

Sygn. akt: KIO 906/14

WYROK
z dnia 19 maja 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 maja 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 maja 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **R..... C..... i J..... N....., 33-156 Skrzyszów 15** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Pilzno, 39-220 Pilzno, ul. Rynek 6,**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A., 39-200 Dębica, ul. Drogowców 1,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **R..... C..... i J..... N....., 33-156 Skrzyszów 15** i: zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **R..... C..... i J..... N....., 33-156 Skrzyszów 15,** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Rzeszowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający, Gmina Pilzno prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest odbudowa i remont dróg gminnych w ramach projektu pn. „Odbudowa i remont infrastruktury komunalnej zniszczonej przez powódź na terenie Gminy Pilzno – etap II”.

W dniu 5 maja 2014 r., wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: R..... C..... i J..... N....., złożyli odwołanie wobec odrzucenia ich oferty i w konsekwencji zaniechania jej wyboru, jako najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), [dalej także, jako „Pzp”], w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Przedsiębiorstwa Drogowo-Mostowego S.A., jako najkorzystniejszej oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty wspólnej J..... N..... i R..... C....., mimo, iż zgodnie z kryteriami oceny ofert przyjętymi przez Zamawiającego oferta Odwołujących się, mająca najniższą cenę powinna zostać wybrana, jako najkorzystniejsza;
- 2) art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty wspólnej J..... N..... i R..... C....., mimo, iż jest ona zgodna z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, a podpisanie umowy z wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego w osobie J..... N..... i R..... C..... nastąpi z wykonawcami wybranymi zgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wnosili o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynność wyboru oferty Przedsiębiorstwa Drogowo-Mostowego S.A.,
- 2) przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert,
- 3) dokonania wyboru oferty J..... N..... i R..... C..... wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu Odwoływający wskazywali, iż wybór oferty złożonej przez J..... N..... i R..... C..... w ramach zawartej umowy spółki cywilnej nie narusza dyspozycji art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, nawet jeżeli po upływie terminu składania ofert jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego złożył wypowiedzenie umowy spółki cywilnej w ramach, której wykonawcy złożyli ofertę na zamówienie publiczne. W ocenie Odwoływających zawarcie umowy, w przypadku wyboru oferty wspólnej J..... N..... i R..... C..... nastąpiłoby z wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienie, a nie spółką cywilną, która w obecnym stanie prawnym nie posiada podmiotowości prawnej. Odwoływający wskazywali, iż zaprzestanie prowadzenia działalności gospodarczej przez jednego z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego nie powoduje utraty przez tego wykonawcę podmiotowości prawnej na gruncie ustawy Pzp. Zdaniem Odwoływających wykonawcy na gruncie ustawy Pzp nie można utożsamiać z przedsiębiorcą zdefiniowanym w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej, zgodnie z którą przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna nie będąca osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą, również wspólnik spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej. Odwoływający wskazywali, iż ustawa Pzp przewiduje możliwość ubiegania się o zamówienie publiczne osób, które nie są przedsiębiorcami. Prowadzenie działalności gospodarczej przez podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie jest warunkiem udziału wykonawcy w postępowaniu przetargowym. Odwoływający wskazywali, iż „(...) co prawda art. 22 ust. 1 pkt 1 Ustawy wymaga od wykonawców spełnienia warunku podmiotowego polegającego na posiadaniu uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, jednakże przepis ten dotyczy uprawnień do wykonywania określonej, konkretnej działalności, a nie zarejestrowania czy zgłoszenia działalności w ogóle.” Odwoływający wskazywali również, iż pismem z dnia 15 kwietnia 2014 r., w odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego złożyli wyjaśnienia w zakresie tego, iż pomimo wystąpienia R..... C..... ze spółki cywilnej działającej pod nazwą ROAD SYSTEMS wykonawcy J..... N..... i R..... C..... w dalszym ciągu są zainteresowani uzyskaniem zamówienia publicznego i zawarciem umowy z Zamawiającym. Odwoływający podnosili także, iż Zamawiający odrzucił ich ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, jako niezgodną z ustawą, przy czym Zamawiający nie wskazał z jakim przepisem ustawy oferta Odwoływających się jest niezgodna. W ocenie Odwoływających nie można uznać, iż chodzi o wskazany przez Zamawiającego art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż adresatem wskazanej normy jest Zamawiający, a nie wykonawca i dotyczy zawarcia umowy o zamówienie publiczne po wyborze oferty najkorzystniejszej.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający, Gmina Pilzno prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest odbudowa i remont dróg gminnych w ramach projektu pn. „Odbudowa i remont infrastruktury komunalnej zniszczonej przez powódź na terenie Gminy Pilzno – etap II”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11 marca 2014 r., pod pozycją 51439.

Do upływu terminu składania ofert, swoje oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Eurovia Polska S.A. na kwotę 1.195.810,98 zł brutto;
- 2) ROAD SYSTEMS J..... N....., R.....C..... s.c. na kwota. 1.095.412,82 zł brutto;
- 3) Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o. o. na kwotę 1.213.948,27 zł brutto;
- 4) Strabag Sp. z o. o. na kwotę 1.261.820,35 zł brutto;
- 5) Miejskie Przedsiębiorstwo Dróg i Mostów Sp. z o. o. na kwotę 1.281.796,20 zł brutto;
- 6) Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A. na kwotę 1.108.210,23 zł brutto.

Pismem z dnia 11 kwietnia 2014 r., Zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ROAD SYSTEMS J..... N..... oraz ROAD SYSTEMS R..... C..... wspólników spółki cywilnej ROAD SYSTEMS J..... N..... R..... C..... s.c. o „(...) wyjaśnienie i potwierdzenie aktualności na dzień dzisiejszy odpisu z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej dla podmiotu ROAD SYSTEMS R..... C..... W ogólnodostępnej bazie przedsiębiorców zamieszczonej na stronie www.firma.gov.pl brak jest w/w firmy. Powyższe wyjaśnienie jest związane z faktem, że ewentualna umowa będzie zawarta pomiędzy Gminą Pilzno, a podmiotami, które złożyły ofertę tj.: wykonawcami występującymi wspólnie: ROAD SYSTEMS R..... C..... (...) i ROAD SYSTEMS J..... N..... (...) – wspólnikami spółki cywilnej: ROAD SYSTEMS J..... N..... R..... C..... s.c.”.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawcy wyjaśnili, iż „(...)” wspólnik R..... C..... z powodów rodzinnych z dniem 01.04.2014 r. wystąpił ze spółki i zakończył prowadzenie działalności gospodarczej. Pomimo to, w zakresie przedmiotowego postępowania przetargowego i zawarcia umowy na realizację przedmiotowej inwestycji, Pan

R..... C..... jest nadal Wykonawcą wspólnie ubiegającym się o realizację niniejszego zamówienia i w przypadku wyboru naszej oferty, jako najkorzystniejszej, będzie stroną zawartej umowy. W zakresie niniejszego postępowania Pan R..... C..... jest zobowiązany do solidarnego wykonania zamówienia i ponosi solidarną odpowiedzialność w tym zakresie. Umowa zostanie podpisana przez Pana J..... N..... i Pana R..... C..... . Zabezpieczenie należytego wykonania umowy zostanie wniesione przez nas wspólnie. Gwarancja należytego wykonania umowy zostanie udzielona przez Pana J..... N..... i R..... C..... . Jednocześnie należy podkreślić, iż na dzień złożenia spełnialiśmy wszystkie warunki udziału w postępowaniu. (...) Dodatkowo wskazać należy, iż spółka cywilna Road Systems pomimo zmiany składu osobowego wspólników nadal prowadzi działalność pod tym samym numerem NIP oraz REGON.”

Pismem z dnia 30 kwietnia 2014 r., zamawiający poinformował o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A. z siedzibą w Dębicy. Tym samym pismem, Zamawiający poinformował, iż działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odrzucił ofertę złożoną przez ROAD SYSTEMS J..... N....., R..... C..... s.c. W uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający wskazał, iż „(...) oferta w/w Wykonawców została odrzucona ponieważ jest niezgodna z art. 7 ust. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Tym samym, umowa w sprawie zamówienia publicznego musi zostać zawarta z podmiotem, który ubiega się o jego udzielenie. Zgodnie z treścią formularza ofertowego oferta została złożona przez: ROAD SYSTEMS J..... N....., R..... C..... s.c. (...) Z powyższego wyjaśnienia wynika, że z dniem 01-04-2014 r. przestała istnieć spółka cywilna, która składała się z dwóch wspólników tj. J..... N..... i R..... C....., czyli spółka, która została ujawniona w formularzu ofertowym tj.: ROAD SYTEMS J..... N....., R..... C..... s.c. (...) Wspólnik spółki cywilnej – Pan R..... C..... zaprzestając prowadzenia działalności gospodarczej i występując ze spółki, co jest bezsporne utracił podmiotowość prawną w tym postępowaniu. Tylko wspólnicy spółki cywilnej, a nie – spółka są podmiotami praw i obowiązków z tytułu prowadzonej działalności. (...) umowa o zamówienie publiczne może być zawarta wyłącznie ze wspólnikami spółki cywilnej, którzy złożyli ofertę, a nie spółką, gdyż tylko oni posiadają podmiotowość prawną.”

Czynność odrzucenia oferty wykonawców J..... N..... oraz R..... C..... prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą ROAD SYTEMS J..... N.....,

R..... C..... s.c. leży bezpośrednio u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła również, iż Zamawiający w dniu 6 maja 2014 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie wynikającym z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A. z siedzibą w Dębicy stając się uczestnikiem przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść oferty ROAD SYTEMS J..... N....., R..... C.....s.c., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia Stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba uznała również, iż Odwołujący posiadają interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania, oferta Odwołujących mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Odnosząc się do podniesionych zarzutów Izba nie podzieliła stanowiska Odwołujących się.

Bezspornie oferta w przedmiotowym postępowaniu została złożona przez wspólników spółki cywilnej Pana R..... C..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ROAD SYSTEMS R..... C..... oraz Pana J..... N..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ROAD SYSTEMS J..... N..... .

Bezspornym jest również, iż po złożeniu oferty Pan R..... C..... wystąpił ze spółki cywilnej i zaprzestał prowadzenia działalności gospodarczej. Mając na względzie

powyższe, w ocenie Izby Zamawiający prawidłowo uznał, iż doszło do zmiany podmiotowej. Słusznie wskazywali Odwołujący, iż nie spółka cywilna ubiegała się o udzielenie przedmiotowego zamówienia a wspólnicy tej spółki, tj. osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą, jednakże skoro Pan R..... C..... nie jest już współnikiem tej spółki i zaprzestał prowadzenia działalności gospodarczej to nie sposób uznać, iż mamy do czynienia z tym samym podmiotem, który złożył ofertę.

Zdaniem Izby, w przeciwieństwie do stanowiska Odwołujących nie można postawić znaku równości pomiędzy wykonawcą składającym ofertę R..... C..... prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą ROAD SYSTEMS R..... C....., współnikiem spółki cywilnej ROAD SYSTEMS J..... N..... R..... C..... s.c., a wykonawcą R..... C..... osobą fizyczną, która w tym postępowaniu oferty nie składała. Skoro ofertę złożyli wspólnicy spółki cywilnej prowadzący działalność gospodarczą to te podmioty podlegają np. ocenie w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu czy weryfikacji pod względem braku podstaw do wykluczenia z przedmiotowego postępowania. Niewątpliwie inaczej będzie weryfikowany wykonawca – przedsiębiorca, współnik spółki cywilnej, a inaczej wykonawca – osoba fizyczna. Już choćby te elementy wskazują, że skoro ofertę złożyli wspólnicy spółki cywilnej prowadzący działalność gospodarczą to umowa nie mogłaby być zawarta z osobami fizycznymi, gdyż te oferty nie składały.

Tym samym zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp należało uznać za niezasadny.

Jednocześnie, mając na względzie powyższe za niezasadny należało uznać również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 91 ust. 1, gdyż Zamawiający prowadził postępowanie z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców a wyboru oferty najkorzystniejszej dokonano na podstawie kryteriów oceny oferty określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Mając na względzie powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy 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: