

Sygn. akt KIO/UZP 567/09

WYROK
z dnia 15 maja 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Jankowska

Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Marek Koleśnikow

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 maja 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Miejski Zarząd Dróg w Kielcach, ul. Prendowskiej 7, 25-384 Kielce** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich, ul. Jagiellońska 72, 25-602 Kielce** protestu z dnia 14 kwietnia 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Wojciecha Bogackiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą LABORATORIUM DROGOWE, ul. Aleksandrówek 22, 95-080 Tuszyn, Garbów** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża Miejski Zarząd Dróg w Kielcach, ul. Prendowskiej 7, 25-384 Kielce 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 **Miejski Zarząd Dróg w Kielcach, ul. Prendowskiej 7, 25-384 Kielce,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX 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 **2 926 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dziewięćset dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Miejskiego Zarządu Dróg w Kielcach, ul. Prendowskiej 7, 25-384 Kielce.**

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

Zamawiający – Świętokrzyski Zarząd Dróg w Kielcach, 25-602 Kielce, ul. Jagiellońska 72, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na obsługę laboratoryjną na zadania z zakresu: przebudowa i remonty dróg oraz remonty dróg – nakładki bitumiczne, na drogach wojewódzkich w ŚZDW Kielce.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 14 kwietnia 2009 roku Miejski Zarząd Dróg w Kielcach, 25-384 Kielce, ul. Prendowskiej 7, zwany dalej odwołującym się, wniósł protest na czynność zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego się.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wyrażonej w przepisie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i w związku z tym bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego się i wniósł o unieważnienie czynności wyboru ofert i powtórzenie czynności zamawiającego polegających na badaniu i ocenie złożonych ofert.

Odwołujący się nie zgodził się z odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, jakoby Miejski Zarząd Dróg w Kielcach nie był uprawniony do samodzielnego złożenia oferty i podpisania umowy z zamawiającym oraz że Miejski Zarząd

Dróg w Kielcach, nie posiadając osobowości prawnej i będąc jednostką budżetową Gminy Kielce, nie jest podmiotem mogącym uczestniczyć w postępowaniu i zawrzeć umowę na wykonanie zamówienia.

Uzasadniając interes prawny wskazał, że złożył ofertę w niniejszym postępowaniu w dniu 11.03.2009 r. w siedzibie zamawiającego zgodnie z warunkami zawartymi w ogłoszeniu i SIWZ. Oferta zawierała wszystkie wymagane przez Zamawiającego dokumenty, które zostały złożone w formie zgodnej z wymaganiami SIWZ.

W ocenie odwołującego się, mając na uwadze przepis art. 2 pkt 11 ustawy Pzp nie można zgodzić się z rozstrzygnięciem zamawiającego i uznać za właściwe stanowisko, że Miejski Zarząd Dróg w Kielcach, jako jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej nie jest podmiotem mogącym uczestniczyć w postępowaniu oraz zawrzeć umowę wykonania zamówienia.

Zgodnie z definicją wykonawcy zawartą w art. 2 pkt 11 ustawy Pzp ilekroć w ustawie jest mowa o wykonawcy, to należy przez to 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.

W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołujący się wygrałby przedmiotowe postępowanie i podpisał umowę na wykonanie zamówieniach przesądza o jego interesie prawnym w uzyskaniu zamówienia.

Z załączonego do protestu Statutu Miejskiego Zarządu Dróg w Kielcach jednoznacznie wynika, że przedmiot zamówienia mieści się w przedmiocie i zakresie działania odwołującego się (§ 4 ust. 4 pkt 9 "Dochodami własnymi Zarządu są dochody uzyskiwane pkt 9 "z wpływów za wykonywanie badań przez laboratorium Zarządu"). Tym bardziej więc nie można twierdzić, że Miejski Zarząd Dróg w Kielcach nie może występować samodzielnie w postępowaniu o zamówienie publiczne.

Pismem z dnia 22 kwietnia 2009 roku zamawiający rozstrzygnął protest w ten sposób, że protest odrzucił na podstawie art. 180 ust. 7 ustawy Pzp jako wniesiony przez podmiot nieuprawniony.

W uzasadnieniu podkreślił, że nie kwestionuje prawidłowości dokumentacji organizacyjnej dotyczącej odwołującego się. Wykonawcy przedkładają bowiem takie dokumenty założycielskie, jakich wymagają od nich przepisy ustrojowe przewidziane dla danej formy prawnej podmiotu. Takim dokumentem jest np. akt założycielski powołania gospodarstwa pomocniczego (por. wyrok Zespołu Arbitrów Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 02.06.2005 r., UZP/ZO/OMI138/0S, LEX nr 176521). Właściwe zatem dokumenty założycielskie wymagane przez zamawiającego zostały przez odwołującego się należycie

przedłożone. Zgodnie jednakże z art. 2 pkt 11 ustawy Pzp w ustawie jest mowa o wykonawcy - należy przez to 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. Ustawa wymienia zatem bardzo szeroki krąg podmiotów, które mogą być wykonawcą i nie nakłada przy tym obowiązku dopuszczania do postępowania jedynie przedsiębiorców (choć w praktyce to oni najczęściej są wykonawcami zamówienia publicznego), a nawet warunek taki należałoby uznać za ograniczenie uczciwej konkurencji.

Do zawarcia jednakże umowy niezbędne jest występowanie dwóch niezależnych podmiotów prawa zdolnych do zawarcia umowy.

W przedmiotowej sprawie ofertę złożył Miejski Zarząd Dróg w Kielcach, który nie posiada osobowości prawnej ani zdolności sądowej czy też odrębnej zdolności kontraktowej, a jest jedynie jednostką budżetową Gminy Kielce. Składający ofertę w stosunkach cywilnoprawnych jedynie reprezentuje Gminę Kielce i w związku z powyższym jedynym podmiotem, który może zawrzeć umowę na wykonanie zamówienia oraz uczestniczyć w postępowaniu może być Gmina Kielce jako jednostka samorządu terytorialnego. Nie wyklucza to oczywiście reprezentowania jej przez Miejski Zarząd Dróg. Odwołujący się, jako jednostka organizacyjna osoby prawnej, nie jest uprawniony do złożenia oferty i skutecznego podpisania umowy z zamawiającym we własnym imieniu i na własną rzecz.

Na marginesie dodał, iż on sam, jako jednostka organizacyjna osoby prawnej, działa w obrocie prawnym i m.in. zawiera umowy w imieniu i na rzecz Województwa Świętokrzyskiego, nigdy zaś samodzielnie.

W dniu 27 kwietnia 2009 roku odwołujący się, pismem złożonym w placówce pocztowej operatora publicznego, wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 2 pkt. 11 ustawy Pzp poprzez uznanie, że odwołujący się jako jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, ubiegająca się o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest uprawniony do złożenia oferty i skutecznego podpisania umowy z zamawiającym oraz naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy poprzez uznanie, że znajduje on zastosowanie w niniejszej sprawie jako podstawa prawna odrzucenia oferty Miejskiego Zarządu Dróg w Kielcach.

W oparciu o wskazane zarzuty odwołujący się wniósł o:

- unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Miejskiego Zarządu Dróg w Kielcach,
- dokonanie powtórnego badania i oceny ofert,

-ponownego dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zdaniem odwołującego się nie można zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego wyrażonym w rozstrzygnięciu protestu, zgodnie z którym Miejski Zarząd Dróg w Kielcach, jako jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej nie jest uprawniona do złożenia oferty i podpisania umowy z zamawiającym.

Przed wszystkim do takiej interpretacji nie prowadzi literalna wykładnia definicji wykonawcy zawarta w art. 2 pkt 11 ustawy Pzp. Ustawa w wymienionym przepisie zawiera szeroką definicję "wykonawcy". Wykonawcą jest każda osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej.

Definicja ustawowa podkreśla jednocześnie, że status wykonawcy łączy się zawsze z pewną formą uczestnictwa danego podmiotu w procedurze udzielania zamówienia publicznego. W pierwszej fazie ubiegania się o zamówienie, status wykonawcy będzie przysługiwał każdemu podmiotowi, który zadeklaruje zamawiającemu chęć uzyskania zamówienia, w kolejnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego status wykonawcy przysługuje jedynie temu podmiotowi, który złożył ofertę w postępowaniu. Natomiast po zakończeniu postępowania status wykonawcy przysługuje tylko temu podmiotowi, który zawarł z zamawiającym umowę w sprawie zamówienia publicznego. Mając, więc na uwadze literalną wykładnię przepisu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp odwołujący się, jako jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej posiada status wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Nie ulega wątpliwości i tego odwołujący się nie kwestionuje, że odwołujący się nie ma osobowości prawnej ani też zdolności sądowej, co podnosi zamawiający w rozstrzygnięciu protestu, jako uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego się. W postępowaniu sądowym w sprawach dotyczących przedmiotu działalności odwołującego się, jako prawidłowo oznacza strona występuje Gmina Kielce - Miejski Zarząd Dróg w Kielcach.

Natomiast przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych stanowią *lex specialis* do przepisów kodeksu cywilnego. To stanowisko znajduje oparcie w brzmieniu przepisu art. 14 ustawy, zgodnie z którym do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16, poz. 93 z późniejszymi zmianami), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

W szczególności ustawa Pzp zawiera w art. 2 pkt 11 ustawy Pzp definicję wykonawcy, zgodnie, z którą wykonawcą może być jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej. Jest oczywistym, że dyrektor tej jednostki składa oświadczenia woli i dokonuje czynności prawnych w imieniu Gminy Kielce w sprawach określonych statutem

Miejskiego Zarządu Dróg w Kielcach, ale w rozumieniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych Miejskiemu Zarządowi Dróg w Kielcach przysługuje status wykonawcy.

Mając powyższe rozważania na uwadze należy uznać, że Zamawiający odrzucając ofertę odwołującego się na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy naruszył przepisy tej ustawy. Zgodnie z art.89 ust. 1 pkt 8 ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

W przedmiotowej sprawie nie zachodzą przesłanki nieważności oferty na podstawie odrębnych przepisów.

Odwołujący się podniósł ponadto, że zamawiający nie wskazał w swoim rozstrzygnięciu, jakie przepisy odrębne miał na uwadze, dokonując oceny oferty i w konsekwencji odrzucając ją.

Dodatkowo odwołujący się podkreślił, że za jego stanowiskiem przemawia fakt, że wyjątkowo w niniejszej sprawie odwołujący się wystąpił, jako wykonawca natomiast od początku swej działalności, tj. od lat 90-tych funkcjonuje zgodnie z przepisami ustawy, jako zamawiający i występuje jako Miejski Zarząd Dróg w Kielcach, a przecież definicja określająca krąg podmiotów, które zgodnie z ustawą są zamawiającymi jest tożsama z kręgiem podmiotów wymienionych w definicji dotyczącej wykonawcy na gruncie przepisów ustawy. Zamawiającym jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej obowiązana do stosowania ustawy.

Mając powyższe na uwadze odwołujący się stwierdził, że zamawiający naruszył przepisy ustawy w szczególności art. 189 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 2 pkt 11 ustawy, poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty odwołującego się.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Miejski Zarząd Dróg w Kielcach jest jednostką budżetową Gminy Kielce, utworzoną uchwałą nr 83/99 Rady Miejskiej w Kielcach z dnia 25 lutego 2009 roku.

Odwołujący się złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, oferując cenę za wykonanie zamówienia w wysokości 137.284,40 zł.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego się na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. W uzasadnieniu stwierdził, iż odwołujący się nie jest uprawniony do samodzielnego złożenia oferty i podpisania umowy z zamawiającym. Miejski Zarząd Dróg w Kielcach nie posiada osobowości prawnej ani odrębnej zdolności kontraktowej, a jest jedynie jednostką budżetową Gminy Kielce, która jest podmiotem mogącym uczestniczyć w postępowaniu oraz zawrzeć umowę na wykonanie zamówienia.

Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy Laboratorium Drogowe Wojciech Bogacki, 95-080 Tuszyn, Garbów, ul. Aleksandrówek 22, który zaoferował najniższą cenę spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

Na czynność odrzucenia oferty odwołujący się złożył protest, a następnie odwołanie od rozstrzygnięcia protestu.

Skład orzekający Izby na rozprawie z udziałem właściwie umocowanych pełnomocników stron, przeprowadził dowody z dokumentacji akt sprawy, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia i oferty Odwołującego się, nadto rozważył stanowiska stron złożone do akt sprawy, zważył, co następuje:

Odwołanie jest niezasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się posiada interes prawny w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy – Pzp. Odwołujący się złożył bowiem ofertę z najniższą ceną, w związku z czym, ewentualne wadliwe odrzucenie jego oferty uniemożliwia mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Stosownie do art. 2 pkt 11 ustawy Pzp przez wykonawcę rozumieć należy 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.

Dokonując oceny, czy jednostka budżetowa posiada status wykonawcy w kontekście wzmiankowanego przepisu, należy uwzględnić fakt, iż każdy wykonawca, składający ofertę w postępowaniu o zamówienie publiczne, musi posiadać zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych. Zdolność prawna wynika z posiadanej osobowości prawnej lub z przepis ustawy (art. 33¹ § 1 Kodeksu cywilnego). Definicję jednostki budżetowej zawiera art. 20 ust. 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 roku o finansach publicznych (Dz. U. Nr 249, poz. 2104 ze zmianami), zgodnie z którym jednostkami budżetowymi są takie jednostki organizacyjne sektora finansów publicznych, które pokrywają swoje wydatki bezpośrednio z budżetu, a pobrane dochody odprowadzają na rachunek odpowiednio dochodów budżetu państwa albo budżetu jednostki samorządu terytorialnego. Z przepisów ustawy nie wynika przyznanie tym jednostkom zdolności prawnej, wobec czego uznać należy, że jednostka budżetowa nie jest wyposażona w atrybut zdolności prawnej oraz w konsekwencji w zdolność do czynności prawnych. W obrocie prawnym jednostki budżetowe funkcjonują jako

jednostki organizacyjne Skarbu Państwa (*statio fisci*) lub jednostki samorządu terytorialnego (*statio municipi*). Stanowią formę prawa budżetowego, a nie wykonywania działalności gospodarczej i mimo wyodrębnienia organizacyjnego, majątkowego i finansowego, nie mają osobowości prawnej. Korzystają natomiast z osobowości prawnej Skarbu Państwa lub jednostek samorządu terytorialnego. To zaś oznacza, że nie działają w imieniu własnym, nie stanowią samoistnego podmiotu prawa i nie mogą być samodzielnym podmiotem stosunku cywilnoprawnego ani nie mogą zaciągać we własnym imieniu praw i obowiązków (tak WSA w wyroku z dnia 6 lipca 2005 roku, sygn. akt VI S.A./Wa 2083/04, LEX 190634).

Analogiczne stanowisko wyrażone zostało w uchwale RIO w Rzeszowie z dnia 10 czerwca 2003 roku, XXIV/3071/2003, „Orzecznictwo w Sprawach Samorządowych” 2004, nr 1, poz. 24), stwierdzając, że samorządowe jednostki organizacyjne powiatu (jednostki budżetowe i gospodarstwa pomocnicze jednostek budżetowych powiatu) nie posiadają samodzielności zarówno prawnej, jak i budżetowej. Są one zatem powołane do wykonywania budżetu powiatu, a nie do prowadzenia samodzielnej polityki budżetowej.

Wobec powyższego uznać należy, że w przedmiotowej sprawie ofertę złożył podmiot, który nie posiada osobowości prawnej i nie może samodzielnie zaciągać praw i obowiązków we własnym imieniu i na własny rachunek. Tym samym decyzję zamawiającego należy uznać za słuszną.

Z uwagi na powyższe należało orzec jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1, ust. 2 zd. 1 i ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 oraz Dz. U. z 2008 roku Nr 182, poz. 1122).

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 **Kielcach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*