

Sygn. akt KIO 3441/23

WYROK

z dnia 30 listopada 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu, w Warszawie, w dniu 30 listopada 2023 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 listopada 2023 roku oraz uzupełnienia odwołania w dniu 20 listopada 2023 roku przez wykonawcę B Company S. B. spółka komandytowa z siedzibą w Ostrołęce

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Piecki

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w części i nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 17 listopada 2023 roku tj. zatrzymania wadium jako czynności niemającej umocowania w działaniu Zamawiającego, z uwagi na brak czynności Zawijającego stanowiącej podstawę dla czynności zatrzymania wadium.

W pozostałym zakresie zarzuty odwołania uznaje za bezzasadne.

2. Kosztami postępowania obciąża, wykonawcę B Company S. B. spółka komandytowa z siedzibą w Ostrołęce i Zamawiającego Gminę Piecki zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania

2.1 zasądza od Zamawiającego Gminy Piecki na rzecz wykonawcy B Company S. B. spółka komandytowa z siedzibą w Ostrołęce kwotę 3 400 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące czterysta złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz wpisu proporcjonalnie do rozpoznanych zarzutów.

2.2 zasądza od wykonawcy B Company S. B. spółka komandytowa z siedzibą w Ostrołęce na rzecz Zamawiającego Gminy Piecki kwotę 2 700 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące siedemset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika proporcjonalnie do rozpoznania zarzutów.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 poz. 1605 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 3441/23

UZASADNIENIE

Zamawiający Gmina Piecki prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Przebudowa i rozbudowa części ul. Polnej”

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 3 października 2023 roku pod numerem 2023/BZP 00424295.

Odwołujący B Company S. B. spółka komandytowa z siedzibą w Ostrołęce na podstawie art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej jako „Pzp” lub „ustawa”), wniósł odwołanie w dniu 17 listopada 2023 roku oraz uzupełnił odwołanie

w dniu 20 listopada 2023 roku wobec czynności i zaniechań Zamawiającego:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 31 października 2023 r., z uwagi na wniesienie aportem przedsiębiorstwa Bruktim Usługi Budowlano-Projektowe S. B. i do spółki komandytowej B Company S. B. Sp. k., co w ocenie Zamawiającego oznaczało, że Odwołujący nie kontynuuje działalności prowadzonej przez S. B. i nie ma możliwości podpisania umowy z Odwołującym,
- przystąpienie do ponownego badania i oceny ofert, z wyłączeniem oferty Odwołującego,
- czynności zatrzymania wadium.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 ustawy i art. 17 ustawy w zw. z art. 263 ustawy przez ich zastosowanie i unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, przystąpienie do ponownego badania i oceny ofert, ale bez oferty Odwołującego, z uwagi na nieprawidłowe przyjęcie, że Odwołujący nie kontynuuje działalności prowadzonej przez S. B., nie nabył praw nabytych w trakcie prowadzonej działalności gospodarczej oraz że Odwołujący nie jest związany oświadczeniami woli złożonymi przez S. B. w ramach prowadzonej działalności gospodarczej,
- 2) art. 55(2) k.c. w zw. art. 8 ust. 1 ustawy przez ich niezastosowanie i uznanie, że umowa przeniesienia własności przedsiębiorstwa (aportu) z dnia 27 października 2023 r. (dalej jako: „Umowa”), nie obejmowała wszystkiego co wchodzi w skład przedsiębiorstwa, w tym praw związanych z udziałem w Postępowaniu oraz że Odwołujący nie będzie kontynuował działalności przedsiębiorstwa, co w konsekwencji doprowadziło do uznania, że zamówienie publiczne nie może zostać udzielone Odwołującemu,
- 3) art. 55(1) k.c. w zw. art. 8 ust. 1 ustawy przez jego błędną wykładnię i przyjęcie, że stanowi on zamknięty katalog składników przedsiębiorstwa, kiedy to z literalnej treści tego przepisu i użycie sformułowania „w szczególności” wynika, że wskazuje on jedynie przykładowe składniki przedsiębiorstwa,
- 4) art. 98 ust. 6 pkt 3 ustawy przez jego zastosowanie, pomimo że zawarcie umowy jest nadal możliwe z następcą prawnym S. B. tj. Odwołującym, a ponadto zastosowanie wskazanego przepisu godzi w zasadę swobody prowadzenia działalności gospodarczej.

Odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty,
- unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- powtórzenie czynności oceny i badania ofert, z udziałem oferty Odwołującego, w tym dokonanie badania braku podstaw wykluczenia Odwołującego,
- powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- unieważnienie czynności zatrzymania wadium,
- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący podał, że posiada interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy uprawniający do złożenia odwołania. Odwołujący jest bowiem podmiotem uczestniczącym w Postępowaniu, którego oferta klasyfikuje się na 1. Pozycji, w związku z nabyciem całego przedsiębiorstwa od S. B. oraz w związku z zakończeniem prowadzenia przez S. B. działalności gospodarczej. W wyniku uwzględnienia niniejszego odwołania – będzie miał szansę na pozyskanie zamówienia i zawarcie umowy

z Zamawiającym. Brak uwzględnienia odwołania będzie prowadził do powstania u Odwołującego szkody związanej z nie zawarciem umowy z Zamawiającym.

Wniesienie odwołania na obecnym etapie jest konieczne i nie może zostać uznane za przedwczesne, gdyż już w informacji o unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający poinformował, że ponowna ocena ofert zostanie dokonana bez oferty Odwołującego, tym samym Odwołujący w celu zapewnienia ochrony swoich interesów musiał wnieść środek ochrony prawnej. Jednocześnie na gruncie obecnie obowiązującej ustawy odwołanie przysługuje od każdej niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego.

Interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania materializuje się także w konieczności zapewnienia zgodności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z przepisami (interes prawny sensu largo); tak rozumiany interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej znajduje potwierdzenie również w wyrokach Sądów Okręgowych (np. w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 19 grudnia 2007 r., sygn. akt. V Ca 2506/07 niepubl.). Powszechna wykładnia interesu prawnego we wnoszeniu środków ochrony prawnej obejmującą swym zakresem również możliwość doznania przez wykonawcę szkody wskutek czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia (por. np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 02.02.2010 r., sygn.. akt. KIO/UZP 1756/09).

W przywoływanym także przez Odwołującego wyroku KIO z dnia 9 stycznia 2009 r. (sygn. akt. KIO/UZP 1493/08), Izba trafnie wskazała, że „interes prawny może mieć swe uzasadnienie we wnoszeniu środków prawnych w celu zapewnienia prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia prowadzącym do skutku w postaci zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z prawem, nawet jeśli zawarcie umowy nastąpi z innym wykonawcą (interes prawny sensu largo).”

Odwołujący podał również, w odniesieniu do ostatniego z zarzutów, który został podniesiony w uzupełnieniu odwołania w dniu 20 listopada 2023 roku, że działanie Zamawiającego prowadzi do powstania szkody majątkowej w wysokości 50 000,00 zł. Ponadto, zatrzymanie wadium, potwierdza prawidłowość stanowiska Odwołującego, zgodnie z którym już na etapie czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający dokonał wyeliminowania Odwołującego z Postępowania, co skutkowało koniecznością wniesienia odwołania w dniu 17 listopada 2023 r.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania:

Zamawiający w dniu 31 października 2023 r. zakończył badanie i ocenę ofert oraz zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez: S. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Bruktim Usługi Budowlano-Projektowe S. B. .

Dowód: informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 31 października 2023 r.

W dniu 3 listopada 2023 r. Pan S. B., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Bruktim Usługi Budowlano-Projektowe S. B. poinformował, że od dnia 1 listopada 2023 r. nastąpiło przeniesienie aportem przedsiębiorstwa Bruktim Usługi Budowlano-Projektowe S. B. do spółki komandytowej B Company S. B. Sp.k. tj. Odwołującego, na podstawie umowy z dnia 27 października 2023 r., która wywołała skutek przeniesienia przedsiębiorstwa z dniem 1 listopada 2023 r.

Dowód: umowa aportu z dnia 27 października 2023 r. (dalej jako: „umowa aportu”)

Zamawiający uznał, że zawarta umowa po pierwsze nie stanowiła sukcesji uniwersalnej przedsiębiorstwa przez Odwołującego, a po drugie nie powodowała „automatycznego” przeniesienia praw i obowiązków wynikających z uznania jego oferty najkorzystniejszej na Odwołującego.

Dowód: informacja o unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 13 listopada 2023 r.

W ocenie Odwołującego, stanowisko wyrażone przez Zamawiającego jest nieprawidłowe.

Po pierwsze zarówno sytuacja, w której dochodzi do sukcesji praw i obowiązków o charakterze syngularnym jak i uniwersalnym nie została uregulowana wprost w ustawie pzp. Jednocześnie ustawa nie wprowadza przepisów szczególnych, które modyfikowałyby zasady wynikające z kodeksu spółek handlowych czy też z kodeksu cywilnego. Innymi słowy ustawa nie wprowadza zakazu dokonywania przekształceń, o których mowa w k.s.h. jak i zakazu zbycia przedsiębiorstwa w trakcie trwania procedury o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał, że kwestią zasadniczą dla rozstrzygnięcia niniejszego postępowania jest ustalenie czy Odwołujący kontynuuje działalność gospodarczą prowadzoną dotychczas przez Pana S. B. . Kontynuacja działalności gospodarczej, zachowanie jej ciągłości jest możliwe zarówno poprzez sukcesję syngularną jak i uniwersalną. W ocenie Odwołującego zbadanie powyższych okoliczności musi polegać na analizie czynności przeniesienia własności przedsiębiorstwa, o której mowa w umowie aportu. Z uzasadnienia sporządzonego przez Zamawiającego nie wynika, aby taka analiza została dokonana. Zamawiający nie odnosi się w jakikolwiek sposób do treści poszczególnych paragrafów umowy aportu, a także wybiórczo stosuje przepisy powszechnie obowiązujące. Zamawiający wskazuje, że prawo do zawarcia umowy w wyniku złożenia oferty najkorzystniejszej, w związku z prowadzeniem przedsiębiorstwa nie są jego częścią, w rozumieniu art. 55 (1) k.c. Zamawiający pomija jednak fakt, że dyspozycja wskazanego przepisu wymienia jedynie przykładowe składniki niematerialne i materialne przeznaczone do prowadzenia działalności gospodarczej. W doktrynie wskazuje się, że do innych niewskazanych w powyższym przepisie składników przedsiębiorstwa zalicza się w doktrynie m.in. korzystne sytuacje faktyczne oraz inne wartości ekonomiczne niebędące prawami podmiotowymi, w szczególności: klientelę, renomę, goodwill, lokalizację, posiadanie rzeczy, ekspektatywy. (por. K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), Kodeks cywilny. Komentarz. Wyd. 31, Warszawa 2023.). Za taki składnik należy uznać sytuację, w której dany wykonawca złożył najkorzystniejszą ofertę i czeka na jej wybór jako najkorzystniejszej. Ponadto nabywca nabywa, w ten sposób prawo do zawarcia umowy czy też swoistą ekspektatywę jej zawarcia.

Zgodnie z orzecznictwem Izby złożenie oferty jest czynnością jednostronną i nie stanowi zaciągnięcia zobowiązania. Dopiero zawarcie umowy stanowi zaciągnięcie zobowiązania. (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 listopada 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1164/08 oraz wyrok z dnia 28 września 2010 r., sygn. akt. KIO 1993/10). Część doktryny wskazuje i zdaje się na takim stanowisku stoi Zamawiający, że zbycie przedsiębiorstwa nie obejmuje zobowiązań jak i „przyszłego zobowiązania”. Niezależnie od rozstrzygnięcia tej kwestii należy zauważyć, że w stanie faktycznym dotyczącym Postępowania nie mówimy o zobowiązaniu, a o prawie do zawarcia umowy. Podobnie wypowiadała się Izba w zakresie sukcesji generalnej, gdzie wskazała: „(...) 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 udzielenie zamówienia publicznego, w tym wypadku złożenia oferty wstępnej.” (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2009 r., sygn. akt. KIO/UZP 1216/09). Podobnie także wypowiadała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. (sygn. akt KIO 683/12): „Istotny jest przy tym element czasu. Aby ekspektatywa prawa do złożenia oferty lub uprawnienie do złożenia oferty mogły wejść w skład przedsiębiorstwa Pana P. K., otrzymanie informacji o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i dopuszczeniu do udziału w postępowaniu lub zaproszenia do złożenia oferty powinno poprzedzać zbycie przedsiębiorstwa - wniesienie go w formie aportu do spółki komandytowej. Jeżeli najpierw zamawiający skierowałby stosowną informację do odwołującego, a następnie zawarto umowę spółki i dokonano wniesienia aportu, to w momencie zbycia przedsiębiorstwa w jego skład wchodził już składnik niemajątkowy w postaci prawa do złożenia oferty lub wyraźnego załączka przyszłego prawa do złożenia oferty.”

Po drugie Zamawiający całkowicie pomija dyspozycję art. 55(2) k.c., zgodnie z którą czynność prawna mająca za przedmiot przedsiębiorstwo obejmuje wszystko, co wchodzi w skład przedsiębiorstwa chyba że co innego wynika z treści czynności prawnej albo z przepisów szczególnych. Zgodnie z zawartą umową aportu, strony nie dokonały jakiegokolwiek wyłączenia składników przedsiębiorstwa. Jeżeli czynność prawna obejmuje przedsiębiorstwo w znaczeniu przedmiotowym (art. 551 k.c.), to jej skutki obejmują wszystkie jego składniki i niematerialne, i materialne, nawet te, które nie zostały wyraźnie wymienione w jej treści (por. wyr. SN z 20.7.2017 r., IV CSK 563/16, Legalis). Zgodnie z § 1 l. zawartej umową aportu jej przedmiotem było przedsiębiorstwo prowadzone w ramach jednoosobowej

działalności gospodarczej przez pana S. B. (komplementariusza Odwołującego) pod firmą S. B. BRUKTIM USŁUGI BUDOWLANO-PROJEKTOWE. Z kolei w § 1 II. S. B. oświadczył, że „przedsiębiorstwem”

w rozumieniu umowy aportu są składniki materialne i niematerialne, wykorzystywane

przy prowadzonej działalności gospodarczej. W § 1 III. S. B. oświadczył,

że „ponadto” w skład przedsiębiorstwa wchodzi poszczególne składniki przedsiębiorstwa.

Ponadto Zamawiający całkowicie zignorował treść § 4 zdanie drugie umowy aportu, gdzie wskazano, że na Odwołującego przejdą wszelkie ciężary i ryzyka związane z przejmowanymi składnikami majątkowymi, a także § 5 umowy aportu, zgodnie z którym Odwołujący miał od dnia 1 listopada 2023 r. kontynuować działalność przedsiębiorstwa prowadzonego w ramach przedsiębiorstwa osoby fizycznej. Już ze względu na powyższe należało uznać, że Odwołujący jest kontynuatorem dotychczas prowadzonej działalności, a w konsekwencji jest uprawniony do zawarcia z Zamawiającym umowy. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej kwestia kontynuowania działalności po wniesieniu przedsiębiorstwa jako aportu była analizowana na gruncie możliwości powoływania się na doświadczenie uzyskane w ramach przedsiębiorstwa, które zostało nabyte przez spółkę. W ocenie Odwołującego wskazane orzecznictwo ma w pełni zastosowanie do niniejszego stanu faktycznego, skoro bowiem dopuszcza się powoływanie na przypisane osobiście doświadczenie to możliwe jest także dalsze występowanie obrocie w ramach kontynuowania działalności gospodarczej. Przykładowo w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 listopada 2021 r. sygn. akt. KIO 3027/21 stwierdzono, że ocena możliwości powoływania się na zasoby zdobyte w ramach przedsiębiorstwa jest uzależniona od treści umowy przeniesienia własności przedsiębiorstwa. Jeżeli z umowy wynika fakt, że umowa obejmuje składniki niematerialne przedsiębiorstwa, to nabywa możliwość powoływania się na zdobyte uprzednio zasoby, a w niniejszej sprawie ma możliwość zawarcia umowy, co istotnie Izba wskazuje wprost, że powyższe uprawnienie wynika z faktu, że działa jako: „(...) następca prawny poprzedniego właściciela...”. Powyższy wyrok odwołuje się do opinii Prezesa UZP z 7 grudnia 2015 r.1, gdzie wskazano „Zgodnie z art. 552 k.c. czynność prawna mająca za przedmiot przedsiębiorstwo obejmuje wszystko, co wchodzi w skład przedsiębiorstwa, chyba że co innego wynika z treści czynności prawnej albo z przepisów szczególnych. Z przepisu tego wynika, iż przedsiębiorstwo jako pewien kompleks gospodarczy może stanowić samodzielny przedmiot obrotu prawnego, przy czym czynność prawna mająca za przedmiot przedsiębiorstwo odnosi skutek do wszystkich jego składników. Pomiedzy zbywcą przedsiębiorstwa, a jego nabywcą powstaje następstwo prawne, które ma charakter singularny. Brak jest tutaj podstaw jurystycznych do stwierdzenia istnienia sukcesji uniwersalnej, jako że nabywca przedsiębiorstwa wstępuje jedynie w prawa wchodzące w skład przedsiębiorstwa, a nie we wszystkie prawa należące do zbywcy.”

Podobnie do kwestii zbywania przedsiębiorstwa i ustalenia zakresu tego zbycia podchodzi Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 30 stycznia 2014 r. sygn. akt IV CSK 52/13, gdzie wskazuje: „Przedmiotem czynności jest przedsiębiorstwo tylko w ujęciu przedmiotowym (przedmiotowo-funkcjonalnym), a nie cały majątek przedsiębiorcy, w związku z tym nie dochodzi

do wstąpienia w ogół praw poprzednika, lecz nabycia pewnego kompleksu praw, powstałych w trakcie prowadzenia działalności gospodarczej, wyznaczanych jej zakresem.” Złożona oferta w Postępowaniu została złożona w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą przez S. B., a fakt jej złożenia wiązał się z szeregiem praw i obowiązków wynikających z ustawy pzp, które to następnie zostały przejęte przez Odwołującego jako następcę prawnego. Tym samym stanowisko Zamawiającego, gdzie neguje on kontynuowanie działalności przedsiębiorstwa z uwagi na rodzaj sukcesji jest błędne, gdyż nie sam rodzaj sukcesji jest tutaj determinujący, a to jaki zakres praw zostaje finalnie przeniesiony.

Jednocześnie Odwołującemu nie sposób postawić zarzutu uchylania się od umowy, gdyż nie złożył wprost oświadczenia, zgodnie z którym odmawiałby zawarcia umowy, ani też w sposób dorozumiany nie odmówił jej zawarcia. Odwołujący konsekwentnie dąży do zawarcia umowy i realizacji przedmiotu zamówienia. Tym samym w sprawie nie zaszyły jakiegokolwiek przyczyny leżące po stronie wykonawcy, które uniemożliwiłyby zawarcie umowy z Zamawiającym, gdyż istniała ciągłość prowadzonej działalności gospodarczej, co umożliwia zawarcie umowy z Odwołującym. Stanowisko odmienne godziłoby w zasadę swobody prowadzenia działalności gospodarczej, w przypadku osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą, przez swoisty zakaz zbycia przedsiębiorstwa, a przez to „wymuszenie” konieczności kontynuacji działalności gospodarczej.

Powyższe stanowisko koresponduje także z regulacją, o której mowa w art. 455 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp, który dopuszcza na etapie realizacji umowy jej zmianę bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, w sytuacji: „(...) gdy nowy wykonawca ma zastąpić dotychczasowego wykonawcę, w wyniku sukcesji, wstępując w prawa i obowiązki, w następstwie (...) nabycia dotychczasowego wykonawcy lub jego przedsiębiorstwa.” Tym samym, skoro Zamawiający dopuszcza tego rodzaju zmianę na etapie wykonawczym, to tym bardziej taka zmiana jest dopuszczalna przed zakończeniem udzielenia zamówienia o udzielenie zamówienia. Jediną różnicą w tym zakresie jest okoliczność, że zbycie przedsiębiorstwa przed zawarciem oznacza zbycie jedynie praw związanych z możliwością zawarcia umowy, a nie zbyciem zobowiązania, bo takie jeszcze nie powstało, na co Odwołujący wskazywał wcześniej. W konsekwencji nie ma zastosowania dyspozycja art. 554 k.c., czyli przystąpienia do długu z mocy samego prawa, gdyż dług jako taki nie powstał. Zostało to uwzględnione w Komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych pod. Prezesa UZP H. Nowaka „Prawo zamówień publicznych Komentarz” do art. 455 pzp: „Dyspozycja art. 455 ust. 1 i 2 Pzp może znaleźć zastosowanie do zmiany umowy o zamówienie publiczne zarówno w przypadku, gdy zdarzenie określone jako przesłanka zmiany umowy zaistniało przed jej zawarciem, jak i po jej zawarciu. O dopuszczalności zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego przed jej zawarciem wypowiedział się

Sąd Okręgowy w Nowym Sączu², wskazując, że nie ma przeszkód, aby przepis art. 455 ust. 1 i 2 Pzp zastosować

odpowiednio po wyborze oferty, a przed podpisaniem umowy. Skoro ustawodawca dopuszcza – w określonych sytuacjach – dokonywanie zmian postanowień umowy już zawartej, to tym bardziej możliwe są zmiany w przyszłej umowie. W konsekwencji, jeżeli zarówno zamawiający, jak i wykonawca wyrażają wolę zawarcia umowy na zmienionych warunkach, a zmiana taka pozostaje w zgodzie z dyspozycją art. 455 ust. 1 Pzp, to może ona zostać wprowadzona i uwzględniona jeszcze przed zawarciem umowy.”.

Odwołujący wskazał, że jego stanowisko nie wzbudzało wątpliwości u innych Zamawiających działających na rynku zamówień publicznych np. Miasta Przasnysz, gdzie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego także wybrano jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez S. B., a następnie, w dniu 13 listopada 2023 r. zawarto umowę z Odwołującym.

Dowód: informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 26 października, umowa nr RB. 19/2/2023

Zbywca przedsiębiorstwa Pan S. B. jest jednocześnie komplementariuszem Odwołującego, tym samym Odwołujący dysponuje całą jego wiedzą i umiejętnościami, a także odpowiada on całym swoim majątkiem za zaciągane zobowiązania przez Odwołującego.

Odwołujący żądał unieważnienia czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej. Czynność ta co do zasady powinna zostać unieważniona, ale nie z przyczyn do których referuje Zamawiający i nie powinna prowadzić do pominięcia oferty Odwołującego. W celu zachowania zasad udzielania zamówień publicznych, czynność wyboru oferty najkorzystniejszej powinna zostać unieważniona, ale jedynie w celu zbadania czy w stosunku do Odwołującego nie zachodzą podstawy wykluczenia. Zachowanie w obrocie prawnym aktualnej czynności Zamawiającego, prowadzi do pominięcia jego oferty w ponownej czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W zakresie zarzutu dotyczącego zatrzymania wadium:

Zamawiający w dniu 17 listopada 2023 r. poinformował o zatrzymaniu wadium z uwagi na rzekomą niemożliwość zawarcia umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Dowód: Informacja o zatrzymaniu wadium z 17 listopada 2023 r.

Po pierwsze działanie Zamawiającego jest skutkiem wcześniej popełnionych błędów i nieprawidłowości stosowania ustawy, które Odwołujący kwestionuje w odwołaniu z dnia 17 listopada 2023 r. Zamawiający bezpodstawnie dąży do wyeliminowania Odwołującego z Postępowania, co jednocześnie prowadzi do naruszenia interesu publicznego, poprzez utratę oferty wykonawcy, który oferuje realizację zamówienia po najkorzystniejszych warunkach. Zamawiający pomija fakt, że prawo do zawarcia umowy zostało przeniesione

z S. B. na Odwołującego, na podstawie umowy aportowej, o czym mowa w odwołaniu z dnia 17 listopada 2023 r. Odwołujący zadeklarował wolę zawarcia umowy i jej następczą realizację. Ponadto na podstawie zawartej umowy aportowej, na Odwołującego przeszły wszelkie roszczenia, a więc także roszczenie o zwrot wadium wniesionego w Postępowaniu, tym bardziej bezzasadne i niezrozumiałe jest kierowanie pisma dot. zatrzymania wadium do Pana S. B.. Nawet jeżeli przyjąć stanowisko Zamawiającego za prawidłowe, w zakresie niemożności przeniesienia prawa do zawarcia umowy z Zamawiającym przez Odwołującego oraz w zakresie kwestionowania kontynuacji działalności gospodarczej prowadzonej wcześniej przez S. B. to dokonanie czynności zatrzymania wadium byłoby nieprawidłowe. Zatrzymanie wadium w takich okolicznościach w sposób rażąco ograniczałoby swobodę działalności gospodarczej przez wprowadzenie ograniczenia zbycia przedsiębiorstwa przez podmiot działalności gospodarczej, przez „wymuszenie” konieczności kontynuacji działalności gospodarczej. Taki zakaz nie wynika z jakiegokolwiek przepisu ustawy Pzp. Co więcej pozostałe przepisy np. dotyczące umowy, uprawniają do dokonywania zmian podmiotowych po stronie wykonawcy i nie przewidują w związku z tym jakichkolwiek konsekwencji. Odwołujący zauważył, że zaskakujące jest działanie Zamawiającego, który wie, że jego stanowisko jest kwestionowane przed Krajową Izbą Odwoławczą, od których oceny zależy słuszność zatrzymania wadium, a mimo to podejmuje czynności narażające Odwołującego na poniesienie dodatkowej szkody majątkowej, a także wydatków związanych z koniecznością uzyskania pomocy prawnej.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Do akt sprawy odwoławczej wpłynęło pismo Zamawiającego z dnia 22 listopada 2023 roku „Odpowiedź na odwołanie”, gdzie Zamawiający wniósł o: odrzucenie odwołania

na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy bowiem odwołanie zostało złożone przez podmiot nie będący stroną postępowania przetargowego ewentualnie o oddalenie odwołania w całości w zakresie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 31 października 2023 roku jak również w zakresie zatrzymania wadium.

Izba ustaliła:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zamawiający pismem z dnia 31 października 2023 roku r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – oferta wykonawcy Bruktim Usługi Budowlano-Projektowe S. B. ul. Żniwna 15a, 07-410 Ostrołęka.

I. Zgodnie z art. 253 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych [t.]: Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) w związku z ogłoszonym w dniu 03.10.2023 r. postępowaniem, prowadzonym w trybie podstawowym na podstawie art. 275 ust. 1 ustawy Pzp, informuję o wyborze najkorzystniejszej oferty:

Oferta nr 2, złożona przez Wykonawcę:

Bruktim Usługi Budowlano-Projektowe Sylwester Barański ul. Żniwna 15a, 07-410 Ostrołęka.

W dniu 17 listopada 2023 roku Odwołujący wniósł odwołanie, które następnie uzupełnił „Pismem uzupełniającym” w dniu 20 listopada 2023 roku. Odwołanie zostało wniesione przez podmiot B Company S. B. Sp.k. ul. Żniwna 15A, 07-410 Ostrołęka

Izba ustaliła na podstawie akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz dokumentów złożonych wraz z odwołaniem, a także pism procesowych złożonych w sprawie przez Zamawiającego, tj. pismo z dnia 22 listopada 2023 roku „Odpowiedź na odwołanie” że:

- W dniu 31 października 2023 roku r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – oferta wykonawcy Bruktim Usługi Budowlano-Projektowe S. B. ul. Żniwna 15a, 07-410 Ostrołęka,
- W dniu 3 listopada 2023 roku Zamawiający został zawiadomiony, że z dniem

1 listopada 2023 r. nastąpiło przeniesienie aportem przedsiębiorstwa Bruktim Usługi Budowlano-Projektowe S. B. do spółki komandytowej B Company S. B. Sp.k. na podstawie umowy z dnia 27 października 2023 r., która wywołała skutek

przeniesienia przedsiębiorstwa z dniem 1 listopada 2023 roku,

- Pismem z dnia 13 listopada 2023 roku „Informacja o unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty oraz o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert” Zamawiający powiadomił o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz przystąpieniu do ponownego badania i oceny ofert podając, że:

Zamawiający –Gmina Piecki, na podstawie art. 16i 17w związku z art. 263 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz.U. z 2023r., poz. 1605zezm.), zwanej dalej “ustawa Pzp”, prowadząc postępowanie w trybie podstawowym na realizację zadania pn. „Przebudowa i rozbudowa części ul. Polnej” zawiadamia o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 31.10.2023 r. oraz o przystąpieniu do ponownego badania i oceny ofert spośród ofert pozostałych w postępowaniu.

Uzasadnienie

W dniu 31.10.2023 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu. Informacja o wyborze została udostępniona na stronie internetowej prowadzonego postępowania

client/search/list/ocds-148610-e31c42e2-61bc-11ee-a60c-9ec5599dddc1, a także przesłana Wykonawcom, którzy złożyli oferty.

Następnie w dniu 03.11.2023 r. (tj. przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego) Wykonawca Pan S. B., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Bruktim Usługi Budowlano-Projektowe S. B. poinformował, że od dnia 01.11.2023 r. nastąpiło przeniesienie aportem przedsiębiorstwa Bruktim Usługi Budowlano-Projektowe S. B. do spółki komandytowej B Company S. B. Sp.k. na podstawie umowy z dnia 27 października 2023 r., która wywołała skutek przeniesienia przedsiębiorstwa z dniem 1 listopada 2023 r. Ponadto wskazać należy, że z dniem 31 października 2023 r. zakończona została działalność gospodarcza prowadzona przez Pana S. B., co potwierdzają dane zawarte w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej.

W tym stanie rzeczy – po analizie zgromadzonej dokumentacji w powyższej sprawie Zamawiający uznał, że Wykonawca wybrany w toku postępowania jako najkorzystniejszy dokonał aportu własnego przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 554 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j.: Dz. U. z 2023 r., poz. 1610 ze zm.) na rzecz spółki komandytowej B Company S. B. Sp. k. – przy czym wyjaśnić należy, że przeniesienie to stanowi tzw. sukcesję singularną i nie powoduje „automatycznego” przeniesienia praw i obowiązków wynikających z uznania jego oferty za najkorzystniejszą na osobę trzecią (w stanie faktycznym spółkę komandytową), albowiem nie mamy tutaj do czynienia z przekształceniem jednoosobowej działalności gospodarczej w spółkę prawa handlowego.

Zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp zamówienie publiczne może zostać udzielone wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Niedopuszczalna w świetle przepisów ustawy Pzp jest sukcesja singularna, a w związku z tym wstąpienie innego wykonawcy w miejsce wykonawcy wybranego zgodnie z przepisami ustawy pzp, ponieważ

przyszłe zobowiązania związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa nie są częścią przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55¹ kodeksu cywilnego.

Wobec powyższego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, uniemożliwiających zawarcie umowy Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w

niniejszym postępowaniu oraz przystąpił do ponownego badania i oceny ofert spośród ofert pozostałych w postępowaniu.

Odwolanie złożone w dniu 17 listopada 2023 roku oraz uzupełnione w dniu 20 listopada zostało złożone przez podmiot B Company S. B. spółka komandytowa z siedzibą w Ostrołęce oraz uzupełniono w dniu 20 listopada 2023 roku.

Pismem z dnia 17 listopada 2023 roku Zamawiający zawiadomił Pana S. B. o zatrzymaniu wadium, przysyłając pismo z dnia 17 listopada 2023 roku zawierające uzasadnienie.

W zakresie wniosku o odrzucenie odwołania:

Izba uznała, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605; dalej „ustawa”) skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 i 20 listopada 2023 roku od czynności Zamawiającego z dnia 13 i 17 listopada 2023 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Izba oddaliła wniosek o odrzucenie odwołania zgłoszony przez Zamawiającego. Zgodnie z art. 528 pkt 2 ustawy Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

W realiach rozpoznawanej sprawy odwoławczej wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie ww. przepisu ustawy, Izba uznała za niezasadny w związku z tym jaki jest faktyczny stan prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia oraz zbieżności argumentacji faktycznej zarzutów odwołania z wnioskiem o odrzucenie odwołania.

Wielopłaszczyznowe okoliczności nie pozwalają uznać wniosku o odrzucenie odwołania za zasadny. Po pierwsze, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym konkretnym przypadku, brak jest na dzień wyrokowania czynności Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej, przy czym poczynione są dalej idące czynności jak zatrzymanie wadium. Po drugie, w dokonanie jakiegokolwiek oceny w zakresie podstaw odrzucenia odwołania z art. 528 pkt 2 ustawy – a w merytorycznej warstwie uzasadnienia zbieżnej z zarzutami odwołania - stanowiłoby przedsąd w zakresie oceny zasadności zarzutów odwołania.

Kluczowym dla oddalenia wniosku o odrzucenie odwołania jest to, że w postępowaniu tym mamy do czynienia ze zbieżnością uzasadnienia podstawy odrzucenia odwołania z zarzutami odwołania odnoszącymi się do informacji Zamawiającego z dnia 13 listopada 2023 roku przy jednoczesnym braku czynności faktycznej Zamawiającego tj. wyboru / odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W zakresie umorzenia postępowania odwoławczego:

Zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Najczęściej spotykaną w orzecznictwie Izby przyczyną faktyczną umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o ww. przepis ustawy jest brak w postępowaniu o udzielenie zamówienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w związku z unieważnieniem tej czynności przez Zamawiającego (np. Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 grudnia 2022 roku sygn. akt KIO 2557/22; Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 grudnia 2022 roku sygn. akt KIO 3052/22; Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 kwietnia 2023 roku sygn. akt KIO 905/23; Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 czerwca 2023 roku sygn. akt KIO 1557/23; Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 czerwca 2023 roku sygn. akt KIO 1683/23; Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 czerwca 2023 roku sygn. akt KIO 1761/23).

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do unieważnienia przez Zamawiającego, w dniu 13 listopada 2023 roku, czynności wyboru oferty najkorzystniejszej co oznacza, że w postępowaniu odwoławczym – które stanowi postępowanie odrębne od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – na dzień orzekania faktycznie tej czynności Zamawiającego nie było. Jednakże w tym postępowaniu odwoławczym skarżona jest również czynność Zamawiającego z dnia 17 listopada 2023 roku tj. czynność zatrzymania wadium. Zatrzymanie wadium przez Zamawiającego nastąpiło po unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej ale w okolicznościach, w których brak jest jakiegokolwiek innej czynności Zamawiającego w postępowaniu, w tym czynności odrzucenia oferty, która stanowi podstawę do zatrzymania wadium. Tym samym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego istnieje czynność dalsza, wynikowa (następcza) Zamawiającego tj. czynność zatrzymania wadium ale brak jest czynności stanowiącej podstawę dla takiej czynności, tj. czynności pierwotnej

uzasadniającej zatrzymanie wadium (podkreślić należy, że Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej).

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że nie zaistniały przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego na

podstawie art. 568 pkt 2 ustawy.

W zakresie zarzutów odwołania:

W zakresie zarzutu nr 4 tj.: naruszenia art. 98 ust. 6 pkt 3 ustawy przez jego zastosowanie, pomimo że zawarcie umowy jest nadal możliwe z następcą prawnym S. B. tj. Odwołującym, a ponadto zastosowanie wskazanego przepisu godzi w zasadę swobody prowadzenia działalności gospodarczej – Izba uznała zarzut

za zasadny.

Izba wskazując, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

Art. 98 ust 6 ustawy - Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli: (...)

- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, którego oferta została wybrana.

Art. 253 ust. 1 ustawy - Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

1)

wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację, 2)

wykonawcach, których oferty zostały odrzucone

- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Izba, mając na uwadze ustalenia stanu faktycznego w zakresie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj. w szczególności unieważnienia

czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 13 listopada 2023 roku stwierdza w pierwszej kolejności, że na dzień wyrokowania brak jest czynności Zamawiającego co do określenia wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Poczynione przez Zamawiającego unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o doktrynę oraz orzecznictwo stanowi uprawnienie Zamawiającego. Zamawiający w każdym przypadku, gdy poweźmie wiedzę w zakresie okoliczności jakie niweczą jego wcześniejszą czynność wyboru oferty najkorzystniejszej jest uprawniony do tego, aby zmienić swoje stanowisko. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej nie jest okolicznością regulowaną przepisami ustawy, a źródło tego uprawnienia Zamawiającego wynika z zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia (art. 16 ustawy). Brak ustawowej regulacji w zakresie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej powoduje również to, że nie jest wymagane żadne konkretne działanie Zamawiającego w zakresie uzasadnienia podjęcia takiej czynności. Wymaga odnotowania w tym miejscu, że w ramach podstaw umorzenia postępowania odwoławczego (o czym była mowa wyżej), jako zbędne oraz niedopuszczalne w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy uznaje się prowadzenie postępowania odwoławczego w przypadku unieważnienia przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Inne czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jak wybór oferty najkorzystniejszej czy odrzucenie oferty wykonawcy w postępowaniu regulowane są przepisami ustaw i określają konkretne działania jakie musi podjąć Zamawiający, aby działania te spełniały ustawowo określone przesłanki, a w efekcie były skuteczne w stosunku do wykonawców (art. 253 ustawy).

Tym samym, podanie przez Zamawiającego w piśmie z dnia 13 listopada 2023 roku informacji uzasadniających czynność unieważnienia postępowania odwoławczego nie może być utożsamione z czynnością odrzucenia oferty wykonawcy, który pierwotnie został wybrany w postępowaniu, co uzasadnia choćby samo wskazanie przez Zamawiającego, że podejmuje czynności badania i oceny ofert. Oznacza to, że Zamawiający pozostaje w procesie czynności zmierzających do kolejnego wyboru oferty najkorzystniejszej, jednocześnie otwartą pozostaje kwestia zakresu ofert odrzuconych i podstaw tego odrzucenia jak również oferty jaka zostanie wybrana w postępowaniu. Pismem z dnia 13 listopada 2023 roku Zamawiający nie dokonał odrzucenia oferty wybranego pierwotnie w postępowaniu wykonawcy – więcej zniweczył wcześniej dokonany wybór oferty najkorzystniejszej – a dopiero taka czynność może zostać skutecznie zaskarżona w warstwie oceny samej oferty. Na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

skutecznie został jedynie unieważniony wybór oferty najkorzystniejszej. Oferta, która do dnia 13 listopada 2023 roku była uznawana za najkorzystniejszą przez Zamawiającego nie została skutecznie odrzucona z postępowania i nie został dokonany wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu (ewentualnie unieważnienie postępowania).

Jednocześnie, co bardzo istotne z punktu widzenia przesłanki zatrzymania wadium jaką zastosował Zamawiający - tj. art. 98 ust. 6 pkt 3 ustawy, zgodnie z którym Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, którego oferta została wybrana – w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający pierw dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (13 listopada 2023 roku), a następnie zawiadomił o zatrzymaniu wadium (17 listopada 2023 roku). Na dzień zatrzymania wadium przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie ma wyboru oferty najkorzystniejszej, nie ma oferty najkorzystniejszej. Przesłanką niezbędną do zastosowania ww. podstawy prawnej do zatrzymania wadium jest wybór oferty danego wykonawcy jako najkorzystniejszej (w zakresie powyższych regulacji wskazać należy art. 263 ustawy). W ocenie Izby pierwotne unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej nie pozwala na zastosowanie ww. przesłanki. Jednocześnie podkreślić należy, że na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający unieważniając czynność wyboru oferty najkorzystniejszej pozostaje w sferze czynności oceny ofert.

Mając na uwadze powyższe Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 17 listopada 2023 roku tj. zatrzymania wadium jako czynności niemającej umocowania w działaniu Zamawiającego, z uwagi na brak czynności Zawijającego stanowiącej podstawę dla czynności zatrzymania wadium. Oferta wykonawcy, któremu zatrzymano wadium w dniu 17 listopada 2023 roku nie została wybrana jako najkorzystniejsza, a działania Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podejmowane są bez pierwotnie wymaganej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym brak pierwotnego spełnienia obowiązków Zamawiającego powoduje brak podstaw prawnych i faktycznych do dokonywania dalszych czynności. Izba podkreśla, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stanowi postępowanie dość sformalizowane, gdzie nie ma miejsca ani na pośpiech w działaniu Zamawiającego, a ani na podejmowanie działań w sposób, którego procedura nie mieści w swoich granicach. Taki formalizm postępowania o udzielenie zamówienia stanowi gwarancję możliwości dochodzenia swoich praw przez

strony postępowania, a jednocześnie powoduje, że procedura staje się przejrzysta dla stron postępowania.

W zakresie zarzutów nr 1, 2, 3 tj. naruszenia:

- 1) art. 16 ustawy i art. 17 ustawy w zw. z art. 263 ustawy przez ich zastosowanie i unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, przystąpienie do ponownego badania i oceny ofert, ale bez oferty Odwołującego, z uwagi na nieprawidłowe przyjęcie, że Odwołujący nie kontynuuje działalności prowadzonej przez S. B., nie nabył praw nabytych w trakcie prowadzonej działalności gospodarczej oraz że Odwołujący nie jest związany oświadczeniami woli złożonymi przez S. B. w ramach prowadzonej działalności gospodarczej,
- 2) art. 55(2) k.c. w zw. art. 8 ust. 1 ustawy przez ich niezastosowanie i uznanie, że umowa przeniesienia własności przedsiębiorstwa (aportu) z dnia 27 października 2023 r. (dalej jako: „Umowa”), nie obejmowała wszystkiego co wchodzi w skład przedsiębiorstwa, w tym praw związanych z udziałem w Postępowaniu oraz że Odwołujący nie będzie kontynuował działalności przedsiębiorstwa, co w konsekwencji doprowadziło do uznania, że zamówienie publiczne nie może zostać udzielone Odwołującemu,
- 3) art. 55(1) k.c. w zw. art. 8 ust. 1 ustawy przez jego błędną wykładnię i przyjęcie, że stanowi on zamknięty katalog składników przedsiębiorstwa, kiedy to z literalnej treści tego przepisu i użycie sformułowania „w szczególności” wynika, że wskazuje on jedynie przykładowe składniki przedsiębiorstwa,

- Izba zarzuty 1, 2, 3 odwołania uznała za bezzasadne

W zakresie rozpoznania powyższych zarzutów odwołania kluczowe jest to, że Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. czynność z dnia 13 listopada 2023 roku. Na dzień rozpoznania odwołania nie istnieje również w obiegu prawnym czynność odrzucenia oferty wykonawcy z postępowania, w tym na podstawie okoliczności jakie zostały wskazane w uzasadnieniu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Izba w tym miejscu przywołuje zawartą w zakresie rozpoznania zarzutu nr 4 odwołania argumentację odnoszącą się do czynności unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu przez Zamawiającego.

Izba stwierdza, że w tym stanie faktycznym poddanie ocenie przyczyn jakie wskazał, Zamawiający przy unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej stanowiłoby przedsąd w zakresie oceny oferty wykonawcy, bowiem na dzień wyrokowania brak jest czynności Zamawiającego dotyczącej oceny oferty złożonej / złożonych w postępowaniu

o udzielenie zamówienia publicznego. Izba w postępowaniu odwoławczym ocenia czynność Zamawiającego, a nie zapowiedź danej czynności czy nawet przedstawione przed czasem uzasadnienie takiej czynności. W postępowaniu o zamówienie publiczne nie ma czynności dorozumianych czy jakiś zapowiedzianych. Izba dokonuje oceny czynności Zamawiającego, które ten obowiązany jest realizować zgodnie z procedurą, i takie czynności podlegają ocenie.

W tej sprawie Zamawiający nie dokonał czynności zgodnie z art. 253 ustawy, tym samym odnoszenie się do przyczyn odrzucenia oferty wykonawcy w piśmie z dnia 17 listopada 2023 roku bez odrzucenia tej oferty, nie stanowi oceny tej oferty w świetle przepisów prawa. Sam fakt przystąpienia do badania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie jest tożsamy z tym, że podjęte zostały jakiekolwiek czynności przez Zamawiającego zgodnie z ustawą co do czynności oceny oferty Odwołującego. Ponieważ faktycznie dla stwierdzenia, że taka czynność została podjęta przez Zamawiającego wymagane jest działanie Zamawiającego zgodnie z procedurą i ww. przepisem. Ważnym elementem jest również to, że Izba nie zastępuje Zamawiającego w zakresie podejmowanych przez Zamawiającego czynności, ale

ocenia te czynności.

Brak czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania nie pozwala Izbie na dokonanie oceny informacji odnoszących się do oceny tej oferty, i nie ma tu znaczenia, że stanowisko Zamawiającego odnosi się do podmiotowej strony oferty. Natomiast ocena unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w kontekście uzasadnienia jakie zawarł Zamawiający sprowadzałaby się do oceny podstawy faktycznej odrzucenia oferty, które to odrzucenie oferty nie istnieje w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na moment rozpoznania odwołania.

Izba uznała zarzuty za bezzasadne, bowiem brak jest czynności Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego, która to czynność dałaby się poddać ocenie Izby. Izba nie może oceniać czegoś czego nie ma (czynność Zamawiającego), a dokonując oceny w zakresie jakim kwestionował działania Zamawiającego Odwołujący, dokonałaby oceny i badania jedynie zasygnalizowanych przyczyn, które nie zostały podane przez Zamawiającego w taki sposób, aby dały się zweryfikować zgodnie z przepisami w postępowaniu odwoławczym. Izba nie może podejmować czynności za Zamawiającego, a poddając ocenie te zarzuty tj. zarzut nr 1, 2 i 3, właśnie tak musiałby się zachować.

Izba stoi na stanowisku, że w realiach tej konkretnej sprawy odwoławczej niezbędne było uznanie zarzutów odwołania za bezzasadne, z uwagi na brak faktycznych czynności związanych z odrzuceniem oferty Odwołującego, a co stanowiło uzasadnienie każdego

z zarzutów. Jednakże w przypadku, gdy Zamawiający wykona zgodnie z ustawą ciążące na nim obowiązki wykonawcom ponownie otworzy się droga do skutecznego kwestionowania czynności Zamawiającego, wykonanych zgodnie z ustawą.

Złożenie tego odwołania nie dziwi Izby, bowiem sposób prezentowania stanowiska w postępowaniu o zamówienie publiczne przez Zamawiającego uzasadnia poszukiwanie ochrony prawnej przez wykonawcę. Izba podkreśla, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający obowiązany jest do postępowania zgodnie z regulacjami ustawowymi, a działania jakie podejmuje, aby mogły być uznane za czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego muszą odpowiadać procedurze ustawowo określonej dla danego trybu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący: