

WYROK

z dnia 21 grudnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 grudnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez odwołującego: **Domena sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku-Białej** od czynności zamawiającego – **Jednostki Wojskowej nr 1328 z siedzibą w Bielsku - Białej,**

przy udziale wykonawcy **Agencji Ochrony Osób i Mienia GUARD-SERVICE sp. z o.o., z siedzibą w Poznaniu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego - Jednostkę Wojskową nr 1328 z siedzibą w Bielsku - Białej i nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 7.500 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez odwołującego - Domena sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku-Białej,
 - 2) dokonać wpłaty kwoty 11.338 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy trzysta trzydzieści osiem złotych zero groszy) przez zamawiającego - Jednostkę Wojskową nr 1328 z siedzibą w Bielsku – Białej na rzecz odwołującego - Domena sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku-Białej, stanowiącej uzasadnione koszty Strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do treści art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Bielsku - Białej**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759), którego przedmiotem jest *ochrona i monitoring obiektów, zakres I – budynek WKU Bielsko-Biała, zakres II – budynek klubu garnizonowego (domu żołnierza) Bielsko – Biała*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25 października 2010r. pod nr 344360-2010.

W dniu 02 grudnia 2010 r., zamawiający przesłał odwołującemu faksem informację o wyborze, jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę Guard-Service sp. z o.o., z siedzibą w Poznaniu, zwanego dalej „Przystępującym” oraz o odrzuceniu oferty odwołującego.

Wobec czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego, odwołujący wniósł w dniu 7 grudnia 2010r. odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Uzasadniając zarzuty odwołujący podnosił, że zamawiający odrzucił jego ofertę wskazując, iż nie odpowiada ona treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która w rozdziale III wymagała, aby wykonawca udowodnił odpowiednimi dokumentami, że wykonał minimum 2 tożsame z przedmiotem zamówienia zadania, o wartości co najmniej 80 000,00 zł. Zdaniem zamawiającego, odwołujący przedłożył wykaz usług i referencji dotyczący Spółdzielni DOMENA, a nie Spółki DOMENA Sp. z o. o. i dlatego, pomimo przedłożenia umowy przeniesienia własności przedsiębiorstwa Spółdzielni na Spółkę, oferta została odrzucona.

Wywodził, że w § 1 ust. 3 lit. e wskazanej wyżej umowy przeniesienia własności przedsiębiorstwa Spółdzielni na Spółkę, ustala się jednoznacznie, że wartości niematerialne i prawne, a tym samym koncesje, pozwolenia, decyzje, zaświadczenia i umowy zawarte w ramach zamówień publicznych wchodzi w skład przedsiębiorstwa i w wyniku przeniesienia własności zostały przejęte przez DOMENA Sp. z o. o., a więc nie ma żadnych przeszkód prawnych, aby spółka ta posługiwała się referencjami przejętej spółdzielni. Powoływał się na opinię prawną, zamieszczoną na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych, w której stwierdza się, że nowo zawiązana spółka ma prawo posługiwać się referencjami wystawionymi na spółkę przejmowaną. Przez analogię będzie to dotyczyło także przejmowanej spółdzielni. Wskazywał, że w przywoływanej opinii zwraca się uwagę, iż jeżeli w skład majątku przejmowanego podmiotu, wchodzi 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 wstępuje z dniem przeniesienia w wyniku sukcesji generalnej w te prawa i obowiązki. Taka sytuacja miała miejsce w przypadku DOMENA Sp. z o. o., na dowód czego złożył wykaz umów o zamówienia publiczne, stanowiący załącznik do umowy przeniesienia własności przedsiębiorstwa. Według tej opinii nie ma żadnych wątpliwości, że doświadczenie, renoma i indywidualny dorobek przedsiębiorstwa, a także referencje stanowią niematerialne elementy przedsiębiorstwa, są niezbywalne i jako takie dzielić będą byt prawny z przedsiębiorstwem i z dniem przeniesienia przechodzą do nowego podmiotu.

Podnosił, że powyższa opinia przywołuje również wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 21.06.2006 roku (sygn. akt UZP/ZO/0-1752/06), który stwierdza, że jeżeli przedsiębiorstwo zostało nabyte w myśl art. 55¹ i art. 55² Kc, co miało miejsce w przypadku DOMENA sp. z o. o., to nowy podmiot może posługiwać się referencjami przejętego przedsiębiorstwa.

Niezależnie od powyższego, wskazywał, że inne stanowisko w tej sprawie byłoby niezgodne z nowymi regulacjami zawartymi w ustawie Prawo zamówień publicznych, która w art. 26 ust. 2b dopuszcza możliwość korzystania przez wykonawcę z wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego itp. innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Tak więc, przejęcie przedsiębiorstwa tym bardziej daje podstawę do korzystania z doświadczenia przejętego przedsiębiorstwa. W związku z powyższym, wywodził, że zamawiający naruszył art. 82 ust. 3 cytowanej ustawy, bowiem wbrew twierdzeniom zamawiającego, oferta odwołującego była zgodna z SIWZ i nie było podstawy do stosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. W związku z tym zamawiający powinien na podstawie art. 91 ust 1 ustawy, wybrać ofertę odwołującego jako najkorzystniejszą.

Jednocześnie wywodził, że zamawiający popełnił błąd, albowiem na podstawie art. 26 ust. 3 cytowanej ustawy, powinien był wezwać odwołującego do złożenia wymaganego wykazu usług i referencji na DOMENA Sp. z o. o. jeśli uznał, że przedłożone dokumenty wystawione na Spółdzielnię DOMENA są niezgodne z SIWZ.

W oparciu o powyższą argumentację odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego.
- 2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert.
- 3) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z SIWZ.

Zamawiający w dniu 6. grudnia 2010 r. przesłał faksem pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia kopię odwołania wzywając ich do

przystąpienia do postępowania odwoławczego. Przystępujący otrzymał kopię odwołania i wezwanie do przystąpienia do postępowania odwoławczego w dniu 6 grudnia 2010r.

Przystępujący zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego doręczając przystąpienie Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej w dniu 9 grudnia 2010 r. Termin 3 dniowy, określony w art. 185 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, został zatem zachowany.

W uzasadnieniu zgłoszenia przystępujący argumentował, że zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego oraz iż ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, albowiem jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

W oparciu o powyższą argumentację przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofertę złożoną przez odwołującego, treść odwołania, zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i uczestników postępowania, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ustalono również, że odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, uprawniający go do złożenia odwołania, a także może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W rozdziale III SIWZ Zamawiający postanowił, że warunkiem udziału w postępowaniu jest posiadanie doświadczenia w wykonywaniu tego rodzaju zadań: tj. wykonanie lub wykonywanie minimum 2 tożsamyh z przedmiotem zamówienia zadań o wartości co najmniej 80.000,00 zł brutto rocznie (słownie: osiemdziesiąt tysięcy złotych 00/100) każda , w obiektach

użyteczności publicznej lub podobnych o liczebności pracowników nie mniejszej niż 20 osób w ciągu ostatnich 3 lat, potwierdzone odpowiednimi dokumentami, z których wynika, że usługi o tej wartości były wykonane lub są wykonywane należycie.

Zgodnie z treścią pisma z dnia 2 grudnia 2010 r. (zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu ofert), zamawiający poinformował, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu wskazał, iż odwołujący w swojej ofercie przedstawił 5 referencji, z których żadna nie może być brana pod uwagę jako spełniająca warunki SIWZ, powołując się na załączoną do zawiadomienia opinię prawną. W opinii tej wskazano, że cztery ze złożonych przez odwołującego referencji nie zostały wystawione na rzecz Domena sp. z o.o., zaś jedna z referencji wystawiona przez Prokuraturę Okręgową w Bielsku-Białej na rzecz Domena sp. z o.o. zawiera błąd, ponieważ we wskazanym okresie Domena sp. z o.o. jeszcze nie istniała. W opinii tej wskazano również, że definicja przedsiębiorstwa, określona w art. 55¹ kodeksu cywilnego nie pozwala na przyjęcie, iż referencje wystawione na poprzednie przedsiębiorstwo (spółdzielnię Domena) mogą się wprost odnosić do podmiotu, który przejął przedsiębiorstwo (Domena sp. z o.o.).

Na podstawie oferty wykonawcy skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący na str. 97 oferty (wykaz usług) podał 5 wykonanych lub wykonywanych usług w zakresie ochrony fizycznej osób i mienia. Do tego wykazu na stronie 98-102 oferty zostało załączonych 5 szt. Referencji, potwierdzających należyte wykonanie (wykonywanie) usług wymienionych w wykazie.

Cztery spośród pięciu referencji załączonych do wykazu zostały wystawione przez zleceniodawców na rzecz Spółdzielni Domena, natomiast jedna na rzecz Domena sp. z o.o.

Do oferty załączono sporządzoną w formie pisemnej z podpisami notarialnie poświadczonymi umowę przeniesienia własności przedsiębiorstwa spółdzielni na spółkę z dnia 26 stycznia 2010 r. Przedmiotem tej umowy było przeniesienie z dniem 1 lutego 2010 r. składników materialnych i niematerialnych przedsiębiorstwa Spółdzielni Domena na rzecz Domena sp. z o.o. w trybie art. 55¹ KC z wyłączeniem gotówki w kwocie 100.000 zł, która przeznaczona jest na pokrycie kosztów likwidacji Spółdzielni oraz 100 udziałów posiadanych przez Spółdzielnię jako udziałowca w Domena sp. z o.o. o łącznej wysokości 5.000 zł. W § 1 ust. 3 lit. e przywoływanej wyżej umowy wskazano, że w skład przedsiębiorstwa wchodzi m.in. wartości niematerialne i prawne, a w tym m.in. koncesje, pozwolenia, decyzje, zaświadczenia, a także umowy zawarte w ramach zamówień publicznych. Ponadto, w myśl § 1 ust. 3 lit. a umowy

spółka po przeniesieniu własności przedsiębiorstwa przejmie w trybie art. 23¹ Kodeksu pracy pracowników spółdzielni.

Mając na względzie tak ustalony stan faktyczny, w pierwszej kolejności skład orzekający Izby stwierdził, iż w podanych okolicznościach faktycznych Zamawiający błędnie zastosował przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Przywoływany przez zamawiającego przepis stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę, gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Odrzucenie oferty na podstawie tego przepisu następuje wyłącznie w razie braku spełnienia przez oferowane świadczenie (treść oferty) opisanych w SIWZ wymagań merytorycznych zamawiającego (treść SIWZ). Stanowisko takie znajduje odzwierciedlenie w ugruntowanym orzecznictwie, w którym podkreśla się, że *Treść sinx to, przede wszystkim, zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis potrzeb i wymagań Zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.*” (por. wyrok KIO z dnia 8 września 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 883/08). Z ustaleń faktycznych poczynionych przez Izbę wynika natomiast, iż de facto podawane przez zamawiającego uzasadnienie faktyczne podstawy odrzucenia oferty, dotyczy w świetle ustawy, podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania, gdyż zarzuty dotyczą dokumentów, składanych na potwierdzenie opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnego doświadczenia. Zatem takie ustalenie mogłoby stanowić tylko podstawę ewentualnego wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4, z uwzględnieniem przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, i to z kolei uzasadniałoby, w świetle przepisu art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, uznanie takiej oferty za odrzuconą. Ewentualne niewykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie stanowi bowiem podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Rozstrzygając w przedmiocie spornej kwestii, dotyczącej braku wykazania przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego – skład orzekający Izby stwierdził, że warunek wymagany postanowieniem rozdziału III SIWZ został przez odwołującego potwierdzony.

Spór pomiędzy Stronami wymagał rozstrzygnięcia zagadnienia, czy nabywca przedsiębiorstwa może ubiegać się o udzielenie zamówienia, powołując się na nabyte wraz z przedsiębiorstwem niezbędną wiedzę i doświadczenie w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, albowiem, co wyjaśniono na rozprawie, tylko w tym zakresie zamawiający kwestionował dokumenty złożone przez odwołującego.

Zgodnie z art. 55¹ Kodeksu Cywilnego *Przedsiębiorstwo jest zorganizowanym zespołem składników niematerialnych i materialnych przeznaczonym 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.*

Ponadto, w myśl art. 55² Kodeksu Cywilnego *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.*

Izba stwierdziła, że katalog składników materialnych i niematerialnych służących do prowadzenia działalności gospodarczej, wymienionych w art. 55¹ KC nie ma charakteru zamkniętego, na co wskazuje użyte w tym przepisie sformułowanie „w szczególności”. W piśmiennictwie akcentuje się szerokie rozumienie pojęcia przedsiębiorstwa po nowelizacji przepisu art. 55¹ KC dokonanej przez ustawodawcę w roku 2003 r. Zgodnie z tym rozumieniem, do składników niematerialnych służących do prowadzenia działalności gospodarczej wchodzących w skład przedsiębiorstwa zalicza się m.in. dobrą renomę przyciągającą odbiorców, posiadanie odbiorców dóbr i usług. Co więcej, w piśmiennictwie zwraca się uwagę, że składniki te nie tylko wpływają na wartość przedsiębiorstwa, ale wręcz determinują jego istnienie, a więc mają charakter podstawowy. *Uznając przedsiębiorstwo za zorganizowany zespół składników niematerialnych i materialnych przeznaczony do prowadzenia działalności gospodarczej, a nie tylko "realizacji określonych zadań gospodarczych", jak było to ujęte przed nowelizacją, wskazuje się na funkcjonalny organizm gospodarczy. Chodzi o zespół składników, w którym przeważa pierwiastek niematerialny, będący istotą przedsiębiorstwa. Za decydujące trzeba uznać posiadanie odbiorców oferowanych dóbr i usług, czyli klienteli i renomy przyciągającej odbiorców.”* (por. Komentarz do art. 55(1) kodeksu cywilnego (Dz.U.94.16.93), [w:] B. Giesen, W.J. Katner, P. Księżak, B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, R. Majda, E. Michniewicz-Broda, T. Pajor, U. Promińska, M.

Pyziak-Szafnicka, W. Robaczyński, M. Serwach, Z. Świdorski, M. Wojewoda, Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz, LEX, 2009.).

W skład przedsiębiorstwa może wchodzić szereg czynników nawet niekiedy nieuchwytnych, trudno mierzalnych, niewymiernych, takich jak rynek czy klientela (A. Kidyba, Prawo handlowe, Warszawa 2008, s. 34, zwraca jeszcze uwagę na lokalizację, dobrą bądź złą renomę). Bez wspomnianych czynników trudno byłoby wyobrazić sobie przedsiębiorstwo, a można zaryzykować twierdzenie, że wspomniane czynniki determinują istnienie przedsiębiorstwa, a nie tylko wpływają na jego wartość. Gdyby nie rynek i klientela przedsiębiorstwo nie tylko nie mogłoby osiągać zysków, ale w ogóle nie mogłoby generować przychodów, a są one podstawą zakwalifikowania w określony sposób zestawionej substancji do kategorii przedsiębiorstwa. (por. Komentarz do art. 55(1) kodeksu cywilnego, [w:] A. Kidyba (red.), K. Kopaczyńska-Pieczniak, E. Niezbecka, Z. Gawlik, A. Janiak, A. Jedliński, T. Sokołowski, Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna, LEX, 2009.)

W piśmiennictwie i judykaturze prawa cywilnego nie wyróżnia się odrębnego składnika niematerialnego przedsiębiorstwa w postaci „wiedzy i doświadczenia”. Tym niemniej przyjmuje się, że pojęcie „wiedza” zawiera takie składniki niemajątkowe przedsiębiorstwa jak: know-how, oraz tajemnice przedsiębiorstwa. Z kolei przez doświadczenie należy natomiast rozumieć wcześniejsze świadczenie usług (dostaw, robót budowlanych) na bazie przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym, które pokrywają się z usługami (dostawami, robotami budowlanymi) objętymi postępowaniem o zamówienie publiczne. Ściśle z wyżej wymienionym doświadczeniem łączy się goodwill czy też dobra marka przedsiębiorstwa wykonawcy (tak m.in. Grzegorz Jędrejek, Wymóg niezbędnej wiedzy i doświadczenia w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w: *Kwartalnik PZP Numer 3(18)/2008*).

Referencje wystawiane przez zleceniodawców dostaw, usług i robót budowlanych są niczym innym jak zewnętrznym wyrazem dobrej renomy podmiotu oraz jego doświadczenia zawodowego i organizacyjnego (know-how) i niewątpliwie stanowią składnik majątku przedsiębiorstwa. Wobec powyższego w piśmiennictwie i orzecznictwie ukształtował się pogląd, podzielany również przez skład orzekający Izby w niniejszej sprawie, iż w przypadku zbycia przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym (np. sprzedaż przedsiębiorstwa, wniesienie przedsiębiorstwa do spółki w formie wkładu niepieniężnego - aportu), nabywca przedsiębiorstwa może posługiwać się w toku postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego referencjami wystawionymi na zbywcę przedsiębiorstwa. Stanowisko takie zajął m.in. Sąd Najwyższy, który odpowiadając na pytanie czy nabywca przedsiębiorstwa może ubiegać się o udzielenie zamówienia, powołując się na nabyte wraz z przedsiębiorstwem niezbędną wiedzę i doświadczenie w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych, w postanowieniu z dnia 7

października 2008 r. (sygn. akt III CZP 87/08) uznał, iż *Nie może ulegać wątpliwości, że w przypadku skutecznego nabycia przedsiębiorstwa składniki niematerialne, w tym związane z wiedzą i doświadczeniem przechodzą na nabywcę. Konieczne jest zatem w każdym wypadku rozstrzygnięcie, czy doszło do nabycia przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55² k.c. Nabycie przedsiębiorstwa ma miejsce bowiem wówczas, gdy możliwe jest kontynuowanie dotychczasowej działalności gospodarczej. W każdym zatem przypadku zbycia przedsiębiorstwa dochodzi do przejścia na nabywcę także składnika niemajątkowego, jakim jest wiedza i doświadczenie.* Stanowisko takie wyraziła również KIO w wyroku z dnia 22 lutego 2008r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 99/08.

Skład orzekający Izby w niniejszym postępowaniu stwierdził, iż odwołujący Domena sp. z o.o. złożył wraz z ofertą dokumenty wskazujące na fakt nabycia przedsiębiorstwa spółdzielni Domena, z której działalnością gospodarczą związane jest doświadczenie, na które Domena sp. z o.o. powołuje się w toku postępowania. Przedłożył bowiem wraz z ofertą umowę nabycia przedsiębiorstwa spółdzielni Domena, w trybie art. 55¹ KC, z której jednoznacznie wynika, iż miało miejsce zbycie przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55¹ KC, o czym stanowi § 1 przywoływanej umowy. Umowa ta została zawarta w przewidzianej prawem formie tj. formie pisemnej z podpisami notarialnie poświadczonymi (art. 75¹ KC). Zważywszy na wyłączenie jedynie dwóch składników przedsiębiorstwa Spółdzielni Domena (tj. gotówki w kwocie 100.000 zł, która przeznaczona jest na pokrycie kosztów likwidacji Spółdzielni oraz 100 udziałów posiadanych przez Spółdzielnię jako udziałowca w Domena sp. z o.o. o łącznej wysokości 5.000 zł - § 1 ust. 2 umowy) należy przyjąć, w świetle przepisu art. 55² KC, iż nastąpiło zbycie wszystkich pozostałych składników przedsiębiorstwa, w tym również doświadczenia, którego przejawem są referencje. Ponadto niewątpliwym jest, iż Domena sp. z o.o. kontynuuje dotychczasową działalność gospodarczą spółdzielni Domena, co podnosił na rozprawie odwołujący, a czemu nie zaprzeczył zamawiający.

W konsekwencji należało uznać, iż Domena sp. z o.o., jako nabywca przedsiębiorstwa spółdzielni Domena może ubiegać się o udzielenie zamówienia, powołując się na nabyte wraz z tym przedsiębiorstwem niezbędną wiedzę i doświadczenie w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W konsekwencji decyzję Zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należało uznać za nieprawidłową. Potwierdził się zatem podnoszony przez odwołującego zarzut błędnej interpretacji i niewłaściwego zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W wykonaniu niniejszego wyroku zamawiający zobowiązany jest unieważnić czynność odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzyć czynność badania i oceny ofert z

uwzględnieniem oferty odwołującego. Decyzja ta powinna być poprzedzona czynnością unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej. Oceniając ponownie dokumenty złożone przez odwołującego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu zamawiający winien uwzględnić treść niniejszego wyroku wraz z uzasadnieniem.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba uznała, że wykazane naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, albowiem w wyniku tego naruszenia odwołujący może zostać pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia publicznego.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

Izba uznała jako uzasadnione i uwzględniła koszty odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3600,00 zł, oraz z tytułu dojazdu na posiedzenie (rozprawę) Izby w wysokości 238,00 złotych na podstawie odpowiednio rachunku oraz biletów kolejowych złożonych do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....