

Sygn. akt: KIO 1087/14

**WYROK**  
**z dnia 13 czerwca 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:           Aneta Mlącka**

**Protokolant:               Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 czerwca 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 maja 2014 r. przez **Odwołującego** - Integra K. sp. z o.o., ul. Hutnicza 20, 81-061 Gdynia, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółka Akcyjna, ul. Senatorska 1, 30-106 Kraków

**orzeka:**

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** – Integra K. sp. z o.o., ul. Hutnicza 20, 81-061 Gdynia, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - Integra K. sp. z o.o., ul. Hutnicza 20, 81-061 Gdynia tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b 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 Krakowie.

**Przewodniczący:       .....**

Sygn. akt: KIO 1087/14

## UZASADNIENIE

Zamawiający Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A. prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę samochodu specjalistycznego do obsługi przepompowni ścieków. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2014/S 055-092780 z dnia 19 marca 2014r.

Odwołujący „INTEGRA” K. Sp. z o. o. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu go z postępowania, wyboru oferty najkorzystniejszej. Wniósł o unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności oceny ofert oraz oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, powtórzenie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający wymagał, aby wykonawca biorący udział w postępowaniu wykazał, że dysponuje wiedzą i doświadczeniem. W SIWZ postawił warunek, zgodnie z którym: „wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje nadal dostawy pojazdów specjalnych (pojazdów zbliżonych rodzajem do przedmiotu niniejszego zamówienia, tj. posiadających zbiornik na osad ze stali nierdzewnej polerowanej, kompresor krzywkowy typu Roots, system bębna z węzłem ssącym i z wysięgnikiem montowanym na zbiorniku) o wartości brutto każdego pojazdu nie mniej niż 1 000 000 zł.” (pkt. XII.3. siwz i III.2 3. Ogłoszenia o zamówieniu). W celu potwierdzenia spełnienia tego warunku, należało do oferty załączyć wykaz głównych wykonanych dostaw wraz z dowodami potwierdzającymi, że dostawy wykazane przez wykonawcę w Formularzu nr 2 zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Odwołujący w ofercie wykazał dostawę samochodu na rzecz Zakładu Wodociągów i Kanalizacji w Krynicy Zdroju o wartości 1.961.604,00 zł. Z załączonego dokumentu referencji wystawionego przez ZWiK Krynica Zdrój wynikało, że wykonawcą zamówienia była firma INTEGRA S. K., a więc podmiot inny niż Odwołujący. Zamawiający ocenił, że w ofercie nie znajdował się dokument potwierdzający prawo do dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego do realizacji zamówienia. Zamawiający w toku badania ofert stwierdził, że wykonawca Firma INTEGRA S. K., której doświadczeniem posługiwał się Odwołujący w celu wykazania spełnienia warunku posiadania doświadczenia, figuruje w prowadzonym na podstawie art. 154 pkt. 5a ustawy Prawo zamówień publicznych przez Prezesa Urzędu Zamówień w Publicznych wykazie wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, a szkoda ta została stwierdzona

prawomocnym orzeczeniem sądu. Zamawiający wezwał Odwołującego (tj. Integra K. Sp. z o.o.) do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu poprzez przedstawienie zobowiązania podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych i złożenia wyjaśnienia, w jaki sposób Odwołujący zamierza wykonywać zamówienie, skoro nie posiada wymaganej wiedzy i doświadczenia, a podmiot trzeci, którego doświadczeniem posługuje się Odwołujący, został wpisany na listę wykonawców, którzy wyrządzili szkodę nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie.

Odwołujący złożył następujące wyjaśnienia: „nie polegamy na zasobach innego podmiotu. (...) Warunek ten spełniamy samodzielnie, czego podstawą jest fakt, iż nasza spółka nabyła prawo do swobodnego dysponowania wszelkimi dobrami, w tym także wartościami niematerialnymi i prawnymi, należącymi uprzednio do Integra S. K..” W dalszej części Odwołujący poinformował, że Pan S. K. objął część udziałów w spółce Integra K. sp. z o.o., pokrywając ich objęcie wkładem niepieniężnym (aportem) w postaci przedsiębiorstwa Integra S. K.. „Nie ulega więc wątpliwości, że władaniu temu podlega także wiedza i doświadczenie nabyte przez Wspólnika. Firma Integra S. K. umieszczona na wykazie prowadzonym na podstawie art. 151 pkt. 5a ustawy nie istnieje i temat ten nie powinien podlegać dalszej kontynuacji i jego analizowaniu (...) nie korzystamy z jej zasobów bo stały się własnością naszej Spółki”.

W opinii Zamawiającego, za nabyte prawa niematerialne uznać należy także istniejący na dzień zawarcia umowy wniesienia aportu (1 czerwca 2012 r.) wpis na wykazie wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, który to wpis dotyczy firmy, jako nabywcy przedsiębiorstwa Integra S. K..

Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 154 pkt 5 tej ustawy. W jego opinii, wiedza i doświadczenie są nierozzerwalnie związane z przedsiębiorstwem, nie mogą być przedmiotem obrotu gospodarczego w oderwaniu od przedsiębiorstwa, doświadczenie jest składnikiem przedsiębiorstwa jako podmiotu i w związku z tym dzieli jego byt prawny, co znajduje swoje odzwierciedlenie w art. 55<sup>1</sup> oraz. 55<sup>2</sup> ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.).

W ocenie Odwołującego, czynność wykluczenia go z prowadzonego postępowania nie znajduje żadnych podstaw prawnych i jest wynikiem nowatorskiej interpretacji obowiązujących w tym zakresie przepisów prawa. Odwołujący wskazał okoliczność, że zgodnie z Uchwałą nr 3 Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Spółki pod nazwą „Integra” K. Sp. z o. o., podjętą w formie aktu notarialnego, wspólnik spółki, Pan S. K., objął

część jej udziałów, pokrywając je w całości wkładem niepieniężnym (aportem) w postaci przedsiębiorstwa pod nazwą INTEGRA S. K., stanowiącego zorganizowany zespół składników niematerialnych i materialnych. Odwołujący argumentował, że składniki te, w postaci między innymi wartości niematerialnych i prawnych, stały się częścią Spółki, która jest uprawniona do władania tymi składnikami. Władaniu temu podlegają także wiedza i doświadczenie nabyte przez Wspólnika. Firma ma więc prawo do posługiwania się wszelkimi dokumentami dotyczącymi Wspólnika, w tym także referencjami potwierdzającymi należyte wykonanie dostaw, jakie zostały wykazane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego, nadużyciem obowiązującego prawa jest twierdzenie Zamawiającego, wynikające z uzasadnienia faktycznego czynności wykluczenia z postępowania, wedle którego przez fakt nabycia przez spółkę podmiotu (jego wartości materialnych i niematerialnych), który figuruje w wykazie prowadzonym przez Prezesa UZP, miałby automatycznie skutkować podleganiu sankcjom wynikającym z art. 24 ust. 1 pkt. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący wskazał, że nie był i nie jest wykonawcą, który wyrządził szkodę nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, jak również nie figuruje w wykazie, o którym mowa w art. 154 pkt. 5a ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieistniejąca już firma INTEGRA S. K. nie jest wykonawcą w rozumieniu przepisów art. 2 pkt. 11 ustawy Prawo zamówień publicznych, który ubiega się o przedmiotowe zamówienie.

Odwołujący argumentował także, że w przepisach regulujących zasady udzielania zamówień publicznych nie ma miejsca na „domysły” i „dowolne interpretacje rozszerzające”, które w jego ocenie leżą u podstaw bezpodstawnej czynności wykluczenia z postępowania.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawo zamówień publicznych. Jest jednym z wykonawców, którzy złożyli ofertę w niniejszym postępowaniu, w przypadku potwierdzenia stawianych zarzutów miałby szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia.

W ocenie Izby bezzasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nie jest sporne pomiędzy stronami, że do spółki Integra K. sp. z o.o. wniesiono wkładem niepieniężnym (aportem) przedsiębiorstwo Integra S. K.. Odwołujący (Ingera K. sp. z o.o.) przejął wszystkie prawa i obowiązki przedsiębiorstwa Integra S. K.. Odwołujący złożył w ofercie dokumenty, w których powołał się na doświadczenie przedsiębiorstwa Integra S. K., jako na doświadczenie własne. Bezsporne pomiędzy stronami jest, że Odwołujący, przejąwszy wszystkie prawa i obowiązki przedsiębiorstwa Integra S. K., może powoływać się na doświadczenie tego przedsiębiorstwa jako na własne. W ocenie Izby, skoro Odwołujący powołuje się na doświadczenie przedsiębiorstwa Integra S. K., a doświadczenie to jest obarczone konsekwencjami wyroku sądowego, stwierdzającego wyrządzenie szkody w związku z działaniami tego przedsiębiorstwa, to Odwołujący powinien zostać wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji, za nabyte prawa niematerialne uznać należy także istniejący na dzień zawarcia umowy wniesienia aportu (1 czerwca 2012 r.) wpis w wykazie wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, który to wpis dotyczy firmy, jako nabywcy przedsiębiorstwa Integra S. K.. Podkreślenia wymaga fakt, że wiedza i doświadczenie są nierozzerwalnie związane z przedsiębiorstwem, nie mogą być przedmiotem obrotu gospodarczego w oderwaniu od przedsiębiorstwa, doświadczenie jest składnikiem przedsiębiorstwa jako podmiotu i w związku z tym dzieli jego byt prawny, co znajduje swoje odzwierciedlenie w art. 55<sup>1</sup> oraz art. 55<sup>2</sup> kodeksu cywilnego.

W ocenie Izby należy uznać, że wyrok sądu, który stwierdza, że wykonawca wyrządził szkodę wykonując zamówienie, powoduje, że wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania, nawet w sytuacji, gdy wyrok ten nie odnosi się do zamówienia, którym wykonawca legitymuje się w postępowaniu, ale odnosi się do innego zamówienia, realizowanego przez tego wykonawcę.

Wyrok taki stwierdza, że wykonawca nie posiada doświadczenia, które gwarantowałyby należyłą realizację zamówienia. Wyrok dotyczy więc wykonawcy i jego doświadczenia. Częścią przedsiębiorstwa spółki Odwołującego stało się przedsiębiorstwo, co do którego Odwołujący stwierdził, że jego doświadczenie jest doświadczeniem własnym Odwołującego. Skoro tak, to z pełną konsekwencją uznać należy, że doświadczenie to (na które powołuje się sam Odwołujący) jest obarczone konsekwencjami wyroku sądu, a więc dyskwalifikuje z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Faktem jest, że art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odnosi się do instytucji wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale

tego wykonawcy, który złożył ofertę. Jednakże podkreślenia wymaga, że Odwołujący wprost identyfikuje się z przedsiębiorstwem Integra S. K.. Odwołujący podkreślał, że wniesienie jako aportu przedsiębiorstwa Integra S. K. dało Odwołującemu możliwość posługiwania się doświadczeniem tego podmiotu jak własnym. Skoro więc doszło do nabycia tego przedsiębiorstwa przez Odwołującego, to Odwołujący nabył ogół praw i obowiązków tego przedsiębiorstwa, w tym także możliwość posługiwania się jego doświadczeniem. Odwołujący wraz z przedsiębiorstwem przejął także zasoby ludzkie tego przedsiębiorstwa, które przekładają się i są nierozzerwalnie związane z doświadczeniem nabytym w związku z prowadzeniem przedsiębiorstwa. Jednakże nabycie przedsiębiorstwa i przejęcie m.in. jego zasobów ludzkich musi odbyć się z pełnymi konsekwencjami, związanymi z faktem, że nabycie przedsiębiorstwa prowadzi do nabycia wszystkiego, co wchodzi w skład przedsiębiorstwa (art. 55<sup>2</sup> kodeksu cywilnego). Skoro tak, to Odwołujący przejął także wszelkie skutki związane z wydaniem prawomocnego wyroku sądowego, na mocy którego stwierdzono wyrządzenie szkody zamawiającego w związku z działaniami nabytego przez Odwołującego przedsiębiorstwa i obowiązek jej naprawienia. Tym samym należało uznać, że podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na marginesie Izba zauważa, że przyjęcie odmiennego rozwiązania mogłoby prowadzić do obejścia instytucji wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i zniwelować skutki wyroku sądowego stwierdzającego obowiązek naprawienia szkody przez wykonawcę, bez faktycznego naprawienia szkody.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu

odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....