

WYROK

z dnia 16 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie **16 sierpnia 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **4 sierpnia 2017 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez **wykonawcę: Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe RABA L. R., R. G. B. sp. j. z siedzibą w Raczkach**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa kanalizacji sanitarnej Rogajny – Gryżyna w Gminie Pasłęk*

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Pasłęk**

przy udziale wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Rolnictwa w Wodę „Wodrol-Olsztyn” w Dywitach sp. z o.o. z siedzibą w Dywitach** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu Gminie Pasłęk: unieważnienie odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Handlowo-Uslugowego RABA L. R., R. G. B. sp. j. z siedzibą w Raczkach oraz uwzględnienie tej oferty przy powtarzaniu czynności w prowadzonym postępowaniu.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Pasłęk i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe RABA L. R., R. G. B. sp. j. z siedzibą w Raczkach.**
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Gminy Pasłęk na rzecz Przedsiębiorstwa Handlowo-Uslugowego RABA L. R., R. G. B. sp. j. z siedzibą w Raczkach**

kwoty **13600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Elblągu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Pasłęk prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn. *Budowa kanalizacji sanitarnej Rogajny – Gryżyna w Gminie Pasłęk*.

Ogłoszenie o tym zamówieniu 30 czerwca 2017 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 542704-N-2017.

Wartość tego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

31 lipca 2017 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu Przedsiębiorstwu Handlowo-Usługowemu RABA L. R., R. G. B. sp. j. z siedzibą w Raczkach {dalej również: „Raba” lub „Spółka”} zawiadomienie o odrzuceniu jego oferty.

4 sierpnia 2017 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 8 – przez uznanie, że oferta Odwołującego jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, w sytuacji gdy nie zachodzi przesłanka określona tym przepisem.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 92 ust. 1 – przez niepodanie w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego pełnego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego podjętej czynności.
3. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 1 – przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, a polegający na odrzuceniu oferty Odwołującego bez dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty i niezawiadomieniu Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego.
2. Dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
3. Uznania oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Odwołujący zrelacjonował, że Zamawiający podał mu następujące uzasadnienie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 pzp:

Wykonawca przystępując do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego złożył ofertę, w której na formularzu oferty brak jest własnoręcznego podpisu osoby upoważnionej do działania w imieniu wykonawcy.

Złożenie oferty wymaga dla swej ważności formy pisemnej (art.9 i 82 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych). Oświadczenie woli stanowiące ofertę, dla swej ważności wymaga złożenia własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Brak podpisu powoduje że oświadczenie to jest obarczona wadą powodującą jego nieważność z mocy art. 78 k.c.

W tym stanie rzeczy należy uznać, iż uchybienie powyższe wypełnia całkowicie dyspozycje przepisu art 89 ust. 1, pkt. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych co obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty Wykonawcy...

Odwołujący zarzucił, że podane uzasadnienie jest niezgodne ze stanem faktycznym, gdyż złożył formularz oferty i dokumenty wymagane postanowieniami specyfikacji – wszystkie własnoręcznie podpisane przez L. R. wspólnika upoważnionego zgodnie z umową spółki i wpisem do Krajowego Rejestru Sądowego do samodzielnego jej reprezentowania. W szczególności formularz oferty został przez tę osobę podpisany na obydwu stronach, a na drugiej stronie formularza została wpisana data oraz postawiona imienna pieczęć.

Odwołujący podniósł również, że art. 82 ust. 2 ustawy pzp został uchylony i nie obowiązuje od 28 lipca 2016 r. a ustawa pzp nie zawiera definicji legalnej ważności oferty. Z kolei art. 9 w ust. 1 mówi o prowadzeniu postępowania z zachowaniem formy pisemnej z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, ust. 2 mówi o prowadzeniu postępowania w języku polskim, a ust. 3 i 4 mówią o możliwości prowadzenia postępowania w innych językach powszechnie używanych w handlu międzynarodowym lub języku państwa w którym zamówienie jest udzielane. Odwołujący wywiódł, że wskazane przez Zamawiającego w uzasadnieniu przepisy nie wskazują, że oferta złożona przez Odwołującego jest nieważna.

Odwołujący stwierdził, że nie wie dlaczego Zamawiający wskazuje art. 78 kc w sytuacji, gdy na obydwu stronach formularza oferty są własnoręczne podpisy osoby

składającej ten formularz a więc oświadczenie woli. Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, że art. 78 kc musi być stosowany z uwzględnieniem art. 73 § 1 kc, mówiącym o tym, że nieważna jest czynność jeżeli ustawa przewiduje rygor nieważności formy danej czynności.

Odwołujący podsumował, że jego oferta nie zawiera żadnego uchybienia, zarówno co do wymaganej przez Zamawiającego treści oferty, jak i co do wymaganej przez Zamawiającego formy oferty, stąd powołanie art. 89 ust. 1 pkt 8 pzp jest bezzasadne.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

W ocenie Odwołującego Zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu jego oferty bez wykonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w sytuacji, gdy w ogłoszeniu o zamówieniu wyraźnie wskazał, że nie będzie stosował procedury przewidzianej w art. 24aa ust. 1 pzp, narusza art. 7 ust. 1 ustawy pzp, gdyż wykonanie czynności odrzucenia oferty powinno być jednoczesne z wyborem najkorzystniejszej oferty, a więc połączone z rozstrzygnięciem przetargu. W przeciwnym przypadku dochodzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, polegające na pozbawieniu wykonawcy odrzuconego możliwości skutecznego wnoszenia odwołania.

W przesłanej 14 sierpnia 2017 r. odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie, w szczególności następująco uzasadniając swoje stanowisko.

Zamawiający wskazał, że oferta została złożona na dwóch stronach, w tym pod częścią oferty zawierającą jej treść widnieje imię i nazwisko osoby upoważnionej do reprezentowania wykonawcy – L. R. – oraz pieczęć o następującej treści: „P.H.U. RABA” Spółka jawna, Współwłaściciel L. R., a także data 13.07.(3)2017, a brak jest w tym miejscu jakiegokolwiek podpisu.

Zdaniem Zamawiającego złożony na ostatniej stronie formularza oferty podpis *nie jest identyfikowalny* z osobą umocowaną do występowania w imieniu wykonawcy, można jedynie domniemywać, że chodzi o osobę, której dane są uwidocznione na pieczęci usytuowanej pod treścią oferty.

Ponadto Zamawiający przywołał treść komentarza do art. 78 Kodeksu cywilnego pod red. prof. dr. hab. Edward Gniewka i prof. dr. hab. Piotra Machnikowskiego (2013, C.H. Beck wyd. 5), w szczególności, że najczęściej wymienia się następujące cechy charakteryzujące podpis:

1) jest to – jak całe pismo– pewien powtarzalny, słowny znak graficzny, stosowany jednak

- przede wszystkim dla potwierdzenia tożsamości osoby znakiem tym posługującej się;
- 2) znak ten postawiony własnoręcznie (a nie pismem maszynowym lub w postaci tzw. facsimile);
 - 3) treść podpisu powinna obejmować co najmniej nazwisko podpisującego, także w postaci skróconej i niekoniecznie czytelnej, lecz charakterystycznej dla podpisującego się;
 - 4) podpis powinien być w zasadzie usytuowany pod tekstem oświadczenia woli.

Jednocześnie z odpowiedzi na odwołanie wynika, że Zamawiający utożsamia podpis z parafą, choć przywołuje dalej poglądy doktryny prawa cywilnego, że nie spełnia powyższych kryteriów samo tylko posłużenie się inicjałami (pierwszymi literami imienia i nazwiska), które mają z reguły charakter parafy, rozumianej jako znak stwierdzający jedynie, że dokument został przygotowany do złożenia na nim podpisu.

14 sierpnia 2017 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 7 sierpnia 2017 r. przesłał drogą elektroniczną kopię odwołania pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

9 sierpnia 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie (datowane na 8 sierpnia 2017 r.) przez Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Rolnictwa w Wodę „Wodrol-Olsztyn” w Dywitach sp. z o.o. z siedzibą w Dywitach przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego .

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji. .

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący i Zamawiający podtrzymali dotychczasowe stanowiska (Przystępujący nie stawiał się na posiedzenie i rozprawę).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego i Zamawiającego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, która mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą wg kryteriów oceny ofert. Tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż odrzucenie oferty uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia:

W pkt XI rozdziału 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja” lub „s.i.w.z.”} Zamawiający określił w szczególności, że:

- oferta powinna być podpisana przez osobę upoważnioną do reprezentowania firmy na zewnątrz i zaciągania zobowiązań w wysokości odpowiadającej cenie oferty (pkt 7.);
- każda zapisana strona (kartka) oferty musi być podpisana, natomiast wszelkie poprawki lub zmiany w tekście oferty muszą być parafowane własnoręcznie przez osobę podpisującą ofertę (pkt8.).

Wszystkie dokumenty składające się na ofertę złożoną przez Rabę (formularz ofertowy i formularz cenowy, oświadczenie dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia, wykaz zrealizowanych robót budowlanych, wykaz osób oraz oświadczenie dotyczące odwróconego VAT-u) zostały podpisane przez – ujawnionego w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego prowadzonego pod

nr KRS 0000063870 jako wspólnik samodzielnie upoważniony do reprezentacji Spółki – L. R. w identyczny sposób. Polega on na złożeniu w dolnym prawym rogu dokumentu częściowo nieczytelnego (rozpoczynającego się jednak od litery „R” i kończącego się literą „j”, czyli pierwszej i ostatniej litery nazwiska) odręcznego podpisu, któremu towarzyszy wskazanie pismem maszynowym pełnego imienia i nazwiska jako „upoważnionego przedstawiciela wykonawcy” oraz odciski pieczęci precyzującej status osoby podpisującej jako współwłaściciela Spółki.

Oferta nie zawiera poprawek lub zmian w tekście, które według s.i.w.z. wymagały parafowania.

Reasumując, analiza dokumentów zawartych w ofercie nie pozostawia miejsca do powzięcia wątpliwości nie tylko co do własnoręczności podpisu, ale również co do tego przez kogo, w jakim charakterze i w jakim celu został on złożony.

Zamawiający przyznał na rozprawie, że podczas badania oferty Raby ograniczył tylko do podpisów na formularzu oferty, nie porównując go z podpisami na innych dokumentach złożonych w imieniu Spółki przez L. R..

Ponadto w analogiczny sposób zostało następnie podpisane odwołanie, co dodatkowo potwierdza prawidłowość ustaleń poczynionych na podstawie analizy oferty.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 8 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Z art. 18 pkt 4 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw w szczególności wynika, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przez 18 kwietnia 2018 r. oferty składa się pod rygorem nieważności w formie pisemnej. Z kolei według art. 78 § 1 zd. 1 Kodeksu cywilnego do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli.

Izba w pełni podziela i przyjmuje za własne poniższe tezy wynikające z bogatego orzecznictwa Sądu Najwyższego odnośnie problematyki podpisu:

W orzecznictwie Sądu Najwyższego konsekwentnie przyjmuje się, że niezbędną cechą podpisu jest jego własnoręczność. Określenia „własnoręczny” nie zawarto wprawdzie w art. 245 kpc, jest ono jednak expressis verbis użyte w art. 78 kc. Konieczność własnoręczności podpisu wynika z tego, że przy podpisie chodzi o udokumentowanie nie

tylko brzmienia nazwiska, ale także i charakteru pisma, by w ten sposób ułatwić orientację w rozpoznaniu osoby. Jest to zatem wymaganie niezbędne dla bezpieczeństwa obrotu (por. orzeczn. SN z 12.V.1933 r., C II Rw 603/33, Zb.U. 1934, poz. 33, z 17.IV.1967 r., II PZ 22/67, NP 1967, nr 12, s. 1720, uchwała 7 sędziów SN z 30.XII.1993 r., III CZP 146/93; OSNPC 1994, nr 5, poz. 94). Nie ulega więc wątpliwości, że napisanie nazwiska pismem maszynowym nie jest podpisem {z uzasadnienia wyroku z 8 maja 1997 r., sygn. akt II CKN 153/97}.

Zasadniczo podpis powinien wyrażać co najmniej nazwisko. Nie jest konieczne, aby było to nazwisko w pełnym brzmieniu, gdyż dopuszczalne jest jego skrócenie, nie musi ono być także w pełni czytelne. Podpis powinien jednak składać się z liter i umożliwiać identyfikację autora, a także stwarzać możliwość porównania oraz ustalenia, czy został złożony w formie zwykle przezeń używanej; podpis więc powinien wykazywać cechy indywidualne i powtarzalne {z uzasadnienia postanowienia z 17 czerwca 2009 r., sygn. akt IV CSK 78/09}.

Podpis nieczytelny stanowi wyraz woli napisania nazwiska jedynie 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 tym samym znana szerszemu kręgowi osób. Tak wykonany podpis, choć nie daje się odczytać, wyraża napisane nazwisko a zarazem pełni funkcję identyfikacyjną {z uzasadnienia uchwały 7 sędziów z 30 grudnia 1993 r., sygn. akt III CZP 146/93}.

Ponieważ Zamawiający bezpodstawnie stwierdził, że oferta (formularz ofertowy) nie zawiera własnoręcznego podpisu osoby upoważnionej do działania w imieniu Odwołującego, nie może się ostać decyzja podjęta w oparciu o te błędne ustalenia faktyczne.

Izba stwierdziła ponadto, że podane przez Zamawiającego uzasadnienie tej decyzji wskazywało wyłącznie na brak własnoręcznego podpisu, czyli ręcznie wykonanego przez osobę podpisującą się słownego znaku graficznego. Dopiero w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający sprecyzował, że w istocie kwestionuje, że złożony na ostatniej stronie formularza oferty podpis identyfikuje L. R., co niewątpliwie stanowi zmianę uprzednio podanego uzasadnienia, na którym musiał oprzeć się Odwołujący.

Abstrahując od tego, umknęło uwadze Zamawiającego, że wszystkie dokumenty oferty zawierały podpisy osoby upoważnionej do reprezentowania Wykonawcy, jak tego wymagano w s.i.w.z., a ponadto złożony tam podpis spełniał wszystkie kryteria wyszczególnione w odpowiedzi na odwołanie za doktryną prawa cywilnego i nie był parafą.

Nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania niezasadność pozostałych zarzutów:

- odnośnie braku podania pełnego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego podjętej czynności, co Odwołujący zdaje się błędnie utożsamiać z podaniem uzasadnienia nie odpowiadającego rzeczywistemu stanowi rzeczy (na co wskazuje brak odrębnego uzasadnienia dla tego zarzutu w odwołaniu), czyli zarzutem już rozstrzygniętym powyżej;
- odnośnie braku jednoczesności czynności odrzucenia oferty Odwołującego i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż w aktualnym stanie prawnym taki obowiązek nie wynika z art. 92 ust. 1 pzp.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 78 § 1 Kodeksu cywilnego miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 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 ze zm.) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący: