

POSTANOWENIE
z dnia 22 lutego 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron i Uczestników postępowania w dniu 8 lutego 2024 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 stycznia 2024 roku przez **B.C. z siedzibą w Ostrołęce** (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Gmina Piecki z siedzibą w Pieckach**

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,
 2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego **B.C. z siedzibą w Ostrołęce** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.
- Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych**.

Przewodnicząca:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający: Gmina Piecki z siedzibą w Pieckach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pt. „Przebudowa i rozbudowa części ul. Polnej”. Numer ogłoszenia o zamówieniu: 2023/BZP 00424295 z dnia 3 października 2023 r.

Dnia 5 lutego 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1 i pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej jako „Pzp”), odwołanie złożył wykonawca B Company S.B. Sp.k. z siedzibą w Ostrołęce (dalej jako „Odwołujący”).

Odwołanie złożono wobec czynności i zaniechań Zamawiającego naruszających ustawę Pzp:

1. wykluczenia wykonawcy S.B. oraz odrzucenia jego oferty, pomimo że S.B. wniósł aportem przedsiębiorstwo Bruktim Usługi Budowlano Projektowe S.B. do spółki komandytowej B Company S.B. Sp.k., co w ocenie Odwołującego powinno prowadzić do stwierdzenia, że Odwołujący kontynuuje działalność prowadzoną przez S.B., co umożliwiało wybór oferty Odwołującego,
2. przystąpienie do ponownego badania i oceny ofert, z wyłączeniem oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez odrzucenie oferty S.B., z uwagi na jego niezasadne wykluczenie, z uwagi na zaprzestanie wykonywania działalności gospodarczej, pomimo że działalność ta jest kontynuowana przez Odwołującego, gdyż przedsiębiorstwo S.B. zostało wniesione aportem do spółki B Company tj. Odwołującego.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. powtórzenie czynności oceny i badania ofert, z udziałem oferty Odwołującego, w tym dokonanie badania braku podstaw wykluczenia Odwołującego,
3. powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołanie wniesione zostało w terminie 5 dni od przekazania przez Zamawiającego w dniu 31 stycznia 2024 r. informacji o unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu, a Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. uprawniający do złożenia odwołania. Odwołujący jest podmiotem uczestniczącym w postępowaniu, którego oferta klasyfikuje się na 1. pozycji, w związku z nabyciem całego przedsiębiorstwa od S.B. i jego kontynuacji oraz w związku z zakończeniem prowadzenia przez S.B. działalności gospodarczej.

W wyniku uwzględnienia odwołania Odwołujący – 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.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że 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..

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.

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.

W ocenie Odwołującego, stanowisko wyrażone przez Zamawiającego było nieprawidłowe i z tego względu zdecydował się na wniesienie odwołania w dniu 17 listopada 2023 r., w którym podnoszono, że dokonanie sukcesji syngularnej (wniesienie aportem całości przedsiębiorstwa do spółki) nie uniemożliwia oceny oferty Odwołującego, w przypadku kiedy kontynuuje on działalność gospodarczą zbywcy. Powyższe odwołanie zostało uzupełnione w terminie o dodatkowy zarzut naruszenia art. 98 ust. 6 pkt 3 Pzp poprzez jego zastosowanie, pomimo że zawarcie umowy jest nadal możliwe z następcą prawnym S.B. tj. Odwołującym.

W dniu 30 listopada 2023 r. Krajowa Izba Odwoławcza przeprowadziła posiedzenie, gdzie w pierwszej kolejności rozstrzygnęła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania z uwagi na jego wniesienie przez podmiot nieuprawniony tj. art. 528 pkt 2 Pzp, oddalając ten wniosek.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba wydała wyrok, gdzie oddaliła zarzuty dot. oceny skutków prawnych wniesienia aportem przedsiębiorstwa do spółki jako przedwcześnie, wobec powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, ale uwzględniła zarzut postawiony w piśmie uzupełniającym tj. art. 98 ust. 6 pkt 3 Pzp poprzez jego zastosowanie, pomimo że zawarcie umowy jest nadal możliwe z następcą prawnym S.B. tj. Odwołującym.

W efekcie wydanego wyroku Zamawiający dokonał w dniu 8 stycznia 2024 r. unieważnienia:

1) unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert z dnia 13 listopada 2023 r. oraz

2) wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 31 października 2023 r..

31 stycznia 2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez S.B. w związku z koniecznością jego wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 4 Pzp z uwagi na zaprzestanie wykonywania działalności gospodarczej przez S.B.. W żadnym z pism z 8 stycznia 2024 r., jak i z 31 stycznia 2024 r. Zamawiający nie zawarł informacji, że dokonane czynności są wynikową orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2023 r. (sygn. akt. KIO 3441/23).

Obecne postępowanie odwoławcze sprowadza się do rozstrzygnięcia, czy w sytuacji, w której dochodzi do kontynuowania działalności przedsiębiorstwa, dotychczas prowadzonego w formie działalności gospodarczej osoby fizycznej, przez Odwołującego spółkę osobową, ma zastosowanie art. 109 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Dyspozycja wskazanego przepisu referuje do otwarcia likwidacji, ogłoszenia upadłości, zawarcia układu z wierzycielami, zawieszonej działalności albo znajdowania się w innej tego rodzaju sytuacji, wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury.

Po pierwsze Odwołujący podkreślił, że wskazana norma prawna nie referuje do zdarzeń prawnych takich jak przejęcie, przekształcenie, połączenie, podział, dziedziczenie lub nabycie dotychczasowego wykonawcy lub jego przedsiębiorstwa, a odnosi do zdarzeń, które prowadzą do całkowitego lub czasowego zaprzestania prowadzenia działalności gospodarczej.

W ocenie Odwołującego przez działalność gospodarczą należy rozumieć zorganizowaną działalność zarobkową określonego rodzaju, prowadzoną w sposób poprzez przedsiębiorstwo. Przedsiębiorstwo z kolei może być przedmiotem obrotu i nie jest immanentnie przypisane do danego podmiotu, co oznacza, że zakończenie prowadzenie działalności gospodarczej przez daną osobę nie oznacza, że ta działalność w ujęciu przedmiotowym zostaje zakończona.

To co odróżnia procedury likwidacyjne, upadłościowe od np. zbycia przedsiębiorstwa czy też jego przekształcenia jest zmierzanie do zamknięcia działalności przedsiębiorstwa, co wiąże się z rezygnacją podejmowania nowych

interesów, w tym brania udziału
w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Fakt kontynuacji działalności gospodarczej zdaje się dostrzegać sam Zamawiający, który wskazuje, że *„konstrukcja prawna zastosowana przez Pana S.B. jest jednym z dwóch prawnie funkcjonujących wariantów, które mogą doprowadzić do zmiany formy prowadzonej działalności”*. Powyższe stanowisko jest wprost sprzeczne z zastosowaną podstawą prawną, jak i z całą argumentacją Zamawiającego, co czyni ją niespójną i wewnętrznie sprzeczną.

Ustawodawca zarówno unijny (art. 57 dyrektywy 2014/24/UE), jak i polski zmierzał do objęcia możliwością wykluczenia szerokiego zakresu sytuacji podmiotowych, w której znalazł się wykonawca, mogących powodować utratę zdolności operacyjnej lub bytu prawnego

z powodów związanych z kondycją finansową tego wykonawcy. Jest to spójne z regulacją art. 109 ust. 3 Pzp, który wskazuje, że powyższej podstawy wykluczenia nie należy stosować automatycznie, gdyż należy zbadać czy ekonomiczna lub finansowa wykonawcy jest wystarczająca do wykonania zamówienia.

Po drugie art. 109 ust. 1 pkt 4 Pzp zawiera sformułowanie: *„(...) innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury”*. Taka konstrukcja przepisu jest bezpośrednio zaczerpnięta z art. 57 dyrektywy 2014/24/UE, co miało na celu objęcie dyspozycją przepisu również procedur upadłościowych bądź likwidacyjnych wszczynanych w innych krajach. Wielość regulacji prawnych państw obcych w tym zakresie nie pozwala na sformułowanie przesłanki w sposób bardziej precyzyjny.

Po trzecie, żaden z przepisów Pzp nie wymaga, aby podmiot składający ofertę był zobowiązany do prowadzenia działalności gospodarczej, w szczególności taki wymóg nie wynika z art. 7 pkt 31 Pzp, który wprowadza szeroką definicję wykonawcy. Jak wskazuje się w doktrynie prawa zamówień publicznych pod pojęciem „wykonawca” mieści się szeroki krąg podmiotów prawa cywilnego, które niekoniecznie muszą prowadzić działalność gospodarczą.

Reasumując powyższe argumenty Odwołujący dodał, że zbycie przedsiębiorstwa przez wykonawcę nie jest procedurą podobną do procedury likwidacyjnej czy upadłościowej. Przepisu dot. wykluczenia powinny być interpretowane z należytą ostrożnością z uwagi na daleko idące sankcje dla wykonawców. Interpretacja art. 109 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez uznanie, że obejmuje on sytuacje dot. zmian podmiotowych wykonawców jest zbyt daleko idąca. Zmiany podmiotowe nie prowadzą docelowo do zakończenia danej działalności, a do jej kontynuowania. Nawet przy przyjęciu co do zasady optyki Zamawiającego na działania wykonawcy, to zaistniały stan faktyczny nie pozwala na dokonanie subsumpcji art. 109 ust. 1 pkt 4.

Kwestią zasadniczą dla oceny działania 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. Co istotne sukcesja praw i obowiązków o charakterze syngularnym, jak i uniwersalnym nie została uregulowana wprost w ustawie Pzp.

Ustawa Pzp nie wprowadza przepisów szczególnych, które modyfikowałyby zasady wynikające z kodeksu spółek handlowych czy też z kodeksu cywilnego. Innymi słowy ustawa Pzp 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.

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 rzetelnie. Zamawiający odnosi się jedynie wybiórczo do treści poszczególnych paragrafów umowy aportu, a także wybiórczo stosuje przepisy powszechnie obowiązujące.

Po pierwsze Zamawiający twierdzi, że brak kontynuacji przedsiębiorstwa wynika z faktu, że wykreślenia wpisu dot. S.B. CEiDG dokonano od dnia 31 października 2023 r., a skutek umowy aportu ustalono na dzień 1 listopada 2023 r., tym samym w momencie, kiedy działalność S.B. nie była już prowadzona.

Zamawiający pomija dyspozycję art. 111 § 1 k.c., zgodnie z którym termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia, co oznacza że formalnie działalność Pana S.B. została zakończona z nadejściem o północy (z 31 października

na 1 listopada), a od początku dnia 1 listopada nastąpił skutek umowy aportu w postaci nabycia przedsiębiorstwa. Ponadto Zamawiający pomija fakt, że wpisy w CEiDG nie mają charakteru konstytutywnego, a charakter deklaratoryjny, co zostało potwierdzone w licznych orzeczeniach sądów administracyjnych, jak i KIO.

Zamawiający wskazuje, że prawo do zawarcia umowy w wyniku złożenia oferty najkorzystniejszej, w związku z

prowadzeniem przedsiębiorstwa nie są jego częścią,

w rozumieniu art. 55¹ k.c. Zamawiający pomija jednak fakt, że dyspozycja wskazanego przepisu wymienia jedynie przykładowe składniki niematerialne i materialne przeznaczone do prowadzenia działalności gospodarczej.

Po drugie, Zamawiający wywodzi, że złożenie oferty stanowi źródło powstania zobowiązania i roszczeń po stronie Zamawiającego, w wyniku czego zobowiązanie jako część przedsiębiorstwa nie może być zbyte, w myśl art. 55 1-4 k.c.

Punktem wyjścia dla dalszych rozważań jest fakt, że w momencie zawierania umowy aportu tj. w dniu 27 października 2023 r. Zamawiający nie poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, tym samym w postępowaniu złożono ofertę, ale jeszcze jej nie wybrano. Jednocześnie, dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 31 października 2023 r. jest nieistotne dla rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego, z uwagi na fakt, że czynność ta została unieważniona i wyeliminowana z obiegu prawnego. Zamawiający na poparcie swojej argumentacji zauważa, że w § 1 umowy aportu, strony zastrzegły, że Odwołujący jest zobowiązany do uzyskania cesji umowy leasingu. Argument ten jest o tyle niezasadny, gdyż dotyczy zawartej już umowy i istniejących zobowiązań zbywcy.

Zamawiający zauważa, że poprzez zbycie przedsiębiorstwa dochodzi do przeniesienia aktywów, a nie pasywów. W ocenie Odwołującego złożenie oferty, nie powoduje powstania zobowiązania, ani też nie prowadzi do powstania pewnego pasywa, a wręcz przeciwnie.

Całość argumentacji Zamawiającego pomija zasadniczą kwestię wynikającą z k.c. tj. art. 353 k.c. Otóż zobowiązanie polega na tym, że wierzyciel może żądać od dłużnika świadczenia, a dłużnik powinien świadczenie spełnić. W doktrynie wyróżnia się także źródła powstania zobowiązań, w tym umowy. Tymczasem sytuacja w jakiej obecnie się znajdujemy to moment, w którym zobowiązanie nie powstało. Samo postępowanie przetargowe, jest jedynie trybem zawarcia umowy, co w konsekwencji prowadzi do powstania zobowiązania.

Zamawiający pomija fakt, że dyspozycja art. 551 k.c. wymienia jedynie przykładowe składniki niematerialne i materialne przeznaczone do prowadzenia działalności gospodarczej.

W doktrynie wskazuje się, że do innych niewskazanych w przepisie składników przedsiębiorstwa zalicza się 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 KIO 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 potencjalnym prawie do zawarcia umowy. Podobnie wypowiadała się KIO 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 udzielenia 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)

Ziszczenia się tego warunku, tj. dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty i powiadomienia o tym wybranego oferenta, nie można jednak uznać za równoznaczne z dojściem umowy do skutku.

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 Piotra 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.”

Zamawiający argumentował także odwołując się do zagadnień po pierwsze związanych z roszczeniami o zawarcie umowy oraz poszukiwaniem analogii pomiędzy wyborem oferty najkorzystniejszej, a umową przedwstępną, a po drugie z roszczeniami związanymi z wadium.

Pierwsze z zagadnień zostało szeroko omówione w artykule dr Z.G. pn. „*Konsekwencje poprzedzającego obowiązku zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego*”

Autor wskazuje, że źródłem obowiązku zawarcia umowy mogą być zdarzenia prawne, z którymi norma prawna ów obowiązek wiąże, w tym zwłaszcza czynności prawne, decyzje administracyjne oraz przepisy prawa. Na gruncie Pzp źródła obowiązku należy poszukiwać

w czynnościach prawnych uczestników procedury przetargowej prowadzących do zawiązania między nimi stosunków przedkontraktowych. „*Co do zamawiającego zobowiązania do zawarcia umowy można dopatrywać się już w ogłoszeniu o zamówieniu*

i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W swej prawnej naturze obie te czynności są bowiem jednostronnymi czynnościami prawnymi, na mocy których zamawiający między innymi – przynajmniej w sposób dorozumiany – zobowiązuje się do zawarcia umowy

z wykonawcą, którego oferta zostanie wybrana, wszelako pod warunkiem zawieszającym, że dojdzie do wyboru najkorzystniejszej oferty, co przecież nie jest ani oczywiste, ani konieczne.” Co potwierdza tezę Odwołującego dot. zbycia aktywa w postaci „ekspektywy zawarcia umowy”.

Dalej autor wywodzi: „*Obowiązek zawarcia umowy ciąży także na wykonawcy, którego oferta została wybrana. Jest tak dlatego, że na gruncie zamówień publicznych istotę oferty należy postrzegać tak, jak czyni się to w klasycznej cywilistyce*” oraz „*Teza, w myśl której zarówno zamawiający, jak i wykonawca mają obowiązek zawarcia umowy, rodzi pytanie o okres, w jakim obowiązek ten istnieje. Co do momentu początkowego sprawa wydaje się prosta: zarówno dla zamawiającego, jak i dla wykonawcy wyznacza go moment powiadomienia wybranego wykonawcy o wyborze jego oferty, a nie – jak mogłoby się wydawać – sam moment wyboru najkorzystniejszej oferty. Jest tak z uwagi na unormowanie z art. 61 § 1 KC, które co do oświadczeń woli składanych innej osobie sankcjonuje tzw. teorię doręczenia. Równie prosta wydaje się sprawa momentu końcowego trwania obowiązku zawarcia umowy po stronie wykonawcy: jeśli mianowicie jest on związany ofertą w określonym terminie, to upływ terminu związania ofertą powoduje wygaśnięcie obowiązku zawarcia umowy.*”

Podobnie wskazują inni autorzy: „*Skutkiem udzielenia przybicia w takiej sytuacji nie jest zawarcie umowy (nie zostaje zatem przełamany wymóg zachowania formy szczególnej), ale powstanie stosunku zobowiązaniowego, w ramach którego obie strony obowiązane są do zawarcia umowy, której treść uzgodniono w wyniku aukcji. Należy podkreślić, że nie jest to zobowiązanie z umowy przedwstępnej, ale odrębny typ zobowiązania i przepisy art. 389–390 KC nie mają do niego zastosowania.*” - E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Wyd. 11, Warszawa 2023, art. 70[2] k.c.

Nawet przy przyjęciu założenia, że w toku postępowania przetargowego, po złożeniu oferty, ale przed zawarciem umowy dochodzi do powstania stosunku zobowiązaniowego,

to powstaje on dopiero w momencie wyboru oferty najkorzystniejszej. W sprawie zbycia przedsiębiorstwa w ramach umowy aportu nastąpiło przed wyborem oferty najkorzystniejszej tj. przed ewentualnym powstaniem stosunku zobowiązaniowego. Po drugie sama czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 31 października 2023 r. została unieważniona przez Zamawiającego, także należy traktować tę czynność jakby nigdy nie istniała.

Drugim argumentem jaki może pojawić się w argumentacji przeciwnej do stanowiska Odwołującego, to obowiązek wniesienia wadium, który miałby przemawiać za uznaniem,

że poprzez złożenie oferty dochodzi do powstania stosunku zobowiązaniowego, który obejmuje roszczenia związane z tymże wadium.

Wadium jest warunkiem udziału w postępowaniu, jego wpłacenie warunkuje możliwość złożenia oferty. Po drugie wadium jest sposobem zabezpieczenia ewentualnych roszczeń Zamawiającego, które mogą, ale nie muszą powstać, gdyż zależą od zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium przez organizatora. Podobnie wykonawcy nie mają roszczeń o zwrot wadium m.in. do czasu trwania związania ofertą.

Podobne stanowisko jest prezentowane w doktrynie prawa cywilnego: „*Obowiązek dania zabezpieczenia może wynikać zarówno z ustawy, jak i z czynności prawnej (przede wszystkim z umowy, w której jedna strona zobowiązuje się do zabezpieczenia potencjalnych roszczeń drugiej strony). Będzie on miał na celu zabezpieczenie interesu drugiej strony danego stosunku prawnego, gwarantując zaspokojenie przyszłego, potencjalnego roszczenia z przedmiotu zabezpieczenia.*” Tym samym sama wpłata wadium nie powoduje automatycznego powstania zobowiązania.

Niezależnie od powyższego Zamawiający całkowicie pomija dyspozycję art. 55² 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 I. zawartej umową aportu jej przedmiotem było przedsiębiorstwo prowadzone w ramach jednoosobowej działalności gospodarczej przez pana S.B. (komplementariusza Odwołującego) pod firmą S.B.. Z kolei w § 1 II. Sylwester

Barański 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 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 istotne 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., 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. Pomiędzy 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.”

Nie ulega wątpliwości, że 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.

Stanowisko odmienne godziłoby w zasadę swobody prowadzenia działalności gospodarczej, w przypadku osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą, poprzez swoisty zakaz zbycia przedsiębiorstwa, a przez to „wymuszenie” konieczność 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*”

Skoro ustawodawca dopuszcza tego rodzaju zmianę na etapie wykonawczym, to tym bardziej taka zmiana jest dopuszczalna przed zakończeniem udzielenia postępowania

o udzielenie zamówienia. Jedyną różnicą w tym zakresie jest okoliczność, że zbycie przedsiębiorstwa przed zawarciem oznacza zbycie jedynie praw związanych z możliwością zawarcia umowy czy też korzystnej sytuacji faktycznej związanej z uczestnictwem

w przetargu, 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.

Powyższe stanowisko zostało 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 Sączu, 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 podkreślił, 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. Powyższy fakt potwierdza także rzeczywiste kontynuowanie działalności prowadzonej przez S.B..

Na marginesie Odwołujący dodał, że 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.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosil jak na wstępie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:

Zamawiający poinformował w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, że na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w związku z art. 16 pkt 1) oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp odrzucił ofertę Wykonawcy – Bruktim Usługi Budowlano-Projektowe S.B. z siedzibą w Ostrołęce, jako ofertę złożoną przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Wykonawca Bruktim Usługi Budowlano-Projektowe S.B. w dniu 19.10.2023 r. złożył ofertę za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej.

W wyniku oceny złożonych w postępowaniu ofert, pod kątem kryteriów oceny, określonych w rozdziale 17 SWZ, jako najkorzystniejszą uznano ofertę wykonawcy Pana S.B., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą S.B. z siedzibą w Ostrołęce. Wobec powyższego wezwaniem z dnia 19.10.2023 r. rozpoczęto procedurę badania i oceny oferty pod względem spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia.

Wykonawca w dniach 25.10.2023 r. i 27.10.2023 r. przesłał Zamawiającemu, za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej wszystkie podmiotowe środki dowodowe, w tym:

- wykaz robót, składany na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu,
- oświadczenie wykonawcy, w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, o braku przynależności do grupy kapitałowej,
- zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające,

- że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opłat,
- zaświadczenie właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych,
- odpis z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp,
- oświadczenie wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania.

Na podstawie powyższych środków dowodowych Zamawiający w dniu 31.10.2023 r. dokonał wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej.

Następnie w dniu 03.11.2023 r. (tj. przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego) Wykonawca Pan S.B., prowadzący jednoosobową działalność gospodarczą (dalej JDG) 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.C. (dalej Sp.K.) na podstawie umowy z dnia 27 października 2023 r., która wywołać miała skutek w postaci przeniesienia aportem przedsiębiorstwa z dniem 1 listopada 2023 r.

Z dniem 31 października 2023 r. zakończona została działalność gospodarcza prowadzona przez Pana S.B., o czym wykonawca winien poinformować Zamawiającego przed ww. dniem, a nie dopiero w dniu 3 listopada 2023 r. przedstawiając umowę przeniesienia (aportu) zorganizowanej części przedsiębiorstwa. Kwestia zakończenia działalności gospodarczej prowadzonej przez Pana S.B. została zweryfikowana w oparciu o dane wynikające z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej (dalej CEiDG).

W wyniku zaistniałych okoliczności Zamawiający wezwał wykonawcę w dniu 09.11.2023 r. w trybie art. 126 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia podmiotowego środka dowodowego tj. *odpisu lub informacji z Krajowego Rejestru Sądowego lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej* w zakresie potwierdzenia braku podstaw wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp - aktualnego na dzień jego złożenia.

W dniu 10.11.2023 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiający otrzymał od B-COMPANY SYLWESTER BARAŃSKI SPÓŁKA KOMANDYTOWA wiadomość zawierającą informację z k nadawcy. Zamawiający po samodzielnej weryfikacji wpisu do CEiDG przedsiębiorstwa Bruktim Usługi Budowlano-Projektowe S.B. stwierdził, że od dnia 31.10.2023 r. przedsiębiorca zaprzestał wykonywania działalności gospodarczej, przy czym wniosek o wykreślenie z CEiDG widniejącego wpisu o prowadzeniu działalności został złożony przez Pana S.B. w dniu 3 listopada 2023 r. z datą wsteczną.

Dodatkowo Zamawiający ustalił, że w CEiDG brak jest jakichkolwiek informacji dotyczących „przekształcenia” jednoosobowej działalności gospodarczej w spółkę prawa handlowego, albowiem w świetle obowiązujących przepisów prawnych, a w szczególności przepisów ustawy z dnia 15 września 2000 r. kodeks spółek handlowych nie przewidują one możliwości przekształcenia JDG w spółkę osobową uregulowaną w przepisach kodeksu spółek handlowych. Taka możliwość jest wyłącznie w zakresie przekształcenia JDG w spółkę kapitałową, gdzie faktycznie występuje sukcesja uniwersalna – skutkująca kontynuacją dotychczas prowadzonej jednoosobowej działalności gospodarczej w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialności.

W stanie faktycznym sprawy nie mamy do czynienia z taką formą przekształcenia JDG Pana S.B. w spółkę kapitałową, a faktycznie z wniesieniem wkładu (aportu) do spółki komandytowej, już po zakończeniu prowadzenia przez niego działalności z dniem 31 października 2023 r.

Wykonawca w wyniku zamierzonego działania, w dniu 27.10.2023 r. podpisał umowę pn. „*umowa przeniesienia własności (aportu) (...)*” w formie aktu notarialnego, dokonując zbycia prowadzonego przedsiębiorstwa ze skutkiem na dzień 1.11.2023 r. A o powyższej sytuacji poinformował Zamawiającego drogą elektroniczną w dniu 3.11.2023 r., poprzez przekazanie treści ww. umowy.

Zamawiający ocenia, że podjęte przez wykonawcę czynności, tj. forma i termin dokonania aportu jdg do sp.k., a także dzień w którym wykonawca poinformował Zamawiającego o zmianie okoliczności mających wpływ na prowadzone postępowanie wskazuje na brak rzetelności wykonawcy, który składając ofertę w postępowaniu złożył zobowiązanie o określonej treści.

W ocenie Zamawiającego aport jdg do sp.k. został przeprowadzony wadliwie z następujących względów:

Pan S.B. dokonał wykreślenia jdg z CEiDG od dnia 31.10.2023 r., tym samym wskazując datę 31.10.2023 r., jako datę faktycznego zaprzestania prowadzenia działalności gospodarczej. Natomiast „przeniesienia” jdg do sp.k., zgodnie z umową dokonano ze skutkiem na dzień 1.11.2023 r., czyli na dzień w którym działalność Pana S.B. nie była już

prowadzona. W tej sytuacji nie ma mowy o jakiegokolwiek kontynuacji prowadzonej działalności gospodarczej, a tym bardziej wstąpienia przez spółkę w prawa i obowiązki przedsiębiorcy na podstawie tak przeprowadzonego aportu. Wykreślenie przedsiębiorcy w CEiDG powinno być nastąpić po dniu 1.11.2023 r.

Ponadto jak trafnie ujęto w umowie pn. „*umowa przeniesienia własności (aportu) (...)*” § 1 str. 5 – „spółka komandytowa, jako nabywca przedsiębiorstwa, zobowiązana jest do uzyskania cesji umowy leasingu operacyjnego we własnym zakresie i na własny koszt.”

To oznacza, że spółka nabyła przedsiębiorstwo, a nie jest jej kontynuatorem, co potwierdza też dalsza część wyżej przytoczonego zdania, że spółka musi sama uzyskać cesję umowy leasingu. Wobec tego w procedurze prowadzonej przez Zamawiającego, zgodnie

z przepisami ustawy Pzp, tym bardziej nie ma mowy o AUTOMATYCZNYM przejściu przez sp.k. oferty złożonej przez Pana S.B., który w momencie złożenia oferty prowadził jednoosobową działalność gospodarczą pn. S.B. BRUKTIN Usługi Budowlano-Projektowe, a która obecnie jest wykreślona z ewidencji CEiDG.

Natomiast § 5 umowy wskazuje, że spółka będzie kontynuować dotychczasową działalność gospodarczą Pana S.B. z dnia 1 listopada 2023 r. – przy czym w ocenie Zamawiającego – wykonawca nie rozróżnia kwestii związanych z wniesieniem aportu do spółki komandytowej, a dalszym prowadzeniem działalności gospodarczej z wykorzystaniem składników majątkowych wniesionych do spółki. Podkreślić należy, że spółka komandytowa nie jest automatycznym sukcesorem jdg Pana S.B., a wyłącznie otrzymała „dokapitalizowanie” w postaci określonych składników majątkowych i niemajątkowych.

Dodatkowo należy zwrócić uwagę na to, że umowa przeniesienia z dnia 27.10.2023 r., ze skutkiem na dzień 01.11.2023 r. obejmuje swym zakresem stan majątkowy i niemajątkowy prowadzonej przez Pana S.B. jdg na dzień 30.09.2023 r., a nie na dzień przejścia aportu, co również budzi wątpliwości co do prawidłowego przeprowadzenia tej czynności.

Aport 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. – nastąpił po zakończeniu prowadzenia jednoosobowej działalności gospodarczej, przy czym jakkolwiek oceniać tę kwestię w zakresie daty dokonania aportu – wskazać należy, że przeniesienie to stanowi tzw. sukcesję singularną i nie powoduje „automatycznego” przeniesienia praw i zobowiązań wynikających z uznania jego oferty za najkorzystniejszą na osobę trzecią (w stanie faktycznym spółkę komandytową), albowiem nie mamy tutaj do czynienia z tzw. sukcesją uniwersalną.

Konstrukcja prawna zastosowana przez Pana S.B. jest jednym

z dwóch prawnie funkcjonujących wariantów, które mogą doprowadzić do zmiany formy prawnej prowadzonej działalności gospodarczej. W przypadku wniesienia przedsiębiorstwa aportem do spółki komandytowej – ma miejsce wniesienie wkładu niepieniężnego w postaci przedsiębiorstwa lub jego części przez jednoosobowego przedsiębiorcę do spółki osobowej, która już istnieje albo została w tym celu zawieszona. Poprzez przedsiębiorstwo należy rozumieć zespół składników majątkowych i niemajątkowych, które są ze sobą funkcjonalnie powiązane i służą do prowadzenia działalności gospodarczej. Przyjmuje się, że wartość poszczególnych składników przedsiębiorstwa ustala się na dzień zawarcia umowy, w tym przypadku na dzień przejścia aportu. W tym wariantcie skutkiem jest brak sukcesji zobowiązań. Oznacza to, że większość umów będzie musiała zostać rozwiązana i zawieszona ponownie, ale już przez spółkę. Brak kontynuacji oznacza również to, że na spółkę nie przechodzą zezwolenia iczy historia kredytowa przedsiębiorcy.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przepisów ustawy kodeks spółek handlowych - wyjaśnić należy, że w myśl k.s.h. przedsiębiorca będący osobą fizyczną wykonującą we własnym imieniu działalność gospodarczą w rozumieniu ustawy Prawo przedsiębiorców - (przedsiębiorca przekształcany) może przekształcić formę prowadzonej działalności w jednoosobową spółkę kapitałową (spółkę przekształconą).

W przypadku przekształcania spółek w myśl art. 55k.s.h. spółce przekształcanej przysługują wszystkie prawa i obowiązki spółki przekształcanej, spółka przekształcona pozostaje podmiotem w szczególności zezwoleń, koncesji oraz ulg, które zostały przyznane spółce przed jej przekształceniem, chyba że ustawa lub decyzja o udzieleniu zezwolenia, koncesji albo ulgi stanowi inaczej. W orzecznictwie sądowym wyrażany jest pogląd, że powyższe regulacje pozwalają przyjąć kontynuację podmiotu przekształconego - w istocie jest to ten sam podmiot działający w odmiennej formie prawnej, przy którym pozostają m.in. wszelkie prawa i obowiązki ze sfery cywilnoprawnej, administracyjnoprawnej, praw członkowskich i pracowniczych (por. wyroki Sądu Najwyższego z 8.12.2015 r. sygn. akt Lex nr 2043736 i z 3.02.2006 r. sygn. akt OSNC 2006/11/189).

Jednak w przypadku przekształcenia jdg nie mamy do czynienia ze spółką przekształcaną. Jak wskazał Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 29.01.2016 r. (sygn. akt skutkiem przekształcenia przedsiębiorcy jednoosobowego w

spółkę

z ograniczoną odpowiedzialnością przekształceniu ulega nie sam podmiot, lecz przedmiot jego działalności tj. prowadzone przez niego przedsiębiorstwo. Po przekształceniu przestaje istnieć jedynie jako przedsiębiorca, lecz istnieje nadal jako podmiot prawa. Nie staje się też nowym - przekształconym podmiotem, lecz jest jednym ze współników spółki. Nie mamy tu więc do czynienia z sukcesją generalną, czy pełną kontynuacją podmiotu przekształcanego w inną postać prawną, które sytuowałyby spółkę przekształconą w sytuacji następcy prawnego jednoosobowego przedsiębiorcy. Ograniczony zakres kontynuacji wynikający

z k.s.h. oznacza wstąpienie utworzonej spółki w prawa i obowiązki związane

z działalnością gospodarczą prowadzoną przez jednoosobowego przedsiębiorcę, które nie skutkuje następstwem prawnym o charakterze ogólnym. Przywołany k.s.h. stanowi, że spółce przekształconej przysługują wszystkie prawa i obowiązki przedsiębiorcy przekształcanego.

Podsumowując, w myśl 58 zdanie pierwsze k.s.h., przedsiębiorca przekształcony staje się spółką przekształconą z chwilą wpisu spółki do rejestru (dzień przekształcenia). Z kolei k.s.h. wskazuje, że spółce przekształconej przysługują wszystkie prawa i obowiązki przedsiębiorcy przekształconego. Następstwo prawne wynikające z k.s.h. należy rozumieć jako wstąpienie nowo utworzonej spółki we wszystkie prawa i obowiązki związane z prowadzoną działalnością gospodarczą (wchodzące w jej zakres). Z zestawienia obu powołanych norm wynika, że skutek ten dotyczy wszelkich tak rozumianych praw i obowiązków, na co przedsiębiorca nie ma wpływu, w tym znaczeniu, że nie może dokonać swobodnego wydzielenia części swych zasobów zaangażowanych do prowadzonej działalności, aby znalazły się one w spółce. Zasada kontynuacji oznacza, że treść stosunków prawnych spółki przekształconej, łączących ją z "otoczeniem rynkowym" (osobami trzecimi), nie ulega zmianie (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 30.09.2014 r., sygn. akt LEX nr 1527079). Mamy więc tutaj do czynienia z sytuacją,

w której nowo utworzona spółka wstąpiła z mocy prawa w prawa i obowiązki związane

z działalnością gospodarczą prowadzoną przez wykonawcę będącego osobą fizyczną, ale sytuacja ta nie odnosi się do stanu faktycznego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego albowiem nie mamy tutaj sukcesji uniwersalnej, a sukcesję singularną, gdzie nie można mówić o kontynuacji prowadzenia dotychczasowej działalności gospodarczej.

Odnosząc się natomiast do zastosowanego przez Pana S.B. wariantu wniesienia do spółki B Company S.B. Spółka Komandytowa zorganizowanej części przedsiębiorstwa jako wkładu – wskazać należy, że spółka ta de facto nie prowadzi dalszej jednoosobowej działalności gospodarczej ww. osoby, a jest wyłącznie podmiotem, w którym Pan S.B. w zamian za udziały wniósł określoną zorganizowaną część przedsiębiorstwa. Nie ma tutaj mowy o sukcesji uniwersalnej przewidzianej przepisami kodeksu spółek handlowych, bowiem nie nastąpiło przekształcenie jednoosobowej działalności gospodarczej w spółkę prawa handlowego. A tym samym nie nastąpiła kontynuacja działalności firmy prowadzonej przez Pana S.B.

w ramach jdg przez sp.k., która otrzymała poszczególne składniki majątkowe w ramach aportu przedsiębiorstwa.

Definicja terminu „przedsiębiorstwo” obejmuje bardzo wiele składników, którymi są wyłącznie aktywa. Poza zakresem przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55¹ k.c. są zobowiązania i obciążenia związane z jego prowadzeniem. Znajduje to potwierdzenie

w jednolitej linii orzeczniczej. W postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 20.10.2011 r. IV CSK 53/11, LEX nr 1102657 wprost wskazano, że „zgodnie z art. 55¹ k.c. do składników przedsiębiorstwa nie zalicza się długów”. Przepisy prawa dopuszczają możliwość rozporządzenia przedsiębiorstwem. Ta kwestia została unormowana w art. 55² k.c. Stosownie do przywołanego przepisu „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”.

Zatem przedsiębiorstwo może zostać sprzedane lub wniesione aportem do spółki itd. Jeżeli jednak czynność prawna lub przepis szczególny nie wykluczą określonych składników materialnych lub niematerialnych z czynności mającej za przedmiot przedsiębiorstwo, dochodzi do rozporządzenia całym przedsiębiorstwem. W praktyce oznacza to tyle, że wykonawca, mimo że nadal funkcjonuje w obrocie prawnym nie ma składników, za pomocą których mógłby realizować zamówienie.

W orzecznictwie pojawiają się również zagadnienia dotyczące faktu, że wykonawca nie może powołać się na doświadczenie innego podmiotu trzeciego, jeżeli z pierwotnej oferty wykonawcy nie wynikał zamiar zaangażowania danego podmiotu. I tak, w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 23.10.2018 r., KIO 2083/18, LEX nr 2620596, czytamy: „Dokonując prounijnej wykładni art. 22a ust. 6 p.z.p. stwierdza się, że nie daje on prawa do zastąpienia przez wykonawcę, w celu wykazania warunku udziału w postępowaniu, jednego podmiotu trzeciego innym podmiotem trzecim, w sytuacji, gdy

z pierwotnej oferty wykonawcy nie wynikał zamiar zaangażowania tego drugiego podmiotu”.

Podkreślić należy, że wykonawca może zbyć swoje przedsiębiorstwo na etapie realizacji umowy. W wyniku zbycia przedsiębiorstwa na nabywcę przechodzą aktywa związane z tym przedsiębiorstwem, natomiast przy zbywcy pozostają długi związane

z funkcjonowaniem zbywanego przedsiębiorstwa. Wobec tego, że czynność prawna mająca za przedmiot przedsiębiorstwo obejmuje wyłącznie aktywa, a nie pasywa, to w wyniku rozporządzenia przedsiębiorstwem nie dojdzie do zmiany podmiotowej w sprawie zamówienia publicznego, tj. podmiot, który rozporządził swoim przedsiębiorstwem nadal pozostanie stroną umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Jednakże wraz ze zbyciem przedsiębiorstwa nastąpi rozporządzenie wierzytelnością o zapłatę wynikającą z umowy w sprawie zamówienia publicznego pod warunkiem,

że wierzytelność ta była związana ze zbytym przedsiębiorstwem. Mówiąc inaczej, mimo zbycia przedsiębiorstwa wykonawca nadal będzie zobowiązany do wykonania zobowiązania określonego umową o udzielenie zamówienia publicznego. Jednakże wykonawca, który rozporządził swoim przedsiębiorstwem nie ma już składników wchodzących w skład tego przedsiębiorstwa (maszyn, narzędzi, samochodów, nieruchomości itd.), za pomocą których może realizować zamówienie. Powyższe jest realną trudnością w wykonaniu zamówienia.

Należy jednak pamiętać o tym, że nabycie przedsiębiorstwa stanowi źródło solidarnej odpowiedzialności zbywcy i nabywcy i jest równoznaczne z przystąpieniem nabywcy do długów wynikających z zobowiązań związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa,

co w literaturze określane jest jako kumulatywne przystąpienie do długu. Czyli obok dotychczasowego dłużnika pojawia się dodatkowy podmiot ponoszący odpowiedzialność za realizację umowy.

Powyższe wynika z art. 55⁴ k.c., zgodnie z którym: *„Nabywca przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego jest odpowiedzialny solidarnie ze zbywcą za jego zobowiązania związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa lub gospodarstwa, chyba że w chwili nabycia nie wiedział o tych zobowiązaniach, mimo zachowania należytej staranności. Odpowiedzialność nabywcy ogranicza się do wartości nabytego przedsiębiorstwa lub gospodarstwa według stanu w chwili nabycia, a według cen w chwili zaspokojenia wierzyciela. Odpowiedzialności tej nie można bez zgody wierzyciela wyłączyć ani ograniczyć”*. Przedstawiona powyżej odpowiedzialność solidarna powstaje z mocy prawa, bez konieczności dokonywania jakiegokolwiek czynności prawnej. Tak więc, w wyniku nabycia przedsiębiorstwa, w stosunku zobowiązaniowym pojawiają się dwaj dłużnicy, z których jeden odpowiada osobiście bez ograniczenia (zbywca przedsiębiorstwa), a drugi (nabywca przedsiębiorstwa) również odpowiada osobiście, ale jego odpowiedzialność jest ograniczona do wartości nabytego przedsiębiorstwa.

Opisane powyżej przekształcenie stosunku zobowiązaniowego jest dopuszczalne na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych. Nie narusza ono bowiem wyrażonej w art. 17 ust. 2 ustawy p.z.p. zasady, zgodnie z którą: *„Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy”*. W tej konstrukcji wykonawca zamówienia publicznego nie zostaje zwolniony z wykonania zamówienia. Obok tego wykonawcy pojawia się jednak dodatkowy podmiot, solidarnie odpowiedzialny za wykonanie zamówienia. Dopuszczenie takiego rozwiązania zostało potwierdzone w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych z 2015 r. „Dopuszczalność zmiany wykonawcy zamówienia publicznego” na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy prawa zamówień publicznych, a opinia ta pozostaje aktualna w kontekście obecnie obowiązującej ustawy prawo zamówień publicznych.

Powyższa analiza zaistniałych w toku postępowania okoliczności dowodzi, że Pan S.B. na dzień dzisiejszy nie prowadzi już jdg, a dokonany przez Niego aport przedsiębiorstwa nie skutkuje z różnych względów przeniesieniem praw i obowiązków jdg do sp.k., ani też nie skutkuje następstwem prawnym w ramach sukcesji uniwersalnej, gdzie spółka komandytowa byłaby kontynuatorem dotychczas prowadzonej działalności gospodarczej.

Z uwagi na to, że Zamawiający wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu, a także w SWZ podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania wynikające z art. 108 ust 1 oraz art. 109 ust. 1 pkt 1 i 4 ustawy Pzp, to znaczy że z postępowania o udzielenie zamówienia wykluczy Wykonawcę, w stosunku do którego zajdzie którakolwiek z okoliczności, wynikających z powyższych przepisów, w tym m.in. z art. 109 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp tj. *„4) w stosunku do którego otwarto likwidację, ogłoszono upadłość, którego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, którego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury;”*

Za taką okoliczność należy uznać fakt zakończenia prowadzenia jdg wykonawcy z dniem 31 października 2023 r. i brak następstwa prawnego przez spółkę komandytową, która otrzymała wkład od Pana S.B. w postaci aportu zorganizowanej części przedsiębiorstwa.

Zamawiający, stosując zasadę zapewniającą zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców – art. 16 ustawy Pzp, a także wypełniając postanowienia wynikające z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, który mówi, że zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, nie może dopuścić

wprowadzenia do postępowania nowego wykonawcy tj. spółki komandytowej B Company S.B. Spółka komandytowa, który nie brał udziału w prowadzonym postępowaniu. Niedopuszczalne jest wstąpienie innego wykonawcy w miejsce wykonawcy biorącego udział w postępowaniu.

Ponad to zgodnie z art. 110 ust. 1 ustawy Pzp *"Wykonawca może zostać wykluczony przez zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia."*

Oferta wykonawcy przedstawiała najkorzystniejszy bilans kryteriów oceny ofert w postępowaniu, ale ze względu na działanie wykonawcy nie mogła zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Wykonawca w terminie związania ofertą, tj. od dnia 31.10.2023 r. zaprzestał wykonywania jdg, co miało kluczowe znaczenie w prowadzonym postępowaniu. Zamawiający nie mógł wybrać oferty wykonawcy Pana S.B., a był zmuszony do wykluczenia Jego oferty z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp ze względu na zaprzestanie wykonywania działalności gospodarczej. Wykonawca dokonał wykreślenia prowadzonej działalności z CEiDG w terminie związania ofertą, który upływał dnia 17.11.2023 r., tj. w terminie w którym zadeklarował (składając odpowiednie oświadczenia wraz z ofertą, a także w późniejszym terminie składając podmiotowe środki dowodowe), że spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu.

W związku z powyższym Zamawiający w dniu 13.11.2023 r. unieważnił własną czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 31.10.2023 r. oraz przystąpił do ponownego badania i oceny ofert w wyniku których publikuje niniejszą informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W pozostałym zakresie, w odwołaniu i stanowisku Zamawiającego prawidłowo odtworzono istotne elementy stanu faktycznego i nie zachodziła potrzeba ich powielania.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której złożył wniosek o jego odrzucenie na zasadzie art. 528 pkt. 2 ustawy Pzp albowiem odwołanie zostało wniesione przez podmiot nie będącą stroną postępowania przetargowego. Zamawiający ponowił argumentację przedstawioną w informacji o wyniku postępowania.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że złożone odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, tj. przez podmiot, który utracił status wykonawcy.

Krąg podmiotów uprawnionych do korzystania ze środków ochrony prawnej wyznacza przepis art. 505 ustawy Pzp, zaliczając do niego wykonawcę, uczestnika konkursu, a także inny podmiot, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp z tym zastrzeżeniem, że wobec ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia przysługują one również organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15 ustawy Pzp oraz Rzecznikowi Małych i Średnich Przedsiębiorców.

Uznać tym samym należy, że tylko podmioty wskazane w tym przepisie mogą zostać uznane za uprawnione do wniesienia odwołania, stąd *a contrario* podmioty niezaliczające się do tego kręgu muszą zostać uznane za nieuprawnione do wniesienia odwołania, a wniesione przez nie odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp.

Ze względu na użycie w treści przywołanego przepisu pojęcia „wykonawcy”, koniecznym jest sięgnięcie do definicji legalnej tego pojęcia umieszczonej w art. 7 pkt 30 ustawy Pzp – wykonawca to osoba fizyczna, prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Z przepisu ustawy Pzp wynika, że status wykonawcy wiąże się z czynnym uczestnictwem w kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia, czy też z realizacją samego zamówienia. Podobnie zresztą prezentowało się definiowanie powyższego pojęcia w ustawie Pzp 2004, zaś omawiana przesłanka odrzucenia odwołania nie uległa zmianie, zatem dorobek orzecznicy w tym zakresie pozostaje nadal aktualny.

W przedmiotowym postępowaniu nie ulega wątpliwości, że ofertę złożył wykonawca S.B., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą S.B.. Odwołanie natomiast złożył wykonawca B.C. z siedzibą w Ostrołęce. Wiadome są także okoliczności, które doprowadziły do takiego stanu rzeczy, mianowicie zawarcie umowy przeniesienia własności (aportu) przedsiębiorstwa prowadzonego przez osobę fizyczną do spółki komandytowej.

Zarówno Odwołujący, jaki i Zamawiający właściwie ustalili i kładą nacisk, że kwestią kluczową dla oceny prawidłowości działań postępowania jest ustalenie czy Odwołujący kontynuuje działalność gospodarczą prowadzoną dotychczas przez Pana S.B. i czy wobec tego można powstałą spółkę traktować dalej jako wykonawcę w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Dokonując analizy stanu prawnego i faktycznego, Izba uważa, że odpowiedź na tak postawione pytanie jest

negatywna.

Przepisy ustawy Pzp nie zawierają odrębnych przepisów regulujących kwestie przekształceń możliwych w ramach prowadzenia działalności gospodarczej w formach dopuszczalnych przepisami prawa. Stąd wniosek, że do zagadnienia tego zastosowanie znajdują inne przepisy, w tym przypadku przepisy kodeksu cywilnego i kodeksu spółek handlowych. Kontynuacja działalności gospodarczej, zachowanie jej ciągłości jest możliwe zarówno poprzez sukcesję syngularną, jak i uniwersalną.

Przekształceniem nazywamy proces pozwalający na zmianę formy prawnej prowadzonej działalności. Możliwa jest transformacja jednoosobowej działalności gospodarczej w spółki osobowe czy kapitałowe. Sam proces przekształcenia może przyjąć dwie różne postacie. Pierwszą jest zawiązanie nowej spółki i wniesienie do niej dotychczas prowadzonego przedsiębiorstwa lub jego części w formie aportu. Druga forma polega na zastosowaniu procedur wynikających z kodeksu spółek handlowych.

Pierwszy ze sposobów nie zapewnia jednak bezpośredniej ciągłości w działaniu przedsiębiorstwa w starej i nowej strukturze. Nie dochodzi do tak zwanej sukcesji uniwersalnej. Oznacza to również, że nowa spółka musi dokonać stosownych cesji zawartych wcześniej umów na nowy podmiot. „(...) obecnie coraz powszechniejszy staje się pogląd, że przy zbywaniu przedsiębiorstwa ma miejsce sukcesja singularna. Jednym z argumentów przemawiających na korzyść uznania zbycia przedsiębiorstwa za sukcesję singularną jest fakt braku charakterystycznego dla sukcesji uniwersalnej wstąpienia w całą sytuację prawną zbywcy” (*Przedsiębiorstwo jako aport do spółki – kilka uwag na temat wyceny i odpowiedzialności nabywcy* – A.M.). Ten skutek gwarantuje natomiast zastosowanie przekształcenia na podstawie procedur wynikających z kodeksu spółek handlowych.

Drugi ze sposobów, polegający na zastosowaniu regulacji kodeksu spółek handlowych, pozwala na przekształcenie spółki osobowej w spółkę kapitałową (art. 571 ksh i następne); przekształcenie spółki kapitałowej w spółkę osobową (art. 575 ksh i następne); przekształcenie spółki kapitałowej w inną spółkę kapitałową (art. 577 ksh i następne); przekształcenie spółki osobowej w inną spółkę osobową (art. 581 ksh i następne); przekształcenie przedsiębiorcy w spółkę kapitałową (art. 584¹ ksh i następne) oraz przekształcenie spółki cywilnej w spółkę kapitałową lub osobową, inną niż jawna (art. 551 ksh).

Atutem takich przekształceń, po spełnieniu szeregu warunków i dochowaniu procedur, jest to, że spółce przekształcanej przysługują z mocy prawa wszelkie prawa i obowiązki spółki przekształcanej. Dochodzi zatem do tak zwanej sukcesji generalnej, która zapewnia ciągłość między podmiotem dotychczasowym i nową spółką. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa „Obecnie powszechnie prezentowany jest pogląd, że przekształcenie spółki polega na zmianie jej formy prawnej przy zachowaniu ciągłości bytu prawnego, tj. praw i obowiązków oraz substratu ekonomicznego. Istnieje zatem tożsamość spółki przekształcanej i spółki przekształconej (zob. post. SN z 13.12.1991 r., OSNCP 1992, Nr 7–8, poz. 142; uchw. SN z 21.7.1992 r., OSNC 1993, Nr 1–2, poz. 16). Powyższa zasada zachowania tożsamości nie ma zastosowania w przypadku przekształcenia spółki cywilnej oraz przedsiębiorcy będącego osobą fizyczną wykonującą we własnym imieniu działalność gospodarczą w rozumieniu PrPrzed (przedsiębiorca przekształcany), a poprzednio w rozumieniu nieobowiązującej już SwobDziałGospU. Nie mamy bowiem wówczas do czynienia z przekształceniem podmiotu w podmiot, ale – odpowiednio – z uzyskaniem podmiotowości prawnej (przy przekształceniu w spółkę osobową) albo osobowości prawnej (przy przekształceniu w spółkę kapitałową)” - tak Komentarz do KSH J.B., dr M.B., dr G.N., prof. dr hab.Krzysztof Oplustil, R.P., dr A.R., dr hab. Marcin Spyra, dr hab.Grzegorz Suliński, dr M.T., M.W., prof. dr hab. Robert Zawłocki, 2024, wydanie 9.

W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo w informacji o wykluczeniu wskazał, że „Nie ma tutaj mowy o sukcesji uniwersalnej przewidzianej przepisami kodeksu spółek handlowych, bowiem nie nastąpiło przekształcenie jednoosobowej działalności gospodarczej w spółkę prawa handlowego. A tym samym nie nastąpiła kontynuacja działalności firmy prowadzonej przez Pana S.B. w ramach jdg przez sp.k., która otrzymała poszczególne składniki majątkowe w ramach aportu przedsiębiorstwa”. Innymi słowy, powstał zupełnie nowy podmiot prawa, w którym udział w postaci wniesienia składników majątkowych i niemajątkowych posiada Pan S.B.. Po stronie Odwołującego nie powstaje więc jakiegokolwiek uprawnienie zbycia aktywa w postaci „ekspektatywy zawarcia umowy” bowiem na gruncie przepisów prawa powszechnego, w tym przede wszystkim przepisów kodeksu spółek handlowych i prawa zamówień publicznych, nie jest on podmiotem, który brał udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, złożył ofertę, potwierdził spełnienie warunków udziału i może uzyskać zamówienie. Przez wybór wariantu przekształcenia powstał nowy podmiot, który historię gospodarczą tworzy na nowo. Podmiot ten nie może uzyskać zamówienia, o które się nie ubiegał.

Chybione jest stanowisko Odwołującego, że nie sam rodzaj sukcesji jest tutaj determinujący, a to jaki zakres praw zostaje finalnie przeniesiony. W przypadku prawa zamówień publicznych, to właśnie ustalenie do jakiego rodzaju przejścia praw i obowiązków doszło ma kluczowe znaczenie, bowiem ustawa kładzie nacisk na wybór podmiotu, który spełnia określone i zweryfikowane cechy, jak przykładowo posiadanie odpowiednich zasobów, środków finansowych, czy sprzętu. W doktrynie i orzecznictwie panuje jednolite stanowisko, zgodnie z którym wniesienie przedsiębiorstwa aportem

do nowo zawiązanej spółki powoduje powstanie nowego podmiotu, który nie przejmuje jednak automatycznie praw i obowiązków, jakie przysługiwały przedsiębiorcy wnoszącemu aport. Z tego powodu przedsiębiorca musi uzyskać zgodę każdego kontrahenta na przeniesienie praw i obowiązków. Potwierdzenie tego stanowiska zawiera sama umowa złożona przez Odwołującego. Z jej zapisów jasno wynika, że uzyskanie uprawnień leasingowych możliwe będzie po uzyskaniu odpowiedniej zgody właściwej instytucji. Owszem, wniesienie całego przedsiębiorstwa jako wkład niepieniężny do spółki osobowej jest rozwiązaniem korzystnym podatkowo dla przedsiębiorcy. Jednak na gruncie ustawy Pzp nie rodzi praw do uzyskania zamówienia, w sytuacji kiedy mamy do czynienia ze zmianą podmiotową Wykonawcy.

Dalej dostrzeżenia wymaga, iż Zamawiający nie wskazał, że jego zdaniem działalność Odwołującego jest kontynuowana. Odwołujący mylnie interpretuje stanowisko, w którym Zamawiający zauważył, że „*konstrukcja prawna zastosowana przez Pana S.B. jest jednym z dwóch prawnie funkcjonujących wariantów, które mogą doprowadzić do zmiany formy prowadzonej działalności*”. Zamawiający zmiany formy prowadzenia działalności nie poczytuje jako jej dalszej działalności. Zamawiający wyraża przekonanie, które Izba podziela, że istnieją dwa sposoby umożliwiające zmianę formy prowadzenia jednoosobowej działalności gospodarczej, czy to w spółkę osobową, czy spółkę kapitałową. Natomiast tylko jeden z tych wariantów prowadzi do sukcesji uniwersalnej, kiedy podmiot powstały po przekształceniu wstępuje w prawa i obowiązki podmiotu przekształcanego. Nie jest to jednak wariant, na którego zastosowanie zdecydował się Odwołujący. Na ocenę sytuacji nie wpływa także okoliczność, że umową przeniesienia aportu dokonano przeniesienia całości przedsiębiorstwa Wykonawcy, który złożył ofertę. Jednocześnie bowiem podmiot, który ubiegał się o zamówienie przestał istnieć w obrocie prawnym. Powstał natomiast nowy podmiot, którego częścią stało się dawne „przedsiębiorstwo” S.B..

Nawet jeżeli założyć, że Odwołujący właściwie liczy terminy, stosując zasady wynikające z kodeksu cywilnego, to stawia błędne wnioski z zastosowania tych zasad w przedmiotowym przypadku. Wykreślenie jednoosobowej działalności gospodarczej w dniu 31 października 2023 roku i rozpoczęcie działalności w formie spółki osobowej z dniem 1 listopada 2023 roku nie świadczy o ciągłości tej działalności. Okoliczność tę determinuje sam sposób, w jaki Odwołujący dokonał przekształcenia, a nie zachowana ciągłość czasowa. Innymi słowy, choć istnieje ciągłość czasowa, to z uwagi na wniesienie aportem posiadanych zasobów przez Pana S.B. do spółki komandytowej nie rodzi ciągłości rzeczowej. Charakter wpisów do rejestru działalności gospodarczej dla oceny sytuacji prawnej Odwołującego pozostaje bez znaczenia.

W ocenie Zamawiającego, którą Izba podziela, wykonawca nie rozróżnia kwestii związanych z wniesieniem aportu do spółki komandytowej, a dalszym prowadzeniem działalności gospodarczej z wykorzystaniem składników majątkowych wniesionych do spółki.

Na marginesie tylko Iza odniesie się do kwestii poruszonych przez Zamawiającego, który uważa, że wniesienia aportu dokonano nieprawidłowo. Sama umowa przeniesienia aportu zawarta została w dniu 27 listopada 2023 roku, a więc w momencie kiedy Pan S.B. prowadził działalność gospodarczą. Skutek tej umowy w postaci uzyskania własności przedsiębiorstwa przez spółkę Strony umowy ustaliły na dzień 1 listopada 2023 roku. Jednocześnie jednak w dniu 31 października 2023 roku Pan S.B. dokonał wykreślenia z właściwego rejestru prowadzonej działalności gospodarczej. Izba dostrzega jakie wątpliwości ze strony Zamawiającego rodzi taka sytuacja. Choć sama umowa zawarta została w momencie prowadzenia działalności gospodarczej, to już jej skutek w postaci wniesienia aportu nastąpił w momencie, kiedy podmiot prowadzenie działalności zaprzestał. Możliwe jest więc założenie, że z dniem 1 listopada 2023 roku majątek objęty aportem już nie istniał. Jednakże w ocenie Izby możliwe jest także przyjęcie, że majątek stał się częścią nowej spółki z momentem podpisania umowy a jedynie formalny skutek wyznaczono na dzień 1 listopada 2023 roku. Zatem wykreślenie z rejestru uczynione w dniu 31 października 2023 roku pozostawało bez wpływu na ważność samej umowy. Nie zmienia to jednak, zdaniem Izby, okoliczności najistotniejszej dla niniejszego sporu, mianowicie braku sukcesji generalnej praw i obowiązków po stronie nowej spółki.

W sprawie KIO 3027/21, którą przywołano w odwołaniu, Izba analizowała sytuację, czy możliwe jest powoływanie się na zasoby, które zostały przejęte w procedurze zbycia przedsiębiorstwa. Nie jest to sytuacja analogiczna do przedmiotowego postępowania. W tym postępowaniu nie podlega ocenie, czy dany wykonawca, choćby w ramach oceny spełniania warunków, czy dysponowania odpowiedni zasobem, może polegać na składnikach materialnych i niematerialnych, które przejęło przedsiębiorstwo. Warto także nadmienić, że wówczas jednoosobowa działalność gospodarcza ulegała przekształceniu w spółkę kapitałową (a więc odrębnie niż postąpił Odwołujący) i sporne było, czy miało miejsce przeniesienie przedsiębiorstwa w części istotnej dla potwierdzenia spełnienia warunku. W przedmiotowej sprawie istotne jest ustalenie, czy w ramach dokonanego przekształcenia powstał podmiot, który wstąpił w prawa i obowiązki podmiotu, który złożył Zamawiającemu ofertę, czy też powstał podmiot, który nie przejął w sensie prawnym zasobów wykonawcy, który złożył ofertę. Izba, za Zamawiającym, stoi na stanowisku, że z wejściem w prawa i obowiązki przekształcanego podmiotu nie mamy do czynienia. To, że w ramach zawartej umowy przeniesienia jako aport wniesiono całość składników materialnych i niematerialnych będących w posiadaniu przedsiębiorcy Pana S.B.

prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą S.B. Bruktim Usługi Budowlano-Projektowe, ma znaczenie drugorzędne, ponieważ takie przeniesienie na gruncie ustawy Pzp nie rodzi skutków prawnych.

Reasumując, odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp.

Mając na względzie powyższe, na podstawie art. 529 ust. 1, art. 553 zdanie drugie ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557 oraz art. 573 i następne ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 1 w zw. z § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 31.12.2020, poz. 2437), w przypadku odrzucenia odwołania Odwołującego obciąża się całością wniesionego wpisu, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania.

Postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym na podstawie art. 529 ust. 1 ustawy Pzp.

Przewodnicząca:

.....