

# **Sprawdź przejmowane przedsiębiorstwo, aby nie stracić zamówień publicznych**

**Rzeczpospolita, 20 listopada 2013 r.**

**Piotr Kunicki, prawnik w zespole prawa zamówień publicznych  
Krzysztof Feluch, Of Counsel w zespole M&A**

**Firmy działające aktywnie na rynku zamówień jako wykonawcy, w przypadku zbywania lub nabywania przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części, powinny szczególnie uważnie przeprowadzać badanie *due diligence*.**

Może się bowiem okazać, że w wyniku transakcji udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub jego realizacja na podstawie zawartej już umowy będzie nie tylko utrudniona, ale wręcz niemożliwa, co może niekorzystnie wpłynąć na wartość samej transakcji M&A.

Aktualna koniunktura gospodarcza powoduje, że przeprowadzenie udanej transakcji fuzji /przejęcia jest znacznie trudniejsze niż jeszcze kilka lat temu. Wynika to zarówno z obiektywnych warunków rynkowych, związanych z niskim poziomem wzrostu gospodarczego oraz ryzykiem wynikającym z zadłużenia, jak również z barier psychologicznych po stronie osób decyzyjnych.

Jednak solidnie przygotowana transakcja, opierająca się na kompleksowym i wszechstronnym badaniu *due diligence* przejmowanego przedsiębiorstwa pozwala na wyeliminowanie wielu znaczących ryzyk, które mogą zakłócić przebieg transakcji i wpłynąć negatywnie na jej wartość. Niezależnie od branży przeprowadzenie badania odbywa się zazwyczaj według podobnego schematu. Bada się cały zakres działalności przedsiębiorstwa na podstawie szczegółowego zestawu pytań.

## **Co podlega badaniu**

W przypadku przedsiębiorstw działających na rynku zamówień publicznych zakres *due diligence*, obejmujący badanie prawne umów zawartych w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: pzp):

- pod kątem prawidłowości ich zawarcia,
  - stopnia ich wykonania,
  - czy ewentualnych wierzycielności bądź zobowiązań, które z nich wynikają lub mogą wynikać,
- wydaje się niewystarczający.

Przeprowadzając prawne badanie tego rodzaju przedsiębiorstwa, należy bowiem wziąć pod uwagę kilka dodatkowych, istotnych czynników, a mianowicie:

- wpływ zbycia przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części na możliwość wykonywania umów w sprawie zamówienia przez nabywcę,
- wpływ transakcji na posiadaną przez zbywane przedsiębiorstwo lub jego zorganizowaną część wiedzę i doświadczenie, niezbędne do wykonania zamówienia,
- wpływ transakcji na wszczęte już postępowania o udzielenie zamówienia, w których zbywane przedsiębiorstwo lub jego zorganizowana część zamierza lub już uczestniczy,
- wpływ transakcji na sytuację prawną zbywanego przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części w postępowaniach o udzielenie zamówienia, w których wybrano ofertę tego przedsiębiorstwa jako najkorzystniejszą.

## **Kupiłem lub sprzedałem - i co teraz**

Możliwe do zastosowania instytucje, regulujące zmiany podmiotowe po stronie dłużnika lub wierzyciela określa Kodeks cywilny, który przewiduje:

- przelew wierzytelności wynikających z umowy, który może dotyczyć np. wynagrodzenia wynikającego z umowy zawartej w sprawie zamówienia; co do zasady nie wymaga on zgody dłużnika (zamawiającego), chyba że w umowie postanowiono inaczej lub jest to sprzeczne z ustawą (np. jeśli zamawiającym jest publiczny zakład opieki zdrowotnej) lub wynika to z właściwości samego zobowiązania. Gdyby jednak zgodnie z umową przelew wierzytelności wymagał zgody zamawiającego, a ten by jej nie wyraził, rozwiązania można szukać w takich instytucjach, jak np. przekaz (art. 9211 k.c.), albo zapewnić w umowie zbycia przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części transfer wynagrodzenia otrzymanego przez zbywcę od zamawiającego na rachunek nabywcy;
- przejęcie długu wynikającego z umowy, które jeżeli chodzi o dług wynikający z umowy zawartej w trybie ustawy pzp, w przypadku transakcji zakładającej nabycie zorganizowanej części przedsiębiorstwa, jest co do zasady niemożliwe.

### **Przystąpienie do długu, zamiast jego przejęcia**

Praktyka gospodarcza wypracowała sposób na umożliwienie rzeczywistego wykonania zamówienia przez podmiot, który nabył zorganizowaną część przedsiębiorstwa odpowiedzialną za wykonanie określonego zamówienia. Co do zasady za zobowiązania związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa, odpowiada solidarnie (jego) nabywca i (jego) zbywca. Innymi słowy, de facto dochodzi więc do kumulatywnego przystąpienia do długu, w wyniku którego nabywca staje się obok zbywcy-wykonawcy zamówienia solidarnym dłużnikiem wobec zamawiającego. Zatem zbywca-wykonawca nie tylko nie zostaje zwolniony z długu, ale zamawiający obok niego zyskuje dodatkowego dłużnika, w osobie nabywcy. Jak potwierdza prezes UZP, konstrukcja ta nie przeczy zasadom wynikającym z ustawy pzp i jest w pełni dopuszczalna. Co istotne, kumulatywne przystąpienie do długu wynika z ustawy, i nie tylko nie wymaga zgody zamawiającego, ale także nie przewiduje możliwości jego sprzeciwu ani zaniechania odbioru przez niego świadczenia, wynikającego z umowy w sprawie zamówienia, przez nabywcę który przystępuje do długu.

### **W trakcie postępowania**

Wartość nabywanej części przedsiębiorstwa jest związana także z potencjalnymi przychodami, które mogą zostać wygenerowane poprzez udział w procedurach przetargowych, zwłaszcza jeśli doszło do wyboru oferty zbywcy jako najkorzystniejszej, ale jeszcze nie podpisano umowy w sprawie zamówienia. Dopóki nie doszło do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty, nabywca zorganizowanej części przedsiębiorstwa, po zamknięciu transakcji, może złożyć ofertę w swoim imieniu.

Jeśli jednak wniosek lub oferta zostały już w danym postępowaniu złożone przez zbywcę, nie jest możliwe przeniesienie na nabywcę praw zbywcy, wynikających z udziału w tym postępowaniu. W toku negocjowania umowy transakcyjnej nabywca powinien wówczas zadbać, aby zbywca zagwarantował, że:

- po zamknięciu transakcji podejmie wszelkie czynności prawne, niezbędne w toku postępowania o udzielenie zamówienia, aby doprowadzić do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej,
- a następnie podpisze umowę w sprawie zamówienia we własnym imieniu i zapewni możliwość przelewu wierzytelności oraz kumulatywnego przystąpienia do długu przez nabywcę.

Tylko wówczas możliwe będzie zapewnienie osiągnięcia przez nabywcę pełnych korzyści wynikających z przejęcia zorganizowanej części przedsiębiorstwa, biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

### **Opinia i orzeczenia**

Jak wyjaśnia Urząd Zamówień Publicznych w jednej ze swoich opinii prawnych: *"W świetle art. 7 ust. 3 ustawy pzp, zamówienie publiczne może zostać udzielone wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy pzp. (...), wykonawcą*

zamówienia może stać się wyłącznie taki podmiot, który uczestniczył w jawnym postępowaniu i został poddany rygorom procedury przetargowej. Powyższa wykładnia znajduje uzasadnienie w dwóch wyrokach Sądu Najwyższego. W świetle tezy wyroku z 13 stycznia 2004 r. (sygn. akt V CK 97/03) niedopuszczalna jest zmiana podmiotowa umowy zawartej w następstwie przetargu, umożliwiająca przejęcie zamówienia publicznego. W ww. orzeczeniu Sąd uznał, iż przedmiotem i celem umowy zawartej pomiędzy wykonawcą zamówienia publicznego a osobą trzecią było przeniesienie praw i obowiązków wynikających z umowy o zamówienie publiczne, zawartej w wyniku wygranego przez wykonawcę przetargu na udzielenie zamówienia publicznego, tzw. sukcesja szczególna. Tego rodzaju umowa jest nieważna, ponieważ prowadzi do obejścia bezwzględnie obowiązującego obecnie przepisu art. 7 ust. 3 ustawy pzp w zw. z art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego. Natomiast w wyroku z 27 czerwca 2003 r. (sygn. akt IV CKN 302/2001), Sąd Najwyższy wykluczył co do zasady możliwość cesji roszczenia o zawarcie umowy nabytego w drodze rozstrzygnięcia przetargu organizowanego przez jednostkę publiczną, normowanego bezwzględnie obowiązującymi przepisami ustawy".

### **Kosztowna reorganizacja**

W toku największego dotychczas postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w branży energetycznej jedno z konsorcjów biorących udział w postępowaniu zmieniło swój skład podmiotowy. W wyniku reorganizacji struktury grupy kapitałowej, z której pochodziły spółki tworzące konsorcjum, doszło do zbycia zorganizowanej części przedsiębiorstwa na rzecz innej spółki wchodzącej w skład tej samej grupy kapitałowej. Spółka-nabywca zorganizowanej części przedsiębiorstwa, której dotyczył przetarg, wstąpiła do postępowania o udzielenie zamówienia w miejsce spółki-zbywcy zorganizowanej części przedsiębiorstwa. Mimo że spółka-zbywca uczestniczyła w postępowaniu o udzielenie zamówienia i następnie zbyła zorganizowaną część swojego przedsiębiorstwa, odpowiedzialną za wykonanie ewentualnego zamówienia, spółka-nabywca takiej zorganizowanej części przedsiębiorstwa nie miała prawa uczestnictwa w tym postępowaniu. W wyniku reorganizacji konsorcjum spółek nie uzyskało zamówienia wartego miliardy złotych z powodu niedopuszczalnej modyfikacji podmiotowej po stronie wykonawcy, ubiegającego się o udzielenie zamówienia.



#### **Zdaniem autora:**

#### **Krzysztof Feluch, Of Counsel w zespole M&A kancelarii Wierzbowski Eversheds**

Planując transakcję M&A oraz związane z tym *due diligence* przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części, należy brać pod uwagę nie tylko kwestie związane z już zawartymi umowami w sprawie zamówienia, badając wynikające z nich roszczenia i długi, ale należy mieć na uwadze możliwość

przelewu wynikających z nich wierzytelności oraz kumulatywnego przystąpienia do wynikającego z nich długu. Niezbędne jest szczegółowe zaadresowanie tej kwestii w umowie pomiędzy sprzedającym a kupującym, gdyż samo nabycie przedsiębiorstwa może być niewystarczające do wstąpienia przez nabywcę w miejsce zbywcy do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.



#### **Piotr Kunicki, prawnik w zespole prawa zamówień publicznych kancelarii Wierzbowski Eversheds**

Nie mniej istotne jest zbadanie prawidłowości procedury udzielenia zamówienia, która poprzedziła zawarcie umowy. Wykrycie poważnych nieprawidłowości może bowiem stwarzać ryzyko prawne związane z ewentualnym unieważnieniem umowy. Biorąc pod uwagę kontynuację ubiegania się o zamówienia w okresie pomiędzy zamknięciem transakcji a

zakończeniem wszelkich postępowań będących w toku w chwili jej zamknięcia, należy dokładnie zweryfikować postępowania planowane lub będące w toku. Sama umowa

zbycia zorganizowanej części przedsiębiorstwa powinna zapewniać kontynuację ubiegania się o udzielenie zamówienia przez to zbywane przedsiębiorstwo, tak aby nabywca czerpał korzyści, jakie może osiągnąć z postępowań będących w toku. Zaniechanie w tym zakresie może skutkować brakiem zamówień w okresie, który objęty jest aktualnymi przetargami.