

Sygn. akt: KIO 1483/12

WYROK

z dnia 27 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Luiza Łamejko**
Magdalena Grabarczyk
Piotr Kozłowski

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lipca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lipca 2012 r. przez wykonawcę **ELWO Spółka Akcyjna, ul. Bielska 44, 43-200 Pszczyna** w postępowaniu prowadzonym przez **Tauron Wytwarzanie Spółka Akcyjna, ul. Lwowska 23, 40-389 Katowice**

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **ELWO Spółka Akcyjna ul. Bielska 44, 43-200 Pszczyna** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **ELWO Spółka Akcyjna ul. Bielska 44, 43-200 Pszczyna** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Tauron Wytwarzanie Spółka Akcyjna (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na modernizację i remont kapitalny elektrofiltrów bloków nr 10 i 11 w Tauron Wytwarzanie Spółka Akcyjna – Oddział Elektrownia Łaziska w Łaziskach Górnych.

W postępowaniu tym ELWO S.A. z siedzibą w Pszczynie (dalej: „odwołujący”) wniosła w dniu 13 lipca 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego z dnia 5 lipca 2012 r. polegającej na wykluczeniu ELWO S.A. z postępowania oraz unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy – Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”) w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp przez ich nieprawidłowe zastosowanie, polegające na uznaniu przez zamawiającego, iż ELWO S.A. nie wykazała spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czego skutkiem było wykluczenie ELWO S.A. z postępowania i tym samym odrzucenie oferty ELWO S.A., podczas gdy ELWO S.A. spełniała warunki udziału w postępowaniu i przedstawiła stosowne dokumenty dla potwierdzenia takiego stanu rzeczy. Zamawiający uznał bezzasadnie, zdaniem odwołującego, że przedstawione przez ELWO S.A. referencje nie dotyczą odwołującego, a tym samym odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, podczas gdy przedstawione przez odwołującego dokumenty potwierdzały prawo do posługiwania się odpowiednimi referencjami (potwierdzały posiadanie stosownego doświadczenia oraz wiedzy),
2. art. 89 ust. 1 pkt 2) i 5) ustawy Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie, jeśli bowiem zamawiający prawidłowo zastosowałby normy, które przywołano w pkt 1, a w rezultacie uznał, iż ELWO S.A. wykazała, iż dysponuje zarówno wiedzą, jak i doświadczeniem niezbędnym do udziału w postępowaniu, to wówczas nie byłoby jakichkolwiek przesłanek dla odrzucenia oferty złożonej przez ELWO S.A., gdyż nie istniały przesłanki dla wykluczenia tego podmiotu z postępowania,
3. art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 93 ust. 3 ustawy Pzp przez jego nieprawidłowe zastosowanie, będące następstwem wykluczenia odwołującego

z postępowania i odrzucenia jego oferty, polegające na uznaniu przez zamawiającego, że ceny ofert, które nie podlegały odrzuceniu przewyższają kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a tym samym unieważnienie postępowania, podczas gdy oferta odwołującego, która nie powinna podlegać odrzuceniu, nie przekraczała powyższej kwoty - tym samym, gdyby zamawiający nie odrzucił przedmiotowej oferty wykluczając ELWO S.A., wówczas nie byłoby przesłanek dla unieważnienia przeprowadzonego postępowania przetargowego.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 5 lipca 2012 r. polegającej na wykluczeniu ELWO S.A. z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, skutkującej odrzuceniem oferty złożonej przez odwołującego w ww. postępowaniu,
3. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 5 lipca 2012 r. polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
4. nakazanie zamawiającemu dokonania powtórnej oceny ofert, złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty złożonej w tym postępowaniu przez ELWO S.A.,
5. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego się kosztów niniejszego postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania odnosząc się do zasadności decyzji zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu oraz odrzuceniu złożonej przez odwołującego oferty odwołujący wskazał, że obecnie posługuje się firmą ELWO S.A., wcześniej zaś posługiwał się firmą ELWO-BUFIL S.A. Stwierdził, że w wyniku szeregu czynności ELWO S.A. nabyła przedsiębiorstwo Fabryki Elektrofiltrów ELWO S.A., a tym samym prawo do korzystania z referencji wystawionych na jej rzecz.

Odwołujący zauważył, że wykazał zamawiającemu w toku postępowania, że dnia 2 czerwca 2012 r. ELWO-BUFIL S.A. zakupiła od Syndyka Masy Upadłości Fabryki Elektrofiltrów ELWO S.A. dokumentację techniczną, w tym referencję i *know-how*, należące do Fabryki Elektrofiltrów ELWO S.A. w upadłości likwidacyjnej. Tym samym, ELWO-BUFIL S.A. stała się właścicielem dokumentacji technicznej, *know-how*, myśli technicznej i doświadczenia Fabryki Elektrofiltrów ELWO S.A.

Odwołujący stwierdził, że złożona zamawiającemu dokumentacja w postaci:

- umowy sprzedaży praw do dokumentacji technicznej zawartą w Pszczynie pomiędzy

Fabryką Elektrofiltrów ELWO S.A. w upadłości likwidacyjnej z dnia 2 czerwca 2011 r.,

- oświadczenie syndyka masy upadłości Fabryki Elektrofiltrów ELWO S.A. w przedmiocie zakupu majątku trwałego, linii technologicznych, praw do dokumentacji technicznej oraz znaku towarowego Fabryki Elektrofiltrów ELWO S.A.,

- postanowienie Sądu Rejonowego Katowice-Wschód w Katowicach, Wydziału X Gospodarczego z dnia 9 grudnia 2011 r., sygn. akt X GUp 4/09/1,

jednoznacznie świadczy o tym, iż ELWO S.A. uprawniona jest do korzystania z referencji, które zostały wystawione na rzecz Fabryki Elektrofiltrów ELWO S.A., w związku z czynnościami dokonanymi z syndykiem tego podmiotu, w ramach postępowania upadłościowego. Odwołujący zaznaczył, że przedstawione zamawiającemu dokumenty świadczą o tym, że ELWO S.A. nabyła nie tylko wiedzę, *know-how*, dokumentację i referencje Fabryki Elektrofiltrów ELWO S.A., ale i przedsiębiorstwo tego podmiotu.

Odwołujący podniósł, iż nie ma wątpliwości, że nabywca przedsiębiorstwa jest uprawniony do posługiwania się referencjami wystawionymi na zbywającego przedsiębiorstwo. Wskazał, że powszechnie przyjmuje się dopuszczalność posługiwania się przez spółkę przejmującą lub nowo zawiązaną referencjami wystawionymi na spółkę przejmowaną lub spółki łączące się. W konsekwencji, jak wskazał odwołujący, na zasadzie analogii, należy opowiedzieć się za możliwością posługiwania się referencjami przynależnymi przedsiębiorstwu przez podmiot, na który to przedsiębiorstwo zostało przeniesione.

Odwołujący wywiódł, iż z uwagi na przyjęcie w art. 55¹ kc otwartego katalogu elementów wchodzących w skład przedsiębiorstwa, niewątpliwie za takowy można uznać wiedzę i doświadczenie. Do składników przedsiębiorstwa należy też, zdaniem odwołującego, suma doświadczeń zawodowych, posiadanych zdobyczy myśli technicznej i organizacyjnej, a także renoma przedsiębiorstwa, czyli kategoria praktycznie tożsama z referencjami oraz związane z nimi doświadczenie w realizacji podobnych zamówień.

Odwołujący podkreślił, że posługiwanie się przez odwołującego oznaczeniem „ELWO” prowadzi do jednoznacznego wniosku, że posiada on pewną renomę, która należała uprzednio do Fabryki Elektrofiltrów ELWO S.A. Jak zaznaczył odwołujący, renoma stanowi element niematerialny stanowiący element przedsiębiorstwa. Z tego odwołujący wywiódł, że w połączeniu z pozostałymi składnikami, wskazanymi w wyjaśnieniach przedłożonych zamawiającemu, wykonawca nabył co najmniej zorganizowaną część przedsiębiorstwa, w której skład wchodzi referencje, które zostały zakwestionowane przez zamawiającego.

Odwołujący stwierdził, że w celu wykazania powyższego stanu rzeczy przedstawił

zamawiającemu odpowiednie dokumenty wskazujące na nabycie określonego przedsiębiorstwa, z którego działalnością związane jest doświadczenie. Wskazał, że przedmiotem umowy sprzedaży praw do dokumentacji technicznej był ogół praw majątkowych do dokumentacji technicznej obejmującej dokumentację projektowo-techniczną urządzeń projektowanych i produkowanych przez Fabrykę Elektrofiltrów ELWO S.A., szczegółowo wskazaną w załączniku nr 1 do umowy. W skład przedmiotu wskazanej umowy wchodziły przy tym referencje zrealizowanych obiektów (załącznik nr 3 do umowy). Z oświadczenia syndyka wynikało natomiast, jak zauważył odwołujący, że ELWO-BUFIL S.A. zakupiła majątek trwały (grunty, budynki) wraz z linią technologiczną do produkcji konstrukcji stalowych (instalacji odpylających oraz instalacji do transportu pyłów) zlikwidowanej spółki - Fabryki Elektrofiltrów ELWO S.A. Odwołujący zwrócił uwagę, iż syndyk wskazał kategorycznie, że ELWO-BUFIL S.A. zakupiła również znak towarowy „ELWO” oraz dokumentację techniczną ELWO S.A. Syndyk stwierdził przy tym, że przedsiębiorstwo nabyło pełne prawa do myśli technicznej i doświadczenia oraz do oferowania produktów w kraju i za granicą, będących w zakresie działalności zlikwidowanego przedsiębiorstwa - Fabryki Elektrofiltrów ELWO S.A. Odwołujący wskazał też, że Sąd Rejonowy Katowice-Wschód w Katowicach, Wydział X Gospodarczy, w postanowieniu z dnia 9 grudnia 2011 r., potwierdził posiadanie określonych praw przez ELWO S.A. wskazując, że prawo do dokumentacji, z którą mogłyby się wiązać przedmiotowe referencje, zostało zbyte w dniu 2 czerwca 2011 r. na rzecz wykonawcy. Wobec powyższego, w ocenie odwołującego, zamawiający nie miał więc podstaw do twierdzenia, że ELWO S.A. nie jest uprawnione do korzystania z przedstawionych referencji, a co za tym idzie, że nie posiada odpowiedniej wiedzy i doświadczenia.

Z ostrożności procesowej, w przypadku dalszego kwestionowania przez zamawiającego posiadania wiedzy i doświadczenia wymaganego w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odwołujący odwołał się do orzecznictwa Sądu Najwyższego, w którym wskazuje się, że nabycie przedsiębiorstwa może nastąpić w wyniku zawarcia kilku następujących po sobie umów. Odwołujący stwierdził, że najprostszymi transferem prawnym przedsiębiorstwa ze zbywcy na nabywcę może odbywać się na podstawie tego samego zdarzenia prawnego (np. jednej umowy sprzedaży, zamiany, darowizny) i tylko wtedy dla skuteczności nabycia wymagane byłoby zachowanie formy pisemnej z podpisami notarialnie poświadczonymi. Jednak Sąd Najwyższy wskazał, że nie ma zasadniczych przeszkód, aby do nabycia przedsiębiorstwa doszło w wyniku kilku następujących po sobie umów, jeżeli spełnione są następujące warunki:

- w wyniku sekwencji czynności prawnych istotnie doszło do nabycia całości przedsiębiorstwa prowadzonego przez zbywcę,

- celem ciągu umów było nabycie całości przedsiębiorstwa,
- istnieje tożsamość podmiotów uczestniczących we wszystkich umowach prowadzących łącznie do nabycia przedsiębiorstwa przez nabywcę.

Odwołujący stwierdził, że dokumenty złożone przez odwołującego w postępowaniu niewątpliwie przemawiają za tym, że ELWO S.A. nabyła w wyżej wskazany sposób co najmniej zorganizowany kompleks składników materialnych i niematerialnych, w których skład wchodzi referencje (przedsiębiorstwo Fabryki Elektrofiltrów ELWO S.A.).

Odwołujący wywiódł, że niezasadne jest kwestionowanie przez zamawiającego możliwości posługiwania się przez ELWO S.A. referencjami wystawionymi na rzecz Fabryki Elektrofiltrów ELWO S.A. - skoro ELWO S.A. nabyła pełną dokumentację techniczną, zatrudniła byłych pracowników (zasób ludzki) Fabryki Elektrofiltrów ELWO S.A., zakupiła znak towarowy ELWO oraz dzierżawi prawo użytkowania wieczystego (wraz z budowlami, budynkami i urządzeniami), to elementy te stanowią pewien zorganizowany zespół majątkowy, z którym niewątpliwie nierozzerwalnie łączą się elementy niematerialne, jakimi są wiedza i doświadczenie. Zdaniem odwołującego, zamawiający nie powinien mieć wątpliwości, że przez dokonanie przywołanych powyżej czynności ELWO S.A. nabyła co najmniej zorganizowaną część przedsiębiorstwa Fabryki Elektrofiltrów ELWO S.A., a nawet można by stwierdzić, że miało miejsce przejście całego przedsiębiorstwa, choć w ramach większej liczby czynności.

Jak podkreślił odwołujący, nabycie przedsiębiorstwa ma miejsce bowiem wówczas, gdy możliwe jest kontynuowanie określonej działalności gospodarczej. W przedmiotowej sytuacji ELWO S.A. jest kontynuatorem działalności Fabryki Elektrofiltrów ELWO S.A., zwłaszcza że prowadzi swoje przedsiębiorstwo na terenie i przy wykorzystaniu urządzeń oraz technologii, które należały w przeszłości do Fabryki Elektrofiltrów ELWO S.A. Odwołujący wskazał ponadto na tożsamy przedmiot działalności gospodarczej Fabryki Elektrofiltrów ELWO S.A. i ELWO S.A.

Bezpośrednim następstwem nieprawidłowej, w ocenie odwołującego, czynności zamawiającego w postaci wykluczenia ELWO S.A. z postępowania było, jak zauważył odwołujący, niezasadne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ze względu na to, że ceny ofert, które nie podlegały odrzuceniu, przewyższają kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Odwołujący stwierdził, że zaoferowana przez niego cena była niższa niż kwota, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W takim przypadku unieważnienie postępowania na podstawie przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jest, w opinii odwołującego, niemożliwe.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 kwietnia 2012 r. pod nr 2012/S 67 – 110291.

Wartość zamówienia została oszacowana na kwotę 21 400 000,00 PLN, co stanowi równowartość 5 323 912,82 euro.

Zamawiający w pkt T specyfikacji istotnych warunków zamówienia stwierdził, iż uzna za spełniony warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia, jeżeli wykonawca „wykaże się należytych wykonaniem modernizacji lub remontu przynajmniej jednego elektrofiltra w zakresie odpowiadającym swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, zakończonego przejściem elektrofiltra do eksploatacji, dla kotłów pyłowych o przepływie spalin mokrych minimum 250.000 Nm³/h i obniżającego średnio-godzinowy poziom emisji pyłu do wartości ≤ 80 mg/Nm³ (w spalinach suchych w warunkach normalnych przy zawartości O₂ w spalinach 6%), w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, dla którego wartość zamówienia nie może być mniejsza niż 2.500.000,00 PLN (netto)”.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 26 322 000,00 PLN brutto.

W postępowaniu oferty złożyło czterech wykonawców:

- Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A.–27 724 642,80 PLN,
- Energomontaż–Południe S.A. Katowice Zakład Produkcji Montażowej–24 064 120,78 PLN,
- ELWO S.A.–23 050 200,00 PLN,
- RAFAKO S.A.–27 229 201,26 PLN.

Odwołujący w celu wykazania spełniania ww. warunku powołał się na zamówienia realizowane przez Fabrykę Elektrofiltrów ELWO S.A.

W dniu 11 czerwca 2012 r. zamawiający wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do wykazania, iż ELWO S.A. jest uprawniona do posługiwania się referencjami wystawionymi na rzecz Fabryki Elektrofiltrów ELWO S.A.

Pismem z tego samego dnia zamawiający wezwał też odwołującego do uzupełnienia wykazu wykonanych zamówień wskazując m.in., iż w przedstawionym w ofercie wykazie brak miesiąca realizacji zadań dla poszczególnych pozycji, co uniemożliwia wykazanie, że realizowane były one w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert.

W dniu 12 czerwca 2012 r. odwołujący odpowiadając na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów przekazał zamawiającemu m.in. poprawiony wykaz wykonanych zamówień, zmodyfikowany w zakresie informacji dotyczących terminu realizacji.

W tym samym dniu, w odpowiedzi na wezwanie do udzielenia wyjaśnień, odwołujący przekazał zamawiającemu pismo, w którym poinformował, iż w dniu 2 czerwca 2011 r. ELWO-BUFIL S.A. z siedzibą w Pszczynie zakupiła od Syndyka Masy Upadłości dokumentację techniczną Fabryki Elektrofiltrów ELWO S.A. w upadłości stwierdzając jednocześnie, że ELWO-BUFIL S.A. stała się właścicielem dokumentacji technicznej, myśli technicznej i doświadczenia Fabryki Elektrofiltrów ELWO S.A. Do ww. pisma odwołujący dołączył:

- umowę sprzedaży praw do dokumentacji technicznej zawartą w Pszczynie w dniu 2 czerwca 2011 r. pomiędzy Fabryką Elektrofiltrów ELWO S.A. w upadłości reprezentowaną przez pana Zbigniewa Suligę – Syndyka Masy Upadłości a ELWO-BUFIL S.A., w której w § 1 stwierdzono, iż Syndyk sprzedaje a Kupujący kupuje ogół praw majątkowych do dokumentacji technicznej obejmującej dokumentację projektowo-techniczną urządzeń projektowanych i produkowanych przez Fabrykę Elektrofiltrów ELWO S.A. szczegółowo wskazaną w załączniku nr 1 do umowy,
- notarialne poświadczenie podpisów złożonych na ww. umowie z dnia 6 czerwca 2011 r. (Repertorium A nr 4140/2011),
- protokół zdawczo-odbiorczy praw do dokumentacji technicznej i handlowej z dnia 2 czerwca 2011 r., gdzie stwierdzono, iż przedmiotem przekazania są prawa do dokumentacji technicznej i papierowej, szczegółowo określonej w załączniku nr 1 do niniejszego protokołu oraz w postaci niematerialnej na nośnikach elektronicznych. Dodatkowo, w Uwagach wskazano, iż przekazano również pozostałą część dokumentacji, ujętej w załączniku nr 2 i 3 nie objętą wyceną przez rzeczoznawcę, określoną jako bezwartościową.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności treść oferty złożonej przez odwołującego i dokumentów uzupełnionych przez odwołującego w toku badania i oceny ofert, oraz stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania. Zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu w dostateczny sposób potwierdza wykazanie się przez odwołującego interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i możliwością poniesienia w tym zakresie potencjalnej szkody, co z kolei wskazuje na wypełnienie materialnoprawnej przesłanki skutecznego wniesienia odwołania, o której to przesłance mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za niezasadne.

Rozstrzygając przedmiotową sprawę Izba zważyła, że rozpoznaniu przez Izbę mogą podlegać zarzuty dotyczące zgodności z ustawą Pzp czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu lub zaniechania czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp). W niniejszej sprawie Izba zobowiązana jest zatem rozstrzygnąć czy dokonana przez zamawiającego czynność wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu oraz dokonana w konsekwencji powyższego czynność unieważnienia postępowania są zgodne z przepisami ustawy Pzp.

Zasadnicze znaczenie dla rozpoznania postawionych przez odwołującego zarzutów mają informacje, jakimi dysponował zamawiający dokonując ww. czynności tj. przede wszystkim dokumenty złożone przez odwołującego w celu wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia. Należy bowiem wskazać, że to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania zamawiającemu spełnienia postawionych w postępowaniu warunków. Obowiązek ten aktualizuje się na etapie składania oferty, ewentualnie wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień (art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp). Na podstawie podanych w tych trybach informacji, dokumentów, Izba zobowiązana jest ocenić prawidłowość podjętej przez zamawiającego decyzji. Jakikolwiek wykazywanie spełnienia warunków na późniejszym etapie postępowania, w tym w postępowaniu odwoławczym, jest działaniem spóźnionym.

Przedmiotowy spór dotyczy wykazania przez odwołującego spełnienia postawionego przez zamawiającego warunku wiedzy i doświadczenia. Warunek ten ma na celu ustalenie faktycznej zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia. Jak stwierdził odwołujący w treści odwołania, przez posiadanie wiedzy należy rozumieć znajomość technologii czy metodologii, w jakiej wykonane ma być zamówienie, zaś doświadczenie to umiejętności nabyte w praktyce przy wykonywaniu określonych czynności.

Izba stwierdziła, że w odpowiedzi na zapytanie zamawiającego (pismo z dnia 11 czerwca 2012 r.) odwołujący wskazał jedynie, że w dniu 2 czerwca 2011 r. ELWO-BUFIL S.A. zakupiła od Syndyka Masy Upadłości dokumentację techniczną Fabryki Elektrofiltrów

ELWO S.A. w upadłości stwierdzając, że ELWO-BUFIL S.A. stała się tym samym właścicielem dokumentacji technicznej, myśli technicznej i doświadczenia Fabryki Elektrofiltrów ELWO S.A. Odwołujący nie stwierdził i nie wykazał, że zakupił przedsiębiorstwo Fabryki Elektrofiltrów ELWO S.A. czy jego zorganizowaną część, co mogłoby wskazywać na posiadanie atrybutów niezbędnych do uzyskania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący powołując się na doświadczenie Fabryki Elektrofiltrów ELWO S.A. nie wyjaśnił również zamawiającemu relacji pomiędzy tym podmiotem o odwołującym, nie złożył też dokumentu, z którego wynikałoby, że jest następcą prawnym ELWO-BUFIL S.A.

Izba zważyła, że wraz z pismem z dnia 12 czerwca 2012 r. odwołujący złożył zamawiającemu umowę sprzedaży praw do dokumentacji technicznej zawartą w dniu 2 czerwca 2011 r. pomiędzy Fabryką Elektrofiltrów ELWO S.A. reprezentowaną przez Z..... S..... – Syndyka Masy Upadłości a ELWO-BUFIL S.A. Załącznikiem do umowy był spis dokumentacji technicznej, z którego jednak w żadnej mierze nie wynikało, jaka jest faktyczna jej zawartość; z załączonego spisu można jedynie wyczytać, jaka była ilość tej dokumentacji.

W ocenie Izby, biorąc pod uwagę treść ww. dokumentów, nie sposób jest uznać referencji za dokumentację techniczną. Co więcej, Izba stwierdziła, że w ramach przedmiotowej dokumentacji technicznej odwołujący nie mógł zakupić referencji złożonych w postępowaniu, ponieważ zostały one wystawione po dacie zawarcia ww. umowy.

Zdobycia przez odwołującego wiedzy i doświadczenia nie potwierdza też pismo syndyka z dnia 1 czerwca 2011 r. Pismo to nie może stanowić jedyne dowodu na potwierdzenie nabycia przez odwołującego majątku trwałego (gruntów, budynków), linii technologicznej do produkcji konstrukcji stalowych czy znaku towarowego. Dodatkowo, pismo to budzi wątpliwości, bowiem stwierdza nabycie poszczególnych składników przed ich faktycznym nabyciem – umowa sprzedaży dokumentacji technicznej jest datowana na dzień 2 czerwca 2011 r., zaś podpisy zostały złożone w dniu 6 czerwca 2011 r., tj. po dacie złożenia ww. oświadczenia przez syndyka.

Potwierdzenia nabycia przez odwołującego wiedzy i doświadczenia nie stanowi również postanowienie Sądu Rejonowego Katowice-Wschód w Katowicach, Wydział X Gospodarczy z dnia 9 grudnia 2011 r. sygn. akt X GUp 4)09)1, albowiem stwierdza ono jedynie, że brak jest podstaw do udzielenia zezwolenia na złożenie przez Syndyka oświadczenia w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp z uwagi na zbycie praw do dokumentacji, z którą mogłyby wiązać się referencje w dniu 2 czerwca 2011 r.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że samo nabycie przez ELWO-BUFIL S.A. dokumentacji technicznej od Fabryki Elektrofiltrów ELWO S.A., w żaden sposób nie potwierdza znajomości przez odwołującego technologii czy metodologii, w jakiej wykonane ma być zamówienie, ani tym bardziej posiadania praktyki przy wykonywaniu zadań, których realizacji wymagał zamawiający w postawionym warunku. Brak jest zatem podstaw do uznania, że odwołujący wykazał zamawiającemu spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia. Co za tym idzie, Izba za prawidłową uznała czynność zamawiającego wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i odrzucenia złożonej przed odwołującego oferty.

Z uwagi na ww. okoliczność, iż Izba uprawniona jest do oceny zgodności czynności i zaniechań zamawiającego z ustawą Pzp dokonanych na podstawie informacji i dokumentów złożonych zamawiającemu przez wykonawcę na etapie badania i oceny ofert, Izba dokonując takiej oceny nie mogła wziąć pod uwagę złożonych na rozprawie przez odwołującego dokumentów postaci:

- umowy sprzedaży prawa do znaku towarowego „ELWO” zawartej w dniu 31 maja 2011 r. pomiędzy Z..... S..... Syndykiem masy upadłości a P..... K..... działającym w imieniu i na rzecz ELWO-BUFIL S.A.,
- zestawienia osób zatrudnionych w ELWO S.A. z wyszczególnieniem osób, które uprzednio pracowały w Fabryce Elektrofiltrów ELWO S.A, a które w wyniku dokonanych przekształceń pracują obecnie na rzecz ELWO S.A.,
- umowy sprzedaży prawa użytkowania wieczystego gruntów zawartej w dniu 17 marca 2011r. pomiędzy Z..... S..... Syndykiem masy upadłości a R..... S..... wraz z załącznikiem;
- umowy dzierżawy nieruchomości z dnia 9 kwietnia 2011 r. zawartej pomiędzy R..... S....., a ELWO-BUFIL S.A. wraz z załącznikami,
- odpisu z KRS dla ELWO S.A. z dnia 24 lipca 2012 r.

Wskazane powyżej dokumenty mogłyby podlegać ocenie przez Izbę tylko w przypadku, gdyby zostały złożone zamawiającemu na etapie badania i oceny ofert i gdyby były podstawą decyzji zamawiającego co do statusu odwołującego w postępowaniu.

Co za tym idzie, Izba rozpoznając niniejszą sprawę nie wzięła też pod uwagę dokumentów złożonych do akt sprawy przez zamawiającego, tj.:

- wydruku ze strony internetowej odpowiedzi podsekretarza stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości na zapytanie nr 7992 w sprawie wyjaśnienia okoliczności upadłości i likwidacji Fabryki Elektrofiltrów ELWO w Pszczynie wraz z treścią zapytania,

- aktu notarialny zawiązania spółki akcyjnej ELWO BUFIL S.A. z dnia 1 kwietnia 2011 r.,
- protokołu Nadzwyczajnego Walnego Zgromadzenia spółki ELWO-BUFIL S.A. z dnia 15 czerwca 2011 r.,
- statutu ELWO S.A.,
- odpisu księgi wieczystej nr KA1P/00034295/8,
- odpisu z księgi wieczystej KA1P/00018529/0,
- Sprawozdania Zarządu ELWO-BUFIL S.A. z dnia 1 lipca 2011 r. przygotowanego w związku z zamiarem wniesienia przez akcjonariusza R..... S..... wkładów niepieniężnych celem pokrycia akcji podwyższenia kapitału zakładowego ELWO-BUFIL spółki akcyjnej z siedzibą w Katowicach.

Z uwagi na fakt, iż nie potwierdził się zarzut dotyczący wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia złożonej przez odwołującego oferty Izba nie uwzględniła również odwołania w zakresie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba stwierdziła, że po dokonaniu przez zamawiającego wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia oferty wykonawcy Energomontaż-Południe S.A., w postępowaniu pozostały dwie oferty, których ceny przewyższały kwotę, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, co stanowi przesłankę unieważnienia postępowania określoną w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Uprawnienie do unieważnienia postępowania w takiej sytuacji dezaktualizowałoby się, gdyby zamawiający mógł zwiększyć przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia kwotę, jednak zarzutu takiego w niniejszej sprawie odwołujący nie postawił.

Izba nie uwzględniła również zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący nie przedstawił okoliczności faktycznych stojących u podstaw tego zarzutu. Ponadto, w niniejszym postępowaniu nie miało miejsca odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na niezgodność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która to niezgodność stanowi okoliczność wskazaną w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania. Izba nie uwzględniła wniosków pełnomocników odwołującego i zamawiającego o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych z uwagi na zawarty w § 3 pkt 2) rozporządzenia w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania wymóg wykazania wysokości poniesionych przez stronę kosztów na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

Przewodniczący:

.....

.....