

WYROK
z dnia 29 stycznia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Andrzej Niwicki

Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29.01.2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Energoplus Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Koronna 1A, Energo-Konsulting Sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie, ul. Morska 10, Energocentrum Poznań Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Czesława 12** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Vattenfall Distribution Poland S.A., 44-100 Gliwice, ul. Portowa 14a** protestu z dnia 4 listopada 2009 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Energoplus Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Koronna 1A, Energo-Konsulting Sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie, ul. Morska 10, Energocentrum Poznań Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Czesława 12 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 uiszczzonego przez **Energoplus Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Koronna 1A, Energo-Konsulting Sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie, ul. Morska 10, Energocentrum Poznań Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Czesława 12;**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Energoplus Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Koronna 1A, Energo-Konsulting Sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie, ul. Morska 10, Energocentrum Poznań Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Czesława 12;**

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

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Vattenfall Distribution Poland S.A., w trybie przetargu nieograniczonego na wybór wykonawcy realizującego techniczną obsługę bezpośrednich układów pomiarowych klientów Vattenfall Distribution Poland S.A. (numer postępowania ZP.LDZ/DR/9/2009), wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez ENERGO-MARSZ s.c. z Knuruwa, w dniu 5 listopada 2009 r. konsorcjum: Energoplus Sp. z o.o., Energo-Konsulting Sp. z o.o., Energocentrum Poznań Sp. z o.o. (zwanych dalej Konsorcjum) wniosło protest do zamawiającego (pismo z dnia 4.11.2009r.). Zamawiający rozstrzygnął protest pismem z dnia 17 listopada 2009 r. (przekazanego Konsorcjum faksem w dniu 18.11.2009r), od którego to rozstrzygnięcia wykonawca wniósł w dniu 27 listopada 2009 r. odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (data nadania przesyłki w urzędzie pocztowym operatora publicznego), jednocześnie przekazując jego treść zamawiającemu. Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, zamawiający przekazał wykonawcom w dniu 30 października 2009r.

W odwołaniu wykonawca podtrzymał zarzuty podniesione w proteście naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 26 ust. 3 i 4, art. 24 ust 2 pkt 3 w związku z art. 23 ust. 2 oraz art. 25 ust. 1 pkt 1 PrZamPubl poprzez zaniechanie wykluczenia ENERGO-MARSZ s.c. z postępowania.

Odwołujący wskazywał na brak ustanowienia pełnomocnika do reprezentowania wspólników spółki cywilnej, którzy winni być traktowani jako wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia i do których zastosowanie winien mieć przepis art. 23 ust. 1 i 2 PrZamPubl. Załączone do oferty pełnomocnictwo zostało udzielone tylko przez jednego z wspólników i ma ono charakter pełnomocnictwa ogólnego, natomiast pełnomocnictwo do reprezentowania w postępowaniu jest pełnomocnictwem szczególnym, co wynika z przepisów art. 23 ust. 2 PrZamPubl w związku z art. 98 k.c. Ponadto, odwołujący wskazał na brak załączenia zaświadczeń wydanych przez właściwego naczelnika urzędu skarbowego wystawionych dla każdego ze wspólników spółki cywilnej, potwierdzających brak po ich

stronie zaległości w podatku dochodowym od osób fizycznych. Ostatnia okoliczność, na jaką wskazywał odwołujący dotyczy załączonego wykazu zrealizowanych usług, w którym podane miały zostać nieprawdziwe informacje dotyczące danych podmiotów, wskazujących rzekomo, iż są one operatorami systemu dystrybucyjnego elektroenergetycznego, dla których były świadczone usługi. Ze stwierdzenia, jakoby wykaz usług wskazywać miał na niezgodność z minimalnymi wymogami siwz, odwołujący wywodził brak możliwości żądania jego uzupełnienia oraz wyjaśnienia w trybie art. 26 ust 3 i 4 PrZamPubl. Zdaniem odwołującego, podanie nieprawdziwych informacji nie można uznać za błąd podlegający uzupełnieniu i powinno skutkować wykluczeniem spółki cywilnej z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 PrZamPubl. Powołał się na wybrane orzeczenia KIO w tym zakresie.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie kierując się okolicznościami faktycznymi i prawnymi ustalonymi na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnieniami stron oraz przeprowadzonymi na rozprawie dowodami.

Oddalając zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy ENERGO-MARSZ s.c., KIO miała na uwadze następujące okoliczności faktyczne, ustalone na podstawie dokumentacji postępowania.

Oferta ENERGO-MARSZ s.c. Ewa Szwed, Jerzy Marmurowski (formularz ofertowy oraz wszystkie załączniki), została podpisana przez oboje wspólników. Do oferty zostały załączone m.in. następujące dokumenty:

1. zaświadczenie wystawione przez Naczelnika Urzędu Skarbowego w Gliwicach w dniu 8 września 2009 r. (nr RP-490/-1522/09), z którego wynika, iż wobec podatnika ENERGO-MARSZ s. c. Ewa Szwed, Jerzy Marmurowski nie ujawniono zaległości podatkowych według stanu na dzień 8 września 2009r.,
2. wykaz usług świadczonych przez wykonawców w okresie od 2006 do 2008, zawierającego cztery pozycje,
3. dokumenty potwierdzające, iż usługi wskazane w pkt 2 były świadczone należycie.

Zamawiający pismem z dnia 16 października 2009 r. (LDZ/DR/1171/2009/9/135956) wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących, między innymi załączonego wykazu usług. Zamawiający w wezwaniu zakwestionował, jakoby w obrocie występował przedsiębiorca Vattenfall S.A., wskazany jako podmiot, na rzecz którego świadczone miały być usługi objęte wykazem, a także podniósł, iż załączone dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług nie pozwalają jednoznacznie stwierdzić, iż chodzi o usługi świadczone (również w charakterze podwykonawcy) na rzecz operatora systemu dystrybucyjnego. W odpowiedzi złożonej na piśmie z dnia 20 października 2009 r., wykonawca wyjaśnił, iż w 2006 r. świadczył usługę dla Vattenfall Network Services Poland Sp. z o.o. realizującego umowę z

Vattenfall Distribution Poland S.A., zaś jako podwykonawca Grupy Elektroserwis Sp. z o.o. w roku 2006 wykonywał wybudowy, wyłączenia i zabudowy, a Grupa Elektroserwis Sp. z o.o. świadczyła usługi dla Vattenfall Network Services Poland Sp. z o.o. realizującego umowę z Vattenfall Distribution Poland S.A. Natomiast w roku 2007 i 2008, jako podwykonawca Grupy Elektroserwis Sp. z o.o., wykonywał wybudowy, wyłączenia i zabudowy, a Grupa Elektroserwis Sp. z o.o. była podwykonawcą Energoobsługi s.c. realizującej bezpośrednią umowę z Vattenfall Distribution Poland S.A. Do wyjaśnień oferent załączył z własnej inicjatywy prawidłowo sporządzony wykaz zrealizowanych usług odzwierciedlający treść złożonych wyjaśnień oraz referencje wydane przez Grupę Elektroserwis sp. z o.o. w Zabrze.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagał złożenia przez wykonawców wykazu usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówieniem w celu wykazania, że zrealizowali (realizują) w okresie ostatnich trzech lat (od 2006r.) umowy na obsługę bezpośrednich układów pomiarowych energii elektrycznej dla przedsiębiorstwa będącego operatorem systemu dystrybucyjnego elektroenergetycznego. Zamawiający określił wymaganą łączną ilość wymienionych usług z zakresu obsługi bezpośrednich układów pomiarowych dotyczących: wymiany liczników, wybudów lub skutecznych wyłączeń liczników, zabudów liczników lub podłączeń odbiorców, nie mniejszej niż 5 000 sztuk.

Na podstawie tych ustaleń Izba uznała, iż żaden z zarzutów odwołania nie zasługuje na uwzględnienie. Izba nie stwierdził zaistnienia, żadnej z okoliczności podnoszonej w odwołaniu, jako podstawy do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców Jerzy Marmurowski i Ewa Szwed, współników spółki cywilnej ENERGO-MARSZ s.c.

Izba nie włączyła w poczet materiału dowodowego pisma ENERGO-MARSZ s.c. z dnia 7 grudnia 2009r., złożonego do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wraz z załącznikami, jako złożonego do akt sprawy przez podmiot nie będący ani stroną postępowania odwoławczego ani jego uczestnikiem. Podstawą podjętego przez Izbę rozstrzygnięcia była przede wszystkim dokumentacja postępowania o zamówienie publiczne, przesłana przez zamawiającego, w tym w szczególności kwestionowana w odwołaniu oferta oraz wyjaśnienia wykonawcy i stanowiska stron.

Izba uznała, iż w przypadku współników spółki cywilnej, którzy wspólnie złożyli podpisy, tak pod formularzem oferty, jak i załączanymi dokumentami, nie zachodzi podstawa do żądania dodatkowego pełnomocnictwa określającego pełnomocnika współników, czy też lidera konsorcjum. Pełnomocnictwo udzielone przez podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia, najczęściej tzw. Konsorcja, ma wobec brzmienia art. 23 ust. 2 Prawa zamówień publicznych szczególną rolę – pozwala na stwierdzenie, jakie podmioty są

uczestnikami konsorcjum; tylko z niego, (a nie np. z formularza ofertowego) wynika krąg podmiotów, które złożyły ofertę wspólną. Całość załączonych dokumentów dotyczyła obu wspólników, a zatem w takiej sytuacji, nie budziło żadnych wątpliwości, iż ofertę złożyli wspólnicy tworzący spółkę cywilną ENERGO-MARSZ s.c. Ponieważ oboje wspólnicy podpisali ofertę nie było podstaw do tego, aby udzielali sobie nawzajem pełnomocnictwa. Ustawa PrZamPubl nie wyłącza bowiem osobistego działania mocodawców. Należy zauważyć, iż w przypadku spółki cywilnej wspólnicy działają w celu osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego. Spółka cywilna wprawdzie nie posiada osobowości prawnej, co jednak nie wyłącza stwierdzenia jej bytu, jako podmiotu niezależnego od wspólników, jako osób fizycznych.

Izba uznała, iż zaświadczenie Naczelnika US z dnia 08.09.2009r. załączone do oferty dotyczy spółki cywilnej, jako samodzielnego na gruncie przepisów podatkowych podmiotu, odrębnego od wspólników. Podmiotowość podatkowa spółki cywilnej została potwierdzona wyrokiem WSA w Poznaniu z 24.06.2009r. (I SA/Po 494/09, opubl.: Legalis), w którym Sąd stwierdził, że: „w świetle przepisów Ordynacji podatkowej, w przypadkach w których ustawa podatkowa przyznaje spółce cywilnej podmiotowość podatkową poprzez ustanowienie jej na gruncie tej ustawy podatnikiem, płatnikiem lub inkasentem, stroną postępowania podatkowego w zakresie praw i obowiązków wynikających z tejże podmiotowości jest spółka cywilna. W tych też przypadkach spółka powinna być adresatem decyzji podatkowej, jako podmiot samodzielny, odrębny od wspólników”. Oferty w postępowaniu nie złożyli wspólnicy, jako osoby fizyczne, ale jako przedsiębiorcy prowadzący wspólnie działalność gospodarczą. Brak konsekwencji ustawodawcy w stosunku do określenia bytu prawnego spółki cywilnej nie może rodzić negatywnych skutków prawnych dla przedsiębiorców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Na tej podstawie, Izba uznała, iż wystarczającym dla potwierdzenia nie zalegania z podatkami wykonawcy, było zaświadczenie załączone do oferty.

Odnosząc się do zarzutu podania nieprawdziwych informacji dotyczących poprawnego oznaczenia w wykazie zrealizowanych usług podmiotu, będącego operatorem systemu dystrybucyjnego elektroenergetycznego, Izba uznała, iż treść wyjaśnień wykonawcy złożonych na wezwanie zamawiającego, potwierdziła prawdziwość informacji zawartych w wykazie. Odwołujący nie kwestionował zgodności z rzeczywistością informacji zawartych w wyjaśnieniach wykonawcy z dnia 20 października 2009 r., opierając swoje stanowisko wyłącznie na twierdzeniu braku prawnej możliwości wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień, czy też uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 PrZamPubl. Izba nie zgadza się z takim stanowiskiem odwołującego. Zamawiający był uprawniony do zwrócenia się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień dotyczących podmiotu oznaczonego, jako operator systemu dystrybucyjnego elektroenergetycznego, w celu ustalenia, czy wykonawca

spełnia warunek udziału w postępowaniu. Treść wyjaśnień nie doprowadziła do zmiany treści oświadczenia wykonawcy, a jedynie doprowadziła do jej doprecyzowania w zakresie prawidłowego oznaczenia podmiotu, na rzecz którego usługi były świadczone. Możliwość legitymowania się doświadczeniem zdobytym, jako podwykonawca usługi świadczonej na rzecz operatora systemu dystrybucyjnego elektroenergetycznego, nie stoi w sprzeczności z zapisami ustawy oraz siwz. Odwołujący nie przedstawił dowodu przeciwnego, na okoliczność, iż ENERGO-MARSZ S.C., nie świadczyła jako podwykonawca usługi wybudowy, zabudowy i wymiany liczników (o łącznej liczbie 8 442 bezpośrednich układów pomiarowych) na rzecz operatora systemu dystrybucyjnego elektroenergetycznego.

Mając powyższe na uwadze, odwołanie podlegało oddaleniu.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.). Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....