

WYROK
z dnia 26 października 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek - Bujak

Członkowie: Emil Kuriata
Jolanta Markowska

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **INTRAC Polska Sp. z o.o., 02-867 Warszawa, ul. Baletowa 16**, rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminne Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., 22-300 Krasnystaw, Zakręcie 124 B** protestu z dnia **8 września 2009 r.**

przy udziale **xxx** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **xxx**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Gminne Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., 22-300 Krasnystaw, Zakręcie 124 B i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **INTRAC Polska Sp. z o.o., 02-867 Warszawa, ul. Baletowa 16;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 062 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sześćdziesiąt dwa złotych zero groszy) przez **Gminne Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., 22-300 Krasnystaw, Zakręcie 124 B** na rzecz **INTRAC Polska Sp. z o.o., 02-867 Warszawa, ul. Baletowa 16** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **3 038 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **INTRAC Polska Sp. z o.o., 02-867 Warszawa, ul. Baletowa 16;**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Zakup koparko-ładowarki kod CPV 43260000-3* (numer sprawy GPGK: 341/01/09), ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18 sierpnia 2009 roku, poz. 281938.

Zamawiający pismem z dnia 3 września 2009 roku (przekazanym wykonawcom w tym samym dniu) zawiadomił o wyniku postępowania i wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez WARYŃSKI TRADE Sp. z o.o. (cena oferty brutto 282.247,00 zł), a także o przyczynach odrzucenia drugiej złożonej w postępowaniu oferty – INTRAC Polska Sp. z o.o. (cena brutto 279.000,00 zł.). Jako podstawę prawną czynności odrzucenia oferty, zamawiający wskazał artykuł 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy pzp. Zamawiający uznał, iż oferta Intrac Polska Sp. z o.o. nie odpowiada treści siwz, w zakresie wymagania przedłożenia dokumentacji opisującej przedmiot zamówienia, który swym zakresem umożliwiać miał zamawiającemu stwierdzenie, iż oferowany sprzęt spełnia wymagania i parametry techniczne określone w pkt 4 cz. I siwz (np. karty katalogowe sprzętu). Wykonawca przedłożył natomiast sporządzony przez siebie opis przedmiotu zamówienia, przenosząc zapisy siwz. Ponadto zamawiający wskazał, iż formularz oferty oraz oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu podpisane zostały w sposób uniemożliwiający identyfikację osoby składającej podpis (podpis nieczytelny bez pieczęci imiennej wraz z pieczęcią spółki). Zamawiający nie mógł zatem potwierdzić (na podstawie złożonego odpisu z KRS), że oferta złożona została przez osobę upoważnioną do występowania w imieniu

wykonawcy, co stanowiło podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy.

W dniu 10 września 2009 r. INTRAC Polska Sp. z o.o. wniósł protest (pismo z dnia 8 września 2009r.) do zamawiającego wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania wyboru oferty protestującego, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 26 ustawy poprzez nie zwrócenie się do protestującego o uzupełnienie wymaganej dokumentacji i wyjaśnień. Wykonawca uznał, iż załączono do oferty „karta katalogowa” pozwalająca na stwierdzenie, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymogi zamawiającego. Ponadto, wyjaśnił, iż ofertę podpisała osoba posiadająca stosowne pełnomocnictwo, załączone do protestu.

Zamawiający oddalił protest pismem z dnia 18 września 2009 r. (przekazanym wykonawcy w tym samym dniu). Zamawiający podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko w zakresie podstaw odrzucenia oferty protestującego, która z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu zamawiającego nie podlegała dalszej ocenie, a zatem nie mogła podlegać wyborowi.

Wobec oddalenia protestu, wykonawca w dniu 23 września 2009 r. wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, wskazując dodatkowo na naruszenie przez zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 poprzez niezachowanie zasady równego traktowania wykonawców, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 poprzez bezpodstawne uznanie, że oferta odwołującego podlegała odrzuceniu. Jako uzupełnienie wcześniejszej argumentacji, odwołujący podkreślił, iż brak legalnej definicji „dokumentacji technicznej” nie uprawniał zamawiającego do stwierdzenia, że przedłożony opis zawierający parametry techniczne oferowanego sprzętu nie jest dokumentem zgodnym z postanowieniami siwz. Załączony dokument zawiera wszelkie dane umożliwiające zamawiającemu ocenę i stwierdzenie, że oferowany przedmiot zamówienia jest zgodny z postanowieniami siwz, a domaganie się przedstawienia tych informacji w inny sposób jest rażąco nadinterpretacją zapisów siwz. Odwołujący podkreślił, iż zamawiający nie wskazał z jakiej normy wywodzi sankcję nieważności złożonej oferty. Skoro oferta złożona została łożona w formie pisemnej z odręcznym podpisem pełnomocnika, decyzja o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy nie ma, w ocenie odwołującego, uzasadnienia. Zamawiający był zobowiązany wezwać wykonawcę do uzupełnienia pełnomocnictwa dla osoby podpisującej ofertę, umocowanej do działania w dacie jej podpisania, we wszystkich czynnościach związanych z przetargiem, a więc w szczególności do złożenia oferty.

W terminie poprzedzającym otwarcie rozprawy, postanowieniem z dnia 12 października 2009 r. (sygn. akt KIO/W 67/09) Krajowa Izba Odwoławcza uchyliła zakaz

zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Na tej podstawie, zamawiający zawarł umowę z wybranym wykonawcą – Waryński Trade Sp. z o.o.

Na podstawie oryginału dokumentacji postępowania, a także stanowisk stron, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający zobowiązany był zbadać, czy odwołujący, którego oferta zawierała najniższą cenę, zachował interes prawny we wniesieniu odwołania od rozstrzygnięcia protestu na czynność odrzucenia jego oferty, w okoliczności zawarcia przez zamawiającego umowy z wybranym wykonawcą. W siwz zamawiający ustanowił trzy kryteria oceny ofert, którymi były cena (70%), gwarancja (10%) oraz ilość przepracowanych motogodzin (20%). Ponieważ zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania (protokół ZP-2, pkt 7 oraz ZP-18) i odrzucił jego ofertę, w toku oceny ofert ważnych przyznawał punkty jedynie dla oferty wybranej jako najkorzystniejsza. W przypadku oceny tej oferty w odniesieniu do oferty odwołującego, ta ostatnia uzyskałaby najwyższą ilość punktów, a zatem byłaby ofertą najkorzystniejszą (w kryterium gwarancji oraz motogodzin obie oferty uzyskałyby taką samą ilość punktów). Zatem odwołujący miał interes prawny w obronie swojego interesu, jakim było uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W ocenie składu orzekającego okoliczność, iż zamawiający po złożeniu odwołania zawarł umowę z wybranym wykonawcą (na podstawie postanowienia KIO o uchyleniu zakazu zawarcia umowy), nie ma wpływu na ocenę istnienia interesu prawnego odwołującego do wniesienia odwołania. Przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do sytuacji, w której cel przepisów ustawy wprowadzających prawo do odwołania się przez wykonawcę od decyzji zamawiającego w przedmiocie rozstrzygnięcia protestu, zostałby zniweczony. Celem ostatniej nowelizacji przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w zakresie środków ochrony prawnej, było zwiększenie ochrony podstawowych interesów wykonawców, między innymi poprzez umożliwienie wykonawcom wnoszenie odwołań w postępowaniach poniżej progów unijnych, a przez to również kontrolę prawidłowości czynności zamawiającego przez niezależny organ. Skoro ustawodawca przyznał prawo wykonawcy do wniesienia odwołania, również w postępowaniach poniżej progów unijnych (choć w zakresie ograniczonym przepisem art. 184 ust. 1 a pzp), to próba pozbawienia wykonawcy interesu prawnego, poprzez odwołanie się do samego faktu zawarcia umowy, jako podstawy do oddalenia odwołania, uniemożliwiłaby temu wykonawcy dochodzenie swoich praw. W szczególności, należy mieć na uwadze, iż na postanowienie KIO o uchyleniu zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, zgodnie z art. 182 ust. 4 ustawy pzp, skarga do sądu nie przysługuje. Ponadto, wydając postanowienie w przedmiocie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, Izba nie bada zasadności zarzutów podniesionych w proteście, a jedynie

ocenia skutki dla interesu publicznego, jakie mogłoby spowodować niezawarcie umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Mając zatem na uwadze konieczność zapewnienia stosowania regulacji ustawowej w zakresie prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej, KIO uznała, iż wykonawca zachowuje interes prawny do wniesienia odwołania w sytuacji, kiedy zamawiający zawarł umowę o udzielenie zamówienia przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

W zakresie zarzutu opisanego w treści protestu oraz odwołaniu, sprowadza się on do oceny prawidłowości czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego się, jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz nieważnej, z pominięciem procedury wezwania wykonawcy do uzupełnienia wymaganych dokumentów (pełnomocnictwa) oraz złożenia wyjaśnień, na podstawie art. 26 ustawy pzp.

Na rozprawie zamawiający oświadczył, iż faktyczną podstawą decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego był brak złożenia podpisu pod formularzem oferty. Zamawiający przyznał, iż nie zachodziła podstawa do odrzucenia oferty, jako niezgodnej z treścią siwz, na tej podstawie, iż wykonawca nie załączył dokumentu pozwalającego na stwierdzenie, iż oferowany sprzęt spełnia wymagania i parametry techniczne określone przez zamawiającego.

W tych okolicznościach, przedmiot sporu sprowadzał się wyłącznie do oceny, czy złożona oferta (formularz ofertowy) podpisana została przez osobę upoważnioną do reprezentowania wykonawcy. W tym zakresie Izba ustaliła, iż pod formularzem oferty widnieje pieczętka z oznaczeniem wykonawcy: INTRAC Polska Sp. z o.o. oraz odręczny znak graficzny osoby składającej oświadczenie w imieniu wykonawcy.

Zamawiający uznał, iż znak graficzny naniesiony pod treścią oświadczenia wykonawcy – formularzu oferty nie pozwala na uznanie go za podpis osoby upoważnionej do reprezentowania wykonawcy, ponieważ nie pozwala na identyfikację osoby. W tych okolicznościach konieczne było ustalenie, w pierwszej kolejności tożsamości osoby, która złożyła ofertę w imieniu wykonawcy i zakresu jej umocowania, a następnie ustalenie, czy złożyła ona własnoręczny podpis pod formularzem oferty.

Na podstawie samej oferty, Izba, a tym samym również zamawiający w toku oceny ofert, nie mogła ustalić tożsamości osoby składającej podpis pod ofertą. Dopiero na skutek wniesionego protestu wykonawca przekazał do zamawiającego upoważnienie dla osoby działającej w imieniu wykonawcy z dnia 24 sierpnia 2009 r. Treść pełnomocnictwa wskazywała, iż w sprawie przedmiotowego przetargu wykonawcę reprezentował pełnomocnik Pan Michał Pszczoliński. W tym miejscu Izba wskazuje, iż zamawiający był zobowiązany wezwać wykonawcę do złożenia pełnomocnictwa dla osoby składającej ofertę

w imieniu wykonawcy, jeżeli oferta nie podlegała odrzuceniu z innych powodów. Jak wynika z oświadczenia zamawiającego, jedyną podstawą prawną odrzucenia oferty odwołującego było ustalenie, iż oferta nie została własnoręcznie podpisana, a zatem czynność polegająca na złożeniu oferty jest nieważna na podstawie art. 78 k.c.

Izba uznała, iż złożona przez odwołującego oferta spełnia wymóg pisemności czynności prawnej (oświadczenia wykonawcy) i jest ofertą ważną. Z artykułu 78 k.c. wynika, iż do zachowania formy pisemnej czynności prawnej wystarcza własnoręczne złożenie podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia. Zagadnienie podpisu, z uwagi na brak definicji ustawowej, stanowiło przedmiot licznych orzeczeń Sądu Najwyższego, w tym powoływanych na rozprawie przez obie strony, na podstawie których można stwierdzić, iż istota zagadnienia sprowadza się do tego, by 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. Jednocześnie, odróżnia się funkcję parafy od złożenia podpisu, która stanowi sposób sygnowania dokumentu, mający świadczyć, że jest on przygotowany do złożenia podpisu.

Kwestia własnoręczności znaku graficznego nie była sporna pomiędzy stronami. Izba uznała, iż parafy naniesione na dolnych stronach oferty różnią się od podpisów ze strony drugiej i trzeciej oferty – złożonych pod treścią oświadczeń woli. Izba uznała, iż charakter podpisu, wprawdzie nieczytelny, który jest jednak powtarzalny, pozwala na stwierdzenie zachowania formy pisemnej złożonej oferty.

W zakresie drugiej okoliczności dotyczącej braku załączenia dokumentu pozwalającego na stwierdzenie, iż oferowane urządzenie spełnia wymagania zamawiającego, Izba potwierdziła, iż złożony wraz z ofertą na stronach 17 i 18, opis przedmiotu zamówienia nie może być uznany za dokumentację techniczną oferowanego urządzenia. Nie można utożsamiać z dokumentem technicznym oświadczenia złożonego przez wykonawcę, przenoszącego treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokumentacja techniczna powiązana jest z konkretnym urządzeniem, lub typem urządzeń i wystawiana jest przez producenta sprzętu. Żądanie jej złożenia było podyktowane potrzebą zweryfikowania oferowanego przez wykonawcę sprzętu pod kątem postawionych wymagań. Samo oświadczenie wykonawcy nie może zastępować dokumentu pochodzącego od producenta sprzętu, mającego na celu wykazanie pewnych istotnych parametrów oraz jego przeznaczenia. Sam zamawiający wycofał się w toku rozprawy z twierdzenia, iż oferta odwołującego podlegała odrzuceniu, jako niezgodna z treścią siwz. Dla stwierdzenia tej niezgodności konieczne byłoby wcześniejsze wezwanie wykonawcy do uzupełnienia nie złożonego dokumentu i dopiero po jego analizie ustalenie, czy zaoferowane urządzenie spełnia warunki siwz. Ponieważ zamawiający nie wzywał wykonawcy do uzupełnienia

dokumentu, Izba nie mogła potwierdzić niezgodności oferowanej koparko-ładowarki z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z art. 191 ust. 1a ustawy pzp, Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć wpływ na wynik postępowania. Ponieważ czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego dokonana została z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 oraz art. 26 ust. 3 i 4 ustawy pzp, a jednocześnie oferta odrzucona mogła być uznana za ofertę najkorzystniejszą, jej odrzucenie miało wpływ na wynik postępowania, w którym wybrana została oferta droższa, a jednocześnie mniej korzystna pod kątem ustalonych kryteriów oceny ofert. Na tej podstawie, Izba uwzględniła odwołanie, jednak z uwagi na okoliczność, iż zamawiający zawarł umowę z wybranym wykonawcą, nie nakazała powtórzenia czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), kosztami odwołującego się stanowiącymi koszty wynagrodzenia pełnomocnika (na podstawie złożonego rachunku w wysokości ograniczonej do maksymalnej kwoty określonej przepisem), Izba obciążyła zamawiającego.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Zamościu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*