

WYROK
z dnia 4 czerwca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Luiza Łamejko

Ewa Marcjoniak

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 czerwca 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Masters Sp. z o.o. ul Mickiewicza 21, 70-383 Szczecin** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Miejska Starogard Gdański ul. Gdańska 6, 83-200 Starogard Gdański** protestu z dnia **7 maja 2008 r.**

przy udziale **POLCOURT S.A. ul. Gen. Zajęczka 11 lok. 3C, 01-510 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Masters Sp. z o.o. ul Mickiewicza 21, 70-383 Szczecin
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Masters Sp. z o.o. ul Mickiewicza 21, 70-383 Szczecin**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Masters Sp. z o.o. ul Mickiewicza 21, 70-383 Szczecin**.

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miejska Starogard Gdański prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Wykonanie modernizacji obiektów Ośrodka Sportów i Rekreacji w Starogardzie Gdańskim II etap*”, w trybie przetargu ograniczonego, nr sprawy WTI-413/OSIR-II/2008.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 8 kwietnia 2008 r. za numerem: 71076-2008.

Pismem z dnia 30 kwietnia 2008 roku Zamawiający zaprosił 3 Wykonawców, którzy w wyniku przeprowadzonej oceny spełnili warunki udziału w postępowaniu, do złożenia ofert, przekazując jednocześnie specyfikację istotnych warunków zamówienia.

Pismem z dnia 7 maja 2008 roku Wykonawca TAMEX Obiekty Sportowe S.A. (złożonym Zamawiającemu w dniu 8 maja 2008 roku) złożył protest na czynność Zamawiającego polegającą na zaproszeniu do składania ofert Wykonawcy POLCOURT S.A., jako

spełniającego warunki udziału w postępowaniu, czym naruszył art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, żądając wykluczenia POLCOURT S.A. z postępowania o udzielenie zamówienia, jako podmiotu nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu Protestujący wskazał, iż zgodnie ze stanem faktycznym sprawy przedsiębiorstwo POLCOURT Firma Wielobranżowa Marek Piotrowicz, mimo faktu jego sprzedaży w dniu 26 października 2007 roku przedsiębiorstwu POLCOURT S.A. w rozumieniu art. 55 ¹ i art. 55 ² Kodeksu cywilnego, nadal prowadzi swoją działalność gospodarczą w niezmienionym zakresie, pod starą nazwą, z wykorzystaniem składników majątkowych wymienionych w zaświadczeniu o wpisie pod numerem 449811 do ewidencji działalności gospodarczej. Dowodem kontynuowania działalności gospodarczej przez Pana Marka Piotrowicza jest uczestnictwo POLCOURT Firma Wielobranżowa Marek Piotrowicz w licznych przetargach po dniu 26 października 2007 roku. Z opisanego stanu faktycznego sprawy wynika, że doświadczenie zawodowe POLCOURT Firma Wielobranżowa Marek Piotrowicz nie było elementem składowym sprzedanego firmie POLCOURT S.A. przedsiębiorstwa POLCOURT Firma Wielobranżowa Marek Piotrowicz, co wyklucza możliwość posługiwania się tym doświadczeniem przez POLCOURT S.A.

W tych okolicznościach POLCOURT S.A. podlega wykluczeniu z postępowania za brak niezbędnej wiedzy i doświadczenia zawodowego – art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Protestujący żąda wykluczenia POLCOURT S.A. z postępowania.

3

Pismem z dnia 9 maja 2008 roku Zamawiający poinformował wykonawców o złożeniu protestu przez TAMEX Obiekty Sportowe S.A. i zarazem wezwał do przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Pismem z dnia 12 maja 2008 roku POLCOURT S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Zdaniem Przystępującego protest zasługuje w całości na oddalenie jako bezzasadny. Jak stanowi art. 55 ² Kodeksu cywilnego czynność prawna mająca za przedmiot przedsiębiorstwo obejmuje wszystko, co wchodzi w skład przedsiębiorstwa. W zakresie uregulowań Prawa zamówień publicznych, POLCOURT S.A. legitymuje się zatem niezbędną wiedzą i doświadczeniem (referencje) oraz potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówień publicznych w zakresie, w jakim dysponuje nimi Przedsiębiorstwo. Przystępujący wskazuje również, że wraz z Przedsiębiorstwem na POLCOURT S.A. przeniesione zostały w szczególności aktywa majątkowe jakimi dysponowało przedsiębiorstwo oraz pracownicy, również w zakresie w jakim za ich pośrednictwem wykonywane były dotychczas i mają być wykonywane zamówienia publiczne. Analogiczna argumentacja przedstawiona przez Przystępującego była już przedmiotem rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej w innym postępowaniu (sygn. akt KIO/UZP 99/08). Odwołujący postawił wobec oferty Przystępującego podobne zarzuty i nie zostały one uwzględnione przez KIO, która w całości podzieliła stanowisko Przystępującego.

Pismem z dnia 12 maja 2008 roku Wykonawca MASTERS Sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Przystępujący podzielając w całości argumentację Protestującego wskazał, iż w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 99/08 na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, Przystępujący wniósł skargę do Sądu Okręgowego w Toruniu (sygn. akt VI Ga 34/08). Rozpoznając powyższą skargę w dniu 7 maja 2008 roku Sąd Okręgowy w Toruniu powziął poważne wątpliwości co do prawidłowości rozstrzygnięcia zawartego w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lutego 2008 roku i na podstawie art. 390 § 1 kpc postanowił przedstawić zagadnienie prawne do rozstrzygnięcia Sądowi Najwyższemu. Zdaniem Przystępującego, nawet przy faktycznej sprzedaży przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55 ¹ k.c. nabywca – POLCOURT S.A. w Warszawie jako nowy podmiot prawny nie może legitymować się referencjami wystawionymi na zbywcę – osobę fizyczną. Nie może być bowiem traktowane jako spełnienie warunku posiadania doświadczenia wykonanie zamówień przez inny podmiot prawny, który co więcej nadal prowadzi tą samą działalność. Spółka akcyjna będzie musiała wykazać się wykonaniem odpowiednich czynności i nie można za spełnienie warunku uznać załączenie doświadczenia i referencji zdobytych przez osobę fizyczną prowadzącą działalność gospodarczą.

Zamawiający, pismem z dnia 19 maja 2008 roku rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie. W uzasadnieniu swojego rozstrzygnięcia wskazał, że zgodnie z utrwalonym poglądem, wyrażanym w piśmiennictwie dotyczącym analizy przepisów kodeksu cywilnego, w szczególności art. 55 1 i art. 55 2, niematerialne składniki przedsiębiorstwa takie jak np.: doświadczenie zawodowe, organizacja pracy i procesów produkcyjnych, szeroko rozumiana renoma firmy, w tym również uzyskane referencje mają charakter subsydiarny wobec całego przedsiębiorstwa i wraz z jego sprzedażą przechodzą na nabywcę.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Przystępujący do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu Wykonawca MASTERS Sp. z o.o. i pismem z dnia 21 maja 2008 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Rozstrzygnięciu Zamawiającego zarzuca naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania POLCOURT S.A. i zaproszenie w/w Wykonawcy do składania ofert w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na zaproszeniu do składania ofert w przedmiotowym postępowaniu POLCOURT S.A.;
- 3) nakazanie Zamawiającemu wykluczenie z postępowania Wykonawcy POLCOURT S.A. oraz uznania oferty POLCOURT S.A. za odrzuconą;
- 4) przyznanie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa pełnomocnika według spisu kosztów przedłożonych na posiedzeniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący w całości podtrzymał argumentację przedstawioną w proteście i w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Pismem z dnia 23 maja 2008 roku Zamawiający wezwał Wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Pismem z dnia 29 maja 2008 roku Wykonawca POLCOURT S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Po zapoznaniu się z oryginalną dokumentacją przetargową, po wysłuchaniu stron na rozprawie oraz po zapoznaniu się z materiałem dowodowym przedstawionym na rozprawie przez strony Izba ustaliła, że odwołanie podlega oddaleniu.

Istotą rozstrzygnięcia niniejszego odwołania jest stwierdzenie, czy Wykonawca POLCOURT S.A. spełnił stawiane przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu dotyczące posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący twierdzi, iż Wykonawca POLCOURT S.A. nabywając przedsiębiorstwo POLCOURT Firma Wielobranżowa Marek Piotrowicz w dniu 26 października 2007 roku nie nabył wraz z nim składników przedsiębiorstwa dotyczących wiedzy i doświadczenia. Tezę powyższą stawia w oparciu o fakt, iż POLCOURT Firma Wielobranżowa Marek Piotrowicz, po dniu zbycia przedsiębiorstwa brała udział w przetargach, m.in.: na modernizację boisk w Białoleńskim Ośrodku Sportu (data złożenia oferty 12 grudnia 2007 roku), na zadanie pod nazwą „Budowa boiska wielofunkcyjnego przy Zespole Szkół Nr 1 w Śurominie – etap II (data złożenia oferty 14 grudnia 2007 roku), na urządzenie terenu boiska sportowego w Brzezynie (data złożenia oferty 15 grudnia 2007 roku) oraz na budowę boisk szkolnych i urządzeń lekkoatletycznych z nawierzchni poliuretanowej i sztucznej trawy przy Szkole Podstawowej Nr 51 w Lublinie (data złożenia oferty 20 grudnia 2007 roku). W ofertach składanych w w/w postępowaniach, POLCOURT Firma Wielobranżowa Marek Piotrowicz wykazywała się tym samym doświadczeniem jak i tymi samymi referencjami, co POLCOURT S.A. w przedmiotowym postępowaniu mimo, że z dniem 26 października 2007 roku sprzedała przedsiębiorstwo POLCOURT S.A.

W odniesieniu do zarzutu podniesionego przez Odwołującego, czy na skutek sprzedaży przedsiębiorstwa POLCOURT Firma Wielobranżowa Marek Piotrowicz w rozumieniu art. 55 ¹ KC przez Marka Piotrowicza na rzecz POLCOURT S.A. na spółkę przeszły „niezbędna wiedza i doświadczenie ...”, w niniejszym stanie faktycznym Izba uznała, że z dniem sprzedaży takowe doświadczenie przeszło na POLCOURT S.A.

Stanowisko takie potwierdza pogląd zawarty w postanowieniu Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 7 maja 2008 roku (sygn. akt VI Ga 34/08), w którym to sąd zważył, co następuje, cyt.: „Zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia w sprawie miało przesądzenie, czy wykonawca będący spółką akcyjną może ująć w wykazie doświadczenia usług świadczonych przez przedsiębiorcę będącego osobą fizyczną, którego przedsiębiorstwo zostało wniesione do tej spółki, jeżeli przedsiębiorca ten nadal prowadzi działalność gospodarczą. Nie ulega wątpliwości, że katalog składników majątkowych wymieniony w art. 55 ¹ k.c. nie jest zamknięty. Ze względu na treść art. 52 ² k.c. czynność prawna mająca za przedmiot przedsiębiorstwo nie musi in extenso wskazywać składników przedsiębiorstwa.

6

Jeżeli nie zawiera wyłączeń obejmuje wszystkie składniki podstawowe przedsiębiorstwa, tzn. takie, które warunkują dalszą działalność przedsiębiorstwa”. W dalszej części postanowienia Sąd Okręgowy stwierdził, że „... wydaje się, że doświadczenie i wiedza dotyczące pewnego rodzaju aktywności gospodarczej prowadzonej w oparciu o przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 55 ¹ k.c. stanowi składnik przedsiębiorstwa. Hipoteza art. 55 ² k.c. obejmuje więc i te elementy stanów faktycznych. Owe umiejętności bezpośrednio użyteczne, stanowią przecież mogą podstawę działalności przedsiębiorstwa i bez nich dalsze funkcjonowanie w rękach nowego właściciela nie będzie możliwe. Zbываяc przedsiębiorstwo należy domniemywać, że przedmiotem zbycia są wszystkie składniki łącznie z doświadczeniem i wiedzą”.

Takie stanowisko Sądu Okręgowego w Toruniu jednoznacznie przeświadcza, że POLCOURT S.A. nabywając POLCOURT Firma Wielobranżowa Marek Piotrowicz w dniu 26 października 2007 roku nabyła jednocześnie wiedzę i doświadczenie zdobyte przez nabywane przedsiębiorstwo.

Odwołujący, w treści swojego przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu jak w treści swojego odwołania próbuje przenieść ciężar odpowiedzialności za działania POLCOURT Firma Wielobranżowa Marek Piotrowicz na nabywcę POLCOURT S.A. Fakt, iż po sprzedaży przedsiębiorstwa POLCOURT Firma Wielobranżowa Marek Piotrowicz prowadzi działalność gospodarczą, na co dowodem jest przedstawione przez Odwołującego Zaświadczenie z dnia 2 kwietnia 2008 roku o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej prowadzonej przez Prezydenta m.st. Warszawy pod numerem 449811, nie może stanowić podstawy do stwierdzenia, że pomimo jej sprzedaży prowadzi ona działalność gospodarczą w zakresie w jakim była ona sprzedana dla POLCOURT S.A. Nawet fakt, iż POLCOURT Firma Wielobranżowa Marek Piotrowicz składała w grudniu 2007 roku oferty w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego nie może negatywnie wpływać na treść oświadczeń składanych przez POLCOURT S.A. POLCOURT S.A. w dobrej wierze nabył przedsiębiorstwo POLCOURT Firma Wielobranżowa Marek Piotrowicz, wraz z jej wiedzą i doświadczeniem, którymi może się legitymować biorąc udział w przedmiotowym postępowaniu.

Izba nie dała wiary treści oświadczenia złożonego przez Marka Piotrowicza z dnia 1 czerwca 2008 roku, gdyż stanowi ono dokument prywatny (jak należy traktować niniejsze oświadczenie), który został zakwestionowany przez Odwołującego, a Przystępujący nie przedstawił dowodów potwierdzających prawdziwość złożonego oświadczenia. Z dokumentów załączonych do akt sprawy przez Odwołującego, zwłaszcza z Zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej wynika, że Marek Piotrowicz, jako osoba

7

fizyczna prowadził nadal działalność gospodarczą w zakresie w jakim mógł sprzedać przedsiębiorstwo na rzecz POLCOURT S.A., po dacie przejścia własności przedsiębiorstwa na rzecz spółki.

Tym samym Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania POLCOURT S.A.

Wobec powyższego, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o przyznanie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, gdyż zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886) uzasadnione koszty uczestników postępowania odwoławczego mogą być przyznane w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Zamawiający rachunków nie przedłożył.

8

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*

9