

Sygn. akt KIO/UZP 1216/09

WYROK
z dnia 12 października 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Sylwester Kuchnio
Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ASSECO POLAND S.A., al. Armii Krajowej 80, 35-307 Rzeszów** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Szpital Kliniczny im. Heliodora Świącickiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, ul. Przybyszewskiego 49, 60-355 Poznań** protestu z dnia 30 lipca 2009 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i odrzucenia oferty Odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża Szpital Kliniczny im. Heliodora Świącickiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, ul. Przybyszewskiego 49, 60-355 Poznań i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **ASSECO POLAND S.A., al. Armii Krajowej 80, 35-307 Rzeszów,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Szpital Kliniczny im. Heliodora Świącickiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, ul. Przybyszewskiego 49, 60-355 Poznań** na rzecz **ASSECO POLAND S.A., al. Armii Krajowej 80, 35-307 Rzeszów** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ASSECO POLAND S.A., al. Armii Krajowej 80, 35-307 Rzeszów.**

U z a s a d n i e n i e

Odwołujący Asseco Poland S. A. zs w Rzeszowie uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie negocjacji z ogłoszeniem na „Dostawę i wdrożenie zintegrowanego systemu informatycznego szpitala”, zarzucił Zamawiającemu, którym jest Szpital Kliniczny im. Heliodora Świącickiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego z siedzibą w Poznaniu naruszenie art. 89 ust.1 pkt 5 i art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez czynność odrzucenia oferty Odwołującego i unieważnienie postępowania.

Wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty wstępnej, unieważnienia czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania, nakazanie dalszego prowadzenia postępowania z udziałem Odwołującego.

Odwołujący stwierdził, że na zasadzie art. 494 § 1 ksh w zw. z art. 492 § 1 pkt 1 ksh jest generalnym następcą prawnym spółek:

Producent Systemów Informatycznych RADCOMP S.A. z siedzibą we Wrocławiu i
ABG Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie.

Zakwestionował stanowisko Zamawiającego, że inne skutki w toku postępowania miało połączenie spółki Producent Systemów Informatycznych RADCOMP S.A ze spółką ABG,

które to spółki uczestniczyły w przedmiotowym postępowaniu, niż połączenie ABG S.A. z Odwołującym, który w postępowaniu nie uczestniczył.

Odwołujący wskazał na treść przepisów art. 494 § 1 i art. 492 § 1 pkt 1 ksh z których wynika podstawowa cecha prawna instytucji połączenia spółek, jaką jest zasada sukcesji generalnej, zgodnie z którą spółka przejmująca przejmuje wszelkie prawa i obowiązki spółki przejmowanej. Stwierdził, że sukcesja nie ogranicza się do sfery cywilnoprawnej, a wywołuje skutki także w sferze publicznoprawnej czy administracyjnej. W ocenie Odwołującego sukcesja winna znaleźć zastosowanie na gruncie ustawy Pzp, co oznacza, że art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy powinien być stosowany w ten sposób, że innym podmiotem od tego, który został zaproszony do złożenia ofert, nigdy nie będzie generalny następca prawny, skoro następca wstępuje w całą sferę praw i zobowiązań poprzednika prawnego. Zakwestionował w tym zakresie odmienne stanowisko Zamawiającego, którego uwzględnienie prowadziłoby do konieczności wykluczania wykonawców będących spółkami handlowymi, którzy po złożeniu oferty i oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, ale przed badaniem ofert, przed wyborem oferty lub przed podpisaniem umowy, dokonali połączenia z inną spółką. Byłaby to sytuacja, w której poprzednik prawny złożył ofertę i oświadczenie o spełnianiu warunków udziału, a podpisywałby umowę następca prawny, czyli, wg Zamawiającego inny podmiot niż ten, który złożył oświadczenie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. Odwołujący uznał taką interpretację za niezgodną z przepisami prawa zamówień publicznych i kodeksu spółek handlowych. Odwołujący zwrócił również uwagę na opinię prawną zamieszczoną na stronie internetowej UZP dotyczącą dopuszczalności posługiwania się przez spółkę przejmującą referencjami wystawionymi na spółkę przejmowaną.

Odwołujący wskazał, że jego poprzednik prawny przeszedł pozytywnie proces weryfikacji spełniając wszystkie wymagania, w związku z czym nabył prawo do dalszego uczestnictwa w postępowaniu, a Zamawiający nie ma podstaw odbierać tego prawa tylko dlatego, że Odwołujący nie był weryfikowany w trakcie badania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Wskazując na swoje prawo do złożenia oferty wstępnej w przedmiotowym postępowaniu uznał za bezzasadne odrzucenie przez Zamawiającego złożonej oferty i w konsekwencji unieważnienie postępowania.

Popierając odwołanie na rozprawie stwierdził, że Zamawiający w sposób nieuzasadniony ograniczył jego nabyte prawa podmiotowe. Zauważył, że podstawa prawna, wskazana przez Zamawiającego, dotyczy podmiotu nie zaproszonego do składania ofert, a nie podmiotu, który nie był weryfikowany w toku postępowania. Stwierdził, że z przepisów ustawy Pzp nie wynika prawo do ograniczania uprawnień nabytych na podstawie ksh w drodze sukcesji

generalnej. Oświadczył nadto, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, lecz Zamawiający nie zwracał się do niego o złożenie w tym zakresie wyjaśnień.

Zamawiający uznał zarzuty za nieuzasadnione podtrzymując stanowisko zawarte w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp tj. jako złożonej przez wykonawcę nie zaproszonego do składania ofert wstępnych. Zamawiający stwierdził, że 26.05.2008 r. nastąpiło połączenie dwóch wykonawców biorących udział w postępowaniu tj. firmy ABG S.A. oraz firmy Producent Systemów Informatycznych RADCOM S.A. poprzez przeniesienie majątku firmy RADCOM na rzecz ABG S.A. Następnie, 1.10.2008 r. nastąpiło przejęcie ABG S.A. przez Asseco Poland S.A. Zamawiający wskazał, że prowadzone postępowanie jest dwuetapowe i składa się z etapu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w negocjacjach oraz etapu składania ofert wstępnych. Zauważył, że zgodnie z treścią art. 57 ust. 2 ustawy zaprasza do składania ofert wstępnych wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu. Stwierdził, że aby mówić o wykonawcy, który spełnia warunki udziału w postępowaniu wskazał, że firmy ABG S.A. oraz Producent Systemów Informatycznych RADCOM S.A. warunki te spełniły. Obie zostały zaproszone do składania ofert wstępnych, pomimo tego, że w dniu ich zapraszania firma Producent Systemów Informatycznych RADCOM S.A. już nie istniała wobec treści art. 493 par. 1 ksh. Zamawiający uznał, że skoro obie firmy spełniały warunki udziału w postępowaniu, to ich połączenie nie musi skutkować utratą dla firmy przejmującej pozycji wykonawcy. Natomiast w związku z kolejnym przekształceniem dokonanym w ramach art. 492 par. 1 ust. 1 ksh pomiędzy ABG S.A. oraz Asseco Poland S.A., Zamawiający nie zaprosił firmy Asseco jako spółki przejmującej, do składania ofert wstępnych w niniejszym postępowaniu, gdyż na tym etapie postępowania nie była wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp. W stosunku do tego wykonawcy Zamawiający nie przeprowadzał weryfikacji podmiotowej (art. 22 i 24 Pzp) w zakresie spełniania warunków udziału postawionych w postępowaniu w oparciu m. in. o odpisy z KRS, wypisy z KRK członków zarządu. Zamawiający stwierdził, że czynności prawne podmiotów nie mogą służyć de facto uniknięciu przez podmiot trzeci weryfikacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na ogólnych zasadach. Uznał, że sukcesja generalna przewidziana przepisami ksh nie skutkuje w tym wypadku uzyskaniem pozycji wykonawcy przez Odwołującego. W związku z tym złożona przez niego oferta wstępna została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy wobec uznania przez Zamawiającego, że została złożona przez podmiot nie zaproszony do składania ofert wstępnych. Zamawiający stwierdził, że przepisy Prawa zamówień publicznych mają charakter *lex specialis* w stosunku do ksh. Powołując art. 7 ust. 3 Pzp wskazał, że wykonawca powinien

być wyłoniony w trybie procedury ustawy. Powołał art. 57 ust. 2 oraz definicję wykonawcy zawartą w art. 2 pkt 11 ustawy.

Wskazał, że z art. 22 i 24 Pzp wynika, jakie podmioty mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia. Stwierdził że Odwołujący nie był zaproszony do składania oferty wstępnej i wskazał na ewentualne następstwa zawarcia umowy z wykonawcą wyłonionym niezgodnie z przepisami ustawy. Stwierdził ponadto, że nie ma podstaw dokonywania na obecnym etapie ponownej weryfikacji podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron, ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzący postępowanie w trybie negocjacji z ogłoszeniem dokonał oceny spełniania warunków udziału w tym postępowaniu uznając, że spółki ABG S.A. oraz Producent Systemów Informatycznych RADCOM S.A., które złożyły wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu spełniają postawione warunki.

Dnia 26.05.2008 r. nastąpiło przejęcie firmy Producent Systemów Informatycznych RADCOM S.A. poprzez przeniesienie majątku firmy RADCOM S.A. na rzecz ABG S.A.

Następnie, 1.10.2008 r. nastąpiło przejęcie ABG S.A. przez Asseco Poland S.A. tj. Odwołującego. Odwołujący w odpowiedzi na zaproszenia do złożenia ofert wstępnych skierowane do wyżej wskazanych podmiotów, złożył taką ofertę stojąc na stanowisku, że ma takie uprawnienie jako następcą prawny spółki ABG S.A. Oferta została odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wobec uznania, że oferta wstępna została złożona przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert.

Jak wynika z ustaleń postępowania dowodowego połączenie spółki Asseco Poland z siedzibą w Rzeszowie i spółki ABG S.A. z siedzibą w Warszawie nastąpiło w drodze przejęcia spółki ABG S.A. będącej spółką przejmowaną przez spółkę Asseco Poland S.A. będącej spółką przejmującą, na podstawie art. 492 § 1 pkt 1 kodeksu spółek handlowych. Okoliczność tę potwierdza odpis z Krajowego Rejestru Sądowego spółki Asseco Poland S.A.; nie jest również kwestionowana przez strony postępowania odwoławczego.

Oceniając skutki dokonanej zmiany podmiotowej na gruncie kodeksu spółek handlowych w relacji do przepisów Prawa zamówień publicznych, należy stwierdzić, co następuje.

Połączenie spółek kapitałowych poprzez przejęcie dokonane na podstawie art. 492 § 1 pkt 1 ksh powoduje skutki przewidziane w art. 494 ksh określane mianem sukcesji generalnej. Zgodnie z § 1 i 2 wskazanego przepisu spółka przejmująca wstępuje we wszystkie prawa i obowiązki spółki przejmowanej i na spółkę przejmującą przechodzą z dniem połączenia w szczególności zezwolenia, koncesje oraz ulgi, które zostały przyznane spółce

przejmowanej, chyba że ustawa lub decyzja o udzieleniu zezwolenia, koncesji lub ulgi stanowi inaczej.

Powyższe oznacza, iż od dnia przejęcia podmiotem wszelkich praw i obowiązków staje się spółka przejmująca, gdyż spółka przejmowana ulega rozwiązaniu bez przeprowadzenia postępowania likwidacyjnego. Powyższa sukcesja jest sukcesją uniwersalną obejmującą zarówno sukcesję cywilnoprawną, jak i administracyjnoprawną. Na gruncie rozpatrywanej sprawy istotne znaczenie, w świetle art. 14 ustawy Pzp ma stwierdzenie nastąpienia generalnej sukcesji cywilnoprawnej oznaczające przejęcie przez spółkę przejmującą ogółu praw podmiotowych, jakie przysługiwały spółce przejmowanej. Prawem takim jest w rozpatrywanej sprawie uprawnienie nabyte przez spółkę przejętą polegające na prawie do złożenia oferty w postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego, w tym wypadku złożenia oferty wstępnej. W ocenie składu orzekającego brak jest podstaw prawnych do uznania, by to prawo zostało utracone (zniweczone) faktem dokonania wskazanej wyżej zmiany podmiotowej. W tym świetle Izba uznaje, że jakkolwiek Zamawiający prawidłowo zastosował przepis art. 57 ust. 2 ustawy Pzp zapraszając do składania ofert wstępnych wykonawców, w stosunku do których przeprowadził postępowanie mające na celu potwierdzenie spełniania przez nich warunków udziału w postępowaniu, nie powinien był odrzucać oferty wstępnej złożonej przez wykonawcę, który będąc sukcesorem generalnym skupia w sobie uprawnienia zweryfikowanego wykonawcy, do złożenia takiej oferty.

W konsekwencji Izba stoi na stanowisku, że dokonana zmiana podmiotowa po stronie wykonawcy, jaka miała miejsce w rozpatrywanej sprawie nie powinna skutkować eliminacją z postępowania wykonawcy zamierzającego realizować nabyte uprawnienia.

Skład orzekający w niniejszej sprawie nie podziela w tym zakresie poglądu wyrażanego w piśmiennictwie, a dotyczącego etapu realizacji umów, iż zmiana podmiotowa po stronie wykonawcy polegająca na sukcesji uniwersalnej uniemożliwia kontynuację wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego (por. Prawo zamówień publicznych, Komentarz, red. T. Czajkowski, Warszawa 2007, wyd. 3, s. 420). Pogląd powyższy, jak wynika z treści komentarza, oparty jest na założeniu, że zmiana wykonawcy jest czynnością dokonywaną w celu obejścia ustawy, a jako taka z mocy art. 58 kc będzie nieważna.

W ocenie Izby nie ma uzasadnienia blokowania dostępu do rynku zamówień publicznych podmiotom podlegającym zmianom i zakładanie a priori złej wiary i zamiaru obejścia przepisów prawa przez te podmioty. Należy przy tym zauważyć, że zmiany podmiotowe wykonawców dokonywane są nie tylko na mocy ich własnych decyzji, lecz również mogą wynikać z obligatoryjnego przepisu prawa, por. np. art. 26 § 4 ksh zobowiązujący wspólników spółki cywilnej do powołania i zarejestrowania spółki jawnej, która to zmiana nie stanowi przekształcenia podmiotu.

W świetle powyższego Izba uznaje, że Odwołujący jako sukcesor generalny ma przymiot wykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp, a zatem jest podmiotem uprawnionym do ubiegania się o udzielenie zamówienia, w tym poprzez złożenie oferty wstępnej. W konsekwencji ewentualny wybór tego wykonawcy nie uchybi przepisowi art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

W związku z dokonanymi ustaleniami orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 tj. stosowanie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....