złożenia podpisu (tak m.in. wyrok KIO z 28 czerwca 2017 r., sygn. akt 1189/17). W ocenie Izby znak graficzny złożony w miejscu przeznaczonym na podpis w oświadczeniu o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu nie sprowadza się wyłącznie do inicjałów i różni się wyglądem od znaku złożonego na stronach pierwszej i drugiej formularza ofertowego (a także np. na pierwszych dwóch stronach formularza parametrów urządzenia) w charakterze parafy.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 Ustawy orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Ustawy oraz na podstawie § 3 pkt 1) i pkt 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238; zm.: Dz. U. z 2017 r. poz. 47), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3600 zł.

18

pełnomocnika Zamawiającego na rozprawę, zgodnie bowiem z § 3 pkt 2 lit. a) cytowanego powyżej Rozporządzenia obciążenie strony przegrywającej postępowanie odwoławcze kosztami poniesionymi przez stronę wygrywającą jest uzależnione od złożenia rachunków do akt sprawy. Zamawiający złożył spis kosztów wskazujący na fakt poniesienia kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na rozprawę, niemniej do tego dokumentu załączył wyłącznie fakturę dokumentującą wydatki poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, nie przedłożył jednak rachunku potwierdzającego koszty dojazdu na rozprawę. Samego dokumentu o nazwie „spis kosztów” nie sposób zaś uznać za rachunek, o którym mowa we wskazanym powyżej przepisie.

Przewodniczący: