

WYROK
z dnia 13 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 lipca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **EL-SAN-BUD s.c. A. Jaskuła i Wspólnicy – Adam Jaskuła i Ewa Jaskuła, ul. Fabryczna 27-29, 55-220 Jelcz-Laskowice** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Lewin Brzeski** reprezentowana przez **Burmistrz Lewina Brzeskiego, ul. Rynek 1, 49-340 Lewin Brzeski.**

przy udziale **WODGAZ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Partyzancka 54 a, 45-802 Opole** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie, nakazuje unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, odrzucenia jego oferty oraz nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazuje ponowne badanie, ocenę ofert oraz wybór oferty najkorzystniejszej**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Lewin Brzeski reprezentowaną przez Burmistrza Lewina Brzeskiego, ul. Rynek 1, 49-340 Lewin Brzeski.**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **EL-SAN-BUD s.c. A. Jaskuła i Wspólnicy – Adam Jaskuła i Ewa Jaskuła, ul. Fabryczna 27-29, 55-220 Jelcz-Laskowice;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) przez **Gminę Lewin Brzeski reprezentowaną przez Burmistrza Lewina Brzeskiego, ul. Rynek 1, 49-340 Lewin Brzeski** na rzecz **EL-SAN-BUD s.c. A. Jaskuła i Wspólnicy – Adam Jaskuła i Ewa Jaskuła, ul. Fabryczna 27-29, 55-220 Jelcz-Laskowice** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 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 Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Opolu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Odwołującym jest spółka: EI-SAN-BUD s.c. A. Jaksuła i Wspólnicy – Adam Jaskuła i Ewa Jaskuła; ul. Fabryczna 27-29; 55-220 Jelcz-Laskowice.

Zamawiającym jest: Gmina Lewin Brzeski reprezentowana przez Burmistrza Lewina Brzeskiego; ul. Rynek 1, 49-340 Lewin Brzeski.

Przystępującym do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego jest: spółka WODGAZ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Partyzancka 54 a; 45-802 Opole.

Przedmiotem zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego jest: „Budowa kanalizacji sanitarnej wsi Kantorowice, Buszyce, Nowa Wieś Mała i Leśniczówka wraz z tranzytem ścieków do oczyszczalni ścieków w Lewinie Brzeskim - etap I - Kantorowice pk-3 i pk-4 Nowa Wieś Mała”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod poz. 123640 w dniu 05.05.2010 r.

Zamówienie ma Nr Referencyjny: B-T-341-12/2010.

Pismem z dnia 25.06.2010 r. na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. 2010r. Nr 133, poz. 759) zwanej dalej “ustawą” Odwołujący w dniu 28.06.2010r. wniósł odwołanie od następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

1. W zakresie badania ofert - od bezzasadnego przyjęcia, że Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania.
2. Zaniechania przez Zamawiającego czynności wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych Odwołującego do wyjaśnienia wszelkich wątpliwych dla Zamawiającego kwestii związanych z określeniem Odwołującego jako podmiotu udzielającego gwarancji ubezpieczeniowej, tym bardziej, że w toku poprzedniego postępowania dotyczącego oceny i wyboru ofert okoliczność ta nigdy nie była kwestionowana przez Zamawiającego, a ponadto żadnych wątpliwości zarówno w poprzednim, jak i obecnym postępowaniu nie budziło oznaczenie Odwołującego jako EI-SAN-BUD s.c. A. Jaksuła i Wspólnicy, ul. Fabryczna 27-29, 55-220 Jelcz-Laskowice.
3. W zakresie oceny ofert - od bezzasadnego przyjęcia, że oferta Odwołującego nie podlega punktacji (ocenie) ofert.

4. W wyniku powyższego dokonanie wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza w tym postępowaniu.

Zaskarżając powyższe czynności i zaniechanie Zamawiającego, Odwołujący zarzuca, iż Zamawiający naruszył następujące przepisy:

- art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy przez jego błędne zastosowanie, a mianowicie przez wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo iż brak było ku temu jakichkolwiek przesłanek, gdyż Zamawiający nieprawidłowo przyjął, iż Odwołujący, wskutek rzekomo nieprawidłowo wniesionej gwarancji ubezpieczeniowej w ogóle nie wniósł wadium,
- art. 91 ust. 1 ustawy przez wybranie oferty, która de facto nie jest najkorzystniejsza.
- art. 7 ust 1 ustawy przez naruszenie zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania. Odwołujący został bezpodstawnie wykluczony z postępowania, jego oferta nie była w ogóle rozpatrywana i została niesłusznie odrzucona, a w efekcie za najkorzystniejszą zastała uznana oferta nie spełniająca odpowiednich wymogów. Ponadto Zamawiający w poprzednim postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty - pomimo jednakowych, nie zmienionych zapisów w treści gwarancji ubezpieczeniowej i aneksu do gwarancji - nie zakwestionował ważności wniesionego wadium i ważności gwarancji wadialnej na wcześniejszym etapie postępowania.

Jednocześnie w toku całego postępowania Zamawiający określał Odwołującego tylko i wyłącznie jako: El-San-Bud s.c. A. Jaksuła i Wspólnicy, ul. Fabryczna 27-29, 55-220 Jelcz-Laskowice, akceptował wszelkie złożone i wystawiane w ten sposób dokumenty i oświadczenia.

Niezależnie od powyższego wyłącznie z ostrożności Odwołujący wskazał, iż nawet gdyby przyjąć że Zamawiający mógł mieć wątpliwości co do oznaczenia nazwy Odwołującego, to na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy mógł zwrócić się w każdym czasie do Odwołującego o wyjaśnienie wątpliwych dla Zamawiającego kwestii związanych z oznaczeniem Odwołującego czy udzieloną gwarancją ubezpieczeniową.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o:

- unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego, oraz unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej a także powtórzenie czynności badania ofert - w następstwie której ponownie ocenie zostanie poddana oferta Odwołującego, jako że nie zachodzą przesłanki do jego wykluczenia,
- powtórzenie czynności oceny (punktacji ofert) - tj. przeprowadzenie tej czynności w odniesieniu do wszystkich ważnych ofert, w tym oferty Odwołującego oraz wybór oferty najkorzystniejszej,
- równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie publiczne w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący podnosi, iż wskazane wyżej czynności Zamawiającego naruszają jego interes prawny, bowiem gdyby Zamawiający nie naruszył wskazanych przepisów ustawy, oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza.

W uzasadnieniu odwołania w szczególności podniesiono.

W piśmie z dnia 23.06.2010r. stanowiącym zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający wskazał, iż Odwołujący na podstawie art 24 ust 2 ustawy ustawy zostaje wykluczony z postępowania, z uwagi na okoliczność, że wadium wniesione przez Odwołującego zostało wystawione na przedsiębiorcę, który nieprawidłowo oznaczył swoje przedsiębiorstwo. Bowiem spółki cywilnej nie można uznać za samodzielny wykonawcę w rozumieniu art.2 pkt 11 ustawy, ponieważ nie posiada zdolności prawnej.

W związku z powyższym gwarancja została złożona przez podmiot nieuprawniony i nie zabezpiecza oferty na okres związania ofertą, co oznacza nie wniesienie wadium do postępowania.

Przedmiotowe postępowanie o wyborze oferty zostało przeprowadzone przez Zamawiającego po powtórzeniu czynności badania i oceny złożonych ofert.

Zamawiający sam złożył oświadczenie o uznaniu odwołania i na tej podstawie Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający ponownie nie dokonał oceny oferty Odwołującego, wykluczając go z postępowania.

W przedmiotowym postępowaniu podstawowe znaczenie na kwestia oceny ważności wadium wniesionego przez Odwołującego w formie gwarancji ubezpieczeniowej.

Zamawiający bezzasadnie uznał, iż wadium zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, a nie przez Odwołującego.

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego w treści złożonego przez Odwołującego dokumentu ubezpieczeniowej gwarancji przedmiotowego przetargu z dnia 19.05.2010 r. oraz aneksu do

niej z dnia 18.06.2010 r., przedłużającego okres gwarancji do dnia 05.07.2010 r. w wystarczająco precyzyjny sposób określono przedmiot i warunki gwarancji oraz określono Wykonawcę - wskazując przy tym nazwisko obu wspólników - określając go (po uprzednim zweryfikowaniu tych danych przez firmę WARTA TUIR S.A. na podstawie okazanych dokumentów zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej oraz zaświadczeń o nadaniu nr NIP i REGON) jako: „El-San-Bud s.c. A. Jaskuła i Wspólnicy z siedzibą 55-221 Jelcz-Laskowice, ul. Fabryczna 27-29, REGON: 931878093”.

Odwołujący prowadzi działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej, co w prawidłowy i wyczerpujący sposób udokumentował wobec Zamawiającego w toku poprzedniego i niniejszego postępowania, przedkładając szereg zaświadczeń (w tym o wpisach do ewidencji działalności gospodarczej wspólników: Ewy Jaskuły i Adama Jaskuły, o nadaniu nr NIP i REGON), a ponadto wspólnicy złożyli szereg oświadczeń, w tym o spełnieniu wszelkich niezbędnych warunków umożliwiających uczestniczenie w przetargu. Wskazać bowiem trzeba, że nazwa Odwołującego ma znaczenie nie tylko porządkowe i informacyjne ale także a nawet przede wszystkim pełni funkcję identyfikacyjną pozwalając tej jednostce samodzielnie występować w obrocie prawnym we własnym imieniu i na własny rachunek. Odwołujący, określenia identycznego z zawartym w w/w gwarancji używał powszechnie przez wiele lat - bez jakichkolwiek zastrzeżeń ze strony innych podmiotów, w tym urzędów - w toku prowadzonej działalności gospodarczej, w tym również uczestnicząc w innych przetargach. Co więcej, takie oznaczenie Odwołującego zawarte jest również w dokumentach urzędowych.

Od chwili złożenia oferty przez Odwołującego jedynymi wspólnikami w spółce cywilnej „El-San-Bud” są Adam Jaskuła oraz jego córka Ewa Jaskuła.

Okoliczność ta jest całkowicie bezsporna i jest potwierdzona w/w dokumentami, którymi dysponuje od początku postępowania Zamawiający. Już z samych zaświadczeń o wpisach do ewidencji działalności gospodarczej wspólników wynika, iż prowadzą oni działalność gospodarczą pod nazwą „El-San-Bud” z siedzibą w Jelczu-Laskowicach przy ul. Fabrycznej 27-29. Na obu tych zaświadczeniach określona jest w jednakowy sposób PKD, a co istotne - na 2 stronach zaświadczeń organ wyraźnie wskazuje, iż osoby te są „udziałowcami s.c. El-San-Bud” (w przypadku Adama Jaskuły - „od 27.04.1999 r.”, a w przypadku Ewy Jaskuły - „od 20.10.2008 r.”).

W kolejnym, znajdującym się w posiadaniu Zamawiającego, zaświadczeniu o nadaniu numeru identyfikacyjnego REGON organ potwierdza, iż jednostka organizacyjna nie mająca osobowości prawnej, działająca jako spółka cywilna o nazwie: El-San-Bud s.c. Adam Jaskuła i Wspólnicy” z siedzibą w Jelczu-Laskowicach przy ul. Fabrycznej 27-29 otrzymała nr REGON: 931878093”.

Podobnie w potwierdzeniach nadania nr NIP Urząd Skarbowy wskazał, że sama spółka cywilna El-San-Bud Adam Jaskuła i Wspólnicy otrzymuje jako podatnik VAT UE osobny nr NIP 912167133, gdyż pomimo braku podmiotowości prawnej w przypadku spółek cywilnych nadal podlegają one obowiązkowi ewidencyjnemu dla celów podatkowych, z uwagi na przyznanie im statusu podatnika np. w podatku od towarów i usług. W związku z powyższym spółce cywilnej - tak jak ma to również miejsce w przypadku Odwołującego - przysługuje jeden numer identyfikacji podatkowej NIP, niezależnie od nr NIP nadanych poszczególnym wspólnikom.

Należy podkreślić, iż w/w nr REGON 931878093 oraz nr NIP 9121671330 Odwołujący posługiwał się w toku całego postępowania. Nie ulega wątpliwości, iż potwierdzone w/w złożonymi zaświadczeniami oznaczenia nr NIP i REGON są oznaczeniami pozwalającymi na dokładne, nie budzące absolutnie żadnych wątpliwości określenie i pewne zidentyfikowanie każdego oznaczonego nimi podmiotu, w tym również Odwołującego.

Również analiza danych zawartych w powszechnie dostępnej bazie przedsiębiorców REGON daje jednoznaczne dane, analogiczne do zawartych w zawiadomieniu o nr REGON (nr REGON: 931878093, nr NIP: 9121671330, nazwa: El-San-Bud s.c. Adam Jaskuła i Wspólnicy, siedziba: Jelcz-Laskowice 55-220, ul. Fabryczna 27-29, wskazanie szczególnej formy prawnej: spółka cywilna).

Dowód: - dokumentacja znajdująca się w aktach postępowania, - wydruk z bazy REGON.

W związku z powyższym bezpodstawny jest zarzut Zamawiającego - uczyniony jako podstawa wykluczenia Odwołującego - polegający na błędnym przyjęciu, iż gwarancja nie zabezpiecza oferty na okres związania ofertą gdyż została wniesiona przez pomiot nieuprawniony.

Mając na względzie poczynione wyżej uwagi należy stwierdzić, iż nie ma bowiem podstaw do stwierdzenia, iż potencjalnie Zamawiający nie mógłby zaspokoić się z gwarancji z uwagi na nieumieszczenie jedynie w tekście gwarancji imienia drugiej wspólniczki spółki cywilnej - Ewy Jaskuły.

Jest bowiem oczywiste, iż dysponując w/w dokumentami i danymi, w sytuacji gdyby doszło do sytuacji o opisanych w art. 46 ust. 4a, art. 46 ust. 5 Prawa zamówień publicznych a dotyczących zatrzymania wadium, stanowiącego zabezpieczenie oferty, Zamawiający nie miałby w praktyce problemów związanych z zaspokojeniem się z gwarancji. Okoliczność tę potwierdza dodatkowo gwarant w piśmie z dnia 25.06.2010 r., wskazując, iż potwierdza odpowiedzialność wynikającą z przedmiotowej gwarancji udzielonej za wspólników w/w spółki cywilnej - Adama Jaskuły i Ewy Jaskuły, niezależnie od oznaczenia Wykonawcy użytego w dokumencie gwarancji i aneksie. Jak już wskazano Gwarant zweryfikował prawdziwość danych podawanych przez Odwołującego na podstawie okazanych mu w/w dokumentów urzędowych.

Dowód: pismo gwaranta z dnia 25.06.2010 r.

Reasumując Odwołujący spełnił wszystkie wymagania wynikające z ustawy dotyczące wadium, tj. nie tylko należycie zabezpieczył ofertę co do wszystkich zobowiązań, w odpowiedniej formie, odpowiednim czasie ale również oznaczył Wykonawcę w sposób w pełni umożliwiający zaspokojenie ewentualnych roszczeń Zamawiającego. Brak jest zatem podstaw do uznania, że w toku postępowania Odwołujący nie wniósł wadium. Zamawiający miał pełną, potwierdzoną wieloma urzędowymi dokumentami, wiedzę na temat tego jakie osoby są współnikami w spółce cywilnej Odwołującego, tym bardziej, że w nazwie spółki widnieje wspólne dla obojga współników nazwisko Jaskuła.. Z całą pewnością Zamawiający może ustalić, iż na dany, konkretny dzień współnikami w spółce cywilnej Odwołującego byli i są - wskazany w nazwie spółki Adam Jaskuła oraz jego córka Ewa Jaskuła.

W tym stanie rzeczy Zamawiający całkowicie bezpodstawnie wykluczył Odwołującego z postępowania.

Nie ulega bowiem wątpliwości, iż ze wszystkich oferentów to Odwołujący zaproponował najniższą cenę.

W wyniku błędnej decyzji Zamawiającego Odwołujący został bezpodstawnie wykluczony z postępowania, jego oferta nie była w ogóle rozpatrywana i została niesłusznie odrzucona, a w efekcie za najkorzystniejszą została uznana oferta nie spełniająca odpowiednich wymogów. Ponadto szczególnie istotne i znamienne, że Zamawiający w poprzednim postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty - pomimo jednakowych, nie zmienionych danych identyfikujących Wykonawcę w treści gwarancji ubezpieczeniowej i aneksu do gwarancji - nie zakwestionował ważności wniesionego wadium i ważności gwarancji wadialnej na wcześniejszym etapie postępowania.

Dopiero na etapie, gdy pierwsze postępowanie zostało umorzone. Zamawiający dla uzasadnienia podstaw do kolejnego wyeliminowania Odwołującego z przetargu „nagle” stwierdził, iż oznaczenie Odwołującego w gwarancji jest nieprawidłowe.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Pismem z dnia 29.06.2010 r., wniesionym w dniu 30.06.2010r. Przystępujący po stronie Zamawiającego wniósł

o odrzucenie odwołania na podstawie artykułu 189 ustęp 2 punkt 2 ustawy, a przypadku nie uwzględnienia wniosku o odrzucenie odwołania-

o jego oddalenie z uwagi na naruszenie przez Wykonawcę przepisu art. 41 pkt 8, 45 ust. 6 pkt 4 w związku z art. 141 ustawy, nie skutkujące możliwością uzupełnienia, a tym samym

przedstawienia gwarancji ubezpieczeniowej nie odpowiadającej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i braku zabezpieczenia wykonania umowy;

rozstrzygnięcie o kosztach postępowania zgodnie z art.186 ust. 6 pkt 3 ustawy.

Zgodnie z zawiadomieniem z dnia 28 czerwca 2010 roku oferta Przystępującej do odwołania po stronie Zamawiającego spółki WODGAZ Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością uznana została za najkorzystniejszą, uzyskując 100 punktów.

Przesłanki uzasadniające odrzucenie odwołania wniesionego przez El-San - Bud s.c A. Jaskuła i wspólnicy

Przystępująca do odwołania i zgłaszająca sprzeciw Spółka podnosi, że Odwołujący się, którego ofertę odrzucono niezależnie od wskazanych przez Zamawiającego przyczyn odrzucenia jego oferty - winien był w sposób prawidłowy oznaczyć swoje przedsiębiorstwo. Zgodnie z artykułem 33 kc „osobami prawnymi są Skarb Państwa i jednostki organizacyjne ,którym przepisy szczególne przyznają osobowość prawną „ W odniesieniu do spółek cywilnych - a w takiej formie prawnej działa odwołujący się - brak jest przepisu stwierdzającego, iż mają one osobowość prawną. Kolejny przepis artykułu, 43ze zn.4 kc stanowi zaś, że „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.

Oznacza to zdaniem WODGAZ Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, iż wnoszący odwołanie Wykonawca, którego oferty Zamawiający nie wybrał w sposób nieprawidłowy oznaczył przedsiębiorców (wykonawców i wspólników spółki cywilnej t.j Adama i Ewę Jaskuła ewentualnie innych wspólników z umowy spółki cywilnej), albowiem nie wymienił z imienia i nazwiska oraz adresu wszystkich wspólników spółki cywilnej.

Potwierdzeniem stanowiska przystępującej do odwołania jest m. in. postanowienie Sadu Najwyższego z dnia 13 lutego 1995 roku w sprawie II CRN 157/94 i teza, „ iż spółka cywilna osób fizycznych nie może być także w sprawie gospodarczej pod nazwą prowadzonego przedsiębiorstwa, lecz jej oznaczenie powinno polegać na wskazaniu imion i nazwisk wszystkich wspólników oraz ich adresów." Niezgodność powyższą odnieść również należy do statusu odwołującego się wykonawcy jako przedsiębiorcy w rozumieniu przepisów prawa publicznego po dniu 1 stycznia 2001 roku, albowiem od tej daty przedsiębiorcami są wyłącznie: osoby fizyczne, osoby prawne, spółki prawa handlowego nie mające osobowości prawnej. Obowiązujące prawo działalności gospodarczej za przedsiębiorców uznaje wspólników spółki cywilnej (art. 4. 1. Przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną - wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą.

Za przedsiębiorców uznaje się także wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej" - ustawa z dnia 2 lipca 2004 roku o swobodzie działalności gospodarczej. Również obowiązujące Prawo Zamówień Publicznych - co pominął w dotychczasowych działaniach Wykonawca - w definicji wykonawcy wskazanej artykułem 2 punkt 11 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku przesądza o tym, że przez wykonawcę „ należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego".

Zdaniem Przystępującej do odwołania po stronie Zamawiającego spółki odwołanie wykonawcy EL - SAN - BUD s.c A. Jaskuła i wspólnicy zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony , a jako takie na podstawie artykułu 189 ust. 2 pkt 2 ustawy winno być odrzucone. Zgodnie z postanowieniem KIO z dnia 22 lutego 2008 roku w sprawie KIO/UZP 101/08 (LEX nr 374405)-"Skoro odwołujący nie wykazał, że przedsiębiorca, który w jego imieniu wniósł odwołanie, jest uprawniony do dokonywania czynności prawnych w postępowaniu odwoławczym przed KIO ze skutkiem prawnym dla odwołującego, to nie jest tym samym uprawniony do wniesienia odwołania". Braku powyższego zdaniem WODGAZ Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością nie mogą konwalidować podpisy dwóch wspólników spółki w treści oferty i innych dokumentów przetargowych , a także odwołań albowiem nie dowodzą one prawidłowej reprezentacji wspólników nie istniejącego podmiotu. Stanowisko WODGAZ Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz materialną podstawę odrzucenia odwołania wykonawcy oznaczającego się EL - SAN - BUD s.c Adam Jaskuła i wspólnicy uzasadniają m.in. wskazane orzeczenia sądów VI SA/Wa 889/06 wyrok WSA 2006.09.05 w Warszawie LEX nr 255747

W przypadku osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą firma, pod nazwą której prowadzona jest działalność gospodarcza, nie jest podmiotem praw i obowiązków i dlatego też decyzję należy kierować do osoby fizycznej podając jej nazwisko i imiona, a następnie nazwę firmy, pod którą działalność jest wykonywana.

VI SA/Wa 538/07 wyrok WSA 2007.06.01 w Warszawie LEX nr 355075

Gdyby nazwa firmy wpisana do ewidencji brzmiała: "A." Jan Iksiński, wówczas wskazanie jako adresata decyzji pełnej nazwy firmy, tj. "A." Jan Iksiński, świadczyłoby o wadliwości decyzji w stopniu uzasadniającym jej uchylenie, ponieważ decyzja byłaby skierowana do podmiotu nieposiadającego zdolności prawnej.

WODGAZ Spółka z o.o. w opisanym wyżej zakresie w pełni podziela pogląd wyrażony w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 5 września 2006 roku w sprawie VI SA /WA 889/06 oraz tezę tegoż orzeczenia ,że „W przypadku osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą firma, pod nazwą której prowadzona jest działalność

gospodarcza, nie jest podmiotem praw i obowiązków i dlatego też decyzję należy kierować do osoby fizycznej podając jej nazwisko i imiona, a następnie nazwę firmy, pod którą działalność jest wykonywana. LEX nr 255747

Przenosząc powyższe orzeczenia na grunt Prawa Zamówień Publicznych WODGAZ Spółka z o.o. (pomimo odrębności i autonomii tegoż postępowania twierdzi, że w oparciu o artykuł 189 ust. 2 pkt 2 ustawy odwołanie EL SAN BUD s.c Adam Jaskuła i wspólnicy winno być odrzucone , albowiem zostało one wniesione przez podmiot nieuprawniony nie będący podmiotem praw i obowiązków wynikających z przepisów Prawa Zamówień Publicznych.

O ile jednak KIO uznałaby, że wady oznaczenia wykonawcy podlegać mogą sanowaniu m.in. poprzez zastosowanie artykułu 26 ustawy i uwzględniła w tym względzie wnioski i twierdzenia tegoż Wykonawcy (El -San Bud s.c A. Jaskuła i wspólnicy, a także nie wynikające z przepisów prawa uprawnienie tegoż tj. Adama Jaskuła do reprezentowania innych osób zawarte w treści odwołania z dnia 25 czerwca 2010 roku WODGAZ Spółka z o.o. wnosi o oddalenie odwołania z przyczyn wskazanych w osnowie odwołania.

Uzasadnienie wniosku o oddalenie odwołania .

Zgodnie z artykułem 180 ust.1.- Prawa Zamówień Publicznych - „ Odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

W oparciu o przepis art.141 ustawy „ Wykonawcy, o których mowa w art. 23 ust. 1, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zdaniem WODGAZ Spółki z ograniczona odpowiedzialnością (wspólnicy spółki cywilnej prawidłowo oznaczeni jako przedsiębiorcy „ - odpowiedzialność taką za prawidłowe wniesienie zabezpieczenia wykonania umowy ponoszą. Dlatego Zamawiający słusznie wykluczył Wykonawcę oznaczonego w dokumencie gwarancji ubezpieczeniowej jako EL- SAN- BUD s.c. Adam Jaskuła i wspólnicy, albowiem wykonawca taki w rzeczywistości i obrocie prawnym nie istnieje, a przedstawiona Zamawiającemu gwarancja ubezpieczeniowa stanowiąca zabezpieczenie umowy nie mogłaby być skutecznie zrealizowana.

Nie ulega zatem kwestii, że Wykonawca (y) - którzy nota bene w dacie odwołania przedstawili właściwie oznaczoną gwarancję uchybili w zakresie wniesienia gwarancji obowiązkom wynikającym z ustawy, a to z artykułów 141, 45 ust.3 ustawy. Zgodnie z wyrokiem z dnia 26 października 2009 roku Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych w sprawie KIO/UZP 1270/09- „Brak zabezpieczenia oferty wadium i podleganie obligatoryjnemu wykluczeniu z udziału w postępowaniu, implikuje brak

interesu prawnego po stronie odwołującego." - co jak się wydaje dodatkowo uzasadnia wniosek o odrzucenie odwołania.

W szczególności na dzień ponownego rozpoznania ofert - oferta odwołującego się i nie posiadającego legitymacji przedsiębiorców osób fizycznych podmiotu EI- San - Bud s.c A. Jaskuła i wspólnicy nie była zabezpieczona ważnym i możliwym do realizacji przez Zamawiającego wadium. Nie można bowiem uznać, że zabezpieczeniem takim była gwarancja ubezpieczeniowa firmy TU i R „WARTA” S.A wystawiona na podmiot inny niż wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia i to pomimo twierdzeń- wniesionego przez jednego przedsiębiorcę - odwołania o samodzielności prawnej spółki cywilnej w prawie podatkowym, czy też statystycznym.

Wprawdzie odwołujący się zarzuca Zamawiającemu nadmierny formalizm oraz wskazuje na możliwość uzupełnienia braków gwarancji ubezpieczeniowej w trybie artykułu 26 ustawy, ale z takim poglądem odwołującego się zgodzić się nie można, albowiem zabezpieczenie wadium nie jest dokumentem potwierdzającym spełnienie warunków udziału w postępowaniu - m.in. przez wzgląd iż gwarancja nie stanowi dokumentu w rozumieniu artykułu 25 ustawy.

Na wstępie podnieść należy, że zgodnie z artykułem 24 ust. 2 pkt 2 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się - m.in. wykonawców którzy: nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą" oraz nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Normę powyższą w całej rozciągłości odnieść należy do EL - SAN - BUD s.c A. Jaskuła i Wspólnicy, a z całą pewnością wykonawców innych, niż Adam Jaskuła t.j pozostałych wspólników spółki EI-San- Bud działających w ramach spółki cywilnej, nie mogącej posługiwać się w obrocie prawnym firmą bez oznaczenia indywidualnych przedsiębiorców - wspólników spółki.

Zdaniem WODGAZ sp. z o.o. gwarancja wystawiona przez Ubezpieczyciela nie spełnia warunków skutecznie zawartej umowy - z przyczyn uzasadniających wnioski o odrzucenie odwołania, albowiem nie zabezpiecza w jakikolwiek sposób roszczeń z gwarancji Zamawiającego od solidarnie odpowiadających z Adamem Jaskuła innych wykonawców tj. Ewy Jaskuła i ewentualnie innych nie oznaczonych wspólników tzw. spółki cywilnej „ EL-SAN- BUD s.c. A. Jaskuła i wspólnicy. Przystępująca do odwołania WODGAZ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością posiłkując się wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie w sprawie V Ca 1642/02 z dnia 10 grudnia 2002 roku publikowanym w ZPO 2002/1/104 , podnosi ,że „ Wadium jest szczególną formą zabezpieczenia”,

Przepisy ustawy o zamówieniach publicznych dotyczące wadium są przepisami szczególnymi, dlatego wymagają one ścisłej interpretacji, zgodnej z ich brzmieniem. Skoro więc art. 41 pkt. 4 tej ustawy wskazuje, że wadium dostawca lub wykonawca może wnieść w

pieniądu, poręczeniach lub gwarancjach bankowych, gwarancjach ubezpieczeniowych, propozycja wniesienia wadium w innej formie, w szczególności w formie blokady kwoty wymaganej jako wadium z należności wynikającej z konkretnej faktury wystawionej przez oddział podległy zamawiającemu nie może być uznana jako właściwa forma wniesienia wadium skutkująca uznaniem, iż spełniony został wymóg jego wpłaty."

Orzeczenie powyższe należy w pełni odnieść do wykonawców wskazanych przez Odwołującą się spółkę cywilną oraz skonstatować, że warunek wniesienia wadium przez m.in. przedsiębiorcę Ewę Jaskuła nie został z całą pewnością skutecznie spełniony.

Zgodnie zaś wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lipca 2009 roku w sprawie KIO/UZP 859/09 (LEX 511928)-,,... .2. Decydującym dla uznania, iż wadium zostało wniesione, jest ustalenie, po pierwsze, czy dokument został prawidłowo wystawiony i dotyczy konkretnej oferty oraz czy treść gwarancji ubezpieczeniowej zapewnia skuteczność egzekucji wypłaty z tytułu gwarancji.

Wadium nie jest ofertą, a zatem ewentualne niezgodności z SIWZ w zakresie wymagań dotyczących formalności związanych z uzyskaniem zapłaty kwoty od gwaranta należy oceniać jedynie pod kątem zabezpieczenia roszczeń zamawiającego."

Analiza treści gwarancji wyklucza zaś możliwość skutecznej realizacji roszczenia przysługującego zamawiającemu od osób innych, niż Adam Jaskuła. W opisanej wyżej sytuacji w pełni usprawiedliwionym pozostaje twierdzenie, odpowiadające wyrokowi KIO z dnia 6 marca 2009 roku w sprawie KIO/UZP 209/09 (LEX nr 494484), iż w przypadku:

1. Gdy z treści gwarancji bankowej wynika, że nie obejmuje ona pełnego zakresu przypadków, w których zamawiający uprawniony jest do zatrzymania wadium, określonych w art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p., taką sytuację uznaje się za równoważną niezłożeniu wadium i przyjmuje za podstawę do wykluczenia wykonawcy.
2. Wadium, nawet wniesione w postaci dokumentu - gwarancji lub poręczenia, nie stanowi dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 i art. 26 ust. 3 p.z.p., a więc nie podlega uzupełnieniu.
3. P.z.p. nie określa, jak powinna brzmieć treść gwarancji. Jeżeli zamawiający wymaga konkretnych postanowień w tej gwarancji, powinien określić je w SIWZ."

WODGAZ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością legitymuje się interesem prawnym z artykułu 179 ust. 1 Prawa Zamówień Publicznych na dzień wniesienia środków ochrony prawnej, albowiem to oferta tej spółki uznana została za najkorzystniejszą. Interes prawny tegoż Wykonawcy mógłby doznać uszczerbku, w przypadku potwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawa Zamówień Publicznych, bądź też uwzględnienia w całości wniesionego odwołania. Na wypadek zatem uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania, m.in. przez wzgląd na wniesienie tegoż przez podmiot nieuprawniony tj. nie

wszystkich wspólników spółki cywilnej jako odrębnych przedsiębiorców, a także naruszenie Prawa Zamówień Publicznych WODGAZ Spółka z o.o. wnosi jak na wstępie.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Odwołujący posiada interes do wniesienia odwołania, ponieważ przy obowiązującym kryterium ceny jako jedynym kryterium oceny ofert, jego oferta zawiera najkorzystniejszą cenę, czym spełnia przesłankę z art.179 ust.1 ustawy zgodnie z którym środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, który ma interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Odwołujący zarzucił naruszenie art.24 ust. 2, art. 7 ust.1 i art.91 ust.1 ustawy w związku z wykluczeniem jego z postępowania, z powodu nie wniesienia wadium, przez nieprawidłowe oznaczenie przedsiębiorstwa.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożonej do niniejszego postępowania odwoławczego oraz stanowisk stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba ustaliła jak poniżej.

Odwołujący Adam Jaskuła i Ewa Jaskuła działający jako spółka cywilna, złożyli ofertę oznaczając podmiot, który składa ofertę jako EL-SAN-BUD A.Jaskuła i Wspólnicy s.c.

Powyższe wynika zarówno z formularza ofertowego, jak i oświadczeń i dokumentów składających się na ofertę, które zostały podpisane przez obydwu wspólników to jest Adama Jaskułę jak i Ewę Jaskuła.

Oświadczenia wykonawców (załącznik nr 2 i załącznik nr 3) zawierają zwroty: "Ja niżej podpisany (imię i nazwisko) : Adam Jaskuła, Ewa Jaskuła jako upoważniony do reprezentowania dostawcy/firmy (nazwa firmy): EL-SAN-BUD s.c. A.Jaskuła i Wspólnicy oświadczam że:".

Do oferty została załączona również Umowa spółki cywilnej wraz z jej zmianą, z której wynika, że wspólnikami spółki cywilnej, na dzień składania oferty, są Adam Jaskuła i Ewa Jaskuła.

Twierdzenie Przystępującego, że wspólnikami tejże spółki cywilnej mogą być również inni jeszcze wspólnicy, nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji przedłożonej oferty, w szczególności załączonej do niej Umowy spółki cywilnej, a Przystępujący na poparcie swojego twierdzenia, żadnych dowodów nie przedstawił.

W związku z tym Izba, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału ustaliła, że współnikami, którzy złożyli przedmiotową ofertę, są tylko i wyłącznie Adam Jaskuła i Ewa Jaskuła, uznając twierdzenie Przystępującego o rzekomych innych współnikach za nieudowodnione.

Do oferty EL-SAN-BUD A.Jaskuła i Wspólnicy s.c. są również załączone zaświadczenia – wypisy z ewidencji działalności gospodarczej obydwu współników t.j. Adama Jaskuły i Ewy Jaskuły z których wynika, że prowadzą działalność gospodarczą pod wspólnym adresem to jest 55-220 Jelcz - Laskowice ul. Fabryczna 27-29 (siedziba i adres zakładu głównego), określenie przedmiotu działalności gospodarczej wg PKD2007 jest zbieżne w obydwu podmiotach (Adam Jaskuła i Ewa Jaskuła) oraz podmioty te posługują się w nazwie obok imion i nazwisk (Adam Jaskuła i Ewa Jaskuła) wspólnym dodatkiem "EL-SAN-BUD" (Oznaczenie przedsiębiorcy: Ewa Jaskuła Nazwa: "EL-SAN-BUD" zaświadczenie z dnia 19.01.2010r. pod numerem 00 42 87; Oznaczenie przedsiębiorcy: Adam Jaskuła Nazwa: "EL-SAN-BUD" zaświadczenie z dnia 19.01.2010 pod numerem 00 29 83 wydane w obydwu przypadkach przez Burmistrza Jelcza-Laskowice).

Również do oferty EL-SAN-BUD A.Jaskuła i Wspólnicy s.c. zostały załączone: potwierdzenie zarejestrowania podmiotu jako podatnika VAT UE (na podstawie art.97 ust.9 ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług Naczelnik Urzędu Skarbowego potwierdza zarejestrowanie podatnika o nazwie: EL-SAN-BUD S.C. Adam Jaskuła i Wspólnicy jako podatnika VAT UE z 02.10.2008r. Adresat: EL-SAN-BUD S.C. Adam Jaskuła i Wspólnicy Techników 8A, Jelcz- Laskowice 55-221 Jelcz- Laskowice) oraz zaświadczenie wystawione przez Główny Urząd Statystyczny o nadaniu numeru identyfikacyjnego REGON dla "EL-SAN-BUD s.c. Adam Jaskuła i Wspólnicy z 25.01.2010r. gdzie zaświadcza się, że na podstawie wniosku jednostki organizacyjnej nie mającej osobowości prawnej o nazwie: EL-SAN-BUD S.C. Adam Jaskuła i Wspólnicy nadaje się numer identyfikacyjny REGON 931 878 093.

Powszechnie wiadomym jest, co również nie było przedmiotem sporu, że dla podmiotów prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej, ogólnie obowiązujące przepisy prawa przewidują nadanie wspólnego numeru podatnika VAT UE i numeru identyfikacyjnego REGON, a w pozostałym zakresie wspólnicy spółki cywilnej wobec organów państwowych występują samodzielnie to jest w zakresie rozliczania z podatku dochodowego oraz obowiązku ubezpieczenia społecznego, za wyjątkiem sytuacji gdy spółka cywilna zatrudnia pracowników.

Również Izba ustaliła, na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, że kwestionowana przez Zamawiającego oraz Przystępującego gwarancja ubezpieczeniowa celem zabezpieczenia wadium, wystawiona została na wniosek EL-SAN-BUD S.C. A. Jaskuła i Wspólnicy z siedzibą w 55-221 Jelcz-Laskowice, ul.Fabryczna 27-29 o REGONIE : 931 878 093, co wynika wprost z treści ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej (Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji „Warta” S.A. Nr 424/GP/33/2010/WORD z dnia 19 maja 2010r. i Aneks A-1/GP/ 424/ /33/2010/WORD z dnia 18 czerwca 2010r.).

Co do powyżej tak ustalonego stanu faktycznego i formalnego sprawy, strony to jest zarówno Odwołujący, Zamawiający oraz Przystępujący nie wnosili zastrzeżeń, uznając go za bezsporny.

Natomiast strony oraz uczestnik postępowania z ustalonego jak powyżej stanu faktycznego i prawnego wywodzą odmienne skutki prawne.

Zarówno Zamawiający jak i Przystępujący po jego stronie uważają, że wadium jest wystawione dla nie istniejącego w obrocie gospodarczym podmiotu, ponieważ spółka cywilna nie ma podmiotowości prawnej, a stanowi jedynie zobowiązanie umowne do dążenia osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego określonego w umowie spółki.

Zamawiający wykluczając Odwołującego z postępowania wyraził swoje stanowisko w następujący sposób.

W piśmie z dnia 23.06.2010r. stanowiącym zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający wskazał, iż Odwołujący na podstawie art 24 ust 2 ustawy zostaje wykluczony z postępowania, z uwagi na okoliczność, że wadium wniesione przez Odwołującego zostało wystawione na przedsiębiorcę, który nieprawidłowo oznaczył swoje przedsiębiorstwo. Bowiem spółki cywilnej nie można uznać za samodzielny wykonawcę w rozumieniu art.2 pkt 11 ustawy, ponieważ nie posiada zdolności prawnej. Spółka cywilna nie jest przedsiębiorcą w rozumieniu art. 43 ze zn.1 k.c. oraz w rozumieniu art.4 ust.1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. 2007r. Nr 155, poz.1095 z późn. zm.), ponieważ odrębna ustawa nie przyznaje jej zdolności prawnej. Zgodnie z art. 4 ust.2 w/w ustawy o swobodzie działalności gospodarczej przedsiębiorcami są wspólnicy spółki cywilnej, zaś spółka cywilna jest stosunkiem zobowiązaniowym zawartym dla osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego, regulowanym art. 860 kodeksu cywilnego. W przypadku spółki cywilnej wykonawcami są przedsiębiorcy, którzy powinni być oznaczeni z imienia i nazwiska ze wskazaniem ich adresu. Zamawiający z dokumentów zawartych w ofercie stwierdził, że przedsiębiorcami posiadającymi status wykonawcy są Adam Jaskuła oraz Ewa Jaskuła prowadzący działalność gospodarczą jako El-San-Bud s.c. Natomiast na wniesionej

gwarancji ubezpieczeniowej z dnia 19.05.2010r. oraz jej aneksie, zabezpieczającej wadium, widnieje przedsiębiorstwo El-San-Bud A. Jaskuła i Wspólnicy s.c. z siedzibą w Jelczu - Laskowice przy ul. Fabrycznej 27-29.

W związku z powyższym gwarancja została złożona przez podmiot nieuprawniony i nie zabezpiecza oferty na okres związania ofertą co oznacza, że nie wniesiono wadium do postępowania.

Odwołujący z kolei załączył do odwołania stanowisko ubezpieczyciela z dnia 25.06.2010r., który potwierdził swoją odpowiedzialność z tytułu gwarancji i wskazał, że podmiotami, które złożyły wniosek o wystawienie gwarancji ubezpieczeniowej są podmioty takie jak Adam Jaskuła i Ewa Jaskuła przywołując w obydwu przypadkach, iż prowadzą działalność na podstawie wpisów z ewidencji działalności gospodarczej opisanych, jak powyżej wskazano, na podstawie zaświadczeń załączonych do oferty Odwołującego.

Izba oceniając zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz argumentację formalną i prawną zawartą w odwołaniu, przystąpieniu do postępowania odwoławczego oraz udzielonej odpowiedzi przez Odwołującego, uwzględniła odwołanie ważąc swoje stanowisko jak poniżej.

Po pierwsze Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego zgłoszonego na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania, o odrzucenie odwołania jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony, zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy.

Ustawa nie definiuje pojęcia podmiot nieuprawniony.

W związku z powyższym przy rozpoznania każdorazowo zgłoszonego wniosku w zakresie podmiotu nieuprawnionego podlega to pojęcie wykładni w oparciu o istniejący w sprawie stan faktyczny i prawny.

Niemniej samo pojęcie podmiotu nieuprawnionego należy w każdym przypadku definiować jako podmiotu, któremu nie przysługuje prawo wniesienia odwołania, od czynności czy zaniechania zamawiającego.

W przedmiotowej sprawie, zamawiający wykluczył z postępowania podmiot EL-SAN-BUD A.Jaskuła i Wspólnicy s.c., ponieważ wadium na zabezpieczenie oferty, zostało złożone przez podmiot nieistniejący. Tym nie istniejącym podmiotem są osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą na podstawie wpisów do ewidencji działalności gospodarczej to jest Adam Jaskuła i EwaJaskuła, którzy osobiście podpisali jak wyżej wspomniano zarówno formularz oferty jak i dokumenty wymagane do oferty.

W związku z tym osoby, które złożyły ofertę w sposób niewątpliwy i jednoznaczny można ustalić zarówno z imienia i nazwiska jak i adresu, na podstawie dokumentów załączonych do oferty.

Natomiast zarzut odnoszący się do osób składających ofertę, sprowadza się do nieprawidłowo oznaczonej nazwy podmiotu składającego ofertę.

Reasumując decyzja Zamawiającego o wykluczeniu z postępowania dotyczyła niewątpliwie oferty złożonej przez Adama Jaskułę i Ewę Jaskułę.

Odwołanie zostało również złożone przez Adama Jaskułę i Ewę Jaskułę, o czym świadczą podpisy na odwołaniu.

Z powyższego wynika, że istnieje tożsamość osób, które zostały wykluczone z postępowania z osobami, które złożyły odwołanie.

W ocenie Izby odpowiednio oznaczone osoby to jest Adam Jaskuła i Ewa Jaskuła złożyły zarówno ofertę jak i odwołanie. Czyli odwołanie złożyły osoby uprawnione. Te same podmioty zostały wykluczone z postępowania i te same podmioty złożyły odwołanie.

Natomiast idąc za wywodem Przystępującego sformułowanym w piśmie o przystąpieniu i prezentowanym stanowiskiem na posiedzeniu, to osoby te nie mają w ogóle prawa do wniesienia odwołania, ponieważ ich oferta jest nieprawidłowo oznaczona przez użycie nazwy EL-SAN-BUD A, Jaskuła i Wspólnicy s.c. i z tego tytułu są podmiotem nieuprawnionym do wniesienia odwołania.

Natomiast taka interpretacja, zaistniałej sytuacji formalnej i prawnej po stronie składających odwołanie, w ocenie Izby, jest nieuprawniona, ponieważ w myśl poglądu Przystępującego, Adam Jaskuła i Ewa Jaskuła, są pozbawieni prawa do wniesienia odwołania z tytułu niewłaściwie oznaczonej oferty pomimo, że składając ofertę oznaczyli ją składając na niej swoje czytelne podpisy.

W związku z powyższym Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego do odwołania po stronie Zamawiającego, o odrzucenie odwołania z powodu, że rzekomo złożył je podmiot nieuprawniony.

W ocenie Izby podmiotem uprawnionym do złożenia odwołania jest właśnie Adam Jaskuła i Ewa Jaskuła (wspólnicy spółki cywilnej), którzy to każdy z osobna podpisali odwołanie i to nawet w przypadku, gdy oznaczyli nazwę składającego odwołanie w sposób nieprawidłowy to jest nie odpowiadający ogólnie obowiązującym przepisom w zakresie oznaczania podmiotów występujących jako spółka cywilna, to jest bez określenia z imienia i nazwiska wszystkich wspólników spółki cywilnej.

Z tych względów w trakcie posiedzenia z udziałem stron i uczestnika postępowania, Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego o odrzucenie odwołania.

Jednocześnie z uwagi na nieobecność na posiedzeniu, a dalej na rozprawie Zamawiającego, pomimo prawidłowego zawiadomienia o terminie rozprawy, Izba dopuściła taki wniosek

uznając, że mieści się on w interesie Zamawiającego, który nie udzielił odpowiedzi na odwołanie, ale przez to należy rozumieć, że jego stanowisko w sprawie nie uległo zmianie w stosunku do decyzji z dnia 23 czerwca 2010r. o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Co do zasadności zarzutów Odwołującego o bezpodstawnym wykluczeniu z postępowania w związku z tym, że według Zamawiającego wadium wniesione przez Odwołującego zostało wystawione na przedsiębiorcę, który nieprawidłowo oznaczył swoje przedsiębiorstwo, ponieważ spółki cywilnej nie można uznać za samodzielny wykonawcę to Izba zważyła co następuje.

Nie może ostać się stanowisko Zamawiającego, ponieważ skoro z treści złożonej oferty wynika, że złożona została ona przez wykonawców Adama Jaskułę i Ewę Jaskułę, którzy oznaczyli się jako podmiot EL-SAN-BUD A.Jaskuła i Wspólnicy s.c. to nie oznacza, że wadium złożone przez wykonawcę EL-SAN-BUD A.Jaskuła i Wspólnicy s.c. nie zabezpiecza złożonej oferty, ponieważ spółka cywilna nie jest podmiotem obrotu gospodarczego.

Stanowisko Zamawiającego jest co prawda prawidłowe w zakresie, iż obowiązujące prawo nie daje spółce cywilnej podmiotowości prawnej w zakresie występowania w obrocie prawnym z uwagi na treść art. 860 i następnych k.c. oraz wyżej wymienionej ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, z których to regulacji wynika, że spółka cywilna jest tylko stosunkiem zobowiązaniowym, a osoby prowadzące działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej powinny oznaczać się przez podanie imienia i nazwiska oraz adresu.

Niemniej jeżeli z dokumentów i oświadczeń złożonych do oferty można wywieść jakie podmioty składają ofertę, co ma miejsce w przedmiotowej sytuacji (powyżej opisane: oświadczenia – zał. Nr 2 i 3, zaświadczenia z ewidencji działalności gospodarczej, zaświadczenia o nadaniu numeru REGON i NIP dla celów rozliczania podatku VAT oraz podpisy na formularzu ofertowym i pozostałych oświadczeniach i dokumentach oraz załączone dokumenty umowy spółki) to niezgodne z ogólnie obowiązującymi przepisami prawa oznaczenie nazwy podmiotu składającego ofertę, w której treści użyto nazwy wykonawcy nie wymieniającej imion i nazwisk wszystkich wspólników spółki cywilnej, nie może skutkować wykluczeniem z postępowania takiego wykonawcy Tym samym zarzut Zamawiającego nie złożenia wadium, ponieważ w dokumencie wadium, również jak w formularzu ofertowym użyto konsekwentnie takiej samej nazwy wykonawcy to jest nie wymieniającej imion i nazwisk wszystkich wspólników, należy uznać za nieuprawniony.

Taka ocena przez Zamawiającego złożonej oferty i wadium jest zbyt formalistyczna i narusza prawa wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w myśl art. 7

ustawy, zgodnie z którym zamawiający przeprowadza postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a czynności związane z przeprowadzeniem postępowania wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.

Tym bardziej, że stanowisko Zamawiającego narusza obowiązującą w prawie zasadę zaufania obywatela do Państwa, ponieważ w przedmiotowej sprawie, zarówno Główny Urząd Statystyczny jak i Urząd Skarbowy na podstawie złożonych wniosków o nadanie numeru Regon i numeru NIP dla działalności prowadzonej w formie spółki cywilnej, użyli nazwy EL-SAN-BUD S.C. Adam Jaskuła i Wspólnicy i nie skorygowali nazwy przez wskazanie imion i nazwisk wszystkich współników (Ewa Jaskuła i Adam Jaskuła).

Reasumując w świetle zgromadzonego w sprawie materiału, pomimo konsekwentnego użycia nieprawidłowej nazwy podmiotu prowadzącego działalność w formie spółki cywilnej zarówno w formularzu ofertowym jak i w dokumencie wadium, Zamawiający nie miał prawa wykluczyć wykonawcy z postępowania pod zarzutem nie wniesienia wadium, ponieważ brak przeszkód do ustalenia nazwisk i imion oraz adresu osób składających ofertę i wadium.

W związku z tym podniesione przez Odwołującego naruszenie art.24 ust.2 pkt 2 ustawy zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art.46 ust.3 ustawy, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą, po stronie odwołującego nie wystąpiło.

Odwołanie podlega uwzględnieniu, ponieważ stwierdzone naruszenie ustawy w zakresie art. 24 ust.2 pkt 2 ustawy w stosunku do Odwołującego miało wpływ na wynik postępowania z uwagi na to, że oferta Odwołującego była najkorzystniejsza cenowo, przy obowiązywaniu kryterium ceny jako jedynym kryterium oceny ofert, czym spełniona została przesłanka z art. 192 ust.2 ustawy, zgodnie z którym Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono zgodnie z art. 192 ust. 10 ustawy to jest stosownie do wyniku sprawy, zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego obejmujące wpis od odwołania w kwocie 10.000,00zł.

.....
Przewodniczący