Sygn. akt: KIO 2556/10

WYROK
z dnia 9 grudnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 grudnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **26 listopada 2010 r.** przez **Stanisława Bielaszka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Transportowo-Handlowo-Usługowe „Bielaszka" Stanisław Bielaszka, 44-330 Jastrzębie Zdrój, ul. Pszczyńska 8** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Jastrzębską Spółkę Handlową Spółkę Akcyjną, 44-330 Jastrzębie Zdrój, ul. Armii Krajowej 56**

przy udziale wykonawców **Roberta Ryś i Jerzego Ryś wspólników spółki cywilnej pod nazwą: Spółka Cywilna „RYŚ" Robert Ryś, Jerzy Ryś, 44-337 Jastrzębie Zdrój, ul. Wyzwolenia 105B** zgłaszającego przystąpienie do powstępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Jastrzębskiej Spółce Handlowej Spółce Akcyjnej, 44-330 Jastrzębie Zdrój, ul. Armii Krajowej 56– unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwanie wykonawców Roberta Ryś i Jerzego Ryś wspólników spółki cywilnej pod nazwą: Spółka Cywilna „RYŚ" Robert Ryś, Jerzy Ryś, 44-337 Jastrzębie Zdrój, ul. Wyzwolenia 105B do uzupełnienia zaświadczeń właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzających nie zaleganie z opłacaniem podatków lub**

---

zaświadczenia, że uzyskali przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu oraz zaświadczeń właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzających, że wykonawcy nie zalegają z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne lub potwierdzenia, że uzyskali przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu i dokonanie ponownej oceny ofert oraz wezwanie do uzupełnienia informacji o podstawie do dysponowania osobami Kazimierza B., Wojciecha C., Grzegorza M., Krzysztofa S. i Mariusza D.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców **Jastrzębską Spółkę Handlową Spółkę Akcyjną, 44-330 Jastrzębie Zdrój, ul. Armii Krajowej 56** i nakazuje:

   1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Stanisława Bielaszka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Transportowo-Handlowo-Usługowe „Bielaszka" Stanisław Bielaszka, 44-330 Jastrzębie Zdrój, ul. Pszczyńska 8** tytułem wpisu od odwołania,

   2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Jastrzębską Spółkę Handlową Spółkę Akcyjną, 44-330 Jastrzębie Zdrój, ul. Armii Krajowej 56** na rzecz **Stanisława Bielaszka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Transportowo-Handlowo-Usługowe „Bielaszka" Stanisław Bielaszka, 44-330 Jastrzębie Zdrój, ul. Pszczyńska 8** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b 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 Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Gliwicach.**

Przewodniczący:
……

Uzasadnienie

Zamawiający – Jastrzębska Spółka Węglowa Spółka Akcyjna, 44-330 Jastrzębie-Zdrój, ul. Armii Krajowej 56 – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na Kompleksową eksploatację stacji przeładunkowych odpadów kolejowych wraz z obsługą placu budowy obiektu budowlano-ziemnego do rzędnej +320 m n.p.m. na terenie składowiska „Kościelniok" JSW S.A. KWK „Pniówek"

Postępowanie prowadzone jest w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 75, zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 26 listopada 2010 roku Pan Stanisław Bielaszka, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Transportowo Handlowo Usługowe „Bielaszka" Stanisław Bielaszka, 44-330 Jastrzębie-Zdrój, ul. Pszczyńska 8 (zwany dalej odwołującym się) wniósł odwołanie od czynności zamawiającego podjętej w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu działanie niezgodne z przepisami ustawy Pzp poprzez zaniechanie następujących czynności w postępowaniu:

1. zaniechaniu wykluczenia wykonawcy - wspólników spółki cywilnej „s.c. Ryś" Robert Ryś, Jerzy Ryś, ul. Wyzwolenia 105B, 44-337 Jastrzębie Zdrój z powodu niewykazania braku podstaw do wykluczenia poprzez nieprzedłożenie 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 oraz nieprzedłożenie zaświadczenia aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu a tym samym zaniechanie odrzucenia oferty wspólników spółki cywilnej „s.c. Ryś" Robert Ryś, Jerzy Ryś, ul. Wyzwolenia 105B, 44-337 Jastrzębie Zdrój jako niespełniającej wymagań przewidzianych w SIWZ oraz wyboru oferty Wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej mimo, ze podlegała ona odrzuceniu,

---

ewentualnie

2. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy wspólników spółki cywilnej „s.c. Ryś" Robert Ryś, Jerzy Ryś, ul. Wyzwolenia 105B, 44-337 Jastrzębie Zdrój mimo tego, że treść oferty wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ, skutkiem czego oferta wykonawcy wspólników spółki cywilnej „s.c. Ryś" Robert Ryś, Jerzy Ryś, ul. Wyzwolenia 105B, 44-337 Jastrzębie Zdrój została uznana jako najkorzystniejsza.

W ocenie odwołującego się powyższe zaniechania stanowią naruszenie przez zamawiającego:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób przeczący zachowaniu uczciwej konkurencji oraz traktowanie Wykonawców w nierówny sposób,
2. art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady, że zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy,
3. art. 22 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że wykonawca wykazał,

iż dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia a zatem, że jego oferta jest zgodna z SIWZ,

4. art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez przyjęcie, że wykonawca nie zalega z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne mimo nieprzedłożenia zaświadczeń z ZUS i US wystawionych na każdego ze wspólników spółki cywilnej,
5. art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez nieuznanie oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu za odrzuconą,
6. art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu,
7. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy niezgodnej z SIWZ,
8. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie przejawiające się tym, że zamawiający wybrał ofertę wykonawcy jako ofertę najkorzystniejszą pomimo tego, że podlega ona odrzuceniu,
9. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie przejawiające się tym, że zamawiający nie wybrał oferty odwołującego się zgodnie z ustalonymi przez siebie kryteriami wyboru oferty;

Odwołujący się wniósł o:

---

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
3. dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej, w rozumieniu przepisów ustawy Pzp i SIWZ, oferty odwołującego się.

Odwołujący się podniósł, iż zgodnie z art. 2 pkt. 11 ustawy Pzp wykonawcą jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z przytoczonym wyżej przepisem spółka cywilna nie posiada statusu wykonawcy. Stosownie do art. 860 kodeksu cywilnego, znajdującego zastosowanie z mocy art. 14 ustawy Pzp, spółka cywilna jest stosunkiem prawno - zobowiązaniowym, którego istotą jest dążenie do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego. nie tworzy Spółka cywilna 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 art. 33' k.c. W tym też kontekście należy rozpatrywać zakres składanych oświadczeń oraz żądanych przez zamawiającego zaświadczeń.

Zgodnie z przepisami ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (tekst jedn. z 2010 r. Dz.U. nr 51, poz. 307 ze zm.) obowiązek podatkowy z tytułu podatku dochodowego od osób fizycznych ciąży na wspólnikach spółki cywilnej, a nie na spółce. Natomiast spółka cywilna posiada podmiotowość podatkowo-prawną, ale wyraźnie przyznaną wyłącznie dla potrzeb stosowania przepisów ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2004 r. Nr 54, poz. 535 ze zm.). Uznać należy zatem, że nieprzedstawienie przez Wykonawcę - wspólników spółki cywilnej „s.c. Ryś" Robert Ryś, Jerzy Ryś zaświadczeń właściwego naczelnika Urzędu Skarbowego wydanych osobno dla każdego ze wspólników, stanowi podstawę do ich wykluczenia z postępowania albowiem nie wykazali oni, że na dzień składania ofert nie zalegali oni z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne.

Odnosząc się do braku zaświadczenia wydanego przez właściwy oddział ZUS to wskazać należy, że zgodnie z art. 36 ust. 3 w związku z art. 6 ust. 1 pkt. 5 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (tekst jednolity z 2009 r. Dz.U. 205 poz. 1585 z późn.zm.) obowiązek zgłoszenia do ubezpieczeń społecznych osób, o których mowa w art. 6 ust. 1 pkt 5 (prowadzących pozarolniczą działalność), należy do tych osób. W indywidualnych przypadkach może uczynić to również spółka jednakże fakt ten winien być przez wspólników wykazany, co w niniejszym podstępowaniu nie miało miejsca.

W celu wykazania niezgodności oferty Wykonawcy - wspólników spółki cywilnej „s.c. Ryś" Robert Ryś, Jerzy Ryś odwołujący się przedstawił następujące argumenty:

W pkt. 1.1.1 a) Załącznika nr 1 do SIWZ zamawiający wskazał ilości odpadów górniczych do rozładunku, których zobowiązany jest wykonawca. W zależności od przyjętej technologii wykonawca powinien przewidzieć taką ilość sprzętu, aby móc zapewnić rozładunek odpadów z bieżącej produkcji. Zamawiający wskazał, że średniodobowa ilość odpadów wynosić będzie: w dni robocze - 13.600 Mg/dobę oraz w dni wolne od wydobycia - 1.000 Mg/dobę. Jednocześnie zamawiający wskazał, że wykonawca winien gwarantować odbiór odpadów z bieżącej produkcji w dni robocze w ilości max. 16.500 Mg/dobę. Z tego zapisu wynika, że wykonawca musi dysponować taką ilością sprzętu i obsługi aby móc w każdej chwili zapewnić odbiór odpadów w ilości maksymalnej, tj. 16.500 Mg/dobę. Zdaniem odwołującego się wykonawca, którego oferta została wybrana nieprawidłowo określił ilość niezbędnego do wykonania usługi sprzętu, tj. 2 ładowarki oraz 5 wozideł; ilość sprzętu zaproponowana przez tego wykonawcę jest niewystarczająca do rozładunku odpadów górniczych z bieżącej produkcji w ilości średnio 13.600 Mg/dobę (jak wykazano poniżej) a tym bardziej uniemożliwia rozładunek odpadów górniczych w przypadku maksymalnej dobowej ilości odpadów, tj. 16.500 Mg/dobę; brak możliwości rozładowania ok. 3.000 Mg/dobę (tj. 6 składów) spowoduje całkowity paraliż pracy kopalni a co za tym idzie narażenie jej na ogromne koszty; Wykonawca winien w swojej ofercie przewidzieć taką liczbę sprzętu aby móc prowadzić rozładunek maksymalnej przewidzianej przez zamawiającego ilości odpadów górniczych; wykonawca wskazał wprawdzie, że ilość sprzętu jest średnią, jaką przyjął w okresie wykonywania robót i nie limituje zwiększenia ilości jednostek sprzętowych - takie stanowisko wskazuje jednakże na brak ujęcia w cenie oferty wszystkich kosztów jakie niezbędne będą do prawidłowego wykonania zamówienia, w tym zakresie wykonawca naruszył wymaganie zamawiającego, o którym mowa w pkt. XVI.2 SIWZ poprzez niewzięcie pod uwagę wszystkich kosztów niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia.

Dodatkowo odwołujący się wskazał, że wykonawca nieprawidłowo określił niezbędną do wykonania zamówienia ilość pracowników w związku z przyjęciem zbyt małej ilości niezbędnego sprzętu - według wiedzy i doświadczenia odwołującego się minimalna ilość pracowników zapewniająca obsługę odpowiedniej ilości sprzętu umożliwiającego wykonanie zamówienia w odniesieniu do maksymalnych przewidzianych przez Zamawiającego ilości odpadów wynosi ok. 45 pracowników - wykonawca przewidział 38 pracowników - zdaniem odwołującego się ilość taka jest zbyt niska do założonego przerobu ze względu na brak rezerwy, choćby na absencję chorobową i urlopową, która zwykle dotyczy ok. 20% pracowników; Wskazanie przez wykonawcę niewłaściwej (zbyt małej) ilości sprzętu było konsekwencją nieprawidłowego przyjęcia efektywnego czasu świadczenia usługi na 20 godzin/dobę -

---

Odwołujący opierając się na swoim doświadczeniu wyliczył, w opisie technologicznym (załącznik nr 1 do oferty), że czas ten wynosi max. 19 godzin/dobę, przy uwzględnieniu czasu rozładunku jednego składu (obejmującego 10 wagonów typu 418 V) - 15 minut (czas ten obejmuje przyjęcie składu, jego unieruchomienie polegające na przymocowaniu wagonu do główki szyny przy pomocy specjalnych kotw - „kleszczy", zgodnie z § 3 pkt. 3 Instrukcji obsługi nr R/M - 103 wagonu samowyładowczego typu 418Vb; wyładunek, czyszczenie wagonów i pomostów z odpadów górniczych), w trakcie którego niemożliwe jest prowadzenie załadunku wozideł - przy tak założonym efektywnym dobowym czasie pracy oraz przedstawionych przez wykonawcę możliwościach transportowych (700 t/godzinę) daje to przerób w wysokości 13.300 t/dobę, a więc poniżej poziomu wskazanego przez zamawiającego jako średniodobowa a tym bardziej maksymalny;

W pkt. II.I.f załącznika nr 1 do SIWZ zamawiający wymagał, aby wykonawca zapewnił sprzęt rezerwowy w razie awarii. Z ilości sprzętu jakim dysponuje wykonawca, wskazanym w ofercie wynika, że niemożliwym jest zapewnienie przez niego sprzętu rezerwowego w przypadku awarii. Wykonawca dysponuje bowiem tylko 5 wozidłami i dwiema ładowarkami (po jednej na każdą stację rozładunkową), które w wykorzystywane będą wyłącznie do zabezpieczenia odbioru odpadów z bieżącej produkcji chociaż, jak wykazał wyżej odwołujący nawet nie w wysokości 13.600 Mg/dobę. Taka sytuacja spowodować może, że każdorazowa awaria sprzętu powodować będzie brak odbioru odpadów w ilości wymaganej przez zamawiającego a co za tym idzie generowanie ogromnych kosztów po stronie zamawiającego.

W pkt. II.3.a) załącznika nr 1 do SIWZ zamawiający wymagał przedstawienia opisu

technicznego sposobu realizacji przedmiotu zamówienia określającego maszyny i urządzenia użyte do transportu odpadów, ich rozgarniania i zagęszczania. Zamawiający wymagał również wykazu maszyn i urządzeń jakie winien zapewnić wykonawca oraz obłożenia stanowisk pracownikami. Według Odwołującego oferta wykonawcy nie spełnia powyższego wymogu. Zdaniem odwołującego się wykonawca nieprawidłowo określił rodzaj niezbędnego do wykonania sprzętu - w pkt. I.l.f. Załącznika nr 1 do SIWZ Zamawiający wskazał, że w razie wypadnięcia wózka wagonu z toków szynowych podczas prowadzenia rozładunku wykonawca zobowiązany jest do usunięcia awarii bez zbędnej zwłoki (zorganizowania wkolejenia wagonu) w celu udostępnienia stacji, do dalszych prac rozładunkowych); tymczasem z oferty wykonawcy nie wynika, że przewidział on konieczność posiadania na miejscu rozładunku odpadów górniczych odpowiedniego sprzętu zdolnego do ustawienia wagonu na szynach i to najpóźniej do czasu zakończenia rozładunku a zatem w ciągu maks. 40 minut w okresie od 1 kwietnia do 30 listopada oraz maks. 60 minut w okresie od 1 grudnia do 31 marca; tylko wykonawca dysponujący na miejscu rozładunku odpowiednim sprzętem (w praktyce - dźwigiem w związku z tym, że każdy wagon waży ok.

---

27 ton) oraz dysponujący operatorem posiadającym niezbędne uprawnienia do obsługi tego sprzętu będzie w stanie sprostać temu obowiązkowi. Zdaniem Odwołującego wykonawca nie tylko nie zapewni zamawiającemu odpowiedniego sprzętu ale też nie zapewni odpowiedniej ilości osób do obsługi jakiegokolwiek, poza wozidłami, ładowarkami, koparką, spychaczem i walcem wibracyjnym sprzętu niezbędnego do prawidłowego wykonania umowy. Zdaniem odwołującego brak ujęcia w Opisie Technicznym (załącznik nr 1 do oferty Wykonawcy) konieczności zapewnienia odpowiedniego sprzętu na miejscu rozładunku wskazuje na niezgodność oferty z wymogami SIWZ.

W pkt. IX.B.l SIWZ zamawiający zażądał, na potwierdzenie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia poprzez wykonanie lub wykonywanie obsługi składowiska odpadów powęglowych kopalń węgla kamiennego lub usług związanych z pracami ziemnymi (np. formowaniem bryły składowiska) o łącznej wartości nie mniejszej niż 6.000.000 zł netto w tym jedno zamówienie o wartości nie mniej niż 1.000.000 zł netto w okresie ostatnich 3 lat przed upływem składania ofert. Wykonawca w swojej ofercie, w załączniku nr 6 do SIWZ wskazał usługi świadczone przez niego w celu wykazania spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia. Zdaniem odwołującego się roboty wykonywane przez wykonawcę, wskazane w załączniku nr 6 nie spełniają ww. warunku. W celu potwierdzenia swojego stanowiska Odwołujący wskazuje na treść opinii inż. Antoniego K. z Kancelarii Inwestycyjno - Budowlanej, który na zlecenie Odwołującego dokonał klasyfikacji usług, które mogą zostać zakwalifikowane jako spełniające warunek posiadania niezbędnego doświadczenia. Zdaniem inż. A. K. wykonywane roboty, wskazane przez wykonawcę, miały bezpośredni związek z robotami ziemnymi, jednak o zupełnie innym charakterze niż realizacja obiektu budowlano -ziemnego, wyniesionego ok. 80-90 m nad poziom przylegającego terenu. Z tego też względu wykonanych robót i usług nie można zaliczać jako doświadczenia w rozumieniu SIWZ. Do takiego wniosku winien dojść zamawiający po przeanalizowaniu zakresu usług wykonywanych przez wykonawcę na rzecz jednego z zakładów zamawiającego, na podstawie dokumentów (faktur), które są w posiadaniu zamawiającego. Z dokumentacji postępowania nie wynika, że zamawiający poczynił jakiekolwiek ustalenia w tym zakresie. Zgodnie z pkt. X.3 i 4 SIWZ wykonawca powinien do oferty dołączyć pisemną informację o podstawie dysponowania osobami zgodnie z pkt. IX.B.3 (załącznik nr 7 do SIWZ). Zdaniem odwołującego wykonawca nie dołączył do oferty oświadczeń niżej wymienionych osób o tym, iż podejmą oni pracę albo oddadzą się do dyspozycji firmie "Sotm sp. z o.o." (jako podwykonawcy) lub Wykonawcy w celu wykonywania przedmiotowego zamówienia: Zbigniew P., T. Edward, J. Andrzej, M. Mariusz, L. Marek, K. Franciszek, L. Krzysztof. Wprawdzie ww. osoby złożyły oświadczenia o możliwości zatrudnienia w przyszłości u wykonawcy lub podwykonawcy jednakże, zdaniem odwołującego zamiast ww. oświadczeń

---

osoby te nie będące pracownikami wykonawcy ani podwykonawcy powinny wypełnić odpowiedni druk - załącznik nr 7 do SIWZ o oddaniu do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów a te z kolei druki powinny zostać dołączone do oferty Wykonawcy. Zgodnie bowiem z art. 26 pkt. 2b ustawy Pzp osoby te powinny oddać się do dyspozycji wykonawcy niezależnie od tego czy podejmą później pracę u wykonawcy czy u podwykonawcy a nie

deklarować podjęcie pracy u podwykonawcy. Zdaniem odwołującego również dołączone oświadczenie firmy „Sotm sp. z o.o. " o oddaniu do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów -zgodnie z załącznikiem nr 7 do SIWZ nie może obejmować osób deklarujących podjęcie pracy u podwykonawcy - firmy „Sotm sp. z o.o.", ponieważ osoby te nie stanowią jego zasobów. Wskazane wyżej braki w ofercie Wykonawcy wskazują na jej niezgodność z SIWZ.

Zgodnie z pkt. X. 4 SIWZ wykonawca powinien do oferty dołączyć pisemną informację o podstawie dysponowania osobami zgodnie z pkt. IX.B.3 (załącznik nr 8 do SIWZ). W ofercie wykonawcy brak jest oświadczenia wykonawcy o podstawie do dysponowania pozostałymi osobami wymienionymi w załączniku nr 8 do SIWZ a mianowicie: B. Kazimierz, C. Wojciech, M. Grzegorz, S. Krzysztof, D. Mariusz. Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt. 6 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. nr 226, poz. 1817) oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane Wykonawca winien przedstawić wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. W załączniku nr 8 do oferty Wykonawca wykazał jedynie osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia bez informacji o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron oraz przystępującego, jak też złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Spółka cywilna w obecnym stanie prawnym nie posiada podmiotowości prawnej, jest natomiast wyłącznie stosunkiem o charakterze zobowiązaniowym (umową) zawartym pomiędzy co najmniej dwoma podmiotami. Spółka cywilna nie posiada zdolności sądowej i procesowej, upadłościowej (zob. uchwała SN z dnia 6 listopada 2002 r., III CZP 67/02; zob. też art. 5 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze oraz art. 874 § 2 k.c.), układowej ani wekslowej. Spółka ta nie posiada także statutu przedsiębiorcy ani w rozumieniu art. 43^1 k.c., ani art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej. Za przedsiębiorców uważa się natomiast wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej (art. 4 ust. 2 tej ustawy).

Art. 2 pkt 11 p.z.p. stanowi, że wykonawcą jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Spółka cywilna nie posiada statusu wykonawcy w rozumieniu przywołanego przepisu. Stosownie do art. 860 kodeksu cywilnego, znajdującego zastosowanie z mocy art. 14 p.z.p., spółka cywilna jest stosunkiem prawno-zobowiązaniowym, którego istotą jest dążenie do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego.

Spółka cywilna nie tworzy odrębnych podmiotowych struktur organizacyjnych, jest jedynie umową zwartą 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 33^1 k.c. Istota spółki cywilnej wyczerpuje się więc w dwu - lub nawet wielostronnym stosunku obligacyjnym, łączącym wspólników (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 października 2003 r., sygn. akt I CK 201/02, System Informacji Prawnej LEX nr 151608).

Uczestnikami postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wykonawcami w rozumieniu art. 2 pkt 11 p.z.p., są wspólnicy spółki cywilnej, których udział w postępowaniu

traktowany jest jako wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 23 ust. 1 p.z.p.

W tym kontekście ocenić należy, na kogo opiewać mają zaświadczenia wystawione przez właściwego naczelnika Urzędu Skarbowego oraz właściwy oddział ZUS.

Do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp

---

Obowiązek podatkowy z tytułu podatku dochodowego od osób fizycznych ciąży na wspólnikach spółki cywilnej, a nie na spółce. Na gruncie ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2000 r. Nr 14, poz. 176 ze zm.) nie można dokonywać domniemania, że jakiś podmiot (nie podlegający z mocy ustawy podatkowej obowiązkowi podatkowemu) jest podatnikiem od osiąganego przez siebie dochodu (vide: wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 27 kwietnia 2001 r., sygn. akt III SA 429/00 LEX nr 54003).

Natomiast spółka cywilna posiada podmiotowość podatkowo-prawną, ale wyraźnie przyznaną wyłącznie dla potrzeb stosowania przepisów ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2004 r. Nr 54, poz. 535 ze zm.). Potwierdza to również orzecznictwo. W wyroku z 28 września 2005 r., sygn. akt I FSK 412/05 (LEX nr 512180) Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, że "na gruncie podatku od towarów i usług podmiotowość prawno-podatkową przyznaje się spółce osobowej jako organizacji wspólników, a nie samym wspólnikom, tym samym wszelkie obowiązki i uprawnienia podatników wynikające z ustawy o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym odnoszą się do tych spółek, a nie bezpośrednio do ich wspólników".

W konsekwencji stanowisko odwołującego się dotyczące konieczności złożenia przez wspólników spółki cywilnej zaświadczenia dotyczącego indywidualnie każdego z nich oraz spółki cywilnej uznać należy za prawidłowe. Tylko z tak złożonych zaświadczeń wynikać może w sposób nie budzący wątpliwości stan realizacji zobowiązań prawno-podatkowych, w zakresie wymaganym przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odniesieniu natomiast do zaświadczenia właściwego oddziału ZUS stwierdzić należy, że wspólnicy spółki cywilnej samodzielnie odprowadzają swoje składki ZUS, w indywidualnych przypadkach może uczynić to również spółka. Obowiązek odprowadzania składek ZUS przez przedsiębiorców wynika z art. 36 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 6 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 13 października 1998 roku o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2009 roku Nr 205, poz. 1585 ze zmianami). Przedłożenie zatem stosownych zaświadczeń jest niezbędne, by ocenić, czy osoby składające ofertę nie zalegają ze składkami na ubezpieczenie społeczne.

Izba nie uznała za zasadne zarzuty wskazane rozdziale III pkt 1, 2, 3, 4, 5 i 6 odwołania. Zamawiający w pkt I.1.1 a załącznika nr 1 do SIWZ zamawiający wskazał ilości odpadów górniczych, do rozładunku których zobowiązany jest wykonawca podając następujące wielkości:

- w dni robocze (wydobyciem) w ilościach średnio 13 600 Mg/dobę (799 dni)
- w dni wolne od wydobycia (bezpośrednio po dniu z wydobyciem w ilościach średnio 1 000 Mg/dobę (159 dni). Ponadto zamawiający poinformował, iż wykonawca winien

---

gwarantować odbiór odpadów z bieżącej produkcji w dni robocze w ilości maksymalnej 16 500 Mg/dobę. Zamawiający w SIWZ wskazał minimalne warunki w zakresie personelu realizującego przedmiot zamówienia i potencjału technicznego w sposób następujący:

a) dysponowanie osobami posiadającymi wymagane przepisami kwalifikacje przewidzianymi do kierowania, nadzorowania i kontroli nad robotami stanowiącymi przedmiot zamówienia w ilości minimum 2 osób, w tym:

- 1 osoba na stanowisku kierownika robót posiadająca uprawnienia budowlane o specjalności budowlanej w zakresie kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót. Dla osoby tej należy przedstawić zaświadczenie, że jest członkiem Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa oraz że posiada aktualne ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej,
- 1 osoba służby BHP,

b) dysponowanie osobami posiadającymi wymagane przepisami szczególne kwalifikacje, przewidzianymi do realizacji robót objętych zamówieniem w ilości minimum 10

osób, w tym:

- 6 osób o kwalifikacjach manewrowego – przy rozładunku wagonów,
- 1 osoba o kwalifikacjach toromistrza – w zakresie utrzymania torów kolejowych,
- 3 osoby o kwalifikacjach zwrotniczego do obsługi posterunku zwrotniczego,

c) dysponowanie potencjałem technicznym niezbędnym do wykonania zamówienia, tj. dysponowanie minimum jednym walcem wibracyjnym zapewniającym osiągnięcie wskaźnika zagęszczenia Is=0,95.

Analiza treści oferty przystępujących pozwala na wniosek, iż przystępujący spełnił minimalne wymagania zamawiającego wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie personelu oraz potencjału technicznego. Brak jest zatem podstaw do kwestionowania spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby wykazane przez przystępującego roboty dowodzą, iż posiada on doświadczenie wymagane przez zamawiającego. Należy zwrócić uwagę, iż wbrew temu, co twierdzi odwołujący się, wykazywane przez wykonawców roboty nie muszą być tożsame z przedmiotem zamówienia. Zamawiający sformułował warunek w zakresie doświadczenia w sposób następujący: „Wymagane jest posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia poprzez wykonanie lub wykonywanie obsługi składowiska odpadów powęglowych kopalń węgla kamiennego lub usług związanych z pracami ziemnymi (np. formowaniem bryły składowiska) o łącznej wartości nie mniejszej niż 6 000 000,00 zł netto (w tym jedno zamówienie o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł netto), w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie. Z przedłożonej przez odwołującego

---

się opinii Pana Antoniego K. wynika, iż wykazane przez przystępującego roboty oceniał on nie z punktu widzenia wymaganych warunków zawartych w SIWZ, ale poprzez porównanie, na ile roboty te odpowiadają przedmiotowi zamówienia. Wynika to ze sformułowania zawartego w opinii, wykonywane roboty, wskazane przez Wykonawcę, miały bezpośredni związek z robotami ziemnymi, jednak o zupełnie innym charakterze niż realizacja obiektu budowlano - ziemnego, wyniesionego ok. 80-90 m nad poziom przylegającego terenu. Zaznaczyć należy, iż zamawiający nie wymagał, by wykonawcy wykazali się doświadczeniem w robotach realizowanych na obiekcie usytuowanym na wskazanym poziomie. Ocena doświadczenia wykonawcy winna następować wyłącznie w oparciu o warunki wskazane przez zamawiającego w SIWZ.

Izba nie uznała za zasadny zarzut braku pisemnej informacji o podstawie dysponowania zgodnie z pkt. IX.B.3 (załącznik nr 7 do SIWZ) następującymi osobami: Zbigniew P., Edward T., Andrzej J., Mariusz M., Marek L., Franciszek K. i Krzysztof L. W ocenie odwołującego się załącznik nr 7 do SIWZ winny wypełnić te osoby, jako że nie są one pracownikami odwołującego się.

Stanowisko odwołującego się należy uznać za nieuprawnione. Załącznik nr 7 do SIWZ zawiera wykaz osób potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Jest to dokument, który załącza wykonawca do swojej oferty i wyłącznie wykonawca powinien taki dokument podpisać. Brak jest podstaw do żądania takiego dokumentu od osób, które będą wykonywać zamówienie. W myśl § 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane zamawiający może żądać wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Przystępujący załączył żądany wykaz do oferty oraz oświadczenia osób zawierające zobowiązania do zatrudnienia się u podwykonawcy przystępującego. W ocenie Izby załączone dokumenty są wystarczające dla potwierdzenia, iż przystępujący dysponuje osobami, które wskazał do realizacji zamówienia. Informacji takiej nie ma jedynie w przypadku Panów: Kazimierza B., Wojciecha C., Grzegorza M., Krzysztofa S. i Mariusza D., Dalego też Izba nakazała zamawiającemu wezwanie przystępującego do ich uzupełnienia.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

……