

WYROK

z dnia 7 sierpnia 2017r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 sierpnia 2017 r. w W. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lipca 2017 r. przez Odwołującego – wykonawcę C.E. „A.” B. sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w W., w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – P.G.E.K. S.A. z siedzibą w B.,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych ((...)j.t. 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 Piotrkowie Trybunalskim.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

P.G.E.K. S.A. z siedzibą w B. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych ((...) j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: pn. „Zawarcie Umowy Ramowej na dostawy rur pełnych i perforowanych GRP w latach 2017-2020”, znak sprawy (...), zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 22 marca 2017 r., pod nr (...).

12 lipca 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze ofert i zamiarze podpisania umów ramowych z wykonawcami G&P Projekt sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Łodzi, C.E. „A.” B. sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w W. oraz C.I. sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w W..

20 lipca 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba”) wpłynęło odwołanie wykonawcy C.E. „A.” B. sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w W. (dalej „Odwołujący”) od wyboru oferty wykonawcy C.I. sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w W. (dalej „Wykonawca C”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy C, pomimo że jest ona nieważna na podstawie odrębnych przepisów, tj. na podstawie art. 18 pkt 4 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”, art. 73 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U.2017.459 ze zm.), zwanej dalej „K.c.” oraz art. 205 § 1 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz.U.2016.1578, ze zm.), dalej zwanej „K.s.h.”, z uwagi na niezłożenie podpisów osób reprezentujących Wykonawcę C zgodnie z zasadami reprezentacji tej spółki pod oświadczeniem z dnia 10 maja 2017 r. stanowiącym uzupełnienie oferty tego wykonawcy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty Wykonawcy C oraz dokonanie odrzucenia tej oferty, a na wypadek gdyby umowa ramowa na dostawy rur pełnych i perforowanych GRP w latach 2017-2020 z Wykonawcą C została zawarta – o unieważnienie tej umowy.

Odwołujący oświadczył, że ma interes w dokonaniu wyboru jego oferty przy mniejszej liczbie pozostałych wykonawców, zaś wskutek niezgodnego z Pzp zaniechania czynności odrzucenia oferty innego wykonawcy i dokonania czynności wyboru oferty podlegającej odrzuceniu może ponieść szkodę.

Odwołujący, uzasadniając zarzuty odwołania podał, że przepis art. 7 Pzp stanowi w ust. 1, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Z kolei, zgodnie z ust. 3, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp. Natomiast w myśl art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Przepis art. 18 pkt 4 Ustawy przewiduje, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem 18 października 2018 r., a w przypadku postępowań prowadzonych przez centralnego zamawiającego, przed dniem 18 kwietnia 2017 r., oferty i wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego składa się pod rygorem nieważności w formie pisemnej albo – za zgodą zamawiającego – w postaci elektronicznej, podpisane odpowiednio własnoręcznym podpisem albo kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zamawiający ma bezwzględny obowiązek odrzucenia oferty złożonej bez zachowania formy pisemnej. Oferta złożona z naruszeniem przepisów o formie jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, tj. przepisów K.c.określających skutki niezachowania formy pisemnej zastrzeżonej pod rygorem nieważności. Jeżeli ustawa zastrzega dla czynności prawnej formę pisemną, dokumentową albo elektroniczną, czynność dokonana bez zachowania zastrzeżonej formy jest nieważna tylko wtedy, gdy ustawa przewiduje rygor nieważności, (art. 73 § 1 K.c.). Natomiast art. 205 § 1 K.s.h.stanowi wyraźnie, że jeżeli zarząd (spółki z o.o.) jest wieloosobowy, sposób reprezentowania określa umowa spółki. Jeżeli umowa spółki nie zawiera żadnych postanowień w tym przedmiocie, do składania oświadczeń w imieniu spółki wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu albo jednego członka zarządu łącznie z prokurentem.

W nawiązaniu do powyższego Odwołujący podał, że sposób reprezentacji komplementariusza Wykonawcy C został określony następująco: w przypadku zarządu wieloosobowego do składania oświadczeń i podpisywania dokumentów w imieniu spółki każdy członek zarządu samodzielnie jest uprawniony do kwoty 250.000 zł, zaś powyżej tej kwoty – prezes zarządu łącznie z członkiem zarządu. Nie ulega więc wątpliwości, że pismo Wykonawcy C z 10 maja 2017 r., stanowiące uzupełnienie oferty (zawierające oświadczenie

wykonawcy), nie zostało podpisane zgodnie ze sposobem reprezentacji Wykonawcy C, wskutek czego nie doszło w istocie do uzupełnienia oferty tego wykonawcy.

Zdaniem Odwołującego rozróżnić ponadto należy wymóg reprezentacji łącznej spółki z o.o. wynikający z art. 205 § 1 K.s.h. (tzw. czynnej; składanie oświadczeń na zewnątrz) od reprezentacji spółki z o.o. tzw. biernej (przyjmowanie oświadczeń oraz odbiór pism, skierowanych do spółki; art. 205 § 2 K.s.h.). O ile zatem odbiór przez jednego członka zarządu korespondencji skierowanej do spółki z o.o. jest skuteczny, o tyle – przy sposobie reprezentacji łącznej spółki z o.o. – złożenie oświadczenia w imieniu spółki przez tylko jednego członka zarządu powoduje nieważność takiej czynności prawnej. Z sytuacją powyższą mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie. Wspomniane pismo Wykonawcy C stanowiło uzupełnienie oferty o dokumenty i wyjaśnienia (oświadczenie) składane w toku Postępowania. Z tego względu ww. oświadczenie powinno zostać złożone zgodnie z zasadami reprezentacji Wykonawcy C. Sama oferta ww. wykonawcy została podpisana przez dwóch członków zarządu, jednak oferta ta nie została uzupełniona. Pismo z 10 maja 2017 r. (w zakresie wyjaśnień dotyczących podpisu) nie może, z powyższych względów, zostać uznane za uzupełnienie oferty. Sama oferta powinna zostać złożona w sposób czytelny i prosty. Zamawiający nie powinien dociekać, kto złożył podpis na ofercie, stąd też osoba składająca swój podpis powinna podpisać się czytelnie (imieniem i nazwiskiem), ewentualnie nieczytelnie, opatrząc podpis pieczęcią imienną, zgodnie z praktyką obrotu. Zatem oświadczenie z 10 maja 2017 r. nie może zostać potraktowane jako oświadczenie Wykonawcy C, a co za tym idzie nie powinno być brane pod uwagę przy ocenie kompletności oferty ww. wykonawcy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie argumentując jak niżej.

Stwierdził, że bezspornie oferta Wykonawcy C złożona została w formie pisemnej z podpisami dwóch członków zarządu, a więc zgodnie z reprezentacją spółki, wobec czego żaden z przepisów przywołanych w podstawie prawnej zarzutu nie został naruszony.

Następnie Zamawiający podał, że pismem z 8 maja 2017 r. nie występował o zmianę lub uzupełnienie oferty, co sugeruje Odwołujący, gdyż zmiana jej treści i tak nie byłaby dopuszczalna. Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 Ppzwrócił się do Wykonawcy C o wyjaśnienie drobnej kwestii dotyczącej jednego z podpisu członka zarządu tej spółki na złożonej ofercie, a mianowicie w zakresie uzyskania potwierdzenia lub zaprzeczenia, czy podpis nieopatrzonej pieczęcią imienną jest podpisem członka zarządu. Kwestia nie miała żadnego wpływu ani znaczenia dla oceny skuteczności i poprawności złożonej oferty, ponieważ została ona podpisana zgodnie z zasadami reprezentacji spółki. Zamawiający, co jest niekwestionowane również w bogatym orzecznictwie Izby, może wystąpić do

wykonawców z wnioskiem o wyjaśnienie swoich nawet najmniejszych i najdrobniejszych wątpliwości dotyczących złożonej oferty na każdym etapie postępowania. Od oceny wyjaśnień zależy również, jaki z nich zamawiający zrobi użytek. Dalsza wątpliwość miałaby miejsce ale tylko wówczas, gdyby zamawiający otrzymał odpowiedź przeczącą. W rozważanym przypadku, nawet bez wystosowywania pisma do Wykonawcy C o wyjaśnienie, Zamawiający musiałby uznać ofertę tej spółki jako złożoną w sposób prawidłowy. Pieczętka imienna nie decyduje o skuteczności oświadczenia woli złożonego w dokumencie, który odręcznie został podpisany, choćby były trudności z odczytaniem podpisu. Za utrwalony należy bowiem uznać pogląd, zgodnie z którym podpis winien zasadniczo wyrażać co najmniej nazwisko, choć nie musi być w pełni czytelne ani w pełnym brzmieniu. Wystarczającym jest, aby podpis składał się z literi umożliwiających identyfikację autora przez cechy indywidualne i powtarzalne (por. uchwała SN z 30 grudnia 1993r., sygn. akt III CZP 146/93, OSNC 1994r., nr 5, poz. 94). Późniejsze orzecznictwo SN, wielokrotnie powołując się na ww. uchwałę, potwierdzało zasadę aprobującą stanowisko, że podpis nie musi być całkiem wyraźny (odpowiadać zasadom kaligrafii), a nazwisko może być nieco skrócone przez pomijanie niektórych liter (zwłaszcza samej końcówki nazwiska), co jest w praktyce obrotu prawnego dość powszechne. W związku z powyższym zarzut złożenia nieważnej oferty jest zupełnie chybiony.

Zdaniem Zamawiającego chybiony jest zarzut Odwołującego wywodzony z faktu wezwania Wykonawcy C do wyjaśnienia, a w zasadzie do potwierdzenia danych osób (skuteczności podpisów) składających podpisy na ofercie. Otóż do czasu podjęcia ostatecznej decyzji przez Zamawiającego, w zakresie oceny ofert złożonych przez wykonawców, jest on nie tylko uprawniony ale wręcz zobowiązany, w razie występujących jakichkolwiek wątpliwości, do wzywania wykonawców do uzupełniania lub wyjaśnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia przez nich warunków udziału w postępowaniu. Jest to ten etap postępowania, gdzie nie jest jeszcze przesądzona kwestia, jaka ostatecznie zapadnie decyzja i czy uzupełniane bądź wyjaśniane treści dokumentów będą miały wpływ na tę decyzję. Do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia Zamawiający może nawet zmieniać swoją decyzję, tym bardziej jest on uprawniony do zwracania się do wykonawców o uzupełnienie czy też wyjaśnienie treści dokumentów. Podjęte przez Zamawiającego działania miały na celu rozwianie rodzących się u niego pewnych wątpliwości przy ocenie podpisów na ofercie w celu uniknięcia nieuzasadnionych wykluczeń wykonawców. Obowiązujące przepisy Pzp nie zakazują takich działań ze strony zamawiających. Z treści art. 26 ust. 3 Pzp wprost wręcz wynika, że wystarczy, aby złożone przez wykonawcę dokumenty wzbudziły u zamawiającego wątpliwości, to już jest on uprawniony do wystosowania wezwania.

Zamawiający nadmienił, że nie prowadził jakiegokolwiek polemiki z Wykonawcą C, nie zapraszał go na żadne spotkanie, a w końcu Zamawiający nie wskazuje, w jaki sposób i czy w ogóle miały wpływ na jego ostateczną decyzję złożone przez Wykonawcę C wyjaśnienia na piśmie. Oczywiście bowiem kwestią jest, że „tryb wyjaśnienia” służy do pozyskania dodatkowych informacji w przedmiocie oferty (czy też innych dokumentów). Zamawiający może pewne interesujące go informacje pozyskać także we własnym zakresie bądź z innych źródeł niż wyjaśnienia wykonawcy. Ten sposób ma być jedynie pomocny przy podjęciu ostatecznej decyzji o wyborze lub odrzuceniu ofert.

Podobne odniesienie należy poczynić do przewijającego się w odwołaniu zarzutu związanego z naruszeniem art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. Otóż zarzut ten jest jedynie pochodną naruszenia wcześniej ocenianego zarzutu i przepisów z nim związanych. Zamawiający w uzupełnieniu nadmienił, że wbrew stanowisku Odwołującego sugerującego naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp wszelkie działania Zamawiającego miały właśnie na uwadze okoliczność, aby w postępowaniu nie zostały zachwiane zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający mając właśnie na względzie przesłanki z art. 7 ust. 1 Pzp nie chciał dopuścić do sytuacji, aby któryś z wykonawców został potraktowany na gorszych warunkach.

Na rozprawie strony podtrzymały przedstawioną powyżej argumentację.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści oferty Wykonawcy C, pisma Zamawiającego z 8 maja 2017 r. wraz z odpowiedzią Wykonawcy C z 10 maja 2017 r. oraz z treści zawiadomienia o wyborze ofert stwierdzając, że stan faktyczny jest niesporny.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że odwołanie należało oddalić.

Przede wszystkim chybiony jest pogląd Odwołującego, jakoby w następstwie wezwania z 8 maja 2017 r. Wykonawca C uzupełnił złożoną w Postępowaniu ofertę. Wspomniane wezwanie składało się z dwóch elementów – pierwszy z nich dotyczył uzupełnienia dokumentów (zaświadczeń o niekaralności) w trybie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, czego nie należy utożsamiać z uzupełnianiem oferty rozumianej najogólniej jako oświadczenie wykonawcy wyrażające wolę zrealizowania zamówienia w określony sposób i na określonych warunkach. Druga część przywołanej korespondencji stanowiła wezwanie, w

trybie art. 87 ust. 1 Pzp, do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Także i w tym przypadku nie sposób, zdaniem składu orzekającego, mówić o uzupełnianiu oferty, bowiem oświadczenie wykonawcy składane w tym trybie stanowi jedynie interpretację (wykładnię) oferty, tj. wskazanie w jaki sposób należy rozumieć jej treść. Z powyższych względów Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 18 pkt 4 Ustawy i art. 73 § 1 K.c.

Izba uznała ponadto, że nie przesądza o nieskuteczności uzupełniania dokumentów okoliczność, że korespondencja Wykonawcy C, do której załączone zostały zaświadczenia o niekaralności nie została podpisana zgodnie ze sposobem reprezentacji tego podmiotu. W tej części pismo Wykonawcy C stanowi li tylko pismo przewodnie i pozbawione jest doniosłości prawnej. Nawet gdyby Zamawiający, przykładowo, otrzymał żądane dokumenty bez takiego pisma, to nie wywierałoby to żadnego skutku w płaszczyźnie skuteczności dokonanego uzupełnienia dokumentów. Co zaś dotyczy akcentowanego przez Odwołującego braku przejawów woli uzupełnienia dokumentów, którego wyrazem miało być niewłaściwe podpisanie pisma, to pogląd taki nie broni się w konfrontacji z zasadami logicznego rozumowania. Nie można bowiem twierdzić, że wykonawca, który ubiega się o udzielenie zamówienia składając w tym celu ofertę i który w odpowiedzi na wezwanie do złożenia określonych dokumentów reaguje w adekwatny sposób (tj. przedstawia oczekiwane dokumenty) nie uzewnętrznia w dostateczny sposób woli ubiegania się o udzielenie zamówienia.

W kwestii braku skuteczności oświadczenia dotyczącego podpisu złożonego pod ofertą Izba wyjaśnia, że nie ma ono charakteru oświadczenia woli, nie zmierza bowiem do powstania, ustania lub zmiany stosunku prawnego (w istocie nie wywołuje żadnych skutków obligacyjnych). Tą część pisma Wykonawcy C należało potraktować jako oświadczenie wiedzy, wobec czego do jego oceny nie znajduje zastosowania przepis art. 205 K.s.h. regulujący materię składania i przyjmowania oświadczeń woli. W konsekwencji Odwołujący, formułując taki zarzut, powinien był podważyć okoliczność, że osoba podpisana pod oświadczeniem Wykonawcy C (prezes zarządu) ma wiedzę na temat sposobu składania podpisu przez drugiego z członków zarządu, czego Odwołujący nie uczynił.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1i 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.2010.41.238ze zm.).

Przewodniczący: