

WYROK
z dnia 5 kwietnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierżędzki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 kwietnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 marca 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **J. N. i A. W.**, prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą **Zakład Usług Melioracyjnych, Mel-Kan s.c. w Kluczborku**

w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Opolu**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **J. N. i A. W.**, prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą **Zakład Usług Melioracyjnych, Mel-Kan s.c. w Kluczborku** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **J. N. i A. W.**, prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą **Zakład Usług Melioracyjnych, Mel-Kan s.c. w Kluczborku** 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 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Opolu**.

Przewodniczący:

1

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Opolu – prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „utrzymanie cieków wodnych oraz urządzeń melioracji podstawowych na terenie działania WZMIUW w Opolu Oddział w Kluczborku”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 5 lutego 2016 r., poz. 25994.

W dniu 17 marca 2016 r. zamawiający zawiadomił wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **J. N. i A. N.**, prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą **Zakład Usług Melioracyjnych, Mel-Kan s.c. w Kluczborku**, zwanych dalej „odwołującym”, o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu.

Wobec:

- 1) czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu,
 - 2) zaniechania zaproszenia odwołującego do etapu składania ofert
- odwołujący wniósł w dniu 22 marca 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 2 pkt 11 ustawy Pzp przez błędne przyjęcie, że spółka cywilna nie może być wykonawcą, a wykonawcą są osoby fizyczne tworzące spółkę cywilną,
- 2) art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób uniemożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji poprzez m.in., uznanie, że zaświadczenia z US i ZUS

złożone przez odwołującego z dnia 12.01.2016 r. i 27.11.2015 r. nie odnoszą się również do wspólników spółki,

- 3) art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez przyjęcie, że wykonawca wskutek dostarczenia zaświadczeń z ZUS i US wystawionych na spółkę zalega w podatkach oraz w składkach na ubezpieczenie czego efektem było wykluczenie wykonawcy.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- 2) zaproszenia odwołującego do składania ofert i dalszego postępowania.

2

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że załączył do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach z US w Kluczborku z dnia 12.01.2016r. Zaświadczenie dotyczyło wykonawcy tj. Zakładu Usług Melioracyjnych „MEL-KAN” s.c. N. J., W. A. Wykonawca złożył także identyczne zaświadczenie z ZUS z dnia 27.11.2015r.

Odwołujący podniósł, że jako wykonawca startuje w postępowaniach przetargowych organizowanych m.in. przez zamawiającego od 2004r. i każdorazowo składał jedynie zaświadczenia na Zakład Usług Melioracyjnych „MEL-KAN” s.c. J. N., A. W. ul. Gałczyńskiego 13/8, 46 - 203 Kluczbork. Wskazał, że ostatni przetarg w 2015 r., organizowany przez zamawiającego wygrał. Wyniki przetargu ukazały się w dniu 21.09.2015r. Odwołujący wygrał przetarg organizowany przez zamawiającego składając jedynie zaświadczenia z US i ZUS wystawione na Zakład Usług Melioracyjnych „MEL-KAN” s.c. J. N., A. W. ul. Gałczyńskiego 13/8, 46 - 203 Kluczbork. W ramach tegoż postępowania zamawiający nie żądał złożenia żadnych dodatkowych zaświadczeń i co więcej wybrał ofertę odwołującego jako najkorzystniejszą. Jednocześnie odwołujący wygrał przetarg zorganizowany przez zamawiającego w 2016 r. Był to pierwszy przetarg w 2016 r. Rozstrzygnięcie miało miejsce w 12.01.2016r. Był to przetarg na „Obsługę urządzeń melioracji podstawowych, obsługa zbiornika Biskupice - Brzózki. Odwołujący wygrał przetarg organizowany przez zamawiającego składając jedynie zaświadczenia z US i ZUS wystawione na Zakład Usług Melioracyjnych „MEL-KAN” s.c. J. N., A. W. ul. Gałczyńskiego 13/8,46 - 203 Kluczbork. W tymże przetargu ten sam zamawiający również nie żądał zaświadczeń z US i ZUS dla każdego ze wspólników, a jedynie dla samej spółki.

Odwołujący wywiódł, że zamawiający dopiero w wiadomości e-mail z 23.02.2016 r. zażądał złożenia zaświadczeń z US i ZUS, ale wystawionych na każdego ze wspólników spółki cywilnej. Dopiero wówczas po raz pierwszy zamawiający określił, że domaga się wskazanych zaświadczeń, ale od każdego ze wspólników spółki cywilnej. Nigdy wcześniej wskazanych zaświadczeń na każdego ze wspólników spółki zamawiający nie żądał od odwołującego. Wykonawca złożył wskazane przez zamawiającego dokumenty. Argumentował, że 17.03.2016 r. odebrał e - mail od zamawiającego, w którym wykluczył go z postępowania z uwagi na brak zaświadczeń z US i ZUS wystawionych na każdego ze wspólników spółki z datą nie wcześniejszą niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do postępowania.

Odwołujący argumentował, że spółka cywilna w oparciu o art. 2 pkt 11 ustawy Pzp ma pełną zdolność do występowania w postępowaniu przetargowym z zakresu zamówień publicznych. W oparciu o definicję legalną zaprezentowaną przez ustawodawcę uznać należy, iż przepis ten nie przewiduje żadnych ograniczeń odnośnie tego, że wykonawca nie może być podmiotem niebędącym przedsiębiorcą. Tym samym nietrafne są argumenty

3

zamawiającego jakoby spółka cywilna nie mogła być wykonawcą. Swoistość uregulowań Pzp przesądza o zdolności bycia wykonawcą przez spółki cywilne. Żaden bowiem przepis ustawy Pzp nie wprowadza takiego zakazu dla spółek cywilnych. Zdaniem odwołującego spółki cywilne na gruncie ustawy Pzp traktować należy jako osobnych odrębnych wykonawców ze wszystkimi jego konsekwencjami, które przesądzają o tym, że skoro wykonawcą pozostaje spółka cywilna jedynie ona winna składać stosowne zaświadczenia z US i ZUS, a nie jej poszczególni wspólnicy. Spółka cywilna może być wykonawcą, a zaświadczenie wystawione

przez ZUS i US na samą spółkę są właściwymi i nie mogą rodzić konsekwencji w postaci wykluczenia wykonawcy. W tak zaistniałym stanie faktycznym niedopuszczalne jest zachowanie zamawiającego, który odmawia przymiotu wykonawcy spółce cywilnej co jest przykładem dyskryminacji takiego podmiotu i narusza art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że w ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający żądał przedmiotowych zaświadczeń od wykonawcy. Skoro tym wykonawcą była spółka cywilna, a nie jej wspólnicy nie ma podstaw, aby zamawiający żądał zaświadczeń od wspólników, którzy wykonawcami nie byli, a swoje żądanie i jego realizację może skierować tylko do spółki. Co więcej w całym postępowaniu jako wykonawca występowała spółka, a nie jej wspólnicy. Podkreślał, iż wykonawca (spółka cywilna) od początku zachowywała się konsekwentnie: tzn. to spółka była wykonawcą, złożyła wniosek o dopuszczenie do postępowania, ona też była adresatem pisma samego zamawiającego z dnia 18.02.2016 r. oraz pisma z dnia 22.02.2016 r.

Odwołujący wywodził również, że zaświadczenia załączone przez niego do wniosku były zaświadczeniami właściwymi. Widział bowiem na nich zapis „nie ujawniono zaległości podatkowych”, a nie w podatku, co wskazuje na kompleksowe zaświadczenie obejmujące wszelkie zobowiązania publicznoprawne zarówno samej spółki, jak i jej wspólników. Podobnie jest w zaświadczeniu ZUS o niezaleganiu w opłacaniu „składek” a nie składki. Odwołujący podniósł, że spółka cywilna jest traktowana jako podmiot samodzielny od wspólników, który posiada zdolność podatkową wobec czego może funkcjonować w obrocie podatkowym samodzielnie. Spółka cywilna posiada osobowość podatkową stąd wystarczającym jest zaświadczenie wystawione na spółkę. Ponadto jako podmiot prawa gospodarczego spółka cywilna może być uczestnikiem postępowania w sferze zamówień publicznych, które niewątpliwie jest szeroko rozumianym postępowaniem gospodarczym. Podkreślał, iż spółka jako samodzielny podmiot w sferze podatkowej posługuje się własnym numerem NIP oraz numerem REGON, co powoduje, iż jako podmiot samodzielnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego korzystnym i pożądanym jest wystawianie ww. zaświadczeń na samą spółkę, skoro taką możliwość wyraźnie przyznają przepisy prawa. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, iż spółka cywilna jest podmiotem, dla którego prowadzony jest rachunek bankowy oraz, iż jest podmiotem, którego dotyczy

4

ubezpieczenie, co wskazuje, iż spółka cywilna jest podmiotem w sferze prawa bankowego i ubezpieczeniowego.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożony przez odwołującego, wezwanie zamawiającego z 22 lutego 2016 r. do uzupełnienia przez odwołującego dokumentów celem wykazania braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu, pismo odwołującego z 29 lutego 2016 r. stanowiące odpowiedź na ww. wezwanie, zawiadomienie zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu z 16 marca 2016 r., odwołanie, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu ograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego

przepisów ustawy. Odwołujący został wykluczony z udziału w postępowaniu i nie został zaproszony do składania ofert. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu. Ustalenie, iż zamawiający wykonał czynność wykluczenia odwołującego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu unieważnienia takiej czynności i tym samym odwołujący miałby szansę na złożenie oferty, która mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

5

Ustalono, że zamawiający wszczął i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest utrzymanie cieków wodnych oraz urządzeń melioracji podstawowych na terenie działania WZMiUW w Opolu Oddział w Kluczborku.

Zamawiający w pkt III.4.2) ogłoszenia o zamówieniu zamieszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych pod poz. 25994 w dniu 05.02.2016 postanowił, że celem potwierdzenia niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcy ubiegający się o zamówienie zobowiązani są złożyć wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu m.in.:

- a) *aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, lub zaświadczenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia (...),*
- b) *aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.*

Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu upłynął w dniu 15 lutego 2016 r., godz. 10.00 (protokół postępowania, pkt 7.2.)

Do upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu swój wniosek złożył odwołujący, to jest wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia J. N. i A. W., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Melioracyjnych, Mel-Kan s.c. w Kluczborku. Odwołujący załączył do swojego wniosku następujące dokumenty:

- a) informację z centralnej ewidencji działalności gospodarczej, z której wynika, że w ewidencji tej jest wpisany przedsiębiorca J. N., nr NIP 7511223242, pod firmą N. J. Zakład Usług Melioracyjnych „Mel-Kan”, który jest współnikiem spółki cywilnej o nr NIP 7511477020,
- b) informację z centralnej ewidencji działalności gospodarczej, z której wynika, że w ewidencji tej jest wpisany przedsiębiorca A. W., nr NIP 7511261685, pod firmą Wolny Andrzej Zakład Usług Melioracyjnych „Mel-Kan”, który jest współnikiem spółki cywilnej o nr NIP 7511477020,

6

-
- c) zaświadczenie Naczelnika Urzędu Skarbowego w Kluczborku, z którego wynika, że wobec podmiotu Zakład Usług Melioracyjnych „Mel-Kan” s.c. N. J., W. A., nr NIP 7511477020 nie ujawniono zaległości podatkowych według stanu na dzień 12 stycznia 2016 r.,
 - d) zaświadczenie Inspektoratu ZUS w Kluczborku, z którego wynika, że podmiot Zakład Usług Melioracyjnych „Mel-Kan” s.c., nr NIP 7511477020, Regon 531268480, zobowiązany do opłacania składek na ubezpieczenie społeczne, zdrowotne, nie posiada zaległości według stanu na dzień 27 listopada 2015 r.

Następnie ustalono, że 22 lutego 2016 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów celem wykazania

niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że odwołujący nie załączył do wniosku zaświadczenia z Urzędu Skarbowego oraz zaświadczenia z ZUS każdego ze wspólników spółki cywilnej. Wobec powyższego zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia ww. dokumentów.

W odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył pismo w dniu 29 lutego 2016 r. Do pisma załączył następujące dokumenty:

- a) zaświadczenie Naczelnika Urzędu Skarbowego w Kluczborku, z którego wynika, że wobec J. N. nr NIP 7511223242 nie ujawniono zaległości podatkowych według stanu na dzień 24 lutego 2016 r.,
- b) zaświadczenie Naczelnika Urzędu Skarbowego w Kluczborku, z którego wynika, że wobec A. N., nr NIP 7511261685 nie ujawniono zaległości podatkowych według stanu na dzień 24 lutego 2016 r.,
- c) zaświadczenie Inspektoratu ZUS w Kluczborku, z którego wynika, że J. N. i, nr NIP 7511223242 zobowiązany do opłacania składek na ubezpieczenie społeczne, zdrowotne, Fundusz Pracy nie posiada zaległości według stanu na dzień 26 lutego 2016r.,
- d) zaświadczenie Inspektoratu ZUS w Kluczborku, z którego wynika, że A. N., nr NIP 7511261685 zobowiązany do opłacania składek na ubezpieczenie społeczne, zdrowotne, Fundusz Pracy nie posiada zaległości według stanu na dzień 26 lutego 2016r.

Następnie ustalono, że zamawiający 16 marca 2016 r. zawiadomił odwołującego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z powodu niewykazania przez odwołującego braku podstaw do wykluczenia go z udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał, że wezwał odwołującego do uzupełnienia zaświadczenia z Urzędu Skarbowego oraz zaświadczenia z ZUS dla każdego ze wspólników spółki cywilnej. Wywiódł, że odwołujący złożył zaświadczenia z Urzędu Skarbowego dotyczące każdego ze wspólników spółki cywilnej, stwierdzające że nie ujawniono zaległości podatkowych według stanu na dzień 24 lutego 2016 r. oraz zaświadczenia z ZUS dotyczące

7

każdego ze wspólników spółki cywilnej, stwierdzające że nie ujawniono zaległości w opłacaniu składek na dzień 26 lutego 2016 r. Wobec powyższego zamawiający wywiódł, że odwołujący nie wykazał braku podstaw do wykluczenia, gdyż nie złożył dokumentów wystawionych nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (zawiadomienie z 16.03.2016 r., w aktach sprawy).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W świetle art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, *Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.*

Zgodnie zaś z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, *z postępowania wyklucza się wykonawców, który nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.*

Zamawiający nałożył na wykonawców w ogłoszeniu, celem wykazania braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, obowiązek złożenia zaświadczenia z Urzędu Skarbowego i z ZUS potwierdzających, że wykonawca nie zalega odpowiednio z opłacaniem podatków (składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne), wystawionych nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Do upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu swój wniosek złożył odwołujący, to jest wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie

zamówienia J. N. i A. N., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Melioracyjnych, Mel-Kan s.c. w Kluczborku. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, jakoby wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyła spółka

8

cywilna. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego jakoby spółka cywilna miała stanowić odrębny od jej wspólników podmiot prawa cywilnego. Przypomnienia wymaga, że spółce cywilnej nie został przyznany przymiot osobowości prawnej. W uchwale Sądu Najwyższego w składzie siedmiu sędziów z dnia 26 stycznia 1996 r., III CZP 111/95 (OSNC 1996, nr 5, poz. 63), stwierdzono, że spółka prawa cywilnego nie ma zdolności prawnej także w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej. Co więcej, spółka cywilna nie jest także tzw. „ułamną osobą prawną” w rozumieniu art. 33 § 1 Kodeksu cywilnego. Jak wynika bowiem z powołanego przepisu, do jednostek organizacyjnych, którym ustawa przyznaje zdolność prawną, stosuje się odpowiednio przepisy o osobach prawnych. Z powyższego wynika, że aby mówić o odrębnej zdolności prawnej spółki cywilnej musiałby istnieć wyraźny przepis, który przyznawałby jej taką zdolność. Ponieważ ustawodawca nie przyznał spółce cywilnej zdolności prawnej, to fakt ten nie pozwala zaliczyć spółki cywilnej nawet do jednostek organizacyjnych w rozumieniu art. 33 § 1 k.c., do których odpowiednio stosuje się przepisy o osobach prawnych. Powyższe prowadzi do wniosku, że spółkę cywilną na gruncie prawa cywilnego należy traktować wyłącznie jako stosunek prawnozobowiązaniowy, a nie jako jednostkę organizacyjną funkcjonującą jako odrębny podmiot prawa cywilnego. Spółka cywilna, w przeciwieństwie do ułamnych osób prawnych, nie posiada odrębnej zdolności prawnej od zdolności jej wspólników. Spółka cywilna nie tworzy odrębnych podmiotowych struktur organizacyjnych, jest jedynie umową zawartą przez jej wspólników, której żaden przepis kodeksu cywilnego nie przyznaje zdolności prawnej odrębnej od zdolności jej wspólników, tak jak ma to miejsce w przypadku jednostek organizacyjnych nie posiadających osobowości prawnej, o których mowa w § 33 k.c. Istota spółki cywilnej wyczerpuje się więc w dwu - lub nawet wielostronnym stosunku obligacyjnym, łączącym wspólników (por: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 października 2003 r., sygn. akt I CK 201/02, System Informacji Prawnej LEX nr 151608). Skutki nieposiadania zdolności prawnej przez spółkę cywilną są daleko idące. Spółka cywilna nie posiada własnego majątku, który jest majątkiem wspólnym wspólników. Nabywa prawa i zaciąga zobowiązania nie spółka cywilna, ale wszyscy wspólnicy. Wreszcie za zobowiązania nie odpowiada spółka ale wspólnicy s.c.

Stanowiska Izby nie zmienia fakt, że na gruncie niektórych przepisów prawa publicznego niekiedy ustawodawca przyznaje pewne atrybuty zdolności prawnej spółce cywilnej. Rzeczywiście jest ona podatnikiem podatku VAT, podatku akcyzowego zaś na gruncie ustawy o statystyce publicznej jest opisywana jako jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej zaliczana do podmiotów gospodarki narodowej. Po pierwsze, owo przyznawanie zdolności dotyczy tylko niektórych przepisów prawa publicznego. Przykładowo bowiem z art. 4 ust. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej wynika, że przedsiębiorcą nie jest spółka cywilna, lecz sami wspólnicy. Co jednak istotniejsze, ustawa Pzp nie jest częścią prawa publicznego, ale prawa prywatnego. Świadczy o tym

9

choćby odesłanie w art. 14 ustawy Pzp do Kodeksu cywilnego, będącego wszak częścią prawa prywatnego.

Podkreślenia wymaga, że z ww. względów na gruncie ustawy Pzp spółkę cywilną traktuje się jedynie jako stosunek zobowiązaniowy, a ubieganie się przez spółkę cywilną o zamówienie traktowanie jest jako wspólnie ubieganie się wykonawców o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 23 ustawy Pzp (por. wyroki Izby wydane w sprawach o sygn. akt KIO 1313/11, KIO/UZP 708/10, KIO/UZP 1505/09, KIO/UZP 2656/10, KIO 1542/12, KIO 1571/13, KIO 1572/13, KIO 1574/13, KIO 1674/14, KIO 1956/14). Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zamawiający prawidłowo uznał, że wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyli mu wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia J. N. i A. W., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Melioracyjnych, Mel-Kan s.c. w Kluczborku. W konsekwencji wymóg z ogłoszenia odnośnie konieczności złożenia zaświadczenia z Urzędu Skarbowego i ZUS należało odnosić do wspólników s.c., będących wykonawcami ubiegającymi się o zamówienie. Nie ulega bowiem wątpliwości, że wymogi z art. 24 ustawy Pzp dotyczące braku podstaw do wykluczenia

odnoszą się do wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Za całkowicie chybiony należało uznać zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, które miało polegać na bezpodstawnym wykluczeniu odwołującego z postępowania z powodu ustalenia, że odwołujący zalega w opłacaniu podatku lub składek. Stosownie do przywoływanego przepisu, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy, co do zasady, zalegają z uiszczeniem podatków. Dostrzeżenia wymaga, że w świetle przywołanego przepisu obowiązek wykluczenia aktualizuje się wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca jest w zwłoce z uiszczeniem ww. należności publicznoprawnej. Definicję zaległości podatkowej, do której odnosi się art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zawiera zaś ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa. Podkreślić należy z całą mocą, że zamawiający nie wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z powodu ustalenia, że zalega on z opłacaniem podatków lub składek. W żadnym fragmencie uzasadnienia czynności wykluczenia z 17 marca 2016 r. zamawiający nie wskazał, że odwołujący miał zalegać z podatkami lub składkami. Zamawiający nie wskazał także przepisu art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jako podstawy prawnej wykluczenia odwołującego z postępowania. Uszło uwadze odwołującego, że został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w następstwie niezłożenia wymaganych przez zamawiającego zaświadczeń, które dopiero miały służyć zamawiającemu celem ustalenia czy odwołujący zalega z podatkami lub składkami nie później niż na dzień 15 lutego 2016 r.

10

(to jest na dzień upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu).

Odwołujący nie sformułował w odwołaniu zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Tym niemniej jednak, przyjmując najbardziej życzliwe dla odwołującego stanowisko, że za zarzut należy uznać wskazanie w odwołaniu określonego stanu faktycznego, któremu zarzuca się niezgodność z prawem i nie będąc związana podawaną podstawą prawną, Izba odniosła się do czynności wykluczenia i uznała ją za prawidłową.

W ocenie Izby zamawiający miał obowiązek wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z powodu niewykazania braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, *złożone na wezwanie dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków*. Zaświadczenia z Urzędu Skarbowego i ZUS składane celem wykazania braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu są niewątpliwie dokumentami składanymi na „potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu” w rozumieniu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W konsekwencji, z mocy art. 26 ust. 3 zd. 2 ustawy Pzp zaświadczenia składane w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, powinny potwierdzać spełnianie warunków na dzień upływu terminu składania wniosków. W analizowanym przypadku z dokumentów tego powinno wynikać w sposób niebudzący wątpliwości, że w dacie 15 lutego 2016 r., kiedy upływał termin składania wniosków, żaden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie zalegał z uiszczeniem podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne.

Odwołujący wprawdzie złożył zamawiającemu wymagane zaświadczenia dokumentujące niezaleganie wspólników ze składkami i podatkami, to jednak potwierdzały one stan niezalegania na dzień odpowiednio 26 lutego 2016 r. i 24 lutego 2016 r.

Wbrew stanowisku odwołującego za niewystarczające należało uznać zaświadczenia z Urzędu Skarbowego wystawione na samą spółkę cywilną, które odwołujący załączył do wniosku. Spółka cywilna jest jedynie podatnikiem podatku VAT i akcyzowego. Natomiast dochody uzyskiwane z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej w formie spółki cywilnej opodatkowane są podatkiem dochodowym, którego podatnikami są wspólnicy s.c., a nie spółka. Zatem zaświadczenie z US dokumentujące brak zaległości podatkowych spółki cywilnej należało uznać za niewystarczające.

Natomiast jeśli chodzi o składki na ubezpieczenie społeczne, to istnieją dwa modele ich opłacania w odniesieniu do wspólników spółki cywilnej. Spółka cywilna może opłacać

ubezpieczenia. W takiej sytuacji spółka nie musi zgłaszać do ubezpieczenia i rozliczać wspólników. To wspólnicy sporządzają i przekazują dokumenty ubezpieczeniowe, opłacając przy tym składki na własne ubezpieczenia. Możliwa jest również 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.

Odwołujący nie wykazał, jaki model opłacania składek został przyjęty u niego. Stanowisko odwołującego, jakoby składki na ubezpieczenie społeczne również za wspólników opłacała spółka, a nie sami wspólnicy, pozostało gołosłowne. Ponadto nawet gdyby istotnie tak było, to istniała również w takiej sytuacji możliwość uzyskania stosownego zaświadczenia poświadczającego brak zaległości wspólników w uiszczeniu składek. Przepisy ustawy Pzp i wydanego na jej podstawie rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, nie przewidują możliwości zastąpienia zaświadczenia właściwego organu oświadczeniem wykonawcy. Nawet zatem gdyby wspólnicy nie mieli obowiązku opłacania składek na ubezpieczenie społeczne, to istniała możliwość stwierdzenia tego faktu zaświadczeniem oddziału ZUS. Na możliwość uzyskania i złożenia takiego zaświadczenia, wskazują choćby zaświadczenia z ZUS złożone przez odwołującego przy piśmie z 29 lutego 2016 r.

W ocenie Izby zamawiający prawidłowo ocenił, że odwołujący nie sprostął obowiązkowi uzupełnienia wymaganych dokumentów. Zaświadczenia z Urzędu Skarbowego i ZUS uzupełnione przez odwołującego potwierdzały stan niezalegania z podatkami (składkami) dopiero na dzień odpowiednio 24 i 26 lutego 2016 r. Z dokumentów tych nie wynikało zatem, że stan niezalegania z podatkami i składkami istniał już w dacie 15 lutego 2016 r.

Odnosnie argumentacji odwołującego, jakoby zamawiający w dotychczasowych postępowaniach, przy identycznych postanowieniach ogłoszenia, miał akceptować praktykę odwołującego polegającą na składaniu zaświadczeń z Urzędu Skarbowego i ZUS wystawianych na spółkę cywilną, Izba stwierdziła, że stanowisko odwołującego nie zostało poparte żadnymi dowodami. Odwołujący powołał się w odwołaniu na dwa przetargi. Pierwszy, którego wyniki miały ukazać się 21.09.2015 r., i drugi, którego przedmiotem miała być obsługa urządzeń melioracji podstawowych, obsługa zbiornika Biskupice – Brzózki. Jeżeli chodzi o pierwszy przetarg, to zamawiający załączył do odpowiedzi na odwołanie dowód w postaci ogłoszenia o zamówieniu. Z sekcji III. 4.2. ogłoszenia o zamówieniu wynikało, że zamawiający w tym postępowaniu nie żądał od wykonawców składania jakichkolwiek zaświadczeń z Urzędu Skarbowego ani z ZUS. Analogicznie, z sekcji III.4.2. ogłoszenia o zamówieniu w przetargu dotyczącym obsługi zbiornika Biskupice- Brzózki,

wynikało, że zamawiający nie wymagał od wykonawców składania takich dokumentów. Zatem jeżeli nawet odwołujący w tych postępowaniach składał zamawiającemu takie zaświadczenia odnoszące się do spółki cywilnej, to nie były one konieczne celem potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia go z udziału w postępowaniu. W tej sytuacji zamawiający w powoływanych postępowaniach nie mógł żądać od odwołującego uzupełnienia zaświadczeń z ZUS i Urzędu Skarbowego odnoszących się do wspólników s.c. ani wykluczać go z tego powodu z udziału w tych postępowaniach. Zatem, wbrew stanowisku odwołującego, sytuacja w przywoływanych przez niego postępowaniach nie była porównywalna do analizowanego postępowania, w którym niewątpliwie nałożono na wykonawców obowiązek składania zaświadczeń z Urzędu Skarbowego i ZUS.

Po drugie jednak, nawet gdyby odwołujący wykazał, że zamawiający w którymś z postępowań zażądał złożenia zaświadczeń z ZUS i Urzędu Skarbowego i zaakceptował takie dokumenty wystawione wyłącznie na spółkę cywilną, to byłoby to nieistotne z punktu widzenia rozstrzygnięcia tej sprawy. Ewentualne dotychczasowe błędne zachowanie zamawiającego w poprzednich postępowaniach nie może stanowić samo przez się podstawy do uwzględnienia odwołania. Odwołanie może być uwzględnione, zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, wyłącznie w sytuacji gdy czynność lub zaniechanie zamawiającego okaże się

niezgodne z przepisami ustawy, co rozpatrywanej sprawie nie miało miejsca.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w analizowanej sprawie.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

13

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6*. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2014, wydanie VI. Ponieważ odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosił w całości odwołujący, to tę stronę postępowania Izba obciążyła w całości kosztami tego postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 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 (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący:

14