

Sygn. akt KIO/UZP 708/10

WYROK
z dnia 7 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Emil Kawa
Lubomira Matczuk - Mazuś

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Jerzego Kiryczuka, Wiesława Wójcika prowadzących działalność gospodarczą pod firmą P.W.U. BEST - OPEBEL s. c., ul. Leśna 8, 46-020 Borki** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Dobrzeń Wielki, ul. Namysłowska 44, 46 - 081 Dobrzeń Wielki** protestu z dnia 24 marca 2010 r.,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Jerzego Kiryczuka, Wiesława Wójcika prowadzących działalność gospodarczą pod firmą P.W.U. BEST - OPEBEL s. c., ul. Leśna 8, 46 - 020 Borki i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Jerzego Kiryczuka, Wiesława**

**Wójcika prowadzących działalność gospodarczą pod firmą P.W.U. BEST
- OPEBEL s. c., ul. Leśna 8, 46-020 Borki,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **5 556 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Jerzego Kiryczuka, Wiesława Wójcika prowadzących działalność gospodarczą pod firmą P.W.U. BEST - OPEBEL s. c., ul. Leśna 8, 46-020 Borki.**

UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Dobrzeń Wielki - prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest przebudowa ul. Zielonej i Wschodniej w Dobrzenu Małym.

Pismem z dnia 15 marca zamawiający poinformował o wynikach postępowania – wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez Jerzego Kiryczuka, Wiesława Wójcika prowadzących działalność gospodarczą pod firmą P.W.U. BEST - OPEBEL s. c., z siedzibą w Borkach z powodu braku przedstawienia wymaganych w siwz dokumentów.

Wybór dokonany przez zamawiającego stał się przedmiotem odwołania, poprzedzonego protestem, które wnieśli wymienieni wykonawcy wobec dokonanego wykluczenia i odrzucenia ich oferty jako nie spełniającej wymagań przewidzianych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej zwanej: „siwz” oraz wyboru oferty Przedsiębiorstwa Handlowo - Usługowego LARDC Sp. z o. o. z siedzibą w Lublińcu jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący się zarzucili zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 2 pkt 11 Pzp przez błędne przyjęcie, że spółka cywilna nie może być wykonawcą, a wykonawcą są osoby fizyczne tworzące spółkę cywilną;
- 2) art. 7 ust. 1 i 2 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób uniemożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji;
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 3 przez przyjęcie, że wykonawca w skutek dostarczenia zaświadczeń z ZUS i US wystawionych na spółkę zalega w podatkach oraz w

składkach na ubezpieczenie czego efektem było wykluczenie wykonawcy i odrzucenie jego oferty;

- 4) art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie przejawiające się tym, że zamawiający uznał, że oferta odwołujących się nie odpowiada treści siwz;
- 5) art. 91 ust. 1 Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie przejawiające się tym, że zamawiający nie wybrał oferty Odwołującego zgodnie z ustalonymi przez siebie kryteriami wyboru oferty;
- 6) art. 91 ust. 1 Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie przejawiające się tym, że zamawiający wybrał ofertę Przedsiębiorstwa Handlowo - Usługowego LARIX Sp. z o. o. z siedzibą w Lublińcu;

Odwołujący się wnieśli o unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu i odrzuceniu oferty odwołujących się, unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, ponowną ocenę złożonych ofert i w konsekwencji wybór oferty odwołujących się jako oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając podniesione zarzuty, odwołujący się wywodzili, że spółka cywilna posiada status wykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt 11 Pzp, w związku z czym złożenie zaświadczeń z Urzędu Skarbowego oraz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych wystawionych na spółkę cywilną jest wystarczające, a żądanie złożenia zaświadczeń dotyczących wspólników spółki cywilnej jest nieuprawnione.

Środki ochrony prawnej zostały wniesione w terminach ustawowych, odpowiednio: protest w 24 marca 2010 r. pismem z 23 marca 2010 r., odwołanie 9 kwietnia 2010 r., pismem z tego dnia, za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego. Zamawiający otrzymał kopię treści odwołania z zachowaniem terminu ustawowego wynikającego z art. 184 ust. 2 zd. 1 *in fine* Pzp.

Zamawiający pismem z 8 kwietnia 2010 r. przekazany za pośrednictwem faksu oddalił protest. W uzasadnieniu wskazał, że spółka cywilna nie jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 Pzp, jej zdolność prawna w zakresie prawa podatkowego ogranicza się wyłącznie do bycia podatnikiem podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego, natomiast podatnikami podatku dochodowego są wyłącznie wspólnicy spółki cywilnej.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych 11 stycznia 2010 r. pod numerem 5999.

W pkt 10.10.4 siwz zamawiający wymagał złożenia przez wykonawcę zaświadczeń właściwego oddziału ZUS oraz właściwego naczelnika Urzędu Skarbowego wystawionych na wykonawcę.

Odwołujący się wraz z ofertą złożyli zaświadczenia wystawione przez: Oddział ZUS w Opolu nr 2400411ZN10/000192 z 12 stycznia 2010 r. oraz naczelnika II Urzędu Skarbowego w Opolu nr DR 490 – 1816/09 z 12 listopada 2009 r. dotyczące Przedsiębiorstwa Wielobranżowo - Usługowe „BEST - OPEBEL” S.C.

Zamawiający pismem z dnia 9 marca 2010r. wezwał odwołujących się do uzupełnienia braków przez złożenie:

- zaświadczenia z właściwego organu podatkowego oraz ZUS o niezaleganiu z zapłatą należności podatkowych i składowych (w tym Zamawiający zażądał, aby zaświadczenia te złożone były na każdego ze współników oraz na samą spółkę)
- uprawnień do sprawowania samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie przez osobę wpisaną na listę członków właściwej izby zawodowej w zakresie sieci sanitarnych,
- referencji potwierdzających wykonanie o charakterze i złożoności porównywalnej z zakresem zamówienia o wartości 600.000,00 zł.

Odwołujący się wraz z pismem z dnia 12 marca 2010 r. złożyli brakujące dokumenty w postaci uprawnień Pana Mariana Sokołowskiego oraz brakujące referencje, ponadto złożyli ponownie zaświadczenie z ZUS oraz US wystawione na Przedsiębiorstwo Wielobranżowo - Usługowe „BEST - OPEBEL” s. c. i wskazali na niezasadność i brak podstawy prawnej do żądania przez zaświadczeń wystawionych na każdego ze współników z osobna. Stwierdzili, że w sytuacji gdy podmiotem ubiegającym się o zamówienie jest spółka cywilna to tylko i wyłącznie ona winna przedstawić zaświadczenia z ZUS i US, zważywszy na fakt, iż jako podmiot funkcjonujący w obrocie prawnym może być podmiotem na rzecz, którego w/w zaświadczenia są wystawiane.

Izba zważyła, co następuje:

Z uwagi na datę wszczęcia postępowania, w sprawie znajdą zastosowanie przepisy ustawy w brzmieniu sprzed wejścia w życie ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Potwierdzenie zarzutów da mu możliwość uzyskania zamówienia. Niedopuszczalność kwestionowania

wyboru najkorzystniejszej oferty jest bez znaczenia, gdyż odwołujący się złożyli ofertę zawierającą niższą cenę.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 2 pkt 11 Pzp. stanowi, że wykonawcą jest. osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Spółka cywilna nie posiada statusu wykonawcy w rozumieniu przywołanego przepisu.. Stosownie do art. 860 kodeksu cywilnego, znajdującego zastosowanie z mocy art. 14 Pzp, spółka cywilna jest stosunkiem prawno - zobowiązaniowym, którego istotą jest dążenie do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego.

Spółka cywilna nie tworzy odrębnych podmiotowych struktur organizacyjnych, jest jedynie umową zwartą przez jej wspólników, której żaden przepis kodeksu cywilnego nie przyznaje zdolności prawnej odrębnej od zdolności jej wspólników, tak jak ma to miejsce w przypadku jednostek organizacyjnych nie posiadających osobowości prawnej, o których mowa w 33¹ k.c.. Istota spółki cywilnej wyczerpuje się więc w dwu - lub nawet wielostronnym stosunku obligacyjnym, łączącym wspólników (*vide*: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 października 2003 r., sygn. akt 1 CK 201/02, System Informacji Prawnej LEX nr 151608).

Uczestnikami postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wykonawcami w rozumieniu art. 2 pkt 11 Pzp, są wspólnicy spółki cywilnej, których udział w postępowaniu traktowany jest jako wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 23 ust. 1 Pzp.

W tym kontekście ocenić należy, na kogo opiewać mają zaświadczenia wystawione przez właściwego naczelnika Urzędu Skarbowego oraz właściwy oddział ZUS.

Do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio zgodnie z art. 23 ust 3 Pzp.

Obowiązek podatkowy z tytułu podatku dochodowego od osób fizycznych ciąży na wspólnikach spółki cywilnej, a nie na spółce. Na gruncie ustawy z dnia 26 lipca 1991 roku o podatku dochodowym od osób fizycznych (t. j. Dz. U. z 2000 r., Nr 14, poz. 176 ze zm.) nie można dokonywać domniemania, że jakiś podmiot (nie podlegający z mocy ustawy podatkowej obowiązkowi podatkowemu) jest podatnikiem od osiąganego przez siebie dochodu (*vide*: wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 27 kwietnia 2001 r., sygn akt III SA 429/00 LEX nr 54003).

Natomiast spółka cywilna posiada podmiotowość podatkowoprawną, ale wyraźnie przyznaną wyłącznie dla potrzeb stosowania przepisów ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2004 r. Nr 54, poz. 535 ze zm.). Potwierdza to również orzecznictwo. W wyroku z 28 września 2005r., sygn akt I FSK 412/05 (LEX nr 512180) Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, że „na gruncie podatku od towarów i usług podmiotowość prawnopodatkową przyznaje się spółce osobowej jako organizacji wspólników, a nie samym wspólnikom, tym samym wszelkie obowiązki i uprawnienia podatników wynikające z ustawy o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym odnoszą się do tych spółek, a nie bezpośrednio do ich wspólników”.

W konsekwencji stanowisko zamawiającego dotyczące konieczności złożenia przez wspólników spółki cywilnej zaświadczenia dotyczącego indywidualnie każdego z nich oraz spółki cywilnej uznać należy za prawidłowe. Tylko z tak złożonych zaświadczeń wynikać może w sposób nie budzący wątpliwości, stan realizacji zobowiązań prawnopodatkowych, w zakresie wymaganym przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odniesieniu natomiast do zaświadczenia właściwego oddziału ZUS stwierdzić należy, że spółka cywilna jest pracodawcą w rozumieniu art. 3 kodeksu pracy. Zatem w razie zatrudniania pracowników dokonuje ona zgłoszenia pracowników do ubezpieczenia społecznego i odprowadza należne składki.

Wspólnicy spółki cywilnej mogą samodzielnie odprowadzać swoje składki ZUS, w indywidualnych przypadkach może uczynić to również spółka.

Zatem wymaganie złożenia zaświadczenia lub zaświadczeń wystawionych przez właściwy oddział ZUS przez wspólników lub przez spółkę cywilną konkretyzuje się w zależności od okoliczności danego przypadku – tzn. faktu zatrudniania pracowników lub zgłaszania do ubezpieczenia osób i odprowadzania składki z innych tytułów (umów cywilnoprawnych) oraz dokonywania lub nie wymienionych czynności w odniesieniu do wspólników.

Żądanie złożenia zaświadczeń wystawionych przez właściwy oddział ZUS na wspólników i spółkę może, ale nie musi, być zasadne. Zamawiający prowadząc postępowanie nie dokonał takiego ustalenia, nie nastąpiło ono również w toku postępowania odwoławczego – odwołujących się reprezentował wyłącznie pełnomocnik.

Wskazać jednak należy, że nawet ewentualne ustalenie, że wystarczającym dokumentem jest zaświadczenie właściwego oddziału ZUS wystawionego na spółkę cywilną, nie przyniosło by rezultatu w postaci uwzględnienia odwołania.

Izba uznała bowiem, że czynność wykluczenia odwołujących się, niosąca *ex lege* z mocy art. 24 ust. 4 Pzp skutek w postaci uznania oferty za odrzuconą, dokonana przez zamawiającego

jest prawidłowa, z uwagi na brak złożenia wymaganych w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami zaświadczeń właściwego naczelnika urzędu skarbowego.

Wskazać też należy, że brak jest prawnej możliwości ponownego wezwania odwołujących się do uzupełnienia zaświadczeń ZUS wystawionych na wspólników. Czynność wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, ma bowiem, co do zasady, charakter jednokrotny w odniesieniu do konkretnej okoliczności faktycznej – w tym przypadku uzupełnienia wymaganego dokumentu. Jej ewentualne ponowienie naruszałoby zasady równego traktowania wykonawców – art. 7 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z art. 7 ust. 3 Pzp zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Naruszeniem przepisów jest udzielenie zamówienia wykonawcy, który podlega wykluczeniu. Zatem powoływanie się przez odwołujących na fakt złożenia oferty z najniższą ceną pozbawiony jest doniosłości prawnej.

W razie niezłożenia przez prawidłowo wezwanego, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, wykonawcę wymaganych dokumentów zamawiający wyklucza wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Dokonanie wykluczenia w razie stwierdzenia przesłanek dokonania tej czynności jest czynnością obowiązkową, której zaniechanie naruszałoby prawo.

Zamawiający nie dopuścił się zarzucanych mu naruszeń ustawy Prawo zamówień publicznych.

W tym stanie rzeczy, Izba na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp oddaliła odwołanie, orzekając o kosztach na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.

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 **Opolu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....