

Sygn. akt: KIO 2458/15

**WYROK**

**z dnia 26 listopada 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

Protokolant: Joanna Borowska

po rozpatrzeniu na rozprawie dnia 23 listopada 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 listopada 2015 r. przez wykonawcę **CELTA A. M. M. U. Spółka Jawna z siedzibą we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Wrocław Urząd Miejski Wrocławia**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **CELTA A. M. M. U. Spółka Jawna z siedzibą we Wrocławiu** i :

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **CELTA A. M. M. U. Spółka Jawna z siedzibą we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy **CELTA A. M. M. U. Spółka Jawna z siedzibą we Wrocławiu** na rzecz **Gminy Wrocław - Urząd Miejski Wrocławia** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

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 we Wrocławiu**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający: Gmina Wrocław - Urząd Miejski Wrocławia Pl. Nowy Targ 1-8,50-141 Wrocław prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa artykułów piśmiennie-biurowych dla Urzędu Miejskiego Wrocławia”, znak sprawy: ZP/PN/85/2015/WOU,

Wykonawca: CELTA A. M., M. U. Spółka Jawna we Wrocławiu /odwołujący/ wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego tj. od odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez Partner Papes Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Partner Papes”).

O okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania Odwołujący powziął wiadomość w dniu 05.11.2015r., w którym Zamawiający przesłał Odwołującemu informację o wyborze oferty Partner Papes.

Odwołujący stawia Zamawiającemu zarzut naruszenia:

- a. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty złożonej Partner Papes, mimo że nie jest to oferta najkorzystniejsza w Postępowaniu,
- b. art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 82 ust. 2 Ustawy poprzez uznanie, że oferta Odwołującego nie została złożona w formie pisemnej.
- c. art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust 1 poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Celta jako najkorzystniejszej.

Wskazując na powyższe wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

- a. unieważnienia czynności z dnia 05 listopada 2015 r. polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego oraz wyborze oferty Partner Papes jako najkorzystniejszej,
- b. dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Odwołujący wskazuje na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy. Oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w Postępowaniu, jednak z uwagi na jej odrzucenie i wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Partner Papes Odwołujący pozbawiony został faktycznej możliwości uzyskania zamówienia. W wyniku powyższego Odwołujący nie uzyska przedmiotowego zamówienia i nie osiągnie zysku, który planował osiągnąć poprzez realizację przedmiotowego zamówienia (lucrum cessans). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej

przewidzianych w art. 179 ust 1 ustawy. Odwołujący wskazuje nadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy niewątpliwie ma istotny wpływ na wynik postępowania, zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 ustawy Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Zamawiający błędnie zgodził się ze stanowiskiem Partner Papes jakoby oferta Celta nie została złożona w wymaganej formie pisemnej. Należy wskazać, że załączniki do formularza, wskazują jedynie sposób obliczenia ceny, która podana została w Formularzu ofertowym, prawidłowo podpisanym przez Wykonawcę. W pkt. I Formularza oferty, który został podpisany, literalnie wskazano, iż wykonawca Celta: „oferuję realizację całości przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami SIWZ i załącznikami do niej, za cenę: brutto złotych: 623129,16 zł”. Nie ulega zatem wątpliwości, że właśnie w tym miejscu Wykonawca Celta złożył oświadczenie woli, które obejmuje całość przedmiotu zamówienia, wraz z wszystkimi załącznikami. Jako, że dokumentacja postępowania przechowywana jest przez Zamawiającego nie ma jakichkolwiek wątpliwości do dostarczenia jakich artykułów zobowiązał się Wykonawca. Co najistotniejsze oświadczenie woli Odwołującego wskazane powyżej odwołuje się do dokumentacji Postępowania (SIWZ wraz z wszystkimi załącznikami), a nie jak wnioskować można by ze stanowiska Zamawiającego, do załączników przygotowanych przez Wykonawcę.

Na potwierdzenie powyższego wskazuje na wyrok KIO 748/15, w którym Izba wskazał, iż: „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.

Partner Papes oferując wykonanie tego samego przedmiotu zamówienia za znacznie wyższą kwotę próbuje zmusić Zamawiającego do skrajnie formalistycznego podejścia. Powyższe widać zarówno w informacji złożonej Zamawiającemu jak i w Protokole postępowania z dnia 28 października 2015 roku, w którym właśnie ten wykonawca zgłosił zastrzeżenie co do formy złożonej oferty wskazując, że nie została ona zsztyta. Podnoszenie okoliczności irrelevantnych dla Postępowania zmierza jedynie do skłonienia Zamawiającego do jawnej niegospodarności, którą ocenić można na gruncie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Należy wskazać, że przepis art. 82 Ustawy odnosi się do „oferty” sensu stricte w rozumieniu art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego (dalej: „KC”). W myśl tego przepisu oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Istotne postanowienia umowy zostały zaś opisane w Formularzu ofertowym, podpisanym przez Odwołującego. Nie można zatem uznać jak twierdzi Zamawiający, za stanowiskiem

Partner Papes, jakoby oferta Odwołującego nie została złożona w wymaganej formie pisemnej.

Co również istotne, wskazać należy na charakter omyłki jaka miała miejsce w ofercie sensu largo, złożonej przez Odwołującego. Tak jak wszystkie inne załączniki do Formularza ofertowego, załącznik 1.2. zawiera ręcznie wypełnioną datę oraz imienną pieczętkę M. U. . Nie może zatem ulegać wątpliwości, że niepodpisanie tej jednej strony miało charakter omyłki, która w żadnym stopniu nie powinna mieć wpływu na wynik Postępowania. Wartość materiałów znajdujących się na niepodpisanej stronie mieści się w wartości wskazanej w Formularzu ofertowym, co świadczy, że pozycje na znajdujące się na niej zostały wycenione. Wszelkie wątpliwości w tym zakresie Zamawiający mógł wyjaśnić korzystając z instytucji, o której mowa w art. 87 ust. 1 Ustawy.

Warto w tym miejscu wskazać na stanowisko Sądu Okręgowego w Gliwicach który wskazał, że „formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy” (vide: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 23 lutego 2007 r. sygn. akt X Ga 23/07).

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania wskazując, że już w informacji odrzuceniu oferty odwołującego stwierdził, że brak podpisu pod Formularzem cenowym „Papier pakowy szary, ozdobny, fotograficzny” oznacza, że dany asortyment nie został zaoferowany, względnie nie został wyceniony. Stwierdził brak możliwości uznania ww. formularza za prawidłowy co skutkuje koniecznością odrzucenia oferty jako niezgodnej z ustawą na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz jednocześnie odrzuceniem oferty jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów (art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp).

Wskazał, że zgodnie z art. 82 ust. 2 ustawy pzp ofertę składa się pod rygorem nieważności w formie pisemnej albo w określonej formie elektronicznej. Przypomniał zasadę pisemności – art. 9 ustawy pzp zdefiniowaną w przepisach kodeksu cywilnego; w świetle art. 78 kc, do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Podpis jest swoisty dla danej osoby, charakterystyczny, powtarzalny znak graficzny, wywodzący się od jej imienia i nazwiska, niekoniecznie będący pełnym imieniem i nazwiskiem, lecz pozwalający na ustalenie tożsamości osoby, która go złożyła, Podpis w rozumieniu art. 78 kc nie musi być czytelny (wyrok NSA w Warszawie z dnia 10 listopada 2006 r., sygn. akt II FSK 1144/05). Zgodnie z treścią przepisu w celu zachowania odpowiedniej formy oferty, koniecznym było złożenie przez wykonawcę własnoręcznego podpisu pod treścią dokumentu obejmującego treść oświadczenia woli. Poprzez złożenie podpisu na dokumencie obejmującym oświadczenie

woli podpisujący wyraża wolę wywołania określonych skutków prawnych. Ponadto złożenie podpisu wskazuje, że dokument nie jest projektowaną, lecz ostateczną wersją określonego oświadczenia a także, że oświadczenie jest zupełne i pochodzi od osoby podpisującej. Mając na uwadze powyższe odcisk pieczętki firmowej czy imiennej nie jest desygnatem pojęcia „własnoręcznego podpisu”. Ponadto brak zachowania formy pisemnej zastrzeżonej pod rygorem nieważności nie może być konwalidowany. Oferta niepodpisana jest z mocy prawa nieważna, zatem nie wywołuje skutków prawnych, a przepisy ustawy pzp nie przewidują możliwości konwalidacji braku zachowania formy pisemnej zastrzeżonej jako wymagana pod rygorem nieważności. W związku z tym oferta jest nieważna. Wskazał że wymaganej formy oświadczenia woli nie można dorozumieć.

Zamawiający przywołał orzecznictwo i piśmiennictwo na poparcie stanowiska.

Wskazał na postanowienia siwz, że oferta musi zawierać wypełnione Formularze cenowe wg załączników 1.1 – 1.18 (str. 12 siwz) oraz, że „Oferta (oraz załączniki do niej) musi być podpisana (podpis i imienna pieczętka) przez wykonawcę zgodnie z zasadami reprezentacji /.../

Zamawiający nie zgadza się z argumentacją odwołującego, że „załączniki do formularza stanowią jedynie sposób obliczenia ceny, która jest podana w Formularzu ofertowym”, gdyż przedstawione w formularzach cenowych ceny jednostkowe za określone produkty stanowią następnie podstawę do obliczenia wysokości wynagrodzenia częściowego przysługującego wykonawcy, bowiem przewiduje się rozliczanie fakturami częściowymi zgodnie z faktyczną ilością produktów i ich cenami jednostkowymi, co wynika z treści projektu umowy.

Zamawiający zakwestionował tok rozumowania odwołującego wskazując, że w takim wypadku należałoby uznać, że żaden z Formularzy cenowych od 1.1. do 1.18 nie musiałby być podpisany, a w konsekwencji być może wypełniany i składany w ofercie. W konsekwencji takiego rozumowania niemożliwe byłoby poprawianie omyłek rachunkowych lub stwierdzenie błędu w obliczeniu ceny, a także rozliczania dostaw na podstawie cen jednostkowych.

W toku rozprawy strony podtrzymały stanowiska.

Zamawiający zwrócił uwagę na załączniki 1.1 - 1.18 (Formularze Cenowe na określony asortyment produktów) i brak w załączniku 1.2 Formularza (załącznik *cena papieru szarego, ozdobnego i fotograficznego*) w miejscu opisanym jako podpis osoby upoważnionej do zaciągania zobowiązań istnieje ręcznie wpisana data i pieczętka wykonawcy. Brak jest natomiast podpisu.

Odwołujący stwierdził, iż brak podpisu na jednej stronie oferty nie może stanowić o nieskuteczności oświadczenia woli. Zauważył, że załącznikami do oferty jest m.in. wzór Umowy (zał.7), natomiast Formularz Cenowy jest załącznikiem do Umowy. Wskazał na treść Formularza Oferty str.1 i 2 podpisanego przez wykonawcę, gdzie powołano wszystkie załączniki 2-7. Wskazał, że oferta w całości, z założeń, jest integralnym dokumentem. Na poparcie stanowiska wskazał na orzeczenie Sądu Najwyższego o sygn. akt: I CSK 373/11 oraz Sądu Administracyjnego o sygn. akt: I Aca 119/12.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, wzięciu pod uwagę stanowisk stron przedstawionych na piśmie i do protokołu, uwzględniając także dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności postanowienia siwz dotyczące sposobu obliczenia ceny i wymogów co do sposobu przedstawienia treści oferty zważyła, co następuje.

Stan faktyczny sprawy, tym postanowienia siwz określające sposób przygotowania oferty oraz treść oferty odwołującego są niesporne.

Odwołujący złożył ofertę obejmującą w zakresie merytorycznego oświadczenia woli Formularz oferty sporządzony na druku stanowiącym załącznik nr 1 do siwz oraz formularze cenowe na dostawę określonych asortymentów na wypełnionych drukach 1.1 – 1.18. W każdym z tych formularzy przewidziano wymóg złożenia podpisu osoby upoważnionej do zaciągania zobowiązań, wskazanie daty i zgodnie z pkt XIII. 8 także imiennej pieczętki. Formularz 1.2. nie został opatrzony podpisem, co w konsekwencji oznacza, że nie został sporządzony i złożony w formie pisemnej. W konsekwencji, biorąc pod uwagę, że przedmiotowy dokument jest częścią oferty w sensie ścisłym, wykonawca, niezależnie od faktu, czy przez niedopatrzenie, czy świadomie nie sporządził oferty w formie pisemnej. Powyższy brak co do formy, która dla oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 82 ust. 2 ustawy pzp, jest wymagana jako pisemna pod rygorem nieważności, oznacza zaistnienie przesłanki odrzucenia oferty na podstawie prawnej wskazanej przez zamawiającego w decyzji o wyniku postępowania.

Należy stwierdzić, że rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie zapadło w konkretnych okolicznościach faktycznych wynikających zarówno z treści siwz, jak treści oświadczenia wykonawcy. W szczególności należy zauważyć, że w formularzu oferty wykonawca, jako załączniki do oferty wskazał załącznik „2, 3, 4, 5, 6, 7, KRS, wpłata wadium”. Nie ma zatem załącznika nr 1 (obejmującego formularze cenowe), dla którego przewidziano odrębne podpisy. Gdyby jednak, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca, wykonawca w formularzu

oferty „głównym” wskazał, że obejmuje ona także załączniki cenowe, nie można by wykluczyć skuteczności takiego oświadczenia. W takim kontekście (hipotetycznym) rozważania zamawiającego w końcowej części odpowiedzi na odwołania, nie byłyby oczywiste.

Reasumując jednak, w rozpatrywanej sprawie Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia przepisów ustawy pzp, a 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 stanowiącym merytoryczną część oferty tj. brak zachowania wymaganej pod rygorem nieważności formy pisemnej, była prawidłowa.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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).

**Przewodniczący:**

.....