

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 3 kwietnia 2012 roku

Sąd Okręgowy w Łodzi X Wydział Gospodarczy

w składzie:

Przewodnicząca SSO Marzena Eichstaedt (ref.)

Sędziowie: SO Krystyna Szereda SO Ryszard Badio

Protokolant st. sekr. sąd. Małgorzata Kowalska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 marca 2012 roku sprawy

ze skargi Konsorcjum firm: 1. „ALSTOM Power” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie,

2. „ALSTOM Boiler Deutschland” GmbH Mannheim Niemcy, z udziałem zamawiającego PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółki Akcyjnej

w Bełchatowie

oraz przystępującego po stronie zamawiającego:

Konsorcjum firm 1. „RAFAKO” Spółka Akcyjna w Raciborzu,

2. „POLIMEX-MOSTOSTAL” Spółki Akcyjnej w Warszawie,

3. „MOSTOSTAL Warszawa” Spółki Akcyjnej w Warszawie,

od postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie

z dnia 11 stycznia 2012 r., w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 2715/11

1. oddala skargę,

2. zasądza od skarżącego Konsorcjum, to jest solidarnie od: „ALSTOM Power” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i „ALSTOM Boiler Deutschland” GmbH Mannheim Niemcy na rzecz zamawiającego PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółki Akcyjnej w Bełchatowie kwotę 1.217 (jeden tysiąc dwieście siedemnaście) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania wywołanego wniesioną skargą,

3. zasądza od skarżącego Konsorcjum, to jest solidarnie od: „ALSTOM Power” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i „ALSTOM Boiler Deutschland” GmbH Mannheim Niemcy na rzecz przystępującego po stronie zamawiającego „RAFAKO” Spółki Akcyjnej w Raciborzu kwotę 1.217 (jeden tysiąc dwieście siedemnaście) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania wywołanego wniesioną skargą.

^rginalne właściwe podpisy
[zgodność świadczy:

st. sącbwy

UZASADNIENIE

Postanowieniem z dnia 11 stycznia 2012 roku Krajowa Izba Odwoławcza odrzuciła odwołanie wniesione przez Konsorcjum firm: ALSTOM Power Sp. z o.o. (lider), ALSTOM Boiler Deutschland GmbH (Niemcy) od rozstrzygnięcia zamawiającego PGE Elektrownia Opole S.A. protestu z dnia 25 listopada 2011 r. przy udziale Konsorcjum firm: RAFAKO S.A. (lider), POLIMEX - MOSTOSTAL S.A., MOSTOSTAL WARSZAWA S.A., zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, a kosztami postępowania obciążyła Konsorcjum firm: ALSTOM Power Sp. z o.o. (lider) i ALSTOM Boiler Deutschland GmbH (Niemcy).

Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż zamawiający: PGE Elektrownia Opole S.A. z siedzibą w Bełchatowie prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem w przedmiocie: „Budowa bloków energetycznych nr 5 i 6 w PGE Elektrowni Opole S.A.". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2009/S 179-257324 w dniu 17 września 2009 r. Postępowanie zostało wszczęte w dniu 15 września 2009 r. przez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej zamawiającego.

Zamawiający w dniu 17 listopada 2011 r. powiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Konsorcjum firm: RAFAKO S.A. w Raciborzu, POLIMEX - MOSTOSTAL S.A. w Warszawie, MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. w Warszawie. Zamawiający powiadomił także o odrzuceniu oferty złożonej przez Konsorcjum firm: ALSTOM Power Sp. z o.o. w Warszawie, ALSTOM Power Systems GmbH (Niemcy), uznając, iż treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Konsorcjum firm: ALSTOM Power Sp. z o.o., ALSTOM Power Systems GmbH (zwane dalej jako „Konsorcjum ALSTOM”) wniosło protest wobec powyższych czynności zamawiającego.

Konsorcjum: RAFAKO SA, POLIMEX-MOSTOSTAL S.A., MOSTOSTAL Warszawa S.A. w dniu 1 grudnia 2011 r. zgłosiło przystąpienie do postępowania

wszczętego na skutek wniesienia protestu.

Zamawiający w dniu 8 grudnia 2011 r. oddalił protest w całości, jako niezasadny.

Konsorcjum: ALSTOM Power Sp. z o.o., ALSTOM Boiler Deutschland GmbH, ze wskazaniem, że podmiot „ALSTOM Boiler Deutschland GmbH” jest członkiem konsorcjum -dawniej ALSTOM Power Systems GmbH, wniosło odwołanie, podtrzymując wszystkie zarzuty i żądania zawarte w proteście.

Odwolujący wyjaśnił w odwołaniu, iż w dniu 30 listopada 2011 r. doszło do zmiany podmiotowej w ramach Konsorcjum ALSTOM będącego uczestnikiem postępowania o zamówienie. We wskazanym dniu część przedsiębiorstwa „ALSTOM Power Systems” GmbH, w tym całość działalności związanej z kotłami (bojlerami), została skutecznie wydzielona z tej spółki i przeniesiona, zgodnie z § 131 niemieckiej ustawy o przekształceniach, na spółkę „ALSTOM Boiler Deutschland” GmbH, a w związku z powyższym doszło do sukcesji generalnej wszelkich praw i obowiązków z „ALSTOM Power Systems” GmbH na „ALSTOM Boiler Deutschland” GmbH w zakresie całości działalności związanej z kotłami (bojlerami), w co wchodzi również udział w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Na dowód powyższego odwołujący złożył: potwierdzony notarialnie wyciąg z niemieckiego rejestru handlowego wraz z tłumaczeniem przysięgłym na język polski (Załącznik nr 5 do odwołania) oraz zaświadczenie notarialne, zgodne z § 21 Federalnego Kodeksu Notarialnego wraz z tłumaczeniem przysięgłym na język polski, potwierdzające, zdaniem odwołującego, wystąpienie sukcesji generalnej.

W dniu 5 stycznia 2012 r. Konsorcjum: RAFAKO S.A., POLIMEX-

MOSTOSTAL SA, MOSTOSTAL Warszawa S.A. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 Pzp, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony, przy czym do rozpoznania odwołania zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia postępowania (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.).

Izba postanowiła dopuścić przystępującego Konsorcjum: RAFAKO SA, POLIMEX-MOSTOSTAL SA, MOSTOSTAL Warszawa S.A. do udziału w

postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. Izba uznała, że przystępujący skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego wykazując interes prawny w przystąpieniu po stronie zamawiającego, zgodnie z art. 184 ust. 4 Pzp.

Jak wynika z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, w tym z treści oferty złożonej przez Konsorcjum ALSTOM, w skład konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia wchodzi dwóch wykonawców, tj. ALSTOM Power Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (lider konsorcjum) oraz ALSTOM Power Systems GmbH (członek konsorcjum) z siedzibą w Mannheim (Niemcy).

W dniu 19 grudnia 2011 r. zostało wniesione odwołanie przez wykonawców działających w ramach konsorcjum: ALSTOM Power Sp. z o.o. (lider konsorcjum) oraz ALSTOM Boiler Deutschland GmbH. W treści odwołania wskazano, że spółka ALSTOM Boiler Deutschland GmbH jest członkiem konsorcjum - „dawniej ALSTOM Power Systems GmbH”.

Do odwołania załączono pełnomocnictwo z dnia 16 grudnia 2011 r. udzielone przez „ALSTOM Boiler Deutschland” GmbH Andrzejowi Olszewskiemu i Wojciechowi Kocotowi, którzy podpisali odwołanie. W treści pełnomocnictwa wskazano, że „ALSTOM Boiler Deutschland” GmbH występuje w przedmiotowym postępowaniu „jako członek konsorcjum złożonego z firm: 1) „ALSTOM Power” Sp. z o.o. (lider konsorcjum) i 2) „ALSTOM Boiler Deutschland” GmbH (członek konsorcjum, dawniej „ALSTOM Power Systems” GmbH)”. Załączono także pełnomocnictwo z dnia 18 listopada 2011 r. udzielone przez „ALSTOM Power” Sp. z o.o. p. Andrzejowi Olszewskiemu i Wojciechowi Kocotowi, w treści którego wskazano, że „ALSTOM Power” Sp. z o.o. występuje w przedmiotowym postępowaniu „jako lider konsorcjum złożonego z firm: 1) „ALSTOM Power” Sp. z o.o. (lider konsorcjum) i 2) „ALSTOM Power Systems” GmbH (członek konsorcjum)”.

Ponadto, wraz z odwołaniem wykonawcy złożyli dokument z dnia 16 grudnia 2011 r. „Poświadczenie na podst. § 21 Federalnego Kodeksu Notarialnego (BnotO)” z tłumaczeniem uwierzytelnionym z języka niemieckiego, potwierdzający wpis w Rejestrze Handlowym B Sądu Rejonowego w Mannheimie, według stanu na dzień 1 grudnia 2011 r., pod nr HRB 700006, spółki „ALSTOM Boiler Deutschland” GmbH. Z powyższego dokumentu wynika, że Spółka działa na podstawie umowy spółki z dnia 13 kwietnia 1965 r., zmienionej ostatnio uchwałą z dnia 24 listopada 2011 r. W pkt 6

lit. b tego dokumentu wskazano także, że spółka „ALSTOM Power Systems” GmbH z siedzibą w Mannheimie wyodrębniła ze swego majątku w drodze wydzielania stosownie do umowy o podziale i przejęciu z 24 listopada 2011 r. oraz uchwał zgromadzeń wspólników podmiotów prawnych uczestniczących w tej czynności z 24 listopada 2011 r. prowadzoną przez nią z zakładu w Stuttgarcie „działalność boilerową” (Business Units 3917 oraz 4295) na Spółkę (przejmujący podmiot prawny) (wydzielone w celu włączenia), z adnotacją „Odsyła się do dokumentów złożonych w sądzie.” W pkt 7 lit. a ww. poświadczenia wskazana została „data ostatniego wpisu: 30.11.2011 r.”

Do odwołania załączono także „Zaświadczenie stosownie do § 21 Federalnego Kodeksu Notarialnego (BnotO)” z dnia 9 grudnia 2011 r. wraz z tłumaczeniem uwierzytelnionym z języka niemieckiego, poświadczające na podstawie wglądu do Rejestru Handlowego Sądu Rejonowego w Mannheim z dnia 30 listopada 2011 r., że „ALSTOM Power Systems” GmbH jako przenoszący podmiot prawny wyodrębnił ze swego majątku w drodze wydzielania stosownie do umowy o podziale i przejęciu z 24 listopada 2011 r. prowadzoną przez niego z zakładu w Stuttgarcie „działalność boilerową” na spółkę „ALSTOM Boiler Deutschland” GmbH

jako przejmujący podmiot prawny (wydzielenie w celu włączenia). Dnia 30 listopada 2011 r. podział został wpisany do rejestru obu spółek i tym samym stał się skutecznym. W dokumencie tym stwierdzono także, że „Stosownie do § 131 niemieckiej ustawy o przekształceniach (UmwG) wraz z wpisem podziału do rejestru handlowego prowadzonego dla przenoszącego podmiotu prawnego wydzielona część majątku jako całość stosownie do przewidzianego w umowie o podziale sposobu podziału przechodzi wraz ze wszystkimi aktywami i pasywami na przejmujący podmiot prawny jako następcę prawnego.”

W oparciu o treść powyższych dokumentów Izba stwierdziła, że do odwołania nie zostały załączone dokumenty potwierdzające, że podmiot „ALSTOM Boiler Deutschland” GmbH - wskazany w odwołaniu jako jeden z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia w ramach konsorcjum ALSTOM - jest następcą prawnym podmiotu „ALSTOM Power Systems” GmbH w zakresie wszelkich praw i zobowiązań wynikających z udziału w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne, w tym - wynikających ze złożenia w tym postępowaniu oferty. W szczególności, Izba zważyła, że załączone do odwołania dokumenty jednoznacznie potwierdzają, że przedmiotem przeniesienia pomiędzy

wskazanymi powyżej podmiotami była wydzielona ze spółki „ALSTOM Power Systems” GmbH „część majątku jako całość stosownie do przewidzianego w umowie o podziale sposobu podziału przechodzi wraz ze wszystkimi aktywami i pasywami [...] określona jako „działalność boilerową”. Załączone do odwołania dokumenty nie zawierają wyjaśnień zakresu ww. działalności, określonej jako „boilerową” lub „kotłową”. Ponadto, dokumenty te zawierają wprost odesłanie do „umowy o podziale” wskazując, że „wydzielona część majątku jako całość stosownie do przewidzianego w umowie o podziale sposobu podziału” przechodzi na następcę prawnego. Na podstawie złożonych dokumentów nie sposób zatem stwierdzić jednoznacznie jaka część majątku i związanych z nim aktywów i pasywów została przeniesiona ze spółki „ALSTOM Power Systems” GmbH na spółkę „ALSTOM Boiler Deutschland” GmbH. Załączone do odwołania dokumenty nie potwierdzają tym samym, że podmiot „ALSTOM Boiler Deutschland” GmbH może być uznany za następcę prawnego spółki „ALSTOM Power Systems” GmbH w zakresie praw i zobowiązań wynikających ze stosunku prawnego łączącego ten podmiot z zamawiającym prowadzącym przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. O ile sukcesja generalna (ogólna) stanowi przeniesienie wszystkich praw i zobowiązań danego podmiotu na inny podmiot, to sukcesja częściowa (i w tym zakresie uniwersalna) przenosi tylko te prawa i obowiązki spółki dzielonej, stanowiące część jej majątku, które wyraźnie zostały określone w planie podziału (umowie o podział), a w związku z powyższym przeniesienie określonych praw i zobowiązań wymaga wyraźnego przypisania ich następcy prawnemu. Brak przypisania określonych praw i zobowiązań w umowie o podział do podmiotu dzielonego lub podmiotu będącego następcą prawnym oznacza, że w przypadku gdy następuje wydzielenie części majątku z podmiotu dzielonego, to prawa te (wyraźnie nie określone) pozostają przy podmiocie dzielonym. Jak wynika z załączonych do odwołania omówionych wyżej dokumentów, w analizowanym stanie faktycznym przeniesienie części majątku spółki „ALSTOM Power Systems” GmbH do spółki „ALSTOM Boiler Deutschland” GmbH nastąpiło w wyniku „wydzielenia” części majątku ze spółki „ALSTOM Power Systems” GmbH, a zakres praw i zobowiązań przeniesionych na spółkę „ALSTOM Boiler Deutschland” GmbH wynika z umowy o podział. Tymczasem, jak wynika z treści „Umowy podziału i przejęcia pomiędzy ALSTOM Power Systems GmbH a ALSTOM Boiler Deutschland GmbH” z dnia 24.11.2011 r., której kopię przedłożył do akt sprawy zamawiający, umowa ta nie określa wprost przeniesienia praw i

zobowiązań związanych z udziałem spółki „ALSTOM Power Systems” GmbH w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na spółkę „ALSTOM Boiler Deutschland” GmbH. Stosownie do postanowień Umowy (§ 2 ust. 1 i 2), wydzielenie celem przejęcia pomiędzy spółkami nastąpiło w trybie § 123 ust. 2 pkt 1 ustawy o przekształceniach spółek, według prawa niemieckiego. Podziałem zostały objęte wszystkie istniejące i zgodne z Bilansem Wydzielenia przyporządkowane „działalności kotłowej /pionowi kotłowemu” aktywa i pasywa spółki „ALSTOM Power Systems” GmbH oraz przynależne stosunki prawne, w szczególności stosunki umowne z osobami trzecimi, wraz ze wszystkimi prawami i obowiązkami na spółkę „ALSTOM Boiler Deutschland” GmbH (Bilans Wydzielenia został sporządzony na dzień 31 marca 2011 r.). Z § 2 ust. 5 Umowy wynika, iż w razie wątpliwości, które nie dadzą się wyjaśnić nawet w ramach wykładni niniejszej umowy, obowiązuje zasada, że składniki majątkowe, zobowiązania, umowy i pozycje prawne, których nie da się przyporządkować stosując zasady określone w umowie - pozostają w spółce przenoszonej.

Biorąc pod uwagę powyższe, wobec braku wykazania przez odwołującego, że

stosunki prawne, wynikające z udziału Konsorcjum ALSTOM w przedmiotowym postępowaniu (zamówienie w przedmiocie: „Budowa bloków energetycznych nr 5 i 6 w PGE Elektrowni Opolo S.A.”) należy przyporządkować działalności kotłowej /pion kotłowy/, która była przedmiotem przeniesienia ze spółki „ALSTOM Power Systems” GmbH na spółkę „ALSTOM Boiler Deutschland GmbH” Izba uznała, że odwołujący nie wykazał tym samym, iż powyższe prawa i zobowiązania nie pozostały przy spółce „ALSTOM Power Systems” GmbH, która zgodnie z wpisem do Rejestru Handlowego B Sądu Rejonowego Mannheim (wydruk według stanu danych z dnia 27 grudnia 2011 r., złożony do akt sprawy przez zamawiającego) nadal prowadzi działalność gospodarczą, przy czym przedmiot przedsiębiorstwa nie uległ zmianie. W wierszu nr 32 rubryka 6 lit b (inne powiązania prawne) widnieje wpis „Ta spółka (przenoszący podmiot prawa) w trybie wydzielienia stosownie do Umowy podziału i przejęcia z dnia 24.11.2011 r. i uchwał zgromadzeń uczestniczących podmiotów prawa z 24.11.2011 r. przeniosła prowadzoną przez nią działalność kotłową/pion kotłowy/ jednostki biznesowe /Business Units 3917 i 4295) na spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością „ALSTOM Boiler Deutschland GmbH” Mannheim /Amtsgericht Mannheim HRB 700006) (Wydzielenie celem przejęcia). Odsyła się do dokumentów złożonych w sądzie.”

Uwzględniając powyższe Izba odrzuciła odwołanie na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 Pzp, uznając, iż na etapie wniesienia odwołania nie została wykazana tożsamość podmiotowa wykonawcy, który bierze udział w przedmiotowym postępowaniu (vide: wyrok SN z dnia 13 stycznia 2004 r. sygn. akt V CK 97/03). O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Od wskazanego postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych skargę złożyło konsorcjum Alstom Power spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i Alstom Boiler Deutschland GmbH w Mannheim. Skarżący zaskarżyli postanowienie w całości. Zaskarżonemu postanowieniu zarzucili:

- 1) naruszenie art. 187 ust. 4 pkt 3) PZP poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, a w konsekwencji uznanie, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, gdy w rzeczywistości odwołanie wniósł następca prawny spółki „ALSTOM Power Systems” GmbH pod tytułem ogólnym, czyli spółka „ALSTOM Boiler Deutschland” GmbH;
- 2) naruszenie art. 188 ust. 2 PZP i art. 188 ust. 4 PZP, poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie przeprowadzenia, pomimo zasadniczych rozbieżności w stanowiskach i twierdzeniach stron dotyczących treści i praktyki stosowania prawa obcego, dowodu z urzędu, polegającego na powołaniu biegłego celem ustalenia treści prawa niemieckiego, a zwłaszcza § 123 ust. 2 pkt. 1¹ i § 131 ust. 1 pkt. 1² niemieckiej ustawy o przekształceniach (UmwG), art. 133³ niemieckiego kodeksu cywilnego (BGB) i stanowiska doktryny jak też praktyki sądów niemieckich, z uwagi na konieczność zastosowania przepisów prawa niemieckiego - jako wyłącznie właściwego - dla oceny skutków prawnych wydzielienia i przejęcia części spółki „ALSTOM Power Systems” GmbH na rzecz spółki „ALSTOM Boiler Deutschland” GmbH, w następstwie którego doszło do sukcesji uniwersalnej;
- 3) naruszenie art. 188 ust. 7 PZP poprzez brak wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności:
 - a) pozbawienie mocy dowodowej Zaświadczenia notariusza niemieckiego z dnia 9 grudnia 2011 r. złożonego stosownie do § 21 Federalnego Kodeksu Notarialnego,
 - b) błędną wykładnię Umowy Podziału i Przejęcia z 24 listopada 2011 r., a zwłaszcza pominięcie normatywnego znaczenia klauzuli generalnej (tzw. klauzula „catch all clause”) zawartej w Części B, art. 1, § 2, ust. 3 pkt. 1 umowy, na mocy której przedmiotem wydzielienia i przejęcia były wszelkie prawa i obowiązki, nawet nie egzemplifikowane wprost w umowie, co jest cechą właściwą sukcesji uniwersalnej
- 4) naruszenie § 123 ust. 2 pkt. 1 i § 131 ust. 1 pkt 1 niemieckiej ustawy o przekształceniach (UmwG) w związku z art. 17 ust 1 PPM i 17 ust 3 pkt 1) PPM poprzez ich niezastosowanie i niedokonanie oceny skutków prawnych wydzielienia zakładu boilerowego (kotłowego) w Stuttgarcie spółki „ALSTOM

Power Systems" GmbH i przeniesienia go na rzecz spółki „ALSTOM Boiler Deutschland" GmbH na gruncie prawa niemieckiego, w ramach sukcesji uniwersalnej, obejmującej w szczególności prawa i obowiązki wynikające z ostatecznej oferty z dnia 1 sierpnia 2011 r. złożonej w ramach Postępowania;

5) naruszenie art. 133 niemieckiego kodeksu cywilnego (BGB) w zw. z art. 4 ust. 4 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 593/2008 z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I) (Dz.U.UE.L.08.177.6) i w zw. z art. 28 ust. 1 PPM i zw. z art. 17 ust 1 PPM i 17 ust 3 pkt 1) PPM, jak też w zw. z Częścią B, art. 1, § 2; Częścią B, art. 1, § 2, ust. 3 pkt 1; Częścią B, art. 1 § 2, ust. 4; Częścią B, art. 1 § 2, ust. 5 Umowy Podziału i Przekształcenia, poprzez ich niezastosowanie podczas dokonywania wykładni Umowy Podziału i Przejęcia i w konsekwencji:

a) błędne przyjęcie, że „ALSTOM Boiler Deutschland" GmbH nie może być uznany za następcę prawnego spółki „ALSTOM Power Systems" GmbH w zakresie praw i obowiązków związanych z Postępowaniem, a zwłaszcza złożoną ofertą ostateczną z dnia 11 sierpnia 2011 r., gdy tymczasem w świetle Umowy Podziału i Przejęcia oraz przepisów prawa niemieckiego (przywołanych w zarzutach) oczywistym jest, iż umowa obejmowała także prawa i obowiązki - wynikające ze złożonej oferty - z uwagi na sukcesję uniwersalną;

b) błędne przyjęcie, że doszło do przeniesienia ze spółki „ALSTOM Power Systems" GmbH na spółkę „ALSTOM Boiler Deutschland" GmbH wyłącznie tych składników, które zostały *expressis verbis* wymienione w Umowie Podziału i Przejęcia, gdy tymczasem jest to sprzeczne z istotą sukcesji uniwersalnej, a

dotatkowo w umowie w Części B, art. 1, § 2, ust. 3 pkt. 1 zawarto klauzulę generalną (tzw. klauzula „catch all clause"), na mocy której na spółkę „ALSTOM Boiler Deutschland" GmbH przechodzą wszystkie składniki związane z działalnością boilerową (kotłową), nawet jeżeli nie zostały one wprost wymienione;

c) błędne przyjęcie, iż istnieją podstawy dla zastosowania Części B, art. 1, § 2, ust. 4 Umowy (błędnie określonego w uzasadnieniu jako ust. 5, s. 7 uzasadnienia), kreującego zasadę, że w przypadku wątpliwości, czy dane składniki majątku przeszły na spółkę przejmującą należy stosować zasadę pozostawiania tych składników przy spółce przenoszącej, podczas gdy Umowa Przejęcia i Podziału w Części B, art. 1, § 2, ust. 3 pkt. 1 zawiera klauzulę generalną („catch all clause"), która nie stwarza w ogóle podstaw dla zastosowania tej normy kolizyjnej (Części B, art. 1, § 2, ust. 4 Umowy), bowiem przedmiotem przejęcia i wydzielenia nie były tylko składniki wprost w niej wymienione, lecz wszelkie, związane z działalnością boilerową (kotłową);

d) pominięcie istnienia zasady prawa niemieckiego, potwierdzonej nie tylko brzmieniem przywołanych w zarzutach przepisów, tekstem Umowy Podziału i Przejęcia, ale także wyrokami: Sądu Federalnego z 8 października 2003 r., XII ZR 55/02, numer brzegowy nr 281 Sądu Federalnego z 25 stycznia 2008 r., V ZR 79/07, numer brzegowy nr 14 i Sądu Federalnego, Bundesgerichtshof, z 18 maja 2011 r., V ZR 353/99, zgodnie z którą w razie wątpliwości co do objęcia składników majątku, jak również praw i obowiązków podlegających przeniesieniu na podstawie Umowy Podziału i Przejęcia, należy poczytywać - z uwagi na rozporządzenie w ramach sukcesji uniwersalnej, a nie syngularnej, że doszło również do przeniesienia praw i obowiązków „ALSTOM Power Systems" GmbH na spółkę „ALSTOM Boiler Deutschland" GmbH związanych z udziałem w Postępowaniu, które nie zostały wprost wymienione w Umowie Podziału i Przeniesienia.

W konkluzji skarżący wnieśli stosownie do art. 198 PZP o uchylenie postanowienia w całości, a ewentualnie, na wypadek nie uwzględnienia tego wniosku o zmianę zaskarżonego Postanowienia i wydanie wyroku zgodnie z żądaniem odwołania, tj. nakazanie Zamawiającemu:

a. unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 17 listopada 2011 r. polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty ostatecznej złożonej w Postępowaniu przez

konsorcjum składające się z firm: 1) „RAFAKO" S.A. z siedzibą w Raciborzu, 2) „POLIMEX-MOSTOSTAL" S.A. z siedzibą w Warszawie oraz 3) „MOSTOSTAL Warszawa" S.A. z siedzibą w Warszawie;

- b. unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 17 listopada 2011 r. polegającej na odrzuceniu oferty Konsorcjum ALSTOM złożonej w Postępowaniu;
- c. przywrócenie Konsorcjum ALSTOM do Postępowania;
- d. unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 17 listopada 2011 r. polegającej na uznaniu za nieważną czynność dokonania przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3) PZP poprawek w treści oferty ostatecznej Konsorcjum ALSTOM;
- e. dokonanie ponownej oceny ważnych ofert ostatecznych złożonych w Postępowaniu;
- f. dokonanie wyboru oferty ostatecznej złożonej przez Konsorcjum ALSTOM jako najkorzystniejszej.

Skarżący wnieśli także o dopuszczenie dowodów między innymi z dokumentów, które nie były przedmiotem badania przez Krajową Izbę Odwoławczą w postaci oświadczeń Alstom Power Systems GmbH i Alstom Boiler Deutschland GmbH oraz opinii prawnych, raportu i pisma Deloitte & Touche GmbH, a także zeznań świadków.

W uzasadnieniu skargi skarżący nadto podnieśli, iż w ich ocenie ciężar udowodnienia faktu braku następstwa prawnego w zakresie praw i obowiązków ze złożoną ofertą, wbrew temu co przyjęła KIO, obciąża zamawiającego oraz interwenienta ubocznego, którzy podnoszą brak sukcesji uniwersalnej.

Zdaniem skarżącego, wskutek sukcesji, która miała miejsce interes zamawiającego jest dodatkowo wzmocniony, z uwagi na solidarną odpowiedzialność Alstom Power Systems GmbH i Alstom Boiler Deutschland.

W odpowiedzi na skargę zamawiający PGE Elektrownia Opole S.A. wniósł o odrzucenie skargi na posiedzeniu niejawnym, jako złożonej po terminie przewidzianym w art. 195 ust. 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, a ewentualnie o oddalenie skargi, jako niezasadnej oraz o zasądzenie od skarżących na rzecz interwenientów kosztów postępowania według norm przepisanych w stawce maksymalnej.

Zamawiający w pierwszej kolejności wywiódł, iż w aktualnie obowiązującym przepisie art. 198b ust. 2 pzp skargę wnosi się za pośrednictwem Prezesa Izby w

terminie 7 dni od dnia doręczenia orzeczenia Izby, przesyłając jednocześnie jej odpis przeciwnikowi skargi. Złożenie skargi w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jej wniesieniem. Jednakże na mocy art. 4 ust. 1 ustawy nowelizującej do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizującej oraz protestów, odwołań i skarg dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe. Zgodnie zaś z art. 195 ust. 2 pzp skargę wnosi się za pośrednictwem Prezesa Urzędu w terminie 7 dni od dnia doręczenia orzeczenia Izby, przesyłając jednocześnie jej odpis przeciwnikowi skargi. Wskazany przepis w brzmieniu mającym zastosowanie w sprawie nie przewidywał wnoszenia skargi w placówce pocztowej jako równoznaczne z wniesieniem skargi. W sprawie zaś postanowienie KIO zostało doręczone skarżącemu w dniu 20 stycznia 2012 roku, a skarga została nadana pocztą do Prezesa KIO w dniu 27 stycznia 2012r. i wpłynęła do niego w dniu 30 stycznia 2012 roku, a zatem po upływie 7 dniowego terminu.

Zamawiający podniósł także, iż wnioski dowodowe zawarte w skardze podlegają pominięciu na mocy art. 381 k.p.c. w zw. z art. 194 ust. 2 pzp. Przepis art. 381 k.p.c. znajduje bowiem w sprawie odpowiednie zastosowanie, zgodnie z którym co do zasady sąd II instancji pomija nowe fakty lub dowody, jeżeli strona mogła je powołać w postępowaniu przed sądem I instancji. Zamawiający wskazał także, iż ciężar dowodu w zakresie następstwa prawnego skarżącego ciążył na skarżącym, jako podmiocie wywodzącym z tego faktu skutki prawne.

Zamawiający wskazał, iż postanowienie KIO jest prawidłowe, bowiem skarżący nie wykazał, iż spółka Alstom Boiler wstąpiła w prawa i obowiązki Alstom Power związane z udziałem w niniejszym postępowaniu.

sprawie pismem z dnia 16 lutego 2012 roku na podstawie art. 479⁶ k.p.c. podniosła, iż Krajowa Izba Odwoławcza błędnie oceniła przekształcenie po stronie skarżącego. Miało ono bowiem charakter sukcesji generalnej częściowej (z zachowaniem dzielonego podmiotu) i pełnej (z uwagi na wolę stron czynności prawnej) w zakresie praw i obowiązków. Uznać zatem należy, iż orzeczenie KIO pozbawiło skarżącego możliwości merytorycznego rozpoznania odwołania poprzez błędne przyjęcie, iż odwołanie złożył podmiot nieuprawniony.

Interwenienci uboczni - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Rafko S.A. w Raciborzu, Polimex-Mostostal S.A. w Warszawie i Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie wnieśli o odrzucenie skargi jako wniesionej po upływie przepisanego terminu, odrzucenie skargi, jako niedopuszczalnej z uwagi na wniesienie jej przez podmiot nieuprawniony, nie posiadający legitymacji procesowej czynnej, gdyż Alstom Boiler Deutschland nie jest wykonawcą w rozumieniu art. 179 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 11 Prawa zamówień publicznych, odrzucenie skargi jako niedopuszczalnej z uwagi na niewyczerpanie przez Alstom Boiler Deutschland obligatoryjnego postępowania prejurysdykcyjnego, to jest postępowania toczącego się w wyniku wniesienia procesu i zasądzenie od skarżących na rzecz interwenientów kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego. Na wypadek nie uwzględnienia wniosku o odrzucenie skargi wnieśli o jej oddalenie i zasądzenie kosztów postępowania.

W uzasadnieniu skargi podnieśli, iż nie zostało ograniczone prawo skarżących do ustosunkowania się do wniosków zgłoszonych przez zamawiającego i interwenientów w czasie posiedzenia przez KIO. W czasie tego posiedzenia pełnomocnicy skarżących nie wnosili o dopuszczenie dowodów z przesłuchania świadków, opinii biegłego, czy też o odroczenie posiedzenia. W sprawie nie zaszyły także okoliczności, które powodowałyby konieczność przeprowadzenia przez KIO dowodów z urzędu.

Interwenienci wnosząc o odrzucenie skargi, wywiedli podobnie jak zamawiający, iż skarga poprzez nadanie jej pocztą nie została wniesiona w terminie. W ich ocenie skarga na mocy art. 195 ust. 2 pzp w brzmieniu mającym w sprawie zastosowanie winna być złożona w terminie 7 dni do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W ich ocenie skarga podlega odrzuceniu także z uwagi na to, iż skarżący nie są wykonawcą w rozumieniu art. 179 ust. 1 pzp. Status wykonawcy powiązany jest bowiem ze złożeniem oferty, a Alstom Boiler Deutschland GmbH nie składał oferty oraz nie podlegał rygorom postępowania o udzielenie zamówienia.

Zdaniem interwenientów powodem dla odrzucenia skargi jest także czasowa jej niedopuszczalność z uwagi na to, że skarżący nie wyczerpał trybu protestacyjnego. Środki ochrony prawnej są ze sobą powiązane. Złożenie protestu jest warunkiem sine qua non możliwości skutecznego wniesienia odwołania. Ponadto, sprzeczne z istotą prawa zamówień publicznych jest to, aby podmiot nie poddany procedurze

warunkującej udział w dany postępowaniu uzyskał w toku postępowania ze środka odwoławczego werdykt nakazujący zamawiającemu wybór jego oferty. Niedopuszczalna jest zatem zmiana podmiotów po stronie uczestników postępowania na etapie środków ochrony prawnej. Wyjątkiem jest sytuacja pełnej sukcesji uniwersalnej, która w sprawie nie miała miejsca. Naruszeniem prawa zamówień publicznych jest nakazanie badanie oferty podmiotu, który nie podlegał sprawdzeniu, czy spełnia warunki udziału w postępowaniu, (art. 7 ust. 3 pzp, art. 24 ust. 1 pkt 10 pzp).

W kolejnych pismach procesowych skarżący oraz pozostali uczestnicy postępowania podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska w sprawie.

Sąd Okręgowy - Sąd Gospodarczy w Łodzi zważył:

Skarga jest niezasadna.

W pierwszej kolejności Sąd Okręgowy zauważa, iż wbrew twierdzeniom zamawiającego oraz interwenientów skarga nie została wniesiona po terminie i z tej przyczyny nie może zostać odrzucona. Nie budzi sporu, iż w sprawie zastosowanie mają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym w

dniu wszczęcia postępowania (Dz.U. z 2007r., nr 223, poz. 1655 - tekst jednolity ze zm., zwaną dalej jako „pzp”). Kwestię terminu do wniesienia skargi w sprawie reguluje art. 195 ust. 2 pzp stanowiąc, iż skargę wnosi się za pośrednictwem Prezesa Urzędu w terminie 7 dni od dnia doręczenia orzeczenia Izby, przesyłając jednocześnie jej odpis przeciwnikowi skargi. Rzeczywiście jest tak, iż dopiero w wyniku nowelizacji Prawa zamówień publicznych ustawą z dnia 2 grudnia 2009 roku obowiązującej od 29 stycznia 2010 roku dodano, iż „złożenie skargi w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jej wniesieniem” (art. 198b ust. 2 pzp). Wbrew jednak twierdzeniom zamawiającego i interwenientów dodanie tego postanowienia nie powoduje, iż wcześniej nie było możliwe terminowe wniesienie skargi za pośrednictwem poczty. Decydująca jest wtedy data nadania skargi na pocztę, a nie jej wpłynięcie do Prezesa Urzędu.

W ocenie Sąd Okręgowy dopuszczalne było nadanie skargi na pocztę i decydująca o terminie jej wniesienia jest data nadania w placówce pocztowej. Potwierdza to dotychczasowa praktyka na gruncie art. 195 ust. 2 pzp, która

dopuszczała taką możliwość. Praktyka ta znajdowała swoje uzasadnienie w art. 165 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. w zw. z art. 194 ust. 2 pzp. Na mocy art. 194 ust. 2 pzp do postępowania ze skargi stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o apelacji. Stosownie do art. 391 § 1 k.p.c. jeżeli nie ma szczególnych przepisów o postępowaniu przed sądem drugiej instancji, do postępowania tego stosuje się odpowiednio przepisy o postępowaniu przed sądem pierwszej instancji. Art. 165 § 2 k.p.c. stanowi, iż oddanie pisma procesowego w polskiej placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem go do sądu. Stanowisko to potwierdza orzecznictwo sądowe (np. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 30 maja 2007 roku, XII Ga 138/2007, LexPolonica 2139462) oraz poglądy doktryny (np. Prawo Zamówień Publicznych Komentarz, Grzegorz Wicik, Piotr Wiśniewski, Wydawnictwo CH Beck, Warszawa 2007, str. 822). Zarzuty zamawiającego, iż dodanie w 2009 roku możliwości wnoszenia skargi za pośrednictwem poczty, w sytuacji, gdy wcześniej było to możliwe byłoby sprzeczne z ideą racjonalności ustawodawcy oraz stanowiło swoiste superfluum legislacyjne są niezasadne. Przede wszystkim wskazać należy, co potwierdza doświadczenie Sądu Okręgowego, iż wielokrotnie jest tak, że wprowadzane zmiany legislacyjne są odzwierciedleniem istniejącej praktyki, czy orzecznictwa sądowego, czy też mają na celu uporządkowanie określonych regulacji. Praktyka bowiem wyprzedza działalność legislacyjną ustawodawcy. Tak wypracowane reguły, czy zasady ustawodawca wprowadza do porządku prawnego, dla ich wzmocnienia i szerszej znajomości. Jest to powszechny zabieg legislacyjny. Tak więc wpisanie do porządku prawnego określonej zasady, jako nowej w ustawie, nie deprecjonuje dotychczasowej interpretacji przepisów.

W tym miejscu wskazać należy, iż wnioski dowodowe zgłoszone przez skarżącego dopiero w skardze są spóźnione, stąd Sąd Okręgowy pominął dokumenty złożone przez skarżącego do skargi w postaci oświadczenia Alstom Power Systems i Alstom Boiler Deutschland, raport i pisma oznaczone w punkcie 3 lit. od vi do xi skargi. Z tych samych względów Sąd Okręgowy nie przeprowadził postępowania z zeznań wskazanych w skardze świadków (punkt 3 lit b skargi). W postępowaniu wywołanym skargą na orzeczenie KIO stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy Prawa zamówień Publicznych o skardze nie stanowią inaczej (art. 194 ust. 2 pzp). Zasadą zatem na etapie rozpoznawania skargi jest stosowanie przepisów o apelacji. Na

mocy art. 381 k.p.c. Sąd drugiej instancji, co do zasady pomija nowe fakty i dowody, jeżeli strona mogła je powołać w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, chyba że potrzeba powołania się na nie wynika później.

Sąd rozpoznający skargę działa jako Sąd odwoławczy po rozstrzygnięciu wydanym przez Krajową Izbę, jako organ orzekający w pierwszej instancji. Przepisy Prawa zamówień publicznych nie regulują kwestii dopuszczalności zgłaszania wniosków dowodowych na etapie rozpoznawania skargi przez Sąd. Wskazuje to na konieczność zastosowania w omawianym zakresie wprost przepisów o apelacji, czyli art. 381 k.p.c. Za zastosowaniem wprost art. 381 k.p.c. przemawia także to, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma być sprawne, gdyż jego celem jest szybkie zawarcie umowy. Interpretacja przepisów powinna iść w kierunku uwzględniającym bezzwłoczne rozpoznanie skargi. Szerokie dopuszczenie możliwości przywoływania nowych faktów i dowodów na etapie skargowym prowadziłoby do niezasadnego przedłużania postępowania. Ponadto podmioty uczestniczące w zamówieniach publicznych są profesjonalistami, w przeważającej większości przypadków reprezentowani przez fachowych pełnomocników, a zatem

można od nich wymagać wysokich standardów przy formułowaniu zarzutów w tym postępowaniu i ich dowodzeniu. W sprawie nie zostały także przez skarżącego wykazane żadne szczególne okoliczności uzasadniające dopuszczenie wskazanych dowodów dopiero w postępowaniu przez Sądem.

Powoływane przez skarżącego orzecznictwo, w tym przede wszystkim uchwała Sądu Najwyższego z dnia 23 września 2004 r. w sprawie III CZP 51/04 (opubl. OSNC 2005/9/155, Prok.i Pr.-wkł. 2005/2/37, Biul.SN 2004/9/7, M.Prawn. 2006/2/92, FK 2006/1-2/131, Lex nr 122038) wcale nie prowadzi do wniosków odmiennych niż zaprezentowane. Zgodnie z zasadniczą tezą tego orzeczenia skarga przewidziana w art. 92d ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (jedn. tekst: Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664 ze zm.) powinna spełniać wymagania określone w tym przepisie. W orzeczeniu tym Sąd Najwyższy zajmował się więc wymogami skargi, które zostały szczegółowo określone w przepisach Prawa zamówień publicznych. Są to zatem przepisy szczególne w stosunku do ogólnych uregulowań dotyczących apelacji. Sytuacji tej nie można przenieść na grunt rozpoznawanej sprawy, ponieważ, jak zostało wyżej wskazane Prawo zamówień publicznych w ogóle nie reguluje kwestii zgłaszania nowych faktów i dowodów w postępowaniu wywołanym skargą.

Sąd Okręgowy wskazuje także, iż złożone przez strony postępowania opinie prawne, jeżeli chodzi o ich walor dowodowy stanowią jedynie dokumenty prywatne (art. 245 k.p.c.), a zatem są jedynie dowodem tego, iż osoby które je podpisały złożyły oświadczenie w nich zawarte. Dokumenty te nie korzystają z domniemania prawdziwości twierdzeń z nich zawartych. Nie są one wiążące dla Sądu z tej także przyczyny, iż zostały sporządzone na zlecenie każdej ze stron.

Przechodząc do oceny poszczególnych zarzutów skargi, Sąd Okręgowy podkreśla, iż wywody skarżącego dotyczące ciężaru udowodnienia następstwa prawnego spółki Alstom Power Systems GmbH na rzecz Alstom Boiler Deutschland GmbH są błędne. Zgodnie z art. 6 k.c., mającym w postępowaniu zastosowanie, ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. To skarżący powołał się na następstwo prawne i powinien je wykazać w sposób nie budzący wątpliwości, zwłaszcza w postępowaniu z zakresu zamówień publicznych. Zagadnienie podmiotów występujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma bowiem zasadnicze znaczenie, jeżeli uwzględnić fakt, iż krąg podmiotów występujących w tym postępowaniu jest ściśle określony. Nie można podzielić twierdzenia skarżącego, iż po stronie podmiotów dokonujących czynność prawną - Alstom Power Systems i Alstom Boiler Deutschland - zawierających umowę o podziale i przejęciu kwestia przenoszonego majątku, praw i obowiązków nie budziła ich wątpliwości, gdyż ich zamiarem było również przeniesienie „projektu Opole”, czyli budowy bloków energetycznych objętych niniejszym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Na takie rozumienie czynności prawnej jej strony mogą się powoływać w stosunkach wewnętrznych, a nie zewnętrznych, a w szczególności nie na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych. W sytuacji zaistniałej w sprawie rzeczywista wola stron umowy o podziale i przejęciu musi znajdować odzwierciedlenie w treści czynności prawnej i musi być wykazana przez podmioty, które na nią się powołują. Jest to zrozumiałe także z logicznego punktu widzenia, albowiem tylko podmioty dokonujące czynność prawną dysponują dowodami dotyczącymi tej czynności (umowa, jej załączniki itp.). To na skarżącym spoczywał zatem obowiązek wykazania, iż po jego stronie doszło do skutecznego podmiotowego następstwa prawnego.

Kwestią zasadniczą jest zatem w sprawie to, czy zostało wykazane w sposób nie budzący wątpliwości, iż spółka Alstom Boiler Deutschland GmbH jest następcą prawnym Alstom Systems Power GmbH w zakresie praw i obowiązków związanych z

udziałem w przedmiotowym postępowaniu.

W tym zakresie odwołać się należy się przede wszystkim do umowy z dnia 24 listopada 2011 roku o podziale i przejęciu zawartej pomiędzy Alstom Power Systems GmbH i Alstom Boiler Deutschland GmbH, która reguluje to zagadnienie. Na marginesie zauważyć wypada, iż umowę tą w toku postępowania przed Krajową Izbą przedłożył zamawiający, a nie skarżący. Gdyby więc zamawiający nie złożył przedmiotowej umowy Krajowa Izba Odwoławcza, a następnie Sąd byłiby pozbawieni podstawowego dokumentu regulującego kwestię następstwa pomiędzy Alstom Power Systems GmbH i Alstom Boiler Deutschland GmbH.

Nie budzi sporu, iż zawarcie takiej umowy było w świetle prawa niemieckiego tj. ustawy o przekształceniach dopuszczalne i skuteczne (§ 123 ustawy o przekształceniach i następne). Nie kwestionowała tego ani Krajowa Izba

Odwoławcza, ani zamawiający, czy interwenienci. Treść tej ustawy także nie była sporna i nie doszło na etapie odwołania do jej naruszenia. W związku z powyższym nie zachodziła konieczność dopuszczenia dowodu z opinii biegłego na okoliczność treści i praktyki stosowania prawa niemieckiego. Izba nie naruszyła zatem art. 188 ust. 4 pzp.

Ustawa o przekształceniach w § 123 ust. 2 pkt 1 reguluje dopuszczalność wydziałania ze swojego majątku jego części lub kilku części w celu włączenia tej części lub tych części na istniejący inny podmiot w drodze przeniesienia. Jednakże to strony decydują, która część majątku przenoszącego podmiotu prawnego przechodzi na przejmujący podmiot prawa. Nie można więc uznać, iż Alstom Boiler Deutschland wstąpił w całość praw i obowiązków Alstom Power Systems. Przedmiotowa sukcesja nie była zatem sukcesją uniwersalną, która polega na tym, że dany podmiot wstępuje w ogół praw i obowiązków poprzednika, czyli „wchodzi” całkowicie w jego sytuację prawną. Drugim rodzajem sukcesji jest sukcesja syngularna, która sprowadza się do przejęcia jedynie części praw i obowiązków swojego poprzednika. Następca uzyskuje zatem jedynie, większy lub mniejszy wycinek szeroko rozumianego majątku poprzednika. Z punktu widzenia powyższych rozważań następstwo prawne pomiędzy w/w spółkami było częściowe, a nie zupełne. Stąd też konieczność ustalenia na podstawie umowy z dnia 24 listopada 2011 roku, jaki majątek, prawa i obowiązki (jaki ich wycinek) został przeniesiony na spółkę Alstom Boiler Deutschland.

Z § 2 umowy o podziale i przejęciu, który dotyczy przeniesienia majątku pomiędzy wskazanymi spółkami nie wynika, aby przedmiot objęty niniejszym

postępowaniem o zamówienie publiczne tj. realizacja bloków energetycznych dla PGE Elektrowni Opole S.A. został przeniesiony na spółkę Alstom Boiler Deutschland GmbH. Świadczą o tym następujące argumenty.

Po pierwsze z § 2 ust. 1 umowy wynika, iż Alstom Power Systems przenosi na Alstom Boiler Deutschland działalność w sektorze kotłów grzewczych (Business Units 3917 i 4295). Nigdzie w umowie strony bliżej nie wyjaśniły, co dokładnie obejmuje „działalność w zakresie kotłów grzewczych”. Nie wiadomo także, co oznacza pojęcie „Business Units 3917 i 4295”, w umowie nie zostało to wyjaśnione. Powołane pojęcia są zatem niejasne i niesprecyzowane.

Po drugie w § 2 ust. 2 umowy, gdzie strony wskazują przedmioty majątkowe i zobowiązania przeniesione na Alstom Boiler Deutschland strony nie wymieniają, ani nie ma jakiegokolwiek odniesienia do zamówienia publicznego „projektu Opole” o znacznej wartości majątkowej ok. 11 mld zł. Zauważyć wypada, iż w tym katalogu strony wymieniają m.in. projekt Mannheim, Eemshaven, Teranga. Także w bilansie podziału, do którego odwołuje się omawiany ustęp umowy nie ma przedmiotu dotyczącego zamówienia publicznego dla zamawiającego w sprawie. Uznać zatem należy, że brak wymienienia „projektu Opole” oznacza, że projekt ten nie przeszedł na Alstom Boiler Deutschland. Oceny tej nie zmienia okoliczność, iż ów katalog ma charakter otwarty, gdyż przedsięwzięcie o tak znacznej wartości majątkowej powinno być wskazane w umowie.

Po trzecie z § 2 ust. 3 (klauzula catch all clause) nie można wywieść, iż „projekt Opole” został przeniesiony na Alstom Boiler Deutschland. Omawiana klauzula odwołuje się bowiem do opisanych w ust. 2 aktywów i pasywów, a przedmiotowy projekt nie został wymieniony w ust. 2. Po wtóre § 2 ust. 3 odwołuje się do niedefiniowanego, a zatem niedookreślonego pojęcia „działalności w sektorze kotłów grzewczych”.

Po czwarte, wobec powyższych wątpliwości, odwołać się należy do § 2 ust. 4 umowy. Strony postanowiły, iż w sytuacjach spornych i niejasnych, których nie można wyjaśnić w drodze interpretacji umowy, a zatem zaistniałych w sprawie, obowiązuje zasada, że przedmioty majątkowe, zobowiązania i umowy pozostają przy spółce przenoszącej (Alstom Power Systems).

Nie jest więc tak, jak wywodzi skarżący, iż strony umowy w sposób nie budzący wątpliwości uregulowały kwestię przeniesienia wszelkich aktywów i pasywów. O przeniesieniu przedmiotu objętego postępowaniem o zamówienie publiczne nie

świadczą także pozostałe dokumenty przedstawione przez skarżącego przed Krajową Izbą Odwoławczą w postaci dokumentu z dnia 16 grudnia 2011 roku - poświadczenia na podstawie § 21 Federalnego Kodeksu Notarialnego i z dnia 9 grudnia 2011 roku - zaświadczenia stosowanie do § 21 Federalnego Kodeksu Notarialnego sporządzone przez notariusza. Dokumenty te wskazują jedynie, iż spółka Alstom Power Systems GmbH wyodrębniła ze swego majątku w drodze

wydzielenia stosownie do umowy o podziale i przejęciu z dnia 24 listopada 2011 roku działalność bojlerową i przeniosła ją na spółkę Alstom Boiler Deutschland. Z dokumentów tych nie sposób wywieść następstwa prawnego Alstom Boiler Deutschland w odniesieniu do praw i zobowiązań wynikających z udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne. Prawdłowo zatem w świetle art. 188 ust. 7 pzp Krajowa Izba oceniła zebrany w sprawie materiał dowodowy, czyniąc w tym zakresie dostateczne rozważania.

Wobec zawarcia umowy o podziale i przeniesieniu przez podmioty (osoby prawne) mające siedzibę w Republice Federalnej Niemiec do wykładni postanowień tej umowy należało stosować przepisy prawa niemieckiego (art. 17 ust. 1 i 3 i art. 28 ust. 1 ustawy Prawo prywatne międzynarodowe Dz. U. z 2011 r., nr 80, poz. 432 oraz art. 4 ust. 4 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I) Dz.U.UE.L.2008.177.6). Jednakże wbrew twierdzeniom skarżącego zastosowania w tej części nie znajduje jedynie § 133 niemieckiego kodeksu cywilnego (BGB), który dotyczy wykładni oświadczeń woli (podobnie jak art. 65 § 1 k.c.), ale przede wszystkim § 157 niemieckiego kodeksu cywilnego, który stanowi, jak należy rozumieć umowy. § 157 wskazuje, iż umowy należy tłumaczyć tak, jak wymagają tego zasady dobrej wiary oraz ustalone zwyczaje (odpowiednik art. 65 § 2 k.c.). Niedopuszczalnym zatem jest na gruncie interpretacji umów odwoływanie się jedynie do subiektywnych intencji stron, przekonań i ich zamysłów, jak argumentował skarżący. Przy umowach należy badać przede wszystkim zasady dobrej wiary, a zatem usprawiedliwiony okolicznościami obiektywny sens umowy. Ocena ta dokonywana jest zatem z pozycji obserwatora zewnętrznego i ustalonych zwyczajów na moment zawarcia umowy. Tymczasem rozumienie umowy przez skarżącego odwołuje się wyłącznie do wewnętrznych przekonań stron i ma charakter oceny ex post, a zatem z punktu widzenia tego co wydarzyło się po jej zawarciu. Takie rozumienie umowy nie oddaje rzeczywistej woli stron z chwili jej zawarcia i nie może

być przyjmowane bezkrytycznie.

Prawdłowo zatem w świetle powyższych rozważań Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż odwołanie w sprawie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, co skutkowało jego odrzuceniem na mocy art. 187 ust. 4 pkt 3 pzp.

W sprawie nie zachodziła także konieczność skierowania pytania prawnego do Sądu Najwyższego odnośnie wysokości opłaty od skargi. Obowiązujący w sprawie art. 34 ust. 2 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U.2010.90.594 tekst jednolity ze zm.) nie budzi wątpliwości i jasno stanowi o opłacie, jaka winna być w sprawie uiszczona. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli skarga na orzeczenie (a zatem wyrok i postanowienie) KIO dotyczy czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podjętych po otwarciu ofert, pobiera się opłatę stosunkową w wysokości 5 % wartości przedmiotu zamówienia w postępowaniu, którego skarga dotyczy, jednak nie więcej niż 5.000.000 złotych. Przywoływana przez skarżącego uchwała SN z dnia 12 maja 2005 roku (III Czp 19/05) dotyczy nieobowiązującego stanu prawnego na gruncie rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 17 grudnia 1996 r. w sprawie określenia wysokości wpisów w sprawach cywilnych (Dz. U. z 1996r., nr 154, poz. 753 ze zm.). W powołanym orzeczeniu Sąd Najwyższy zajmował się wypełnieniem luki prawnej we wskazanym rozporządzeniu dotyczącej określenia wysokości wpisu od skargi na postanowienie zespołu arbitrów. Stąd też wywodów Sądu Najwyższego w tamtej sprawie nie można przenosić na grunt niniejszego postępowania.

W sprawie nie zaszła także konieczność rozstrzygnięcia zagadnienia prawnego przez Sąd Najwyższy dotyczącego dopuszczalności umownego wydzielenia zorganizowanej części przedsiębiorstwa i przejęcia wydzielonej części majątku przez inną spółkę (załącznik nr 2 do pisma skarżącego z dnia 29 marca 2012 roku). W przedmiotowej sprawie skarżący nie wykazał bowiem, iż wskutek zawarcia umowy o podziale i przeniesieniu doszło do przejścia praw i obowiązków wynikających z udziału w postępowaniu o przedmiotowe zamówienie publiczne, a zatem, że w tym zakresie Alstom Boiler Deutschland jest następcą prawnym Alstom Power Systems. Następstwo takie nie wynika z przedstawionych przez skarżącego dokumentów, a podlegających rozpoznaniu w sprawie.

Sąd Okręgowy nie uwzględnił wniosku skarżącego o odroczenie terminu rozprawy apelacyjnej w celu zapoznania się z treścią pisma zamawiającego z dnia 28 marca 2012 roku. W tym celu została zarządzona przerwa, tak więc skarżący miał możliwość zapoznania się z treścią w/w pisma, a następnie ustosunkować się do niego. Nadto, strony szeroko w skardze oraz pozostałych licznych i obszernych pismach procesowych, a także wystąpieniach ustnych na rozprawie mogły odnieść

się do zarzutów skargi i wszystkich zagadnień z nią związanych. Odroczenie rozprawy z w/w przyczyny spowodowałoby także nieuzasadnione przedłużenie postępowania.

W tym stanie rzeczy, wobec bezzasadności wskazanych zarzutów sformułowanych przez skarżącego, Sąd Okręgowy na podstawie art. 198 ust. 2 pzp skargę oddalił.

O kosztach postępowania Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 198 ust. 5 pzp., stosownie do wyniku postępowania.