

**WYROK**

**z dnia 17 listopada 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie **16 listopada 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **23 października 2020 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Firma Budowlana „ANNA-BUD” sp. z o.o. z siedzibą w Komornikach** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Opracowanie dokumentacji projektowej oraz wytworzenie składowiska aktywów trwałych poprzez wybudowanie nowych siedzib Oddziałów Terenowych w Kielcach i Gorzowie Wielkopolskim w systemie „zaprojektuj-buduj” według ujednoczonych standardów TVP (nr postępowania ZP/TINT/23/2020)*

prowadzonym przez zamawiającego: **Telewizja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego:

- A. MGBUILDING sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Kielcach** – po stronie Odwołującego
- B. PBO ŚLĄSK sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu i WODPOL sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia** – po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2.** Kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez niego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 Warszawie**.

## Uzasadnienie

Telewizja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Opracowanie dokumentacji projektowej oraz wytworzenie składnika aktywów trwałych poprzez wybudowanie nowych siedzib Oddziałów Terenowych w Kielcach i Gorzowie Wielkopolskim w systemie „zaprojektuj-buduj” według ujednoczonych standardów TVP* (nr postępowania ZP/TINT/23/2020).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 29 maja 2020 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S\_104 pod poz. 249734.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

13 października 2020 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej wspólnie przez PBO ŚLĄSK sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu i WODPOL sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu {dalej łącznie określani również jako „Konsorcjum”}.

23 października 2020 r. Firma Budowlana „ANNA-BUD” sp. z o.o. z siedzibą w Komornikach {dalej również zwane: „Odwołujący”} wniosła w formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od zaniechania wykluczenia Konsorcjum lub zaniechania wezwania go do uzupełnienia dokumentów.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 7a lub 7b w zw. z art. 184 – przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z postępowania, pomimo nieprzedłużenia przez nie ważności wadium, a w konsekwencji nieskuteczne wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.
2. Art. 26 ust. 3 – przez zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia: po pierwsze – oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do grupy kapitałowej oraz, po drugie – oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby dotyczącego wydania prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne albo –w przypadku wydania takiego wyroku lub decyzji – dokumentów potwierdzających dokonanie płatności tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami

lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłaty tych należności.

3. Art. 7 ust. 1 i 3 – w konsekwencji powyższych naruszeń.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Wykluczenia Konsorcjum lub odrzucenia jego oferty.  
ewentualnie
3. Nakazania wezwania Konsorcjum trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp do złożenia brakujących dokumentów oraz ponownej oceny i badania ofert.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Z uzasadnienia odwołania wynikają następujące okoliczności faktyczne odnośnie wadium wniesionego przez Konsorcjum:

- zgodnie z pkt 8.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „SIWZ”} Zamawiający wymagał wniesienia wadium w kwocie 500 tys. zł.;
- Konsorcjum wraz ofertą przedłożyło gwarancję ubezpieczeniową podpisaną przez panią B. S. oraz pełnomocnictwo, w którego treści wskazano, że osoba ta jest uprawniona do wydawania gwarancji ubezpieczeniowych do wysokości 600 tys. zł.;
- pismem z 24 września 2020 r. Zamawiający na podstawie art. 184 pzp wezwał Konsorcjum do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy;
- w odpowiedzi Konsorcjum przedłożyło aneks nr 1 do ww. gwarancji, przedłużający jej ważność do 31 października 2020 r. (zmiana pkt 3 gwarancji z 3 sierpnia 2020 r.), podpisany przez panią M. K., oraz pełnomocnictwo dla tej osoby, w którego treści zastrzeżono, że osoba ta posiada umocowanie do wydawania gwarancji ubezpieczeniowych do wysokości 300.000 zł dla każdej pojedynczej gwarancji oraz 500.000 zł dla wszystkich jednocześnie czynnych gwarancji przetargowych wystawionych na zlecenie jednego podmiotu.

Odwołujący zarzucił w tych okolicznościach, że ponieważ z powyższego pełnomocnictwa wynika, że p. M. K. nie posiadała umocowania do wystawiania pojedynczej gwarancji na wartość 500.000 zł, nie posiadała też umocowania do skutecznego przedłużenia ważności gwarancji złożonej przez Konsorcjum, gdyż w tym przypadku nie mamy do czynienia z kilkoma (co najmniej dwoma) jednocześnie czynnymi gwarancjami przetargowymi, a jedną gwarancją aneksowaną wyłącznie co do terminu ważności. W

konsekwencji Konsorcjum nie przedłużyło w sposób skuteczny ważności wadium i powinno zostać wykluczone z postępowania na podstawie art. 184 ustawy pzp, ewentualnie oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy pzp.

Odwołujący podniósł, że z uwagi na charakter i znaczenie wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia możliwość zaspokojenia się z wadium przez zamawiającego nie powinna budzić żadnych wątpliwości ani ryzyka po stronie zamawiającego. Otrzymane wadium, w tym przypadku w formie gwarancji ubezpieczeniowej, musi dawać zamawiającemu bezwzględność pewności co do ważności i skuteczności udzielonego zabezpieczenia. Jak wskazuje się w orzecznictwie: *wadium stanowi finansowe zabezpieczenie interesów zamawiającego przed ogólnie pojętym nierzetelnym wykonawcą. Z uwagi na powyższe kwestia skuteczności wniesienia wadium musi być dokonywana rygorystycznie, ponieważ zabezpieczenie oferty wadium i związana z tym możliwość zaspokojenia się zamawiającego w razie wystąpienia okoliczności wskazanych w przepisach ustawy Pzp muszą pozostawać poza sferą domniemań* (wyrok Izby z 6 czerwca 2019 r. sygn. akt KIO 830/19).

Odwołujący zarzucił dodatkowo, że skoro według art. 85 ust. 4 ustawy pzp przedłużenie terminu związania ofertą jest skuteczne tylko z jednoczesnym przedłużeniem ważności wadium, Konsorcjum nie przedłużając skutecznie ważności wadium tym samym nie przedłużyło też skutecznie terminu związania ofertą. Jak wskazuje się w orzecznictwie: *złożenie samego oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą bez jednoczesnego przedłużenia ważności wadium, jest także nieskuteczne i zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp* (wyrok Izby z 15 lipca 2019 r. sygn. akt KIO 1222/19).

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Z uzasadnienia odwołania wynikają następujące okoliczności faktyczne odnośnie dokumentów złożonych przez Konsorcjum w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 pzp:

- brakuje wśród nich oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do grupy kapitałowej (co Odwołujący ustalił na podstawie korespondencji pomiędzy Zamawiającym a Konsorcjum udostępnionej na jego wniosek przez Zamawiającego);
- Konsorcjum, które korzysta dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu z zasobów spółki cywilnej Team s.c. J. G., W. K., W. K. (NIP 655-10-07-308), w zakresie wykazania, że nie wydano prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne albo – w przypadku wydania takiego wyroku lub decyzji –

wykazania, że dokonano płatności tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami lub zawarto wiążące porozumienia w sprawie spłaty tych należności – przedłożyło oświadczenia wyłącznie wspólników spółki cywilnej, a brak takiego oświadczenia dla spółki cywilnej.

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił, że Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 pzp, gdyż zaniechał wezwania w trybie tego przepisu do uzupełnienia brakujących oświadczeń, pomimo że :

- Konsorcjum nie wypełniło obowiązku z art. 24 ust. 11 pzp;
- spółka cywilna jest zarówno podatnikiem podatku VAT i podatku akcyzowego, jak i płatnikiem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne (jak wskazano w wyroku Izby z 5 kwietnia 2016 r. sygn. akt KIO 420/16 możliwa jest praktyka w której spółka odgrywa rolę płatnika składek zarówno za wspólników, pracowników jak i innych zatrudnionych osób podlegających ubezpieczeniom. Wtedy ciąży na niej obowiązek zgłoszenia w ZUS płatnika składek, czyli spółki, pracowników oraz wspólników prowadzących działalność gospodarczą).

Do postępowania odwoławczego w tej sprawie przystąpili:

- MGBUILDING sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Kielcach {dalej: „MGbuilding”} – po stronie Odwołującego, wnosząc o uwzględnienie odwołania;
- Konsorcjum {dalej również określane jako „Przystępujący”} – po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

W piśmie z 16 listopada 2020 r. Przystępujący następująco odniósł się do poszczególnych zarzutów.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Przystępujący zauważył, że zarzut odwołania został oparty na zakresie umocowania opisanym w pkt 1) pełnomocnictwa z 20 maja 2020 r. nr BZA/07/20/05/2020, z pominięciem pkt 2) tego dokumentu, z którego wynika upoważnienie p. K. do udzielania gwarancji ubezpieczeniowych w ramach zawartych przez InterRisk TU S.A. Vienna Insurance Group (dalej „InterRisk” lub „Ubezpieczyciel”) umów generalnych, do wysokości limitów określonych w tych umowach.

Przystępujący podał również, że:

- 17 lipca 2019 r. Przystępujący zawarł z Ubezpieczycielem umowę generalną o udzielanie ubezpieczeniowych gwarancji kontraktowych nr GC04/0552, zmienioną aneksem nr 1 (dalej: „Umowa generalna”), która określa m.in. limity dla poszczególnych rodzajów gwarancji ubezpieczeniowych, w tym limity dla gwarancji ubezpieczeniowych zapłaty wadium;

- na dzień podpisania przez panią K. gwarancji wadialnej złożonej w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia stosowny limit nie był i nie został przekroczony;
- takie umocowanie pani K. potwierdza również oświadczenie InterRisk z 27 października 2020 r. (załącznik nr 3 do odwołania).

Stąd zdaniem Przystępującego należy uznać, że p. K. była skutecznie umocowana, a Konsorcjum skutecznie przedłużyło wadium, jak również skutecznie przedłużyło termin związania ofertą oświadczeniem z 1 października 2020 r.

{ad pkt 2. listy zarzutów – oświadczenia dot. grupy kapitałowej}

Przystępujący podał, że przekazał Zamawiającemu stosowne oświadczenia, odrębnie dla każdego z członków Konsorcjum, 5 sierpnia 2020 r., co potwierdza wydruk korespondencji z platformy, na której prowadzone jest postępowanie (załącznik nr 4 do odwołania).

W konsekwencji według Przystępującego zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 pzp jest bezzasadny.

{ad pkt 2. listy zarzutów – oświadczenia dot. spółki cywilnej}

Według Przystępującego z treści złożonych oświadczeń wynika, że zostały złożone przez poszczególnych wspólników spółki cywilnej w związku z udziałem w tym postępowaniu w imieniu zarówno poszczególnych wspólników, jak i całej spółki, o czym świadczy sformułowanie: *Na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego: „Opracowanie dokumentacji projektowej oraz wytworzenie składników aktywów trwałych poprzez wybudowanie nowych siedzib Oddziałów Terenowych w Kielcach i Gorzowie Wielkopolskim w systemie „zaprojektuj-buduj” według ujednoczonych standardów TVP”. Oznaczenie sprawy: ZP/TINT/23/2020, w imieniu: [tu odpowiednio w poszczególnych dokumentach wskazano odpowiednio: J. G., W. K. lub W. K. – przypis Przystępującego] – będącego wspólnikiem spółki cywilnej Team s.c. J. G., W. K., W. K., ul. Wolska Polskiego 16. Busko-Zdrój, NIP: 65510-07-308.*

Dla uniknięcia wątpliwości Przystępujący załączył również dodatkowo oświadczenie Team s.c. J. G. W. K., W. K. potwierdzające, że intencją wspólników było złożenie oświadczenia w zakresie dotyczącym zarówno spółki, jak i wspólników (załącznik nr 6 do odwołania).

Niezależnie od powyższego Przystępujący, jak oświadczył z daleko idącej ostrożności, podniósł, co następuje.

Złożone oświadczenie nie może dotyczyć wyłącznie spółki cywilnej, gdyż nie posiada ona osobowości prawnej, a zatem nie jest też podmiotem praw i obowiązków. Ponieważ

właścicielami majątku spółki cywilnej są jej wspólnicy, za zobowiązania spółki cywilnej, w tym zaległości w regulowaniu zobowiązań publicznoprawnych, w tym podatkowych i wobec ZUS, nie ona odpowiada, ale jej wspólnicy.

Na podstawie art. 866 Kodeksu cywilnego do reprezentacji spółki cywilnej umocowany jest każdy wspólnik w takich granicach, w jakich jest uprawniony do prowadzenia jej spraw. Ponieważ spółka cywilna nie ma podmiotowości prawnej na gruncie prawa cywilnego (brak zdolności prawnej), stroną czynności dokonywanej przez reprezentanta spółki jest on sam, a nie spółka cywilna. Adresatem decyzji administracyjnej są wspólnicy spółki cywilnej, ponieważ spółka prawa cywilnego nie ma osobowości prawnej ani zdolności prawnej, także w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej. W konsekwencji, wydanie przez organ decyzji administracyjnej w stosunku do spółki cywilnej a nie do jej wspólników jest skierowaniem decyzji do podmiotu niebędącego stroną w sprawie, a w konsekwencji jest przesłanką stwierdzenia nieważności decyzji (por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 25 kwietnia 2003 r. sygn. akt IV SA 2659/01: *Spółka cywilna nie ma przymiotu strony, w rozumieniu art. 28 Kpa, w postępowaniu administracyjnym. Nie może wobec tego skutecznie wszcząć postępowania administracyjnego, a w konsekwencji nie może też być adresatem decyzji administracyjnej*).

Skoro spółka prawa cywilnego nie ma osobowości prawnej ani zdolności prawnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej ani nie jest również podmiotem prawnym odrębnym od wspólników, lecz wielostronnym stosunkiem zobowiązaniowym łączącym wspólników, to w decyzji organu oznaczeni muszą być wspólnicy tej spółki, którzy są traktowani jako osoby prowadzące działalność gospodarczą i mające zdolność sądową (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 17 stycznia 2017 r. sygn. akt VII Ua 74/16).

Na gruncie orzecznictwa Sądu Najwyższego stwierdza się, że: *Spółka cywilna nie jest pracodawcą w rozumieniu art. 3 KP w związku z art. 4 pkt 2 lit. a ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (tj. Dz.U. z 2017 r, poz. 1778 ze zm.)*

*(...) obecnie dominuje pogląd kontestujący możliwość posiadania przez spółkę cywilną statusu pracodawcy w rozumieniu art. 3 KP Konwersję stanowiska Sądu Najwyższego należy wiązać ze zmianą definicji przedsiębiorcy. W nowszym orzecznictwie odstąpiono od poglądu, że spółka cywilna może być pracodawcą. Argumenty przemawiające za zmianą zapatrywania klarownie przedstawił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 4 marca 2015 r., I UK 255/14. Wskazał, że prezentowane wcześniej stanowisko było zakotwiczone w treści art. 2 ust. 2 ustawy z dnia 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej. Niemniej, na gruncie obecnego stanu prawnego: Przedsiębiorcą w rozumieniu tych przepisów [ustawy o swobodzie działalności gospodarczej — przypis Przystępującego] jest osoba fizyczna,*

*osoba prawna oraz niemająca osobowości prawnej spółka prawa handlowego, która zawodowo, we własnym imieniu podejmuje i wykonuje działalność gospodarczą. Za przedsiębiorców uznaje się także wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 czerwca 2014 r., II UZ 34/14). W tym miejscu nie można też pominąć wypowiedzi zawartej w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 13 marca 2012 r., II PK 170/11. Stwierdził on, że spółka cywilna nie ma podmiotowości prawnej i jest zobowiązaniem (umową) zawartą do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego (art. 860 KC). Wspólnicy (czy wspólnicy-przedsiębiorcy) tworzący spółkę cywilną nie są indywidualnymi pracodawcami pracownika, lecz każdy z nich działa jako pracodawca, tylko dlatego że jest w umowie spółki cywilnej i pozwało mu na to umowo spółki oraz ustawa (art. 865 § 1 KC). Spółka cywilna jest kontraktem (umową) i jako taka nie może być pracodawcą, bo sama w sobie nie jest podmiotem prawa.*

*(...) Spółki prawa cywilnego nie mieszczą się w żadnej kategorii podmiotów wymienionych w art. 29 KPA [tj. strony postępowania administracyjnego — przypis Przystępującego]. Nie posiadają one osobowości prawnej i nie są jednostkami organizacyjnymi niebędącymi osobami prawnymi, którym odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną. Jak wyjaśnił Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 21 sierpnia 2008 r., II OSK 952/07 decyzja skierowana w stosunku do podmiotu, który nigdy nie był i nie mógł być stroną, jest aktem nieistniejącym. Stroną postępowania o podleganie ubezpieczeniom społecznym i zapłaty składek powinien być płatnik składek na te ubezpieczenia, czyli pracodawca. Skora nie może nim być spółka cywilna. to status ten przysługuje wspólnikom.*

*(...) Decyzja wymiarowa adresowana do spółki cywilnej podlega uchyleniu jako decyzja nieistniejąca, ponieważ spółka taka nie jest płatnikiem składek w rozumieniu art. 4 pkt 2a ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1778 ze zm.). Spółki prawa cywilnego nie mieszczą się w żadnej kategorii podmiotów wymienionych w art. 29 KPA. Nie posiadają one osobowości prawnej i nie są jednostkami organizacyjnymi niebędącymi osobami prawnymi, którym odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną. Jak wyjaśnił Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 21 sierpnia 2008 r., II OSK 952/07 decyzja skierowana w stosunku do podmiotu, który nigdy nie był i nie mógł być stroną, jest aktem nieistniejącym (wyrok Sądu Najwyższego z 14 grudnia 2017 r., sygn. akt II UK 643/16; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 3 czerwca 2006 r. sygn. akt II OSK 602/07; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z 7 lipca 2015 r. sygn. akt III SA/GI 965/15).*

Podobnie w wyroku Sądu Najwyższego z 9 maja 2017 r. sygn. akt II PK 68/16 wskazuje się, że: *Przedsiębiorstwo (art. 55111 KC) utworzone w ramach spółki cywilnej nie*



*może aktualnie zatrudniać pracowników we własnym imieniu i działa no rachunek wspólników. (...) Nie ma natomiast koniecznej dla uzyskania statusu pracodawcy zdolności zatrudniania we własnym imieniu pracowników. Podmiotami praw i obowiązków spółki są zatem wszyscy wspólnicy łącznie i to oni są „zbiorowym” pracodawcą dla zatrudnianych pracowników.*

Z powyższego względu w sprawach dotyczących stosunku ubezpieczenia społecznego osób wykonujących pracę w spółce cywilnej (w tym również składek na te ubezpieczenia) spółkę reprezentują wszyscy jej wspólnicy, będący solidarnie płatnikiem składek na te ubezpieczenia (postanowienie Sądu Najwyższego z 5 października 2016 r. sygn. akt II UZ 34/16, analogicznie postanowienie Sądu Najwyższego z 16 czerwca 2014 r. sygn. akt II UZ 34/14).

*Spółka cywilna w obecnym stanie prawnym nie posiada podmiotowości prawnej, jest natomiast wyłącznie stosunkiem o charakterze zobowiązaniowym (umową), zawartym pomiędzy co najmniej dwoma podmiotami (art. 860 § 1 KC). Nie może być też uznana za pracodawcę, a więc również za płatnika składek na ubezpieczenia społeczne zatrudnionych pracowników. Konsekwencją braku po stronie spółki cywilnej przymiotu pracodawcy (płatnika składek) jest niemożliwość występowania takiej spółki w postępowaniu sądowym jako strony (spółka cywilna, jako nieposiadająca podmiotowości prawnej (wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 27 maja 2015 r. sygn. akt III AUa 2231/14). Analogiczne stanowisko zajął również Sąd Najwyższy w postanowieniu z 17 czerwca 2014 r. sygn. akt II UZ 34/14, stwierdzając, że: Płatnikiem składek na ubezpieczenia społeczne pracowników nie jest spółka cywilna, ale solidarnie wszyscy jej wspólnicy.*

Podobnie na gruncie prawa podatkowego: *Ponieważ spółka cywilna nie dysponuje organem uprawnionym do jej reprezentowania, w postępowaniu podatkowym może działać jedynie zasadach określonych w Kodeksie cywilnym w art. 865 i art. 865, czyli przez wspólników (postanowienie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie z 7 października 2010 r. sygn. akt I SA/OI 286/10)*

Tym samym postępowanie podatkowe prowadzone z udziałem spółki cywilnej jest postępowaniem podatkowym prowadzonym z udziałem oraz wobec jej wspólników, w związku z tym, że to wspólnicy spółki cywilnej ponoszą odpowiedzialność za jej zobowiązania podatkowe, w tym zaległości: *Spółka cywilna jako jednostka organizacyjna osobowości prawnej posiada wprawdzie wyodrębniony majątek, właścicielem tego majątku nie jest jednak spółka, lecz wspólnicy na zasadzie współwłasności łącznej (art. 863 Kodeksu cywilnego). Z tego właśnie względu, a także z uwagi na odpowiedzialność solidarną wspólników za zobowiązania spółki, decyzja wymiarowa w podatku od towarów i usług powinna być kierowana jednocześnie do spółki i wspólników będących współwłaścicielami*

*łącznymi majątku spółki. Zgodnie bowiem z art. 864 Kodeksu cywilnego za zobowiązania spółki wspólnicy ponoszą odpowiedzialność solidarnie i' to nie tylko z majątku spółki, ale również z majątku odrębnego każdego z nich (wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 5 września 2013 r. sygn. akt I FSK 1338/12).*

Przystępujący podsumował, że ponieważ wspólnicy są zarówno płatnikiem wszystkich składek, w tym na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, jak i zobowiązań podatkowych solidarnie, jak również występują w postępowaniach jako strony i adresaci decyzji administracyjnych, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 15 pzp, oświadczenia złożone przez wszystkich wspólników rodzą więc skutki również bezpośrednio dla spółki cywilnej.

Przystępujący zaznaczył również, że również na gruncie przepisów ustawy pzp spółka cywilna nie jest traktowana jako odrębny podmiot, a w przypadku ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego lub udziału w postępowaniu jako podmiot udzielający zasoby to wspólnicy spółki cywilnej, a nie sama spółka jest traktowana jako wykonawca, stąd w postępowaniu o udzielenie zamówienia dokumenty i oświadczenia są składane przez wspólników, a nie spółkę.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska, w imieniu przystępującego MGBuliding nikt się nie stawił, pomimo otrzymania zawiadomienia o terminie posiedzenia i rozprawy.

Zamawiający na rozprawie w całości uznał za własne stanowisko zaprezentowane w piśmie Przystępującego, z tą różnicą, że według Zamawiającego załączone do tego pisma nowe oświadczenie wspólników spółki cywilnej TEAM oznacza, że biorąc pod uwagę stan sprawy na moment orzekania nie ma już między stronami sporu, gdyż brakujące ewentualne oświadczenie zostało uzupełnione w odpowiedniej formie za pośrednictwem platformy zakupowej.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia**

**i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie czynności względem Przystępującego uniemożliwia mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, biorąc pod uwagę, że Odwołujący wniósł skargę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 9 października 2020 r. sygn. akt KIO 2195/20 oddalający jego poprzednie odwołanie od wykluczenia go z tego postępowania przez Zamawiającego.

{rozpoznanie zarzutów z pkt 1. i 2. (oświadczenia dot. grupy kapitałowej) listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Złożona wraz z ofertą ubezpieczeniowa gwarancja zapłaty wadium nr 02GG04/0552/20/0025 w związku z przedmiotowym postępowaniem o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego (określanego w jej treści mianem „Beneficjenta gwarancji”) została wystawiona 3 sierpnia 2020 r. na wniosek PBO Śląsk sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu {dalej również „PBO Śląsk”}, określanego dalej w jej treści mianem „Zobowiązanego”, jako reprezentującego Konsorcjum (którego skład został wskazany), podpisana została w imieniu InterRisk Towarzystwa Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group z siedzibą w Warszawie {dalej również: „InterRisk”} przez jego pracownika, panią B. S. .

Zgodnie z brzmieniem złożonego przez Konsorcjum Zamawiającemu wraz z Aneksem nr 1 z 30 września 2020 r. do powyższej gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium (przedłużającym termin jej ważności na przedłużony okres związania ofertą) pełnomocnictwem nr BZA10712010512020 z 20 maja 2020 r. InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group z siedzibą w Warszawie {dalej również: „InterRisk”} udzieliło swojemu pracownikowi, pani M. K. pełnomocnictwa do, jak to sformułowano:

1) zawierania umów o udzielanie gwarancji ubezpieczeniowych oraz do wydawania

*gwarancji ubezpieczeniowych w wykonaniu tych umów:*

*- gwarancji zapłaty wadium – do wysokości 300.000 (słownie: trzysta tysięcy) złotych dla każdej pojedynczej gwarancji oraz 500.000 (słownie: pięćset tysięcy) złotych dla wszystkich jednocześnie czynnych gwarancji przetargowych wystawionych na zlecenie jednego podmiotu; gwarancja należytego wykonania kontraktu – do wysokości 500.000 (słownie: pięćset tysięcy) złotych dla każdej pojedynczej gwarancji oraz 1.000.000 (słownie: jeden milion) złotych dla wszystkich jednocześnie czynnych gwarancji należytego wykonania kontraktu wystawionych na zlecenie jednego podmiotu, gwarancja usunięcia wad i usterek – do wysokości 500.000 (słownie: pięćset tysięcy) złotych dla każdej pojedynczej gwarancji oraz 1.000.000 (słownie: jeden milion) złotych dla wszystkich jednocześnie czynnych gwarancji usunięcia wad i usterek wystawionych na zlecenie jednego podmiotu.*

*Zawieranie przez Pełnomocnika umów o wystawienie gwarancji ubezpieczeniowych oraz wydawanie gwarancji ubezpieczeniowych przekraczających wartości określone w niniejszym pełnomocnictwie wymaga odrębnego pełnomocnictwa.*

*2) udzielania gwarancji ubezpieczeniowych w ramach zawartych przez InterRisk TU S.A. Vienna Insurance Group umów generalnych, do wysokości limitów określonych w tych umowach.*

Załączone do gwarancji wadialnej pełnomocnictwo nr BZA/08/20/05/2020 z 20 maja 2020 r. udzielone przez InterRisk pani B. S. miało (z wyjątkiem wyższej wysokości poszczególnych limitów w pkt 1) identyczne brzmienie.

Przystępujący udowodnił, że PBO Śląsk sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu zawarł uprzednio z InterRiskiem 17 lipca 2019 r. Umowę generalną o udzielanie ubezpieczeniowych gwarancji kontraktowych nr GG04/0552, zgodnie z której treścią PBO Śląsk, określanej dalej w jej treści mianem „Zobowiązanego”, regulującą zasady udzielania przez InterRisk m.in. ubezpieczeniowych gwarancji zapłaty wadium w związku ze składanymi przez Zobowiązanego, w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej, ofertami w przetargach organizowanych przez beneficjentów gwarancji, w tym limity, których aktualna wysokość wynika z Aneksu nr GGOU05521A04 z 13 sierpnia 2020 r. {oba dokumenty zostały załączone do odwołania}.

Odwołujący załączył również do odwołania pismo z 17 października 2020 r., w którym InterRisk potwierdza, że:

- po pierwsze – Aneks nr 1 z 30 września 2020 r. do Ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium nr 02GG04/0552/20/0025 podpisany na podstawie pkt 2 pełnomocnictwa nr BZA/07/20/05/2020 przez panią M. K., został ważnie udzielony w ramach obowiązującej Umowy generalnej Nr GG04/0552 z 17 lipca 2019 r. z późniejszymi aneksami zawartej z PBO Śląsk;

- po drugie – na dzień wystawienia ww. Aneksu nr 1 nie zostały przekroczone kwoty limitów określone w powyżej wymienionej umowie generalnej.

Reasumując, Przystępujący udowodnił, że pani M. K. była umocowana do przedłużenia ważności gwarancji ubezpieczeniowej złożonej przez Konsorcjum jako wadium Zamawiającemu w przedmiotowym postępowaniu.

Natomiast Odwołujący, na którym z mocy art. 190 ust. 2 pzp w zw. z art. 14 pzp i art. 5 Kodeksu cywilnego {dalej również: „Kc”} spoczywał ciężar udowodnienia zarzutów odwołania, nie tylko nie sprostował temu z racji nieprzedstawienia żadnych dowodów przeciwnych, ale w ogóle pozbawił się możliwości takiego dowodzenia w tym postępowaniu odwoławczym, z uwagi na sposób sformułowania zarzutów w odwołaniu, które oparte są wyłącznie na powołaniu się na pkt 1. powyżej przytoczonego pełnomocnictwa (i to nawet w niepełnym brzmieniu), pomijając milczeniem treść pkt 2. tego pełnomocnictwa.

Natomiast zgłoszony przez Odwołującego wniosek dowodowy w postaci pisma brokera był zbędny, gdyż dotyczył bezspornej okoliczności, że pkt 1. pełnomocnictwa nie upoważniał pani K. do przedłużenia terminu ważności gwarancji wadilanej.

W dokumentacji postępowania prowadzonej przez Zamawiającego znajdują się odrębne oświadczenia PBO Śląsk i Wodpolu sp. z o.o. w kwestii przynależności lub braku przynależności do grupy kapitałowej, które zostały przesłane Zamawiającemu przez Konsorcjum 5 sierpnia 2020 r., a ponadto na rozprawie okazał się niesporny fakt, że znajduje to potwierdzenie na elektronicznej platformie zakupowej, na której prowadzone jest postępowanie.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania są oczywiście niezasadne.

Zarzuty odwołania nieskutecznego przedłużenia wadium przez Konsorcjum, a w konsekwencji również nieskuteczności przedłużenia terminu związania ofertą Konsorcjum, co miałyby powodować naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 7a i 7n ustawy pzp, rozpatrywane przez Izbę zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp, okazały się być oczywiście bezzasadne.

Według art. 192 ust. 7 pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie (zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12).

Skoro Odwołujący zdecydował się oprzeć swój zarzut na ograniczeniu podnoszonych

okoliczności faktycznych wyłącznie do jednego z dwóch obowiązujących postanowień pełnomocnictwa, nie mógł po upływie zawitego terminu na wniesienie odwołania rozszerzyć tego zarzutu na rozprawie, choćby przez podnoszenie na rozprawie dlaczego jego zdaniem to drugie postanowienie nie mogło być podstawą umocowania dla osoby, która podpisała aneks do ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej, gdyż takie twierdzenia mógł i powinien zawrzeć już w odwołaniu. Natomiast polemika w tym zakresie dopiero na rozprawie jest spóźnioną i nieuprawnioną próbą rozszerzenia wadliwie sformułowanego, bo zbyt wąsko, zarzutu odwołania.

Jak to trafnie uprzednio Izba wskazała w uzasadnieniu wyroku z 7 sierpnia 2014 r. sygn. akt KIO 1529/14: *Zarzut oparty o błędnie przywołane okoliczności faktyczne, w czym zawiera się również pominięcie takich okoliczności, należy uznać za oczywiście niezasadny, co okazało się również adekwatne w okolicznościach tej sprawy.*

Podobnie skoro oświadczenia dotyczące kwestii przynależności grupy kapitałowej faktycznie zostały złożone (co Odwołujący mógł zresztą sprawdzić we własnym zakresie przed wniesieniem odwołania), również w tym zakresie zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 pzp jest oczywiście niezasadny, gdyż jest bezprzedmiotowy.

{rozpatrzenie zarzutu z pkt 2. listy zarzutów (oświadczenia dotyczące spółki cywilnej)}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Z treści {zacytowanej adekwatnie powyżej w piśmie Przystępującego} złożonych przez Konsorcjum w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 pzp trzech odrębnych oświadczeń J. G., W. K. i W. K., działających jako wspólnicy spółki cywilnej Team J. G., W. K., W. K., wynika, że zarówno w stosunku do tych przedsiębiorców, jak i w stosunku do spółki cywilnej, w ramach której prowadzą działalność gospodarczą nie wydano prawomocnego wyroku lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne.

Nie ma przy tym znaczenia, że oświadczenie załączone do pisma Przystępującego zostało sformułowane bardziej jednoznacznie, gdyż na zasadzie art. 14 ustawy pzp w zw. z art. art. 65 § 1 kc oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje, a według art. 65<sup>1</sup> kc przepisy o oświadczeniach woli stosuje się odpowiednio do innych oświadczeń. Stąd zakwestionowane w odwołaniu oświadczenia, że spółka cywilna Team J. G., W. K., W. K. jako podmiot udostępniający swoje zasoby Konsorcjum nie podlega wykluczeniu z postępowania w zakresie, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy pzp,

zasady współzycia społecznego nakazują interpretować jako złożone w celu wykazania tych okoliczności, a nie odwrotnie.

Niezależnie od powyższego Izba w pełni podziela wywód prawny zawarty w piśmie przystępującego (który powyżej został już zrelacjonowany) i wynikającą z niego konkluzję, że niezależnie od tego, czy przepisy prawnopodatkowe oraz z zakresu ubezpieczeń społecznych i zdrowotnych przyznają w ograniczonym zakresie quasi podmiotowość spółce cywilnej, jest ona wyłącznie stosunkiem cywilnoprawnym stosunkiem zobowiązaniowym (umową), w konsekwencji *de lege lata* zarówno w postępowaniu administracyjnym, jak i sądowym nie może działać inaczej niż przez swoich współników, a zatem decyzje administracyjne i wyroki dotyczące zobowiązań publicznoprawnych w związku z prowadzeniem działalności gospodarczej w ramach spółki cywilnej dotyczą solidarnie wszystkich jej współników.

Skoro zatem na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 15 pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, wobec którego wydano prawomocny wyrok sądu lub ostateczną decyzję administracyjną o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, nie ma możliwości, aby prawidłowy wyrok sądu lub decyzja administracyjna nie wskazywał wszystkich współników spółki cywilnej jako zobowiązanych solidarnie za te zobowiązania publicznoprawne.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzut odwołania jest bezzasadny.

Również w tym zakresie zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 pzp należy uznać za bezprzedmiotowy, gdyż w zakresie podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 15 pzp stosowne oświadczenia dla podmiotu udostępniającego swoje zasoby Konsorcjum zostały złożone i nie wymagają żadnego uzupełnienia.

Dla rozstrzygnięcia sprawy nie miało zatem znaczenia, że Izba nie mogła wziąć pod uwagę w ramach stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania, o którym mowa w art. 191 ust. 2 pzp, nowego oświadczenia załączonego do pisma Przystępującego. Skoro Zamawiający nie uznał żadnego z zarzutów odwołania ani tym bardziej nie unieważnił wyboru najkorzystniejszej oferty, aby umożliwić uzupełnienie o poprawione oświadczenie, nie ma również podstaw, aby uznać doręczenie Zamawiającemu odpisu dowodu w postaci takiego oświadczenia za czynność w ramach prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia. Postępowanie odwoławcze prowadzone przed Izbą nie jest bowiem fazą postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez Zamawiającego.

Z tych względów Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp –

orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono w pkt 2. sentencji stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.