

POSTANOWIENIE

Dnia 7 maja 2008r.

Sąd Okręgowy w Toruniu Wydział VI Gospodarczy
w składzie następującym:

Przewodniczący SSO Jerzy P. Naworski

Sędziowie SO Zbigniew Krepski

SO Jakub Rusiński (spr.)

Protokolant st.sekr.sąd. Olimpia Hordyk

po rozpoznaniu w dniu 7 maja 2008r.
na posiedzeniu niejawnym

prawy ze skargi MASTERS sp. z o.o. w Szczecinie

y przehyko zamawiającemu Miejskiemu Ośrodkowi Sportu i Rekreacji w Toruniu

'Sictrwencji ubocznej po stronie zamawiającego Polcourt S.A. w Warszawie

/-Z/

na,skytte skargi MASTERS sp. z o.o. w Szczecinie od wyroku Krajowej Izby
' ^,^^oławczej z dnia 22 lutego 2008r., sygn. akt KIO/UZP 99/08

postanawia

1. przedstawić Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia następujące zagadnienie prawne budzące poważne wątpliwości:

czy nabywca przedsiębiorstwa może ubiegać się o udzielenie zamówienia,
powołując się na nabyte wraz z przedsiębiorstwem niezbędną wiedzę i
doświadczenie w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r.
- Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 223 poz. 1655 ze zm.) w sytuacji, w
której zbywca — przedsiębiorca jednoosobowy — prowadzi nadal tę samą
działalność gospodarczą?

2. odroczyć rozprawę; wyznaczyć nowy termin z urzędu

‘ \ j Na oryginale właściwe

\ ‘ śj. !..Łi be.sifetariatu

W:3>Z 1/^“

Sygn. akt VI Ga 34/08

Uzasadnienie

Wyrokiem z dnia 22 lutego 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 99/08 Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie „Masters” sp. z o.o. w Szczecinie od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Toruniu, przy udziale POLCOURT S.A w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego. Wyrok ten zapadł w następującym stanie faktycznym i prawnym. Stosownie do bliżej określonej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Zamawiający wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego wykazali się posiadaniem niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia - zrealizowaniem w ciągu ostatnich 5 lat przed wszczęciem

. postępowania o udzielenie zamówienia co najmniej 3 boisk z nawierzchnią syntetyczną o bjjiej wskazanych parametrach. Wokół tego ostatniego wymogu koncentrował się spór.

■ ■ /Kwestia ta była bowiem kluczowa w sprawie, w związku z czym istotnej wagi nabrał zarzut - ^pbdniesiony przez Odwołującego „Masters” sp. z o.o., czy na skutek sprzedaży przedsiębiorstwa F. W. POLCOURT w rozumieniu art. 55¹ k.c. przez Marka Piotrowicza na rzecz POLCOURT S.A. w Warszawie, na tę spółkę przeszły „niezbędna wiedza i doświadczenie (referencje)” do wykonywania zamówień publicznych w zakresie, w jakim dysponowało nimi przedsiębiorstwo, a co za tym idzie, czy istnieje możliwość posługiwania się referencjami wystawionymi na osobę fizyczną prowadzącą działalność gospodarczą jako przedsiębiorstwo. Jak podniesiono w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, powszechnie przyjmuje się dopuszczalność posługiwania się przez spółkę przejmującą lub nowo zawiązaną referencjami wystawionymi na spółkę przejmowaną lub spółki łączące się, co zostało potwierdzone wyrokiem Zespołu Arbitrów Publicznych z dnia 21 czerwca 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1572/06). Analizując pojęcia „przedsiębiorstwa” i przedsiębiorcy” i ich wzajemne relacje, Krajowa Izba Odwoławcza doszła do wniosku, iż dopuszczalność posługiwania się przez spółkę przejmującą lub nowo zawiązaną referencjami wystawionymi na spółkę przejmowaną lub spółki łączące się przy jednoczesnej odmowie takiej możliwości w wypadku zbycia przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym przez przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą w innej formie niż spółka, naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 p.z.p.). Stanowiłoby to także dyskryminację takich uczestników obrotu gospodarczego. Nadto z faktu, że ma miejsce nabycie

przedsiębiorstwa w formie aktywów bez zobowiązań, wobec których stosuje się koncepcję przystąpienia do długu, nie można wywieść wniosku, iż jest to sukcesja singularna, bo sam fakt przejmowania aktywów bez zobowiązań jest znany prawu polskiemu także przy sukcesji uniwersalnej (nabycie praw do spadku).

Jeśli chodzi o dobra takie jak dobre imię, czy doświadczenie zawodowe i organizacyjne, których emanacją są referencje, to bezsprzecznie stanowią one składnik majątku przedsiębiorstwa i mogą być zbyte razem z nim. Analiza dokumentacji przetargowej wskazuje, że miało miejsce zbycie przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55¹ k.c., a brak wyraźnego wyłączenia jakiegokolwiek składnika przedsiębiorstwa nakazuje przyjąć, że nastąpiło zbycie wszystkich składników przedsiębiorstwa, w tym doświadczenia, którego przejawem są referencje.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, z faktu przedstawiania przez firmę FW POLCOURT Marek Piotrowicz referencji w innych postępowaniach nie można wywieść, że POLCOURT

S.A. nie przejęła doświadczenia przedsiębiorstwa FW POLCOURT Marek Piotrowicz. Nadto/ ?

F & ;

Przystępujący miał prawo posługiwać się doświadczeniem nabytego przedsiębiorstwa, zaś ^J ocena posługiwania się przez firmę FW POLCOURT Marek Piotrowicz zbytymy/ doświadczeniem wykracza poza ramy postępowania.

Także drugi zarzut Odwołującego, dotyczący wykonania prac objętych referencjami w ramach konsorcjum z innym przedsiębiorcą został uznany za niezasadny. Jak podkreśliła

Krajowa Izba Odwoławcza, konsorcjantowi przysługuje prawo posługiwania się dokumentami (referencjami) z tytułu zrealizowania zadań przez konsorcjum dla wykazania swego doświadczenia (k. 58-77)

Z powyższym rozstrzygnięciem nie zgodziła się Masters sp. z o.o. w Szczecinie, która wywiodła skargę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając mu:

1. błąd w ustaleniach faktycznych, w szczególności:

- poprzez przyjęcie, iż na podstawie bliżej określonej umowy sprzedaży miało miejsce zbycie przedsiębiorstwa FW POLCOURT Marek Piotrowicz w rozumieniu art. 55¹ k.c. na rzecz POLCOURT S.A. w Warszawie, w szczególności w zakresie zbycia renomy i doświadczenia służących zbywcy, podczas gdy POLCOURT S.A. w toku postępowania nie wykazała, aby spełnił się warunek zawieszający określony w umowie, tj. zapłata całości ceny za przedsiębiorstwa;

- poprzez przyjęcie, iż nawet w sytuacji, gdy miała miejsce sprzedaż przedsiębiorstwa FW POLCOURT Marek Piotrowicz w rozumieniu art. 55¹ k.c., możliwe było i faktycznie nastąpiło objęcie zgodą wolą stron, w świetle art. 65 §2

k.c., doświadczenia zdobytego w realizacji zamówień publicznych, którego wyrazem są referencje, podczas gdy z okoliczności przedstawionych w postępowaniu m.in. z zachowania Marka Piotrowicza po zawarciu rzekomej umowy sprzedaży wynika, iż doświadczenie i referencje nadal zostały jego własnością że nie zostały przeniesione na rzecz nabywcy;

2. naruszenie prawa materialnego, w szczególności:

- art. 55 k.c. poprzez przyjęcie, że sprzedaż przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55 k.c. stanowi sukcesję uniwersalną

i - art. 55²k.c. poprzez przyjęcie, iż sprzedaż przez osobę fizyczną przedsiębiorstwa

w rozumieniu art. 55¹ k.c. obejmuje również doświadczenie i wiedzę tejże osoby

i podczas gdy wiedza i doświadczenie (będące ich wyrazem referencje) są

s immanentnie związane z podmiotem - osobą fizyczną prowadzącą

I przedsiębiorstwo, którego dotyczą oraz stanowią jego dobra osobiste czyli prawa

' A

<9 \ niezbywalne;

A \

V. 1- art. 22 ust. 1 pkt 2 p.z.p. w zw. z art. 23 p.z.p. i art. 24 ust. 1 pkt 10 i ust. 4 oraz art. / I

. -••/ 89 ust. 1 pkt 2 i 5 p.z.p. poprzez błędne przyjęcie istnienia generalnej zasady, iż w

A./

'Z każdym przypadkiem współkonsorcjantowi dla wykazania swego doświadczenia

przysługuje prawo posługiwania się dokumentami (referencjami) udzielanymi z tytułu zrealizowania zadań przez konsorcjum, podczas gdy taka ocena powinna być dokonywana każdorazowo w konkretnym postępowaniu;

- art. 22 ust. 1 pkt 2 p.z.p. w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 10 i ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 p.z.p. poprzez błędne przyjęcie, iż POLCOURT S.A. posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do

wykonania zamówienia oraz iż nie podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta nie powinna być uznana za odrzuconą.

I Powołując się na powyższe, skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez:
I uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności wyboru oferty POLCOURT S.A. w

I

| Warszawie, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty

i

J najkorzystniejszej oraz nakazanie zamawiającemu wykluczenia z postępowania POLCOURT

| S.A. w Warszawie oraz uznana jego oferty za odrzuconą a także o przyznanie kosztów

I postępowania. W obszernym uzasadnieniu skargi skarżący wywodził, że POLCOURT S.A. w

j Warszawie nie posiada wiedzy i doświadczenia w wykonywaniu zamówień publicznych,

f Nawet gdyby faktycznie doszło do sprzedaży przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55¹ k.c., to

nabywca POLCOURT S.A. nie może legitymować się referencjami wystawionymi na zbywcę
- osobę fizyczną (k. 80-89).

Zamawiający wniósł o oddalenie skargi.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Zgodnie z art.22 ust.1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. nr 223, poz.1655 ze zm. dalej jako „ustawa”) o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz potencjał techniczny, a także dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia w sprawie miało przesądzenie, czy wykonawca będący spółką akcyjną może ująć w wykazie doświadczenia usług świadczonych przez przedsiębiorcę będącego osobą fizyczną, którego przedsiębiorstwo zostało wniesione do tej spółki, jeżeli przedsiębiorca ten nadal prowadzi działalność gospodarczą. Nie ulega wątpliwości, że katalog składników majątkowych wymieniony w art.55¹ k.c. nie jest zamknięty. Ze względu na treść art.55² k.c. czynność prawna mająca za przedmiot przedsiębiorstwo nie musi *in extenso* wskazywać składników przedsiębiorstwa. Jeżeli nie zawiera wyłączeń obejmuje wszystkie składniki podstawowe przedsiębiorstwa, tzn. takie, które warunkują dalszą działalność przedsiębiorstwa. Wiąże się to założeniem, że kryterium wyróżniającym ten byt ekonomiczny i prawny nie jest określony podmiot (osoba przedsiębiorcy), ale pewna ukierunkowana aktywność gospodarcza. W doktrynie podkreśla się, że przedsiębiorstwo nie jest wyłącznie tylko pewnym majątkiem, a o kształcie danego przedsiębiorstwa decyduje rodzaj działalności gospodarczej oraz pomysł na realizowanie tej działalności (know-how). W ten sposób w skład przedsiębiorstwa, poza rzeczami ruchomymi i nieruchomymi oraz prawami podmiotowymi, wchodzi także ekspektatywy praw, posiadanie i stany faktyczne, które w konsekwencji mają istotny wpływ na wycenę przedsiębiorstwa mając wyznacznik ekonomiczny. Elementy o charakterze stanów faktycznych decydują w konsekwencji o powodzeniu przedsiębiorstwa gospodarczego danego przedsiębiorstwa i o jego sukcesie gospodarczym na rynku (por. J. Widło. Pojęcie przedsiębiorstwa. PPH 1997, nr 7, s.30). W związku z tym, wydaje się, że doświadczenie i wiedza dotyczące pewnego rodzaju aktywności gospodarczej prowadzonej w oparciu o przedsiębiorstwo w rozumieniu art.55¹ k.c. stanowi składnik przedsiębiorstwa. Hipoteza art.55² k.c. obejmuje więc i te elementy stanów faktycznych. Owe umiejętności bezpośrednio użyteczne, stanowią przecież mogą podstawę działalności przedsiębiorstwa i bez nich dalsze funkcjonowanie w rękach nowego

właściciela nie będzie możliwe. Zbывая przedsiębiorstwo należy domniemywać, że przedmiotem zbycia są wszystkie składniki łącznie z doświadczeniem i wiedzą.

Mając powyższe na uwadze, nabywca przedsiębiorstwa - w procedurze zamówień publicznych, może powołać się na niezbędną wiedzę i doświadczenie, w sytuacji nabycia przedsiębiorstwa od przedsiębiorcy jednoosobowego. Nie dochodzi wprawdzie w tej sytuacji do sukcesji uniwersalnej, ale ich nabycie wraz z pozostałymi składnikami przedsiębiorstwa wynika *expressis verbis* z art.55² k.c.

Wątpliwości Sądu Okręgowego w tej kwestii dotyczą natomiast takiego stanu faktycznego, w którym po zbyciu przedsiębiorstwa przez przedsiębiorcę jednoosobowego, w dalszym ciągu prowadzi on działalność gospodarczą wykorzystującą wiedzę i doświadczenie uzyskane w okresie przed zbyciem przedsiębiorstwa. Z jednej strony, można przyjąć, że wszystkie składniki majątkowe i niemajątkowe w oparciu o które działalność, do której doświadczenie i

A c^Niedza jest konieczne zostały zbyte. Zbywca -osoba fizyczna, może prowadzić działalność
'/gospodarczą ale nie taką z którą związane było doświadczenie i wiedza zbytego

'przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym. Dalsze wykorzystanie zbycia i doświadczenia

■£'' - ' !

V. < ^/procedurze zamówień publicznych, może być więc uznane za nadużycie z jego strony. Ta okoliczność podlegałaby więc weryfikacji tylko w postępowaniu z udziałem zbywcy przedsiębiorca, a nie nabywcy, na co wskazuje w uzasadnieniu swojego rozstrzygnięcia Krajowa Izba Odwoławcza.

Z drugiej jednak strony, posiadanie wiedzy i doświadczenia jest taką cechą którą osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą posiada bez względu na dysponowanie pozostałymi składnikami przedsiębiorstwa. Znajomość rynku i zdolność pozyskania klienteli może być immanentnie związana z konkretną osobą która firmuje działalność gospodarczą (art.43⁴ k.c.). Pomimo zbycia przedsiębiorstwa przedsiębiorca w dalszym ciągu te przymioty posiada i skoro nimi się posługuje, tzn. że nie zostały zbyte, a zatem może się na nie powoływać w procedurze zamówień publicznych. Takie właśnie stanowisko zajął Zespół Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych w wyroku z dnia 28 stycznia 2005 r. UZP/ZO/O-114/05 stwierdzając, że „wykonawca będący spółką z o.o. nie może ująć w wykazie doświadczenia usług świadczonych przez przedsiębiorcę będącego osobą fizyczną którego przedsiębiorstwo zostało wniesione do tej spółki, jeżeli przedsiębiorstwo zostało wniesione do tej spółki, jeżeli przedsiębiorca ten nadal prowadzi działalność gospodarczą” (LEX nr 171873). W takiej sytuacji należałoby przyjąć, że doświadczenie i wiedza nie są składnikami podstawowymi przedsiębiorstwa i mogą być w sposób dorozumiany wyłączone z umowy zbycia przedsiębiorstwa (art.65 k.c.) lub nawet, że w ogóle te elementy nie wchodzą

w skład przedsiębiorstwa w rozumieniu art.55¹ k.c. Ta druga możliwość, w świetle wcześniejszych uwag, nie znajduje jednak wystarczających podstaw.

Opisane wątpliwości oraz duże znaczenie praktyczne rozstrzygnięcia w tej kwestii uzasadniają, na podstawie art.390 § 1 k.p.c. w zw. z 194 ustawy, przedstawienie Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia zagadnienie prawne: czy nabywca przedsiębiorstwa może ubiegać się o udzielenie zamówienia powołując się na nabyte wraz z przedsiębiorstwem niezbędną wiedzę i doświadczenie w rozumieniu art.22 ust.1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia

2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. nr 223, poz.1655 ze zm.) w sytuacji, w której

zbywca - przedsiębiorca jednoosobowy - prowadzi nadal tę samą działalność gospodarczą?
W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

N« ary^iiiiofe wls4c.!*e pe^lisy
-ŻLa

P' ^erowniita Sekretariatu

