

UCHWAŁA

KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z dnia 26 lutego 2014 r.

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w dniu 4 lutego 2014 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

Gmina Wierzbinek, Plac Powstańców Styczniowych 110, 62-619 Sadlno

dotyczących informacji z dnia 29 stycznia 2014 r. o wyniku kontroli doraźnej w zakresie naruszeń ustawy – Prawo zamówień publicznych przekazanej w piśmie znak UZP/DKD/KND/37/13 w przedmiocie postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego na dowóz dzieci do szkół w roku szkolnym 2013/2014

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Agata Mikołajczyk

Anna Packo

wyraża następującą opinię:

Zastrzeżenia Zamawiającego z dnia 3 lutego 2014 r. (doręczone w formie pisemnej dnia 5 lutego 2014 r.) do informacji o wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługę dowozu dzieci do szkół w roku szkolnym 2013/2014.

Organ kontroli ustalił, iż wspólnicy spółki cywilnej Usługi Autokarowe – Przewóz Osób s.c. M.G. i M.W., działający w przedmiotowym postępowaniu jako podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia, celem wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp, złożyli wskazane w siwz zaświadczenia z właściwego urzędu skarbowego i właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych wystawione jedynie dla spółki cywilnej. Na wezwanie zamawiającego przedłożyli zaświadczenie z urzędu skarbowego o niezaleganiu w podatkach wg stanu na dzień 7 sierpnia 2013 r. oraz zaświadczenie ZUS o niezaleganiu w opłacaniu składek wg stanu na dzień 6 sierpnia 2013 r. (z których treści nie wynikał również brak podstaw do wykluczenia na dzień składania ofert – 17 lipca 2013 r.) wystawione dla M.W.. Dokumenty zostały wystawione po terminie składania ofert i nie odnosiły się do stanu przypadającego nie później niż w tym terminie.

Ponadto wykonawca nie przedłożył ww. dokumentów wystawionych dla drugiego ze wspólników tj. M.G..

Kontrolujący wskazał na treść art. 26 ust. 3 ustawy pzp, z którego wynika, że złożone na wezwanie zamawiającego dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Organ kontroli stwierdził, że spółka cywilna nie posiada statusu przedsiębiorcy w rozumieniu Art. 43.¹ kodeksu cywilnego jak i ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej. Wskazał, że spółka cywilna zgodnie z art. 860 kc jest stosunkiem prawno-zobowiązaniowym, umową, której żaden przepis kodeksu cywilnego nie przyznaje zdolności prawnej odrębnej od zdolności jej wspólników. Przedsiębiorcami i wykonawcami w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy pzp są natomiast wspólnicy, którzy mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia na podstawie art. 23 ustawy pzp. W konsekwencji na potwierdzenie zdolności do realizacji zamówienia, z uwagi na treść art. 22 ust. 1 ustawy pzp, mogą być brane pod uwagę dokumenty przedłożone przez jeden z podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia, jeżeli potwierdzają spełnienie warunków.

Odmierna sytuacja ma miejsce w odniesieniu do dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu, określonych w art. 24 ust. 1 ustawy pzp,

które powinny być przedkładane indywidualnie przez każdy z podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie, w tym przez każdego wspólnika spółki cywilnej. Powołując orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej organ kontroli stwierdził, że dla zweryfikowania stanu realizacji zobowiązań podatkowych w zakresie wymaganym przepisami prawa zamówień publicznych konieczne jest złożenie przez wspólników spółki cywilnej zaświadczenia dotyczącego indywidualnie każdego z nich oraz spółki cywilnej.

Zauważył, że podmiotowość prawnopodatkowa spółki cywilnej funkcjonuje wyłącznie na gruncie przepisów o podatku VAT, o ile spółka jest płatnikiem tego podatku. Natomiast płatnikiem składki na ubezpieczenie społeczne jest każdy ze wspólników oraz spółka, jeżeli zatrudnia pracowników lub zleceniobiorców. Powołując wyroki KIO organ kontroli stwierdził, że brak jest podstaw do uznania, iż zaświadczenie o niezaleganiu ze składkami na ubezpieczenie społeczne dotyczące spółki potwierdza także niezaleganie z tymi opłatami przez wspólników.

Jak stwierdził kontrolujący, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wspólnicy spółki cywilnej powinni przedkładać na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia ich z udziału w postępowaniu zaświadczenia wystawione przez odpowiednio urzędy skarbowe, ZUS lub KRUS, dotyczące zarówno wspólników, jak i spółki, w odniesieniu do zobowiązań ich dotyczących. W postępowaniu będącym przedmiotem kontroli, pomimo wezwania, wykonawca nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie wykazania braku podstaw do wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku przeprowadzonej kontroli.

Stwierdził, że nie zgadza się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu, gdyż prezentuje podgląd, iż pomimo większości głosów doktryny oraz orzecznictwa KIO, w danej sytuacji wykonawcy działającemu jako spółka cywilna nie można odmówić statusu podmiotu uprawnionego do udziału w postępowaniu w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy pzp. Wskazał, że udział wspólników spółki cywilnej powinien prowadzić do rozpoznawania udziału spółki w postępowaniu o zamówienie publiczne przede wszystkim pod kątem dążenia do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego. Zamawiający stwierdził, że nie może i nie powinien odmawiać udziału spółki cywilnej – a co za tym idzie – składania wspólnych dokumentów, chociażby ze względu na różne traktowanie spółki cywilnej i wspólników spółki cywilnej w różnych aktach prawnych. Wskazał, że w ustawie o podatku VAT uznawana jest podmiotowość spółki cywilnej, a nie wspólników, a w ustawie o podatku dochodowym mówi się o rozliczeniach poszczególnych wspólników.

Zamawiający wyszedł z założenia, że skoro oferty nie złożyli wspólnicy oddzielnie, ale jako spółka cywilna, to brak konsekwencji ustawodawcy w stosunku do określenia bytu prawnego spółki cywilnej nie może rodzić negatywnych skutków prawnych dla przedsiębiorców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Dlatego, podobnie jak KIO w wyroku z 29.01.2010 r. KIO/UZP 1789/09, zamawiający uznał, że wystarczającym dla potwierdzenia niezalegania z podatkami wykonawcy i z opłacaniem składek do ZUS były zaświadczenia załączone do oferty.

Zamawiający stwierdził, że w odniesieniu do zaświadczenia ZUS wspólnicy spółki cywilnej samodzielnie odprowadzają składki, ale w indywidualnych przypadkach może to uczynić również spółka. Zauważył, że spółka cywilna sama w sobie jest uznawana za „przedsiębiorcę skomplikowanego”. Z jednej bowiem strony jest traktowana jako podmiot, który posiada odrębny od wspólników NIP, Regon i inne atrybuty przedsiębiorcy, z drugiej zaś jest traktowana jako zespół poszczególnych wspólników. Zarówno spółka cywilna, jak i spółka jawna są podmiotami nie posiadającymi osobowości prawnej. W obydwu podmiotach odpowiedzialność poszczególnych wspólników

Dotyczy odpowiedzialności za zobowiązania spółki. Jediną różnicą jest okoliczność, że spółka jawna jest zarejestrowana w KRS, a spółka cywilna w ewidencji prowadzonej działalności CEiDG. W ocenie zamawiającego nie ma zatem powodów, by konsekwencje prawne były odmienne dla wspólników spółki cywilnej i spółki jawnej. Zauważył także, że nie wymagał oświadczeń osobistych przedsiębiorców biorących udział w spółce cywilnej w sytuacji, ani w szczególności obowiązku „dokonania wpłaty wadium przez poszczególnych wspólników na rzecz spółki cywilnej”.

Prezes UZP podtrzymał stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli, a przedstawione zastrzeżenia, jakkolwiek wniesione po terminie określonym w art. 167 ust. 1 ustawy Pzp, przekazał do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą na podstawie art. 167 ust. 2 Prawa zamówień publicznych.

Po przeprowadzeniu analizy przedstawionej dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz ustaleń dokonanych w toku kontroli, a także stanowiska Zamawiającego, Izba uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie.

Skład Izby wyrażając opinię w sprawie podzieliła stanowisko wyrażone przez Prezesa Urzędu w informacji o wyniku kontroli doraźnej oraz w piśmie skierowanym do zamawiającego w odpowiedzi na zastrzeżenia od wyniku kontroli.

Odnosząc się do zastrzeżeń zamawiającego dotyczących stwierdzenia przez Prezesa Urzędu naruszeń przepisów ustawy Izba stwierdza, co następuje.

W złożonych zastrzeżeniach zamawiający prezentuje podgląd, jak sam przyznaje, odmienny od większości głosów doktryny oraz orzecznictwa KIO, że spółka cywilna może mieć status podmiotu będącego wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy pzp. Wskazuje nadto, że jedynie w ustawie o podatku od towarów i usług uznawana jest prawnopodatkowa podmiotowość spółki cywilnej. Wskazuje także na atrybuty spółki cywilnej wskazujące na jej podmiotowość tj. własny NIP, REGON, wpis w ewidencji CEiDG. W tym miejscu należy zauważyć, że ewidencja działalności gospodarczej obejmuje przedsiębiorców będących osobami fizycznymi, natomiast spółki cywilne takiej ewidencji nie podlegają, a jedynie przedsiębiorcy działający wspólnie przedstawiają organowi ewidencyjnemu informację w tym przedmiocie.

Istotne znaczenie w sprawie ma stwierdzenie, że spółka cywilna w obecnym stanie prawnym nie posiada podmiotowości prawnej, jest natomiast stosunkiem o charakterze zobowiązaniowym (umową) zawartym pomiędzy co najmniej dwoma podmiotami. Spółka cywilna nie posiada zdolności sądowej i procesowej, upadłościowej, układowej ani wekslowej. Nie posiada także statusu przedsiębiorcy ani w rozumieniu art. 43¹ k.c., ani art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej. Przedsiębiorcami są natomiast jej wspólnicy w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej. 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. Spółka cywilna nie posiada zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej statusu wykonawcy w rozumieniu przywołanego przepisu. Stosownie do art. 860 kc, znajdującego zastosowanie z mocy art. 14 ustawy pzp spółka cywilna jest stosunkiem prawno-zobowiązaniowym, którego istotą jest dążenie do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego. Spółka taka jest jedynie umową zawartą przez jej wspólników, a 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 33¹ k.c. Uczestnikami postępowania 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 też kontekście ocenić należy, na kogo opiewać mają zaświadczenia wystawione przez właściwego naczelnika Urzędu Skarbowego oraz właściwy oddział ZUS.

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.). 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 organu kontroli 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, w indywidualnych przypadkach może uczynić to również spółka. Przedłożenie zatem stosownych zaświadczeń jest niezbędne, by ocenić, czy osoby składające ofertę nie zalegają ze składkami na ubezpieczenie społeczne.

Mając powyższe na uwadze, skład opiniujący Izby nie podziela argumentów zamawiającego opartych na twierdzeniu, że oferta została złożona przez spółkę cywilną jako samodzielny podmiot, a nie wspólników spółki, a w konsekwencji zbędności potwierdzania okoliczności niepodlegania wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przez wspólników spółki cywilnej

W tym świetle, z dokonanych ustaleń wynika, że wykonawcy pomimo wezwania, złożyli zamawiającemu niekompletne dokumenty o stanie ich zobowiązań podatkowych oraz uiszczanych składkach na rzecz organów ubezpieczeniowych.

Tym samym brak dokumentów potwierdzających okoliczności wskazane wyżej uzasadnia stwierdzenie o zajściu przesłanki wykluczenia wykonawców z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba działając na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy pzp wyraziła opinię, jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....