

Sygn. akt KIO/UZP 1046/09

**WYROK**  
z dnia 31 sierpnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Członkowie: Jolanta Markowska**  
**Anna Packo**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 sierpnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **DZT Service Sp. z o.o., ul. Wałbrzyska 7A, 58-160 Świebodzice** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Powiat Świdnicki, ul. M. Skłodowskiej-Curie 7, 58-100 Świdnica** protestu z dnia 7 lipca 2009 r.

**orzeka:**

**1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Powiat Świdnicki, ul. M. Skłodowskiej-Curie 7, 58-100 Świdnica i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **DZT Service Sp. z o.o., ul. Wałbrzyska 7A, 58-160 Świebodzice,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Powiat Świdnicki, ul. M. Skłodowskiej-Curie 7, 58-100 Świdnica** na rzecz **DZT Service Sp. z o.o., ul. Wałbrzyska 7A, 58-160 Świebodzice** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **DZT Service Sp. z o.o., ul. Wałbrzyska 7A, 58-160 Świebodzice.**

### **U z a s a d n i e n i e**

Odwołujący – DZT Service sp. z o. o. w Świebodzicach uczestniczący w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na wymianę instalacji centralnego ogrzewania w budynku Zespołu Szkół Ekonomicznych w Świdnicy zarzucił Zamawiającemu – Powiatowi Świdnickiemu naruszenie przepisów

- art. 26 ust. 3 ustawy pzp poprzez niedopuszczalne wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu pomimo wykazania ich spełniania zgodnie z SIWZ,

- art. 7 ust. 1 ustawy, prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w szczególności w zw. z art. 43<sup>7</sup> i art. 43<sup>9</sup> § 1 kodeksu cywilnego,

- art. 92 ust. 1 pkt 1 pzp w zw. z art. 43<sup>4</sup> kc oraz art. 43<sup>5</sup> poprzez zawiadomienie o wyborze oferenta bez właściwego, umożliwiającego identyfikację, wskazania firmy wybranego wykonawcy.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu złożył dnia 29.06.2009 r. Ofertę. Do oferty załączył dwa odpisy z KRS, z których wynikało, iż została zmieniona nazwa spółki z Fortum DZT Service sp. z o. o. na DZT Service sp. z o. o. Załączył również zaświadczenie Urzędu Skarbowego oraz Oddziału ZUS o nie zaleganiu z zapłatą należności publicznoprawnych.

Dnia 30.06.2009 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, poprzez załączenie zaświadczeń adresowanych na DZT Service sp. z o. o. Kolejne stosowne zaświadczenia datowane na dzień 1 lipca 2009 r. zostały złożone w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie.

Dnia 6.07.2009 r. Odwołujący został poinformowany o wykluczeniu go z postępowania i odrzuceniu jego oferty oraz zatrzymaniu wadium. Protest na powyższe czynności został oddalony. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia Zamawiający wskazał, że przedłożone przez Odwołującego zaświadczenia dotyczyły „(...) nieistniejącej spółki oraz innej niż spółka, która złożyła ofertę”. Odwołujący zakwestionował takie stanowisko jako nielogiczne oraz jako wadliwe prawnie z uwagi na brak rozróżnienia pomiędzy firmą spółki a przedsiębiorstwem spółki.

Odwołujący stwierdził, że oprotestowane czynności Zamawiającego wskazują na nie dołożenie należytej staranności przy analizowaniu dokumentów rejestrowych. Wskazał na niedopuszczalność dyskryminacji podmiotów, które tuż przed lub w czasie składania ofert zmieniły lub byłyby w trakcie zmiany nazwy/firmy, poprzez narzucenie im obowiązku aktualizacji wszelkich dokumentów pod rygorem wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazał przy tym, że jakiegokolwiek zmiany w składzie siedziby, nazwy etc. Nie wpływają na treść stosunków prawnych, których stroną jest dane przedsiębiorstwo, a ich („prawnie wiążące faktograficzne”) odzwierciedlenie stanowią dane dostępne w Krajowym Rejestrze Sądowym.

Odwołujący stwierdził, że z załączonego do oferty oświadczenia zarządu Spółki oraz z odpisów KRS obejmujących poprzednią i aktualną nazwę firmy Odwołującego oraz zaświadczeń o nie zaleganiu, wynikało niezbicie, że DZT Service sp. z o. o. oraz Fortum DZT Service sp. z o. o. to jeden i ten sam podmiot gospodarczy, a świadczy o tym

- ten sam numer KRS 0000107026

- ten sam numer NIP (8840007698) dz. 1 rubryka 1 pkt 2 odpisu z KRS

- ten sam numer statystyczny REGON (890013157) dz. 1 rubryka 1 pkt 2 odpisu z KRS.

Odwołujący wskazał, że z załączonych do oferty zaświadczeń wynika, iż dotyczyły one jednego podmiotu gospodarczego posługującego się numerem NIP i REGON, jaki jest ujęty w obydwu odpisach z KRS. Odwołał się do przepisów art. 43<sup>7</sup>, art. 43<sup>9</sup> § 1 i art. 55<sup>1</sup> kc, które podkreślają funkcjonalne znaczenie „firmy” w stosunku do zdolności prawnej danego podmiotu. Wskazał dodatkowo dla spółek z o.o. na art. 157 § 1 pkt 1, art. 166 § 1 pkt 1 oraz art. 168 kodeksu spółek handlowych.

Na podstawie powyższego odwołujący stwierdził, że żądania Zamawiającego były bezzasadne, gdyż zmiany w nazwie spółki były udokumentowane odpisami z KRS, a analiza

danych identyfikacyjnych zawartych w zaświadczeniach i odpisie z KRS wskazuje, iż dotyczą tego samego przedsiębiorstwa.

Ponadto Odwołujący wskazał, że Zamawiający w zawiadomieniu o wyborze oferty nie podał nazwy (firmy) wykonawcy poprzez brak wskazania elementów nazwy i określenia formy prawnej, co wynika z obowiązujących przepisów kodeksu cywilnego.

Wskazując zarzuty Odwołujący wniósł o:

unieważnienie czynności wyboru oferty, uchylenie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, uchylenie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i zatrzymania wadium, powtórzenie czynności oceny i wyboru ofert, poinformowanie o wyborze najkorzystniejszej oferty z podaniem danych umożliwiających identyfikację oferenta.

Zamawiający odnosząc się do zarzutów stwierdził, co następuje:

1/ wykonawca został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, gdyż złożone na wezwanie zaświadczenie naczelnika US potwierdza nie zaleganie w podatkach na dzień 1.07.2009 r., a zaświadczenie z oddziału ZUS potwierdza nie posiadanie zaległości w opłacaniu składek na dzień 1.07.2009 r.. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy dokumenty muszą potwierdzać spełnianie wymaganych warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. tj. 29.06.2009 r.

Zamawiający zaznaczył, że do oferty dołączono zaświadczenie z Urzędu Skarbowego z dnia 20.05.2009 r. i ZUS-u z dnia 22.05.2009 r. wystawione na firmę Fortum DZT Service sp. z o. o., a zgodnie z oświadczeniem na str. 34 oferty, z dniem 18.03.2009 r. została dokonana zmiana nazwy spółki na DZT Service sp. z o. o.

W związku z tym Zamawiający stwierdził, że załączone do oferty zaświadczenia wystawione zostały dla nieistniejącej spółki oraz innej, niż spółka, która złożyła ofertę, co spowodowało wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów;

2/ Zamawiający powołał przepis art. 24 ust. 4 ustawy wskazując, że ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą;

3/ Odwołujący stwierdził, że niezasadne jest powtórzenie czynności oceny i wyboru oferty, gdyż w postępowaniu dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej zawierającej najniższą cenę;

4/ Zamawiający wskazał, że poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy w piśmie z dnia 8.07.2009 r. zn. ZP.342-80/09.

Ponadto Zamawiający stwierdził, że wadium wykonawcy nie zostanie zatrzymane, gdyż na wezwanie Zamawiającego, wykonawca uzupełnił dokumenty.

Wskazując na powyższe wniósł o oddalenie odwołania.

**Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron oraz uwzględniając dokumentację postępowania ustaliła, i zważyła, co następuje.**

Oceniając kwestię, czy Odwołujący ma interes prawny w rozumieniu art. 179 ustawy Pzp we wnoszeniu protestu i odwołania, mimo iż nawet w razie przywrócenia go do postępowania, jego oferta nie byłaby najkorzystniejszą, należy wskazać, że w razie zajścia sytuacji przewidzianej w art. 94 ust. 2 ustawy Pzp, tj. w razie uchylenia się od zawarcia umowy przez wykonawcę, którego oferta została wybrana, ofertą najkorzystniejszą staje się oferta kolejna i z wykonawcą, który ją złożył, Zamawiający może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego. Zakładając taką ewentualność, przy jednoczesnym stwierdzeniu, że przy cenie będącej jedynym kryterium oceny ofert, Odwołujący złożył drugą z kolei ofertę, skład orzekający uznaje, że wykonawca ten ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej w celu stwierdzenia, że jest uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nawet, jeżeli nie kwestionuje czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Oceniając zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy pzp poprzez wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu pomimo wykazania ich spełniania zgodnie z SIWZ oraz - art. 7 ust. 1 ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, skład orzekający uznaje, że zaświadczenia dotyczące nie zalegania w płatności zobowiązań publicznoprawnych złożone przez Odwołującego dotyczą tego podmiotu pomimo, iż nazwa – firma spółki została w nich podana w brzmieniu sprzed dokonania zmiany nazwy przez spółkę Odwołującego. O tożsamości podmiotu mimo użycia odmiennej nazwy przesądza w ocenie Izby fakt, iż podmiot ten mimo użycia różnych nazw funkcjonował niezmiennie figuruje pod tym samym numerem wpisu w Krajowym Rejestrze Sądowym, pod tym samym numerem rejestru podmiotów gospodarczych w systemie REGON, oraz jest tym samym podatnikiem posługującym się niezmiennym numerem identyfikacji podatkowej.

Przedłożone zaświadczenia mogły budzić wątpliwości Zamawiającego, te jednak w ocenie Izby zostały wyjaśnione najpóźniej w dniu złożenia protestu przez Odwołującego i w ocenie Izby wyjaśnienia te powinny być uwzględnione w toku rozstrzygnięcia protestu.

Należy ponadto zauważyć, że w złożonej ofercie Odwołujący zawiadomił o zmianie nazwy złożonym oświadczeniem zawartym w zał. Nr 34 do oferty. W piśmie datowanym dnia 26.06.2009 r. prezes zarządu DZT Service sp. z o.o. oświadczył, że z dniem 18 marca 2009 r. Sąd Rejonowy dla Wrocławia – Fabryczna, IX Wydział Gospodarczy KRS dokonał zmiany nazwy firmy, pod którą spółka działa z: Fortum DZT Service sp. z o. o. na: DZT Service sp. z o. o. W oświadczeniu stwierdzono, że w związku z powyższym część dokumentów

zawartych w ofercie przywołuje w swojej treści nazwę firmy sprzed jej zmiany dokonanej w dniu 18.03.2009 r. Załączono również odpis KRS wg stanu na dzień 5.11.2008 r. wskazującą na poprzednią firmę spółki: Fortum DZT Service sp. z o. o.

Izba stwierdza, że jakkolwiek to nie sąd dokonuje zmiany nazwy spółki, oświadczenie powinno było spowodować większą staranność przy analizie złożonych z ofertą dokumentów. Z drugiej strony wypada również wskazać na nie zachowanie staranności po stronie wykonawcy, który ubiegał się o wydanie zaświadczeń dla przedsiębiorcy o nazwie, która jak sam to potwierdza, już nie istnieje.

Oceniając powyższe okoliczności Izba stwierdza po przeanalizowaniu dokumentacji sprawy, że wykluczenie Odwołującego z postępowania, jak również wcześniejsze wezwanie go do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, było nieuzasadnione. W świetle dokonanej oceny, orzeczono w tym zakresie, jak w sentencji.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 1 pzp w zw. z art. 43<sup>4</sup> kc oraz art. 43<sup>5</sup> kc poprzez zawiadomienie o wyborze oferenta bez właściwego, umożliwiającego identyfikację, wskazania firmy wybranego wykonawcy stwierdzono, że w zawiadomieniu o wyborze oferty zawartym w piśmie z 6.07.2009 r. wskazał wybranego wykonawcę podając następującą nazwę i adres: „TECHNIX, ul. Wolska 4, 58-573 Piechowice”. Powyższa nazwa i adres została również użyta w protokole postępowania (Druk ZP-2). Stwierdzono ponadto, że w zawiadomieniu o wyborze oferty, oznaczając kilku innych przedsiębiorców Zamawiający nie wskazał ich firmy zgodnie z powołanym przepisem kodeksu cywilnego, lecz pomijając imię i nazwisko użył części nazw, tak jak: Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „Paulan”, DEMAR, Hydrotechnika, P.P.H.U. BOWIP oraz wskazany wcześniej Technix.

Jednocześnie ustalono, że w zbiorczym zestawieniu ofert podano nazwę przedsiębiorcy działającego pod firmą TECHNIX Olgierd Gnyp tj. spełniającą wymogi art. 43.<sup>4</sup> kc, zgodnie z którym firmą osoby fizycznej jest jej imię i nazwisko, a jednocześnie dopuszczającym włączenie do firmy dodatkowych określeń. Pełnymi nazwami zostali również oznaczeni pozostali wykonawcy, którzy złożyli oferty.

Wskazana wyżej wada w oznaczeniu przedsiębiorców nie jest jednak w ocenie składu orzekającego wadą uniemożliwiającą identyfikację wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu. Takie skrócone oznaczenie, jakkolwiek nieprawidłowe, nie może być uznane za czynność wadliwą mającą wpływ na ocenę zgodności z prawem działań Zamawiającego. Zdaniem Izby działanie Zamawiającego w omawianym zakresie można ocenić jako przejaw niestaranności, lecz bez znaczenia prawnego. Waga tej niestaranności jest zdaniem składu porównywalna lub równorzędna wskazaniu oznaczenia – firmy

Odwołującego w złożonych wraz z ofertą dokumentach w brzmieniu, w jakim już nie funkcjonuje on w obrocie gospodarczym, wobec uprzedniej zmiany nazwy.

W konsekwencji nie stwierdzono, by zawiadomienie przez Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty naruszało przepis art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż oznaczenie wybranego wykonawcy umożliwiło jego identyfikację.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Świdnicy**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....