

WYROK
z dnia 12 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez Odwołującego wykonawcę **Krzysztofa Maracha prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe KAMAR Krzysztof Marach Przybyszewo, ul. Wiejska 23, 64-100 Leszno** od czynności Zamawiającego **Gminę Miejską Bartoszyce, ul. Bohaterów Monte Cassino 1, 11-200 Bartoszyce**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego się oraz dokonanie czynności powtórnego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Gminę Miejską Bartoszyce, ul. Bohaterów Monte Cassino 1, 11-200 Bartoszyce i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez wykonawcę **Krzysztofa Maracha prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą:**

KAMAR Marach Przedsiębiorstwo Produkcyjno-

Handlowo-Uslugowe Krzysztof

Przybyszewo, ul. Wiejska 23, 64-100 Leszno

1

2) dokonać wpłaty kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) przez **Gminę Miejską Bartoszyce, ul. Bohaterów Monte Cassino 1, 11-200 Bartoszyce** na rzecz wykonawcy **Krzysztofa Maracha prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe KAMAR Krzysztof Marach Przybyszewo, ul. Wiejska 23, 64-100 Leszno**, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie wyroku

W dniu **4 kwietnia 2011 roku** (pismem z dnia 30 marca 2011 roku) na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwana dalej „ustawą Pzp” do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie złożone przez Odwołującego, którym jest **Krzysztof Marach prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe KAMAR Krzysztof Marach Przybyszewo** z siedzibą w Lesznie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gminę Miejską Bartoszyce**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na *Przebudowę odkrytego basenu wraz z zagospodarowaniem terenu przy ul. Limanowskiego w Bartoszycach zgodnie z projektem WND - RPWM.04.02-28-028/10 Numer sprawy oznaczonej przez Zamawiającego 341/01-2/2011* prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 58809-2011 w dniu 21 lutego 2011 r.

Odwołanie wniesiono od odrzucenia oferty Odwołującego w całości przez Zamawiającego a w konsekwencji pominięcia Odwołującego przy wyborze najkorzystniejszej oferty

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu niezgodne z przepisami ustawy Pzp dokonanie czynności odrzucenia oferty z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co stanowi naruszenie przepisów:

1. Art. 89 ust 1 pkt 2 i 8 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty mimo jej zgodności z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) i ważnością z innymi przepisami.

2. Art. 82 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 78 §1 kodeksu cywilnego pomimo, że oferta została złożona w przewidzianej prawem formie pisemnej z podpisem własnoręcznym Odwołującego

Wobec powyższego Odwołujący wnosił o:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego
2. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej
3. uwzględnienie oferty Odwołującego przy ocenie złożonych ofert,
4. dokonanie ponownej oceny ofert i wybranie oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
5. zwrot kosztów postępowania odwoławczego od Zamawiającego na rzecz Odwołującego

3

W uzasadnieniu Odwołujący wskazywał, w nawiązaniu do treści art. 179 ustawy Pzp, że legitymuje się interesem prawnym. Interes prawny Odwołującego, jako wykonawcy, wyraża się w tym, że Odwołujący zaoferował najniższą cenę za realizację przedmiotu zamówienia, a jego oferta została odrzucona przez Zamawiającego. W sytuacji potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp i uznania zasadności zarzutów podnoszonych przez Odwołującego miałby on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wskazała, że w dniu **29 marca 2011 r.** otrzymał on faxem /pomimo wyłączenia w SIWZ sposobu komunikacji drogą faxową i e-mailową/ informację o odrzuceniu jego oferty przez Zamawiającego. Jako podstawę odrzucenia wskazano brak podpisu przez upoważnionego przedstawiciela wykonawcy na formularzu ofertowym. Co mogłoby oznaczać, że albo podpisu w ogóle nie było na formularzu /co pozostaje w sprzeczności z jej treścią/ albo podpis był ale osoby innej niż upoważnionego przedstawiciela Wykonawcy. Inne rozumienie podanej podstawy odrzucenia oferty nie wchodzi w rachubę przy tak sformułowanej przyczynie odrzucenia.

Wykonawca odwołujący się podniósł, że jest osobą fizyczną i jedynie on jest uprawniony do podpisania złożonej oferty. Wykonawca nie ustanawiał pełnomocników. Zatem sformułowana podstawa odrzucenia powinna być rozumiana jako odrzucenie z powodu braku podpisu Wykonawcy na ofercie lub takiej wady znaku graficznego, że nie można go uznać za podpis Wykonawcy.

Z takim zarzutem zupełnie nie można się, zdaniem Odwołującego, zgodzić. Odwołujący wskazał, że formularz ofertowy złożony Zamawiającemu został podpisany przez Odwołującego własnoręcznie w dolnym prawym rogu nazwiskiem „Marach”. Na dowód czego załączył do odwołania kopię formularza.

Zgodnie ze SIWZ rozdz. VI A, Odwołujący złożył prawidłowo wypełniony i podpisany przez Wykonawcę formularz ofertowy, jak również oświadczenie dotyczące postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W dniu 22 marca 2011 Wykonawca otrzymał wezwanie do uzupełnienia dokumentów w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego. Zamawiający wezwał do uzupełnienia dołączonych do oferty referencji, które to nie spełniały zawartego w rozdz. V SIWZ „Warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonania oceny spełnienia

tych warunków". Braki te zostały uzupełnione w terminie. Do uzupełnienia innych ewentualnych braków Wykonawca nie był wzywany. W tym miejscu przywołano przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który jednoznacznie wskazuje, że nie wzywa się do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń jeśli oferta i tak podlega odrzuceniu (...). Czy w takim razie przed wezwaniem do uzupełnienia nie istniała przyczyna uzasadniająca odrzucenie oferty?

Odwołujący podkreślał, że złożona oferta była kompletna i podpisana przez

4

Odwołującego. Podpis złożony przez Odwołującego w postaci jedynie nazwiska i w dolnym rogu formularza /wzoru opracowanego przez Zamawiającego/ poniżej jego treści jest wystarczający dla zidentyfikowania Wykonawcy.

Zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego oraz Krajowej Izby Odwoławczej przeszkody w uznaniu złożonej oferty za ważną nie może stanowić fakt, iż podpis na ofercie nie składa się z pełnego imienia i nazwiska. Podpis jest charakterystycznym dla danej osoby znakiem graficznym wywodzącym się z jego imienia i nazwiska, nie będący koniecznym pełnym imieniem i nazwiskiem, pozwalającym na ustalenie tożsamości osoby, która go złożyła. W tym miejscu nasuwa się uwaga, że skoro Zamawiający wzywał do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń Odwołującego to nie miał wątpliwości co do tożsamości osoby składającej ofertę.

Korzystając z dorobku doktryny prawa cywilnego wskazano, że podpis w rozumieniu art. 78 k.c. nie musi być czytelny, (także: wyrok KIO z dnia 5 października 2009 KIO/UZP 1196/09) LEX nr 522155. (patrz: A. Kidyba (red.), K. Kopaczyńska-Pieczniak, E. Niezbecka, Z. Gawlik, A. Janiak, A. Jedliński, T. Sokołowski, Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna, 2009 r.), Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 10 listopada 2006 r., podpis w rozumieniu art. 78 kodeksu cywilnego nie musi być czytelny (sygn. akt II FSK 1144/05).

Również uchybienie co do miejsca złożenia podpisu może być ocenione jedynie w kategorii uchybienia o charakterze formalnym, a nie merytorycznym i tym samym nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty (wyrok KIO/UZP 1442/07 z dnia 27 grudnia 2007). Zgodnie z art. 78 kc do zachowania formy pisemnej czynności prawnej wystarczy złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli.

Orzecznictwo SN przyjmuje, że niezbędną cechą podpisu jest jego własnoręczność, tym samym za ważny podpis uważa się nie tylko imieniem i nazwiskiem ale także skrót podpisu. Natomiast na formularzu ofertowym wykonawcy, stanowiącym załącznik nr 1 widnieje czytelny podpis Krzysztofa Maracha, choć składający się tylko z nazwiska.

Oferta złożona przez Odwołującego zawiera specyfikację zgodną z wymogami SIWZ. Cena oferty Odwołującego jest najniższa z zaproponowanych przez uczestników przetargu, z uwagi na to powinna być wybrana przez Zamawiającego do realizacji zamówienia. Konkludując stwierdzono, że odrzucenie oferty Odwołującego nastąpiło z naruszeniem wskazanych przepisów i czynność ta powinna zostać unieważniona a w konsekwencji także czynność wyboru najkorzystniejszej oferty.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 1 kwietnia 2011 r.

5

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, oraz stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z 21 lutego 2011 roku pod nr 58809-2011, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej, na której udostępnił również siwz.

W pierwszej kolejności ustalono, że wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp i wynosi 6 678 951,16 zł (w tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających została ustalona na kwotę 3 339 475,58 zł), co stanowi równowartość 869 881,63 euro.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił także, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w złożeniu odwołania, gdyż potwierdzenie się zarzutów dotyczących niewłaściwego odrzucenia jego oferty oznaczałoby dla Odwołującego możliwość uzyskania zamówienia ze względu na złożenie oferty najkorzystniejszej cenowo w postępowaniu, która zgodnie z postanowieniami SIWZ stanowiła jedyne kryterium oceny ofert. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z tak ustalonym we wstępie uzasadnienia stanem faktycznym, biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Istotą sporu w niniejszej sprawie jest stwierdzenie czy oferta nie zawierająca podpisu osoby uprawnionej ze strony wykonawcy w miejscu do tego na formularzu ofertowym wyznaczonym jest ofertą ważną.

Oferta, zgodnie z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego mającego zastosowanie w przedmiotowej sprawie na podstawie art. 14 ustawy Pzp, stanowi oświadczenie woli zawarcia umowy określające istotne postanowienia tej umowy. Do istotnych postanowień umowy należy niewątpliwie określenie podmiotu składającego ofertę, przedmiotu zobowiązania oraz ceny. Zgodnie zaś z brzmieniem art. 9 ust. 1 ustawy Pzp ofertę

6

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego należy złożyć w formie pisemnej.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie rozpatrującym niniejsze odwołanie, po analizie treści złożonej przez Odwołującego oferty stwierdziła, iż zawiera ona wszystkie wyżej wymienione istotne elementy. Stwierdzić należy, że przedmiotowa oferta zawiera także wszystkie inne elementy wymagane SIWZ.

W prawym dolnym rogu strony drugiej formularza ofertowego, którego wzór stanowił załącznik do SIWZ, w ofercie Odwołującego widnieje znak graficzny składający się z pełnego nazwiska Odwołującego, na stronie pierwszej niniejszego formularza znajduje się pieczęć firmowa z pełną nazwą Odwołującego, adresem, numerami telefonów oraz numerem faksu, NIP-u i REGON-u Wykonawcy. Tożsamy znak graficzny (składający się z samego nazwiska znajduje się na pozostałych kartach oferty Odwołującego się we wszystkich miejscach przeznaczonych do złożenia podpisu, dodatkowo wykonawca przystawił w tych miejscach pieczęć imienną „Właściciel – Krzysztof Marach”).

Zgodnie z Rozdziałem X SIWZ „Opis sposobu przygotowania oferty” wykonawca mógł złożyć jedną ofertę, w formie pisemnej, w języku polskim, pismem czytelnym. Oferta oraz wymagane formularze, zestawienia i wykazy składane wraz z ofertą wymagały podpisu osób uprawnionych do reprezentowania firmy w obrocie gospodarczym, zgodnie z aktem rejestracyjnym oraz przepisami prawa. W Rozdziale VI SIWZ Zamawiający określił, że wraz z ofertą należy złożyć dokumenty i załączniki, w tym formularz ofertowy wypełniony i podpisany przez wykonawcę.

O oświadczeniu woli złożonym w formie pisemnej mówimy w przypadku złożenia własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym jego treść (art. 78 § 1 Kodeksu cywilnego). Przeszkody w uznaniu złożonej oferty za ważną nie może stanowić fakt, iż podpis Pana M. na drugiej stronie formularza ofertowego nie składa się z pełnego imienia i nazwiska, a jedynie z nazwiska. W tym miejscu skład orzekający pragnie zauważyć, że Naczelnym Sądem Administracyjnym, że „podpis jest charakterystycznym dla danej osoby znakiem graficznym wywodzącym się z jego imienia i nazwiska, niebędący koniecznym pełnym imieniem i nazwiskiem oraz znakiem czytelnym, pozwalający na ustalenie tożsamości osoby, która go złożyła”. Nie ma także większego znaczenia miejsce, w którym taki znak graficzny, który uznać należałoby za podpis się znajduje. Bez względu czy jest to miejsce wyznaczone przez Zamawiającego na formularzu do złożenia podpisu, czy też jest to inne miejsce w obrębie tego formularza, złożenie znaku graficznego składającego się z nazwiska, bez pieczęci imiennej spełnia przesłanki dokonania czynności, tj. złożenia pisemnego oświadczenia woli. W przedmiotowej sprawie znaki złożone na poszczególnych, pozostałych kartach oferty bez wątplenia natomiast pozwalają na zidentyfikowanie osoby, która je złożyła, a zatem pozwalają ustalić mocodawcę składanego oświadczenia woli

(podobne wnioski płyną z orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 grudnia 2007 r., sygn. akt KIO/UZP 1442, 1443/07: „Uchybienie co do miejsca złożenia podpisu może być jedynie oceniane w kategorii uchybienia o charakterze formalnym a nie merytorycznym i nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty”). Ponadto Pan Krzysztof M. był jedyną osobą składającą podpisy na ofercie – jest osobą fizyczną prowadzącą działalność gospodarczą, samodzielnie składał ofertę i nie upoważniał jakiegokolwiek innej osoby do podpisania oferty w jego imieniu.

Bogate orzecznictwo SN konsekwentnie przyjmuje, że niezbędną cechą podpisu jest jego własnoręczność, czego nie spełnia złożenie np. maszynowego oznaczenia nazwiska. W uchwale z dnia 28 kwietnia 1973 r. III CZP 78/72 (OSN 1973, nr 12, poz. 207) Sąd Najwyższy uznał (na użytek przepisów prawa spadkowego), że w utrwalonej praktyce obrotu za ważny podpis uważa się nie tylko podpis imieniem i nazwiskiem lub podpis samym nazwiskiem, lecz także – i najczęściej – skrót podpisu („podpis nieczytelny”), którego wystawca zwykle używa przy podpisywaniu dokumentów i który jest „godłem” jego podpisu.

Skład orzekający Izby w pełni podziela także stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 10 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 703,709/09, że „złożenie podpisu nie opatrzonego pieczęcią imienną a jedynie pieczęcią firmową nie może skutkować odrzuceniem oferty, szczególnie w sytuacji, gdy istnieje możliwość weryfikacji podpisu i jednoznacznego stwierdzenia jego pochodzenia. Zasadnym jest zatem twierdzenie (...), że tego typu niezgodności należy rozpatrywać wyłącznie w zakresie uchybień formalnych a nie merytorycznych oferty. Zgodnie zaś z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp oraz jednolitym w tym zakresie orzecznictwem sankcja w postaci odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, zachodzi wyłącznie w przypadku niezgodności treści oferty z treścią siwz, a więc niezgodności co do wymagań merytorycznych a nie formy złożonego dokumentu. W oparciu o dorobek orzecznictwa i doktryny za uchybienia formalne a nie merytoryczne należy uznać np.: brak numeracji stron oferty, brak pieczęci pod oświadczeniem woli, brak podpisu na każdej stronie oferty, brak załączenia spisu treści oferty. Niezgodność treści oferty należy oceniać w kategorii ustawowej definicji oferty określonej w art. 66 kodeksu cywilnego, rozumianej jako niezgodność oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego wyłącznie w merytorycznym zakresie przedmiotu zamówienia”. Niniejsze stanowisko pozostaje również aktualne w przypadku odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp

Wobec zawarcia w ofercie istotnych jej elementów oraz złożenia podpisu pod oświadczeniami przez osobę uprawnioną, Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia oferty na podstawie braku podpisu na drugiej stronie formularza ofertowego.

Tym samym, decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego nie była

prawidłowa i naruszyła przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż Zamawiający naruszył swoim działaniem przepisy wskazane w petitum odwołania, tym samym odwołanie, na podstawie art. 192 ust. 2 wskazanej ustawy podlegało uwzględnieniu. W ocenie Izby zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego potwierdziły się, co skutkuje tym, że podjęte decyzje miały wpływ na wyniki postępowania .

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust 2 pkt 1 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....