

Sygn. akt KIO 821/10

**WYROK**  
**z dnia 31 maja 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

**przy udziale Protokolanta: Pawła Nowosielskiego**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 maja 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie : **adwokat Kingę Krzyżewską 01-193 Warszawa, ul. Karolkowa 62/10, adw. Tomasza Krzeźniaka, 00-898 Warszawa, ul. Solidarności 131a/1, adw. Marcina Zalcmana, 02-483 Warszawa, ul. Zapustna 10/14, od czynności zamawiającego Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej, 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 3a.**

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przez **Wspólników Spółki Michałak Kosicka Zawolski Kancelaria Prawna Spółka cywilna, 00-543 Warszawa, ul. Mokotowska 48 lok. 207**

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

**2. Kosztami postępowania obciąża Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie : adwokat Kingę Krzyżewską 01-193 Warszawa, ul. Karolkowa 62/10, adw. Tomasza Krzeźniaka, 00-898 Warszawa, ul. Solidarności 131a/1, adw. Marcina Zalcmana, 02-483 Warszawa, ul. Zapustna 10/14, i :**

- 1) nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie : **adwokat Kingę Krzyżewską 01-193 Warszawa, ul. Karolkowa 62/10, adw. Tomasza Krześniaka, 00-898 Warszawa, ul. Solidarności 131a/1, adw. Marcina Zalcmana, 02-483 Warszawa, ul. Zapustna 10/14,**
- 2) zasądza od Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie : **adwokat Kingi Krzyżewskiej 01-193 Warszawa, ul. Karolkowa 62/10, adw. Tomasza Krześniaka, 00-898 Warszawa, ul. Solidarności 131a/1, adw. Marcina Zalcmana, 02-483 Warszawa, ul. Zapustna 10/14** na rzecz **Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej, 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 3a** kwotę **15 051 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćdziesiąt jeden złotych zero groszy) tytułem zwrotu wpisu od odwołania i zwrotu uiszczonej opłaty skarbowej.

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

Zamawiający - Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej z siedzibą w Warszawie wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: Świadczenie pomocy prawnej na rzecz NFOŚiGW w zakresie pojawiających się problemów prawnych związanych z realizacją Funduszu Spójności i Funduszy Strukturalnych -1 część zamówienia, zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2010/S 46-068100.

Pismem z dnia 26 kwietnia 2010 r. Zamawiający ogłosił, iż w przedmiotowym postępowaniu wybrał ofertę Wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego - radcy prawnego Pawła Michalaka, radcy prawnego Katarzyny Kosickiej – Polak, radcy prawnego Artura Zawolskiego Wspólników Spółki Michalak Kosicka Zawolski Kancelaria Prawna Spółka cywilna z siedzibą w Warszawie.

Z tą decyzją nie zgodził się Odwołujący - Wykonawca wspólnie ubiegający się o zamówienie: adw. Kinga Krzyżewska, adw. Tomasz Krześniak, adw. Marcin Zalcman i w dniu 6.05.2010r.wniósł w formie elektronicznej odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie.

Przedmiotowe odwołanie zostało wniesione wobec czynności podjętych i zaniechania przez Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, polegających na:

- 1) dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy oraz interesu prawnego Odwołującego;
- 2) zaniechaniu wykluczenia oferty radcy prawnego Pawła Michalaka Wspólnika Spółki Michalak Kosicka Zawolski Kancelaria Prawna s.c, radcy prawnego Katarzyny Kosicka-Polak Wspólnika Spółki Michalak Kosicka Zawolski Kancelaria Prawna s.c, radcy prawnego Artura Zawolskiego Wspólnika Spółki Michalak Kosicka Zawolski Kancelaria Prawna s.c.

Przedmiotowym czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów art. 22 ust. 1 pkt. 2 i 3 ustawy, art. 24 ust. 2 pkt. 2 i 3 ustawy, art. 7 ustawy oraz innych przepisów wskazanych w treści uzasadnienia.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o :

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) wykluczenie oferty Wykonawców;
- 3) dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał na istotę spółki cywilnej.

Odwołujący zwrócił uwagę, że radca prawny Paweł Michalak, radca prawny Katarzyna Kosicka - Polak oraz radca prawny Artur Zawolski są wspólnikami spółki cywilnej Michalak Kosicka Zawolski Kancelaria Prawna, a spółka cywilna jest instytucją przewidzianą w art. 23 ustawy Pzp (wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego).

Poza tym stwierdził on, że wykonawcą są trzy podmioty w postaci trzech wspólników spółki cywilnej, reprezentowani przez pełnomocnika w osobie Pawła Michalaka.

W związku z czym przynajmniej jeden z Wykonawców – według Odwołującego - musiał spełniać warunki wymagane do udziału w niniejszym przetargu, w szczególności dotyczące doświadczenia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że wybór oferty nastąpił z naruszeniem art. 22 ust. 1 pkt. 2 i 3 ustawy oraz art. 24 ust. 2 pkt. 3 i 4 ustawy oraz art. 24 ust. 1 pkt. 3 ustawy.

W ramach wyżej wskazanych naruszeń prawa pierwszy zarzut dotyczył nieposiadania wiedzy i doświadczenia to jest niespełniania przez wykonawcę konkurencyjnego warunku z

części I SIWZ - pkt. 8 ust. 2.2 Instrukcji dla Wykonawców, zwanej dalej: IDW pozostający w zw. z pkt. 9. ust. 1.2 IDW.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w przedmiotowym postępowaniu warunki udziału w postępowaniu zostały określone w pkt. 8 IDW. W pkt. 9 IDW określono z kolei oświadczenia i dokumenty, które mają być dostarczone przez wykonawców w celu potwierdzenia spełnienia warunków z pkt. 8 IDW.

Zauważył on również, że w pkt. 8.2.2 IDW, zostało wprowadzone postanowienie, że wykonawca musi spełniać warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. Wykonawca „w celu potwierdzenia, że spełnia warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia, zobowiązany jest wykazać, że (...) wykonywał lub wykonuje usługi prawnicze, w ramach których świadczył pomoc prawną z zakresu finansów publicznych, przy czym łączny wymiar świadczonej pomocy prawnej z zakresu finansów publicznych był nie mniejszy niż 400 godzin zegarowych”.

Z kolei pkt. 9.1.2 IDW, w celu potwierdzenia warunków opisanych w pkt. 8.2 IDW, nakładał na wykonawców obowiązek przedłożenia wykazu „wykonanych lub wykonywanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia (...), z podaniem ich przedmiotu, dat wykonywania i odbiorców wraz z dokumentami potwierdzającymi, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie”.

Zgodnie zaś z art. 26 ust. 1 ustawy Zamawiający ma obowiązek żądać od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w każdym przypadku, gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w art. 11 ust. 8 ustawy.

W ocenie Odwołującego poszczególni wykonawcy wspólnie ubiegający się o przedmiotowe zamówienie nie spełniali powyższych warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał, że Paweł Michałak w wykazie usług (załącznik nr 3 do IDW) stwierdził, iż w okresie od 2007 r. do 31 grudnia 2007 r., a następnie od 2008 r. do 31 grudnia 2008 r., świadczył pomoc prawną z zakresu finansów publicznych na rzecz NFOSiGW w wymiarze powyżej 400 godzin. Według niego powyższe stwierdzenie nie zostało potwierdzone dokumentem, o którym mowa w pkt. 9.1.2 IDW.

Następnie Paweł Michałak w/w wykazie usług stwierdził, że w okresie od 2008 r. do 31 marca 2008 r. oraz od marca 2008 r. do 31 grudnia 2009 r., świadczył pomoc prawną z

zakresu finansów publicznych na rzecz Departamentu Wdrażania Europejskiego Funduszu Społecznego w MPIPS w wymiarze powyżej 400 godzin. Na potwierdzenie tego przedstawił list referencyjny, z którego treści wynika, iż świadczył co prawda usługi doradztwa prawnego na rzecz Departamentu Wdrażania Europejskiego Funduszu Społecznego w MPIPS, ale tylko w okresie od 16 marca 2009 r. do 31 grudnia 2009 r. Tym samym, w ocenie Odwołującego, złożył pierwotnie nieprawdziwe oświadczenie mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Pismem z dnia 13 kwietnia 2010 r., Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy, wezwał Pawła Michalaka do złożenia wyjaśnień odnośnie m.in. ilości godzin świadczonej pomocy prawnej na rzecz Departamentu Wdrażania Europejskiego Funduszu Społecznego w MPIPS w okresie od 16 marca 2009 r. do 31 grudnia 2009 r.

Następnie pismem z dnia 19 kwietnia 2010 r., Zamawiający wezwał Pawła Michalaka w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do przedłożenia prawidłowo sporządzonego wykazu usług.

W odpowiedzi na powyższe Paweł Michalak stwierdził, iż jeśli chodzi o świadczenie obsługi prawnej z zakresu finansów publicznych na rzecz NFOŚiGW to nie posiada szczegółowych informacji dotyczących ilości świadczonych w ramach umowy godzin ani dokumentów potwierdzających należyte wykonanie umowy.

Również co do obsługi prawnej z zakresu finansów publicznych na rzecz Departamentu Wdrażania Europejskiego Funduszu Społecznego w MPIPS, w okresie od 2008 r. do 31 grudnia 2009 r. Paweł Michalak stwierdził, że nie posiada informacji o ilości godzin świadczonej pomocy prawnej, z pewnością jednak, jak twierdzi, przekroczyła ona 200 godzin.

Odwołujący uważał, że treść oświadczenia Pawła Michalaka wskazywała na brak należytej rękojmi co do prawidłowego wykonania zobowiązania. Z kolei z treści przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy wynika, iż brak uzupełnienia wymaganego oświadczenia lub dokumentu na wezwanie zamawiającego skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

Reasumując powyższe Odwołujący stwierdził, że Paweł Michalak nie wykazał wykonywania usług prawnych, w ramach których świadczył pomoc prawną z zakresu finansów publicznych w wymiarze nie mniejszym niż 400 godzin zegarowych (pkt. 8.2.2 IDW). Referencje, które przedłożył do akt niniejszego postępowania dotyczyły jedynie 183 godzin świadczonych na rzecz Departamentu Wdrażania Europejskiego Funduszu Społecznego w MPIPS w okresie od 16 marca 2009 r. do 31 grudnia 2009 r.

Ponadto Odwołujący podnosił, że Artur Zawolski w wykazie usług (załącznik nr 3 do IDW) stwierdził, iż w okresie od 2009 r. „do dzisiaj” świadczy pomoc prawną z zakresu finansów publicznych na rzecz Warszawskich Ośrodków Wypoczynku „Wisła” (zwane dalej: WOW „Wisła”) w wymiarze powyżej 280 godzin.

Na potwierdzenie tego przedstawił referencje wystawione na spółkę cywilną Michalak Kosicka Zawolski Kancelaria Prawna. Z ich treści wynikało, że spółka świadczy usługi doradztwa prawnego m.in. z dziedziny finansów publicznych na rzecz WOW „Wisła” od września 2009 r.

Z całokształtu dokumentów złożonych przez Wykonawców wynikało, iż wykonawcy na rzecz WOW „Wisła” wspólnie wykonali usługi prawne w wysokości 80 godzin.

Nadto wykonawca konkurencyjny załączył referencje, z których wynika, że w ramach indywidualnej kancelarii prawnej świadczył pomoc prawną na rzecz WOW „Wisła” w okresie od 18 lutego 2009 r. do 31 lipca 2009 r., a przybliżony czas usług doradztwa prawnego wyniósł 200 godzin.

Następnie Artur Zawolski w/w wykazie stwierdził, że w okresie od 18 września 2009 r. „do dzisiaj” świadczy pomoc prawną z zakresu finansów publicznych na rzecz Banku Gospodarstwa Krajowego (zwany dalej: BGK) w wymiarze powyżej 30 godzin. Na potwierdzenie powyższego przedstawił referencje wystawione również na spółkę cywilną Michalak Kosicka Zawolski Kancelaria Prawna, z których wynika, że od stycznia 2010 r. spółka świadczy usługi doradztwa prawnego na rzecz BGK, m. in. w zakresie finansów publicznych.

Reasumując powyższe stwierdził, że Artur Zawolski również nie wykazał wykonywania usług prawnych, w ramach których świadczyłby pomoc prawną z zakresu finansów publicznych w wymiarze nie mniejszym niż 400 godzin zegarowych (pkt. 8.2.2 IDW). Referencje, które przedłożył do akt niniejszego postępowania dotyczą jedynie 200 godzin świadczonych na rzecz WOW „Wisła” w okresie od lutego 2009 r. do lipca 2009 r.

Ostatecznie Odwołujący zwrócił uwagę, że Katarzyna Kosicka - Polak w wykazie usług (załącznik nr 3 do IDW) stwierdziła, iż w okresie od 2007 r. do 31 grudnia 2007 r., a następnie od 2008 r. do 31 grudnia 2008 r., świadczyła pomoc prawną z zakresu finansów publicznych na rzecz NFOŚiGW w wymiarze powyżej 400 godzin. Według niego powyższe stwierdzenie nie zostało potwierdzone jakimkolwiek dokumentem, o którym mowa w pkt. 9.1.2 IDW.

Następnie Katarzyna Kosicka - Polak w/w wykazie stwierdziła, że w okresie od 2009 r. „do dzisiaj” świadczy pomoc prawną z zakresu finansów publicznych na rzecz WOW „Wisła” w wymiarze powyżej 280 godzin. Na potwierdzenie powyższego przedstawiła referencje wystawione

jednak na spółkę cywilną Michalak Kosicka Zawolski Kancelaria Prawna, z których wynikało, iż to spółka świadczy usługi doradztwa prawnego m.in. z dziedziny finansów publicznych od września 2009 r. w wymiarze 80 godzin, zaś Katarzyna Kosicka - Polak wraz z Arturem Zawolskim świadczyła usługi doradztwa prawnego w okresie od lutego 2009 r. do lipca 2009 r. w wymiarze powyżej 200 godzin.

Reasumując, Odwołujący stwierdził, że Katarzyna Kosicka - Polak również nie wykazała wykonywania usług prawnych, w ramach których świadczyła pomoc prawną z zakresu finansów publicznych w wymiarze nie mniejszym niż 400 godzin zegarowych (pkt. 8.2.2 IDW). Referencje, które przedłożyła do akt postępowania dotyczyły jedynie 200 godzin świadczonych na rzecz WOW „Wisła” wspólnie z Arturem Zawolskim w okresie od lutego 2009 r. do lipca 2009 r.

W ocenie Odwołującego, mając na uwadze istotę spółki cywilnej, a w szczególności fakt, iż wykonawcami są poszczególni wspólnicy spółki cywilnej, nie można było sumować doświadczenia poszczególnych wspólników. Dalej Odwołujący wywodził, że przyzwolenie na takie zachowanie prowadziłoby do sytuacji, w której spółka cywilna, dysponując 400 osobami, z których każdy świadczyłby pomoc prawną z zakresu finansów publicznych w wymiarze 1 godziny zegarowej, mogłaby wykazać, iż świadczyła pomoc prawną z zakresu finansów publicznych w wymiarze nie mniejszym niż 400 godzin zegarowych, a przecież nie o takie doświadczenie Zamawiającemu chodziło.

Z przedłożonych referencji – według Odwołującego - wynikało, iż wspólnicy spółki cywilnej Michalak, Kosicka Zawolski Kancelaria Prawna w spółce zdobyli doświadczenie na maksymalnie 110 godzin (80h + 30 h). Odwołujący nie zgodził się aby wszyscy wspólnicy spółki przypisywali sobie po 110 godzin.

W ramach Indywidualnej Kancelarii Prawnej Artura Zawolskiego Katarzyna Kosicka wykonywała usługi prawne, jednakże odwołujący nie zgodził się z praktyką, aby każda z tych osób przypisywała sobie po 200 godzin. Musiałoby to oznaczać, iż razem świadczyli pomoc prawną w wymiarze 400 godzin, co nie wynikało z referencji.

Na poparcie swoich twierdzeń Odwołujący zrobił zestawienie tabelaryczne dla zilustrowania czasu doświadczenia.

	P. Michalak	K. Kosicka	A. Zawolski
Kancelaria Indywidualna	183 godziny	0 godzin	80 godzin

i	Współpraca		200 godzin	200 godzin
	A. Zawolski			
	K. Kosicka			
	Spółka cywilna Michalak, Kosicka, Zawolski	110 godzin	110 godzin	110 godzin
	Razem	293 godzin	310 godzin	390 godzin

W ocenie Odwołującego, nie można zaakceptować sytuacji, w której wspólnicy spółki cywilnej Michalak Kosicka Zawolski Kancelaria Prawna, przypisują referencje udzielone na spółkę cywilną, wybranym wspólnikom według sobie tylko znanego klucza. Przykładowo wskazał on na uzupełniony przez Artura Zawolskiego wykaz usług, z którego wynikało, że świadczył pomoc prawną z zakresu finansów publicznych na rzecz WOW „Wisła” w wymiarze 80 godzin (od 18 września 2009 r. „do chwili obecnej”) oraz na rzecz BGK w wymiarze 30 godzin (od 2009 „do dzisiaj”), a z załączonych dokumentów wynikało, iż prace w tym okresie były świadczone przez spółkę i to na nią były wystawione referencje. Odwołujący zauważył także, że tą samą liczbę godzin (80) przypisała sobie Katarzyna Kosicka - Polak.

W ocenie Odwołującego, takie działanie stanowiło naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w toku postępowania przetargowego.

Drugi zarzut Odwołującego dotyczył niedysponowania przez wybranego wykonawcę osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Odwołujący podnosił, że zgodnie z pkt. 8.2.3 IDW warunkiem udziału w przetargu było dysponowanie odpowiednimi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W tym celu wykonawcy zostali zobowiązani do wykazania, że dysponują osobami zdolnymi do realizacji zamówienia.

Odwołujący zauważył, że zgodnie z pkt. 9.1.3 IDW wykonawca, w celu potwierdzenia, iż dysponuje osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, został zobowiązany do przedłożenia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (...) oraz informacją o podstawie dysponowania tymi osobami”.

Nadto wskazał on, że zgodnie z pkt. 9.2 IDW wykonawca zobowiązany był „udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do wykonania zamówienia, w



szczegółności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie (...) tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia (...)"

Mając na uwadze powyższe warunki Odwołujący stwierdził, iż Wykonawcy nie wskazali, na jakiej podstawie dysponują osobami wymienionymi w wykazie osób stanowiącym załącznik nr 4 do IDW (str. 14 in fine - 15 oferty), w tym w szczególności nie przedstawili pisemnych zobowiązań tych osób w zakresie gotowości do realizacji rzeczowego zamówienia. Natomiast dysponowanie tymi osobami zgodnie z pkt 8.2.3 SIWZ było warunkiem udziału w postępowaniu.

Poza tym Odwołujący zwrócił uwagę, iż osoby te nie są to pracownicy spółki albowiem przedłożyła ona pismo z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, z którego jednoznacznie wynikało, iż nie zgłosiła obowiązku opłacania składek na Fundusz Ubezpieczeń Społecznych, Fundusz Ubezpieczeń Zdrowotnych, Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych.

W konkluzji do uzasadnienia tegoż zarzutu Odwołujący stwierdził, że obowiązkiem Wykonawców było dostarczenie wszelkich dokumentów podmiotowych wymaganych przez Zamawiającego, zgodnie z treścią IDW, a w szczególności oświadczenie o podstawie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Niedochowanie powyższego obowiązku skutkować winno wykluczeniem Wykonawców z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy. Przy czym wykluczenie następowaloby w razie niezłożenia dokumentów w ogóle oraz w razie złożenia dokumentów podmiotowych zawierających błędy, mimo wezwania do uzupełnienia braku w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Kolejny zarzut dotyczył nieprzedłożenia zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach oraz w opłacaniu składek przez Artura Zawolskiego jako współnika Cybulska Łukasiewicz Zawolski prawna spółka cywilna.

W celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy, Wykonawcy zostali zobowiązani m.in. do przedłożenia aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że nie zalegają z opłacaniem podatków oraz aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału ZUS, że nie zalegają z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne (pkt. 9.3.3 oraz pkt. 9.3.4 IDW).

Odwołujący wyjaśniał, że utworzenie spółki cywilnej wiąże się z koniecznością zgłoszenia obowiązku podatkowego we właściwym urzędzie skarbowym. Od tej chwili przedsiębiorcy będący współnikami spółki cywilnej rozliczają się indywidualnie z podatku dochodowego (PIT), natomiast rozliczeń z tytułu podatku od towarów i usług (VAT) dokonuje spółka cywilna. Odwołujący wskazał, że może się zdarzyć, że podatek PIT będzie płacony przez współników

regularnie, a podatek VAT nie. Z tego powodu powinny być przedłożone dwa typy zaświadczeń z urzędu skarbowego o niezaleganiu z podatkami, to jest osobno dla wspólników w zakresie PIT i osobno dla spółki w zakresie VAT.

Podobnie jest – zdaniem Odwołującego - w przypadku podmiotowości spółki cywilnej na gruncie ubezpieczeń społecznych albowiem spółka cywilna może być pracodawcą.

Nadto Odwołujący stwierdził, że zarówno wspólnicy spółki cywilnej Michalak Kosicka Zawolski Kancelaria Prawna, jak i spółka przedstawili zaświadczenia z urzędu skarbowego oraz z ZUS. Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią zaświadczenia z ewidencji działalności gospodarczej Wykonawca Artur Zawolski jest również wspólnikiem spółki cywilnej Cybulska Łukasiewicz Zawolski prawna spółka cywilna.

W związku z powyższym w ocenie Odwołującego Wykonawca ten był zobowiązany do przedłożenia również zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach oraz zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek również przez spółkę cywilną Cybulska Łukasiewicz Zawolski prawna spółka cywilna. Odwołujący nie wykluczał sytuacji, w której Cybulska Łukasiewicz Zawolski prawna spółka cywilna posiada zaległości z tytułu podatku VAT oraz jako pracodawca z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne. Powyższe miało znaczenie albowiem za zobowiązania spółki cywilnej wspólnicy odpowiadają solidarnie (art. 864 Kodeksu cywilnego). Powołał się przy tym na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 kwietnia 1997 r. z tezą, iż „Zobowiązania wspólników spółki cywilnej z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne pracowników są zobowiązaniami związanymi z działalnością spółki.

Ostatecznie Odwołujący uznał, iż działanie Zamawiającego jest sprzeczne z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, albowiem mimo naruszenia przez Wykonawców art. 22 i art. 24 ustawy pozostających w związku z pkt. 8 i 9 IDW nie wykluczył on ich z postępowania. Wręcz przeciwnie, zaaprobował brak wymaganego doświadczenia Wykonawców, niejasne zasady, według których Wykonawcy przypisywali sobie referencje wystawiane na spółkę cywilną, brak pisemnego zobowiązania osób, którymi Wykonawcy mają dysponować przy realizacji zamówienia, nieprzedstawienie zaświadczeń z urzędu skarbowego i ZUS dotyczących Cybulska Łukasiewicz Zawolski prawna spółka cywilna, której Wykonawca Artur Zawolski jest również wspólnikiem, ponoszącym solidarną odpowiedzialność za jej zobowiązania.

W dniu 7 maja 2010r. radca prawny Paweł Michalak Wspólnik Spółki Michalak Kosicka Zawolski Kancelaria Prawna s.c, radca prawny Katarzyna Kosicka-Polak Wspólnik Spółki Michalak Kosicka Zawolski Kancelaria Prawna s.c, radca prawny Artur Zawolski Wspólnik Spółki Michalak

Kosicka Zawolski Kancelaria Prawna s.c. zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Argumentacja do przystąpienia została przedstawiona w piśmie z dnia 24 maja 2010r., gdzie przystępujący podniósł, iż warunek posiadania wiedzy i doświadczenia muszą wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego spełniać łącznie.

W zakresie zarzutu niedysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia Przystępujący wyjaśnił, że Zamawiający wymagał złożenia pisemnego zobowiązania innych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

W dniu 14 maja 2010r. również Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie informując, iż nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofertę i wyjaśnienia do niej Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego oraz na podstawie złożonych na rozprawie przez pełnomocników stron wyjaśnień, Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie po dacie wejścia w życie w dniu 29 stycznia 2010 r. ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz.1778) do rozpoznawania niniejszej sprawy mają zastosowanie przepisy Prawa zamówień publicznych w brzmieniu znowelizowanym.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia. Uwzględniając powyższe Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający i Przystępujący do postępowania odwoławczego po jego stronie zgodnie wnieśli o oddalenie odwołania.

Izba stwierdziła, iż działanie Zamawiającego mieściło się w granicach przepisu art. 22 ust. 1 pkt. 2 i 3 ustawy, art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy, art. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych.

W pierwszej kolejności Izba nie podzieliła zapatrywania Odwołującego, iż zasadą przy wykazywaniu spełniania warunków doświadczenia i wiedzy przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jest co najmniej legitymowanie się przez jednego z tych wykonawców ich posiadaniem. Zdaniem Izby w sytuacji ubiegania się wspólnie przez wykonawców o udzielenie zamówienia publicznego następuje kumulacja potencjałów doświadczenia i wiedzy tych wykonawców stanowiąca podstawę do oceny spełniania danego warunku udziału w postępowaniu.

Izba zauważa, iż zgodnie z przepisem art.23 ust.3 ustawy Prawo zamówień publicznych przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W przedmiotowej sprawie właśnie taki wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia występuje, a zatem warunek doświadczenia odnosi się w całości do tego podmiotu, a nie jedynie do jednego wspólnika spółki cywilnej.

Dodatkowo Izba zwraca uwagę, iż stosownie do pkt. 8.4 IDW Zamawiający zastrzegł, że w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, warunki określone w pkt.8.2 IDW muszą spełniać łącznie, natomiast brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art.24 ust.1 ustawy Pzp, musi wykazać każdy z Wykonawców.

Izba zatem nie uznała za przekonywującą argumentację Odwołującego o nieposiadaniu wiedzy i doświadczenia przez Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Dołączone do oferty Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykazy świadczonych usług, w tym te uzupełnione wraz z referencjami potwierdzają – zdaniem Izby - łącznie wymiar świadczonej pomocy prawnej z zakresu finansów publicznych w wysokości 463 godzin, zgodnie z treścią pkt.8.2.2 IDW.

W zakres wykazanego doświadczenia wchodzi usługi świadczone przez radcę prawnego Pawła Michalaka w DWF w MPiPS w terminie 16.03.2009-31.12.2009, w wymiarze 183 godzin, przez radcę prawnego Artura Zawolskiego w WOW „Wisła” w terminie 18.02.2009-31.07.2009, w wymiarze 200 godzin oraz przez Artura Zawolskiego w związku ze świadczeniem usług przez s.c. Michalak Kosicka Zawolski w terminie 18.09.2009 do chwili obecnej w wymiarze 80 godzin.

Zdaniem Izby cyt. wyżej ustalenia nie uprawniają do stwierdzenia, iż powyższe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, złożone przez Przystępującego były nieprawdziwe.

Izba również nie uwzględniła zarzutu Odwołującego dotyczącego niedysponowania przez Przystępującego osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Treść IDW wskazuje, iż Zamawiający odróżniał dwa sposoby dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Pierwszy z powyższych sposobów dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia dotyczył własnego zasobu wykonawcy, drugi zaś zasobu innych podmiotów ( pkt.9.2 IDW).

Załącznik nr 4 do IDW zalecany przez Zamawiającego do sporządzenia przez wykonawców zawierał między innymi w pkt.2 informacje o podstawie dysponowania osobami wskazanymi w Wykazie. Przystępujący załączył do swojej oferty jedynie wypełniony pkt.2 ppkt.1 stanowiący oświadczenie o dysponowaniu osobami wymienionymi w poz.1, 2, 3 Wykazu osób, co świadczy w sposób jednoznaczny, że osoby te mieszczą się w jego zasobie i nie są to osoby będące w zasobie innych podmiotów (pozycje w pkt. 2 ppkt.2 załącznika nr 4 do IDW zostały przez Przystępującego wykreślone).

Izba uznała również za nie mogący się ostać zarzut Odwołującego odnośnie nieprzedłożenia przez Przystępującego zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach oraz w opłacaniu składek przez Artura Zawolskiego jako współnika Cybulska Łukasiewicz Zawolski prawna spółka cywilna.

Izba stwierdza, że spółka cywilna Cybulska Łukasiewicz Zawolski nie była wykonawcą w przedmiotowym postępowaniu, a zatem żądanie przez Zamawiającego dostarczenia odpowiednich zaświadczeń z urzędu skarbowego czy ZUS potwierdzających brak zaległości podatkowych czy z tytułu składek na ubezpieczenia zdrowotne czy społeczne od tego podmiotu nie znajduje uzasadnienia prawnego, nawet pomimo solidarnej odpowiedzialności współników spółki cywilnej za jej zobowiązania.

Ostatecznie wobec braku naruszeń powołanych na wstępie przepisów prawa Izba nie dopatrzyła się w działaniach Zamawiającego zachowań sprzecznych z treścią art.7 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła odwołanie oddalić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

Stosownie do art. 198b ust. 1 i 198b ust. 2 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 Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....