

WYROK

z dnia 31 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 31 sierpnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 sierpnia 2017 r. przez wykonawcę **Konsorcjum: Marat sp. z o.o., MMC Poland sp. z o.o., ul. Brzezińska 8A, 44-203 Rybnik** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Polska Grupa Górnicza sp. z o.o., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: FAMUR S.A., Mining Equipment Finance Sp. z o.o., ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu:
 - a) uchylenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,
 - b) uchylenie czynności wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty,
 - c) uchylenie czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej,
 - d) uchylenie czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej,
 - e) powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Polska Grupa Górnicza sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsorcjum: Marat sp. z o.o., MMC Poland sp. z o.o., ul. Brzezińska 8A, 44-203 Rybnik** tytułem wpisu od odwołania.

2.1 Zasądza od zamawiającego - **Polska Grupa Górnicza sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** na rzecz **Konsorcjum: Marat sp. z o.o., MMC Poland sp. z o.o., ul. Brzezińska 8A, 44-203 Rybnik** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Polska Grupa Górnicza sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest Leasing finansowy wraz z dostawą nowych przenośników zgrzeblowych ścianowych i podścianowych oraz lekkich i pomocniczych dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej sp. z o.o., nr sprawy: 421600906, zadanie nr 5

Odwołujący - konsorcjum firm: Marat sp. z o.o. i MMC Poland sp, z o.o., lider - Marat sp. z o.o. Rybnik wniósł odwołanie na:

- a) czynność badania i oceny ofert, w szczególności oferty Odwołującego, skutkującej uznaniem, że Odwołujący podlega wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu;
- b) czynność wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty;
- c) zaniechanie polegające na niezaproszeniu Odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia objętego procedurą ustawy Prawo zamówień publicznych, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego
- d) czynność polegającą na przeprowadzeniu aukcji elektronicznej bez udziału wszystkich wykonawców, których oferty nie podlegały odrzuceniu i tym samym pozbawienie Odwołującego możliwości zaoferowania w toku aukcji najkorzystniejszej ceny.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p., zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz w wyniku tego – także

art. 89 ust. 1 pkt 5 p.z.p., zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, podczas gdy Odwołujący nie podlegał wykluczeniu, a jego oferta złożona w niniejszym postępowaniu nie podlegała odrzuceniu;

art. 91 b ust, 1 p.z.p., zgodnie z którym Zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, tymczasem w niniejszym postępowaniu Zamawiający zaprosił jedynie 5 wykonawców, informując wprost, że Odwołujący nie zostanie zaproszony.

Z uwagi na powyższe, wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

- a) uchylenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,
- b) uchylenie czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty,
- c) uchylenie czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej,
- d) uchylenie czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej,

- e) powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,
- f) wystosowania ponownego zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej, uwzględniającego tym razem Odwołującego,
- g) ponownego przeprowadzenia aukcji elektronicznej - tym razem w sposób prawidłowy, z udziałem wszystkich wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu, w tym Odwołującego,

Odwołujący - MMC Poland Sp, z o.o. - posiada interes w złożeniu odwołania, ponieważ wskutek uznania przez Zamawiającego, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu i zaniechania w związku z tym przez Zamawiającego zaproszenia Odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej, Odwołujący został pozbawiony możliwości uczestniczenia w aukcji i zaproponowania Zamawiającemu oferty najkorzystniejszej, uzyskania zamówienia, podpisania umowy oraz wykonywania zamówienia publicznego. Odwołujący jest podmiotem uprawnionym na mocy art. 179 ust. 1 p.z.p. do wniesienia odwołania.

UZASADNIENIE I Dnia 09.08.2017r. Zamawiający powiadomił wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty na realizację zamówienia, w zakresie zadania nr 5 o tym, że do udziału w aukcji elektronicznej zostaną zaproszeni wykonawcy: a) Konsorcjum: Famur S.A. i Mining Equipment Finance sp. z o.o. b) Joy Global (Poland) sp. z o.o. c) Urządzenia i Konstrukcje S.A. d) Konsorcjum: Patentus S.A., Symatech Sp. z o.o., Chitec S.A. i Promet sp. z o.o. e) Becker Warkop sp. z o.o. oraz nie zostanie zaproszony wykonawca: a) Konsorcjum: Marat sp. z o.o. i MMC Poland Sp. z o.o. Następnie, nie czekając na złożenie ewentualnego odwołania przez konsorcjum: Marat sp. z o.o. i MMC Poland Sp. z o.o., wyznaczył termin licytacji na dzień 16.08.2017r. Licytacja odbyła się w zaplanowanym terminie, wzięło w niej udział 5 zaproszonych wykonawców, a jej wyniki zostały opublikowane przez Zamawiającego tego samego dnia. Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty do dnia dzisiejszego nie zostało jeszcze przesłane.

II. STAN PRAWNY - W ocenie Odwołującego, błędna ocena oferty Odwołującego i wynikające z tego uznanie Odwołującego za podlegającego wykluczeniu, a jego oferty - za podlegającą odrzuceniu, skutkowało podjęciem błędnej decyzji o niezaproszeniu Odwołującego do udziału w aukcji, co z kolei prowadzi do wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty Odwołującego, co jest niezgodne z przepisami ustawy p.z.p, art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 89 ust. 1 pkt 5 pzp. W oparciu o uzasadnienie decyzji o niezaproszeniu Odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej, zawarte w piśmie doręczonym faksem dnia 09.08.2017r. wnioskować można, iż Zamawiający dokonał już oceny ofert i uznał, że Odwołujący podlega wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu. Wobec zamieszczenia w piśmie przez Zamawiającego rozbudowanego uzasadnienia niezaproszenia do aukcji

Odwołującego, ze stwierdzeniem na końcu, że „Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania, gdyż nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, a ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą”, Prawdą jest, że Zamawiający wezwał w dniu 14.07.2017r. Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia oraz spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczące m.in. zdolności technicznej lub zawodowej, a także to, że Odwołujący w dniu 24.07.2017r. złożył wymagane dokumenty. Ponieważ po ich analizie, Zamawiający nabrał wątpliwości odnośnie relacji pomiędzy datą założenia spółki udostępniającej zasoby, a datą realizacji zamówień zawartych w wykazie dostaw - pismem z dnia 28.07.2017r. wezwał Odwołującego do wyjaśnienia i uzupełnienia oferty. Z uwagi na okoliczności, z których wynikała rozbieżność pomiędzy datami, kluczowe było wyjaśnienie zamawiającemu przyczyn takiej sytuacji oraz potwierdzenie, że wystawione referencje oraz wykaz dostaw są prawidłowe. Zarzut, że Odwołujący „nie złożył wymaganych dokumentów” jest chybiony. Dokumenty były złożone po pierwszym wezwaniu i nie było potrzeby składania ich ponownie, czy też składania innych referencji niż wcześniej złożone i zmiana wykazu dostaw. Przedłożone referencje były właściwe, wykaz dostaw prawidłowy, a jedynie okoliczności związane ze zmianą spółki PSC Corum Ukraina (S.A.) na Corum Ukraina LLC (Sp. z o.o.) wymagały dodatkowego wyjaśnienia, co Odwołujący uczynił. Skomplikowana sytuacja polityczno-militarna na Ukrainie, przejście władzy przez separatystów, akty terroru, walki i brak możliwości normalnego prowadzenia działalności gospodarczej spowodowały, że spółka Corum Ukrainę S.A. w Doniecku w praktyce nie mogła dłużej funkcjonować - trzeba było założyć w Kijowie nową spółkę (Corum Ukrainę sp. z o.o.) i to ona kontynuuje działalność poprzedniej spółki. Nowa spółka zatrudnia pracowników poprzedniej spółki i to oni stanowią jej „kapitał” w postaci wiedzy i doświadczenia, który został przejęty, a następnie udostępniony w ramach przetargu nr 421600906 Odwołującemu. Zgodnie z treścią opinii UZP dotyczącej ustawy pzp zamieszczonej na stronie internetowej Urzędu, „w pewnych przypadkach „wiedza i doświadczenie mogą być też związane, nie tyle z przedsiębiorstwem, ile z osobą samego przedsiębiorcy albo z pracownikami przedsiębiorstwa i w efekcie należy je zaliczać do dóbr osobistych zbliżonych do wymienionych w art. 23 Kc dóbr, takich jak twórczość naukowa, artystyczna, wynalazcza i racjonalizatorska”. () W takiej sytuacji, podmiot, który przejął pracowników może posługiwać się referencjami zdobytymi przy ich udziale, w celu wykazania się wiedzą i doświadczeniem w tym zakresie. Taka sytuacja miała miejsce w niniejszym przypadku. W oparciu o przepisy obowiązujące na Ukrainie, wydane zostało zarządzenie o zwolnieniu pracowników z Corum Ukrainę S.A. z dniem 02.11.2015 i przeniesienie ich do Corum Ukrainę Sp. z o.o, z dniem 03.11.2015. W realizacji umów przez obie spółki w praktyce uczestniczyły te same osoby. Wcześniej zawarte umowy z dłuższym

terminem realizacji (ramowe, czy serwisowe) były przejmowane do dalszej realizacji przez nową spółkę nie tylko w praktyce, ale i formalnie, a kontrahenci akceptowali ten fakt, rozumiejąc szczególną sytuację jaka miała miejsce i doceniając wolę wywiązania się z wcześniejszych zobowiązań. W przypadku dostaw, czas realizacji był na tyle krótki, że umów w toku już nie zmieniano, dlatego referencje wystawione zostały jeszcze na spółkę z siedzibą w Doniecku, która umowę podpisała, chociaż realizacja dostawy odbywała się już przez spółkę z Kijowa. Nie zmienia to faktu, że realizacja wszystkich umów objętych wykazem dostaw załączonym do oferty Odwołującego, następowała poprzez tych samych pracowników, a zatem referencje udzielone dla S.A. pozostają aktualne dla sp. z o.o. Z tego powodu Odwołujący nie mógł załączyć innych dokumentów na wezwanie Zamawiającego - innych referencji dotyczących przedmiotowych dostaw niż te, które Zamawiający już otrzymał - nie było i nie ma. Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że wskazanie przez Zamawiającego w piśmie, że „wykonawca na wezwanie nie złożył żadnych dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw przez Corum Ukrainę sp. z o.o.” jako uzasadnienie podlegania wykluczeniu było niesłuszne. Wykonawca przedstawił dokumenty potwierdzające należyte wykonanie dostaw przez Corum Ukrainę S.A., oraz dokładnie (dwukrotnie) wyjaśnił przyczyny i okoliczności kontynuowania działalności gospodarczej Corum Ukrainę S.A. przez Corum Ukrainę sp. z o.o., które przejęło ludzi i uzyskane w wyniku ich pracy referencje. Informację w tym temacie zamieścił także podmiot udostępniający zasoby, już w treści oświadczenia o udostępnieniu (Załącznik nr 6). Jeżeli Zamawiający miałby wątpliwości odnośnie tej relacji - winien wezwać Odwołującego o dodatkowe informacje, czy dowody na potwierdzenie kontynuacji działalności, czego nie uczynił - pominął milczeniem przedstawione wyjaśnienia i stwierdził brak złożenia referencji. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 5 pzp.) - przepis ten Zamawiający naruszył w konsekwencji wcześniejszego uznania, że Odwołujący podlegał wykluczeniu. Z tego powodu, argumentacja merytoryczna sprowadza się do wykazania braku podstaw do wykluczenia Odwołującego, a dalsze działania były tylko skutkiem wcześniejszego błędu. art. 91b ust. 1 pzp Zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. Zdaniem Odwołującego, jego oferta również nie podlegała odrzuceniu (co zostało uzasadnione powyżej), tymczasem w niniejszym postępowaniu Zamawiający zaprosił do udziału w aukcji jedynie 5 wykonawców, informując wprost, że Odwołujący nie zostanie zaproszony. Błędnie uznając, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, Zamawiający naruszył art. 91b ust. 1 pzp nie zapraszając do udziału w aukcji wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty dla zadania nr 5, bowiem w rzeczywistości

żadna z ofert nie podlegała odrzuceniu. Zamawiający pozbawił Odwołującego szansy na składanie postąpień i złożenie najlepszej oferty cenowej. Zwracam uwagę, iż kryterium oceny ofert była nie tylko cena (waga 97%), ale też okres gwarancji (waga 3%). Oferta Odwołującego zawierała maksymalną wymaganą gwarancję, zatem uzyskalaby maksymalną liczbę punktów za to kryterium. Tym samym, szanse na uzyskanie zamówienia przy odpowiednim składaniu postąpień w toku licytacji były znaczne, zwłaszcza biorąc pod uwagę, że wstępna oferta cenowa Odwołującego była sklasyfikowana wyżej, niż oferta z najwyższą liczbą punktów po aukcji (konsorcjum Famur S.A. i Mining Equipment Finance sp. z o.o.). Mając na uwadze przytoczone okoliczności i argumenty, stwierdzić należy, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia Ustawy i odwołanie jest uzasadnione.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie jako bezzasadnego. Stwierdził, że wykluczenie odwołującego z postępowania było w pełni uzasadnione, gdyż nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wskazał na warunki udziału określone w cz. VIII siwz. Przypomniął, że 14 lipca 2017 r. działając na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy pzp wezwał wszystkich wykonawców do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący dnia 24 lipca złożył dokumenty, z których wynikało, że wykonawca MMC Poland sp. z o.o. polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych podmiotu CORUM Ukraine sp. z o.o. z siedzibą w Kijowie, na Ukrainie. Jak wynika z wyciągu z Jednolitego państwowego rejestru podmiotów prawnych, osób fizycznych – przedsiębiorców i organizacji społecznych złożonego z dokumentami, spółka ta została zarejestrowana dnia 8 lipca 2015 r. Zamawiający po dokonaniu analizy wykazu dostaw z referencjami stwierdził, że w poz. 1 wyszczególniono wykonanie dostawy przenośnika zgrzeblowego ścianowego dla Corum Ukraina w okresie 1 marca 2014 r. do 13 sierpnia 2014 r. tj. przed powstaniem spółki oraz dla pozycji 2 i 3 dostawy trzech przenośników ścianowych dla Corum Ukraina w okresach od 10 lutego 2016 do 26 lutego 2016 i od 26 listopada 2015 do 27 listopada 2015 r. tj. po zarejestrowaniu spółki.

W związku z powyższymi wątpliwościami, czy złożone referencje rzeczywiście potwierdzają wykonanie dostaw przez Corum Ukraine sp. z o.o. zamawiający pismem z 28 lipca 2017 r. wezwał odwołującego do uzupełnienia oferty w zakresie poz. 2 i 3 lub tylko poz. 3 wykazu wykonanych dostaw, o referencje wystawione na wykonawcę, który zobowiązał się udostępnić posiadane zasoby tj. spółkę Corum z siedzibą w Kijowi lub inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane tj. np. umowy wraz z aneksami, o których mowa w złożonym w ofercie zobowiązaniu innego podmiotu (zał. 6 do siwz), protokołami odbioru wraz z fakturami w celu potwierdzenia należytego wykonania

dostaw. Wykonawca mógł także złożyć nowy wykaz dostaw wraz dowodami potwierdzającymi należyte ich wykonanie.

Wykonawca nie złożył żadnych dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw przez Corum Ukraine sp. z o.o. (LLC, TOV Corum Ukraina).

W piśmie z dnia 1 sierpnia 2017 r. wyjaśnił jedynie, że podmiot o nazwie Corum Ukraine sp. z o.o. z siedzibą w Kijowie, wpisany do rejestru przedsiębiorców, stanowi kontynuację wcześniejszej działalności spółki prowadzonej pod firmą Corum Ukraine SA (PSC) z siedzibą w Doniecku. Jako uzasadnienie stwierdzenia o kontynuacji działalności spółki akcyjnej z siedzibą w Doniecku przez spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kijowie, wykonawca wskazał działania siły wyższej, a w szczególności toczące się na Ukrainie walki militarne w rejonie Doniecka, co spowodowało, że spółka musiała się przenieść z Doniecka do Kijowa. Walki spowodowały, że niemożliwym było dokonanie jedynie zmiany siedziby spółki i fizyczne przeniesienie siedziby, z pozostawieniem numeru w rejestrze przedsiębiorców i NIP-u bez zmian, gdyż urzędy są aktualnie w rękach separatystów, nie działają prawidłowo i koniecznym stało się zarejestrowanie spółki od nowa z siedzibą w Kijowie. Według wykonawcy nowa spółka została zarejestrowana jako spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, jednak według wykonawcy pracują w niej te same osoby, co przed zmianą, korzysta z tych samych zakładów produkcyjnych, tych samych zasobów finansowych i współpracuje z tymi samymi partnerami.

Ponadto wykonawca podkreślił, iż firmy które dotychczas współpracowały Corum Donieck, kontynuują z Corum Kijów – nada zlecają serwisowanie swoich maszyn i urządzeń, zaś klienci podpisali jedynie stosowne aneksy do umów, aby zaistniała sytuację uwzględnić.

Analizując stan faktyczny zamawiający doszedł do wniosku, że nie jest możliwe uznanie, że wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, Zamawiający dokonał również wezwania do uzupełnienia dokumentów, w tym dopuścił złożenie nowego wykazu wykonanych dostaw.

Zamawiający na podstawie informacji uzyskanych od odwołującego uznał, że nie zachodzi sukcesja uniwersalna pomiędzy Corum Ukraine SA z siedziba w Doniecku a Corum Ukraine sp. z o.o. z siedzibą w Kijowie. Z całą pewnością takie następstwo prawne nie zostało wykazane.

Odwołujący przedstawił jedynie oświadczenia, że personel oraz maszyny będące w dyspozycji spółki z Doniecka obecnie są w posiadaniu spółki w Kijowie. Ponadto poinformował, że kontrakty Corum Ukraine SA zostały przejęte przez spółkę z o.o. Nie podniesiono więc okoliczności wskazujących na następstwo prawne. Powołana w odwołaniu opinia UZP, w której wyrażono pogląd o możliwości przejęcia praw i obowiązków z umowy dotyczyła skutków prawnych wiążących się z nabyciem zorganizowanej części

przedsiębiorstwa. W sprawie zaś rozpatrywanej do przejęcia przedsiębiorstwa w sensie przedmiotowym na podstawie kontraktowej pomiędzy jednym a drugim podmiotem nie doszło.

Oświadczenia odwołującego nie zostały poparte dowodami, zaś złożone inne dokumenty poddają ich treść w wątpliwość. Nowa spółka z siedzibą w Kijowie została zarejestrowana w lipcu 2015 r., zaś część referencji przedłożonych przez wykonawcę została już wydana po tej dacie – w szczególności referencje potwierdzające wykonanie dostaw z maja 2016 r. dla pozycji nr 2 i 3 wykazu. Treść referencji nie wskazuje na to, że odbiorcy dostaw byli świadomi, że współpracują z nową spółką, że doszło do podpisania aneksu i sukcesji syngularnej. Przeciwnie, referencje kierowane są do Corum Ukraine S.A. i potwierdzają fakt wykonania dostaw przez ten podmiot.

Należy przyjąć, że jeżeli zostałyby podpisane aneksy do zawartych umów, na podstawie których w miejsce dotychczasowej spółki akcyjnej z siedzibą w Doniecku wstąpiłaby nowozarejestrowana spółka z o.o. z siedzibą w Kijowie, czyli doszłoby do sukcesji syngularnej, nie byłoby przeszkód uniemożliwiających złożenie referencji wystawionych już na nowy podmiot spółkę z o.o. Corum Ukraine w Kijowie.

Zamawiający zauważa też, że wykonawca w celu wykazania kontynuacji oraz zbieżności organizacyjnoprawnej jednej i drugiej spółki, nie złożył. Np. dokumentów potwierdzających tożsamość personalną osób pełniących funkcje organach obu spółek czy tożsamość wspólników w jednej i drugiej spółce. Przy normalnym przeniesieniu siedziby z Doniecka do Kijowa, nie tylko nie doszłoby do zmiany formy organizacyjnoprawnej ze spółki akcyjnej na spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, ale także bez zmian pozostałyby osoby wchodzące w skład organów spółki oraz nie zmieniłby się skład wspólników.

Mając taką możliwość odwołujący nie złożył również nowego wykazu dostaw wraz dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie np. przez spółkę w Kijowie lub inny podmiot posiadający odpowiedni potencjał i doświadczenie.

W konsekwencji zamawiający uznał, że złożony przez odwołującego wykaz zrealizowanych dostaw oraz potwierdzający te dostawy referencji nie wskazują na dysponowanie potencjałem podmiotu, który posiada wymagane doświadczenie. Złożone referencje dotyczą innego podmiotu niż ten, który zobowiązał się do udostępnienia odwołującemu swojej zdolności technicznej lub zawodowej. Tym samym odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego przez zamawiającego w cz. VIII siwz.

Strony i uczestnik postępowania odwoławczego przedstawili na rozprawie stanowiska.

Odwołujący przypomniał przebieg postępowania wyjaśniającego prowadzonego przez zamawiającego. Podkreślił wyjątkowość sytuacji w której podmiot udostępniający zasoby miał siedzibę na terenie objętym działaniami wojennymi tj. w Doniecku. Stwierdził, że zamawiający żądał dokumentów, które już otrzymał od wykonawcy, natomiast nie uwzględnił wyjaśnień, w tym opisujących okoliczności wskazanych także w odwołaniu. Na potwierdzenie przedstawionego stanu faktycznego i własnego stanowiska złożył do akt dokumenty:

- 1) oświadczenie dyrektora spółki CORUM Ukraina sp. z o.o.
- 2) wyciąg z rozporządzenia Gabinetu Ministrów Ukrainy z 07.11.2014 r. dot. wykazu miejscowości w których nie funkcjonują organy władzy państwowej dot. Doniecka
- 3) dwa zaświadczenia z wykazem 32 pracowników przeniesionych z S.A. Donieck do sp. z o.o. Kijów.
- 4) powiadomienie o przeniesieniu działalności do spółki w Kijowie skierowane do podmiotu udzielającego referencji.

Stwierdził, że obydwie wskazywane spółki należą do tej samej grupy kapitałowej.

Zauważył, że złożył wymagane referencje, a wyjaśnienia, wbrew twierdzeniu przystępującego, ich nie zastępowały. Wskazał na rzeczywiste następstwo spółek i ich działalności opisane w treści oświadczenia dyrektora. Zauważył, że zamawiający w swoim wezwaniu nie odnosił się do kwestii następstwa lecz żądał złożenia określonych nowych dokumentów dot. podmiotu udostępniającego zasoby. Oceniał, że prawidłowo wykazał następstwo faktyczne spółki, w tym w szczególności przez fakt przejęcia pracowników stanowiących istotny, podstawowy potencjał przedsiębiorstwa.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że otrzymał od odwołującego dokumenty referencyjne dot. „starego” podmiotu oraz oświadczenia własne odwołującego. Brak jest natomiast dowodów następstwa prawnego lub faktycznego nowo powstałej spółki w stosunku do spółki wcześniejszej. Zauważył, że zamawiający szczegółowo przedstawił swoje wątpliwości w piśmie z 28.07.2017 r. w którym wskazał jednoznacznie w jaki sposób należy uzupełnić dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału wskazując m.in. na wymóg referencji wystawionych na wykonawcę, który zobowiązał się udostępnić zasoby lub inne dokumenty wystawione przez podmiot na rzecz którego dostawy były wykonywane np. umowy z aneksami o których mowa w uzupełnionym 19.07.2017 r. zobowiązaniu, a także ewentualnymi protokołami odbioru i fakturami na potwierdzenie należytego wykonania dostaw. Stwierdził, że dokumenty złożone przez odwołującego na rozprawie nie potwierdzają następstwa między spółkami i nie umożliwiają uznania, że wcześniejsze referencje dotyczą podmiotu wskazanego jako kolejny. Zauważył, że powołana przez odwołującego opinia UZP

dot. przeniesienia zorganizowanej części przedsiębiorstwa, a taka sytuacja nie miała miejsca w rozpatrywanej sprawie. Zgodnie z procedurą ocenił otrzymane dokumenty, a ponadto mimo braku takiego obowiązku wskazywał wykonawcy możliwości i sposoby wykazania spełnienia warunków. Przypomniał, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest formalne i zauważył, że przedstawione referencje dotyczą innego podmiotu niż udostępniający potencjał. Zauważył, że doświadczenie przedsiębiorcy jest pojęciem szerszym niż doświadczenie przejętych pracowników. Stwierdził, że odwołujący w postępowaniu przed zamawiającym, jak i odwoławczym, nie udowodnił swoich twierdzeń.

Przystępujący podzielił argumentację zamawiającego, wniósł o oddalenie odwołania. Ocenił czynności zamawiającego jako wykonane prawidłowo. Wskazał na przepisy rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów dot. obiektywnej niemożności przedstawienia referencji i zauważył, że wystawca referencji jak i podmiot udostępniający zasoby mają siedziby na terenach nie objętych działaniami wojennymi i odwołujący miał możliwość przedstawienia wymaganych dokumentów.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację postępowania, na którą w szczególności składają się treść złożonej oferty oraz wyjaśnienia wykonawcy dotyczące przedstawionych dokumentów na okoliczność wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jak również stanowiska stron i przystępującego do postępowania odwoławczego, przedstawione na piśmie oraz do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na interes w ubieganiu się o udzielenie mu zamówienia i ewentualnie jego realizacji.

Stan faktyczny rozpoznawanej sprawy jest w ocenie składu orzekającego niesporny. Zamawiający uznał, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu wobec braku dowodu, że spółka udostępniająca odwołującemu zasoby rzeczywiście wykonała dostawy referencyjne przedstawione w wykazie, a które były realizowane przed datą zarejestrowania spółki z siedzibą w Kijowie. Należy zauważyć, że okoliczności, z których wynikała rozbieżność pomiędzy datami, zostały opisane przez wykonawcę w dokumencie JEDZ w części końcowej.

Istota sporu dotyczy okoliczności związanej ze zmianą spółki PSC Corum Ukraina (S.A.) z siedzibą w Doniecku na Corum Ukraina LLC (Sp. z o.o.) z siedzibą w Kijowie.

Okoliczności te odwołujący wskazał w dodatkowym wyjaśnieniu i są one w ocenie Izby znaczące i wiarygodne. Skomplikowana sytuacja polityczno-militarna na Ukrainie, przejęcie władzy przez separatystów, akty terroru, walki i brak możliwości normalnego prowadzenia działalności gospodarczej spowodowały, że spółka Corum Ukrainę S.A. w Doniecku w praktyce nie mogła dłużej funkcjonować i założono w Kijowie nową spółkę (Corum Ukrainę sp. z o.o.), która to kontynuuje działalność poprzedniej spółki. Zasadne jest twierdzenie, że z punktu widzenia formalnoprawnego nowa spółka nie jest następcą prawnym powstałym w wyniku np. przekształcenia czy innej czynności wskazującej na sukcesję generalną. Natomiast szereg okoliczności faktycznych wskazuje, że w rzeczywistości z uwagi na nadzwyczajną sytuację uniemożliwiły przeprowadzenie stosownych czynności formalnych na terenie objętym działaniami wojennymi. Potwierdzeniem braku funkcjonowania urzędów na terenie Doniecka jest złożony do akt sprawy wyciąg z rozporządzenia Rady Ministrów z 7 listopada 2014 r. w sprawie wykazu miejscowości, na których terytorium organy władzy państwowej tymczasowo nie wykonują swoich uprawnień, gdzie wskazano miejscowość Donieck. Pomimo braku formalnego następstwa prawnego, za udowodnione uznaje się, że nastąpiło faktyczne następstwo nowej spółki z siedzibą w Kijowie w stosunku do spółki w Doniecku. Wskazuje na to fakt, że nowa spółka zatrudniła pracowników poprzedniej spółki i można uznać, że to oni stanowią jej „kapitał” w postaci wiedzy i doświadczenia, który został przejęty, a następnie udostępniony Odwołującemu. Odwołujący przedstawił wiarygodne dowody, iż w oparciu o przepisy obowiązujące na Ukrainie, wydane zostało zarządzenie o zwolnieniu pracowników z Corum Ukraine S.A. z dniem 02.11.2015 i przeniesienie ich do Corum Ukraine Sp. z o.o. z dniem 03.11.2015; wykaz imienny złożono do akt sprawy. W takim stanie rzeczy zrozumiałe jest, że w przypadku dostaw zrealizowanych, referencje wystawione zostały na spółkę z siedzibą w Doniecku, która umowę podpisała, chociaż realizacja dostawy mogła odbywać się już przez spółkę z Kijowa. Nie zmienia to faktu, że realizacja wszystkich umów objętych wykazem dostaw załączonym do oferty Odwołującego, następowała poprzez tych samych pracowników, a zatem referencje udzielone dla S.A. mogą być uznane za aktualne dla sp. z o.o. Z tego powodu Odwołujący nie mógł załączyć innych dokumentów na wezwanie Zamawiającego - innych referencji dotyczących przedmiotowych dostaw niż te, które Zamawiający już otrzymał - nie było i nie ma. Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że wskazanie przez Zamawiającego w piśmie, że „wykonawca na wezwanie nie złożył żadnych dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw przez Corum Ukrainę sp. z o.o.” jako uzasadnienie podlegania wykluczeniu było niesłuszne. Wykonawca przedstawił dokumenty potwierdzające należyte

wykonanie dostaw przez Corum Ukrainę S.A., oraz dokładnie (dwukrotnie) wyjaśnił przyczyny i okoliczności kontynuowania działalności gospodarczej Corum Ukrainę S.A. przez Corum Ukrainę sp. z o.o., które przejęło ludzi i uzyskane w wyniku ich pracy referencje.

Praktycznym i prostym przykładem istniejącego następstwa jest również sam fakt, że podmiot udostępniający zasoby fizycznie dysponuje i przedstawił dokumenty referencyjne, formalnie adresowane do spółki akcyjnej w Doniecku. To dodatkowo potwierdza, iż zachodzi funkcjonalna ciągłość wskazanych podmiotów niezbędną w tak szczególnych warunkach działania.

Tym samym Izba uznała za uzasadnione stanowisko odwołującego, że podmiot o nazwie Corum Ukraine sp. z o.o. z siedzibą w Kijowie, wpisany do rejestru przedsiębiorców, stanowi kontynuację wcześniejszej działalności spółki prowadzonej pod firmą Corum Ukraine SA (PSC) z siedzibą w Doniecku wobec wystąpienia siły wyższej w postaci działań wojennych w obszarze będącym siedzibą spółki akcyjnej, co spowodowało, że spółka, jakkolwiek nie zachowując formalnych (niemożliwych do przeprowadzenia) czynności, musiała się przenieść z Doniecka do Kijowa. Wiarygodne jest wyjaśnienie wykonawcy, że nowa spółka została zarejestrowana jako spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, a pracują w niej te same osoby, co przed zmianą, korzysta z tych samych zakładów produkcyjnych, tych samych zasobów finansowych i współpracuje z tymi samymi partnerami, a firmy które dotychczas współpracowały Corum Donieck, kontynuują współpracę z Corum Kijów w zakresie serwisu

W takim stanie postępowania uznano, że wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego było niezasadne z uwagi na ustalone okoliczności zarówno faktyczne jak i prawne.

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

O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: