

Sygn. akt: KIO 748/15

## WYROK

z dnia 28 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** **Dagmara Gałczewska-Romek**

**Protokolant:** **Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 kwietnia 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 kwietnia 2015 r. przez **Inwestbud Sp. z o. o. ul. Przyczółkowska 124a, 02-968 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Związek Komunalny Gmin Ziemi Lubartowskiej ul. Lubelska 68, 21-100 Lubartów**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **konsorcjum: GRESBUD Sp. z o.o., GRESBUD G. K. ul. Zbożowa 4, 20-827 Lublin** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie.**

**2. kosztami postępowania obciąża Inwestbud Sp. z o. o. ul. Przyczółkowska 124a, 02-968 Warszawa, i:**

**2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Inwestbud Sp. z o. o. ul. Przyczółkowska 124a, 02-968 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,**

**2.2. zasądza od Inwestbud Sp. z o. o. ul. Przyczółkowska 124a, 02-968 Warszawa na rzecz Związku Komunalnego Gmin Ziemi Lubartowskiej ul. Lubelska 68, 21-100 Lubartów kwotę 3 634 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset trzydzieści cztery złotych zero groszy), stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od udzielonych pełnomocnictw.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Lublinie**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - Związek Komunalny Gmin Ziemi Lubartowskiej prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usuwanie wyrobów oraz odpadów zawierających azbest pochodzących z pokryć dachowych z terenu gmin należących do Związku Komunalnego Gmin Ziemi Lubartowskiej w latach 2015-2016. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 7 lutego 2015 roku pod poz. 2015/S 027-045379.

W dniu 13 kwietnia 2015 roku odwołujący – Inwestbud Sp. z o.o. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 1PZP poprzez jego błędne zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego, mimo jej zgodności z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, poprzez uznanie, że jest niezgodna z ustawą, której to sprzeczności z brzmieniem jakiegokolwiek ustawy, w tym PZP Zamawiający nie wskazał,
2. art. 89 ust. 1 pkt 8PZP poprzez jego błędne zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego, mimo jej zgodności z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, poprzez uznanie, że jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, których Zamawiający nawet nie wskazał,
3. art. 91 ust. 1 PZP poprzez nie uwzględnienie oferty Odwołującego, którą jednocześnie Zamawiający odrzucił;
4. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy PZP, poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców, oraz dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami PZP;

ewentualnie:

5. art. 26 ust. 3 PZP przez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia oferty w związku ze złożonym błędnym oświadczeniem (bez podpisu).
6. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych poprzez zaniechanie złożenia wyjaśnień i poprawienia oferty, podczas gdy brak podpisów powinien zostać uznany jako inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodującą istotnych zmian w treści oferty.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty nr 9, złożonej przez konsorcjum Gresbud Sp. z o.o., Gresbud G. K. oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności i dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego po uprzednim wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia oferty, dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej,
3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania wg norm przepisanych.

Wskazując na zachowanie terminu do wniesienia odwołania oraz interes w uzyskaniu zamówienia, Odwołujący podniósł, że nie zgadza się z decyzją Zamawiającego z dnia 3 kwietnia 2015 roku polegającą na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum Gresbud Sp. z o.o., Gresbud G. K. i odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Podniósł, że złożył ofertę w formie pisemnej, oferta zawierała przygotowane i kompletne merytorycznie wszelkie oświadczenia i załączniki wymagane siwz. Oferta zawierała pełnomocnictwo udzielone i podpisane przez Prezesa Zarządu Odwołującego – pana M. K. z dnia 11.03.2015 roku umocowujące pana P. S. do działania w imieniu Odwołującego w toku wskazanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym do podpisywania oferty. Pan P. S. podpisał wszystkie wymagane oświadczenia, potwierdził też za zgodność w imieniu Odwołującego wszystkie wymagane siwz załączniki do oferty. Jednocześnie oznaczył i ponumerował składaną ofertę. Jedynie na stronie 3 formularza oferty nie został złożony podpis. Wszystkie okoliczności potwierdzają wolę Odwołującego złożenia oferty w brzmieniu określonym w pismach przedstawionych Zamawiającemu. Odwołujący podniósł także, że skoro formularz ofertowy wraz z załącznikami stanowi całość oferty złożonej przez Odwołującego, co potwierdza złożenie jej w jednolitym komplecie przez Odwołującego z kolejnym ponumerowaniem stron, to zgodnie z art. 78 § 1 k.c., skoro poza stroną 3 pozostałe strony obejmowały podpis Odwołującego, to uznać można iż podpis był złożony na dokumentach "obejmujących<sup>1</sup>\* treść złożonego oświadczenia woli i wola Odwołującego złożenia oferty nie może także być w niniejszej sprawie kwestionowana przez jakiegokolwiek inne okoliczności. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej brak parafek, podpisów, pieczętek, nawet wobec postawienia przez Zamawiającego wymogu ich obecności w treści Specyfikacji nie wpływa na treść oferty i nie może stać się przyczyną jej odrzucenia. Brak podpisów na ofercie stanowi, zdaniem Odwołującego, uchybienie co do formy oferty, a nie jej treści. Wszystkie strony oferty są ponumerowane i opieczętowane. Zamawiający powinien traktować ofertę całościowo. W aktualnym orzecznictwie KIO i sądów można dostrzec tendencję do przywiązywania wagi do wymogów merytorycznych Specyfikacji odchodząc od dopuszczalności odrzucenia oferty wyłącznie z powodów formalnych.

Podkreślić należy, że brak podpisu na jednej stronie oferty nie może mieć wpływu na skuteczność złożonego oświadczenia woli w rozumieniu art. 78 § 1 Kodeksu cywilnego. Tym bardziej, iż wszystkie strony oferty zostały ponumerowane i stanowiły nierozłączną całość. Zgodnie z najnowszym orzecznictwem sądów, w szczególności w wyroku Sądu Najwyższego z 20 stycznia 2012 r., sygn. akt I CSK 373/11 (podobnie w wyroku Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie z dnia 21 czerwca 2012, I ACa 119/12): "Podpisanie jako całości integralnego pod względem treści dokumentu składającego się z kilku elementów (np. umowy zasadniczej i załączników) oznacza zachowanie formy pisemnej zawartego w tym dokumencie oświadczenia woli (art. 78 § 1 KO". Sąd Najwyższy analizował w powyższej sprawie, czy dla zachowania pisemnej formy oświadczenia woli w okolicznościach danej sprawy wystarczające było złożenie podpisu przez wykonawcę jedynie pod treścią załącznika nr 1. a nie bezpośrednio pod zasadniczą treścią umowy. Sąd podkreślił, że warunkiem dla uznania, że oświadczenie woli jest skutecznie złożone jest integralność poszczególnych części. "W świetle art. 78 § 1 k.c. sama objętość „dokumentu” nie może mieć znaczenia. Może on składać się z kilku części (kilku stron) o różnej szacie redakcyjnej. Istotna jest przy tym sama relacja takiego dokumentu do umieszczonego w nim oświadczenia woli. Można mówić o tzw. dokumencie zintegrowanym, jeżeli składa się on z kilku części (kilku stron), lecz zawiera to samo oświadczenie woli pochodzące od określonego podmiotu.

Oferta, zgodnie z art. 66 § 1 k.c. 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. Dyspozycja art. 9 ust. 1 PZP nakazuje przy tym, aby oferta w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożona została w formie pisemnej. Jeden z kluczowych elementów w zakresie określenia ceny, dodatkowo został szczegółowo wykazany na kartach 33-35 oferty Odwołującego, z pełnym podpisem Odwołującego, co tylko dodatkowo potwierdza "objęcie" oświadczenia woli co do złożonej oferty Zamawiającemu podpisem złożonym na dokumentach oferty.

Po analizie treści złożonej przez Odwołującego oferty stwierdzić pozostaje, iż zawiera ona wszystkie ww. istotne elementy. Nie biorąc pod uwagę 3 strony oferty, na której brak podpisu, stwierdzić należy, że przedmiotowa oferta zawiera pełnomocnictwo, wymagane załączniki i pozostałe oświadczenia, które to dokumenty zostały podpisane w sposób prawidłowy- przez upoważnione do tego osoby i z których jasno wynika jaki podmiot złożył ofertę, a także przez kogo i w jakim zakresie może on być reprezentowany. Na kolejnych stronach oferty zamieszczone zostały załączniki o treści zgodnej z wymaganiami Zamawiającego wraz z określoną ceną, za jaką Odwołujący jest w stanie wykonać

zamówienie. Zgodnie zatem z aktualną i jak powyżej wykazano utrwaloną linią orzecniczą złożenie oferty przez odwołującego było skuteczne i w konsekwencji oferta ta powinna być uwzględniona w ocenach ofert i przy dokonywaniu wyboru przez Zamawiającego.

Niezależnie od tego, w ocenie Odwołującego, Zamawiający zobowiązany był, w przypadku powzięcia jakichkolwiek wątpliwości do wykorzystania procedury wezwania Odwołującego z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia braku zaistniałego w ocenie Zamawiającego w złożonym oświadczeniu ofertowym. Skoro procedura ta ma zastosowanie do okoliczności o większym znaczeniu prawnym – braku pełnomocnictwa, to tym bardziej ma ona zastosowanie w sytuacji potwierdzenia okoliczności przez składającego ofertę, że wolą swoją obejmuje potwierdzenie treści każdej z kart złożonej oferty – a analizowanym przypadkiem - formularza ofertowego.

Ewentualnie Zamawiający mógłby potraktować brak formalny oferty w postaci braku podpisu na karcie nr 3 jako inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z treścią siwz niepowodującą istotnych zmian w treści oferty i dokonać jej poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Skoro Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, w której wypełnił formularz ofertowy oraz wszystkie załączniki dotyczące specyfikacji technicznej, załączył upoważnienie do działania w ramach przedmiotowego postępowania, opieczętował wszystkie strony oferty, załączył wszystkie wymagane dokumenty, a jedynie omyłkowo nie podpisał oferty, to Zamawiający powinien uznać ww. błąd jako podlegający poprawieniu.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

**Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołujący, jako wykonawca którego oferta została odrzucona, legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania, a na skutek działań i zaniechań Zamawiającego może ponieść szkodę w postaci braku możliwości uzyskania zamówienia publicznego.

Stan faktyczny sprawy nie jest między stronami sporny. Nie ulega wątpliwości, że formularz ofertowy, złożony przez Odwołującego, na żadnej z trzech stron nie został podpisany ani zaparafowany. Istotna sporu sprowadza się do oceny prawnej skutków braku złożenia na formularzu ofertowym podpisu osoby uprawnionej do działania w imieniu Odwołującego.

Zgodnie z art. 82 ust. 2 ustawy Pzp ofertę składa się, pod rygorem nieważności, w formie pisemnej albo, za zgodą zamawiającego, w postaci elektronicznej, opatrzoną bezpiecznym

podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Dla zachowania formy pisemnej oświadczenia woli niezbędne jest złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść złożonego oświadczenia woli. Zastrzeżenie przez art. 82 ust. 2 ustawy Pzp formy pisemnej *ad solemnitatem* powoduje, że czynność dokonana bez zachowania zastrzeżonej formy jest nieważna. (art. 73 § 1 k.c.). Oferta złożona bez zachowania formy pisemnej jest nieważna, nie wywołuje skutków prawnych i podlega odrzuceniu jako niezgodna z ustawą (art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Pod pojęciem oferty, zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwa, rozumie się oświadczenie wykonawcy wyrażone w formularzu ofertowym, będące jednostronnym zobowiązaniem wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia na rzecz zamawiającego.

W analizowanym stanie faktycznym, należy uznać, że zawarte w formularzu ofertowym oświadczenia odnoszące się do m.in.: ceny oferty, akceptacji projektu umowy i zobowiązania do jej zawarcia na warunkach w niej określonych czy okresu związaniu ofertą, nie zostały przez wykonawcę złożone. Niepodpisany formularz oferty zawiera elementy przedmiotowo istotne, *essentialia negotii* przyszłej umowy, które nie zostały złożone na żadnych innych stronach załączonych dokumentów i oświadczeń. Na wskazanych przez odwołującego stronach 33-35 oferty znajduje się, co prawda, oświadczenie wykonawcy co do kosztów oferty, ale dotyczy ono jedynie kosztów rozbiórki pokrycia dachu, które są jednym z elementów cenotwórczych całkowitej ceny oferty zawartej na formularzu ofertowym. Nie można podzielić poglądu odwołującego, że woli wykonawcy co do złożenia oświadczeń zawartych w formularzu oferty należy dorozumiewać z faktu złożenia pozostałych oświadczeń i dokumentów wraz z ofertą, które stanowią integralną, jedną całość. Oświadczenia woli, dla którego wymagane jest zachowanie formy pisemnej pod rygorem nieważności, nie można w tym przypadku dorozumiewać. Dla zachowania formy pisemnej oświadczenia woli, niezbędnym jest złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść tego oświadczenia, a nie na innych dokumentach, oświadczeniach, załączonych do oferty.

Rację ma także zamawiający, że wyrok Sądu Najwyższego z 20 stycznia 2012 roku, I ACa 119/12, CSK 373/11, który powołał odwołujący, dotyczy innego stanu faktycznego tj. sytuacji, w której nie została podpisana zasadnicza część umowy, a jedynie załączniki do niej i co istotne umowa to była wykonywana. W niniejszej sprawie mamy do czynienia ze złożeniem oferty w postępowaniu o zamówienie publiczne, które cechuje się pewnym stopniem formalizmu, który powinien być przestrzegany przez biorących udział w tym postępowaniu wykonawców.

Brak także podstaw do zastosowania wskazanych przez odwołującego przepisów art. 26 ust.

3 ustawy Pzp czy art. 87 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Na wstępie podkreślić należy, że procedury przewidziane w tych przepisach, jako wyjątki od zasady złożenia w wyznaczonym przez zamawiającego terminie kompletnej oferty, zawierającej wszystkie wymagane oświadczenia i dokumenty, podlegają wykładni ścisłej.

Pierwszy z przywołanych przepisów (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) znajduje zastosowanie wyłącznie do oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz oświadczeń i dokumentów, potwierdzających przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Nie ulega wątpliwości, że formularz ofertowy nie należy do katalogu oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp a zatem nie może być w tym trybie uzupełniony czy poprawiony. Z kolei przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, którego zastosowania domaga się odwołujący, pozwala na poprawienie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. W przypadku braku podpisania formularza oferty nie zachodzi omyłka o jakiej mowa w tym przepisie, bowiem oferta niepodpisana jest z mocy prawa nieważna, nie wywołuje skutków prawnych a przepisy ustawy Pzp nie przewidują w tym przypadku możliwości konwalidacji braku zachowania formy pisemnej.

W konsekwencji stwierdzić należy, że czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na brak własnoręcznego podpisu na formularzu ofertowym tj. brak zachowania wymaganej pod rygorem nieważności formy pisemnej, była prawidłowa.



Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....