

**Sygn. akt: KIO 2232/14**

**Sygn. akt: KIO 2264/14**

**WYROK**  
**z dnia 12 listopada 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 listopada 2014 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 27 października 2014 r. przez **wykonawcę - WROCŁAWSKIE CENTRUM ZAOPATRZENIA MEDYCZNEGO I ORTOPEDYCZNEGO "Żak-Med" A. R., ul. Obornicka 131, 51-114 Wrocław (sygn. akt: KIO 2232/14);**

B. w dniu 31 października 2014 r. przez **wykonawcę - WROCŁAWSKIE CENTRUM ZAOPATRZENIA MEDYCZNEGO I ORTOPEDYCZNEGO "Żak-Med" A. R., ul. Obornicka 131, 51-114 Wrocław (sygn. akt: KIO 2264/14),**

w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego - Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej MSW we Wrocławiu, ul. Ołbińska 32, 50-233 Wrocław,**

przy udziale: **wykonawcy - PRODEX A. Ż.-D. Z. D. Spółka Jawna, ul. Bolesławiecka 5a-7b, 53-614 Wrocław,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 2232/14** po stronie **zamawiającego**

**orzeka:**

1. uwzględni odwołania i nakazuje zamawiającemu:

A. unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownej oceny ofert w Pakiecie nr 6 poz. 1-7 i 9 z uwzględnieniem oferty Odwołującego (sygn. akt KIO 2232/14);

B. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz nakazuje Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert w Pakiecie nr 20 i 21 z uwzględnieniem oferty Odwołującego (sygn. akt KIO 2264/14).

2. kosztami postępowania obciąża **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej MSW we Wrocławiu** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **22 500 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia dwa tysiące pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **WROCŁAWSKIE CENTRUM ZAOPATRZENIA MEDYCZNEGO I ORTOPEDYCZNEGO "Żak-Med" A. R., ul. Obornicka 131, 51-114 Wrocław** tytułem wpisów od odwołań, w tym kwotę 7 500 zł w sprawie sygn. akt KIO 2232/14 oraz kwotę 15 000 zł w sprawie sygn. akt KIO 2264/14;

2.2. zasądza od **Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej MSW we Wrocławiu** na rzecz wykonawcy **WROCŁAWSKIE CENTRUM ZAOPATRZENIA MEDYCZNEGO I ORTOPEDYCZNEGO "Żak-Med" A. R., ul. Obornicka 131, 51-114 Wrocław** kwotę **26 284 zł 56 gr** (słownie: dwadzieścia sześć tysięcy dwieście osiemdziesiąt cztery złote pięćdziesiąt sześć groszy) w tym:

A. kwotę **9 392 zł 28 gr** (słownie: dziewięć tysięcy trzysta dziewięćdziesiąt dwa złote dwadzieścia osiem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania (7 500 zł), wynagrodzenia pełnomocnika (1 799,90 zł) i kosztów dojazdu na posiedzenie (92,30 zł);

B. kwotę **16 892 zł 28 gr** (słownie: szesnaście tysięcy osiemset dziewięćdziesiąt dwa złote dwadzieścia osiem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego

poniesione z tytułu wpisu od odwołania (15 000 zł), wynagrodzenia pełnomocnika (1 799,90 zł) i kosztów dojazdu na posiedzenie (92,30 zł);

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt KIO 2232/13**

**Sygn. akt: KIO 2264/14**

### **Uzasadnienie**

Sygn. akt KIO 2232/14

Zamawiający: Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych we Wrocławiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę leków, produktów specjalnego przeznaczenia żywieniowego, surowców farmaceutycznych i opakowań oraz chirurgicznych materiałów szewnych i specjalistycznych, znak: ZZ-G-2375-25/14, zwane dalej „Postępowaniem”.

Odwołujący: Wrocławskie Centrum Zaopatrzenia Medycznego i Ortopedycznego „Żak - Med” A. R., ul. Obornicka 13, 51-114 Wrocław wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego w Postępowaniu polegającej na wykluczeniu Odwołującego i odrzuceniu jego oferty w obrębie Pakietu nr 6 poz. 1-7 i 9.

Odwołujący w Postępowaniu w Pakiecie nr 6 poz. 1-7 i 9 złożył ofertę, która według ustalonych w Postępowaniu kryteriów oceny ofert winna zostać uznana za ważną - niepodlegającą odrzuceniu i najkorzystniejszą spośród złożonych ofert. Odrzucenie oferty Odwołującego przez Zamawiającego pozbawia go możliwości realizacji zamówienia, czyli powoduje realną szkodę w majątku Odwołującego.

Odwołujący uzyskał informację o wykluczeniu i odrzuceniu jego oferty w dniu 21.10.2014r., kiedy to Zamawiający przesłał mu faksem zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz informację o wykluczeniu Wykonawcy i odrzuceniu oferty w obrębie Pakietu nr 5 oraz Pakietu nr 6 poz. 1-7 i 9.

W związku z podjęciem przez Zamawiającego ww. czynności Zamawiającemu zarzucił naruszenie:

- 1) art. 7 ust.1 i 3 PZP - poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji oraz wybór oferty „najkorzystniejszej” niezgodnie z przepisami PZP
- 2) art. 24 ust. 2 pkt. 4) - poprzez jego błędne zastosowanie i wykluczenie Wykonawcy
- 3) art. 24 ust.4 PZP i art. 89 ust.1 pkt. 5) PZP - poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo braku przesłanek do odrzucenia oferty w tym trybie.

Odwołujący wnosi o unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu go i odrzuceniu jego oferty, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert w Pakiecie nr 6 poz. 1-7 i 9 z

uwzględnieniem oferty Odwołującego w celu wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Zamawiający wybrał najkorzystniejszą ofertę oraz wykluczył Wykonawcę i odrzucił ofertę w Pakiecie nr 6 poz. 1-7 i 9 ze względu na fakt, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu - wiedzy i doświadczenia poprzez posłużenie się referencjami firmy, która została przejęta przez Odwołującego na mocy darowizny aktem notarialnym z dnia 30.12.2013 r.

Ustosunkowując się do ww. zarzutów wskazuje, że nie sposób zgodzić się z uzasadnieniem wykluczenia z Postępowania w trybie art. 24 ust. 2 pkt. 4 PZP. Użyte sformułowanie, iż „W złożonych wyjaśnieniach z dnia 16.09.2014 r. oraz załączonym akcie notarialnym - umowie darowizny nie ma postanowień o przejęciu przez Państwa firmę referencji wystawionych dla firmy, która tą darowizną przekazuje, stąd nie są Państwo uprawnieni do wykorzystywania ich i przedstawiania przy składaniu ofert w postępowaniach przetargowych”- jest sprzeczne z aktualnym orzecznictwem i wykładnią prawa.

Jak wynika z treści wspomnianego wyżej aktu notarialnego darowizny (Repertorium A numer 4484/2013) - § 2 Odwołujący obejmuje wszystkie składniki materialne i niematerialne (tj. przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 55.1 kodeksu cywilnego).”

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 pzp, 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 niematerialnej 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. 55 2 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 zbieżne z ww. postanowieniem SN zajął UZP, który wypowiedział się w swej opinii prawnej z dnia 30.12.2013 r. ([www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl) opinia prawna: Możliwość powoływania się na referencje wykonawcy, a zbycie przedsiębiorstwa; dopuszczalność posługiwania się przez spółkę przejmującą lub nowo zawiązaną referencjami wystawionymi na spółkę przejmowaną lub spółki łączące się)

Urząd Zamówień Publicznych przypomniał, iż zgodnie z dyspozycją art. 55.1 k.c. „przedsiębiorstwo jest zorganizowanym zespołem składników niematerialnych i materialnych przeznaczonym do prowadzenia działalności gospodarczej”.

Jak wskazuje Urząd, „istotnym aspektem definicji przedsiębiorstwa w art. 55.1 k.c. jest zorganizowanie określonych składników materialnych i niematerialnych z przeznaczeniem do prowadzenia działalności gospodarczej. Przedsiębiorstwo w tym znaczeniu stanowi bazę gospodarczą umożliwiającą prowadzenie określonej działalności gospodarczej, tworząc pewien zorganizowany kompleks gospodarczy. W skład tak rozumianego przedsiębiorstwa wchodzić będzie jego doświadczenie i wiedza gospodarcza (know-how), a także renoma (goodwill) ukształtowana na podstawie dotychczasowej działalności przedsiębiorstwa. (...) Mając na względzie powyższe, stwierdzić należy, że - po pierwsze: dobra takie, jak dobre imię podmiotu (goodwill), czy też jego doświadczenie zawodowe i organizacyjne (know-how), którego emanacją są referencje, bezsprzecznie stanowią składnik majątku przedsiębiorstwa i - po drugie: dobra te nie stanowią samodzielnego bytu (składnika), ale w sposób nierozzerwalny związane są z danym przedsiębiorstwem, w konsekwencji czego mogą być one zbyte jedynie łącznie z nim lub z jego częścią. W konkluzji UZP zawarł:

„Wstąpienie w związek z sukcesją generalną w prawa i obowiązki poprzedników prawnych obejmuje również wejście w sytuację faktyczną tych podmiotów, związaną m.in. z prowadzonymi przez nie przedsiębiorstwami. Przyjąć zatem należy, iż renoma, doświadczenie w realizacji podobnych zamówień, czy też know-how przedsiębiorstwa prowadzonego przez spółkę przejmowaną lub spółki łączące się oraz potwierdzające je referencje, przejdą z dniem połączenia na spółkę przejmującą albo spółkę nowo zawiązaną, wraz z tymi składnikami majątku spółki przejętej lub spółek łączących się, z którymi ww. niematerialne elementy przedsiębiorstwa są związane”.

Również Krajowa Izba Odwoławcza zajęła podobne stanowisko:

- w wyroku z dnia 21 grudnia 2010 r. Sygn. akt KIO 2642/10 postanowiła: „Referencje wystawiane przez zleceniodawców dostaw, usług i robot 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 przedsiębiorstw”

- w wyroku KIO z 7 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 774/09: „Wykonawca może powoływać się na doświadczenie innego podmiotu, o ile jest w stanie wykazać sukcesję, czyli takie przekształcenie jednego podmiotu w drugi, czy też połączenie tych podmiotów, w których wykonawca składający ofertę jest sukcesorem firmy, na doświadczenie której się powołuje”

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że Zamawiający naruszył przepisy PZP, które to naruszenie miało wpływ na wynik postępowania przez co niniejsze Odwołanie jest w pełni uzasadnione i konieczne.

Sygn. KIO akt 2264/14

W przetargu nieograniczonym na dostawę leków; płynów infuzyjnych i krwiozastępczych, produktów specjalnego przeznaczenia żywieniowego, surowców farmaceutycznych i opakowań, szczepionek, chirurgicznych materiałów szewnych i specjalistycznych oraz pojemników na krew, znak ZZ-APT-2375-4\_\_ 14, zwane dalej „Postępowaniem”.

Odwołujący: Wrocławskie Centrum Zaopatrzenia Medycznego i Ortopedycznego „Żak - Med” A. R., ul. Obornicka 131, 51-114 Wrocław wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego i odrzuceniu jego oferty w obrębie Pakietu nr 20 i 21 oraz unieważnieniu tego postępowania w Pakiecie nr 20 i 21.

Odwołujący w Postępowaniu w Pakiecie nr 20 i 21 złożył ofertę, która winna zostać uznana za ważną i najkorzystniejszą spośród złożonych ofert. Odrzucenie oferty Odwołującego przez Zamawiającego pozbawia go zatem możliwości realizacji zamówienia, czyli powoduje realną szkodę w majątku Odwołującego.

Odwołujący uzyskał informację o unieważnieniu oraz wykluczeniu i odrzuceniu jego oferty w dniu 21.10.2014 r., kiedy to Zamawiający przesłał mu faksem zawiadomienie o unieważnieniu Postępowania w zakresie Pakietu nr 20 i 21 oraz informację o wykluczeniu Wykonawcy i odrzuceniu oferty w obrębie Pakietu nr 20 i 21.

Zamawiającemu zarzucił naruszenie niżej wymienionych przepisów PZP:

- 1) art. 7 ust.1 i 3 PZP - poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji oraz wybór oferty „najkorzystniejszej” niezgodnie z przepisami PZP
- 2) art. 24 ust. 2 pkt. 4) - poprzez jego błędne zastosowanie i wykluczenie Wykonawcy z postępowania pomimo braku podstaw prawnych
- 3) art. 24 ust.4 PZP i art. 89 ust.1 pkt. 5) PZP - poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo braku przesłanek do odrzucenia oferty w tym trybie,
- 4) art. 93 ust.1 pkt. 1) PZP i art. 93 ust.1 pkt.4) PZP - poprzez unieważnienia postępowania, pomimo braku faktycznych i prawnych podstaw.

Odwołujący wnosi o unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na bezprawnym wykluczeniu Wykonawcy i odrzuceniu jego oferty oraz unieważnieniu Postępowania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert w Pakiecie nr 20 i 21 z uwzględnieniem oferty Odwołującego w celu wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

W dniu 21.10.2014r. Zamawiający przesłał zawiadomienie o unieważnieniu Postępowania w zakresie Pakietu nr 20 dokonanego na podstawie art. 93 ust.1 pkt. 4) PZP oraz w zakresie Pakietu nr 21 dokonanego na podstawie art. 93 ust.1 pkt. 1) PZP a także informację o wykluczeniu Wykonawcy i odrzuceniu oferty w Pakiecie nr 20 i 21 ze względu na fakt, iż zdaniem Zamawiającego Odwołujący pomimo złożonych wyjaśnień w dniu 16.09.2014 r. nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu - wiedzy i doświadczenia poprzez nieuprawnione posłużenie się referencjami firmy, która została przejęta przez Odwołującego na mocy darowizny aktem notarialnym z dnia 30.12.2013 r.

Użyte sformułowanie, iż „W złożonych wyjaśnieniach z dnia 16.09.2014 r. oraz załączonym akcie notarialnym - umowie darowizny nie ma postanowień o przejęciu przez Państwa firmę referencji wystawionych dla firmy, która tą darowiznę przekazuje, stąd nie są Państwo uprawnieni do wykorzystywania ich i przedstawiania przy składaniu ofert w postępowaniach przetargowych” - jest sprzeczne z aktualnym orzecznictwem i wykładnią prawa.

Jak wynika z treści wspomnianego wyżej aktu notarialnego darowizny (Repertorium A numer 4484/2013) - § 2 Odwołujący „...obejmuje wszystkie składniki materialne i niematerialne (tj. przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 55.1 kodeksu cywilnego)..”

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. 55 2 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 zbieżne z postanowieniem Sądu Najwyższego zajął UZP, który wypowiedział się w opinii prawnej z dnia 30.12.2013 r. ([www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl) opinia prawna: Możliwość powoływania się na referencje wykonawcy, a zbycie przedsiębiorstwa; dopuszczalność posługiwania się przez spółkę przejmującą lub nowo zawiązaną referencjami wystawionymi na spółkę przejmowaną lub spółki łączące się)

Urząd przypomniał, iż zgodnie z dyspozycją art. 55.1 k.c. „przedsiębiorstwo jest zorganizowanym zespołem składników niematerialnych i materialnych przeznaczonym do prowadzenia działalności gospodarczej”.

Jak wskazuje w swej opinii Urząd, „istotnym aspektem definicji przedsiębiorstwa w art. 551 k.c. jest zorganizowanie określonych składników materialnych i niematerialnych z przeznaczeniem do prowadzenia działalności gospodarczej. Przedsiębiorstwo w tym znaczeniu stanowi bazę gospodarczą umożliwiającą prowadzenie określonej działalności gospodarczej, tworząc pewien zorganizowany kompleks gospodarczy. W skład tak rozumianego przedsiębiorstwa wchodzić będzie jego doświadczenie i wiedza gospodarcza (know-how), a także renoma (goodwill) ukształtowana na podstawie dotychczasowej działalności przedsiębiorstwa. (...) Mając na względzie powyższe, stwierdzić należy, że - po pierwsze: dobra takie, jak dobre imię podmiotu (goodwill), czy też jego doświadczenie zawodowe i organizacyjne (know-how), którego emanacją są referencje, bezsprzecznie stanowią składnik majątku przedsiębiorstwa i - po drugie: dobra te nie stanowią samodzielnego bytu (składnika), ale w sposób nierozzerwalny związane są z danym przedsiębiorstwem, w konsekwencji czego mogą być one zbyte jedynie łącznie z nim lub z jego częścią. W konkluzji UZP zawarł:

„Wstąpienie w związku z sukcesją generalną w prawa i obowiązki poprzedników prawnych obejmuje również wejście w sytuację faktyczną tych podmiotów, związaną m.in. z prowadzonymi przez nie przedsiębiorstwami. Przyjąć zatem należy, iż renoma, doświadczenie w realizacji podobnych zamówień, czy też know-how przedsiębiorstwa prowadzonego przez spółkę przejmowaną lub spółki łączące się oraz potwierdzające je referencje, przejdą z dniem połączenia na spółkę przejmującą albo spółkę nowo zawiązaną, wraz z tymi składnikami majątku spółki przejętej lub spółek łączących się, z którymi ww. niematerialne elementy przedsiębiorstwa są związane”.

Również Krajowa Izba Odwoławcza zajęła podobne stanowisko:- w wyroku Sygn. akt KIO 2642/10 postanowiła: „, Referencje wystawiane przez zleceniodawców dostaw, usług i robot 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 przedsiębiorstw”. W wyroku KIO/UZP 774/09 czytamy: „Wykonawca może powoływać się na doświadczenie innego podmiotu, o ile jest w stanie wykazać sukcesję, czyli takie przekształcenie jednego podmiotu w drugi, czy też połączenie tych podmiotów, w których wykonawca składający ofertę jest sukcesorem firmy; na doświadczenie której się powołuje”

Ustosunkowując się do kwestii unieważnienia Postępowania w obrębie Pakietu nr 20 i 21 należy wskazać co następuje:

1/ Unieważnienie przez Zamawiającego postępowania w zakresie Pakietu nr 20 zostało dokonane z naruszeniem art. 93 ust.1 pkt. 4) PZP, gdyż Zamawiający bezpodstawnie przyjął, iż cena najkorzystniejszej oferty, w tym przypadku oferta Odwołującego, przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Jak wynika bowiem z dokumentacji postępowania znak ZZ-APT-2375-4\_14, Zamawiający na realizację Pakietu nr 20 - nici wchłaniał przeznaczył kwotę 94.215,83 zł. (skan w załączeniu) brutto natomiast cena oferty Odwołującego w obrębie Pakietu nr 20 wynosi 89.618,66 zł. Nie zachodzą zatem podstawy do unieważnienia postępowania określone przepisem art. 93 ust. 1 pkt 4) PZP na tą część postępowania, gdyż została złożona oferta z ceną wyższą niż kwota jaką Zamawiający zamierzał na ten cel wydatkować.

Ze zdziwieniem przyjął Odwołujący informację o unieważnieniu postępowania w tym pakiecie za względu na ww. podstawę prawną tym bardziej, że Zamawiający już raz w dniu 11.09.2014 r. wybrał ofertę Odwołującego jako ofertę najkorzystniejszą następnie unieważniając tą decyzję i dokonując jednocześnie ponownej ocenę ofert.

Wyrok KIO 1624/10, Sygn. akt: KIO 1625/10 Izba wskazała:

„W ocenie Izby, dla wykazania usprawiedliwionych przyczyn unieważnienia postępowania na skutek braku środków, niewystarczające jest jedynie ogólne powołanie się przez zamawiającego, że sytuacja taka ma miejsce. Obowiązkiem zamawiającego było wykazanie za pomocą dostępnych dowodów, jaką kwotą w rzeczywistości dysponuje, czy może dysponować na dany cel.

I dalej czytamy „Zamawiający nie wykazał też, że zaszły jakieś zmiany w jego sytuacji i wobec dysponowania ograniczonymi środkami w stosunku do pierwotnie planowanych, priorytety zaspokojenia potrzeb zamawiającego uległy zmianie, w taki sposób, że nie może przeznaczyć większej kwoty środków na sfinansowanie usług stanowiących przedmiot zamówienia”

KIO 2776/13: „Niesporne jest, że cena zaoferowana przez odwołującego jest niższa od kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, stąd brak jest podstaw do zastosowania w niniejszym stanie faktycznym przepisu art. 93 ust 1 pkt 4 ustawy pzp.”

Dodatkowo należy wskazać, iż przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia zostały enumeratywnie określone w przepisie art. 93 ust.1 PZP. Zgodnie z zasada *exceptiones non sunt extendae* nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Dotyczą one zdarzeń wyjątkowych i mogą mieć zastosowanie tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach. Celem wszczętego postępowania jest udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

2/ Czynność unieważnienia postępowania przez Zamawiającego w zakresie Pakietu nr 21 nie ma z kolei podstaw prawnych, o których mowa w art. 93 ust.1 pkt. 1) PZP, gdyż naszym zdaniem złożono ofertę niepodlegającą odrzuceniu tj. właśnie ofertę Odwołującego a jedynie Zamawiający bezprawnie wykluczył go z postępowania i odrzucił tą ofertę tj. z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt. 4) oraz art. 24 ust.4 PZP i art. 89 ust.1 pkt. 5) PZP.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że Zamawiający naruszył przepisy PZP, które to naruszenie miało wpływ na wynik postępowania przez co niniejsze Odwołanie jest w pełni uzasadnione i konieczne.

Załączono skan dokumentacji dotyczącej kwot, jakie Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia.

W trakcie rozprawy odwołujący podtrzymał stanowisko. Dodatkowo wskazał na postanowienie Sądu Okręgowego w Toruniu z 7 maja 2008 r. o sygn. akt: VI Ga34/08, dotyczące art. 55<sup>2</sup> kc. Złożył do akt sprawy oświadczenie o przejęciu pracowników w trybie art. 23<sup>1</sup> Kodeksu Pracy wraz z przejęciem przedsiębiorstwa aktem notarialnym z dnia 30 grudnia 2013 r. oraz oświadczenie o udziale w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w których skutecznie posługiwał się doświadczeniem, uzyskanym przez nabyte przedsiębiorstwo. Stwierdził, że przedmiot działalności odwołującej jest tożsamy z przedmiotem działania przedsiębiorstwa nabytego. Złożył kopię wpisu do ewidencji przedsiębiorstwa nabytego. Wskazał na treść aktu notarialnego z dnia 30 grudnia 2013 r. – w tym treść § 2, z którego wynika, że nastąpiło nabycie przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55<sup>2</sup> Kodeksu Cywilnego. Zauważył, że przedsiębiorstwo zostało zbyte zgodnie z przepisami i przedmiotem zbycia było całe przedsiębiorstwo - bez żadnych wyłączeń.

Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, dotyczące wykluczenia wykonawcy odwołującego z obydwu postępowań przetargowych i uznania złożonych ofert za odrzucone. Również podtrzymał argumentację, zawartą w decyzjach o wykluczeniu (dwa pisma z dnia 21 października 2014 r.). Wskazał na postanowienia SIWZ, dotyczące warunków udziału w postępowaniu i wymagań dotyczących referencji. Zauważył, że odwołująca przedstawiła wykaz dostaw referencyjnych, wykonywanych przez innego przedsiębiorcę (matkę osoby odwołującego).

Stwierdza, że w rozpatrywanych okolicznościach nie nastąpiła sukcesja uniwersalna przewidziana dla innych podmiotów, zawartych w postanowieniach Kodeksu Spółek Handlowych. Nie doszło do przejęcia przedsiębiorstwa, lecz nastąpiła sukcesja singularna, w zakresie takim, jaki został określony w okazanym akcie notarialnym. Stwierdził, że odwołująca podjęła nową, własną działalność gospodarczą począwszy od dnia 2 stycznia 2014 r., co wynika z wpisów do ewidencji działalności. W podsumowaniu stwierdził, że odwołująca nie przedstawiła wymaganego wykazu dostaw oraz referencji, zatem uzasadnione było wykluczenie jej z postępowań, będących przedmiotem rozpatrzenia.

Przystępujący podzielił argumentację zamawiającego oraz własną, zawartą w przystąpieniu, jak i w piśmie złożonym na posiedzeniu. Stwierdził, że w rzeczywistości odwołująca jest właścicielką dwóch przedsiębiorstw. Zauważył, że w ofercie w ogóle nie przedstawiono aktu notarialnego, na który odwołująca powołuje się. Wskazał na zasadę równości wykonawców i jawności postępowania, a także brak podstaw uprzywilejowania jednego wykonawcy i nieuzasadnione utajnienie aktu notarialnego. Zauważył, że obowiązkiem wykonawcy jest zachowanie staranności przy składaniu oferty i to jego obciąża ryzyko wad i błędów w ofercie. Stwierdził, że orzecznictwo - powołane w odwołaniu - odnosi się do innej sytuacji faktycznej i prawnej, niż mająca miejsce w niniejszej sprawie. Zauważa, że w akcie darowizny ujęto załącznik, określający ewidencję wyposażenia o stosunkowo niewielkiej wartości, natomiast brak jest ewidencji składowych niematerialnych i ich wyceny. Stwierdził, iż w zaistniałej sytuacji faktyczno-prawnej nie mamy do czynienia z przejęciem przedsiębiorstwa.

**Uwzględniając dokumentację postępowania, w tym treść ofert złożonych przez odwołującego, warunki udziału w postępowaniu ustalone w siwz, treść wyjaśnień wykonawcy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika przedstawione w pismach i do protokołu rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu wniesionych odwołań na rozprawie zważyła, co następuje.**

Przedmiotem sporu w obydwu postępowaniach jest ustalenie przez zamawiającego, że załączone do ofert wykazy dostaw oraz referencji nie dotyczą firmy odwołującego. W obydwu decyzjach, a dnia 21 października 2014 r. o wykluczeniu odwołującego z postępowań zamawiający stwierdził, że umowa darowizny z 30.12.2013 r., na którą wykonawca się powołuje, „nie ma postanowień o przejęciu przez Państwa firmę referencji dla firmy, która tę darowiznę przekazuje, stąd nie są Państwo uprawnieni do wykorzystywania ich i przedstawiania przy składaniu ofert w postępowaniach przetargowych.”

Niesporne jest, że odwołujący się wykonawca wskazał na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu na doświadczenie przedsiębiorcy KI ŻI prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Wrocławskie Centrum Zaopatrzenia Medycznego i Ortopedycznego „Żak-Med.” z nazwiskiem właściciela. W trybie wyjaśnień do oferty wykonawca na wezwanie zamawiającego poinformował, że działalność pod firmą własną prowadzi od 2 stycznia 2014 r. jako kontynuację działalności K. Ż., której przedsiębiorstwo nabyła na zasadzie sukcesji generalnej umową darowizny zawartą w formie aktu notarialnego. Wykonawca stwierdził także, iż jak wiadomo, do składników przedsiębiorstwa, które nabywa się przy umowie kupna/darowizny przedsiębiorstwa należy zaliczyć również doświadczenie zawodowe. Doświadczenie w realizacji zamówień publicznych, jak stwierdził

wykonawca, oraz potwierdzające je referencje, przechodzą a dniem połączenia na jednostkę przejmującą albo jednostkę nowo zawiązaną, wraz z tymi składnikami majątku firmy przejętej lub jednostek łączących się, z którymi ww niematerialne elementy przedsiębiorstwa są związane. Do wyjaśnień załączono skan aktu notarialnego z 30.12.2013 r., w którym wskazano, że darczyńca prowadzi przedsiębiorstwo z określonymi składnikami materialnymi i niematerialnymi (par. 1), daruje swojej córce A. R. do jej majątku osobistego przedsiębiorstwo opisane w par 1, obejmujące wszystkie składniki materialne i niematerialne (tj. przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 55.1 kodeksu cywilnego), a A. R. darowiznę tę przyjmuje. (par. 2).

W ocenie składu orzekającego przedstawione okoliczności jednoznacznie pozwalają na stwierdzenie, że odwołująca skutecznie nabyła przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 55<sup>1</sup> kodeksu cywilnego tj. stanowiące zorganizowany zespół składników niematerialnych i materialnych przeznaczonych do prowadzenia działalności gospodarczej. Przepis ten został wprost powołany w umowie darowizny. Jednocześnie wobec braku odmiennych postanowień czynność mająca za przedmiot to przedsiębiorstwo objęła wszystko, co wchodziło w skład przedsiębiorstwa, w tym także związane z wiedzą i doświadczeniem. Powyższe wynika z przepisu art. 55<sup>2</sup> kodeksu cywilnego. Obdarowana zatem wraz z przedsiębiorstwem nabyła wiedzę i doświadczenie, które to wykazała na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Tym samym Izba nie podziela poglądu zamawiającego, iż brak w umowie darowizny wyartykułowanych odrębnie postanowień o przejęciu doświadczenia przez nabywcę oznacza, że nabywca doświadczenia nie nabył. W konsekwencji właściciel przedsiębiorstwa może skutecznie legitymować się wymaganym doświadczeniem zarówno przez przedstawienie wykazu dostaw referencyjnych, jak i dokumentów referencji wystawionych dla firmy, która darowiznę przekazała. Tym samym odwołujący skutecznie powołał się na doświadczenie przedsiębiorstwa, którego jest właścicielem.

Powyższe uzasadnia stwierdzenie, że obydwa odwołania oparte na tym samym stanie faktycznym są uzasadnione.

Skład orzekający podkreśla przy tym, że ocena w niniejszej sprawie w całości oparta jest na powołanych przepisach kodeksu cywilnego i bez znaczenia są przedstawiane analogie oparte na przepisach kodeksu spółek handlowych odnoszące się do przejęcia, przekształcenia lub połączenia spółek prawa handlowego oraz sukcesji generalnej między takim podmiotami.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze oraz ust. 2 ustawy Pzp i uznając, że stwierdzone przez Izbę naruszenie przepisów ustawy

Pzp miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Zamawiającego, stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....