

WYROK

z dnia 13 maja 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Magdalena Cwyl**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 maja 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **2 maja 2014 r.** przez konsorcjum wykonawców: **EKO-BUD Sp. z o.o. oraz CHEM-BUD Sp. z o.o., ul. Torowa 1, 33-100 Tarnów** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Lubartów, ul. Jana Pawła II 12, 21-100 Lubartów**, przy udziale wykonawcy:

- **Stanisława Flisa** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: **Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe „FLISBUD” S..... F..... ul. Bohaterów Porytowego Wzgórza 25, 23-300 Janów Lubelski**, zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. **Oddala odwołanie,**
2. **Kosztami postępowania obciąża konsorcjum wykonawców: EKO-BUD Sp. z o.o. oraz CHEM-BUD Sp. z o.o., ul. Torowa 1, 33-100 Tarnów ,**
 - 2.1. **zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: konsorcjum wykonawców: EKO-BUD Sp. z o.o. oraz CHEM-BUD Sp. z o.o., ul. Torowa 1, 33-100 Tarnów, tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 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 **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego na „Przebudowę budynku Hali Targowej w Lubartowie” (BZP , poz. 68955 z 31.03.2014 r.), w dniu 2 maja 2014 r. zostało złożone w formie elektronicznej odwołanie przez konsorcjum wykonawców: EKO-BUD Sp. z o.o. oraz CHEM-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia drogą elektroniczną dnia 29 kwietnia 2014 r. o wykluczeniu odwołującego z postępowania, odrzuceniu jego oferty i o wyborze oferty wykonawcy S..... F..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe „FLISBUD” S..... F..... .

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności zamawiającego:

1. zaniechania wezwania odwołującego, w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia,
2. bezpodstawnego wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, wskazując jako powód niespełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia w sytuacji, gdy odwołujący wymaganą wiedzę i doświadczenie posiada,
3. bezpodstawnego uznania na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oferty odwołującego za odrzuconą.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Miastu Lubartów naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 113 poz. 907 ze zm., „ustawa Pzp”), które miało istotny wpływ na wynik postępowania, tj.:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 poprzez jego bezpodstawne zastosowanie,
- 2) art. 24 ust. 4 poprzez jego bezpodstawne zastosowanie,
- 3) art. 26 ust. 4 poprzez zaniechanie jego zastosowania.

Odwołujący stwierdził, iż w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, jego interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Bezpodstawne działania zamawiającego zamknęły odwołującemu możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, pomimo że złożył ofertę z najniższą ceną. Jedynym kryterium oceny ofert w

przedmiotowym postępowaniu była cena oferty - 100%. Odwołujący stwierdził, że został narażony na szkodę w postaci poniesienia kosztów przygotowania i złożenia oferty oraz w postaci utraty możliwości uzyskania kontraktu pozwalającego na prowadzenie działalności z zyskiem. Odwołujący, zatem jest uprawniony do wniesienia niniejszego odwołania, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe, odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- a) dokonania unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- b) dokonania unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą;
- c) przeprowadzenia ponownego badania ofert z udziałem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że został zawiadomiony o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta wykonawcy - Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe „Flisbud” S..... F....., oraz o wykluczeniu odwołującego z postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego zarówno w kwestii odrzucenia jego oferty jak i wyboru, jako najkorzystniejszej oferty firmy Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe „Flisbud” S..... F..... Uznał powyższe czynności zamawiającego za bezpodstawne, podnosząc że zamawiający niezasadnie wykluczył go z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, z powodu rzekomego niespełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, a następnie to wykluczenie posłużyło zamawiającemu do uznania oferty odwołującego za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, jako złożoną przez wykonawcę wykluczonego z postępowania. W zaistniałym stanie faktycznym, jak zaznaczał odwołujący, jedna czynność bezpodstawnie dokonana przez zamawiającego pociągnęła za sobą dokonanie następnej czynności ze szkodą dla wykonawcy.

Odwołujący wyjaśniał, że stanowi konsorcjum firm, w skład którego wchodzi m.in. CHEM-BUD Sp. z o.o. Spółka ta z dniem 17 marca 2014 r., w drodze wniesienia do niej aportem Przedsiębiorstwa Inżynieryjno-Budowlanego „ŁAD-BUD” [sp. jawna] C..... E....., nabyła to przedsiębiorstwo. Aportu dokonał jedyny wspólnik spółki jawnej – C..... E....., będący jednocześnie jedynym właścicielem wnoszonego do CHEM-BUD Sp. z o.o. Przedsiębiorstwa Inżynieryjno-Budowlanego „ŁAD-BUD” C..... E..... .

W zawiadomieniu o wykluczeniu odwołującego z postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą, według odwołującego, zamawiający podważył sens własnego wcześniejszego wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów.

Odwołujący wyjaśniał dalej, że zamawiający pismem z dnia 22 kwietnia 2014 r. wezwał go do uzupełnienia oryginałów lub kopii dokumentów potwierdzających fakty, na które odwołujący powoływał się przy wykazywaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, np. zawartej stosownej umowy potwierdzającej szczegółowo dokonanie aportu, zgłoszenia do KRS lub oryginału innego dokumentu, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. W odpowiedzi na wezwanie, odwołujący złożył wyjaśnienia i uzupełnił następujące dokumenty:

- 1) akt notarialny (Rep. A numer 1290/2014) zawierający uchwałę jedyne go wspólnika spółki Przedsiębiorstwa Inżynieryjno-Budowlanego „ŁAD-BUD” [sp. jawna] C..... E....., w osobie E..... C....., będącego jednocześnie jedynym właścicielem przedsiębiorstwa,
- 2) wniosek do Sądu Rejonowego dla Krakowa-Śródmieścia w Krakowie, XII Wydział Gospodarczy o zmianę danych spółki w Rejestrze.

Odwołujący podnosił, że uzupełnienie dokumentów nastąpiło zgodnie z wezwaniem zamawiającego. Zamawiający zażądał uzupełnienia dokumentu w postaci zawartej stosownej umowy potwierdzającej szczegółowo dokonanie aportu. Zdaniem odwołującego złożony akt notarialny wypełnia żądanie zamawiającego, bowiem w treści uchwały podjętej przez jedyne go wspólnika będącego jednocześnie jedynym właścicielem przedsiębiorstwa zawarte jest stwierdzenie o dokonanym aportie przedsiębiorstwa, i określony jest szczegółowo przedmiot aportu. W przypadku, gdy w akcie notarialnym zawierającym uchwałę o zmianie umowy spółki zawarte są oświadczenia wspólników o zadysponowaniu wkładem i gdy wspólnicy są uprawnieni do nieograniczonego dysponowania przedmiotem aportu niepieniężnego zbędna jest umowa pomiędzy Spółką a wspólnikami dla potwierdzenia skutku przenoszącego własność przedmiotu aportu ze wspólników na spółkę. Takie stanowisko wyraził Sąd Najwyższy. Sąd Najwyższy w wyroku sygn. akt V CSK 215/06 z dnia 19 października 2006 r. stwierdził: Jeśli chodzi o akt notarialny zawierający oświadczenia wszystkich wspólników spółki jawnej, należy mieć na względzie, że nie była to uchwała, lecz suma oświadczeń woli wspólników, z których każdy uprawniony był do reprezentacji tej spółki (art. 29 § 1 k.s.h. i wpis do Krajowego Rejestru Sądowego). Wykładnia tego oświadczenia dokonywana według reguł art. 65 § 2 K.c. prowadzi do wniosku, że wspólnicy spółki jawnej nie tylko złożyli oświadczenie o przystąpieniu do spółki z o.o. oraz objęciu udziałów, ale również skutecznie zobowiązali się do przeniesienia na spółkę z o.o. praw będących aportem na pokrycie obejmowanych udziałów.

Odwołujący zaznaczał, że analogiczna okoliczność, jak ta o której mowa w wyroku SN, nastąpiła w związku z aportem Przedsiębiorstwa Inżynieryjno-Budowlanego „ŁAD-BUD” [sp. jawna] C..... E..... Pan E..... C....., jako jedyny właściciel

przedsiębiorstwa Spółki Jawnej, mógł nim dysponować w sposób nieograniczony i w uchwale, jako jedyny wspólnik tej Spółki zawarł oświadczenie o dokonaniu aportu.

W akcie notarialnym Rep. A numer 1290/2014 zawarta jest informacja, że p. E..... C..... jest jedynym wspólnikiem Spółki (potwierdza to także odpis z KRS Spółki załączony do oferty). Zawarte jest także jego oświadczenie, że zwiększone udziały pokrywa aportem niepieniężnym w postaci Przedsiębiorstwa w znaczeniu art. 55¹ i 55¹ Kodeksu cywilnego. W akcie notarialnym Przedsiębiorstwo Sp. Jawnej, jako przedmiot aportu opisane jest szczegółowo. Akt notarialny Rep. A numer 1290/2014 zastępuje umowę, której żądał zamawiający w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów.

Zamawiający w wezwaniu zażądał także uzupełnienia dokumentu w postaci zgłoszenia do KRS. Takim zgłoszeniem jest niewątpliwie wniosek do sądu rejestrowego przesłany do zamawiającego w ramach uzupełnienia dokumentów. Zamawiający w zawiadomieniu o wykluczeniu odwołującego z postępowania podnosił, że brak jest adnotacji o złożeniu wniosku w sądzie i brak jest załączników do wniosku.

Odwołujący nie zakładał, że zamawiający obarczy go taką dużą dozą nieufności, dlatego zastosował się w sposób ścisły do wezwania do uzupełnienia dokumentów, nie rozszerzając ilości dokumentów ponad literalne brzmienie wezwania. Tym nie mniej, gdy zamawiający powziął wątpliwość, co do rzeczywistego stanu faktycznego mógł wezwać odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących uzupełnionych dokumentów. Odwołujący zapewniał, że wówczas w ramach wyjaśnień przedstawiłby dowód nadania listu poleconego do sądu zawierającego wniosek wraz z załącznikami i mógłby przedstawić także wszystkie te załączniki.

Zdaniem odwołującego zamawiający odstąpił od wezwania go do złożenia wyjaśnień, bowiem, jak wynika ze stanu faktycznego wyrażonego w zawiadomieniu o wykluczeniu odwołującego z postępowania, zamawiający już po wezwaniu odwołującego do uzupełnienia dokumentów uznał, że aport Przedsiębiorstwa Inżynieryjno-Budowlanego „ŁAD-BUD” [sp. jawna] C..... E..... jest nieskuteczny bez ujawnienia go w rejestrze KRS Spółki.

Odnosząc się do podnoszonej przez zamawiającego w zawiadomieniu o wykluczeniu odwołującego z postępowania kwestii terminu wejścia w życie zmiany umowy spółki, odwołujący stwierdził, iż ma ona wtórne znaczenie dla możliwości korzystania przez CHEM-BUD Sp. z o.o. z wiedzy i doświadczenia Przedsiębiorstwa Inżynieryjno-Budowlanego „ŁAD-BUD” [sp. jawna] C..... E....., gdyż przy wniesieniu aportu, zostało ono określone w akcie notarialnym, jako przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 55¹ i 55² Kodeksu cywilnego bez żadnych wyłączeń. Zatem przedmiotem aportu było przedsiębiorstwo, jako zorganizowany zespół składników niematerialnych i materialnych przeznaczonych do prowadzenia

działalności gospodarczej (art. 55¹ K.c.), przedmiotem aportu było wszystko, co wchodziło w skład przedsiębiorstwa (art. 55² K.c.), w tym także wiedza i doświadczenie przedsiębiorstwa. CHEM-BUD Sp. z o.o. wraz z dokonaniem aportu przedsiębiorstwa, jako jego nabywca, nabyła także składnik niematerialny przedsiębiorstwa, jakim jest wiedza i doświadczenie tego Przedsiębiorstwa (know-how). W związku z powyższym, w ocenie odwołującego, Spółka CHEM-BUD nabyła także prawo do posługiwania się dokumentami potwierdzającymi posiadanie przez Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlanego „ŁAD-BUD” [sp. jawna] C..... E....., tej wiedzy i doświadczenia, czego akurat, co do meritum sprawy, zamawiający nie kwestionował. Zamawiający zakwestionował natomiast termin, od którego Spółka CHEM-BUD może korzystać z wiedzy i doświadczenia Przedsiębiorstwa „ŁAD-BUD” [sp. jawna] C..... E.....

Odwołujący argumentował, że spór pomiędzy nim a zamawiającym przebiega po linii, czy po podjęciu uchwały wspólników o zmianie umowy spółki i wniesieniu aportem Przedsiębiorstwa „ŁAD-BUD” [sp. jawna] C..... E..... do Spółki CHEM-BUD Sp. z o.o., ale przed wpisem zmiany umowy spółki do Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego (KRS), Spółka CHEM-BUD może, czy nie może, korzystać z wiedzy i doświadczenia Przedsiębiorstwa „ŁAD-BUD” [sp. jawna] C..... E.....

Zamawiający uznał, że zmiana umowy spółki jest skuteczna z chwilą wpisu do KRS, a odpis z KRS musi zawierać informację o dokonanym aportcie, i że dopiero po spełnieniu tych warunków Spółka CHEM-BUD będzie mogła korzystać z wiedzy i doświadczenia Przedsiębiorstwa „ŁAD-BUD” [sp. jawna] C..... E....., jak ze swoich.

Odwołujący nie zaaprobował takiego stanowiska. O ile zgodził się z konstytutywnym charakterem wpisu do KRS, stanowiącego o wejściu w życie zmiany umowy Spółki, to podważał pogląd, że Spółka CHEM-BUD przed wejściem w życie zmiany umowy Spółki, tj. przed wpisem do KRS, nie nabyła skutecznie Przedsiębiorstwa „ŁAD-BUD” [sp. jawna] C..... E....., a co za tym idzie, że nie nabyła, przed wpisem do Rejestru, składnika niematerialnego tegoż Przedsiębiorstwa - jakim są wiedza i doświadczenie.

Odwołujący zaznaczał, że dla możliwości wpisania do KRS informacji o aportcie konieczne jest fizyczne wniesienie aportu do spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Wynika to z obowiązku załączenia do zgłoszenia kierowanego do sądu rejestrowego (wniosku o zmianę w Rejestrze danych spółki z o.o.) oświadczenia wszystkich członków zarządu spółki o wniesionym przez wspólnika (wspólników) aportcie na pokrycie podwyższonego kapitału zakładowego spółki. Tak stanowi art. 262 § 2 pkt 3 Kodeksu spółek handlowych, który brzmi: Do zgłoszenia podwyższenia kapitału zakładowego należy dołączyć oświadczenie wszystkich członków zarządu, że wkłady na podwyższony kapitał

zakładowy zostały w całości wniesione. Zaś art. 262 § 4 Ksh stanowi, że podwyższenie kapitału następuje z chwilą wpisania do rejestru, co świadczy o konstytutywnym charakterze wpisu do Rejestru w zakresie podwyższenia kapitału zakładowego, ale nie w zakresie skuteczności wniesienia wkładu do Spółki, czy też w odniesieniu do kwestii właścicielskich Przedsiębiorstwa, jak zaznaczał odwołujący. Wkład musi być fizycznie wniesiony przed zgłoszeniem do sądu i wpisaniem do Rejestru, ale podwyższenie kapitału Spółki CHEM-BUD nastąpi po wpisaniu do KRS.

W świetle powyżej przedstawionego stanu prawnego i występującego w przedmiotowej sprawie stanu faktycznego, odwołujący argumentował, że nabycie przez Spółkę CHEM-BUD przedmiotu aportu, jakim jest Przedsiębiorstwo „ŁAD-BUD” [sp. jawna] C..... E....., nastąpiło wskutek działania wnoszącego aport, tj. E..... C....., a nie jak wywodzi zamawiający, że nastąpi dopiero wskutek działania sądu rejestrowego. Nabycie przez Spółkę tego przedsiębiorstwa nastąpiło w przekonaniu odwołującego, znacznie wcześniej - przed dokonaniem wpisu do KRS.

Odwołujący przekonywał, że nie można przecież stawiać absurdalnego założenia, że po wniesieniu aportu do Spółki CHEM-BUD p. E..... C..... nadal jest właścicielem Przedsiębiorstwa „ŁAD-BUD”. Nie można także założyć, że do momentu wpisu do Rejestru Spółka nie jest właścicielem Przedsiębiorstwa, i że stanie się nim dopiero po wpisaniu aportu do KRS, gdyż nie można również założyć, że od momentu dokonania aportu do momentu wpisu do Rejestru Przedsiębiorstwo „ŁAD-BUD” nie ma właściciela.

Odwołujący stwierdził, że od dnia 17 marca 2014 r. właścicielem przedsiębiorstwa jest Spółka CHEM-BUD, i jako właściciel ma prawo korzystać ze składników nabytego Przedsiębiorstwa „ŁAD-BUD”.

Odwołujący wskazywał, iż zamawiający zdaje się nie zauważać, że Przedsiębiorstwo „ŁAD-BUD” jest organizmem aktywnym, że przy jego pomocy Spółka CHEM-BUD, aktualnie realizuje umowy zawarte uprzednio przez E..... C....., że dla pracowników zatrudnionych przez E..... C..... jest ono zakładem pracy, że oni nadal w nim pracują, gdyż po przejściu Przedsiębiorstwa na Spółkę Spółka stała się pracodawcą dla tych pracowników, mimo że wszystko to dzieje się przed dokonaniem wpisu do KRS. Problematykę związaną z pracownikami, w przypadkach zmian właścicielskich zakładu pracy, reguluje art. 23¹ Kodeksu pracy, który stanowi: W razie przejścia zakładu pracy lub jego części na innego pracodawcę staje się on z mocy prawa stroną w dotychczasowych stosunkach pracy. Art. 23 Kodeksu pracy, dalej stanowi: Jeżeli u pracodawców, o których mowa w § 1, nie działają zakładowe organizacje związkowe, dotychczasowy i nowy pracodawca informują na piśmie swoich pracowników o przewidywanym terminie przejścia

zakładu pracy lub jego części na innego pracodawcę, jego przyczynach, prawnych, ekonomicznych oraz socjalnych skutkach dla pracowników, a także zamierzonych działaniach dotyczących warunków zatrudnienia pracowników, w szczególności warunków pracy, płacy i przekwalifikowania; przekazanie informacji powinno nastąpić co najmniej na 30 dni przed przewidywanym terminem przejścia zakładu pracy lub jego części na innego pracodawcę. Odwołujący zadawał pytanie - gdyby przejście Przedsiębiorstwa na Spółkę uzależnione było od wpisu do KRS o dokonanej aporcie, to na jakiej podstawie dotychczasowy pracodawca (E..... C.....) i nowy pracodawca (Spółka) mieliby przewidzieć termin tego przejścia, pamiętając, że wpisy do Rejestru dokonywane są przez różne sądy w bardzo długich i różnych terminach. Często konieczne są uzupełnienia wniosku o zmianę danych spółki. Często wydawane są przez sądy postanowienia o zwróceniu wniosku, itp. Bywa, że po upływie 1/2 roku od złożenia wniosku do sądu, wpisu do Rejestru jeszcze nie ma, a przecież przedsiębiorstwo musi funkcjonować, a aby to mogło mieć miejsce, przedsiębiorstwo musi mieć właściciela i zarządcę.

Odnosząc powyższe rozważania teoretyczne do stanu faktycznego sprawy, odwołujący stwierdził, iż w tym przypadku Przedsiębiorstwo „ŁAD-BUD” ma właściciela i zarządcę, i jest nim Spółka CHEM-BUD.

Reasumując odwołujący stwierdził, że argumentacja zamawiającego zamieszczona w zawiadomieniu o wykluczeniu go z postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą nie znajduje oparcia w przepisach prawa. Zamawiający bezzasadnie dokonał tych czynności i bezpodstawnie zastosował art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, czym naruszył te przepisy.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o wartości przedmiotu zamówienia niższej niż określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, jednakże dotyczy wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, zatem jest dopuszczalne na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 5 maja 2014 r. do postępowania odwoławczego zgłosił pisemnie przystąpienie w dniu 7 maja 2014 r. po stronie zamawiającego wykonawca wybrany S..... F..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe „FLISBUD” S..... F..... z siedzibą w Janowie Lubelskim.

Zgłaszający przystąpienie stwierdził, iż zarzuty odwołania należy uznać za bezpodstawne, jednocześnie wskazywał, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na

korzyść zamawiającego, gdyż byłoby to równoznaczne z utrzymaniem w mocy czynności wyboru oferty przystępującego do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę S..... F..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe „FLISBUD” S..... F..... z siedzibą w Janowie Lubelskim do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Zamawiający nie uwzględnił odwołania, w odpowiedzi złożonej 12 maja 2014 r. podtrzymał stanowisko prezentowane w powiadomieniu o wykluczeniu odwołującego. Odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołującego zamawiający podnosił, co następuje:

Ad. 1) Zarzut Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

W niniejszej sprawie zdaniem Zamawiającego kluczowe znaczenie ma sposób nabycia Przedsiębiorstwa Inżynieryjno - Budowlanego ŁAD-BUD C..... E..... przez CHEM-BUD Sp. z o.o. Aportu ww. przedsiębiorstwa do zarejestrowanej już w KRS spółki z o.o. CHEM-BUD dokonano uchwałą wspólników poprzez zmianę umowy spółki w formie aktu notarialnego z dnia 17 marca 2014 r. Istotny dla sprawy jest fakt, że owo nabycie przedsiębiorstwa przez spółkę z o.o. nie dokonało się w drodze np. umowy kupna-sprzedaży, umowy darowizny itp., lecz w drodze zmiany umowy spółki. W takiej sytuacji zastosowanie ma art. 255 § 1 kodeksu spółek handlowych, zupełnie pominięty przez Odwołującego w odwołaniu.

Zgodnie z treścią tego przepisu „Zmiana umowy spółki wymaga uchwały wspólników i wpisu do rejestru”. Zatem „Zmiana umowy spółki jest skuteczna z chwilą wpisu do rejestru. Wpis ten ma charakter konstytutywny (...). Wyraźne określenie w art. 255 § 1 k.s.h. momentu skuteczności wpisu dotyczy jednak tak osób trzecich, jak i wspólników (...). We wszystkich przypadkach zmiany umowy spółki do ich skuteczności niezbędny jest wpis do KRS. Oznacza to, że do tego czasu nie jest możliwe w stosunkach wewnętrznych podejmowanie działań w oparciu o spełnienie warunku (na przykład zawieszającego) wpisu czy też fikcję dokonania wpisu. Co więcej, uzależnienie skutku zmiany umowy spółki od innych okoliczności niż wpis do KRS jest sprzeczne z prawem. Nie można więc przyjąć, że na przykład uchwała wchodzi w życie z dniem jej podjęcia czy upływem siedmiu dni, itd. Decydujący jest tu wpis do KRS, a nie żadne inne regulacje.” (A. Kidyba, Komentarz aktualizowany do art. 255 Kodeksu spółek handlowych, LEX/el., 2014). Zatem zgodnie z treścią powołanego przepisu ksh do czasu dokonania wpisu do rejestru nie można uznać, że została dokonana zmiana umowy spółki, a tym samym, że został dokonany aport przedsiębiorstwa ŁAD-BUD E..... C..... do spółki CHEM-BUD. Konsekwencją

wyboru przez spółkę CHEM-BUD takiej drogi nabycia Przedsiębiorstwa Inżynieryjno - Budowlanego ŁAD-BUD C..... E..... jest odłożenie w czasie jego formalnego nabycia przez spółkę i uzależnienie jego skuteczności od wpisania do KRS przez sąd rejestrowy. Zatem do czasu wpisania zmiany umowy spółki do KRS nie można mówić o nabyciu przedsiębiorstwa przez spółkę.

Stanowisko Zamawiającego potwierdzone jest także stanowiskiem doktryny i orzecznictwem sądowym. Literalna wykładnia art. 624 § 1 k.s.h. prowadzi do wniosku, iż w celu spełnienia ustawowych wymagań nie wystarczy powzięcie przez wspólników odpowiednich uchwał. Mając bowiem na względzie treść tego przepisu, a także pamiętając, iż zgodnie z art. 255 § 1 k.s.h. oraz art. 262 § 4 k.s.h. zmiana umowy spółki oraz podwyższenie jej kapitału zakładowego następują dopiero z chwilą wpisu do rejestru (wpis konstytutywny), uznać należy, iż art. 624 § 1 zd. 1 k.s.h. wymaga uzyskania we wskazanych terminach odpowiednich wpisów w rejestrze przedsiębiorców w Krajowym Rejestrze Sądowym (KRS)."(Kwaśnicki Radosław, Ziółkowska Katarzyna, artykuł Rzeczpospolita PCD.2003.9.26, Kosztowne eksperymenty legislacyjne. Teza nr 1, LEX 40535/1). Podobnie Mielcarek Konrad, Mogielnicki Tomasz: „W obecnym stanie prawnym, wobec wyraźnego brzmienia art. 262 § 4 k.s.h., skutki podwyższenia kapitału zakładowego następują dopiero z chwilą jego rejestracji, zarówno w stosunku do osób trzecich, jak i pomiędzy wspólnikami, zaś do momentu wpisu w rejestrze objęcie i pokrycie udziałów przez poszczególnych wspólników pozostaje bez wpływu na dotychczasową wysokość ich udziałów, niezależnie od treści uchwały w tym przedmiocie." (Mielcarek Konrad, Mogielnicki Tomasz, artykuł w Pr. Spółek. 2001.6.2, Podwyższenie kapitału zakładowego spółki z o.o. bez zmiany umowy spółki. Teza nr 2, LEX 30063/2)

Nie można w świetle powyższego zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, że nabycie przez spółkę przedsiębiorstwa nastąpiło znacznie przed dokonaniem wpisu do KRS oraz że pogląd przeciwny oznaczałby, że przedsiębiorstwo do czasu wpisu do KRS nie ma właściciela (na marginesie należy zauważyć, że E..... C..... Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Budowlane ŁAD-BUD, które było przedmiotem uchwały wspólników dot. aportu zgodnie z CEIDG figuruje nadal jako aktywny przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą).

Zamawiający nie zgadza się też z poglądem Odwołującego jakoby zmiana pracodawcy dla pracowników zatrudnionych w Przedsiębiorstwie ŁAD-BUD nastąpiła w momencie podjęcia uchwały i uważa, że w tej kwestii także zastosowanie ma art. 255 k.s.h. (Odwołujący nie przedstawił na poparcie tej tezy jakichkolwiek dowodów świadczących o tym, że pracownicy przedsiębiorstwa są już pracownikami spółki). Powołany przez Odwołującego przepis art. 23¹ § 1 Kodeksu pracy w żadnym razie nie rozstrzyga o momencie przejścia dotychczasowego zakładu pracy (przedsiębiorstwa ŁAD-BUD) na innego

pracodawcę (CHEM-BUD Sp. z o.o.). Co do terminu, o którym mowa w przywołanym przez Odwołującego art. 23¹ § 3 Kodeksu pracy, zgodnie z którym dotychczasowy i nowy pracodawca informują na piśmie swoich pracowników o przewidywanym terminie przejścia zakładu pracy lub jego części na innego pracodawcę, jego przyczynach, prawnych, ekonomicznych oraz socjalnych skutkach dla pracowników, a także zamierzonych działaniach dotyczących warunków zatrudnienia pracowników, w szczególności warunków pracy, płacy i przekwalifikowania; to stwierdza on jedynie, że przekazanie tych informacji powinno nastąpić co najmniej na 30 dni przed przewidywanym terminem przejścia zakładu pracy na innego pracodawcę. Sformułowanie „co najmniej” oraz „przewidywanym” oznaczają, że podany termin przejścia nie musi być datą ostateczną i pewną lecz, jedynie przewidywaną i tak jak jest w tym przypadku uzależnioną od uprawomocnienia wpisu do KRS, Zatem również ten argument Odwołującego nie wydaje się trafny.

W żadnym punkcie swojego wyводу Odwołujący nie bierze pod uwagę konsekwencji - teoretycznie możliwych - odmowy rejestracji zmiany umowy spółki przez sąd rejestrowy.

Zatem z uwagi na fakt, że Odwołujący przy wykazywaniu spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia powoływał się na wiedzę i doświadczenie Przedsiębiorstwa Inżynieryjno - Budowlanego ŁAD-BUD C..... E....., a na dzień składania ofert sąd rejestrowy nie dokonał wpisu zmiany umowy spółki CHEM-BUD do KRS, czego konsekwencją był brak skutecznego wniesienia aportu do spółki z o.o. w postaci ww. przedsiębiorstwa, Zamawiający zobligowany był uznać, że Odwołujący nie miał prawa powoływać się na wiedzę i doświadczenie przedsiębiorstwa, którego skutecznie nie nabył jeden z członków konsorcjum, którym jest Odwołujący. W tym stanie rzeczy Zamawiający zobligowany był uznać, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia i wykluczyć Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, uznając zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych złożoną przez niego ofertę za odrzuconą.

Z tych też względów zdaniem Zamawiającego zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezprawne ich zastosowanie należy uznać za bezzasadny.

Ad. 2) Zdaniem Zamawiającego również ten zarzut jest nietrafny.

W pkt 1 uzasadnienia odwołania Odwołujący zacytował fragment wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19.10.2006 r. VCSK 215/06, z którym Zamawiający oczywiście się zgadza: „Jeśli chodzi o akt notarialny zawierający oświadczenia wszystkich współników spółki jawnej, należy mieć na względzie, że nie była to uchwała, lecz suma oświadczeń woli

wspólników, z których każdy uprawniony był do reprezentacji tej spółki (art. 29 § 1 k.s.h. i wpis do Krajowego Rejestru Sądowego). Wykładnia tego oświadczenia dokonywana według reguł art. 65 § 2 k.c. prowadzi do wniosku, że wspólnicy spółki jawnej nie tylko złożyli oświadczenie o przystąpieniu do spółki z o.o. oraz objęciu udziałów, ale również skutecznie zobowiązali się do przeniesienia na spółkę z o.o. praw będących aportem na pokrycie obejmowanych udziałów." W tym miejscu Zamawiający pragnie jednak zwrócić uwagę na tezę drugą cytowanego orzeczenia tj. że „Uchwała o podwyższeniu kapitału zakładowego zawierająca dane wymienione w art. 157 § 1 k.s.h nie stanowi oświadczenia woli stanowiącego element umowy o podwójnym skutku zobowiązującym i rozporządzającym."

W ocenie Zamawiającego dokumenty dołączone do oferty złożonej przez konsorcjum w składzie EKO-BUD Sp. z o.o. - Lider, ul. Torowa 1, 33-100 Tarnów oraz CHEM-BUD - Członek konsorcjum, ul. Torowa 1, 33-100 Tarnów (w tym oświadczenie prezesa CHEM-BUD Sp. o.o.) nie były wystarczające do stwierdzenia, że Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Budowlane ŁAD-BUD C..... E..... ul. Torowa 1, 33-100 Tarnów zostało skutecznie wniesione aportem do spółki CHEM-BUD Sp. z o.o. nr KRS 0000455690. Wątpliwości Zamawiającego podyktowane były tym, że w dołączonym do oferty odpisie KRS spółki CHEM-BUD brak było informacji o wniesieniu aportu i poza oświadczeniem prezesa zarządu CHEM-BUD Sp. z o. o. brak było jakichkolwiek innych dokumentów potwierdzających, że okoliczność, na którą powoływał się Odwołujący miała miejsce. Dodatkowo wątpliwości powziął Zamawiający po ustaleniu w CEIDG, że E..... C..... Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Budowlane ŁAD-BUD (które było przedmiotem aportu) figuruje nadal jako aktywny przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą. W związku z powyższym Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwał Odwołującego m.in. do uzupełnienia dokumentów lub ich kopii potwierdzonych za zgodność z oryginałem potwierdzających fakty, na które Odwołujący powoływał się przy wykazywaniu spełniania warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia np. zawartej stosownej umowy potwierdzającej szczegółowo dokonanie aportu, zgłoszenia do KRS lub oryginału innego dokumentu, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ww. ustawy.

W pkt 1 uzasadnienia odwołania Odwołujący podnosi, że zastosował się w sposób ścisły do wezwania nie rozszerzając liczby uzupełnionych dokumentów ponad literalne brzmienie wezwania. Niestety Odwołujący pominął lub „nie zauważył”, że wskazanie dokumentów, do jakich uzupełnienia został wezwany z natury rzeczy musiało być przykładowe i nie stanowiło zamkniętego katalogu, o czym świadczy sformułowanie „np.” użyte w wezwaniu. W oparciu bowiem o dokumenty dołączone do oferty Zamawiający nie mógł stwierdzić, w jaki sposób został dokonany ów aport, o którym informował Odwołujący (co przeczy tezie Odwołującego z 1 pkt uzasadnienia odwołania, że w zawiadomieniu o

wykluczeniu Zamawiający podważa sens własnego wcześniejszego wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, gdyż uzupełniono tylko te dokumenty, które zostały wyliczone w wezwaniu). Zgodnie z brzmieniem art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych to na Odwołującym ciążył obowiązek udowodnienia Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, zatem powinien przekazać wszelkie dokumenty niezbędne do udowodnienia swoich twierdzeń, a nie tylko te, które Zamawiający przykładowo wyliczył.

Tym niemniej dokumenty uzupełnione przez Odwołującego po wezwaniu, a w szczególności akt notarialny, były zdaniem Zamawiającego wystarczające do oceny tak stanu faktycznego, jak i prawnego Odwołującego i złożonej przez niego oferty na dzień składania ofert (o czym była mowa w poprzednim punkcie uzasadnienia). W tym miejscu należy zauważyć, że bezprzedmiotowe zdaniem Zamawiającego było wzywianie do wyjaśnień, co do okoliczności przesłania zgłoszenia o ujawnienie w KRS faktu dokonania aportu, gdy w oparciu o uzupełnione dokumenty Zamawiający powziął informację o tym, iż aport został wniesiony w drodze zmiany umowy spółki i tym samym ma zastosowanie art. 255 § 1 ksh. Z tego też względu Zamawiający uznał, że nie są potrzebne dodatkowe wyjaśnienia treści złożonych dokumentów w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (zakres wyjaśnień, o których pisze Odwołujący w odwołaniu nosiłby raczej znamiona ponownego wezwania do uzupełnienia tych samych dokumentów, co jest niedopuszczalne zważywszy na treść art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i utrwalony w orzecznictwie pogląd w tej kwestii).

Zatem zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie Zamawiający uważa za bezzasadny.

Reasumując należy stwierdzić, że argumentacja Odwołującego zamieszczona w odwołaniu nie znajduje oparcia w przepisach prawa, w szczególności nie uwzględnia przepisu art. 255 § 1 k.s.h., który w niniejszej sprawie ma kluczowe znaczenie.”

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania, z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego, korespondencji stron.

Izba dopuściła dowody zgłoszone przez odwołującego, załączone do odwołania:

1. Dowód nadania listu poleconego do Sądu Rejonowego dla Krakowa-Śródmieścia w Krakowie, XII Wydział Gospodarczy zawierającego wniosek o zmianę danych Spółki w Rejestrze.

2. Wydruk ze strony internetowej Poczty Polskiej zawierający potwierdzenie o doręczeniu listu poleconego do sądu.

3. Oświadczenie zarządu Spółki o wniesieniu aportu.

Dowody znajdujące się w aktach postępowania o udzielenie zamówienia - dokumenty uzupełnione na żądanie zamawiającego:

1. Akt notarialny Rep. A numer 1290/2014.

2. Wniosek do Sądu Rejonowego dla Krakowa - Śródmieścia w Krakowie, XII Wydział Gospodarczy o zmianę danych Spółki w Rejestrze.

3. Korespondencję pomiędzy zamawiającym a odwołującym.

4. Odpis KRS EKO-BUD Sp. z o.o.

6. Odpis KRS CHEM-BUD Sp. z o.o.

7. Odpis z CEIDG, z którego wynika, że Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Budowlane ŁAD-BUD E..... C....., nie stanowi spółki jawnej - jak podano w odwołaniu.

Nadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika postępowania przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów podtrzymanych na rozprawie - stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest „Przebudowa budynku Hali Targowej w Lubartowie”.

Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków. Sekcja III. 3.2) ogłoszenia o zamówieniu. Wiedza i doświadczenie. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku.

Wymagane jest wykazanie zrealizowania w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej:

1. Jednej roboty budowlanej wykonanej w ramach jednej inwestycji o wartości co najmniej 3 000 000 PLN brutto, obejmującej budowę, przebudowę lub remont budynku lub budynków użyteczności publicznej w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2010r., Nr 243, poz.1623 z późn. zm.);

2. Jednej roboty budowlanej polegającej na wykonaniu posadzek z jastrychu polerowanego lub posadzek betonowych przemysłowych na powierzchni nie mniejszej niż 400 m²,

3. Jednej roboty budowlanej obejmującej wykonanie niezbędnych robót, w tym wyposażenie oraz uruchomienie systemu lub systemów audiowizualnego lub multimedialnego sali widowiskowej, widowiskowo-kinowej lub kinowej o wartości nie mniejszej niż 300 000 brutto PLN.

Każda wykazana robota może jednocześnie potwierdzać spełnianie kilku z powyższych warunków. (...)

Sekcja III.4) ogłoszenia o zamówieniu. Informacja o oświadczeniach lub dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (...).

III.4.1) W zakresie wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, oprócz oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu należy przedłożyć: wykaz robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone; określenie robót budowlanych, których dotyczy obowiązek wskazania przez wykonawcę w wykazie lub złożenia poświadczeń, w tym informacja o robotach budowlanych niewykonanych lub wykonanych nienależycie. W wykazie należy umieścić, co najmniej najważniejsze roboty budowlane oraz załączyć dotyczące ich dowody.

Za najważniejsze roboty uznaje się roboty niezbędne do wykazania spełnienia warunku określonego w pkt III.3.2) Wiedza i doświadczenie Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 5.1.1.1. SIWZ. Zamawiający nie wymaga wykazania robót niewykonanych lub wykonanych nienależycie;

Analogiczne postanowienia zawiera pkt 5.1.1.1.1 – 5.1.1.1.3 SIWZ.

Jedynym kryterium oceny ofert została ustanowiona cena oferty.

Termin składania ofert wyznaczono do dnia 15.04.2014 r.

Oferty złożyło 6 wykonawców.

Oferta odwołującego przedstawiała najniższą cenę – 3 749 421,30 zł.

Zamawiający wybrał ofertę przystępującego S..... F..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe „FLISBUD” S..... F..... z ceną – 4 256 057,72 zł.

W formularzu oferty odwołujący przewidział udział podwykonawców FHU Elwo-Light P. W..... . Załączył oświadczenie podwykonawcy P. W..... o oddaniu do dyspozycji EKO-BUD Sp. z o.o. - Lider, ul. Torowa 1, 33-100 Tarnów zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia „dostawa i montaż wyposażenia technologii sceny”.

W dokumentach oferty odwołujący zawarł oświadczenie z dnia 14.04.2014 r. o treści.

„W dniu 17 marca 2014 r. E..... C....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane ŁAD-BUD C..... E....., wniósł w formie aportu niepieniężnego do spółki „CHEM-BUD” Sp. z o.o., wpisanej do prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla Krakowa-Śródmieścia w Krakowie XII Wydział Gospodarczy Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000455690, Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane ŁAD-BUD C..... E....., przedsiębiorstwo w rozumieniu art.55¹ i art. 55² Kodeksu cywilnego.

Na mocy art.55¹ i art. 55² Kodeksu cywilnego „CHEM-BUD” Sp. z o.o. przejęła wynikające z prowadzonej działalności gospodarczej pod firmą Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane ŁAD-BUD C..... E..... prawa i wierzytelności E..... C....., w tym wynikające z umów zawartych przez E..... C..... w ramach tejże działalności, a także zasoby ludzkie zgodnie z art. 23¹ Kodeksu pracy.

Na mocy art. 54⁴ Kodeksu cywilnego oraz oświadczenia spółki „CHEM-BUD” Sp. z o.o. o przejęciu zobowiązań E..... C..... powstałych w ramach prowadzonej przez niego działalności gospodarczej pod firmą Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane ŁAD-BUD C..... E....., za zobowiązania te odpowiadają solidarnie E..... C..... i „CHEM-BUD”.

W dokumentach oferty odwołujący zawarł wykaz robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, w którym ujął roboty wykonane przez firmę Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane ŁAD-BUD C..... E..... oraz FHU Elwo-Light P. W..... .

Dołączył dowody, że roboty te zostały wykonane w sposób należyty.

W dokumentach oferty odwołujący zawarł odpisy z Rejestru Przedsiębiorców KRS, dla lidera konsorcjum EKO-BUD Sp. z o.o. oraz dla partnera konsorcjum -CHEM-BUD Sp. z o.o., w którym ujawniono, że spółka ta została zarejestrowana 25 marca 2013 r. jedynym współnikiem jest E..... C..... i posiada 50 udziałów o łącznej wartości 50 000 zł. Prezesem zarządu jest J..... C....., uprawniony do jednoosobowej reprezentacji. Odpis został wydany w dniu 2.04.2014 r.

Zamawiający pismem z dnia 22 kwietnia 2014 r. wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów. „W związku ze złożeniem przez Państwa oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę budynku Hali Targowej w Lubartowie, w imieniu Zamawiającego - Miasta Lubartów działając zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) wzywam do uzupełnienia w ofercie nw. dokumentów i oświadczeń:

- 1) niezawierającego błędów pełnomocnictwa do reprezentowania konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Pełnomocnictwo musi być załączone do oferty w formie oryginału lub notarialnie potwierdzonej kopii;
- 2) (...)
- 3) dokumentów lub ich kopii potwierdzonych za zgodność z oryginałem potwierdzających fakty, na które wykonawca powołuje się przy wykazywaniu spełniania warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia np. zawartej stosownej umowy potwierdzającej szczegółowo dokonanie aportu, zgłoszenia do KRS lub oryginału innego dokumentu, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ww. ustawy.

Wykonawca zobowiązany jest do uzupełnienia ww. dokumentów w formie pisemnej oraz przekazania wyjaśnień w terminie do dnia 28 kwietnia 2014 r. roku do godz. 12:00. Decyduje data wpływu do sekretariatu Zamawiającego.

Uzasadnienie. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ww. ustawy Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego nie później niż w dniu, w którym upłynął termin (...) składania ofert.

Ad. 3.

W pkt 5.1.1.1. siwz zamawiający wymagał, aby w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawca wykazał zrealizowanie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej:

5.1.1.1.1. jednej roboty budowlanej wykonanej w ramach jednej inwestycji o wartości co najmniej 3 000 000 PLN brutto obejmującej budowę, przebudowę lub remont budynku lub budynków użyteczności publicznej w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U.z2010r., Nr 243, poz.1623 z późn. zm.);

5.1.1.1.2. *jednej roboty budowlanej polegającej na wykonaniu posadzek z jastychu polerowanego lub posadzek betonowych przemysłowych na powierzchni nie mniejszej niż 400 m²,*

5.1.1.1.3. *jednej roboty budowlanej obejmującej wykonanie niezbędnych robót, w tym wyposażenie oraz uruchomienie systemu lub systemów audiowizualnego lub multimedialnego sali widowiskowej, widowiskowo-kinowej lub kinowej o wartości nie mniejszej niż 300 000 brutto PLN,*

Każda wykazana robota może jednocześnie potwierdzać spełnianie kilku z powyższych warunków (...).

Po zbadaniu oferty zamawiający stwierdził, że w celu wykazania ww. warunku udziału w postępowaniu wykonawca powołał się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego w ten sposób, że jeden z członków konsorcjum oświadczył, że w dniu 17 marca 2014 r. E..... C....., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą E..... C..... Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Budowlane ŁAD-BUD wniósł swoje przedsiębiorstwo w formie aportu niepieniężnego do spółki CHEM-BUD Sp. z o.o.

Dokumenty dołączone do oferty złożonej przez konsorcjum w składzie EKO-BUD Sp. z o.o. - Lider, ul. Torowa 1, 33-100 Tarnów oraz CHEM-BUD - Członek konsorcjum, ul. Torowa 1, 33-100 Tarnów (w tym oświadczenia prezesa CHEM-BUD Sp. o.o.) w ocenie zamawiającego nie są wystarczające do stwierdzenia, że Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Budowlane ŁAD-BUD C..... E..... ul. Torowa 1, 33-100 Tarnów zostało faktycznie wniesione aportem do spółki CHEM-BUD Sp. z o.o. nr KRS 0000455690. W dołączonym odpisie KRS ww. spółki brak informacji o wniesieniu aportu, a jedynym wspólnikiem posiadającym całość udziałów spółki jest E..... C..... Jednocześnie zgodnie z CEIDG E..... C..... Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Budowlane ŁAD-BUD widnieje nadal jako aktywny przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą.

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), dalej zwanej „ustawą Pzp” wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Powyższe oznacza, iż wykonawca celem udowodnienia zamawiającemu dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji danego

zamówienia, o ile korzysta z wiedzy i doświadczenia podmiotów trzecich, zobowiązany jest do przedłożenia np. stosownego oświadczenia tego podmiotu trzeciego w szczególności w formie pisemnego zobowiązania. Brak wśród dokumentów dołączonych do oferty zobowiązania podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie lub innego dokumentu, z którego zgodnie z art. 26 ust 2b ustawy wynikałoby uprawnienie wykonawcy do powoływania się na wiedzę i doświadczenie Przedsiębiorstwa Inżynieryjno - Budowlanego ŁAD-BUD C..... E..... ul. Torowa 1, 33-100 Tarnów, tak jak jest to w przypadku F.H.U Elwo - Light P..... W..... - innego podmiotu udostępniającego wykonawcy swoje zasoby. W związku z powyższym zamawiający stwierdził, że wykonawca nie udowodnił, że będzie dysponował zasobami przedsiębiorstwa pn. E..... C..... Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Budowlane ŁAD-BUD niezbędnymi do realizacji zamówienia w ww. zakresie, jak wymaga tego powołany wyżej przepis. Biorąc pod uwagę powyższe na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy wykonawca został wezwany do uzupełnienia dokumentów lub ich kopii potwierdzonych za zgodność z oryginałem potwierdzających fakty, na które wykonawca powołuje się przy wykazywaniu spełniania warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia np. zawartej stosownej umowy potwierdzającej szczegółowo dokonanie aportu, zgłoszenia do KRS lub oryginału innego dokumentu, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ww. ustawy. W przypadku, gdy dowodem dysponowania zasobami podmiotów trzecich wybranym przez wykonawcę, jest zobowiązanie podmiotu trzeciego, musi ono przybrać formę pisemną i nie jest dopuszczalna inna forma, w tym kopia dokumentu potwierdzona za zgodność z oryginałem. Potwierdzeniem tej interpretacji językowej jest interpretacja funkcjonalna przepisów ustawy Pzp. Nie może bowiem zamawiający udzielić zamówienia publicznego wykonawcy, który sam nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, ani też nie uwiarygodni, w sposób dostateczny, że podmioty, na których polega: prawnie skutecznie zobowiązały się oddać wykonawcy zasoby niezbędne do realizacji zamówienia. Stanowisko takie znajduje też potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczą, zgodnie z którym zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów, złożone w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, nie spełniają wymogu formy pisemnej, określonej w przepisie art. 26 ust 2b ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe na podstawie art. 26 ust 3 ww. ustawy zamawiający zobligowany był wezwać wykonawcę do uzupełnienia ww. brakujących dokumentów.”

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, pismem z dnia 23.04.2014 r. odwołujący podał, jak niżej.

Ad. 3. Wyjaśniamy, że Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane „ŁAD-BUD” C..... E..... (przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 55¹ i 55² Kodeksu cywilnego) z dniem 17

marca 2014 r. zostało wniesione do spółki „CHEM-BUD” Sp. z o.o. w formie aportu niepieniężnego w zamian za objęcie udziałów spółki przez właściciela przedsiębiorstwa.

Art. 55² Kodeksu cywilnego stanowi: czynność prawna mająca za przedmiot przedsiębiorstwo obejmuje wszystko, co wchodzi w skład przedsiębiorstwa, chyba że co innego wynika z treści czynności prawnej albo z przepisów szczególnych. Przedmiotem aportu było przedsiębiorstwo bez jakichkolwiek wyłączeń, zatem przedmiotem aportu była także wiedza i doświadczenie przedsiębiorstwa. Wiedza i doświadczenie są nierozdzielnie związane z przedsiębiorstwem, którego dotyczą, wchodzi w skład przedsiębiorstwa.

Dodatkowo informujemy, że spółka „CHEM-BUD” Sp. z o.o. przed aportem Przedsiębiorstwa Inżynieryjno-Budowlanego „ŁAD-BUD” C..... E..... nie posiadała własnego przedsiębiorstwa, była podmiotem gospodarczo nieaktywnym. Od momentu dokonanego aportu prowadzi działalność przedsiębiorstwo będące przedmiotem aportu.

Wskutek dokonanego aportu „CHEM-BUD” Sp. z o.o. nabyła prawo do posługiwania się jak własnymi wiedzą i doświadczeniem nabytymi przez Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane „ŁAD-BUD” C..... E....., zatem dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie może być mowy o powoływaniu się na wiedzę i doświadczenie Przedsiębiorstwa Inżynieryjno-Budowlanego „ŁAD-BUD” C..... E..... w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jako na zasób podmiotu trzeciego. Jest to zasób własny spółki „CHEM-BUD” Sp. z o.o.

Nadto informujemy, że sąd rejestrowy dotychczas nie dokonał zmiany w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, stąd „CHEM-BUD” Sp. z o.o. posługuje się dotychczasowym odpisem KRS. Fakt niewyrejestrowania działalności gospodarczej przez E..... C..... pozostaje bez wpływu na skuteczność dokonanej czynności wniesienia aportem przedsiębiorstwa do spółki.

Na potwierdzenie powyższego wykonawca załączył do pisma następujące dokumenty:

1. Poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię aktu notarialnego z dnia 17.03.2014r. zawierającego protokół ze zgromadzenia wspólników spółki CHEM-BUD Sp. z o.o., akt notarialny (Rep. A numer 1290/2014) zawierający uchwałę jedynego wspólnika spółki Przedsiębiorstwa Inżynieryjno-Budowlanego ŁAD-BUD C..... E....., w osobie E..... C....., będącego jednocześnie jedynym właścicielem przedsiębiorstwa, w sprawie zmiany umowy spółki podwyższenia kapitału zakładowego do kwoty 103 000,00 zł z kwoty 50 000,00 zł, które to udziały zostały objęte przez E..... C.....

aportem niepieniężnym Przedsiębiorstwa Inżynieryjno-Budowlanego ŁAD-BUD C.....
E.....

2. Poświadczony za zgodność z oryginałem wniosek do sądu rejestrowego - Sądu Rejonowego dla Krakowa-Sródmieścia w Krakowie, XII Wydział Gospodarczy o zmianę danych Spółki w Rejestrze, o wpisanie do Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego zmian w umowie spółki CHEM-BUD Sp. z o.o., opatrzony datą 24 marca 2014r.

Wartością wnoszonego do spółki CHEM-BUD Sp. z o.o. Przedsiębiorstwa Inżynieryjno-Budowlanego ŁAD-BUD C..... E..... jest różnica pomiędzy oznaczoną wartością aktywów 5 368 785, zł 71 gr a zobowiązaniami tego przedsiębiorstwa wynoszącymi 5 315 78 zł 71 gr.

W skład pasywów wchodzi:

- 1) zobowiązania wobec kontrahentów,
- 2) zobowiązania długoterminowe,
- 3) rozrachunki z właścicielem.

W skład aktywów wchodzi:

- 1) nieruchomości o wartości 2 497 856 zł 80 gr,
- 2) komputery,
- 3) maszyny i sprzęt specjalistyczny,
- 4) zapasy – roboty w toku,
- 5) zapasy materiałów,
- 6) grunty o wartości 34 tys.,
- 7) należności krótkoterminowe,
- 8) należności za usługi,
- 9) inwestycje krótkoterminowe (środki w kasie),
- 10) wyposażenie.

Odwołujący nie przedłożył dowodów potwierdzających przeniesienie własności nieruchomości i gruntów, o których mowa w akcie notarialnym repertorium A numer 1290/2014 z 17 marca 2014 r. - w wymaganej formie z ujawnieniem tego w księgach wieczystych.

W powiadomieniu o wynikach przetargu z dnia 29 kwietnia 2014 r. zamawiający podał, co następuje.

„Na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 1 - 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907) zawiadamiam, że w

postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę budynku Hali Targowej w Lubartowie prowadzonym przez Burmistrza Miasta Lubartów w trybie przetargu nieograniczonego:

1) na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ww. ustawy wykluczono wykonawcę, który złożył ofertę nr 5 tj. Konsorcjum w składzie: EKO-BUD Sp. z o.o. - Lider ul. Torowa 1, 33-100 Tarnów oraz CHEM-BUD Sp. z o.o. ul. Torowa 1, 33-100 Tarnów, uznając na podstawie art. 24 ust. 4 złożoną przez niego ofertę za odrzuconą,

Ad. 1. W pkt 5.1.1.1. siwz zamawiający wymagał, aby w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawca wykazał zrealizowanie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej:

5.1.1.1.1. jednej roboty budowlanej wykonanej w ramach jednej inwestycji o wartości co najmniej 3 000 000 PLN brutto obejmującej budowę, przebudowę lub remont budynku lub budynków użyteczności publicznej w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2010r., Nr 243, poz.1623 z późn. zm.);

5.1.1.1.2. jednej roboty budowlanej polegającej na wykonaniu posadzek z jastyrychu polerowanego lub posadzek betonowych przemysłowych na powierzchni nie mniejszej niż 400 m²,

5.1.1.1.3. jednej roboty budowlanej obejmującej wykonanie niezbędnych robót, w tym wyposażenie oraz uruchomienie systemu lub systemów audiowizualnego lub multimedialnego sali widowiskowej, widowiskowo-kinowej lub kinowej o wartości nie mniejszej niż 300 000 brutto PLN,

Każda wykazana robota może jednocześnie potwierdzać spełnianie kilku z powyższych warunków. (...)

Po zbadaniu oferty nr 5 zamawiający stwierdził, że w celu wykazania spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu wykonawca powołał się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego w ten sposób, że jeden z członków konsorcjum oświadczył, że w dniu 17 marca 2014 r. E..... C....., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą E..... C..... Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Budowlane ŁAD-BUD wniósł swoje przedsiębiorstwo w formie aportu niepieniężnego do spółki CHEM-BUD Sp. z o.o. Z uwagi na fakt, że dokumenty dołączone do oferty złożonej przez konsorcjum w składzie EKO-BUD Sp. z o.o. - Lider, ul. Torowa 1, 33-100 Tarnów oraz CHEM-BUD - Członek konsorcjum, ul. Torowa 1, 33-100 Tarnów (w tym oświadczenia prezesa CHEM-BUD Sp.

o.o.) - w ocenie zamawiającego nie były wystarczające do stwierdzenia, że Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Budowlane ŁAD-BUD C..... E..... ul. Torowa 1, 33-100 Tarnów zostało skutecznie wniesione aportem do spółki CHEM-BUD Sp. z o.o. nr KRS 0000455690 (w dołączonym odpisie KRS ww. spółki brak informacji o wniesieniu aportu) na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwał wykonawcę m.in. do uzupełnienia dokumentów lub ich kopii potwierdzonych za zgodność z oryginałem potwierdzających fakty, na które wykonawca powołuje się przy wykazywaniu spełniania warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia.

W wyznaczonym terminie wezwany wykonawca złożył wyjaśnienia i uzupełnił dokumenty, z których wynika, że przedmiotowy aport niepieniężny Przedsiębiorstwa Inżynieryjno-Budowlanego ŁAD-BUD C..... E..... do spółki CHEM-BUD nastąpił w drodze uchwały Zgromadzenia Wspólników CHEM-BUD Sp. z o.o. poprzez zmianę umowy spółki w formie aktu notarialnego Repertorium A nr 1290/2014. Dodatkowo wykonawca dołączył wypełniony i podpisany w dniu 24.03.2014 r. wniosek do sądu rejestrowego o zmianę danych podmiotu w rejestrze przedsiębiorców - niezawierający jakiegokolwiek potwierdzenia złożenia go w sądzie oraz bez załączników o jakich mowa we wniosku. Ponadto w wyjaśnieniach wykonawca oświadczył, że sąd rejestrowy dotychczas nie dokonał zmiany w rejestrze przedsiębiorców KRS, stąd CHEM-BUD Sp. z o.o. posługuje się dotychczasowym odpisem z KRS.

Po analizie uzupełnionych dokumentów oraz wyjaśnień wykonawcy, a także uwzględniając obowiązujące w tym zakresie przepisy zamawiający stwierdził, że wykonawca nie udowodnił, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, a w szczególności, że ma prawo powoływania się na wiedzę i doświadczenie Przedsiębiorstwa Inżynieryjno - Budowlanego ŁAD-BUD C..... E....., ul. Torowa 1, 33-100 Tarnów. Zamawiający nie kwestionuje przy tym, że wykonawca ma prawo powoływania się na wiedzę i doświadczenie przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55¹ i 55² KC wniesionego w formie aportu do spółki, jednakże pod warunkiem, że jest to wniesienie skuteczne tj. dokonane w sposób ważny i wywołujący skutek prawny wobec wszystkich. Tymczasem, jak już wspomniano powyżej, wniesienia aportu do zarejestrowanej już w KRS spółki CHEM-BUD dokonano uchwałą wspólników poprzez zmianę umowy spółki w formie aktu notarialnego. Zgodnie z art. 255 § 1 kodeksu spółek handlowych zmiana umowy spółki wymaga uchwały wspólników i wpisu do rejestru. Zatem „Zmiana umowy spółki jest skuteczna z chwilą wpisu do rejestru. Wpis ten ma charakter konstytutywny.(...) Wyraźne określenie w art. 255 § 1 k.s.h. momentu skuteczności wpisu dotyczy jednak tak osób trzecich, jak i wspólników.(...) We wszystkich przypadkach zmiany umowy spółki do ich skuteczności niezbędny jest wpis do KRS. Oznacza to, że do tego czasu nie jest możliwe

w stosunkach wewnętrznych podejmowanie działań w oparciu o spełnienie warunku (na przykład zawieszającego) wpisu czy też fikcję dokonania wpisu. Co więcej, uzależnienie skutku zmiany umowy spółki od innych okoliczności niż wpis do KRS jest sprzeczne z prawem. Nie można więc przyjąć, że na przykład uchwała wchodzi w życie z dniem jej podjęcia czy upływem siedmiu dni, itd. Decydujący jest tu wpis do KRS, a nie żadne inne regulacje." (A. Kidyba, Komentarz aktualizowany do art. 255 Kodeksu spółek handlowych, LEX/el., 2014). Biorąc pod uwagę powyższe zamawiający nie mógł uznać, że wspomniany aport jest skuteczny i uprawnia CHEM-BUD Sp. z o.o. do powoływania się na wiedzę i doświadczenie Przedsiębiorstwa Inżynieryjno - Budowlanego ŁAD-BUD C..... E....., ul. Torowa 1, 33-100 Tarnów. Tym samym zamawiający zobligowany był uznać, że wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia i wykluczyć wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, uznając zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych złożoną przez niego ofertę za odrzuconą. E..... C..... Przedsiębiorstwa Inżynieryjno - Budowlanego ŁAD-BUD C..... E....., ul. Torowa 1, 33-100 Tarnów figuruje w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej.

Do odwołania odwołujący załączył dalsze dowody:

1. Dowód nadania listu poleconego do Sądu Rejonowego dla Krakowa-Śródmieścia w Krakowie, XII Wydział Gospodarczy przez CHEM-BUD Sp. z o.o. z dnia 24 marca 2014 r.
2. Wydruk ze strony internetowej Poczty Polskiej zawierający potwierdzenie o doręczeniu listu poleconego do sądu, co stanowi dowód odebrania tej przesyłki przez adresata.
3. Oświadczenie zarządu Spółki CHEM-BUD Sp. z o.o z dnia 17 marca 2014 r. o wniesieniu aportu o treści „OŚWIADCZENIE o wniesieniu wkładów w Spółce „CHEM-BUD” Sp. z o.o. wpisanej do Rejestru Przedsiębiorców pod numerem KRS 0000455690, prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla Krakowa-Śródmieścia w Krakowie, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego. Niniejszym oświadczam, że aport - wkład niepieniężny o wartości 53 000,00 zł (słownie: pięćdziesiąt trzy tysiące złotych) na pokrycie podwyższonego kapitału zakładowego „CHEM-BUD” Sp. z o.o., został w dniu 17 marca 2014 r. przez jedynego wspólnika E..... C..... w całości wniesiony. Wyżej wymieniony wkład stanowi Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane „ŁAD-BUD” C..... E....., przedsiębiorstwo w znaczeniu art. 55¹ i art. 55² Kodeksu cywilnego, o wartości pomniejszonej o wartość wyszczególnionych w umowie Spółki długów E..... C..... związanych z działalnością Przedsiębiorstwa Inżynieryjno-Budowlanego „ŁAD-BUD” C..... E..... przejętych przez „CHEM-BUD” Sp. z o.o. do spłaty. Zarząd „CHEM-BUD” Sp. z o.o.”

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący, wykazał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 180 ust. 2 pkt 4 tej ustawy, skoro jego oferta, jako zawierająca korzystniejszą cenę niż wykonawcy wybranego - została uznana za odrzuconą, skutkiem wykluczenia odwołującego z postępowania. Był zatem uprawniony aby skarżyć - jak dowodził niezgodne z ustawą Pzp czynności i zaniechania zamawiającego wobec oceny jego oferty - które godziły w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia i mogły narażać odwołującego na poniesienie szkody.

Przechodząc do rozstrzygnięcia zarzutów odwołania, należało uwzględnić, że zamawiający badając ofertę odwołującego posiadał informację w postaci oświadczenia z dnia 14.04.2014 r. o treści.

„W dniu 17 marca 2014 r. E..... C....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane ŁAD-BUD C..... E....., wniósł w formie aportu niepieniężnego do spółki „CHEM-BUD” Sp. z o.o., wpisanej do prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla Krakowa-Śródmieścia w Krakowie XII Wydział Gospodarczy Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000455690, Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane ŁAD-BUD C..... E....., przedsiębiorstwo w rozumieniu art.55¹ i art. 55²Kodeksu cywilnego.

Na mocy art.55¹ i art. 55²Kodeksu cywilnego „CHEM-BUD” Sp. z o.o. przejęła wynikające z prowadzonej działalności gospodarczej pod firmą Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane ŁAD-BUD C..... E..... prawa i wierzytelności E..... C....., w tym wynikające z umów zawartych przez E..... C..... w ramach tejże działalności, a także zasoby ludzkie zgodnie z art. 23¹ Kodeksu pracy.

Na mocy art. 54⁴Kodeksu cywilnego oraz oświadczenia spółki „CHEM-BUD” Sp. z o.o. o przejęciu zobowiązań E..... C..... powstałych w ramach prowadzonej przez niego działalności gospodarczej pod firmą Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane ŁAD-BUD C..... E..... za zobowiązania te odpowiadają solidarnie E..... C..... i „CHEM-BUD”.

Ponadto, z zestawienia wykazu wykonanych robót, oraz przedłożonych referencji, gdzie dwie z tych robót zostały zrealizowane przez Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane ŁAD-BUD C..... E....., jasno wynikało, że odwołujące się konsorcjum posłużyło się tymi dokumentami w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Jednocześnie zamawiający mając do dyspozycji odpis z KRS partnera konsorcjum - CHEM-BUD Sp. z o.o. z dnia 2.04.2014 r., nie był zdolny od razu stwierdzić, iż na wyznaczony dzień, w którym upływał termin składania ofert 14.04.2014 r., odwołujący nie uzyskał zarejestrowania zmian umowy spółki przeprowadzonych aktem notarialnym z dnia 17 marca 2014 r. Zasadnie więc wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie.

Izba podzieliła poglądy zamawiającego, że wykonawca ma prawo powoływania się na wiedzę i doświadczenie przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55¹ i 55² K.c. wniesionego w formie aportu do spółki prawa handlowego, jednakże pod warunkiem, że jest to wniesienie skuteczne tj. dokonane w sposób ważny i wywołujący skutek prawny wobec wszystkich.

Tymczasem, wniesienia aportu na pokrycie podwyższonego kapitału zakładowego zarejestrowanej już w KRS spółki CHEM-BUD dokonano uchwałą wspólników poprzez zmianę umowy spółki w formie aktu notarialnego. Zgodnie z art. 255 § 1 Kodeksu spółek handlowych zmiana umowy spółki wymaga uchwały wspólników i wpisu do rejestru. Zatem zmiana umowy spółki jest skuteczna z chwilą wpisu do rejestru. Wpis ten ma charakter konstytutywny. Wyraźne określenie w art. 255 § 1 Ksh momentu skuteczności wpisu - dotyczy tak osób trzecich, jak i wspólników, gdyż we wszystkich przypadkach zmiany umowy spółki do ich skuteczności niezbędnym jest wpis do KRS. Oznacza to, że do tego czasu nie jest możliwe w stosunkach wewnętrznych podejmowanie działań w oparciu o spełnienie warunku (na przykład zawieszającego) wpisu czy też fikcję dokonania wpisu. Uzależnienie skutku zmiany umowy spółki od innych okoliczności niż wpis do KRS jest sprzeczne z prawem. Nie można, więc przyjąć, że na przykład uchwała wchodzi w życie z dniem jej podjęcia czy z upływem siedmiu dni, itd. Decydujący jest tu wpis do KRS, a nie żadne inne regulacje (tak podaje: A. Kidyba, Komentarz aktualizowany do art. 255 Kodeksu spółek handlowych, LEX/el., 2014).

Jednocześnie nie można też było pominąć regulacji Kodeksu spółek handlowych dotyczących podwyższania kapitału zakładowego, zawartych w art. 262 § 4 Ksh, który mówi, że podwyższenie kapitału zakładowego następuje z chwilą wpisu do rejestru, chodzi tu o skuteczność podwyższenia kapitału w stosunku zewnętrznym, który jest decydujący dla oceny sytuacji faktycznej zaistniałej w danej sprawie, (komentarz do art. 262 Ksh: Sołtyśiński, Szalkowski, Szumański, Szwaja wyd. 2 CH Beck.

Jeżeli podwyższenie kapitału zakładowego następuje nie na mocy dotychczasowych postanowień umowy spółki przewidujących maksymalną wysokość podwyższenia kapitału zakładowego, może ono nastąpić jedynie przez zmianę umowy spółki, jak stanowi art. 257 § 1 Ksh. Zmiana umowy spółki wymaga uchwały wspólników i wpisu do rejestru.

Z wymienienia składników majątkowych wchodzących w skład aportu (art. 158 § 1 Ksh.) wynika, że składniki te stanowią także nieruchomości/grunty. Trudno więc zakładać, że przedłożony przez odwołującego protokół notarialny ze zmianą umowy spółki, przenosi własność nieruchomości wchodzących w skład przedsiębiorstwa (wycenionych, jako aport niepieniężny) z dotychczasowego właściciela p. E..... C..... na spółkę CHEM-BUD Sp. z o.o., skoro odnosi się ogólnie do „nieruchomości” bez ich szczegółowego oznaczenia, mogącego stanowić podstawę wpisów do ksiąg wieczystych. Ponadto w skład Przedsiębiorstwa Inżynieryjno-Budowlanego ŁAD-BUD wchodzi także długi p. E..... C....., na przejęcie których z reguły jest wymagana zgoda wierzycieli.

Jak podaje komentarz do art. 262 § 2 pkt 2 Ksh pod redakcją: Sołtysiński, Szajkowski, Szumański, Szwaja wyd. 2 CH Beck, str. 791 *„Obecnie konieczne jest również, i to przed złożeniem omawianego tu oświadczenia, a nie jedynie przed zgłoszeniem do rejestracji podwyższenia kapitału zakładowego, zawarcie drugiej umowy o skutku rozporządzającym.”*

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że złożone przez p. E..... C..... oświadczenie w związku ze zmianą umowy spółki z dnia 17 marca 2014 r. ma charakter rozporządzający - w związku z treścią tego oświadczenia, że przenosi on na spółkę CHEM- BUD oznaczone składniki majątkowe i zobowiązania składające się na Przedsiębiorstwo ŁAD-BUD. Przynajmniej w odniesieniu do nieruchomości oświadczenie to nie mogło wywierać skutku rozporządzającego, gdyż nie zostały one opisane w taki sposób, aby przedłożony akt notarialny mógł służyć za podstawę do złożenia wniosku o wpis spółki CHEM-BUD Sp. z o.o., jako nabywcy do ksiąg wieczystych.

Omawiane oświadczenie mogło, co najwyżej wywierać skutek zobowiązujący, stanowiący dla podmiotu uprawnionego podstawę dla żądania wypełnienia podjętych zobowiązań przez p. E..... C..... .

W takiej sytuacji, zapewnienie ze strony zarządu CHEM-BUD Sp. z o.o., że wkłady na podwyższony kapitał zakładowy zostały w całości wniesione – nie znajdowało potwierdzenia. Na moment upływu terminu składania ofert, nie mogło nastąpić skuteczne objęcie udziałów w podwyższonym kapitale zakładowym w zamian za aport, który nie został jeszcze wniesiony w całości.

Biorąc pod uwagę powyższe, zamawiający nie mógł uznać, że wspomniany aport jest skuteczny i uprawnia CHEM-BUD Sp. z o.o. do powoływania się na wiedzę i doświadczenie Przedsiębiorstwa Inżynieryjno - Budowlanego ŁAD-BUD C..... E....., ul. Torowa 1, 33-100 Tarnów, jak na swoje własne.

Tym samym zamawiający zobligowany był uznać, że wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia i wykluczyć wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, uznając zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych złożoną przez niego ofertę za odrzuconą.

Przepisy kodeksu pracy art. 23¹, na które powoływał się odwołujący, zawierają regulacje szczególne w odniesieniu do stosunków pracowniczych i nie mają żadnego zastosowania do podwyższania i obejmowania kapitału zakładowego w spółce kapitałowej.

Odwołujący trafnie wywodził, iż na czas rejestrowania stosownych zmian umowy spółki nie powinien być pozbawiony możliwości posługiwania się potencjałem w postaci nabytej wiedzy i doświadczenia p. E..... C..... Jednakże powinno to nastąpić w sposób prawem przewidziany.

Nie można było również pominąć, iż zamawiający wyraźnie w wystosowanym wezwaniu podał, że wymaga dokumentów potwierdzających fakty, na które wykonawca powołuje się przy wykazywaniu spełniania warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia np. zawartej stosownej umowy potwierdzającej szczegółowo dokonanie aportu, zgłoszenia do KRS lub oryginału innego dokumentu, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Zamawiający dał, zatem odwołującemu wybór, albo wykazania przejścia Przedsiębiorstwa Inżynieryjno - Budowlanego ŁAD-BUD E..... C..... na CHEM-BUD Sp. z o.o., zgodnie z wszystkimi uwarunkowaniami prawnymi ustanowionymi w Kodeksie spółek handlowych, lub też złożenia zobowiązania w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp przez p. E..... C..... o udostępnieniu zasobu wiedzy i doświadczenia, które nabył prowadząc firmę Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Budowlane ŁAD-BUD.

W szczególności zamawiający wskazywał, iż w dołączonym odpisie KRS ww. spółki brak informacji o wniesieniu aportu, a jedynym wspólnikiem posiadającym całość udziałów spółki jest E..... C..... Jednocześnie zgodnie z CEIDG E..... C..... Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Budowlane ŁAD-BUD widnieje nadal, jako aktywny przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą.

Zamawiający w treści wezwania przytoczył art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności

przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Powyższe zawierało, zdaniem Izby wyraźną wskazówkę, że odwołujący, jako wykonawca celem udowodnienia zamawiającemu dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji danego zamówienia, o ile korzysta z wiedzy i doświadczenia podmiotów trzecich, zobowiązany jest do przedłożenia np. stosownego oświadczenia tego podmiotu trzeciego w szczególności w formie pisemnego zobowiązania. Brak jednak wśród dokumentów dołączonych do oferty zobowiązania podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie lub innego dokumentu, z którego zgodnie z art. 26 ust 2b ustawy Pzp wynikałoby uprawnienie wykonawcy do powoływania się na wiedzę i doświadczenie Przedsiębiorstwa Inżynieryjno - Budowlanego ŁAD-BUD C..... E..... ul. Torowa 1, 33-100 Tarnów, tak jak uczyniono to w przypadku F.H.U Elwo - Light P..... W..... - innego podmiotu udostępniającego (konsorcjum) swoje zasoby.

Zobowiązanie takie byłoby skuteczne na moment złożenia oferty, nawet gdyby w toku realizacji zamówienia, przewidzianej do końca listopada 2014 r. nastąpiło sfinalizowanie spraw związanych z wniesionym aportem do spółki CHEM-BUD.

W związku z powyższym zamawiający miał podstawy, aby stwierdzić, że odwołujący nie udowodnił, iż będzie dysponował zasobami przedsiębiorstwa pn. E..... C..... Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Budowlane ŁAD-BUD niezbędnymi do realizacji zamówienia w ww. zakresie, jak wymaga tego powołany wyżej przepis. Zasadnie więc odwołujący został wezwany na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów, w zakresie wykazanej wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący był uprawniony aby skorzystać z potencjału firmy Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Budowlane ŁAD-BUD E..... C....., dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, mimo że została uprzednio podjęta uchwała w sprawie wniesienia tego przedsiębiorstwa aportem do CHEM-BUD Sp. z o.o., gdyż stosowne zmiany w KRS nie zostały jeszcze dokonane na moment złożenia oferty. Wezwanie było jednoznaczne, zrozumiałe i znajdowało oparcie w przepisach prawa.

Odwołujący natomiast w udzielonej odpowiedzi trwał przy swoim poglądzie, iż świadomie nie skorzysta z możliwości jaką daje art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, gdyż nie uwzględniając wszystkich istniejących uwarunkowań prawnych stwierdził, że wskutek dokonanego aportu CHEM-BUD Sp. z o.o. nabyła prawo do posługiwania się jak własnymi wiedzą i doświadczeniem nabytymi przez Przedsiębiorstwo inżynieryjno-Budowlane ŁAD-BUD C..... E....., zatem dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie może być mowy o powoływaniu się na wiedzę i doświadczenie

Przedsiębiorstwa Inżynieryjno-Budowlanego ŁAD-BUD C..... E..... w trybie art. 26 ust, 2b ustawy Pzp -jako na zasób podmiotu trzeciego. Jest to zasób własny spółki CHEM-BUD Sp. z o.o., a fakt niewyrejestrowania działalności gospodarczej przez E..... C..... poczytał odwołujący, jako pozostający bez wpływu na skuteczność dokonanej czynności wniesienia aportem przedsiębiorstwa do spółki.

Ponowne wzywanie wykonawcy do uzupełniania tych samych dokumentów nie znajduje uzasadnienia w treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zaistniała sytuacja jest również na tyle klarowna, że nie wymaga składania dodatkowych wyjaśnień przez odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Postępowanie dowodowe nie potwierdziło zasadności zarzutów odwołania, że zamawiający naruszył wskazane przepisy ustawy Pzp, poprzez:

1. zaniechanie wezwania odwołującego, w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia,
2. bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, wskazując jako powód niespełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia w sytuacji, gdy odwołujący wymaganą wiedzę i doświadczenie posiada,
2. bezpodstawne uznania na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oferty odwołującego za odrzuconą.

Skarżone czynności zamawiającego znajdowały uzasadnienie w stanie faktycznym sprawy oraz normatywne wsparcie w treści przepisów przywołanych na uzasadnienie prawne podjętych czynności względem oferty odwołującego.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołanie zostało oddalone, zatem kosztami należało obciążyć odwołującego.

Izba zaliczyła na poczet kosztów postępowania kwotę uiszczanego wpisu na podstawie § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....