

**Sygn. akt: KIO 579/14**

**WYROK**  
**z dnia 9 kwietnia r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 marca 2014 r. przez PRZP Systemy Informacyjne Sp. z o.o. w Połańcu w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Pasłęk

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Gminie Pasłęk unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności wykluczenia PRZP Systemy Informacyjne Sp. z o.o. w Połańcu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Pasłęk i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez PRZP Systemy Informacyjne Sp. z o.o. w Połańcu tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Gminy Pasłęk na rzecz przez PRZP Systemy Informacyjne Sp. z o.o. w Połańcu kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Pasłęk - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa 462 komputerów wraz z oprogramowaniem i licencjami realizowana w ramach projektu pn. „Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu w Gminie Pasłęk” w ramach działania 8.3. „Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu - eInclusion”, osi priorytetowej 8. "Społeczeństwo informacyjne - zwiększanie innowacyjności gospodarki" Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka 2007 - 2013.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 021-032537 z dnia 30 stycznia 2014 r.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

14 marca 2014 r. zamawiający przesłał informację o wykluczeniu z postępowania o udzielanie zamówienia publicznego wykonawcy PRZP Systemy Informacyjne Sp. z o.o. w Warszawie, który wobec czynności wykluczenia wniósł odwołanie 24 marca 2014 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przez jego zastosowanie i przyjęcie, iż odwołujący nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert;
2. art. 26 ust. 4 Pzp ewentualnie art. 87 ust. 1 Pzp przez jego niezastosowanie i niewezwanie do złożenia wyjaśnień odnośnie zarzucanego uchybienia ,
3. art. 7 Pzp przez jego niezastosowanie i w konsekwencji przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, albowiem pomimo że oferta złożona przez odwołującego została zabezpieczona wadium oraz odpowiada wszelkim wymaganiom SIWZ zamawiający w celu jej odrzucenia zastosował zupełnie subiektywne i dowolne kryteria nieznajdujące oparcia w przepisach prawa;
4. innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego, czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz o dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący wyjaśnił, że 14 marca 2014 r. zamawiający poinformował go o wykluczeniu z postępowania ze względu na nie wniesienie wadium, 17 marca 2014 r. poinformował zamawiającego, że czynność ta jest niezgodna z przepisami.

19 marca 2014 roku zamawiający ustosunkował się do informacji i 20 marca poinformował o rozstrzygnięciu postępowania oraz podtrzymał decyzję o wykluczeniu odwołującego.

Odwołujący wyjaśnił, że zamawiający powołał, że zgodnie z art. 45 ust. 1 ustawy żądał wadium od wykonawców i nie otrzymał wadium od odwołującego, mimo, że PRZP Systemy Informacyjne Spółka z o. o. załączyła potwierdzenie realizacji przelewu kwoty wadium.

Odwołujący wskazał, że wniósł wadium w sposób zgodny z SIWZ i Pzp. Potwierdzenie realizacji przelewu, załączone do oferty, wskazuje nr rachunku wykonawcy, nr rachunku zamawiającego, ich pełne nazwy, nazwę postępowania oraz kwotę przelewu. Wyjaśnił, że wpłata wadium mogła zostać wykazana na rachunku zamawiającego, jako wniesiona przez podmiot działający pod firmą, którą odwołujący posługiwał się wcześniej. Odwołujący wyjaśnił, że na podstawie art. 551 Kodeksu Spółek Handlowych w trybie przekształcenia z sukcesją generalną, zmienił formę prawną i nazwę z Przedsiębiorstwo Realizacji Zamówień Publicznych Z. L..... Sp. jawna na PRZP Systemy Informacyjne Sp. z o.o. Potwierdza to odpisu z KRS - Dział 1, rubryka 6, podrubryka 1.

Odwołujący powołał dowody z pism z 14, 17, 19 i 20 marca 2014 r., kopii potwierdzenia przelewu kwoty wadium, odpisu z KRS odwołującego.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Okoliczności faktyczne przywołane przez odwołującego nie są sporne między stronami. Izba przyjmuje je za ustalenia własne.

Ponad to jako podstawę faktyczną rozstrzygnięcia Izba uwzględniła wiarygodne wyjaśnienia zamawiającego, że wobec stwierdzenia braku wpłaty wadium pochodzącego od odwołującego, zamawiający zbadał za pośrednictwem swego banku, do kogo należy rachunek bankowy wskazany w dowodzie wniesienia wadium złożonym przez odwołującego wraz z ofertą. Zamawiający uzyskał w ten sposób informację, że podmiotem, który wpłacił wadium jest Przedsiębiorstwo Realizacji Zamówień Publicznych Z. L..... Sp. jawna.

Na podstawie odpisu z KRS odwołującego Izba ustaliła, że podmiot ten jest spółką, z której przekształcenia w trybie art. 551 k.s.h. powstał odwołujący, co nastąpiło na podstawie

uchwały wspólników z 27 listopada 2013 r. (Dział 1, rubryka 6, podrubryka 2). Rejestracja odwołującego (spółki z ograniczoną odpowiedzialnością) w KRS nastąpiła wpisem z 30 grudnia 2013 r.

Na podstawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia Izba ustaliła, że termin składania ofert upływał w dniu 10 marca 2014 r. Odwołujący wydał polecenie przelewu 7 marca 2014 r.

### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty uzyskania zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Przedmiotem sporu jest ocena, czy wniesienie wadium w pieniądzu w wysokości wymaganej przez zamawiającego, które zostało zarejestrowane na rachunku bankowym zamawiającego jako wpłata od poprzednika prawnego odwołującego, czyni zadość obowiązkowi wniesienia wadium przez wykonawcę, o którym mowa w art. 45 ust. 1 Pzp.

Przywołany przepis stanowi *in initio*, że – w zależności od wartości zamówienia - zamawiający żąda lub może żądać od wykonawców wniesienia wadium.

Izba nie miała wątpliwości, że wadium przed upływem terminu składania ofert oraz w wysokości wymaganej przez zamawiającego zostało wniesione przez odwołującego. Zgodnie z art. 552 k.s.h. spółka przekształcana staje się spółką przekształconą z chwilą wpisu spółki przekształconej do rejestru (dzień przekształcenia). Jednocześnie sąd rejestrowy z urzędu wykreśla spółkę przekształcaną.

Skoro w dniu przekształcenia podmiot przekształcany zostaje wykreślony z rejestru to jego byt w tej formie prawnej ustaje. Nie istniejąca w dniu dokonania wpłaty wadium spółka działająca pod firmą Przedsiębiorstwo Realizacji Zamówień Publicznych Z. L..... Sp. jawna (spółka przekształcana) nie mogła zatem wnieść wadium. Wpłaty kwoty wadium na rachunek bankowy zamawiającego mógł dokonać i dokonał odwołujący (spółka przekształcona).

Stosownie do art. 553 § 1 k.s.h. spółce przekształconej przysługują wszystkie prawa i obowiązki spółki przekształcanej, zatem spółka ta nie wstępuje, ale jest cały czas podmiotem tych praw i obowiązków *ex lege*. W przypadku kontynuacji nie ma poprzednika i następcy

prawnego, ale istnieje ta sama spółka w zmienionej formie (Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 12 września 2013 r., sygn. akt I ACz 1170/13, LEX nr 1363347). W przypadku przekształcenia zarówno przed jak i po przekształceniu mamy do czynienia z tym samym podmiotem (przedsiębiorcą), który jedynie zmienia "szatę prawną" (Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 24 listopada 2010 r., sygn. akt I SA/GI 704/10, LEX nr 748312).

Nie budzi więc najmniejszej wątpliwości Izby, że ewentualnego zwrotu wadium zamawiający powinien dokonać na numer rachunku podany w załączonym dowodzie dokonania przelewu, w którym wskazana została aktualna forma prawna i firma, pod jaką działa odwołujący a ewentualne zatrzymanie wadium byłoby prawnie skuteczne wobec odwołującego.

Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego, że nie wiedziałby komu miałby wadium zwrócić. Jak było wskazane wcześniej zamawiający dysponował stosownymi informacjami, ujawnionymi w KRS.

Ponadto, wbrew twierdzeniom zamawiającego, wątpliwości, czy wadium zostało wniesione przez odwołującego, mogły być przedmiotem wyjaśnienia. Dowód potwierdzenia wniesienia wadium został przez zamawiającego wskazany w SIWZ jako dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania, który winien być złożony wraz z ofertą. W tej sytuacji, jako dokument spełniający wymagania art. 25 ust. 1 zd. 1 Pzp podlega dyspozycji art. 26 ust. 4 Pzp. Przepisy ustawy nie mogą być interpretowane w ten sposób, że wątpliwości dotyczące wniesienia wadium w pieniądzu przez wykonawcę rozstrzygane są na niekorzyść wykonawcy bez dania mu możliwości złożenia wyjaśnień.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b 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).

**Przewodniczący:** .....