

Sygn. akt: KIO 2482/11

## WYROK

z dnia 29 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marzena Teresa Ordysińska**

Protokolant: **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 listopada 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 listopada 2011 r. przez **Odwołującego** – Macieja Wiktora, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Maciej Wiktor Firma Budowlano-Remontowa WM Wiktor, ul. Mała Góra 48A, 33-300 Nowy Sącz, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** – Powiatowa i Miejsko-Gminna Biblioteka Publiczna im. W. Bazieliha w Starym Sączu, ul. Stefana Batorego 25b, 33-340 Stary Sącz

### orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu **unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,**
2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego** - Powiatowa i Miejsko-Gminna Biblioteka Publiczna im. W. Bazieliha w Starym Sączu, ul. Stefana Batorego 25b, 33-340 Stary Sącz
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** – Macieja Wiktora prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Maciej Wiktor Firma Budowlano-Remontowa WM Wiktor, ul. Mała Góra 48A, 33-300 Nowy Sącz, tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Zamawiającego** - Powiatowa i Miejsko-Gminna Biblioteka Publiczna im. W. Bazieliha w Starym Sączu, ul. Stefana Batorego 25b, 33-340 Stary Sącz, na rzecz **Odwołującego** – Macieja Wiktora prowadzącego działalność gospodarczą

pod nazwą: Maciej Wiktor Firma Budowlano-Remontowa WM Wiktor, ul. Mała Góra 48A, 33-300 Nowy Sącz, kwotę **14.247 zł 00 gr** (słownie: czternaście tysięcy dwieście czterdzieści siedem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Nowym Sączu.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

I. Powiatowa i Miejsko-Gminna Biblioteka Publiczna im. W. Bazieliacha w Starym Sączu, ul. Stefana Batorego 25b, 33-340 Stary Sącz (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na „Przebudowę i modernizację istniejącego budynku filii biblioteki w Barcicach”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 13 października 2011 r., poz. 332728 – 2011. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759). Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, a jego wartość oszacowano poniżej tzw. progów unijnych.

W dniu 21 listopada 2011 r. Maciej Wiktor, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Maciej Wiktor Firma Budowlano-Remontowa WM Wiktor, ul. Mała Góra 48A, 33-300 Nowy Sącz (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zakwestionował prawidłowość wykluczenia go z postępowania i zarzucił Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 24 ust. 4 ustawy poprzez wykluczenie oferty Odwołującego w zakresie w/w postępowania pomimo wniesienia i zabezpieczenia złożonej oferty jedną z wymaganych form wadium oraz nie zaistnienia przesłanek obligujących Zamawiającego do wykluczenia Odwołującego;
- 2) naruszenie art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w kontekście kryteriów oceny ofert oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu postawione przez Zamawiającego spośród wszystkich prawidłowo złożonych i niepodlegającej odrzuceniu ofert;
- 3) naruszenie art. 46 ust. 4a i 5 w zw. z art. 45 Prawa zamówień publicznych poprzez bezpodstawne uznanie, że przedłożona przez Odwołującego do oferty Gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium nr GWB/25/11/1959 z dnia 2 listopada 2011 roku jest wadliwa z uwagi na brak jednoznacznej identyfikacji zobowiązanego, a tym samym nie zapewniająca Zamawiającemu zaspokojenia swoich roszczeń w przypadku zaistnienia w odniesieniu do Wykonawcy sytuacji określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy - a tym samym bezpodstawne uznanie, że oferta nie została w prawidłowy sposób zabezpieczona wadium;
- 4) naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez wybór oferty innego wykonawcy, podnosząc jednocześnie, iż powyższe działania i zaniechania Zamawiającego stoją w rażącej sprzeczności z przepisami Prawa zamówień publicznych oraz

naruszają podstawowe zasady w nim wyrażone, a w szczególności zasadę legalizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nikt nie przystąpił.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

W dniu 16 listopada 2011 r. Zamawiający w piśmie z dnia 15 listopada 2011 r. (znak sprawy: P1/2011) poinformował Odwołującego o zakończeniu postępowania i wyborze oferty najkorzystniejszej oraz wykluczeniu go z postępowania. W dniu 16 listopada br. Odwołujący otrzymał zawiadomienie w formie elektronicznej oraz faksem, natomiast w dniu 17 listopada br. pisemnie.

Odnosnie podstawy faktycznej wykluczenia Zamawiający podał, że w postępowaniu wymagał wniesienia wadium na podstawie art. 45 ust. 2 ustawy oraz w formach określonych w art. 45 ust. 6 ustawy, przy czym - odwołując się do treści SIWZ - wskazał, że wymagał, aby treść gwarancji nie ograniczała bezwarunkowości gwarancji, natomiast wszelkie zapisy w treści gwarancji ograniczające Zamawiającemu możliwość otrzymania kwoty wadium, spowodują wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy. Dalej Zamawiający uznał, że wpisanie w gwarancji jako Zobowiązanego „Firmy Budowlano-Remontowej WM Wiktor, ul. Mała Góra 48A, 33-300 Nowy Sącz” sprawia, że przedłożona gwarancja jest wadliwa w uwagi na „brak możliwości jednoznacznej identyfikacji zobowiązanego wskazanego w gwarancji, jako Wykonawcy składającego ofertę w prowadzonym postępowaniu”. Zamawiający odwołał się do przepisów kodeksu cywilnego określających nazwę firmy prowadzonej przez przedsiębiorcę będącego osobą fizyczną. W konsekwencji uznał, że takie określenie Zobowiązanego w dokumencie Gwarancji nie zapewnia mu zaspokojenia swoich roszczeń w przypadku zaistnienia w odniesieniu do Wykonawcy sytuacji określonych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy, a tym samym uznał, że złożona przez Wykonawcę oferta nie została w prawidłowy sposób zabezpieczona wadium.

W ocenie Odwołującego takie stanowisko jest całkowicie pozbawione podstaw faktycznych i prawnych.

Odwołujący nie zgadza się ze stwierdzeniem Zamawiającego, iż jego oferta podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, bowiem oferta w dniu składania posiadała ważne wadium zabezpieczające interesy Zamawiającego. Nie zaistniały żadne przesłanki obligujące Zamawiającego do wykluczenia Odwołującego z postępowania przetargowego.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający na posiedzeniu złożył odpowiedź na odwołanie, w której w całości podtrzymał stanowisko, opisane w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

**II.** Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, w wyniku której nie stwierdzonoby podstaw do wykluczenia Odwołującego – wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia, jako że jego cena była na pierwszym miejscu w rankingu ofert.

Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 16 listopada 2011 r. Zamawiający w piśmie z dnia 15 listopada 2011 r. (znak sprawy: P1/2011) poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, jako podstawę faktyczną swojej decyzji wskazując, iż wpisanie w gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium jako Zobowiązanego „Firma Budowlano-Remontowej WM Wiktor, ul. Mała Góra 48A, 33-300 Nowy Sącz” sprawia, że przedłożona gwarancja jest wadliwa w uwagi na „brak możliwości jednoznacznej identyfikacji zobowiązanego wskazanego w gwarancji, jako Wykonawcy składającego ofertę w prowadzonym postępowaniu”. Zamawiający odwołał się do przepisów kodeksu cywilnego określających nazwę firmy prowadzonej przez przedsiębiorcę będącego osobą fizyczną. W konsekwencji uznał, że takie określenie Zobowiązanego w dokumencie Gwarancji nie zapewnia mu zaspokojenia swoich roszczeń w przypadku zaistnienia w odniesieniu do Wykonawcy sytuacji określonych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy, a tym samym uznał, że złożona przez Wykonawcę oferta nie została w prawidłowy sposób zabezpieczona wadium.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, co do którego Strony były zgodne, jednak przypisywały mu odmienne skutki prawne, Izba stwierdziła, że doszło do nieprawidłowego wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Rzeczywiście, w treści gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium jako nazwę zobowiązanego podano, co następuje: „Firma Budowlano-Remontowa WM Wiktor, ul. Mała

Góra 48A, 33-300 Nowy Sącz", tymczasem, prawidłowa nazwa to „Maciej Wiktor, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Maciej Wiktor Firma Budowlano-Remontowa WM Wiktor”. Strony zgadzały się, że zgodnie z art. 43<sup>4</sup> Kodeksu cywilnego, firmą osoby fizycznej jest jej imię i nazwisko. Nie wyklucza to włączenia do firmy pseudonimu lub określeń wskazujących na przedmiot działalności przedsiębiorcy, miejsce jej prowadzenia oraz innych określeń dowolnie obranych.

W obrocie nie istnieje podmiot o nazwie „Firma Budowlano-Remontowa WM Wiktor”, choć nie można wykluczyć, że Pan Maciej Wiktor, osoba prowadząca działalność gospodarczą, posługuje się taką nazwą – nieprawidłową. Zamawiający nie wykazał, że istnieje jakikolwiek inny podmiot prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Firma Budowlano-Remontowa WM Wiktor”, z miejscem prowadzenia działalności gospodarczej w miejscu zamieszkania Pana Macieja Wiktora. Wobec powyższego, trudno mówić o braku możliwości identyfikacji podmiotu, który złożył gwarancję ubezpieczeniową (gwarancję należało złożyć w osobnej kopercie). W ocenie Izby nie może być wątpliwości, że zobowiązany w treści gwarancji ubezpieczeniowej został oznaczony błędnie – a raczej: nieprawidłowo – bez wskazania imienia i nazwiska osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą, jednak wobec towarzyszących okoliczności (wskazanie w gwarancji niemal pełnej nazwy firmy, z pominięciem imienia i nazwiska, to samo miejsce prowadzenia działalności/miejsce zamieszkania), nie można nie mieć pewności co do tożsamości podmiotu określonego jako „zobowiązany” w treści gwarancji ubezpieczeniowej, a wykonawcą, który złożył ofertę – Panem Maciejem Wiktorem, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Maciej Wiktor Firma Budowlano-Remontowa WM Wiktor.

Taki sam pogląd Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła w analogicznym stanie faktycznym w sprawie sygn. akt KIO 810/11, gdzie również w gwarancji podając nazwę zobowiązanego nie przywołano imienia i nazwiska osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą - „określono jednak część jego nazwy oraz podano adres jego siedziby, a także powołano się na umowę Konsorcjum z dnia 17.01.2011 r., w której wykonawca był stroną” (ten ostatni element odróżniał sprawę KIO 810/11 od przedmiotowego stanu faktycznego, ale jednak nie na tyle, aby zdecydować o innym rozstrzygnięciu). Izba w niniejszym składzie podziela pogląd wyrażony w uzasadnieniu sygn. akt KIO 810/11, gdzie stwierdzono, że przywołane wyżej elementy pozwalają „zidentyfikować podmiot w gwarancji wskazany i nie prowadzi do żadnych wątpliwości, co do okoliczności, których gwarancja dotyczy. Biorąc pod uwagę restrykcyjne regulacje prawne dotyczące prowadzenia działalności ubezpieczeniowej czy zasady współżycia społecznego i zwyczaje handlowe panujące w danej dziedzinie stosunków gospodarczych, w sposób nie budzący wątpliwości można przyjąć, iż PZU S.A. wystawiając przedmiotową gwarancję, w dobrej wierze, której domniemanie należy przyjąć,

zobowiązała się do wypłaty kwoty gwarantowanej na pisemne żądanie określonego beneficjenta gwarancji, w przypadku wystąpienia wskazanych w niej okoliczności niezależnie od własnego błędu w oznaczeniu firmy pod którą osoba fizyczna prowadzi działalność gospodarczą. Tym samym tego typu błąd w gwarancji nie prowadzi w tym przypadku do niemożliwości uzyskania kwoty gwarantowanej przez zamawiającego w sytuacjach w ustawie określonych i nie uzasadnia stwierdzenia braku przedłożenia ważnego wadium przez Konsorcjum Jasło, a tym samym brak podstaw do zastosowania dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych w tym przypadku.” Powyższy wywód ma w ocenie Izby pełne zastosowanie do stanu faktycznego w niniejszej sprawie.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, doszło do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, ponieważ Zamawiając nieprawidłowo wykluczył Odwołującego z postępowania, dlatego orzeczono jak w sentencji.

Uwzględniono uzasadnione koszty Odwołującego – wynagrodzenie pełnomocnika do wysokości 3 600 zł na podstawie rachunku złożonego do akt i koszt przejazdu samochodem osobowym wg wyliczenia na kwotę 647 zł.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:**

.....