

WYROK

z dnia 16 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 grudnia 2013 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: O... K...., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MONTER O..... K.... w Lisowie oraz P..... K....., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą INTERSTALEX P..... K..... w Lisowie w postępowaniu prowadzonym przez Jastrzębską Spółkę Węglową Spółkę Akcyjną, Zakład Logistyki Materiałowej w Jastrzębiu-Zdroju**

przy udziale wykonawcy **Huta Łabędy Spółka Akcyjna w Gliwicach**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: O..... K....., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MONTER O..... K..... w Lisowie oraz P.....**

**K....., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą INTERSTALEX P.....
K..... w Lisowie i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: O..... K....., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MONTER O..... K..... w Lisowie oraz P..... K....., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą INTERSTALEX P..... K..... w Lisowie** tytułem wpisu od odwołania.
- 2.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: O..... K....., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MONTER O..... K..... w Lisowie oraz P..... K....., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą INTERSTALEX P..... K..... w Lisowie** na rzecz **Jastrzębskiej Spółki Węglowej Spółki Akcyjnej, Zakład Logistyki Materiałowej w Jastrzębiu-Zdroju** kwotę **4 356 zł 30 gr** (słownie: cztery tysiące trzysta pięćdziesiąt sześć złotych trzydzieści groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Jastrzębska Spółka Węglowa Spółka Akcyjna – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę strzemion dwujarzmowych do łączenia drzwi obudowy chodnikowej. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 31 grudnia 2012 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: O..... K....., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MONTER O..... K..... w Lisowie oraz P..... K....., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą INTERSTALEX P..... K..... w Lisowie (dalej: odwołujący się) wnieśli odwołanie wobec czynności zamawiającego wskazując, że w siwz w pkt. 15 oraz w ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający zapowiedział zorganizowanie aukcji elektronicznej, która zgodnie z dyspozycją art. 91 a ust.1 miała być prowadzona w sytuacji, gdy w postępowaniu zostaną złożone co najmniej 3 oferty nie podlegające odrzuceniu.

Oferta odwołujących się spośród wszystkich złożonych ofert, w rankingu punktowej oceny, przy zastosowaniu kryterium oceny ofert określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zajmuje pierwszą pozycję. W ich ocenie tylko jeszcze jedna oferta spośród czterech ofert złożonych w postępowaniu nie podlega odrzuceniu.

W ocenie odwołujących się zamawiający zaniechał wykluczenia ofert dwóch wykonawców spośród czterech złożonych w postępowaniu na zadanie nr 2 i zorganizował aukcję elektroniczną, pomimo że w zadaniu tym oferty nie podlegające odrzuceniu złożyło jedynie dwóch wykonawców. Tym samym zamawiający naruszył postanowienia art. 91 a ust. 1, w związku z art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp. Na skutek tych wadliwych czynności zamawiającego odwołujący się utracili możliwość uzyskania zamówienia. Bez przeprowadzania bowiem aukcji elektronicznej oferta odwołujących się powinna być wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący się zarzucili zamawiającemu:

a) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt. 4 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców:

- Konsorcjum firm: Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S. A. ul. Lompy 14, 40-955

Katowice oraz P W DREMEX Sp. z o. o. Rudna Mała 49 a, 36-060 Głogów Małopolski,

- Konsorcjum firm: EK-MET Sp. z o. o. Sp. K. ul. Św. Elżbiety 11, 41-905 Bytom oraz MINERO K..... D..... ul. Św. Elżbiety 11, 41-906 Bytom i w związku z tym zaniechanie uznania ich ofert za odrzucone;

b) naruszenie art. 91 a. ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie aukcji elektronicznej w sytuacji, gdy w postępowaniu oferty niepodlegające odrzuceniu złożyło jedynie dwóch wykonawców;

c) zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 pkt. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący się wnieśli o:

1) uwzględnienie odwołania i nakazanie:

- unieważnienia czynności zorganizowania i przeprowadzenia aukcji elektronicznej,,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w efekcie czego wykluczenie wykonawców:

- Konsorcjum firm: Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S. A. oraz P W DREMEX Sp. z o. o.

- Konsorcjum firm: EK-MET Sp. z o. o. Sp. K. oraz MINERO K..... D.....,

- dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. odwołujący się

2) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołujących się kosztów postępowania odwoławczego według norm prawem przewidzianych na podstawie przedstawionych na rozprawie rachunków.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący się podnieśli, że w dniu 20.12.2012 roku otrzymali od zamawiającego pocztą elektroniczną zaproszenie do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej. Zgodnie z art. 91 a. ust. 1, zamawiający, po dokonaniu oceny ofert w celu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu. Tymczasem analiza treści wskazanych wyżej ofert w świetle zapisów SIWZ wykazała, że:

1. Wykonawca Konsorcjum firm: Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S. A. oraz P W DREMEX Sp. z o. o. powinien podlegać wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp, ponieważ nie spełnił on warunku udziału w postępowaniu określonego przez zamawiającego w SIWZ w pkt. 8.1.3, a mianowicie nie przedstawił wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych, również wykonywanych, dostaw strzemion do łączenia odrzwi obudowy chodnikowej o łącznej wartości co najmniej 16 206 000,00 zł netto wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców. W ofercie Konsorcjum jw. brak jest również dokumentu potwierdzającego należyte zrealizowanie zamówienia jw., Konsorcjum w swej ofercie bowiem (str. 42 oferty) przedstawiło wykaz zamówień, lecz zamówienia te dotyczą dostaw obudowy chodnikowej, nie zaś strzemion do łączenia odrzwi obudowy chodnikowej, jak wymagał zamawiający. Również dokumenty potwierdzające zrealizowanie zamówień (referencje) dotyczą dostaw obudów chodnikowych. Oznacza to, że wykonawca Konsorcjum firm: Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S. A. oraz P W DREMEX Sp. z o. o. nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu.

2. Wykonawca Konsorcjum firm: EK-MET Sp. z o. o. Sp. K. oraz „MINERO” K..... D..... powinien podlegać wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp, ponieważ nie spełnił on warunku udziału w postępowaniu określonego przez zamawiającego w SIWZ w pkt. 7.1.3, a mianowicie nie przedłożył aktualnego zaświadczenia właściwego Naczelnika Urzędu Skarbowego, potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie, lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. W ofercie tego Konsorcjum bowiem (str. 18 - 21) znajdują się jedynie zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach dla EK-MET Sp. z o. o. Sp. K. oraz dla MINERO K..... D..... Tymczasem z informacji z Krajowego Rejestru Sądowego wynika, że współnikami Spółki Komandytowej jw. są EK-MET Sp. z o. o. oraz pani K..... – M..... E..... J..... W interpretacji prawnej Minister Finansów - pismo z 18 stycznia 2005 r. (sygn: SP1-8/063-1/SŻ-1/05/PZ) wskazał,„(...) Należałoby zatem uznać, że w przypadku spółki jawnej, składając ofertę w przetargu publicznym, spółka ta powinna przedstawić zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach przez spółkę oraz odrębnie przez współników tej spółki."

Stanowisko to jest tym bardziej aktualne dla spółki komandytowej, ponieważ zgodnie z powszechnie znaną interpretacją organów podatkowych „W przypadku spółki komandytowej

podatnikiem podatku dochodowego nie jest spółka, lecz każdy wspólnik tej spółki indywidualnie.

Gdyby zatem przyjąć przeciwstawne stanowisko w kwestii wykazania niezalegania z płatnością podatków przez spółkę komandytową, tj. gdyby uznać, że wystarczające będzie przedstawienie zaświadczenia o niezaleganiu z płatnością podatków jedynie od spółki komandytowej, to sprawdzenie tego wymogu byłoby iluzoryczne, a w każdym razie niepełne. Spod kontroli bowiem wymknąłby się w ten sposób zasadniczy podatek, jakim jest podatek dochodowy, którego płatnikami są wspólnicy, a nie spółka komandytowa. Natomiast w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością i spółce akcyjnej podatek dochodowy płaci spółka, nie ma więc żadnego uzasadnienia aby sprawdzać w tym zakresie wspólników.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Podniósł, że wykonawca Konsorcjum firm: Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S. A. oraz P W DREMEX Sp. z o. o. został wykluczony z przedmiotowego postępowania.

Na posiedzeniu w dniu 16 stycznia 2012 roku odwołujący się cofnęli zarzut dotyczący wykonawcy Konsorcjum firm: Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S. A. oraz P W DREMEX Sp. z o. o.

Izba stwierdziła, że stan faktyczny sprawy przedstawiony w odwołaniu, po cofnięciu zarzutu dotyczącego wykonawcy Konsorcjum firm: Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S. A. oraz P W DREMEX Sp. z o. o., jest zgodny z ustaleniami dokonanymi przez Izbę. Ponadto nie jest on sporny pomiędzy stronami i uczestnikiem postępowania.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Istotą rozstrzygnięcia jest zajęcie stanowiska w sprawie, czy wykonawca Konsorcjum firm: EK-MET Sp. z o. o. Sp. K. oraz „MINERO” K..... D..... obowiązany był przedłożyć zaświadczenia o niezaleganiu z podatkami przez wspólników spółki komandytowej.

W ocenie Izby brak jest podstaw prawnych do żądania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przedkładania zaświadczeń przez wspólników spółki komandytowej, która jest wykonawcą w danym postępowaniu.

W myśl art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy zalegają z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, z wyjątkiem przypadków, gdy uzyskali oni przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie, rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu. Z przepisem tym koresponduje przepis § 2 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), zgodnie z którym zamawiający – w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania – żąda aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert.

W obu wskazanych wyżej przepisach mowa jest o wykonawcy, jako tym, który składa wymagane zaświadczenia w celu wykazania, że nie podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Definicję „wykonawcy” w postępowaniu o udzielenie zamówienia zawiera art. 2 pkt 11 ustawy Pzp, zgodnie z którym, ilekroć 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. Oznacza to, że wyłącznie ten podmiot, który zamierza być lub jest stroną umowy o zamówienie publiczne, jest wykonawcą w rozumieniu ustawy. Nie będą zatem wykonawcami wspólnicy spółek zarówno osobowych, jak i kapitałowych. Spółka komandytowa jest jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której Kodeks spółek handlowych przyznał podmiotowość prawną. Spółka może zatem nabywać we własnym imieniu prawa, w tym własność nieruchomości i inne prawa rzeczowe, zaciągać zobowiązania, pozywać oraz być pozywana. W umowie o zamówienie publiczne to spółka, a nie jej wspólnicy, jest wskazana jako strona.

W ocenie Izby należy założyć, że gdyby intencją ustawodawcy było zobowiązanie do przedłożenia stosownych zaświadczeń również wspólników spółek osobowych, wyraźnie by to wskazał. Taki zabieg zastosował na przykład ustawodawca w art. 24 ust. 1 pkt 5, 6 i 7 ustawy Pzp, w których wymienił wspólników spółki jawnej, partnerów spółek partnerskich oraz komplementariuszy w spółkach komandytowych i komandytowo-akcyjnych jako tych, których skazanie za wskazane w ustawie przestępstwa powoduje wykluczenie z postępowania o zamówienie publiczne spółek, w których osoby te są wspólnikami. Ponieważ w pkt. 3 wskazanego przepisu ustawodawca nie przewidział, że zaleganie z podatkami tych osób jest podstawą do wykluczenia spółki z postępowania, brak jest podstaw, by obowiązek przedkładania stosownych zaświadczeń rozciągać również na te osoby.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....