

Sygn. akt: KIO/UZP 99/08

**WYROK
z dnia 22 lutego 2008r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

**Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Agnieszka Trojanowska**

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21.02.2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez „**Masters**” Sp. z o.o., **Szczecin, ul. Mickiewicza 21** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji, Toruń, ul. Gen. J. Bema 23/29** protestu z dnia 15.01.2008r.

przy udziale **POLCOURT S.A., Warszawa, ul. Gen. Zajęczka 11 lok. C7** zgłaszającego przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża „Masters” Sp. z o.o., Szczecin, ul. Mickiewicza 21 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 0gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez „Masters” Sp. z o.o., Szczecin, ul. Mickiewicza 21
- 2) dokonać wpłaty kwoty 1000 zł 0 gr (słownie: jeden tysiąc złotych zero groszy) przez „Masters” Sp. z o.o., Szczecin, ul. Mickiewicza 21 na rzecz Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji, Toruń, ul. Gen. J. Bema 23/29, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego.
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 0 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz „Masters” Sp. z o.o., Szczecin, ul. Mickiewicza 21.

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o zamówienie publiczne prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Urządzenie terenów sportowych przy ul. Szosa Chełmińska 75 w Toruniu – Etap Budowa Boiska do piłki nożnej z nawierzchnią syntetyczną” zostało ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 10.12.2007 r. Numer 245373-2007 przez Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji, ul. Gen. J. Bema 23/29, 87-100 Toruń zwany dalej „Zamawiającym”.

W dniu 09.01.2008 r. Zamawiający faxem przesłał do uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. firmy F.W. POLCURT Marek Piotrowicz, ul. Floriańska 11, 09-500 Gostynin na podstawie art. 92 ust.2 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej Pzp.

W dniu 15.01.2008 r. faxem w nawiązaniu do powiadomienia z dnia 09.01.2008 r. (otrzymanego tego samego dnia, tj. 09.01.2008 r.) „Masters” Sp. z o.o., ul. Mickiewicza 21,

70-383 Szczecin zwanego dalej „Masters” Sp. z o.o. oraz TAMEX Obiekty Sportowe S.A., ul. Tamka 38, 00-355 Warszawa (otrzymanego 11.01.2008 r.) zwanego dalej TAMEX Obiekty Sportowe S.A. wniosły protesty do Zamawiającego na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej.

Pierwszy Protestujący, „Masters” Sp. z o.o. oprotestował oprócz wyboru oferty najkorzystniejszej, zaniechanie wykluczenia z postępowania w/w Wykonawcy i uznanie jego oferty za odrzuconą, zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Pzp: art. 22 ust.1 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt 10 i ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5. Wnosząc o 1) uwzględnienie protestu poprzez unieważnienie czynności wyboru oferty POLCOURT S.A. w Warszawie (uznał że informacja w informacji o wyborze F.W. POLCURT Marek Piotrowicz w Gostyniu – okoliczność przyznana przez Zamawiającego na posiedzeniu KIO) stanowi omyłkę pisarską, gdyż ofertę złożyła firma POLCOURT S.A. w Warszawie), 2) wykluczenie z postępowania POLCOURT S.A. w Warszawie, oraz uznania oferty złożonej przez w/w Wykonawcę za odrzuconą, 3) powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej poprzez uznanie, że oferta firmy Protestującej jest najkorzystniejsza.

Zdaniem Protestującego, w/w Wykonawca nie wykazał posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia – w szczególności poprzez nie wykazanie wykonania w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonaniem co najmniej 3 boisk z nawierzchnią syntetyczną o powierzchni powyżej 7.000 m² i oświetleniem o natężeniu min. 250 lux, w tym 1 o wartości minimum 3.000.000 zł brutto (Rozdz. III pkt.2 lit. b SIWZ), a w konsekwencji brak dołączenia do oferty wymaganych przez Zamawiającego dokumentów potwierdzających, że roboty budowlane w tym zakresie zostały wykonane należycie przez wybranego Wykonawcę - POLCOURT S.A., gdyż załączone referencje zostały wystawione osobie fizycznej Markowi Piotrowiczowi prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą Firma Wielobranżowa POLCURT. W przypadku uznania, iż POLCOURT S.A. w Warszawie może posługiwać się referencjami o których mowa powyżej Protestujący podnosił, iż w takiej sytuacji również wskazana firma nie spełniła warunku określonego w SIWZ, o którym była mowa powyżej, gdyż przedstawiała referencje dotyczące przebudowy stadionu we Włocławku (str. 40 oferty) – a prace te wykonane były w konsorcjum z Firmą Zdzeniecki. W opinii Protestującego, nie uwzględnienie protestu, uniemożliwia zawarcie ważnej umowy, gdyż Zamawiający zobowiązany jest do udzielenia zamówienia publicznego Wykonawcy, którego oferta odpowiada wszystkim wymaganiom wynikającym z Pzp oraz SIWZ i została oceniona jako najkorzystniejsza w oparciu o podane kryteria. Odnośnie interesu prawnego Protestujący wskazuje, iż w wypadku uwzględnienia protestu jego oferta może zostać uznana za najlepszą.

Odnosnie zarzutu pierwszego, w ramach konieczności wykazania o którym mowa było powyżej Zamawiający żądał także przedłożenia dokumentów potwierdzających, że roboty zostały wykonane należycie (min. 3). Protestujący oświadczył, iż POLCOURT S.A. w Warszawie nie przedstawiła żadnych referencji, z których wynikałoby, iż posiada doświadczenie w wykonaniu 3 boisk z nawierzchnią syntetyczną o powierzchni powyżej 7.000 m² i oświetleniem o natężeniu min. 250 lux, w tym 1 o wartości minimum 3.000.000 zł brutto, co więcej POLCOURT S.A. w Warszawie w ogóle nie załączyła żadnych referencji potwierdzających, że posiada jakiegokolwiek doświadczenie w wykonaniu boisk sportowych z nawierzchnią syntetyczną. Wynika to z tego, jak wyjaśnia Protestujący, iż POLCOURT S.A. w Warszawie została zawiązana aktem notarialnym z dnia 17.08.2007 r. (Rep. A Nr 7021/2007) a wpisana została do Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego w dniu 02.10.2007 r., dlatego też nabycie przez nowo powstałą spółkę wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia nie było jego zdaniem możliwe.

Protestujący, nie podziela stanowiska wyrażonego w oświadczeniu (k.10 oferty), iż na skutek sprzedaży w dniu 26.10.2007 r. (data wejścia w życie umowy sprzedaży przedsiębiorstwa z dnia 02.10.2007 r.) przedsiębiorstwa F.W.POLCOURT w rozumieniu art. 55¹ KC przez Marka Piotrowicza na rzecz POLCOURT S.A. w Warszawie na spółkę akcyjną przeszły „niezbędna wiedza i doświadczenie (referencje) (..)” do wykonywania zamówień publicznych w zakresie, w jakim dysponowało nimi przedsiębiorstwo. Przede wszystkim zwraca uwagę, iż oprócz oświadczenia wykonawca nie wykazał niniejszego faktu w żaden inny sposób, a zwłaszcza, że zbycie lub wydzierżawienie przedsiębiorstwa albo ustanowienie na nim użytkowania zostało dokonane w formie pisemnej z podpisami notarialnie poświadczonymi (brak umowy sprzedaży). Wskazuje na konieczność udowodnienia powyższej okoliczności w sposób nie budzący wątpliwości. Jako podstawę do takich wątpliwości przedkłada razem z protestem dowodu udziału firmy F.W. POLCOURT Marek Piotrowicz w Gostyniu w innych postępowaniach przetargowych po 26.10.2007 r. w :

1) przetargu na modernizację boisk w Białoleńskim Ośrodku Sportu przy ul. Światowida 56 w Warszawie – data złożenia oferty 12.12.2007 r. (informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z 14.12.2007 r.);

2) przetargu na urządzenie terenu boiska sportowego w Brzezynie gmina Puck – data złożenia oferty 17.12.2007 r. (ogłoszenie o wyniku postępowania z 27.12.2007 r.);

3) przetargu na budowę boisk szkolnych i urządzeń lekkoatletycznych z nawierzchni poliuretanowej i sztucznej traw przy Szkole Podstawowej nr 51 w Lublinie przy ul. Bursztynowej w Lublinie – data złożenia oferty 20.12.2007 r. (formularz oferty dot. Przetargu w Lublinie);

4) przetargu nieograniczonym na zadanie pod nazwą „Budowa boiska wielofunkcyjnego przy Zespole Szkół nr 1 w Żurominie – Etap II” – data złożenia ofert 14.12.2007 r. (informacja z otwarcia ofert z 18.12.2007 r.).

Ponadto, podnosi, iż nie zgadza się z tezą, że na skutek sprzedaży przedsiębiorstwa F.W.POLCOURT w rozumieniu art. 55¹ KC przez Marka Piotrowicza na rzecz POLCOURT S.A. w Warszawie na spółkę akcyjną przeszły „niezbędna wiedza i doświadczenie (referencje) (...) do wykonywania zamówień publicznych w zakresie w jakim dysponowało nimi przedsiębiorstwo. W dalszej części uzasadniając swoje stanowisko wyjaśnia, iż w myśl art. 55² KC, 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. Składniki, zaś wchodzące w skład przedsiębiorstwa określa art. 55¹ KC stanowiący, iż przedsiębiorstwo jest zorganizowanym zespołem składników materialnych i niematerialnych przeznaczonych do prowadzenia działalności gospodarczej. Obejmuje ono w szczególności: 1. oznaczenie indywidualizujące przedsiębiorstwo lub jego wyodrębnione części (nazwa przedsiębiorstwa); 2. własność nieruchomości lub ruchomości, w tym urządzeń, materiałów, towarów i wyrobów, oraz inne prawa rzeczowe do nieruchomości lub ruchomości; 3. prawa wynikające z umów najmu i dzierżawy nieruchomości lub ruchomości oraz prawa do korzystania z nieruchomości lub ruchomości wynikające z innych stosunków prawnych; 4. wierzytelności, prawa z papierów wartościowych i środki pieniężne; 5. koncesje, licencje i zezwolenia; 6. patenty i inne prawa własności przemysłowej; 7. majątkowe prawa autorskie i majątkowe prawa pokrewne; 8. tajemnice przedsiębiorstwa; 9. księgi i dokumenty związane z prowadzeniem działalności gospodarczej. Jego zdaniem, nawet przyjmując otwarty charakter wyliczenia przedstawionego powyżej, nie zgadza się on z tezą, iż posiadane referencje mogą być przedmiotem obrotu. Podnosi, iż sprzedaż przedsiębiorstwa następuje w drodze sukcesji syngularnej charakteryzującej się tym, że poszczególne przedmioty majątkowe należące do przedsiębiorstwa zostają przeniesione na kupującego, dlatego też posiadane doświadczenie (referencje) nie mogą być uznane za prawo zbywalne.

Ponadto, jako argument przeciwko sukcesji ogólnej, przywołuje wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 09.06.2001 r., sygn. akt: I ACa 56/01; Pr. Gosp. 2002/7-8/95, zgodnie z którym zbycie przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55¹ KC nie skutkuje następstwem prawnym o charakterze ogólnym, a ma jedynie charakter *successio singularis* w rozumieniu art. 192 pkt.2 KPC. Przykładem powyższego jest także zdaniem Protestującego ewentualne przejęcie długu (zmiana dłużnika art. 519 KC). Powołując się na różnice w brzmieniu przepisu art. 55¹ KC po zmianie obowiązującej od 25.09.2003 r., gdzie usunięto zobowiązania i obciążenia związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa wykazuje, iż pojęcie przedsiębiorstwa obejmuje wyłącznie aktywa, czynność prawna mająca za przedmiot

przedsiębiorstwo, obejmuje wyłącznie aktywa (art. 55 k.p.c.), zaś odpowiedzialność nabywcy przedsiębiorstwa oparta jest na konstrukcji przystąpienia do długu, co oznacza, iż odpowiada on solidarnie ze zbywcą za długi związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa.

Reasumując, Protestujący uważa, iż nawet przy sprzedaży przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55¹ KC – nabywca POLCOURT S.A. w Warszawie jako nowy podmiot prawny nie może legitymować się referencjami wystawionymi przez zbywcę – osobę fizyczną. Spółka akcyjna jego zdaniem, musi wykazać się wykonaniem odpowiednich czynności i nie można za spełnienie warunku uznać załączenie doświadczenia i referencji przez osobę fizyczną prowadzącą działalność gospodarczą, gdyż jej zakres odpowiedzialności jest inny niż przy jednoosobowej działalności.

Odnośnie zarzutu drugiego, Protestujący stwierdził, iż w przypadku uznania, że POLCOURT S.A. w Warszawie może posługiwać się referencjami, o których mowa powyżej Protestujący podnosi, iż w takiej sytuacji również wskazana firma nie spełniła warunku określonego w SIWZ. Do wybranej oferty załączono 9 referencji wystawionych na rzecz Pana Marka Piotrowicza, z których tylko 3 dotyczą wymogu obejmującego minimalny próg oświetlenia na poziomie 250 lux., tj. 1) referencje dotyczące wykonania boiska Lechii Gdańsk z 12.09.2007 r. (38 str. oferty), 2) referencje dotyczące wykonania boiska w Bydgoszczy przy stadionie Zawiszy (39 str. oferty) oraz 3) dotyczące przebudowy stadionu we Włocławku (40 str. oferty). W ostatnim wypadku, zostały one wystawione na Konsorcjum firm: F.W. POLCURT Marek Piotrowicz w Gostyniu oraz Firma Zdzienicki. Zdaniem Protestującego nie wynika z tej referencji zakres prac obu firm, a z profilu działalności należy domniemywać, iż w zakresie F.W. POLCURT Marek Piotrowicz nie było instalacji oświetlenia, a zatem nie posiada od doświadczenia w wykonaniu 3 boisk z nawierzchnią syntetyczną o powierzchni powyżej 7.000 m² i oświetleniem o natężeniu min. 250 lux.

Drugi Protestujący, TAMEX Obiekty Sportowe S.A. także oprotestowała czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, przy czym w odróżnieniu od pierwszego Protestującego nie uznał wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 09.01.2008 r. ze wskazaniem na firmę POLCURT Marek Piotrowicz w Gostyniu za pomyłkę pisarską, lecz wybór oferty Wykonawcy, który nie uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w ogóle nie złożył oferty. Z uwagi na fakt, iż zarzuty mają inny charakter i nie mają odniesienia do zarzutów pierwszego Protestującego, nie będą one przedmiotem dalszej analizy.

W dniu 16.01.2008 r. Zamawiający faxem przekazał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestów i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 18.01.2008 r. faxem do postępowania protestacyjnego przyłączył się po stronie Zamawiającego w odniesieniu do pierwszego protestu POLCOURT S.A. w Warszawie.

W ramach przyłączenia do protestu, Przystępujący wniósł o oddalenie pierwszego protestu i podtrzymanie decyzji o wyborze oferty firmy POLCOURT S.A. w Warszawie jako najkorzystniejszej. Wskazał, iż posiada interes prawny, albowiem w przypadku nie uznania jego oferty za najkorzystniejszą, naruszony zostanie jego interes ekonomiczny.

Odnosnie zarzuty podniesionego przez pierwszego Protestującego w drugiej kolejności, Przystępujący uznaje go bezzasadnym i na potwierdzenie przytacza Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 08.12.2006 r. (sygn. akt. UZP/ZO/0-2880/06) zgodnie z którym, Zespół Arbitrów po zapoznaniu się z treścią powyższych referencji podziela pogląd Odwołującego, że konsorcjantowi przysługuje prawo posługiwania się dokumentami (referencjami) udzielanymi z tytułu zrealizowania zadań przez konsorcjum, do wykazania swego doświadczenia, co spełnia wymagania z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odnosnie zarzutu podniesionego przez pierwszego Protestującego w pierwszej kolejności również uznał go bezzasadnym, z uwagi na sprzedaż przedsiębiorstwa w dniu 26.10.2007 r. F.W.POLCOURT w rozumieniu art. 55¹ KC przez Marka Piotrowicza prowadzącego działalność gospodarczą (wpis do ewidencji działalności gospodarczej z dnia 08.06.2007 r. prowadzonej przez Prezydenta miasta stołecznego Warszawy Nr 449811 oraz za Nr 00176/02 wpisanym przez Urząd Miasta i Gminy Gostynina – Wydział Rozwoju, Aktywizacji i Promocji Miasta „Przedsiębiorstwo”) na rzecz POLCOURT S.A. w Warszawie. Podkreśla, iż w zakresie zamówień publicznych, nabywca legitymuje się niezbędną wiedzą i doświadczeniem (referencje) oraz potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówień publicznych w zakresie w jakim dysponował nimi przedsiębiorstwo. Na poparcie tej tezy przytacza Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 21.06.2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1752/06), odnośnie posługiwania się „referencjami” wystawionymi na nabyte przedsiębiorstwo. Należy bowiem wskazać jak podnosi, iż do niematerialnych składników przedsiębiorstwa należy suma doświadczeń zawodowych, posiadanych zdobyczy myśli technicznej i organizacyjnej, czyli to, co określa się w piśmiennictwie jako know – how lub niezbędną wiedzą i doświadczeniem (tak również na potrzeby prawa zamówień publicznych). Dodatkowo wskazuje, także, iż razem z przedsiębiorstwem przeszły aktywa majątkowe oraz pracownicy, również w zakresie, w jakim za ich pośrednictwem wykonywane były dotychczas zamówienia publiczne. Jako dowód sprzedaży przedkłada odpis aktu notarialnego z dnia 02.10.2007 r. (Rep. A 5107/2007), potwierdzający podpisanie umowy nabycia przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55¹ KC przez firmę POLCOURT S.A. w Warszawie. Na koniec wniósł o nieujawnianie danych z aktu notarialnego (Rep. A 5107/2007), poza czynności niezbędne w postępowaniu o udzielenie niniejszego zamówienia ze względu na klauzule poufności zawartej umowy oraz tajemnicę spółki.

Kopia przystąpienia została przekazane Protestującemu w tym samym dniu.

Rozstrzygnięcie obu protestów nastąpiło przez Zamawiającego kolejno: pierwszego,

pismem z dnia 24.01.2008 r. faxem poprzez jego oddalenie; drugiego, uwzględnienie, faxem, pismem z dnia 21.01.2008 r.

W odniesieniu do pierwszego z zarzutów, Zamawiający stwierdził, iż na podstawie dokumentów przedłożonych w wyniku przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego bezspornym jest, że POLCOURT S.A. w Warszawie powstała w wyniku nabycia praw i zobowiązań (w drodze sprzedaży) od F.W.POLCOURT Marek Piotrowicz, a jedynym akcjonariuszem spółki jest Pan Marek Piotrowicz (kopia aktu notarialnego oraz wypis z Krajowego Rejestru Sądowego). W związku z powyższym zdaniem Zamawiającego, mamy do czynienia z sukcesją uniwersalną w sferze praw i obowiązków cywilnoprawnych. Polegającą na tym, że w drodze jednego zdarzenia prawnego następcą prawny wchodzi w ogół praw i obowiązków majątkowych swego poprzednika z dniem dokonania czynności prawnej, w tym wypadku sprzedaży przedsiębiorstwa w trybie art. 55¹ KC.

Jeżeli więc w skład majątku przejmowanego przedsiębiorstwa wchodziły także prawa i obowiązki wykonawcy z tytułu uczestnictwa w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego oraz zawartych umów w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, spółka nowo zawiązana wstąpiła jego zdaniem, w wyniku sukcesji generalnej również w te prawa i obowiązki.

Zauważyć należy, iż wyliczenie składników przedsiębiorstwa z art. 55¹ KC ma charakter przykładowy, a jego znaczenie polega na tym, że stwarza ono w braku odmiennej woli stron, domniemanie przynależności do przedsiębiorstwa wszystkiego, co wchodzi w skład zespołu, o którym w tym przepisie mowa. W piśmiennictwie podkreśla się, że spośród składników niematerialnych pierwszoplanowe znaczenie ma klientela i ustalona renoma przedsiębiorstwa, czyli dobre imię (firmy), bez których nie mogłoby ono prawidłowo funkcjonować. Niewątpliwie też do składników przedsiębiorstwa należy suma doświadczeń zawodowych, posiadanych zdobyczy myśli technicznej i organizacyjnej, czyli to, co określa się w piśmiennictwie zapożyczoną nazwą know how. Zarówno doświadczenie, renoma, jak i know-how stanowią indywidualny dorobek przedsiębiorstwa prowadzonego przez spółkę, uzyskany w toku prowadzonej działalności gospodarczej, bez których nie mogłoby ono prawidłowo funkcjonować. W doktrynie przyjmuje się, iż tych elementów przedsiębiorstwa nie można samodzielnie zbyć, ani w inny sposób zadysponować nimi przenosząc je na określony podmiot. Wynika to z tego, iż posiadanie doświadczenia, renomy czy know-how jest kwestią faktu, nie zaś prawa. W tej sytuacji ww. niematerialne elementy przedsiębiorstwa dzielić będą zawsze był prawny przedsiębiorstwa, ewentualnie również spółki, która je prowadzi. Mając powyższe na uwadze, wydaje się, iż renoma, doświadczenie w realizacji podobnych zamówień, czy też know-how przedsiębiorstwa prowadzonego przez spółkę przejmowaną oraz potwierdzające je referencje, przechodzą z dniem zaistnienia czynności

prawnej (zawarcia transakcji sprzedaży) spółkę nowo zawiązaną, wraz z tymi składnikami majątku przejętego przedsiębiorstwa, z którymi ww. niematerialne elementy są związane.

W odniesieniu do drugiego z zarzutów, podnosi, iż zgodnie z Wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 21.06.2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1752/06), postępowanie się „referencjami” wystawionymi na nabyte przedsiębiorstwo jest dopuszczalne. Ponadto, stwierdza za w/w wyrokiem że, zgodnie z art. 23 ust. 1 Ustawy pzp, wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o zamówienie, natomiast art. 141 Ustawy pzp stanowi że wykonawcy z art. 23 ust. 1 ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zdaniem Zespołu Arbitrów skoro konsorcjant odpowiada solidarnie za należyte wykonanie całego zamówienia, to logiczną konsekwencją tego faktu jest możliwość postępowania się dokumentami (referencjami), poświadczającymi wykonanie zamówienia, za które ponosi pełną odpowiedzialność. Wnioskowanie przeciwne stanowiłoby całkowite zaprzeczenie idei konsorcjum i czyniłoby to tę instytucję de facto bezcelową. Podobnie w Wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 08.12.2006 r. (sygn. akt. UZP/ZO/0-2880/06).

W wypadku drugiego rozstrzygnięcia, Zamawiający uznał powyższy protest za zasadny i zapowiedział czynność badania i oceny ofert.

W dniu 28.01.2008 r. firma: „Masters” Sp. z o.o. na oddalenie protestu (otrzymane faxem 24.01.2008 r.) wniosła odwołanie (dowód wniesienia wpisu z dnia 28.01.2008 r.) do Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty podniesione w proteście i wnosząc o: 1. uwzględnienie odwołania; 2. unieważnienie czynności wyboru oferty POLCOURT S.A. w Warszawie; 3. powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; 4. nakazanie Zamawiającemu wykluczenie z postępowania POLCOURT S.A. w Warszawie, oraz uznanie oferty w/w Wykonawcy za odrzuconą; 5. przyznanie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa pełnomocnika według spisu kosztów przedłożonych na posiedzeniu arbitrów.

Ponadto, Odwołujący stwierdził, iż w rozstrzygnięciu protestu miała miejsce pomyłka, gdyż POLCOURT S.A. w Warszawie nie powstała w wyniku nabycia praw i zobowiązań (w drodze sprzedaży) F.W.POLCOURT Marek Piotrowicz. Odwołujący, zauważa, iż spółka akcyjna według przedłożonych dokumentów powstała w dniu 17.08.2007 r. i w żadnym razie nie poprzez nabycie praw i zobowiązań od Pana Marka Piotrowicza. Postanowienia aktu notarialnego z dnia 17.08.2007 r. (Rep. A Nr 7021/2007) świadczą, iż spółka akcyjna powstała jako nowy podmiot prawa i całkowicie niezależnie od działalności gospodarczej prowadzonej przez Pana Marka Piotrowicza. Kapitał zakładowym w wysokości 500.000 zł został pokryty w całości wkładem pieniężnym (§ 6 statutu) a nie aportem w postaci przedsiębiorstwa. Akcje zostały objęte nie tylko przez Pana Marka Piotrowicza, lecz również przez Opera Fundusz Inwestycyjny Zamknięty (dowód akt notarialny z dnia 17.08.2007 r.).

Odwołujący podnosi, iż teza Zamawiającego że w przypadku sprzedaży przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55¹ w zw. z art. 55² KC mamy do czynienia z sukcesją

uniwersalną praw i obowiązków, jego zdaniem została odrzucona przez doktrynę i orzecznictwo z dniem 25.09.2003 r. Odnośnie dalszych stwierdzeń Zamawiającego, podnosi, że są to fragmenty opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych odnoszącej się do dopuszczalność postępowania się przez spółkę przejmującą lub nowo zawiązaną referencjami wystawionymi na spółkę przejmowaną lub spółki łączące się, gdzie ustawodawca wyraźnie wskazał na przejęcie ogółu praw i obowiązków. Zgodnie bowiem z art. 494 § 1 KSH spółka przejmująca albo spółka nowo zawiązana wstępuje z dniem połączenia we wszystkie prawa i obowiązki spółki przejmowanej albo spółek łączących się przez zawiązanie nowej spółki. Zdaniem Odwołującego z sukcesją uniwersalną mamy do czynienia tylko w wyraźnie wskazanych przez ustawodawcę sytuacjach. Nie uznaje stanowiska Zamawiającego, iż : „renoma, doświadczenie w realizacji podobnych zamówień, czy też know-how przedsiębiorstwa prowadzonego przez spółkę przejmowaną oraz potwierdzające je referencje, przechodzą z dniem zaistnienia czynności prawnej (zawarcia transakcji sprzedaży) spółkę nowo zawiązaną”, uważa że ta argumentacja zasadna przy art. 494§ 1 KSH jest nieprawidłowa przy ocenie oferty POLCOURT S.A. w Warszawie, gdzie nie może być mowy o sukcesji uniwersalnej.

Ponadto podnosi, iż referencje nie zostały wystawione na przedsiębiorstwo, lecz Panu Markowi Piotrowiczowi, jako podmiotowi prawa, gdyż jest to doświadczenie związane ściśle nie z przedsiębiorstwem ale z danym przedsiębiorcą. Uważa, iż w związku wprowadzeniem pojęcia przedsiębiorcy, jako podmiotu prawa cywilnego prowadzącego przedsiębiorstwo, takie dobra jak dobre imię (goodwill), czy też doświadczenie zawodowe i organizacyjne (know-how) powinny być traktowane jako dobra osobiste przedsiębiorcy. Doświadczenie innego podmiotu możemy natomiast zdobyć tylko w przypadku sukcesji uniwersalnej (np. w przypadku połączenia spółek przez fuzję lub inkorporację). Sprzedaż przedsiębiorstwa następuje tymczasem w drodze sukcesji singularnej charakteryzującej się tym, że poszczególne przedmioty majątkowe należące do przedsiębiorstwa zostają przeniesione przez kupującego. Innym słowy posiadane doświadczenie (referencje) nie może być uznane za zbywalne. Stwierdza, iż w piśmiennictwie określa się zbycie przedsiębiorstwa jako sukcesje syngularną na dobru niematerialnym (J. Widło: „Rozporządzenie przedsiębiorstwem”).

Odwołujący, podnosi także, iż same zachowanie Pana Marka Piotrowicza po zawarciu umowy sprzedaży, świadczy, iż on sam nie uznawał, aby mógł wyzbyć się posiadanego doświadczenia a w konsekwencji referencji.

Względem argumentacji Zamawiającego, odnośnie kwestii referencji wystawionych na konsorcjum, Odwołujący poddaje krytyce cytowane przez Zamawiającego orzeczenia Zespołów Arbitrów. Jego zdaniem argumentacja odwołująca się tylko do solidarnej odpowiedzialności współkonsorcjantów jest w ocenie Odwołującego wadliwa. Jako przykład

przedstawia sytuacje, gdy jeden z konsorcjantów wykonywałby prace projektowe a drugi prace budowlane. Uważa, że stworzyłoby to sytuacje, gdyby architekci mogliby legitymować się doświadczeniem o charakterze budowlanym. To samo mogłoby mieć miejsce w wypadku konsorcjum spółki prawniczej i spółki geodetów. Uważa, że doświadczenie w wykonaniu określonego rodzaju prac nabywa się poprzez ich samodzielnie wykonanie a nie poprzez fakt, że ponosi się za nie odpowiedzialność. Podnosi, że istotą konsorcjum nie jest możliwość późniejszego posługiwania się referencjami w zakresie prac, których się nie wykonało, lecz wręcz, co do których nie ma się żadnych uprawnień, możliwości, czy doświadczenia.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tym samym dniu faxem.

Zamawiający niezwłocznie po jej otrzymaniu wezwał uczestnika postępowania protestacyjnego faxem do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesionego odwołania.

W dniu 20.02.2008 r. miało miejsce przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesionego odwołania przez POLCOURT S.A. w Warszawie. W ramach przystąpienia, Przystępujący podtrzymał stanowisko przedstawione w przystąpieniu na etapie protestu. Jego argumentacja opierała się w dużej mierze na twierdzeniach Zamawiającego przedstawionych w rozstrzygnięciu protestu. Przystępujący przekazał kopie przystąpienia Odwołującemu w tym samym dniu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, w szczególności zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonymi dowodami i po wysłuchaniu stron na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z SIWZ (Opis warunków udziału w postępowaniu - Rozdz. III pkt.2 lit. b) Zamawiający wymagał, aby Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego wykazali się w ramach posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia - zrealizowaniem w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej 3 boisk z nawierzchnią syntetyczną o powierzchni powyżej 7.000 m² i oświetleniem o natężeniu min. 250 lux, w tym 1 o wartości minimum 3.000.000 zł brutto. W tym samym rozdziale pkt.2 lit. c ustalił, iż przedłożą dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane należycie (min.3). W Rozdz. IV SIWZ pkt. 5 ustalił, iż złożą na potwierdzenie

spełnienia powyższego wymogu wykaz wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem (co najmniej 3 boiska z nawierzchnią syntetyczną o pow. powyżej 7.000 m² i oświetleniem o natężeniu min. 250 lux, w tym 1 o wartości minimum 3.000.000 zł brutto) robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania. Ponadto, dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane należycie (min. 3).

Powyższe znalazło dodatkowe potwierdzenie w wyjaśnieniach z dnia 28.12.2007 r., gdzie Zamawiający stwierdził iż w „wykazie, o którym mowa w rozdz. IV pkt 5 SIWZ Zamawiający żąda, aby Wykonawca wykonał co najmniej trzy boiska z nawierzchnią syntetyczną o pow. powyżej 7.000 m² i oświetleniem o natężeniu od 250 lux, przy czym wartość jednego z boisk powinna wynosić min.3.000.000 zł brutto. Ponadto podane w wykazie roboty budowlane mają obejmować wykonanie boiska z oświetleniem. Tak postawiony warunek jest zgodny z przedmiotem zamówienia, a wartość wskazana w warunku, w kwocie 3.000.000 zł odpowiada wartości robót stanowiących przedmiot zamówienia.”

W przypadku samodzielnych oferentów oznacza to, jak wskazał Zamawiający: „wykonanie 3 robót obejmujących łącznie wybudowanie 3 boisk z nawierzchnią syntetyczną i wykonanie na nich oświetlenia o natężeniu min.250 lux na każdym z nich, w tym 1 o wartości min 3.000.000 zł brutto”.

W przedmiotowej sprawie istotą sporu jest kwestia wykazania posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia – w szczególności poprzez wykazanie wykonania w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej 3 boisk z nawierzchnią syntetyczną o powierzchni powyżej 7.000 m² i oświetleniem o natężeniu min. 250 lux, w tym 1 o wartości minimum 3.000.000 zł brutto poprzez dołączenia do oferty wymaganych przez Zamawiającego dokumentów potwierdzających, że roboty budowlane w tym zakresie zostały wykonane należycie przez wybranego Wykonawcę (min. 3).

Przy czym, w niniejszym stanie faktycznym należy rozważyć kwestię, w odniesieniu do zarzutu pierwszego podniesionego przez Odwołującego, czy na skutek sprzedaży przedsiębiorstwa F.W.POLCOURT w rozumieniu art. 55¹ KC przez Marka Piotrowicza na rzecz POLCOURT S.A. w Warszawie na spółkę akcyjną przeszły „niezbędna wiedza i doświadczenie (referencje) (..)” do wykonywania zamówień publicznych w zakresie w jakim dysponowało nimi przedsiębiorstwo, a co za tym idzie, czy istnieje możliwość posługiwania

się referencjami wystawionymi na osobę fizyczną prowadzącą działalność gospodarczą wpisaną do ewidencji działalności gospodarczej jako przedsiębiorstwo.

Powszechnie przyjmuje się dopuszczalność postępowania się przez spółkę przejmującą lub nowo zawiązaną referencjami wystawionymi na spółkę przejmowaną lub spółki łączące się (patrz: opinie prawna Urzędu Zamówień Publicznych: <http://www.uzp.gov.pl/zagadnienia-merytoryczne/prawo-polskie/opinie-prawne/aktualne/> w związku z art. 494 § 1 KSH). Powyższe zostało potwierdzone Wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 21 czerwca 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1752/06): „Z załączonych do oferty notarialnych umów sprzedaży z dnia 16.09.2005 i 18.05.2005 wynika, że przedsiębiorstwo pod nazwą Ecoservice Sp. o.o. zostało w myśl art. 55¹ i 55² KC nabyte przez Przedsiębiorstwo Budowlane Ecoservice Sp. z o.o., wraz z „znakami towarowymi, innymi znakami indywidualizującymi przedsiębiorstwo, patentami, wzorami użytkowymi oraz referencjami”. Z umów tych oraz z art. 55¹, 55² KC jednoznacznie wynika, że Przedsiębiorstwo Budowlane Ecoservice Sp. z o.o. może postępować się referencjami wystawionymi na Ecoservice Sp. z o.o.”.

W wypadku zbycia przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55¹ KC, czy też wniesienia aportem, istotną kwestią jest, czy przedsiębiorca będzie posiadał przedsiębiorstwo w znaczeniu przedmiotowym. Powyższe wynika z konieczności ustalenia stosunku pojęcia przedsiębiorcy do pojęcia przedsiębiorstwa w znaczeniu przedsiębiorstwa. W art. 43¹ KC przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna, o której mowa 33¹ § 1 KC prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową. Natomiast zgodnie z art. 4 Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2004 r., Nr 173, poz. 1807 z późn. zm.) zwaną dalej u.s.d.g. przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębną ustawą przyznaje się zdolność prawną – wykonującą we własnym imieniu działalność gospodarczą. Przedsiębiorcami są także wspólnicy spółki cywilnej. Z porównania tych definicji wynika, iż przedsiębiorca może zajmować się działalnością gospodarczą lub zawodową, czyli każdą z osobna lub obydwoma naraz (KC). Natomiast, u.s.d.g. zalicza do działalności gospodarczej działalność zawodową. Powyższe różnice mają znaczenie, gdyż zgodnie z art. 55¹ KC w skład przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym będą wchodziły tylko te składniki, które są przeznaczone do prowadzenia działalności gospodarczej, w rozumieniu KC. Przedsiębiorca w rozumieniu art. 43¹ KC prowadzący działalność zawodową (np. architektki) nie będzie więc posiadał przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym, albowiem nie prowadzi on działalności gospodarczej, do prowadzenia której przedsiębiorstwo miałoby służyć. Podobnie nie prowadzi działalności gospodarczej, a tym samym nie posiada przedsiębiorstwa w ujęciu przedmiotowym spółka kapitałowa utworzona w celu innym niż gospodarczy (P. Polański,

„Przejście praw i obowiązków z koncesji i zezwoleń nie zawsze dopuszczalne”, Gazeta Prawna nr 32 z 19.02.2008 r. oraz A. Piotrowska, „Zbycie przedsiębiorstwa, a przejście praw i obowiązków” Przegląd Prawa Handlowego - 09/2006).

Zgodnie z art. 55¹ KC, przedsiębiorstwo, jako zespół składników materialnych i niematerialnych przeznaczonych do realizacji określonych zadań gospodarczych, obejmuje wszystko, co wchodzi w skład przedsiębiorstwa, w szczególności: 1. oznaczenie indywidualizujące przedsiębiorstwo lub jego wyodrębnione części (nazwa przedsiębiorstwa); 2. własność nieruchomości lub ruchomości, w tym urządzeń, materiałów, towarów i wyrobów, oraz inne prawa rzeczowe do nieruchomości lub ruchomości; 3. prawa wynikające z umów najmu i dzierżawy nieruchomości lub ruchomości oraz prawa do korzystania z nieruchomości lub ruchomości wynikające z innych stosunków prawnych; 4. wierzytelności, prawa z papierów wartościowych i środki pieniężne; 5. koncesje, licencje i zezwolenia; 6. patenty i inne prawa własności przemysłowej; 7. majątkowe prawa autorskie i majątkowe prawa pokrewne; 8. tajemnice przedsiębiorstwa; 9. księgi i dokumenty związane z prowadzeniem działalności gospodarczej.

Wyliczenie składników przedsiębiorstwa ma charakter przykładowy, a nie taksatywny. Wskazuje na to zwrot "w szczególności". Inne elementy mogą mieć znaczenie subsydiarne. Tak więc w skład przedsiębiorstwa mogą wchodzić również:

- a) prawa do odmian roślin, b) pieniądze ulokowane w przyjęty prawnie sposób,*
- c) papiery wartościowe objęte ustawą o publicznym obrocie papierami wartościowymi oraz pozostałe papiery wartościowe, d) obligacje i inne papiery dłużne;*
- e) uprawnienia wynikające z know-how, f) klientela, g) renoma.*

Oдноśnie zbycia przedsiębiorstwa, to zgodnie z art. 55² KC 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. Art.75¹ § 1 KC z kolei stanowi, że zbycie przedsiębiorstwa powinno być dokonane w formie pisemnej z podpisami notarialnie poświadczonymi.

Dopuszczalność postępowania się przez spółkę przejmującą lub nowo zawiązaną referencjami wystawionymi na spółkę przejmowaną lub spółki łączące się przy jednoczesnej odmowie takiej możliwości w wypadku zbycia przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym przez przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą w innej formie niż spółka, naruszałoby podstawową zasadę wynikającą z art. 7 ust. 1 Pzp, tj. uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Ponadto, byłoby dyskryminacją uczestnika obrotu gospodarczego – zgodnie bowiem z art. 6 u.s.d.g. podejmowanie, wykonywanie i zakończenie działalności gospodarczej jest wolne dla każdego na równych prawach, z zachowaniem warunków określonych przepisami prawa.

Ponadto należy podnieść, iż z faktu, że ma miejsce nabycie przedsiębiorstwa w formie jego aktywów bez zobowiązań, wobec których stosuje się koncepcję przystąpienia do długu nie można wywieść, iż jest to sukcesja singularna, bo sam fakt przejmowania aktywów bez zobowiązań jest znany prawu polskiemu także przy sukcesji uniwersalnej takiej jak nabycie praw do spadku. W doktrynie nie kwestionuje się, iż objęcie spadku jest sukcesją uniwersalną, a prawo przewiduje możliwość objęcia spadku bez zobowiązań – tylko do masy czynnej spadku – przyjęcie spadku z dobrodziejstwem inwentarza. Zatem nie jest argumentem wystarczającym do uznania, że w przypadku zbycia przedsiębiorstwa prawo przewiduje sukcesję singularną, jedynie na tej podstawie, że odpowiedzialność za długi przedsiębiorstwa jest regulowana instytucją przystąpienia do długu. Dodatkowo, jak słusznie zauważa Przystępujący, art. 494 § 1 KSH podobnie reguluje kwestię następstwa prawnego w ramach spółek handlowych, a jak wskazywano powyżej, w doktrynie nie jest kwestionowane prawo do powoływania się na poświadczenie spółki przejmowanej przez spółkę nowo zawiązaną powstałą na bazie spółki przejmowanej.

Odnosnie dobra takiego jak dobre imię (goodwill), czy też doświadczenie zawodowe i organizacyjne (know-how), którego emanacją są referencje, bezsprzecznie stanowią one składnik majątku przedsiębiorstwa i mogą być zbyte razem z nim. Poprzez goodwill uważa się ogół niematerialnych składników przedsiębiorstwa, składających się na jego wartość rynkową. (...) Całokształt tych wyobrażeń (renoma - goodwill) stanowi dobro niematerialne, ucieleśnione bądź w funkcjonalnie zorganizowanym majątku służącym prowadzeniu działalności gospodarczej w formie przedsiębiorstwa, bądź w osobistych przymiotach osoby wykonującej wolny zawód. (S. Bogusław, Klientela - Przedsiębiorstwo - Wolny zawód, Rejent 1995.1.124). Według Słownika języka polskiego pod red. prof. J. Szymczaka renoma to "opinia, sława, rozgłos, wziętość" a renomowany to "cieszący się uznaniem, znany z dobrej strony, wzięty". Takie rozumienie pojęcia renomy wskazuje na to, że nie stanowi ona samodzielnego bytu (składnika) lecz jest związana w sposób nierozzerwalny z danym przedsiębiorstwem i może być zbyta tylko łącznie z nim lub z jego częścią. (Wyrok z dnia 20.06.2006 r. Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie, sygn. akt. II FSK 839/2005).

Odnosnie zaliczania renomy (klienteli, goodwill) oraz umiejętności (doświadczenia) handlowego do innych składników przedsiębiorstwa jako korzystnych sytuacji faktycznych oraz innych wartości ekonomicznych obok posiadania rzeczy, informacji dotyczących rynku, tajemnicy produkcji i systemu organizacyjnego wypowiedało się wielokrotnie piśmiennictwo (Z. Radwański Prawo cywilne, s. 115; T. Dybowski, Ochrona własności, s. 43).

Odnosnie stanu faktycznego będącego przedmiotem odwołania, należy bezwzględnie potwierdzić, iż po analizie aktu notarialnego będącego częścią składową dokumentacji przetargowej, tj. umowy sprzedaży notarialnie poświadczonej z dnia 02.10.2007 r. (Rep. A Nr 5107/2007) miało miejsce zbycie przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55¹ KC, stanowi

o tym § 1 umowy. Zważywszy na brak wyraźnego wyłączenia jakiegokolwiek składnika przedsiębiorstwa należy przyjąć za doktrynę, iż nastąpiło zbycie wszystkich składników przedsiębiorstwa, w tym doświadczenia, którego przejawem są referencje.

Na marginesie powyższej kwestii, należy zwrócić uwagę, iż błędne jest stanowisko Przystępującego, iż na podważenie prawdziwości określonych dokumentów i oświadczeń konieczne jest tylko i wyłącznie prawomocne orzeczenie sądu powszechnego; jest rzeczą przyjętą i potwierdzoną przez orzecznictwo (Wyrok KIO z dnia 09.01.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP/42/07) istnienie obowiązku podjęcia przez Zamawiającego postępowania wyjaśniającego celem ustalenia prawdziwości złożonych przez Wykonawcę oświadczeń, w wypadku powzięcia w drodze protestu wątpliwości, co do ich zgodności ze stanem faktycznym. Niniejsze należy odnieść także do dokumentów. Powyższy obowiązek wynika z art. 7 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający powinien prowadzić postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz art. 24 ust. 1 i 2 Pzp., nakazujący wykluczyć z postępowania Wykonawcę, w sytuacji, gdy zaistnieją okoliczności enumeratywnie wymienione w tych przepisach (patrz za Wyrokiem Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 02.02.2006 r., sygn. Akt III Ca 727/05).

Względem drugiego aspektu pierwszego zarzutu Odwołującego, związanego z dowodami, z których wynika domniemanie dalszego prowadzenia działalności gospodarczej po dacie 26.10.2007 r., tj. dacie sprzedaży przedsiębiorstwa i składania ofert przetargowych w innych postępowaniach, jako F.W.POLCOURT Marek Piotrowicz, skład orzekający Izby, dopuścił dowody przedłożone przez Odwołującego podczas rozprawy, ale uznał, iż za wyjątkiem odpisu pełnego z Krajowego Rejestru Sądowego z dnia 11.01.2008 r. oraz aktu notarialnego z dnia 17.08.2007 r. (Rep. A Nr 7021/2007), mają one jedynie charakter pogładowy.

W tym kontekście należy stwierdzić, iż wbrew twierdzeniom Przystępującego, odnośnie niedopuszczalności składania dokumentów jako dowodów w sprawie przez składem orzekającym Izby, w formie kopii bez poświadczenia za zgodność z oryginałem, należy zauważyć, iż zgodnie z art. 129 KPC - Strona powołująca się w piśmie na dokument obowiązana jest na żądanie przeciwnika złożyć oryginał dokumentu w sądzie jeszcze przed rozprawą. W niniejszej sprawie, Przystępujący nie wystąpił z takim formalnym wnioskiem podczas rozprawy, tj. w momencie ich złożenia, ponadto należy zauważyć, iż w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2007 r., Nr 187, poz.1327), tj. w § 18 ust. 3 uregulowana jest kwestia tego rodzaju, iż wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawi ich tłumaczenie na język polski, poświadczone przez tłumacza przysięgłego. Powyższe, zastrzeżenie jest

jedynym odnoszącym się do formy. Z samej zaś ustawy (Pzp) można wynieść zasadę, iż skład orzekający Izby może dopuścić każdy dowód, który nie sprzeciwia się ustawie (art.188 ust. 3). Dodatkowo należy zauważyć, iż sankcjonowanie wymogu stawianego przez Przystępującego, mogłoby prowadzić do powstania zarzutu naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania uczestników postępowania, gdyż Zamawiający zgodnie z art.3 ust.1 cytowanego wyżej rozporządzenia składa do Prezesa Urzędu kopie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem przez kierownika zamawiającego lub osobę upoważnioną, z wyjątkiem wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert wykonawców, których nie dotyczą zarzuty zawarte w odwołaniu. Oryginały natomiast przedkłada podczas rozprawy jedynie do wglądu (ust.2).

Wracając zaś do meritum zarzutu należy stwierdzić, iż przedstawione dokumenty nie służą udowodnieniu tezy składania ofert przetargowych w innych postępowaniach po dacie zbycia przedsiębiorstwa, jak i tezy odnośnie fikcyjnego lub pozornego charakteru zbycia przedsiębiorstwa, nie można bowiem utożsamiać firmy przedsiębiorcy z nazwą przedsiębiorstwa, jak chce tego Odwołujący. Żaden przepis prawa nie zabrania przedsiębiorcy nazwać swojego przedsiębiorstwa tak samo jak firma, pod którą przedsiębiorca prowadzi działalność gospodarczą. Izba rozumie, że brak stosownej regulacji prawnej w tym zakresie może powodować trudności w rozróżnieniu czy dana czynność ma za przedmiot przedsiębiorstwo FW POLCOURT Marek Piotrowicz czy firmę FW POLCOURT Marek Piotrowicz. Jednakże z przedłożonej umowy zbycia przedsiębiorstwa należy bezsprzecznie wywieść, że przedmiotem obrotu było przedsiębiorstwo FW POLCOURT Marek Piotrowicz, a nie przekształcenie jednoosobowej działalności gospodarczej w spółkę prawa handlowego. Podkreślić należy, że przedsiębiorca nie musi prowadzić przedsiębiorstwa, aby móc prowadzić działalność gospodarczą, stąd z faktu niewyrejestrowania firmy FW POLCOURT Marek Piotrowicz z ewidencji działalności gospodarczej nie można wywieść, że czynność zbycia przedsiębiorstwa była fikcyjna. Nadto nie ma również zakazu prawnego prowadzenia więcej niż jednego przedsiębiorstwa w ramach prowadzonej działalności gospodarczej. Ponadto, należy zauważyć, iż Pan Marek Piotrowicz mógł zawrzeć umowę o pracę ze swoim dotychczasowymi pracownikami, jak i nabyć stosowny sprzęt. Z przedłożonego wykazu przez Odwołującego, nie można w sposób nie budzący wątpliwości wysnuć wniosku, iż jest to sprzęt zbytego przedsiębiorstwa. Brak jest stosownych numerów urządzeń jednoznacznie wskazujących na rzecz oznaczoną co do tożsamości.

Tym samym z faktu przedstawiania przez firmę FW POLCOURT Marek Piotrowicz referencji w innych postępowaniach nie można wywieść, że firma POLCOURT S.A. nie przejęła doświadczenia przedsiębiorstwa FW POLCOURT Marek Piotrowicz. Nadto Izba nie

ma prawa rozstrzygać o prawidłowości ofert składanych w postępowaniach o zamówienie publiczne nie będących przedmiotem protestu i odwołania. Na podstawie przedłożonej umowy oraz wyjaśnień Przystępującego Izba stwierdza, że Przystępujący miał prawo posługiwania się doświadczeniem nabytego przedsiębiorstwa, zaś ocena czy posługiwanie się przez firmę FW POLCOURT Marek Piotrowicz zbyłym doświadczeniem (o ile tego dowiódłby Odwołujący) wykracza poza ramy przedmiotowego postępowania. Fakt, iż brak jest stosownej regulacji prawnej pozwalającej na jednoznaczne rozróżnienie nazwy przedsiębiorstwa od firmy przedsiębiorcy, który może prowadzić do powstania niezastugujących na aprobatę praktyk handlowych, może być przez Izbę uznany jedynie jako postulat de lege ferenda, a Izba nie jest władna rozstrzygać ponad przepis obowiązującego prawa.

W związku z powyższym skład orzekający Izby uznał nie zasadnym pierwszy zarzut podniesiony przez Odwołującego, tak w jego aspekcie pierwszym (nie możliwości nabycia przedsiębiorstwa razem ze związanym z nim doświadczeniem i będącym jego emanacją referencjami w drodze sukcesji generalnej) jak i drugim, który w tym ostatnim wypadku nie został w sposób nie budzący wątpliwości wykazany.

Odnosnie zarzutu drugiego podniesionego przez Odwołującego, związanego z możliwością posługiwania się przez Wykonawcę, którego oferta została wybrana referencjami wystawionymi na Konsorcjum firm: F.W. POLCOURT Marek Piotrowicz w Gostyniu oraz Firma Zdzienicki, skład orzekający Izby uznał go za bezzasadny.

W SIWZ (Rozdz. III) zawarto regulację dotyczącą wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia o następującej treści: „Wykonawcy mogą ubiegać się wspólnie o udzielenie zamówienia, w takim przypadku złożona oferta spełniać musi m.in. następujące wymagania: w odniesieniu do wymagań postawionych przez Zamawiającego, wykonawcy muszą udokumentować, że łącznie spełniają warunki określone w art.22 ust.1 oraz każdy z wykonawców, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art.24 ust.1, 2 Pzp”. Dodatkowo w ramach wyjaśnień z dnia 28.12.2007 r. Zamawiający stwierdził, iż: „w przypadku wykonawców działających w ramach konsorcjum, Zamawiający zgodnie z SIWZ, oceniając spełnienie przedmiotowego warunku będzie brał pod uwagę łączne doświadczenie podmiotów tworzących konsorcjum. Zamawiający dopuszcza więc, jako spełniającą warunki udziału w przetargu ofertę konsorcjum, którego członkowie posiadają odrębne doświadczenie zawodowe w zakresie wykonawstwa boisk i odrębne w zakresie wykonawstwa instalacji oświetleniowych tzn. z nawierzchnia syntetyczną mogą składać łącznie z wykonawcami oświetlenia boisk syntetycznych zgodnie z przedmiotem zamówienia.”

Odnosnie stanu faktycznego będącego przedmiotem odwołania, skład orzekający Izby podziela stanowisko wyrażone w Wyrokach Zespołów Arbitrów z dnia 21 czerwca 2006

r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1752/06), z dnia 08.12.2006 r. (sygn. akt. UZP/ZO/0-2880/06) oraz z dnia 02.10.2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1173/07). Bezsprzecznie konsorcjantowi przysługuje prawo posługiwania się dokumentami (referencjami) udzielanymi z tytułu zrealizowania zadań przez konsorcjum, do wykazania swego doświadczenia, co spełnia wymagania z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp. Istnieje także możliwość korzystania z referencji nabytych od poprzedników prawnych. Niepodważalnym jest także fakt, iż skoro konsorcjant odpowiada solidarnie za należyte wykonanie całego zamówienia, to logiczną konsekwencją tego faktu jest możliwość posługiwania się dokumentami (referencjami), poświadczającymi wykonanie zamówienia, za które ponosi pełną odpowiedzialność. Wnioskowanie przeciwne stanowiłoby bowiem całkowite zaprzeczenie idei konsorcjum i czyniłoby to tę instytucję de facto bezcelową.

Stanowisko Odwołującego w tej kwestii jest błędne. Podawanie przykładów skrajnych na poparcie swojej argumentacji nie ma wpływu na charakter sytuacji mającej miejsce w tym stanie faktycznym. Inne stanowisko byłoby sprzeczne z celem łączenia doświadczenia w ramach konsorcjum, nie chodzi bowiem tylko o rozumienie doświadczenia prezentowane przez Odwołującego. Nie można bowiem odmówić konsorcjantowi prawa do doświadczenia nabytego w ramach konsorcjum przy inwestycji realizowanej jako całości, przy jednoczesnej zgodzie na zawiązywanie konsorcjum celem spełniania warunku określonego przez Zamawiającego. Powyższe działanie pozbawia bowiem konsorcjantów prawa do wykazywania się doświadczeniem w ramach wspólnie realizowanego przedsięwzięcia. Ponadto, co nie mniej istotne, a może nawet najważniejsze przyjęcie innego stanowiska jak prezentowane pozbawiałaby małe i średnie przedsiębiorstwa możliwości uzyskania tak cennego dla nich doświadczenia w obrocie gospodarczym. Powyższe mogłoby skutecznie wpłynąć na ewentualnych przyszłych konsorcjantów, którzy zostaną przez takie działania skutecznie odwiedzeni od zawiązywania nowych konsorcjów. Nadto, należy zauważyć iż, gdyby uznać za prawidłowe rozumowanie Odwołującego, to mały przedsiębiorca nigdy nie nabyłby doświadczenia, bo nawet gdyby zawiązał konsorcjum, to i tak wykazywałby doświadczenie w zakresie tego co sam zrealizował, a nie tego co było przedmiotem zamówienia. Przykłady Odwołującego, wskazują dobitnie, że doświadczenie rozumie on przez pryzmat zdobycia zawodu, a nie jak powinno się to rozumieć – doświadczenie w realizacji zamówienia publicznego. Doświadczenie w realizacji zamówienia publicznego nie powoduje, że geodeta staje się prawnikiem, a prawnik geodetą na skutek wspólnie realizowanego przedsięwzięcia, ale że „ten prawnik” w przypadku ogłaszania innego zamówienia publicznego, będzie miał wiedzę jakimi osobami musi dysponować aby je zrealizować, jaki sprzęt będzie mu potrzeby, ile środków musi zabezpieczyć na prefinansowanie realizacji zamówienia, w jaki czasie jest to zdolny wykonać i za jaką cenę, tak aby realizując zamówienie samodzielnie wykonał je z należyłą starannością. Zawiązanie

konsorcjów ma służyć temu, aby wykonawca zdobył doświadczenie w realizacji przedsięwzięcia, żeby zdobył środki na zakup niezbędnego sprzętu czy zatrudnienia osób. Odmowa prawa do powoływania się na doświadczenie zdobyte w ramach konsorcjum, pozbawiałaby go w rzeczywistości prawa do rozwoju własnej działalności gospodarczej. Nawet duzi przedsiębiorcy łączą się w konsorcja w celu realizacji skomplikowanych przedsięwzięć, w obrocie prawnym znane są holdingi czyli powiązania kapitałowe, które mogą w lepszy sposób pozwalać na oddziaływanie na rynek i pozyskiwanie rynków zbytu.

W związku z nie potwierdzeniem naruszenia przez Zamawiającego, art. 22 ust.1 pkt 2, art. 24 ust.1 pkt 10 i ust.4, art. 89 ust.1 pkt 2 i 5 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, uznając za uzasadnione koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 1000 zł biorąc pod uwagę nakład pracy.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*