

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

z dnia 17 stycznia 2014 r.

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 20 grudnia 2013 r. zgłoszonych 24 grudnia 2013 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

Gmina Brańsk

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej (znak pisma UZP/DKUE/KD/22/2013) z dnia 17 grudnia 2013 r. (przekazanej za pismem oznaczonym UZP/DKUE/W2/421/41(2)/13/PF) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Budowa budynku rekreacji indywidualnej przy zbiorniku wodnym Otapy-Kiersówek*, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego (nr postępowania BP.271.1.2013)

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Piotr Kozłowski
Członkowie:	Sylwester Kuchnio
	Izabela Kuciak

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Brańsk – przeprowadził w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”} postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Budowa budynku rekreacji indywidualnej przy zbiorniku wodnym Otapy-Kiersówek*, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego (nr postępowania BP.271.1.2013). 14 stycznia 2013 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o tym zamówieniu Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 7715-2013, a także na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej, na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {zwanej dalej również w skrócie „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę doraźną wyżej wymienionego postępowania, w wyniku której w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej {znak pisma: UZP/DKUE/KD/22/2013} z dnia 17 grudnia 2013 r. {przekazanej za pismem oznaczonym: UZP/DKUE/W2/421/41(2)/13/PF}, stwierdził następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp – polegające na odrzuceniu najkorzystniejszej oferty wykonawcy MAXIMA sp. z o.o.

W zakresie tego naruszenia ustalono następujący stan faktyczny.

Pismem z 1 lutego 2013 r. Zamawiający poinformował wykonawców m.in. o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp oferty złożonej przez MAXIMA sp. z o.o. (oferta z najniższą ceną, przy czym jedynym kryterium oceny ofert była cena - waga: 100%), w uzasadnieniu wskazując, że *przedmiotowa oferta nie spełniała wymogów formalnych, oferta nie zawiera strony nr 2 formularza ofertowego. Brak całościowo wypełnionego formularza ofertowego nie pozwala na ustalenie przez zamawiającego takich informacji jak:*

- *termin wykonania zamówienia;*
- *okres gwarancji;*
- *warunki płatności.*

Oferta nie zawiera również podpisu osoby uprawnionej do reprezentowania podmiotu w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Z dokumentacji postępowania wynika, iż w pkt IV SIWZ Zamawiający zapisał:

- *Wymagany termin realizacji zamówienia: do dnia 28.06.2013 r.*
- *Czas trwania rękojmi i gwarancji: 3 lata od daty końcowego odbioru robót.*
- *Termin płatności: 30 dni od daty otrzymania prawidłowo wystawionej faktury przez*

zamawiającego.

- *Warunki płatności: zgodnie z projektem umowy.*

Ponadto z załącznika nr 5 do SIWZ – projektu umowy wynika, że powyższe informacje wskazano także odpowiednio w § 2, § 8 oraz § 5.

Jednocześnie zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ – formularzem ofertowym, składającym się z dwóch stron, Zamawiający na str. 1 wymagał, aby wykonawcy złożyli oświadczenie o następującej treści: *zapoznaliśmy się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, przedmiarem robót, dokumentacją projektową oraz terenem, gdzie mają być prowadzone roboty objęte przedmiotem zamówienia i nie wnosimy żadnych zastrzeżeń oraz uzyskaliśmy informacje niezbędne do przygotowania oferty.*

Z analizy oferty wykonawcy MAXIMA sp. z o.o. wynika, że formularz ofertowy zawierał tylko pierwszą stronę, która została podpisana nieczytelnym podpisem (parafą), przy którym nie przybito pieczętki. Wykonawca nie załączył drugiej strony formularza ofertowego, gdzie powinny zostać wpisane m.in. następujące dane: termin wykonania zamówienia, okres rękojmi i gwarancji oraz warunki płatności. Ponadto do oferty ww. wykonawca załączył, podpisany przez osobę upoważnioną do reprezentowania MAXIMA sp. z o.o. – prezesa zarządu R.B., projekt umowy o treści identycznej jak załącznik nr 5 do SIWZ, z którego wynika m. in., że: w § 2 wykonawca zobowiązał się do wykonania umowy do dnia 28 czerwca 2013 r.; w § 5 zostały określone warunki płatności; w § 8 został wskazany okres, na jaki wykonawca udzieli gwarancji i rękojmi – 3 lata od daty podpisania przez zamawiającego i wykonawcę protokołu odbioru końcowego.

Kontrolujący dokonał następującej oceny prawnej tak ustalonego stanu faktycznego.

Po pierwsze – w odniesieniu do uzasadnienia odrzucenia ww. oferty ze względu na brak drugiej strony formularza ofertowego, a tym samym niemożność ustalenia przez Zamawiającego terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji oraz warunków płatności.

Kontrolujący zwrócił uwagę, że wśród wymienionych w art. 89 ust. 1 pzp sytuacji obligujących zamawiającego do odrzucenia oferty, w pkt 2 wskazana została okoliczność, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepisy ustawy pzp nie definiują pojęcia „treść oferty”, dlatego stosownie do treści art. 14 ustawy, należy posiłkować się definicją zawartą w art. 66 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, ze zm.). Zgodnie z brzmieniem tego przepisu *ofertę stanowi oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa ono istotne postanowienia tej umowy.* Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie ww. przepisu zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada SIWZ pod względem przedmiotu zamówienia oraz sposobu jego wykonania. Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art.

89 ust. 1 pkt 2 pzp jedynie w sytuacji ustalenia w sposób niebudzący wątpliwości, że oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom. Biorąc pod uwagę powyższe można wskazać, iż oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to taka oferta, która w sposób odmienny, niż zostało to ujęte w SIWZ, redaguje istotne postanowienia umowy, wprowadzając zmiany np. w zakresie opisu przedmiotu zamówienia czy terminu realizacji przedmiotu zamówienia.

W świetle powyższego brak drugiej strony formularza ofertowego, gdzie powinny zostać wpisane m.in.: termin wykonania zamówienia, okres rękojmi i gwarancji oraz warunki płatności, przy jednoczesnym oświadczeniu o braku zastrzeżeń do SIWZ, a przede wszystkim wskazaniu żądanych informacji (zgodnych z wymogami SIWZ) w załączonym do oferty projekcie umowy, nie oznacza, że wykonawca zaoferował świadczenie nieodpowiadające wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom. Tym samym nie zachodziła podstawa do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

Po drugie – odnosząc się do uzasadnienia, że *oferta nie zawiera również podpisu osoby uprawnionej do reprezentowania podmiotu w postępowaniu o udzielenie zamówienia*, wskazano, co następuje.

Oferta wykonawcy MAXIMA sp. z o.o. zawiera tylko pierwszą stronę, która została pod tekstem podpisana nieczytelnym podpisem (parafą), przy którym nie przybito pieczętki. Jednakże taki sposób podpisania oświadczenia woli w świetle poglądów doktryny i orzecznictwa uznać należy za dopuszczalny i odpowiadający wymogom formy pisemnej, gdyż obowiązujące przepisy nie określają znaczenia terminu podpis, który jest niezbędnym elementem zachowania formy pisemnej w rozumieniu art. 78 kc. Podstawową funkcją podpisu jest identyfikowanie osoby składającej oświadczenie woli. W doktrynie wskazuje się, że podstawową cechą podpisu jest to, iż stanowi on powtarzalny, słowny znak graficzny, stosowany dla potwierdzenia tożsamości osoby znakiem tym się posługującej, który powinien być postawiony własnoręcznie (tak: Strzebińczyk w: *Kodeks cywilny. Komentarz* pod red. E. Gniewka, Komentarze Kodeksowe, Wyd. CH Beck, Warszawa 2011 str. 218). W orzecznictwie Sądu Najwyższego ugruntowany jest pogląd, że podpis może być nieczytelny, jeśli tylko został napisany w sposób charakterystyczny dla osoby podpisanej. Wyraża on bowiem nazwisko podpisującego i pełni funkcję identyfikacyjną. Dla osób, którym taka forma podpisu nie jest znana, złożenie podpisu nieczytelnego jest natomiast podstawą domniemania, że został złożony w formie zwykle używanej przez wystawcę. Stanowisko takie zajął Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów z 30 grudnia 1993 r. (sygn. akt III CZP 146/93), która co prawda wydana została na gruncie prawa wekslowego, jednak wywody w niej zawarte pozostają aktualne w stanie faktycznym tej sprawy, gdyż mają charakter ogólny w kontekście wyjaśnienia pojęcia podpisu. Pogląd, że podpis w rozumieniu

art. 78 kc nie musi być czytelny, wyraził również Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 10 listopada 2006 r. (sygn. akt II FSK 1144/05). W wyroku tym wskazano, że podpis to swoisty dla danej osoby, charakterystyczny, powtarzalny znak graficzny, wywodzący się od jej imienia i nazwiska, niebędący koniecznym pełnym imieniem i nazwiskiem, pozwalający na ustalenie tożsamości osoby, która go złożyła. Pogląd taki prezentowany jest również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, a przykładowo wskazać można na następujące orzeczenia: wyrok z 2 lipca 2012 r. (sygn. akt KIO 1291/12), uchwała z 20 października 2010 r. (sygn. akt KIO/KD 75/10) oraz wyrok z 5 października 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1196/09).

Ponadto obowiązujące przepisy nie definiują także pojęcia parafy. Pojawia się ono jedynie na gruncie prawa notarialnego i wekslowego, gdzie rozróżniana jest parafa i podpis. Rozróżnienia takiego nie ma na gruncie Kodeksu cywilnego, który z mocy art. 14 ustawy pzp stosowany jest do czynności podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W orzecznictwie przyjmuje się, że parafa jest znakiem ręcznym składającym się z inicjałów (por. postanowienie Sądu Najwyższego z 17 sierpnia 2000 r. sygn. akt II CKN 894/00 i wyrok Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z 27 września 2004 r. sygn. akt UP/ZO/0-1550/04). Również w doktrynie prezentowany jest pogląd, że parafa to inicjały – pierwsze litery imienia i nazwiska, stanowiące znak, stwierdzający jedynie, że dokument został przygotowany do złożenia na nim podpisu (tak: Strzebińczyk w: *„Kodeks cywilny. Komentarz pod red. E. Gniewka, Komentarze Kodeksowe, Wyd. CH Beck, Warszawa 2011, str. 218).*

Jednak w stanie faktycznym sprawy, w świetle przytoczonych wyżej orzeczeń i poglądów doktryny dotyczących podpisu, brak jest podstaw do różnicowania parafy od podpisu. Skoro podpis nie musi spełniać żadnych szczególnych kryteriów odnośnie jego treści lub wyglądu, a decydujące znaczenie ma to, czy identyfikuje osobę, od której pochodzi, to brak jest podstaw do uznania, że podpis zawierający inicjały, ale ujęte w określony, powtarzalny i charakterystyczny dla danej osoby znak graficzny stanowi parafę, a nie podpis. W oparciu o całokształt dokumentów składających się na złożoną przez MAXIMA sp. z o.o. ofertę istnieje możliwość weryfikacji podpisu złożonego na stronie pierwszej Formularza ofertowego i możliwość łatwego i jednoznacznego stwierdzenia jego pochodzenia. Wynika to z faktu, że w wielu innych miejscach oferty taki sam podpis został opatrzony pieczęcią firmową, nie ma przy tym wątpliwości, kto go złożył. Umieszczony na ofercie podpis (parafa) jest na tyle charakterystyczny i powtarzalny, że można stwierdzić, iż pochodzi on od tej samej osoby, która złożyła podpis na innych stronach oferty, to jest od osoby upoważnionej do reprezentowania MAXIMA sp. z o.o. – prezesa zarządu R.B.. Tym samym nieczytelny podpis na pierwszej stronie formularza oferty był, w świetle pozostałych

stron oferty, możliwy do identyfikacji jako podpis osoby uprawnionej do reprezentowania wykonawcy. W konsekwencji nie można uznać, że oferta nie została podpisana przez uprawnioną osobę.

2. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp – polegające na odrzuceniu na podstawie tego przepisu oferty wykonawcy MERX sp. z o.o. która została złożona skutecznie przez osobę uprawnioną do działania w jego imieniu.

W zakresie tego naruszenia ustalono następujący stan faktyczny.

Pismem z 1 lutego 2013 r. Zamawiający poinformował wykonawców m.in. o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp oferty złożonej przez MERX sp. z o.o., w uzasadnieniu wskazując, że *oferta nie spełnia wymogów formalnych, gdyż ofertę podpisała osoba nieupoważniona samodzielnie do reprezentacji podmiotu.*

Ustosunkowując się do powyższego w piśmie z 1 lutego 2013 r. wykonawca MERX sp. z o.o. poinformował Zamawiającego, że *osoba, która podpisała ofertę, tj. Pan S.K. pełni funkcję prokurenta samoistnego. Prokurent samoistny to osoba mogąca samodzielnie reprezentować spółkę z o.o. wpisaną do rejestru we wszystkich czynnościach sądowych i pozasądowych, zaciągać w jej imieniu zobowiązania niezależnie od ograniczeń zawartych w umowie spółki.* Jednocześnie wykonawca załączył Uchwałę Zarządu nr 1 z dnia 30 sierpnia 2012 r. z której wynika, że *Zarząd Spółki MERX (...) działając na podstawie § 18 Umowy Spółki niniejszym udziela S.K. (...) mającemu pełną zdolność do czynności prawnych, prokury samoistnej, obejmującej umocowanie do podejmowania czynności sądowych i pozasądowych, jakie są związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa Spółki. Wobec S.K. mogą być od dnia dzisiejszego dokonywane oświadczenia lub doręczenia pism kierowanych do Spółki.*

Do dokumentacji dotyczącej przedmiotowego postępowania została załączona opinia prawna o następującej treści: *zgodnie z aktualnym odpisem z rejestru przedsiębiorców, uprawnionymi do reprezentacji podmiotu są dwaj członkowie zarządu łącznie albo członek zarządu z prokurentem. Zatem pan S.K. jako prokurent nie ma uprawnień do samodzielnego reprezentowania firmy MERX Sp. z o.o. Przedłożona uchwała Zarządu Nr 1 z dnia 30 sierpnia 2012 r. obejmuje jedynie umocowanie do podejmowania czynności sądowych i pozasądowych związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa Spółki. Wobec S.K. mogą być zatem dokonywane oświadczenia lub doręczenia pism kierowanych do Spółki. Nie jest to zatem uprawnienie do reprezentowania spółki, gdyż decyduje o tym wpis do rejestru.*

Z ustaleń kontroli wynika ponadto, że ofertę złożoną przez wykonawcę MERX sp. z o.o. podpisał S.K. – prokurent, dla którego zgodnie z odpisem aktualnym z Krajowego

Rejestru Sądowego z 18 września 2012 r., złożonym wraz z ofertą, ustanowiono prokurę samoistną (dział II, rubryka 3).

Kontrolujący dokonał następującej oceny prawnej tak ustalonego stanu faktycznego.

Zgodnie z art. 109¹ § 1 Kodeksu spółek handlowych prokura jest pełnomocnictwem udzielonym przez przedsiębiorcę podlegającego obowiązkowi wpisu do rejestru przedsiębiorców, które obejmuje umocowanie do czynności sądowych i pozasądowych, jakie są związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa. Zakres czynności, do dokonywania których umocowany jest prokurent, obejmuje zatem wszystkie czynności, jakie są związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa, w tym m.in. składanie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 109⁴ § 1 kc prokura może być udzielona kilku osobom łącznie (prokura łączna) lub oddzielnie. Wpis prokury samoistnej (zwanej też samodzielnią, oddzielną lub jednoosobową) oznacza, iż pełnomocnik może samodzielnie (jednoosobowo) dokonywać czynności w imieniu spółki w ramach swego umocowania. W świetle 205 § 3 oraz art. 373 § 3 ksh przepisy dotyczące zasad reprezentacji spółki z o.o. nie wyłączają ustanowienia prokury jednoosobowej lub łącznej i nie ograniczają praw prokurentów wynikających z przepisów o prokurze. W związku z tym reprezentacja spółki w razie udzielenia prokury może być realizowana dwutorowo. Z jednej strony spółka jest reprezentowana zgodnie z zasadami reprezentacji określonymi w umowie bądź w statucie oraz w ustawie, z drugiej zaś – przez prokurentów (zgodnie z zasadami dotyczącymi ich działania). Ustawowe lub umowne czy statutowe zasady reprezentacji spółki nie wpływają na zakres uprawnień jej prokurentów. Udzielenie prokury samoistnej (jednoosobowej) przez spółkę, w której zarząd obowiązuje zasada reprezentacji łącznej, nie wyłącza prawa prokurenta do samodzielnego reprezentowania spółki. Obowiązek współdziałania z innym członkiem zarządu czy prokurentem dotyczy wówczas członków zarządu, ale nie prokurenta (tak: Katarzyna Kopaczyńska-Pieczniak Komentarz do art. 109(4) Kodeksu cywilnego, Lex Omega). Ponadto jednoznaczne stanowisko w przedmiotowej kwestii zajął Sąd Okręgowy we Wrocławiu w postanowieniu z 2 grudnia 2005 r. (sygn. akt II Ca 1049/05), w którym stwierdził, że art. 205 § 3 ksh w pewnym stopniu daje priorytet prokurze jednoosobowej, gdy jest ustanowiona reprezentacja łączna w spółce. Wówczas to zarząd musi respektować reguły reprezentacji łącznej, natomiast prokurent może wystąpić samodzielnie. Ustanowieni prokurenci jednoosobowi nie niweczą zasady reprezentacji łącznej przez członków zarządu. Dlatego jeżeli ustanowiona jest reprezentacja łączna członków zarządu czy też zarządu z prokurentem, w każdym przypadku prokurent, gdy ma prokurę samoistną, może reprezentować spółkę samodzielnie.

Zamawiający nie zgodził się z powyższymi ustaleniami kontroli i 24 grudnia 2013 r. (pismem z 20 grudnia 2013 r.) – wniósł następujące zastrzeżenia, oświadczając na wstępie, że zwraca uwagę na poniższe fakty, które nie zostały wzięte pod uwagę podczas kontroli.

Wykonawca, który ubiega się o zamówienie publiczne traktowany jest jako profesjonalista, w związku z czym to od niego wymaga się należytej staranności podczas przygotowania i złożenia oferty i konsekwencje jej przygotowania i złożenia w sposób odmienny niż wymagany w SIWZ obciążają wykonawcę. *Zakwalifikowanie wykonawców do grupy profesjonalistów pociąga za sobą ważne konsekwencje, gdyż od podmiotów, których działania uznaje się za fachowe oczekuje się podwyższonej staranności w realizacji podejmowanych działań. Odwołując się do pojęcia profesjonalizmu w obrocie prawnym, należy przytoczyć regulacje przepisu art. 355 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.), zwanej dalej „Kodeksem cywilnym”, zgodnie z którym należyta staranność dłużnika – w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się, przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności Powołany w art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego poziom wymagań jest wyższy od przeciętnego, albowiem ustawa zakłada, że podmiot gospodarczy dopełniając czynności związanych z zamierzonym prowadzeniem działalności gospodarczej składa jednocześnie zapewnienie o spełnieniu wszystkich warunków wymaganych w obowiązujących przepisach do prowadzenia takiej działalności gospodarczej, gdyż to właśnie sam fakt prowadzenia działalności gospodarczej przez dłużnika określać będzie uzasadnione oczekiwania kontrahenta i w konsekwencji miary wymaganej staranności Przez należytą staranność, o której mowa w art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego należy rozumieć określony sposób postępowania dłużnika mający prowadzić do spełnienia świadczenia. Prowadzenie przez dłużnika działalności profesjonalnej uzasadnia bowiem zwiększone oczekiwania otoczenia co do jego umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności zapobiegliwości i zdolności przewidywania. W zakresie zobowiązań umownych prymat należy przyznać oczekiwaniom kierowanym pod adresem dłużnika ze względu na treść i przedmiot zobowiązania. W kontekście powyższego należy zauważyć, iż należyte wykonanie zobowiązania stanowi podstawowy obowiązek wykonawcy, któremu zostało udzielone zamówienie, a podstawowym interesem zamawiającego jest realizacja zamówienia publicznego, czyli uzyskanie świadczenia zgodnie z treścią zobowiązania, tj. umowy w sprawie zamówienia publicznego.* {Informator nr 2/2013 UZP}

Niedołączona do formularza ofertowego druga strona zawierała nie tylko oświadczenia o terminie wykonania zamówienia, terminie i warunkach płatności, terminie rękojmi i gwarancji, ale również:

- pkt 5 – *Zamówienie wykonamy samodzielnie, część zamówienia zamierzamy powierzyć podwykonawcom.*
- pkt 6 – *Otrzymaliśmy konieczne informacje do przygotowania oferty i nie wnosimy żadnych uwag.*
- pkt 7 – *Oświadczamy, że uważamy się za związanych ofertą przez czas wskazany w SIWZ.*
- pkt 8 – *Oświadczamy, że załączone do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagania stawiane wykonawcy oraz postanowienia umowy zostały przez nas zaakceptowane bez zastrzeżeń i zobowiązujemy się, w przypadku wyboru naszej oferty, do zawarcia umowy w miejscu i terminie wyznaczonym przez zamawiającego,*
- pkt 9 – *Deklarujemy wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy na warunkach określonych w ofercie.*

Zdaniem Zamawiającego mając powyższe na uwadze, treść oferty nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jako taka, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musiała zostać odrzucona.

Zamawiający powołał się na to, że jak słusznie stwierdziła Izba w wyroku z 7 maja 2012 r. (sygn. akt. KIO 817/2012): (...) *Zgodność treści oferty z treścią specyfikacji nie jest zapewniona przez sam fakt złożenia przez wykonawcę oświadczenia o zapoznaniu się i akceptacji bez zastrzeżeń treści siwz. Podkreślić należy, że zgodność treści oferty z treścią specyfikacji nie jest okolicznością, którą można domniemywać lub zakładać na podstawie ogólnego oświadczenia wykonawcy wówczas gdy wymagane jest w treści siwz potwierdzenie szczegółowych wymagań (...)*

W przeprowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający w pkt VI.IV.1 SIWZ wymagał złożenia wypełnionego formularza ofertowego. Zgodnie z art. 86 ust. 4 pzp, podczas otwarcia ofert podano zawarte w formularzu ofertowym dane: nazwy i adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i rękojmi oraz warunków płatności zawartych w ofertach. Powyższe odnotowano w Protokole z otwarcia ofert z 29 stycznia 2013 r. W pozycji 12 protokołu odnotowano, że w ofercie MAXIMA sp. z o.o nie podano: terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i rękojmi, warunków płatności, terminu płatności. Zamawiający podkreślił, że na sesji otwarcia ofert obecny był przedstawiciel prezes MAXIMA sp. z o. o., który po odczytaniu ceny i podaniu przez prowadzącego sesję informacji o braku drugiej strony Formularza oferty, publicznie potwierdził, że oferta nie zawiera wszystkich informacji wymaganych w SIWZ. W trakcie otwarcia ani też w wymaganym przepisami ustawy terminie nie wniósł zastrzeżeń do poprawności wykonanych przez Zamawiającego czynności. Według

Zamawiającego w świetle powyższego nie miał żadnych podstaw do uznania, iż treść oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Prezes UZP pismem z 3 stycznia 2013 r. {znak: UZP/DKUE/W2/421/41(4)/13/PF} nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego, do których odniósł się w następujący sposób.

W odniesieniu do uwagi Zamawiającego że *wykonawca, który ubiega się o zamówienie publiczne traktowany jest jako profesjonalista...* – wskazał za wyrokiem Sądu Okręgowego w Gliwicach z 23 lutego 2007 r. (sygn. akt X Ga 23/07/za, LexPolonica nr 2223497), 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.* Celem każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór przez zamawiającego oferty najkorzystniejszej i wykonawcy, który jest w stanie należycie wykonać zamówienie (wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z 16 maja 2013 r., sygn. akt: II Ca 397/13). W związku z tym Prezes UZP podkreślił, że w przypadku przedmiotowego postępowania brak złożenia drugiej strony formularza ofertowego, zawierającego informacje dotyczące m.in. terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji oraz warunków płatności, przy jednoczesnym oświadczeniu o braku zastrzeżeń do SIWZ, a przede wszystkim wskazaniu żądanych informacji (zgodnych z wymogami SIWZ) w załączonym do oferty wykonawcy MAXIMA sp. z o.o. projekcie umowy, oznacza, że wykonawca nie zaoferował świadczenia nieodpowiadającego wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom, a tym samym odrzucenie oferty ww. wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp było niezgodne z tym przepisem i skutkowało odrzuceniem najkorzystniejszej oferty wyłącznie z powodu braków formalnych.

W odniesieniu do stanowiska Zamawiającego, że druga strona formularza ofertowego zawierała nie tylko oświadczenia dotyczące terminu wykonania zamówienia, terminu i warunków płatności oraz terminu rękojmi i gwarancji, ale również inne informacje wskazane w pkt 5 - 9, Prezes UZP ponownie wskazał, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada SIWZ pod względem przedmiotu zamówienia oraz sposobu jego wykonania. Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie tego przepisu jedynie w sytuacji ustalenia w sposób niebudzący wątpliwości, że oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom. Natomiast w odniesieniu do innych informacji, które były zamieszczone na drugiej stronie formularza ofertowego, należy odpowiednio wskazać:

– pkt 5 – deklaracja, czy wykonawca wykona zamówienie samodzielnie, czy zamierza powierzyć podwykonawcom – z dokumentacji postępowania wynika, że Zamawiający

w żaden sposób nie ograniczył udziału podwykonawców w realizacji przedmiotu zamówienia, a tym samym zarówno oświadczenie o wykonaniu zamówienia samodzielnie, jak i z udziałem podwykonawców, nie mogłoby mieć wpływu na ocenę oferty;

– pkt 6 – oświadczenie, że wykonawca otrzymał konieczne informacje do przygotowania oferty i nie wnosi żadnych uwag – należy uznać je za indyferentne, gdyż sam fakt złożenia oferty w postępowaniu oraz brak pytań dotyczących przedmiotowego postępowania w trakcie jego trwania świadczy, że wykonawca uzyskał wszelkie niezbędne informacje do przygotowania ważnej oferty, ponadto brak takiego oświadczenia również nie mógłby mieć wpływu na ocenę oferty;

– pkt 7 – oświadczenie, że wykonawca uważa się za związanego ofertą przez czas wskazany w SIWZ – miałyby ono pewną wagę jedynie w przypadku, gdyby Zamawiający żądał od wykonawców wniesienia odpowiedniego wadium na okres związania ofertą, co w przypadku przedmiotowego postępowania nie miało miejsca, a tym samym oświadczenie powyższe pozostaje bez znaczenia dla oceny oferty.

– pkt 8 – oświadczenie, że załączone do SIWZ wymagania stawiane wykonawcy oraz postanowienia umowy zostały przez niego zaakceptowane bez zastrzeżeń i zobowiązuje się, w przypadku wyboru oferty do zawarcia umowy w miejscu i terminie wyznaczonym przez zamawiającego – należy uznać je za zbędne w sytuacji, kiedy wykonawcy zobowiązani byli do załączenia do oferty projektu umowy, co w przypadku wykonawcy MAXIMA sp. o.o. miało miejsce.

– pkt 9 – deklaracja o wniesieniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy na warunkach określonych w ofercie – brak takiej deklaracji przez wykonawcę nie może być podstawą do odrzucenia oferty, a tym samym wskazany zapis pozostaje bez znaczenia dla wyboru oferty najkorzystniejszej.

W odniesieniu do uwagi Zamawiającego zawartej w zastrzeżeniach, iż brak drugiej strony formularza ofertowego spowodował, iż w trakcie otwarcia ofert Zamawiający nie mógł odczytać informacji dotyczących m.in. terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i rękojmi, warunków płatności oraz terminu płatności – Prezes UZP wskazał, że brak przekazania ww. informacji bezpośrednio na otwarciu ofert nie może być podstawą do uznania, iż oferta podlega odrzuceniu. Zamawiający dopiero na etapie szczegółowej oceny ofert ustala, czy są podstawy do wykluczenia wykonawcy, bądź odrzucenia oferty.

Prezes UZP podsumował, że w omawianym przypadku nie było podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy MAXIMA sp. o.o, ze względu na niezłożenie drugiej strony formularza ofertowego, gdyż część oświadczeń, pod którymi winien podpisać się wykonawca, nie było niezbędnych dla merytorycznej oceny oferty, natomiast pozostałe informacje istotne dla wyboru najkorzystniejszej oferty, po szczegółowej ocenie, można było

ustalić na podstawie pozostałej dokumentacji załączonej do oferty. Jednocześnie brak skorzystania przez wykonawcę MAXIMA sp. o.o. z jakiegokolwiek środka ochrony prawnej nie uzasadnia działania Zamawiającego, polegającego na bezpodstawnym odrzuceniu oferty tego wykonawcy.

Na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Prezes UZP przekazał 3 marca 2014 r. {pismem z tej daty, znak: UZP/DKUE/W2/421/41(5)/14/PF(63)} zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpatrując zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej przeprowadzonej przez Prezesa UZP, ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wszczęcie postępowania o udzielenie udzielenia zamówienia publicznego miało miejsce przed wejściem w życie ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U poz. 1271) – do oceny prawidłowości działań Zamawiającego w trakcie postępowania należy brać pod uwagę przepisy ustawy pzp w brzmieniu obowiązującym sprzed wejścia w życie tej ustawy nowelizującej, a według stanu prawnego obowiązującego na dzień wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia.

Następnie Izba stwierdziła, że ponieważ Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń odnośnie drugiego stwierdzonego w informacji o wyniku kontroli naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, ustalenia kontroli Prezesa UZP w tym zakresie stały się ostateczne i nie podlegają opiniowaniu przez Izbę.

Na podstawie przekazanych akt kontroli, Izba stwierdziła, że przywołane powyżej za informacją o wyniku kontroli doraźnej następczej z 17 grudnia 2013 r. okoliczności faktyczne sprawy odpowiadają rzeczywistemu stanowi rzeczy, z pewnym zastrzeżeniem i uzupełnieniem, o którym poniżej.

Izba oceniając zasadność zgłoszonych przez Zamawiającego zastrzeżeń w wyżej określonym zakresie, uznała, z wyjątkami opisanymi poniżej, za prawidłową argumentację Prezesa UZP. W ocenie Izby Zamawiający w zgłoszonych zastrzeżeniach do wyniku kontroli nie przedstawił okoliczności ani argumentów podważających adekwatność stwierdzonego przez Prezesa UZP naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

Izba zważyła, że dla rozstrzygnięcia tej sprawy kluczowe znaczenie ma kwestia, czy oferta została podpisana, a nie to, czy zawierała drugą stronę formularza ofertowego. Zamawiający, co prawda, odrzucił ofertę wykonawcy MAXIMA sp. z o.o. m.in. za to, że *nie zawiera również podpisu osoby uprawnionej do reprezentowania podmiotu w postępowaniu o udzielenie zamówienia*, ale wydaje się, że Zamawiającemu chodziło o brak możliwości identyfikacji, czy podpis znajdujący się na pierwszej stronie formularza został złożony przez osobę uprawnioną do reprezentacji tej spółki. Do takiego wniosku uprawnia treść zgłoszonych przez Zamawiającego zastrzeżeń, w których nie zanegował ani ustaleń faktycznych kontroli, że na pierwszej stronie formularza widnieje nieczytelny podpis (parafa), ani prawnej oceny kontroli, że spełnia on wymogi złożenia własnoręcznego podpisu pod treścią oświadczenia woli. Tymczasem – jak to już wynika z przywołanych w informacji o wyniku kontroli komentarzy i orzeczeń – w doktrynie i judykaturze parafa, czyli odręcznie skreślone inicjały imienia i nazwiska, jest odróżniana od skróconego, przez pominięcie niektórych liter, podpisu. Rozróżnienie to ma istotne znaczenie, gdyż parafie przypisuje się jedynie funkcję znaku potwierdzającego, że dokument został przygotowany do złożenia na nim podpisu, a nie podpisu. W konsekwencji nawet wówczas, gdy parafujący zamiast inicjałów zamieści na dokumencie swój pełny podpis, jego znak zachowa jedynie znaczenie przygotowania dokumentu do złożenia na nim podpisu. O merytorycznym znaczeniu znaku przesądzi bowiem w takim wypadku treść dokumentu. {por. uchwałę 7 sędziów Sądu Najwyższego z 30 grudnia 1993, sygn. akt III CZP 146/93, OSNCP 1994, nr 5, poz. 94, wydanej w sprawie dot. stosowania Prawa wekslowego, jednak ta część rozważań ma walor ogólny} W przypadku tej sprawy, o ile prawdą jest, że na podstawie podpisów zamieszczonych na innych dokumentach oferty (np. na oświadczeniu o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu) z łatwością można stwierdzić od kogo pochodzi znak graficzny zamieszczony na pierwszej stronie formularza oferty, o tyle – wbrew ustaleniom kontroli {zamieszczonym *de facto* wśród rozważań prawnych} nie jest on taki sam jak te podpisy, gdyż jest w stosunku do nich nieco uproszczony. Tym niemniej w ocenie Izby uznanie w okolicznościach tej sprawy, że uprawniony do reprezentacji spółki MAXIMA prezes zarządu uczynił na pierwszej stronie formularza oferty znak graficzny tylko w tym celu, aby dopiero przygotować ten dokument do podpisu przez siebie na ostatniej stronie tego formularza, nie znajduje uzasadnienia. Uzupełniając w tym miejscu ustalenia faktyczne kontroli, zwrócić trzeba uwagę na to, że zgodnie z pkt X.7 lit. b) Zamawiający określił w ramach sposobu przygotowania oferty, że *Wszystkie strony oferty wraz z załącznikami powinny być podpisane przez osobę (osoby) uprawnioną(e) do występowania w imieniu wykonawcy w tym postępowaniu*. W ocenie Izby nie jest to bez znaczenia dla interpretacji celu w jakim został złożony znak graficzny na pierwszej stronie formularza ofertowego.

Ponieważ pochodzi on niewątpliwie od tej samej osoby, która jako upoważniona do reprezentacji spółki MAXIMA podpisała się na innych dokumentach oferty, również pełni funkcję podpisu pod treścią oświadczenia woli, które zostało uwidocznione powyżej, czyli oferty wykonania robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia za określoną cenę.

Wobec powyższej oceny prawnej, *de facto* w skutkach zbieżnej z wnioskami kontroli, a przede wszystkim wobec niezakwestionowania tych ostatnich przez Zamawiającego, drugorzędne znaczenie mają podniesione w zastrzeżeniach okoliczności, których niewzięcia pod uwagę podczas kontroli zarzucił Zamawiający. Co prawda, Prezes UZP w odpowiedzi na zastrzeżenia odniósł się do nich merytorycznie, jednak ponieważ brak oświadczeń zawartych w pkt od 5 do 9 formularza oferty nie został wskazany w zawiadomieniu z 1 lutego 2013 r. {o wyborze oferty} jako przyczyna odrzucenia oferty wykonawcy MAXIMA sp. z o.o., ustalenia kontroli w stosunku do czynności podjętej przez Zamawiającego nie były niekompletne. Tym niemniej Izba podziela ocenę Prezesa UZP, że oświadczenia dotyczące: podwykonawstwa, uzyskania informacji niezbędnych do przygotowania oferty, akceptacji wymagań stawianych wykonawcy, w tym postanowień umowy, zawarcia umowy w miejscu i terminie wyznaczonym przez zamawiającego, zadeklarowania wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zawarte na drugiej stronie oferty były prawnie irrelewantne w okolicznościach tej sprawy. Natomiast o ile Izba nie podziela stanowiska, że oświadczenie o akceptacji terminu związania ofertą ma znaczenie jedynie w przypadku wniesienia wadium, które nie było żądane w tym postępowaniu, o tyle brak ten mógł być bez przeszkód przez Zamawiającego poprawiony w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, do którego to przepisu wprost odsyła w swojej treści art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Izba podziela prezentowany w doktrynie jest pogląd, że w zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp mieści się również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów {por. J. Pieróg w: *Prawo zamówień Publicznych. Komentarz*, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009}. Czyli niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, przy czym chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania wyłącznie co do jej formy, które również zamieszczane są w s.i.w.z. Oświadczenie o terminie związania ofertą należy do istotnych oświadczeń wykonawcy, nawet jeżeli w przypadku ofert składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia jego długość jest wyznaczana przez zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....