Sygn. akt KIO 2216/17

WYROK
z dnia 6 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz
Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie 6 listopada 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 23 października 2017 r. przez Odwołującego – wykonawcę G.F. sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w C., w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Miasta Tarnowa, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Z.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.W. Z.W. z siedzibą w K., A.R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą A.R. P.K.K.K..A. z siedzibą w K., L.K. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą L.K. Z.K.Z.O.S. z siedzibą w K., S.S. sp. z o.o. z siedzibą w K., zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie,
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Tarnowie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 2216/17

Uzasadnienie

Gmina Miasta Tarnowa (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rewitalizacja Parku Strzeleckiego w Tarnowie, znak sprawy WIM.271.19.2017, zwane dalej: „Postępowaniem".

Wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 28 czerwca 2017 r. pod nr 2017/S 121-244275.

18 października 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawcę G.F. sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w C. o wykluczeniu z Postępowania.

23 października 2017 r. ww. wykonawca (dalej „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba") odwołanie, w którym zaskarżył zaniechanie wezwania go do złożenia wyjaśnień i wykluczenie z Postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 26 ust. 3 i 4 Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących wystawienia przez Urząd Gminy Jabłonka poświadczenia o wykonanym zamówieniu z dnia 18 lutego 2014 r., mającego wykazać spełnienie warunku udziału w Postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej, określonego w rozdziale IV ust. 1 pkt 1.2 pkkt 1.2.3 lit. b specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ") w zakresie podmiotu na jaki dokument został wystawiony, a to F.H.U. F.F.C. & W.C. sp. j.,
2. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez wykluczenie Odwołującego z Postępowania, pomimo że spełnia wszystkie warunki udziału w Postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
1. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania,
2. uznania, że Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w Postępowaniu oraz brak jest podstaw do jego wykluczenia z powodu niespełniania warunków udziału w Postępowaniu,

3. powtórzenia oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego jako ofert najkorzystniejszej,
4. względnie, w nie wniosku pkt 4 przypadku uwzględnienia powyżej, powtórzenia czynności badania lub/i oceny ofert spełniania warunków udziału w Postępowaniu, w tym przez wezwanie Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących poświadczenia Urzędu Gminy Jabłonka o wykonanym zamówieniu z dnia 18 lutego 2014 r., a to z uwagi na wątpliwości Zamawiającego czy referencje potwierdzają spełnienie przez Odwołującego warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej określonego w rozdziale IV ust. 1 pkt 1.2 pkkt 1.2.3 lit. b SIWZ, tj. wykazania, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wykonał co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na przebudowie lub remoncie obiektu budowlanego lub terenu rekreacyjnego o wartości nie mniejszej niż 2.000.000,00 zł i uznanie, że Odwołujący spełnia warunki udziału w Postępowaniu.

Odwołujący podkreślił, że jego interes we wniesieniu odwołania wynika z faktu, że jest potencjalnym wykonawcą zainteresowanym w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia publicznego. Interes w uzyskaniu zamówienia przejawia się w tym, że wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp wskazanych powyżej, Odwołujący został wykluczony, chociaż w wyniku oceny ofert i przy dokonaniu niezbędnych czynności, jego oferta zostałaby oceniona jako najkorzystniejsza, w związku z czym naruszenie przez Zamawiającego przepisów może spowodować po stronie Odwołującego szkodę z tytułu utraconych korzyści w związku z brakiem realizacji zamówienia,

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że zgodnie z rozdziałem IV ust. 1 pkt 1.2 pkkt 1.2.3 lit. b SIWZ Zamawiający wymagał od wykonawców między innymi wykazania zdolności technicznej tj. wykazania, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne dokumenty, wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na

przebudowie lub remoncie obiektu budowlanego lub terenu rekreacyjnego o wartości nie mniejszej niż 2.000.000,00 zł.

Celem potwierdzenia ww. warunku Odwołujący, pismem z dnia 5 października 2017 r. – na skutek wezwania Zamawiającego – przedstawił wykaz robót budowlanych wraz z dokumentami – Potwierdzeniem wykonanego zakresu robót z dnia 29 lipca 2017 r. nr DN.21-8/R/2013/120, wydanym przez Tarnowski Ośrodek Sportu i Rekreacji w ramach zadania publicznego pn. „Rozbudowa i przebudowa Miejskiego Domu Sportu i Rekreacji przy ul. Traugutta 5a w Tarnowie” oraz Protokołem odbioru końcowego robót budowlanych z dnia 10 czerwca 2015 r., nr Dn.21-8/R/2013/116.

Wobec powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości czy ww. roboty zostały wykonane prawidłowo, i wskutek powzięcia dodatkowych informacji, w tym bezpośrednio od Miejskiego Domu Sportu i Rekreacji pismem z dnia 11 października 2017 r. wezwał Odwołującego do złożenia nowego wykazu robót budowlanych wraz z załączeniem dowodów, że te roboty zostały wykonane należycie.

Odwołujący podał, że referencje Tarnowskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji zostały wystawione na rzecz podmiotu innego niż Odwołujący, a to F. sp. z o.o. sp.k., wpisanego do rejestru przedsiębiorców – Krajowego Rejestru Sądowego prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla Krakowa-Śródmieścia w K., XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego, pod nr 0000505218.

Zamawiający nie zakwestionował wykonawcy robót w wyżej wskazanym poświadczeniu.

Pismem z dnia 13 października 2017 r. Odwołujący złożył nowy wykaz robót zgodnie z wezwaniem Zamawiającego załączając poświadczenie Urzędu Gminy Jabłonka z dnia 18 lutego 2014 r., oświadczenie kierownika budowy z dnia 14 sierpnia 2014 r., decyzję nr 179/2013 z dnia 30 sierpnia 2013 r. Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w Nowym Targu, sygn. akt PINB.4321.J.6.2013 oraz decyzję nr 51/2014 z dnia 21 lutego 2014 r. Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w Nowym Targu, sygn. akt PINB.4321.J.2.2014. Wyżej wskazana dokumentacja została wystawiona na rzecz podmiotu F.H.U. F.F.C. & W.C. sp. j. z siedzibą w C..

Pismem z dnia 18 października 2017 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że w toku badania dokumentów stwierdził nieprawidłowości polegające na tym, że poświadczenie Urzędu Gminy Jabłonka z dnia 18 lutego 2014 r. zostało wystawione na firmę F.H.U. F.F.C. & W.C. sp. j., a skoro – zgodnie z treścią Działu 1 Rubryki 6 – „Sposób powstania spółki" i Działu 6 Rubryki 3 –

„Informacja o połączeniu lub przekształceniu spółki" Centralnej Informacji Krajowego Rejestru Sądowego Odwołujący – G.F. sp. z o.o. sp.k. nie powstała z przekształcenia tejże spółki, to Odwołujący nie potwierdził spełnienia przez niego warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej. Dopiero w tym wezwaniu Zamawiający podniósł, że referencje załączone uprzednio zostały wystawione na podmiot inny niż Odwołujący.

Odwołujący podał, że zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 Pzp, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Tym samym Zamawiający, mimo że Odwołujący należycie wywiązał się z obowiązków określonych wezwaniem Zamawiającego z dnia 11 października 2017 r., bez wezwania go w trybie at. 26 ust. 3 Pzp do złożenia wyjaśnień pozwalających na wykazaniu spełnienia warunków w Postępowaniu, wykluczył go podając przy tym inną okoliczność, niż ta która była podstawą przedmiotowego wezwania. Skoro Zamawiający doszedł do przekonania, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu z uwagi na złożenie referencji innego podmiotu, a te referencje nie były użyczone, to obowiązkiem Zamawiającego było wezwanie Odwołującego do dokonania stosownego wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Odwołujący zaznaczył, że w tej sprawie zasada jednokrotności wezwania nie miała zastosowania, ponieważ odnosi się ona do danej okoliczności (określonego błędu), określonego w wezwaniu, jakie winno być kierowana przez Zamawiającego w sposób jasny i precyzyjny. Wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp może następować kilkakrotnie, pod warunkiem, że dotyczyć będzie innych okoliczności. Zatem skoro wątpliwości Zamawiającego wyrażone w wezwaniu z dnia 11 października 2017 r. nie dotyczyły okoliczności podmiotu wykonującego roboty, którymi Odwołujący poświadczył spełnienie warunków udziału w Postępowaniu, to nie było żadnych przeszkód do zastosowania wspomnianej procedury. Podkreślenia wymaga fakt, że złożone pierwotnie referencje były również wystawione na podmiot inny niż Odwołujący i Zamawiający miał możliwość wezwania go do złożenia w tym zakresie wyjaśnień. Uznać należy, że już pierwsze

wezwanie z dnia 11 października 2017 r. było niepełne i nie wskazywało na wszystkie błędy i wady dokumentu i skoro czynność Zamawiającego jest wadliwa lub niepełna, nie można tym faktem obciążać Odwołującego, a czynność należy skorygować, zważywszy że wyjaśnienie przez niego wątpliwości w zakresie różnych podmiotów przy pierwszej referencji pozwoliłoby na uznanie przez Zamawiającego referencji wystawionych przez Urząd Gminy Jabłonka.

W przypadku gdyby Zamawiający powziął wątpliwość co do możliwości zastosowania instytucji z art. 26 ust. 3 Pzp celem usunięcia błędu w wykazie robót Odwołującego, Zamawiający winien skorzystać z instytucji określonej w art. 26 ust. 4 Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art 25 ust. 1 Pzp.

Naruszenie przepisów w sposób wskazany powyżej doprowadziło do niezasadnego wykluczenia Odwołującego z Postępowania.

Gdyby jednak Zamawiający zdecydował się na wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień, ten wskazałby, że F.H.U. F.F.C. & W.C. sp. j. aktem notarialnym z dnia 20 grudnia 2013 r., Rep. A nr 330/2013 przed notariuszem B.K. w Kancelarii Notarialnej w Tarnowie została przekształcona w spółkę komandytową pod firmą F. sp. z o.o. sp.k., z udziałem spółki pod firmą F. sp. z o.o. jako komplementariusza i F.C., W.C. oraz S.C. jako komandytariuszy, zgodnie z rubryką 6 – „Sposób powstania spółki" wydruku według stanu na dzień 19 października 2017 r. z Centralnej Informacji Krajowego Rejestru Sądowego, pobraną na podstawie art. 4 ust. 4 aa ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz.U.2017.700 j.t.), zwanej dalej „Ustawą", identyfikator wydruku: RP/505218/9/20171019102456.

Aktem notarialnym z dnia 25 listopada 2016 r., Rep. A nr 3528/2016 przed notariuszem G.D. w Kancelarii Notarialnej w Tarnowie, F. sp. z o.o. sp.k. przystąpiła w charakterze komandytariusza do spółki G.F. sp. z o.o. sp. k., wnosząc tytułem wkładu niepieniężnego zorganizowaną część przedsiębiorstwa F. sp. z o.o. sp.k. – oddział Budownictwo, w tym składniki niepieniężne w postaci zrealizowanych inwestycji, w tym także referencje dotyczące zrealizowanych robót w ramach inwestycji pn. „Rozbudowa i przebudowa Miejskiego Domu Sportu i Rekreacji przy ul. Traugutta 5a w Tarnowie" (VI pkt 3 Załącznika nr 1 do ww. aktu) oraz pn. „Budowa Sali gimnastycznej i Sali lekcyjnej wraz ze zmianą konstrukcji dachu nad istniejącym budynkiem przy szkole podstawowej nr 2 w Lipnicy Małej – Gmina Jabłonka na działce nr 12877, 12276/2" (VI pkt 11 Załącznika nr 1 do ww. aktu).

W związku z przekształceniem F.H.U. F.F.C. & W.C. sp. j. w F. sp. z o.o. sp.k. oraz późniejszego „wchłonięcia" Oddziału Budownictwa tej spółki, odpowiedzialnego za realizację wszelkich dotychczasowych inwestycji przez Grupę F. sp. z o.o. sp.k., należy uznać, że to Odwołujący w istocie zrealizował inwestycje, którymi wykazywał brak podstaw do wykluczenia od udziału w Postępowaniu. Własność przedmiotowych referencji z dniem 25 listopada 2016 r. przysługuje Odwołującemu, zgodnie z art 55^1 w zw. z art. 55^4 K.c. Wiedza i doświadczenie jako składniki niematerialne są nierozerwalnie związanymi z przedsiębiorstwem, w związku z czym przy aporcie lub sprzedaży zorganizowanej części przedsiębiorstwa przechodzą na nabywcę. Nabywca (Odwołujący) jest uprawniony do korzystania z poświadczeń (referencji) uzyskanych przez swojego poprzednika, jeżeli przedmiotowe poświadczenia dotyczą zamówień zrealizowanych w ramach nabytego przedsiębiorstwa, jak ma to miejsce w tej sprawie.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści dokumentów załączonych do odwołania, a to:

1. wydruku z Centralnej Informacji KRS dotyczącego F. sp. z o.o. sp.k., identyfikator wydruku: RP/505218/9/20171019102456,
2. aktu notarialnego z 25 listopada 2017 r., Repertorium A nr 3528/2016

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania argumentując na rozprawie, że Odwołujący nie wykazał związku pomiędzy nim a wskazanym podmiotem w przedstawionej na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp referencji (F.H.U. F.F.C. & W.C. sp. j.). Stwierdził, że z odpisu z KRS Odwołującego nie wynika, aby F. sp. z o.o. sp.k.

(następca prawny F.H.U. F.F.C. & W.C. sp. j., który – przystępując jako komandytariusz do odwołującej się spółki – wniósł jako wkład niepieniężny zorganizowaną część przedsiębiorstwa, w tym m.in. doświadczenie niezbędne do wykazania spełniania warunku udziału w Postępowaniu – przyp. Izby) była jego komandytariuszem.

W związku z powyższym wskazał, że zgodnie z art. 14 Ustawy Odwołujący nie może nie może powoływać się wobec niego na dane, które nie zostały wpisane do KRS lub uległy wykreśleniu z KRS. Przywołał również wynikające z przepisu art. 17 Ustawy domniemanie prawdziwości wpisu i stwierdził, że Odwołujący najprawdopodobniej zaniechał zaktualizowania danych ujawnionych w KRS.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Z.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.W. Z.W. z siedzibą w K., A.R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A.R. P.K.K.K..A. z siedzibą w K., L.K. prowadząca działalność

gospodarczą pod firmą L.K. Z.K.Z.O.S. z siedzibą w K., S.S. sp. z o.o. z siedzibą w K., wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba oddaliła opozycję Odwołującego przeciw zgłoszonemu przystąpieniu, opartą na twierdzeniu, że nawet w przypadku oddalenia odwołania wykonawcy zgłaszający przystąpienie nie uzyskają zamówienia z uwagi na trzecią pozycję złożonej przez nich oferty w rankingu ofert. Abstrahując od okoliczności, że ze złożonego przez Zamawiającego rankingu ofert wynika, że oferta wykonawców zgłaszających przystąpienie sklasyfikowana została na drugim miejscu, bezpośrednio za ofertą Odwołującego, to interes z art. 185 ust. 2 Pzp jest pojęciem szerszym niż interes we wniesieniu odwołania (art. 179 ust. 1 Pzp), zatem co do zasady nie jest konieczne wykazywanie przez zgłaszającego przystąpienie, że uzyskanie rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje umożliwi mu wprost uzyskanie zamówienia.

W konsekwencji Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców zgłaszających przystąpienie (dalej „Przystępujący"), zgodnie z oświadczeniem zawartym w przystąpieniu.

Na rozprawie Przystępujący argumentował, że F. sp. z o.o. sp. k. wprawdzie przystąpił na mocy powoływanej przez Odwołującego umowy z 25 listopada 2016 r. do odwołującej się spółki w charakterze komandytariusza, wnosząc wkład niepieniężny w postaci zorganizowanej części przedsiębiorstwa, to umową z 24 stycznia 2017 r. wystąpił ze spółki, zaś wniesiony wkład został zwrócony. W konsekwencji stwierdził, że Odwołujący nie mógł legitymować się doświadczeniem F. sp. z o.o. sp.k. Podniósł również, że ze złożonych przez Odwołującego, w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 Pzp, dokumentów nie wynikają wątpliwości uzasadniające wezwanie Odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp, do wyjaśnienia treści dokumentów.

Odwołujący w toku rozprawy przyznał okoliczność wystąpienia F. sp. z o.o. sp.k. ze spółki G.F. sp. z o.o. sp.k. wskazując jednocześnie, że na mocy umowy z 24 stycznia 2017 r. występujący komandytariusz pozostawił za wynagrodzeniem w dyspozycji Odwołującego doświadczenie niezbędne do wykazania spełniania warunku udziału w Postępowaniu. Stwierdził, że gdyby Zamawiający zwrócił się do niego o wyjaśnienie treści dokumentów, to otrzymałby je wraz ze wzmiankowaną umową.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści:

1. SIWZ,
2. wezwania Odwołującego w trybie art. 24aa ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 1 Pzp do złożenia m.in. wykazu robót i dowodów potwierdzających ich należyte wykonanie (pismo z 28 września 2017 r.),

3. odpowiedzi Odwołującego na ww. wezwanie (pismo z 5 października 2017 r.) z załącznikami w postaci wykazu robót, potwierdzenia wykonanego zakresu robót z 29 lipca 2015 r. i protokołu odbioru końcowego robót budowlanych z 10 czerwca 2015 r.,
4. wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia nowego wykazu robót budowlanych i dowodów potwierdzających ich należyte wykonanie (pismo z 11 października 2017 r.),
5. odpowiedzi Odwołującego na ww. wezwanie (pismo z 13 października 2017 r.) wraz z załącznikami – wykazem robót i poświadczeniem o wykonanym zamówieniu z 18 lutego 2014 r.,
6. pisma z 18 października 2017 r. informującego Odwołującego o wykluczeniu z Postępowania,
7. wymienionych powyżej dokumentów załączonych do odwołania.

Izba ustaliła na ich podstawie, że stan faktyczny nie jest sporny, wobec czego poniżej zasygnalizowane zostaną najistotniejsze okoliczności z niego wynikające.

Odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie z pkt 2 powyżej, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu określonego w Rozdziale IV ust. 1 pkt 1.2 ppkt 1.2.3, str. 11 SIWZ (treść niesporna), przedstawił dokumenty z pkt 3 powyżej, z których wynikało, że zamówienie ujęte w wykazie zrealizowane zostało przez F. sp. z o.o. sp.k. (patrz oznaczenie przedstawicieli wykonawcy widniejące na protokole odbioru końcowego robót budowlanych z 10 czerwca 2015 r.). Z załączonego do odwołania odpisu z KRS dla tego podmiotu, identyfikator wydruku: RP/505218/9/20171019102456, Dział 1, Rubryka 6 – „Sposób powstania spółki" wynika, że ww. spółka powstała z przekształcenia F.H.U. F.F.C. & W.C. sp. j. w spółkę komandytową.

Zamawiający – po ustaleniu, że ww. zamówienie nie zostało wykonane należycie – wystosował do Odwołującego wezwanie z pkt 4 powyżej, opisując okoliczności związane z nienależytym wykonaniem zamówienia i wzywając do złożenia nowego wykazu i dowodów,

z których wynikałoby spełnianie przez Odwołującego wzmiankowanego warunku udziału w Postępowaniu.

W odpowiedzi Odwołujący przedstawił nowy wykaz i poświadczenie (pismo z pkt 5 powyżej), z których wynikało, że zamówienie ujęte w wykazie zrealizowane zostało należycie, a jego wykonawcą była F.H.U. F.F.C. & W.C. sp. j., a zatem – zgodnie z powyższym – poprzednik prawny F. sp. z o.o. sp.k.

W tych okolicznościach Zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu Odwołującego (pismo z pkt 6 powyżej) stwierdzając, że nie zachodzi tożsamość pomiędzy Odwołującym a podmiotem, na który wystawiono uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 Pzp referencje. Zamawiający podkreślił, że podmiot działający pod firmą F.H.U. F.F.C. & W.C. sp. j. został wykreślony z rejestru przedsiębiorców 8 kwietnia 2014 r, a z informacji ujawnionych w KRS Odwołującego oraz jego komplementariusza (G.F. sp. z o.o.) nie wynika, aby podmioty te powstały z przekształcenia F.H.U. F.F.C. & W.C. sp. j.

Zamawiający dodał, że po uzupełnieniu przez Odwołującego dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp zauważył również, że zamówienie ujęte w pierwotnym wykazie wykonane zostało przez F. sp. z o.o. sp.k., która powstała z przekształcenia F.H.U. F.F.C. & W.C. sp. j., co powoduje – obok wspomnianego braku wykazania, że zamówienie zostało zrealizowane należycie – że Odwołujący przedstawił dokument wystawiony na inny podmiot.

Izba ustaliła ponadto, że na podstawie załączonej do odwołania umowy z 25 listopada 2016 r. do Odwołującego przystąpiła, w charakterze komandytariusza, F. sp. z o.o. sp.k. (§ 1, str. 3 umowy), wnosząc jako wkład niepieniężny o wartości 376.500,00 zł zorganizowaną część przedsiębiorstwa – F. sp. z o.o. sp. k. – Oddział Budownictwo (§ 1, str. 5 umowy), obejmującą m.in. zrealizowane inwestycje, na które Odwołujący powoływał się w toku Postępowania (załącznik nr 1 do umowy, pkt VI ppkt 3 i 11).

Skład orzekający wziął również pod uwagę, że na rozprawie Odwołujący przyznał, że na podstawie umowy z 24 stycznia 2017 r. F. sp. z o.o. sp.k. wystąpiła z odwołującej się spółki (protokół posiedzenia i rozprawy, str. 4).

W tych okolicznościach Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

Nie ulega wątpliwości, że F. sp. z o.o. sp.k. jest następcą prawnym F.H.U. F.F.C. & W.C. sp. j., powstałym w wyniku przekształcenia spółki osobowej w innego

typu spółkę o takim charakterze. *E.,* z mocy przepisu art. 553 § 1 K.s.h., spółka przekształcona (F. sp. z o.o. sp.k.) jest kontynuatorem spółki przekształcanej (F.H.U. F.F.C. & W.C. sp. j.), prowadzącym tą samą spółkę, ale w zmienionej formie prawnej. *Ad casum*

kontynuacja oznacza, że F. sp. z o.o. sp.k. mogła powoływać się na doświadczenie nabyte przez swojego poprzednika prawnego, tj. F.H.U. F.F.C. & W.C. sp. j.

Co równie istotne, a co także nie jest w tej sprawie okolicznością sporną, F. sp. z o.o. sp.k. najpierw przystąpiła do odwołującej się spółki w charakterze wspólnika – komandytariusza, wnosząc jako wkład niepieniężny składniki przedsiębiorstwa umożliwiające Odwołującemu wykazanie spełniania warunków udziału w Postępowaniu, a następnie, jeszcze przed pierwszym wezwaniem do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, wystąpiła z odwołującej się spółki. W konsekwencji, w braku dowodu na podnoszoną przez Odwołującego okoliczność, że pomimo wystąpienia F. sp. z o.o. sp.k. z odwołującej się spółki, ta nadal ma prawo dysponowania składnikami przedsiębiorstwa ww. podmiotu, umożliwiającymi wykazanie spełniania warunku udziału w Postępowaniu odnoszącego się do doświadczenia wykonawcy, należało zgodzić się z Zamawiającym, że przedstawione przez Odwołującego w uzupełnieniu dokumenty dotyczą *de facto* innego niż Odwołujący podmiotu.

Należało przy tym przyznać rację Odwołującemu, który na str. 9 odwołania wskazywał, że „Wiedza i doświadczenie jako składniki niematerialne są nierozerwalnie związanymi z przedsiębiorstwem (podkreślenie Izby), w związku z czym przy aporcie lub sprzedaży zorganizowanej części przedsiębiorstwa przechodzą na nabywcę", jednak z tego twierdzenia nie sposób wyprowadzić korzystnych dlań wniosków. Skoro bowiem, jak przyznał sam Odwołujący, podmiot, który aportem wniósł do odwołującej się spółki kluczową dla sprawy zorganizowaną część przedsiębiorstwa (tj. składniki niematerialne obejmujące doświadczenie ze zrealizowanych zamówień, które służyć miały wykazaniu spełniania warunków udziału w Postępowaniu), następnie ze spółki tej wystąpił, to – zgodnie z zaznaczonym fragmentem stanowiska Odwołującego – musiał pozbawić go możliwości wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu. Dowodów na okoliczność przeciwną, tj. dysponowania doświadczeniem byłego już wspólnika – komandytariusza (F. sp. z o.o. sp.k.) Odwołujący nie przedstawił, powołując się jedynie ogólnie na umowę z 24 stycznia 2017 r., z której okoliczność ta miałaby wynikać.

Wobec powyższego ani na etapie Postępowania, ani w toku nie zaistniały postępowania odwoławczego okoliczności uzasadniające nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Zdaniem Izby to uzupełnione w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp dokumenty powinny wyjaśniać kwestię wykonawstwa zamówienia ujętego w wykazie (tu – związek pomiędzy Odwołującym a wykonawcą tego zamówienia), ponieważ nie sposób przyjmować, że Odwołujący – działając ze starannością wymaganą od przedsiębiorcy

(zob. art. 355 § 2 K.c.) – nie zdawał sobie sprawy z konsekwencji złożenia dokumentów, z których wspomniany związek nie wynikał. Co więcej, jak wspomniano, Odwołujący nie wyjaśnił tej relacji nawet w postępowaniu odwoławczym, powołując się jedynie na umowę z24 stycznia 2017 r., z której rzekomo miała wynikać możliwość posługiwania się przez niego doświadczeniem nabytym od byłego komandytariusza, niemniej jednak dokumentu tego nie przedstawiając jako dowód. W braku tego dowodu Izba nie mogła przyjąć odmiennych od opisanych powyżej ustaleń w zakresie stanu faktycznego, ani też stwierdzić, że okoliczność mająca wynikać z przywołanej umowy uzasadniała wątpliwości, które mogły być wyjaśnione w procedurze przewidzianej przepisem art. 26 ust. 4 Pzp.

Skład orzekający nie znalazł również podstaw do nakazania Zamawiającemu wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Odwołujący nie wskazał zresztą jakie konkretnie dokumenty podmiotowe miałyby zostać uzupełnione, a skoro już raz był do uzupełnienia takich dokumentów wzywany, to kolejna taka czynność naruszałaby ugruntowaną w orzecznictwie zasadę jednokrotności korzystania z instytucji przewidzianej art. 26 ust. 3 Pzp.

Nie przemawiało za stanowiskiem Odwołującego zaniechanie wskazania w wezwaniu z art. 26 ust. 3 Pzp okoliczności, że ujęte w wykazie zamówienie zrealizował inny niż Odwołujący podmiot. Kwestia ta pozbawiona była *ad casum* doniosłości prawnej, skoro Zamawiający zakwestionował należyte wykonanie zamówienia, a Odwołujący okoliczności tej nie przeczył, składając – zgodnie z otrzymanym wezwaniem do uzupełnienia dokumentów – nowy wykaz robót budowlanych. W takiej sytuacji nie było konieczne wyjaśnianie sprawy wykonawstwa zamówienia, które z innych przyczyn nie potwierdzało spełniania warunku udziału w Postępowaniu.

Mając na uwadze przedstawioną argumentację Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp, wobec czego oddaliła odwołanie w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania (pkt 2 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 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.2010.41.238 ze zm.).

Przewodniczący: ……