

Sygn. akt KIO/UZP 247/08

POSTANOWIENIE
z dnia 3 kwietnia 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

**Członkowie: Renata Tubisz
Barbara Bettman**

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 3 kwietnia 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Nowoczesne Technologie Informatyczne sp. z o.o. w Warszawie, ul. L. Krzywickiego 34** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła 70** protestu z dnia 4 marca 2008r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **AKRONET sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Sułowska 22** po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. odrzuca odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Nowoczesne Technologie Informatyczne sp. z o.o. w Warszawie, ul. L. Krzywickiego 34**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4.064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Nowoczesne Technologie Informatyczne sp. z o.o. w Warszawie, ul. L. Krzywickiego 34**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez **xxx** na rzecz **xxx** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione xxx.
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP.
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Nowoczesne Technologie Informatyczne sp. z o.o. w Warszawie, ul. L. Krzywickiego 34**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie instalacji pasywnej sieci LAN we wskazanych lokalizacjach na podstawie opracowanego projektu technicznego z materiałów instalacyjnych Wykonawcy do rozbudowy pasywnej części sieci LAN zostało wszczęte przez Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła 70, zwanym dalej Zamawiającym, ogłoszeniem w Dzienniku Oficjalnych Publikacji WE w dniu 24 października 2007r. za numerem 2007/S 205-249372.

Zamawiający pismem z dnia 29 lutego 2008r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej – oferty złożonej przez Nowoczesne Technologie Informatyczne sp. z o.o. w Warszawie, ul. L. Krzywickiego 34 – zwanego dalej Odwołującym. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. t.j. z 2007r. nr 223 poz. 1655) – zwanej dalej ustawą. Zamawiający wskazał, że niezgodność oferty z ustawą polega na tym, że oferta nie została złożona przez Wykonawcę w rozumieniu art. 2 pkt. 11 ustawy. Z dokumentów złożonych przez Odwołującego wynika, że w dniu 3 grudnia 2007r. (przed terminem składania ofert – 6 grudnia 2007r.) nastąpiło połączenie pomiędzy NTI MBO S.A. z siedzibą w Warszawie i Odwołującym, w wyniku, którego powstała nowo zawiązana spółka – Nowoczesne Technologie Informatyczne S.A. w Warszawie, ul. L. Krzywickiego 34. Kodeks spółek handlowych w art. 493 § 2 stanowi, że połączenie spółek następuje z dniem wpisania połączenia do rejestru, a wpis ten wywołuje skutek wykreślenia spółek łączących się przez zawiązanie nowej spółki, bez przeprowadzania postępowania likwidacyjnego, w dniu wykreślenia z rejestru. To zdaniem Zamawiającego oznacza, że z dniem 3 grudnia 2007r. – dzień wpisu nowej spółki do rejestru, zawiązana została spółka Nowoczesne Technologie Informatyczne S.A. i rozwiązana Nowoczesne Technologie Informatyczne sp. z o.o., czyli od tego dnia Odwołujący nie mógł już występować w obrocie, a co za tym idzie pełnomocnictwo wystawione przez Odwołującego w dniu 5 grudnia 2007r. jak i oferta zostały złożone przez nieistniejący podmiot.

Z tą czynnością Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący i wniósł w dniu 4 marca 2008r. protest. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 1 w związku z art. 2 pkt 11

ustawy oraz błędną wykładnię art. 493 § 2 ksh i wniósł o uchylenie czynności polegającej na unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Odwołującego, uchylenie czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, uchylenie czynności wyboru oferty AKRONET sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Sułowska 22, dokonanie bezprawnie zaniechanej czynności polegającej na zawarciu umowy o wykonanie zamówienia publicznego z Odwołującym . Odwołujący podniósł, że Zamawiający błędnie wyklada treść art. 493 § 2 ksh pomijając treść art. 493 § 1 ksh. Podniósł, że nie został do dnia składania protestu wykreślony z rejestru przedsiębiorców, a dopiero z tą chwilą Odwołujący stracił byt prawny. Potwierdził, że pełnomocnik Odwołującego zaproponował zawarcie umowy z nowo zawiązaną spółką Nowoczesne Technologie Informatyczne S.A., a to w celu uniknięcia rychłej zmiany umowy z chwilą zakończenia postępowania połączeniowego. Wskazał, że jego oferta jest ważna i nie było podstaw prawnych do unieważnienia wyboru tej właśnie oferty, a wybór AKRONET sp. z o.o. jest sprzeczny z art. 91 ustawy. W konsekwencji, gdyby Zamawiający utrzymał swoją decyzję postępowanie byłoby nieważne na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy.

Zamawiający wezwał pozostałych wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu protestacyjnym w dniu

Do postępowania protestacyjnego przystąpił w dniu 7 marca 2007r. AKRONET sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Sułowska 22, zwany dalej Przystępującym. Przystępujący wniósł o oddalenie protestu jako nieuzasadnionego prezentując stanowisko takie jak Zamawiający w czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający oddalił protest w dniu 14 marca 2008r. podtrzymując swoje stanowisko w całości.

Odwołujący od takiego rozstrzygnięcia złożył odwołanie w dniu 19 marca 2008r. i wniósł o nakazanie unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Odwołującego, uchylenie czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, uchylenie czynności wyboru oferty Przystępującego ewentualnie o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia. Podtrzymując zarzuty zawarte w proteście podniósł dodatkowo, że wykreślenie jest wpisem do Krajowego Rejestru Sądowego. Wykreślenie spółki ma charakter konstytutywny. Z chwilą wpisu wykreślenia ustaje jej byt prawny. Tezy Zamawiającego podane w rozstrzygnięciu przeczą zasadzie jawności rejestru i domniemaniu prawdziwości wpisów ujawnionych w rejestrze. Na dowód niedokonania wykreślenia przedstawił dowód w postaci aktualnego odpisu z KRS z dnia 19 marca 2008r. Podniósł dodatkowo, że ustawodawca nie przewidział prawa Zamawiającego do uchylania czynności, które nie były przedmiotem protestu.

W dniu 31 marca 2008r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił Przystępujący podtrzymując dotychczasowe stanowisko oraz wnosząc o odrzucenie odwołania jako pochodzącego od podmiotu nieuprawnionego z tą samą argumentacją co wskazywana dla odrzucenia oferty Odwołującego. Przystępujący wskazał, że wpis wykreślenia na skutek połączenia ma charakter deklaratoryjny, a nie konstytutywny, a więc w od daty połączenia mógł funkcjonować w obrocie tylko jeden podmiot, a więc spółka nowo zawiązana.

Izba dopuściła dowód z SIWZ wraz z załącznikami, protokołu postępowania wraz z załącznikami, pism w przedmiocie wyboru ofert najkorzystniejszych z dnia 21 lutego 2008r. i 29 lutego 2008r., odpisu KRS dla Odwołującego za łączonego do protestu oraz odpisów z dat 3 marca 2008, 19 marca 2008r. z 02.04.2008 r. oraz odpisu z KRS dla Nowoczesne Technologie Informatyczne S.A. z 7 grudnia 2007r. z 02.04.2008 r.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje :

Uchwała o połączeniu spółki Odwołującego i NTI MBO S.A. w Nowoczesne Technologie Informatyczne S.A. została podjęta 20 sierpnia 2007r. Wpis nowo zawiązanej spółki Nowoczesne Technologie Informatyczne S.A. do KRS nastąpił w dniu 3 grudnia 2007r. Termin składania ofert upłynął w dniu 6 grudnia 2007r. godz. 11:30. Pismem z dnia 18 lutego 2008r. Nowoczesne Technologie Informatyczne S.A. poinformowały o sukcesji uniwersalnej łączących się spółek Odwołującego i NTI MBO S.A. przedkładając odpis z KRS oraz KRK podmiotów zbiorowych, KRK dla osób reprezentujących spółkę, zaświadczeń z ZUS, US o nadaniu NIP i REGON. Na dzień 19 marca 2008r. nie ujawniono w KRS Odwołującego wpisu o wykreśleniu go z rejestru przedsiębiorców.

Izba postanowiła odrzucić odwołanie z następujących względów :

Dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy istotne jest dokonywanie interpretacji art. 493 § 1 i 2 ksh i rozstrzygnięcie o momencie utraty bytu prawnego spółki przejmowanej. Jednakże przepisy Kodeksu Spółek Handlowych nie mogą być rozpatrywane w oderwaniu od całej instytucji połączenia. Art. 494 ksh w § 1 stanowi o momencie, w którym następuje przejście ogółu praw i obowiązków czyli określa chwilę sukcesji uniwersalnej. Sukcesja uniwersalna następuje w dniu połączenia tj. w dniu zarejestrowania połączenia przez sąd rejestrowy. Drugim skutkiem zarejestrowania połączenia jest to, że z tym dniem dotychczasowi wspólnicy spółki przejmowanej stają się wspólnikami spółki nowo zawiązanej. Trzecim następstwem stanowiącym o utracie bytu prawnego, choć nie wyrażonym w art. 494 ksh, a w art. 493 § 2 ksh, jest wykreślenie spółki przejmowanej z rejestru. Konieczne jest określenie z jaką datą dochodzi ono do skutku. W poprzednim stanie prawnym tj. pod rządami Kodeksu Handlowego

ustawodawca przyjął rozwiązanie (art. 465 § 3 ksh), że przejście praw i obowiązków następuje z chwilą wykreślenia spółki przejmowanej z rejestru. Było to rozwiązanie rodzące problemy na etapie jego wykonywania. Spółka nowo zawiązana powstawała z datą połączenia, ale sukcesorem spółki przejmowanej stawała się dopiero z momentem wykreślenia spółki przejmowanej z rejestru. Dawało to powody zaskarżania uchwał spółki nowo zawiązanej i dlatego ustawodawca przy uchwalaniu nowego Kodeksu Spółek Handlowych odstąpił od tej regulacji wprowadzając art. 494 § 1 i 4 ksh oraz art. 493 § 2 ksh. O ile faktycznie fizyczne wykreślenie spółki przejmowanej (wydanie postanowienia o wpisie wykreślenia spółki przez sąd rejestrowy) może nastąpić później niż dzień wpisania spółki nowo zawiązanej do rejestru – dzień połączenia, o tyle art. 493 § 2 ksh określa moment zaistnienia skutku utraty podmiotowości prawnej. Ustawodawca celowo posługuje się sformułowanie „wywołuje skutek wykreślenia” wskazują tym samym, że skutek następuje przed faktem dokonania wpisu o wykreśleniu, a sam wpis ma charakter deklaratoryjny, formalny, potwierdzający zaistnienie wykreślenia. W tym duchu wypowiedział się Sąd Najwyższy postanowieniem z dnia 19 stycznia 2006 r. sygn. akt IV CZ 144/2005 „(...) W przypadku łączenia się spółek kapitałowych przez przejęcie (art. 492 § 1 pkt 1 k.s.h.) połączenie następuje z dniem wpisania połączenia do rejestru właściwego według siedziby spółki przejmującej (art. 492 § 2 k.s.h.). Poza tym skutkiem podstawowym omawiany wpis wywołuje także skutek w odniesieniu do spółki przejmowanej w postaci jej wykreślenia (verba legis: "skutek wykreślenia spółki przejmowanej"). Wykreślenie z rejestru następuje z urzędu (art. 493 § 5 k.s.h.). (...) Nie można podzielić opinii, że postanowienie o wpisie połączenia "staje się postanowieniem o wykreśleniu spółki przejmowanej", jeżeli bowiem w art. 493 § 2 k.s.h. stwierdzono, że wpis połączenia "wywołuje skutek wykreślenia spółki przejmowanej", to chodzi tu z pewnością o regulację materialnoprawną, której sens sprowadza się do tego, iż z chwilą dokonania wpisu połączenia powstaje także materialnoprawny skutek w postaci inkorporacji spółki, tj. utraty przez nią samodzielnego bytu prawnego. (...) że w art. 493 § 2 k.s.h. przewidziano skutek wpisu połączenia w postaci wykreślenia spółki przejmowanej, ponieważ materialnoprawny skutek inkorporowania spółki przejmowanej - jak wspomniano - powinien znaleźć odzwierciedlenie w rejestrze w postaci odpowiedniego wpisu, tj. wpisu wykreślenie tej spółki z rejestru."

Takie też stanowisko, wbrew odmiennym twierdzeniom Odwołującego zajmuje doktryna J. Jacyszyn, Sł. Krześ, E. Marszałkowska – Krześ „Kodeks Spółek Handlowych. Komentarz. Orzecznictwo Warszawa 2001r. str. 587 „Spory w doktrynie może wywoływać treść § 1 (art. 493ksh przyp. wł.), przewidująca rozwiązanie spółki bez przeprowadzania postępowania likwidacyjnego, a więc wykreślenie spółki (A. Szumański, jw.) w dniu wykreślenia z rejestru.

Wystarczający w tej materii zdaje się być zapis zdania 2 w § 2, a § 1 jest, wobec jednoznacznego brzmienia tego zdania, przepisem zbędnym.”, ST. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, R. Zabłocki „Kodeks spółek handlowych. Komentarz do artykułów 459 – 633. Tom IV Warszawa 2004 str. 237 „Przepisy art. 494 regulują dwa podstawowe skutki prawne połączenia spółek tj. sukcesję uniwersalną wszystkich praw i obowiązków jednej spółki, które przechodzą na drugą łączącą się spółkę (§ 1), a następnie uzyskanie statusu wspólników (akcjonariuszy) innej spółki przez osoby posiadające taki status w łączącej się spółce drugiej, która w wyniku połączenia traci swój byt prawny (§ 4). Poza przepisami art. 494 ksh został uregulowany trzeci podstawowy skutek prawny łączenia się spółek, a mianowicie rozwiązanie – bez potrzeby przeprowadzania likwidacji – spółki przejmowanej bądź spółki łączącej się przez zawiązanie nowej spółki (art. 493 § 1 ksh). Wszystkie wspomniane trzy podstawowe skutki prawne połączenia spółek następują we tym samym czasie, tj. w dniu połączenia (art. 494 § 1 i 4 KSH). Dotyczy to także wykreślenia spółki przejmowanej czy spółki łączącej się przez zawiązanie nowej spółki z rejestru, bowiem skutek wykreślenia również następuje w dniu połączenia (art. 493 § 2 ksh).”, „Jednakże chcąc uniknąć jakichkolwiek wątpliwości interpretacyjnych przepis art. 493 § 1 ksh (który okazuje się być przepisem instruktażowym), wyraźnie stanowi, że spółka przejmowana czy spółki łączące się przez zawiązanie nowej spółki zostają rozwiązane bez przeprowadzania postępowania likwidacyjnego w dniu wykreślenia z rejestru. Przepis ten nie posiadał swojego odpowiednika w KH. Jednakże jego wprowadzenie zostało podyktowane koniecznością uwzględnienia przepisu art. 3 zd. 1 Trzeciej Dyrektywy UE, który w podobny sposób reguluje wspomnianą wyżej kwestię. Dniem wykreślenia z rejestru spółki przejmowanej czy spółki łączącej się przez zawiązanie nowej spółki (art. 493 § 1 in fine KSH) jest dzień połączenia, zgodnie z art. 493 § 2 KSH.”, „wykreślenie z rejestru spółki przejmowanej czy spółek łączących się przez zawiązanie nowej spółki (które też jest wpisem do rejestru) ma charakter deklaratoryjny.” Jak widać z powyższego doktryna jak i orzecznictwo są zgodne i potwierdzają stanowisko Izby w przedmiotowej sprawie. Nie ma zatem racji Odwołujący, że posiadał byt prawny w dacie wnoszenia protestu i odwołania. Przepis art. 493 § 1 ksh ma jedynie charakter instrukcyjny, daje wytyczną sądowi rejestrowemu, że ma przyjąć rozwiązanie spółki bez przeprowadzania likwidacji i dokonać wpisu o wykreśleniu. Istnienie w jednym czasie spółki łączącej się i spółki nowo zawiązanej rodziłoby niepewność obrotu gospodarczego. Zarząd NTI sp. z o.o., który podpisał protest i odwołanie działał jako rzekomy organ osoby prawnej, która nie istnieje – vide art. 39 § 2 kc. Nie można zatem uznać, że odwołanie pochodzi od osoby uprawnionej, gdyż działanie organu NTI sp. z o.o. jest nieważne i

nie może być konwalidowane a to z mocy art. 67 § 1 kpc w związku z art. 13 § 2 kpc w związku z art. 184 ust. 6 ustawy.

Izba podziela stanowisko wyrażone przez Przystępującego, że postanowienie o wpisie do SKRS za wyjątkiem postanowień dotyczących wykreślenia podmiotu z KRS są skuteczne i wykonalne z chwilą ich wydania, gdyż tak stanowi art. 694⁵ § 2 kpc, stąd Odwołujący nie może skutecznie powoływać się na swój brak wiedzy odnośnie wydanego postanowienia o wpisie NTI S.A. do KRS w dniu 3 grudnia 2007r., możliwe było wcześniejsze tj. przed 6 grudnia 2007r. pozyskanie tej informacji skoro sam Odwołujący uzyskał odpis z KRS w dniu 7 grudnia 2007r.

Izba nie podziela zarzutu Odwołującego, że Przystępujący nie ma interesu prawnego w rozstrzygnięciu postępowania na korzyść Zamawiającego, a to z tego względu, że interes prawny w tym przypadku nie jest ściśle związany z wynikiem postępowania jak ma to miejsce w przypadku wnoszenia środków ochrony prawnej. Niewątpliwie gdyby rozważyć i uwzględnić merytorycznie zarzuty Odwołującego, to Przystępujący nie uzyskałby zamówienia publicznego i to w sytuacji gdyby uznać, że Zamawiający wadliwie odrzucił ofertę Odwołującego i w przypadku gdyby uznać, że Zamawiający przekroczył swoje uprawnienia i nie miał prawa do samodzielnej zmiany swojej ostatecznej decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Jednakże Izba podnosi tę kwestię jedynie dla uzasadnienia merytorycznego powodu oddalenia wniosku Odwołującego o niedopuszczenie przystąpienia, natomiast z powodu braku wniesienia odwołania przez podmiot uprawniony i nie może dokonywać merytorycznej oceny zasadności zarzutów.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdza, że odwołanie należy odrzucić na podstawie art. 187 ust. 4 pkt. 3 ustawy i orzeka jak w sentencji.

Na marginesie należy wskazać, że wyrok z dnia 27 września 2000 r. Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych sygn. akt UZP/ZO/0-1029/00 nie może mieć zastosowania w sprawie, albowiem zapadł w odmiennym stanie prawnym. Art. 465 § 3 KH przewidywał inny moment przejścia praw i obowiązków na spółkę nowo zawiązaną : „Z chwilą wykreślenia spółki przejętej spółka przejmująca wstępuje we wszystkie prawa i obowiązki spółki przejętej”

O kosztach rozstrzygnięto stosownie do wyników postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 pzp.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....