

Sygn. akt KIO/UZP 526/10

**WYROK**  
z dnia 20 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Członkowie: Marek Szafraniec**  
**Klaudia Szczytowska-Maziarz**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **BUDIMEX S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Instytucję Kultur „EC-1 Łódź – Miasto Kultury”, ul. Tymienieckiego 5, 90-365 Łódź** protestu z dnia 11 marca 2010 r.

przy udziale **Konsorcjum firm: 1. SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie (lider), 2. Skanska Cz. a.s. z siedzibą w Pradze (Czechy) z siedzibą dla lidera: ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa, adres do korespondencji: ul. Srebrzyńska 14, 41-074 Łódź** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego dla zadania 2 i dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert w tym zadaniu,**

**2. kosztami postępowania obciąża Instytucję Kultur „EC-1 Łódź – Miasto Kultury”, ul. Tymienieckiego 5, 90-365 Łódź i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **BUDIMEX S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Instytucję Kultur „EC-1 Łódź – Miasto Kultury”**, ul. Tymienieckiego 5, 90-365 Łódź na rzecz **BUDIMEX S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kwoty zaliczonej w poczet kosztów postępowania z wpisu uiszczanego przez Odwołującego oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **15 556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **BUDIMEX S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa.**

### UZASADNIENIE

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu ograniczonego pn. *„Rewitalizacja EC - i jej adaptacja na cele kulturalno-artystyczne”* (dotyczy Zadania nr 1 i Zadania nr 2), zostało wszczęte przez Instytucję Kultury „EC-1 Łódź - Miasto Kultury”, ul. Tymienieckiego 5, 90-365 Łódź zwaną dalej: *„Zamawiającym”*, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2009/S 133-194287 w dniu 15.07.2009 r.

W dniu 05.03.2010 r. Zamawiający przekazał faxem informacje o odrzuceniu ofert złożonych przez Budimex SA, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa zwanym dalej: *„Budimex SA”* albo *„Protestującym”* albo *„Odwołującym”* na Zadanie 1 i Zadanie 2 (art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp), z uwagi na fakt, iż oferty zostały złożone przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert. W przetargu ograniczonym Zamawiający zgodnie z dyspozycją art. 51 ust. 1 Pzp zaprosił do złożenia ofert na realizację Zadania 1 i Zadania 2 Budimex - Dromex SA z siedzibą w Warszawie, który to wykonawca potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Oferta w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego może być złożona jedynie przez takiego uczestnika postępowania, który został uznany przez Zamawiającego za zdolnego do wykonania zamówienia i który przeszedł pozytywnie etap kwalifikacji (za orzeczeniem ETS w sprawie C-57/01 Makedoniko; szerzej: A. Brown, *Post-Tender Chonges In the Membership of a Bidding Consortium: Case C-57/01 Makedoniko*, PPLR 2003, nr 12). Budimex SA na etapie przeprowadzania przez Zamawiającego kwalifikacji wykonawców nie przedłożyła stosownych oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie, że nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę treść art. 51 ust. 1, jak również art. 7 ust. 3 Pzp, uprawnionym do złożenia oferty w postępowaniu był wyłącznie Budimex - Dromex SA. Przejęcie przez Budimex SA spółki Budimex - Dromex SA w trybie art. 492 § 1 pkt 1 Kodeksu spółek

handlowych, zwanym dalej: „Ksh”, nie skutkuje przeniesieniem na Budimex SA skutków złożenia przez Budimex - Dromex SA oświadczenia o nie podleganiu wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu (art. 44 Pzp), ma charakter oświadczenia wiedzy, dotyczącego m.in. sytuacji prawnej podmiotu składającego to oświadczenie. Oświadczenie złożone przez Budimex - Dromex SA (spółkę przejmowaną) dotyczyło wyłącznie sytuacji prawnej tej spółki, a w szczególności nieistnienia w stosunku do tej spółki przesłanek wykluczenia jej z udziału w postępowaniu. Z treści oświadczenia złożonego przez Budimex - Dromex SA (spółkę przejmowaną) w I-etapie przetargu ograniczonego nie wynika, że spółka przejmująca - Budimex SA, która w miejsce spółki przejętej miałaby ubiegać się o udzielenie zamówienia i składać ofertę, także spełnia warunki wskazane w art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp. Powyższe oznacza, że spółka przejmująca nie może legitymować się oświadczeniem o treści wskazanej w art. 44 Pzp w zakresie odnoszącym się do oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, złożonym przez spółkę przejmowaną, pomimo że na podstawie art. 494 § 1 Ksh wstępuje we wszelkie prawa i obowiązki spółki przejmowanej. Po złożeniu ofert przez zaproszonych wykonawców oraz otwarciu tych ofert przez Zamawiającego, ten ostatni nie jest uprawniony do ponownej weryfikacji spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu. Powołując się na stanowisko UZP, wskazać należy bowiem iż oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu - w tym w szczególności w części dotyczącej potwierdzenia braku istnienia przesłanek skutkujących wykluczeniem wykonawcy z udziału w postępowaniu - oraz potwierdzające je dokumenty mogą być złożone najpóźniej do dnia składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym. Po upływie tego terminu spółka przejmująca nie będzie już dysponowała możliwością złożenia własnego oświadczenia. Nie będzie także mogła legitymować się oświadczeniem złożonym przez spółkę przejmowaną. W rezultacie, gdy do przejęcia dochodzi po upływie terminu do składania wniosków o dopuszczenie do przetargu, Zamawiający zobowiązany jest złożoną przez spółkę przejmującą - Budimex SA - ofertę odrzucić, wskazując na to, iż spółka przejmująca nie jest podmiotem, który złożył wniosek o dopuszczenie do przetargu i został zaproszony do składania ofert, oraz ze względu na to, iż spółka nie złożyła oświadczenia wymaganego na podstawie art. 44 Pzp.

W dniu 11.03.2010 r. (wpływ do Kancelarii Zamawiającego) na podstawie art. 180 ust.1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej: „Pzp” Budimex SA złożyła protest na odrzucenie jego oferty. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i odrzucenie oferty Protestującego pomimo spełniania warunków określonych prawem i treścią SIWZ,

- b) art. 7 ust. 3 Pzp poprzez wadliwe zastosowanie i przyjęcie, że następca prawny podmiotu dopuszczonego do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie ma uprawnienia do złożenia oferty w przetargu, podczas gdy jego poprzednik prawny zakwalifikował się do złożenia oferty,
- c) art. 14 Pzp poprzez jego niezastosowanie,
- d) art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez wadliwe zastosowanie i przyjęcie, że następca prawny podmiotu dopuszczonego do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu podlega wykluczeniu z postępowania, pomimo przejęcia przez następcę prawnego prawa poprzednika do złożenia oferty,
- e) art. 25 ust. 2 Pzp poprzez niezastosowanie i pominięcie przy ocenianiu warunków spełniania oferty Protestującego treści rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane zwane dalej: *„Rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów”*,
- f) art. 44 Pzp poprzez wadliwe zastosowanie przepisu dot. przetargu nieograniczonego w sytuacji gdy zamówienie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, a oświadczenia i dokumenty podmiotowe Wykonawcy zgodnie z art. 50 ust. 1 składane są wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w przetargu a nie w dacie składania oferty;
- g) art. 50 ust. 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie i wymaganie od Protestującego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu na etapie składania oferty ponownie wobec wymogu złożenia takiego oświadczenia jedynie na etapie złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
- h) art. 51 ust. 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie i odrzucenie oferty Protestującego pomimo spełniania warunków udziału w postępowaniu przez jego poprzednika prawnego, którego prawa i obowiązki przejął w całości Protestujący.

Wnoszę o uwzględnienie protestu poprzez unieważnienie oprotestowanej czynności Zamawiającego, a w przypadku wyboru oferty z pominięciem oferty Protestującego - unieważnienia czynności wyboru oraz ponowienie czynności oceny i wyboru oferty.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 44 Pzp Protestujący wskazał, że Zamawiający powołał się na niewłaściwy przepis albowiem w sprawie zastosowania ma treść art. 50 Pzp zgodnie z którym oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu może być złożone w przetargu ograniczonym na etapie złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Tym samym odrzucenie oferty następcy prawnego podmiotu który złożył wymagane oświadczenie jest nieuprawnione wobec braku możliwości wymagania tego oświadczenia na etapie składania oferty.

Podobnie nieuprawniona jest interpretacja Zamawiającego dotycząca rzekomego

braku dokumentów jakich Zamawiający może żądać od Wykonawcy zgodnie z rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów dotyczących spółki przejmującej. Protestujący wskazał, że zarzut dotyczący nie spełniania warunków dot. dokumentów np. o których mowa w §1 ust. 1 pkt 3 -5 ww. rozporządzenia jest nietrafny. Jakkolwiek Budimex S.A. w Warszawie, na dzień złożenia oferty:

- a) nie zalegał z opłacaniem podatków, opłat oraz składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lecz Budimex S.A. nie był uprawniony załączyć aktualnych zaświadczeń właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz właściwego oddziału zakładu ubezpieczeń społecznych,
- b) członkowie Zarządu Budimex S.A. nie byli karani za przestępstwa wymienione w art. 24 ust. 1 w pkt 4-8, lecz Budimex S.A. nie był uprawniony załączyć aktualnej informacji z KRK,
- c) Budimex S.A. nie miał orzeczonego zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny popełnione pod groźbą kary, lecz Budimex S.A. nie był uprawniony załączyć aktualnej informacji z KRK, ponieważ dokumenty takie powinny być wystawione nie wcześniej niż na odpowiednio 3/6/6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Protestujący nie jest bowiem uprawniony do samowolnego przedkładania Zamawiającemu dodatkowych dokumentów, tj. innych niż dokumenty potwierdzające spełnianie warunków SIWZ na dzień składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Warunki udziału w postępowaniu mogą być oceniane w przetargu ograniczonym wyłącznie w oparciu o dokumenty dostarczone przez Budimex Dromex S.A. na dzień złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W jego ocenie ewentualne wezwanie przez Zamawiającego do przedłożenia oświadczenia i dokumentów, których brak zarzuca Zamawiający, powinno być uznane za naruszenie art. 50 ust. 2 Pzp, tj. za złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu po terminie.

Ponadto wskazał, że Zamawiający w świetle obowiązujących przepisów Pzp nie ma uprawnienia do ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Budimex S.A. wobec uznania przez Zamawiającego, iż Budimex Dromex S.A. spełniał warunki podmiotowe i przedmiotowe dopuszczenia do udziału w postępowaniu. Budimex S.A. bierze udział w przedmiotowym postępowaniu jako podmiot, który przejął ogół praw i obowiązków Budimex Dromex S.A. (w tym wynikających z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia) nie zaś jako podmiot który ma spełniać dodatkowe (nowe) wymagania. Niezasadność stanowiska Zamawiającego poparta jest również okolicznością nie kwestionowania w literaturze przedmiotu, tj. możliwości zmian podmiotowych wykonawcy w wyniku następstwa prawnego do których dojdzie na etapie realizacji zamówienia. Tym

samym jeśli Zamawiający nie może ingerować w zmianę podmiotu wykonującego zamówienie do której to zmiany dochodzi (w trybie sukcesji generalnej) po zawarciu umowy, tym samym Zamawiający nie jest upoważniony do dokonywania weryfikacji następcy prawnego podmiotu zaproszonego do złożenia oferty na etapie wyboru takiego wykonawcy po spełnieniu przez jego poprzednika prawnego warunków ubiegania się o udzielenie Zamówienia.

Co do powołania się przez Zamawiającego na art. 7 ust. 3 Pzp, Protestujący podnosi, że wprowadzenie tego przepisu miało na celu uniemożliwienie udzielenia zamówienia wykonawcy z obejściem przepisów Pzp. Obecnie nie ma jednak żadnych wątpliwości, że przepis ten doznaje ograniczeń w zakresie wynikającym z sukcesji generalnej, skutkującej przejściem na następcę prawnego ogółu praw i obowiązków jego poprzednika. Taki pogląd wyrażony został zarówno w orzecznictwie KIO (wyrok KIO z dnia 12.10.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1216/09) jak i w doktrynie (Prawo zamówień Publicznych. Komentarz, wyd. 3 pod redakcją Tomasza Czajkowskiego, str. 84, również: Prawo zamówień publicznych. Komentarz – L. Bogacz, M. Łempicka, G. Pyliński, Oficyna wydawnicza Branta, Bydgoszcz-W-wa 2006 r., str. 58).

Zmiany podmiotowej, tj. zmiany wynikającej z sukcesji generalnej, nie można traktować jako naruszenia art. 7 ust. 3 Pzp, skoro wykonawca, który złożył ofertę skupia w sobie uprawnienia zweryfikowanego przez Zamawiającego poprzednika do złożenia oferty. Na gruncie Pzp brak jest podstaw prawnych do uznania, by prawo do złożenia oferty zostało zniweczone faktem dokonania wskazanej wyżej zmiany podmiotowej. Z przepisów tych bowiem nie wynika prawo Zamawiającego do ograniczenia uprawnień nabytych na podstawie przepisów ksh w drodze sukcesji generalnej. Skoro brak jest w tym zakresie odpowiednich regulacji w Pzp, nie ma wątpliwości, że na gruncie rozpatrywanego stanu faktycznego konieczne jest również dokonanie oceny skutków zmiany podmiotowej w oparciu o ksh. Zgodnie z art. 492 § pkt 1 połączenie spółek kapitałowych poprzez przejście powoduje skutki przewidziane w art. 494 ksh, określane mianem sukcesji uniwersalnej (generalnej), polegającej na tym, że spółka przejmująca wstępuje z dniem połączenia we wszystkie prawa i obowiązki spółki przejmowanej. Od dnia połączenia podmiotem wszelkich praw i obowiązków staje się spółka przejmująca, która wstępuje w sytuację prawną poprzednika. Co więcej spółka ta staje się następcą prawnym nie tylko w zakresie praw i obowiązków cywilnoprawnych, ale również sukcesorem praw i obowiązków administracyjno-prawnych, z dniem bowiem połączenia na spółkę przejmującą przechodzą w szczególności zezwolenia, koncesje oraz ulgi, które przyznane zostały spółce przejmowanej. Przywoła także opinię prawną zamieszczoną na stronie internetowej UZP: <http://www.uzp.gov.pl/zagadnienia-merytoryczne/prawo-polskie/opinie-prawne/aktualne/>.

Wskazał, że w doktrynie istniały wątpliwości, czy sukcesja generalna obejmuje

wyłącznie tzw. sukcesję cywilnoprawną, czy też jej zakresem należy również objąć sukcesję administracyjno-prawną. Wiązało się to z faktem związania aktu administracyjnego ze ściśle określonym podmiotem prawa. Obecnie przepis wprost stanowi, że jedyne ograniczenia w tym zakresie wynikać mogą z ustawy lub decyzji o udzieleniu zezwolenia, koncesji czy ulgi. Nie ma natomiast i nie było wątpliwości, że takie ograniczenia nie mają miejsca w przypadku sukcesji cywilnoprawnej, w wyniku której na następcę prawnego przechodzi również prawo do złożenia oferty w postępowaniu o zamówienie publiczne, jeżeli poprzednik został w sposób pozytywny zweryfikowany przez Zamawiającego. Oczywistym jest więc, że również na gruncie ksh, prawo to, mające charakter cywilnoprawny, przechodzi na następcę prawnego bez żadnych ograniczeń. Ograniczeń w tym zakresie nie statuuje tym bardziej sama Pzp. Skoro prawo do złożenia oferty należy do sfery stosunków cywilnoprawnych, nie ma podstaw prawnych do jego wyłączenia z ogółu praw nabytych przez spółkę przejmującą. Możliwość przejścia tego prawa potwierdza również to, że na spółkę przejmującą przechodzą wszystkie prawa i obowiązki spółki przejmowanej. W wyniku sukcesji uniwersalnej praw i obowiązków Budimex Dromex S.A., przez Budimex S.A. jako spółkę przejmującą Budimex Dromex S.A. w trybie art. 492 § 1 pkt 1 ksh i 494 ksh, Budimex S.A. uzyskała wszelkie prawa (i obowiązki) spółki przejmowanej, w tym prawo do udziału w przedmiotowym postępowaniu w wyniku przeprowadzonego postępowania „prekwalifikacyjnego”. Kwestia możliwości udzielenia zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego wobec sukcesji generalnej praw i obowiązków Budimex Dromex S.A. przez Budimex S.A. została potwierdzona w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 1946/09 w wyroku KIO z dnia 12.01.2010 r.

Protestujący wskazał także na nietrafne powołanie się Zamawiającego na treść Wyroku ETSu. Przytoczone orzeczenie zapadło w sprawie w której w grupie wykonawców przedkładających ofertę na roboty budowlane doszło do zmiany w składzie grupy (upadłość ogłosił jeden z jej członków), a zakaz dotyczący takiej zmiany został wprost ustanowiony w treści umowy z Zamawiającym. Dlatego też Trybunał, nie ograniczył możliwości złożenia oferty przez następcę prawnego podmiotu zakwalifikowanego na etapie wniosku o dopuszczenie do ubiegania się o udzielenie zamówienia (bo nie było takiego podmiotu w tej sprawie). Ponadto, zgodnie z art. 234 Traktatu o UE, Trybunał Sprawiedliwości nie ma uprawnień w zakresie interpretacji prawa krajowego, jak również badania zgodności tego prawa z prawem wspólnotowym.

W dniu 15.03.2010 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 18.03.2010 r. (faxem) do postępowania protestacyjnego przystąpiło Konsorcjum firm: 1) Skanska SA (lider), 2) Skanska Cz. a. s (partner) z adresem dla lidera

konsorcjum: ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa, adres do korespondencji: ul. Srebrzyńska 14, 91-074 Łódź zwana dalej: „Konsorcjum Skanska” wnosząc o oddalenie protestu w całości, podczas oceny oferty Protestującego nie doszło do naruszenia przepisów wskazanych w treści protestu. Kopia przystąpienia została stosownie przekazana Protestującemu.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 19.03.2010 r. faxem poprzez jego oddalenie. W pierwszej kolejności Zamawiający wskazał, iż nieuprawnione jest twierdzenie, jakoby na etapie składania ofert wymagał złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 44 Pzp. Zamawiający nie żądał od Protestującego złożenia wraz z ofertą oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 44 Pzp. Oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w niniejszym postępowaniu - prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego - złożył zgodnie z dyspozycją art. 50 ust. 1 Pzp wyłącznie Budimex-Dromex S.A. wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, Zamawiający podkreśla, iż stanowisko Protestującego kwestionujące zasadność przyjęcia przez Zamawiającego, że następcą prawnym podmiotu dopuszczonego do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie ma uprawnienia do złożenia ofert w przetargu, podczas gdy jego poprzednik prawny zakwalifikował się do złożenia ofert, należy uznać za błędne. Zamawiający nie wysunął tezy, iż podmiot dokonujący przejęcia spółki w trybie art. 492 § 1 pkt 1 Ksh nie ma uprawnienia do złożenia oferty. Zamawiający stoi jedynie na stanowisku, iż takie uprawnienie, będące uprawnieniem o charakterze tymczasowym, nie powoduje powstania niejako „automatycznie” po stronie Zamawiającego obowiązku uznania oferty złożonej w takich okolicznościach za prawidłową.

Nadto, z całą pewnością nie doszło w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu do naruszenia zasad uczciwej konkurencji przez Zamawiającego z przyczyny odrzucenia ofert Protestującego pomimo spełniania warunków określonych prawem i treścią SIWZ. Protestujący złożył oferty nie będąc podmiotem do tego uprawnionym - zaproszenie do złożenia ofert zostało skierowane wyłącznie do Wykonawcy, który potwierdził spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w treści ogłoszenia o zamówieniu, jak również wykazał, że nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu w okolicznościach wskazanych w art. 24 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 25 ust 2 Pzp poprzez niezastosowanie i pominięcie przy ocenianiu warunków spełniania ofert Protestującego treści rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów jest bezzasadny. Zamawiający nie podniósł w stosunku do Budimex S.A. zarzutu opisanego przez Protestującego jako: „nie spełniania warunków dotyczących dokumentów, np. o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 3-5 rozporządzenia”. W uzasadnieniu



odrzućenia ofert złożonych przez Budimex S.A. Zamawiający wskazał jedynie, iż spółka Budimex SA na etapie przeprowadzania przez Zamawiającego kwalifikacji Wykonawców nie przedłożyła stosownych oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie, że nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Powodem takiego stanu rzeczy był fakt, iż wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, do którego załącznikami są oświadczenia i dokumenty potwierdzające brak przesłanek skutkujących wykluczeniem Wykonawcy z udziału w postępowaniu, złożony został przez Budimex-Dromex S.A.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 1 pkt 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez wadliwe zastosowanie i przyjęcie, że następca prawny podmiotu dopuszczonego do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia pomimo przejęcia przez następcę prawnego prawa poprzednika do złożenia ofert, nie zasługuje na uwzględnienie. Nabycie przez Budimex S.A. uprawnienia do złożenia oferty w niniejszym postępowaniu w wyniku przejęcia spółki Budimex-Dromex S.A. w trybie art. 492 § 1 pkt 1 Ksh, nie wiąże się z powstaniem po stronie Zamawiającego obowiązku uznania oferty złożonej w takich okolicznościach za prawidłową.

W przetargu ograniczony elementami wymaganymi do skutecznego złożenia oferty przez Wykonawcę są łącznie spełnienie warunków udziału w postępowaniu, nie podleganie wykluczeniu z udziału w postępowaniu oraz uzyskanie zaproszenia do złożenia oferty. W okolicznościach przedmiotowego postępowania wszystkie te trzy elementy zaistniały w odniesieniu do wykonawcy, który złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - Budimex-Dromex S.A. Co zaś się tyczy Protestującego - Budimex S.A., poza sporem jest, że Wykonawca ten nie potwierdził, że nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu oraz nie uzyskał zaproszenia do złożenia oferty.

Podniósł również, iż przejęcie przez Budimex SA spółki Budimex - Dromex SA w trybie art. 492 § 1 pkt 1 Ksh, nie skutkuje przeniesieniem na Budimex SA skutków złożenia przez Budimex - Dromex SA oświadczenia o nie podleganiu wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Oświadczenie takie jest oświadczeniem wiedzy i wskazuje na aktualną na dzień złożenia oświadczenia sytuację prawną podmiotu składającego to oświadczenie (Wykonawcy). Dlatego siłą rzeczy oświadczenie składane przez spółkę przejmowaną - Budimex-Dromex S.A. - dotyczyło wyłącznie tej spółki. Z treści oświadczenia złożonego przez spółkę przejmowaną w I-etapie przetargu ograniczonego nie można wywnioskować, że spółka przejmująca - Budimex SA, ubiegająca się w miejsce Budimex-Dromex S.A. o udzielenie zamówienia i składająca oferty, nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Dotyczy to oświadczeń, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1 - 9 Pzp.

Oświadczenie Budimex-Dromex SA. o nie zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne, w żaden sposób nie gwarantuje, iż Budimex S.A.

nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne; obydwie podmioty do dnia faktycznego przejęcia (tj. dnia 16.11.2009 r.) były osobnymi płatnikami. Podobnie jest z wymogiem niekaralności członków władz obu spółek za przestępstwa określone art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp, przesłanką braku zakazu dla ubiegania się o zamówienie publiczne przez obie spółki wydanego przez sąd, wreszcie przesłanką braku stwierdzenia prawomocnym orzeczeniem sądowym wyrządzenia szkody przez każdą ze spółek z uwagi na niewykonanie zamówienia lub wykonanie go nienależycie. Podsumowując powyższe, Budimex S.A. jako spółka przejmująca nie może legitymować się oświadczeniem o braku przesłanek skutkujących wykluczeniem z udziału w postępowaniu złożonym przez Budimex-Dromex SA, pomimo że na podstawie art. 494 Ksh wstępuje we wszelkie prawa i obowiązki Budimex-Dromex S.A. Powoływanie się przez wykonawców na sukcesję uniwersalną w oparciu o przepis art. 494 Ksh nie może prowadzić do sytuacji, w której wykonawca nie zweryfikowany pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu, może złożyć ofertę i uzyskać zamówienie. Powołana przez Protestującego opinia UZP jest nieadekwatna w przedmiotowej sprawie, gdyż jej wywód dotyczy sytuacji faktycznej odmiennej od będącej przedmiotem sporu. Mianowicie opinia ta dotyczy możliwości posługiwania się przez spółkę przejmującą referencjami wystawionymi na spółkę przejmowaną.

Nieuprawniona i niemożliwa do zastosowania w niniejszej sprawie jest argumentacja Protestującego, jakoby niezasadność stanowiska Zamawiającego poparta była okolicznością nie kwestionowaną w literaturze przedmiotu możliwości zmian podmiotowych wykonawcy w wyniku następstwa prawnego, do których dojdzie na etapie realizacji zamówienia. Ewentualna zmiana wykonawcy zamówienia publicznego wprowadzana na etapie realizacji umowy zachodzi bowiem już po zawarciu takiej umowy, a więc po dokonaniu przez Zamawiającego wyboru wykonawcy, który winien nastąpić zgodnie z przepisami Pzp.

Zmiana podmiotowa po stronie wykonawcy, dokonana w zawartej umowie w sprawie zamówienia publicznego, ma charakter zmiany istotnej. W taki sposób kwalifikuje tę zmianę ETS, m.in. w orzeczeniu z dnia 19.06.2008r. w sprawie C-454/06 Priesstext Nachrichtenagentur GmbH przeciwko Austrii. W ocenie Trybunału zastąpienie wykonawcy, któremu Zamawiający pierwotnie udzielił zamówienia, przez nowego wykonawcę należy uznać za zmianę jednego z podstawowych postanowień umowy o zamówienie publiczne. Tego rodzaju zdarzenie stanowi udzielenie nowego zamówienia.

Zarzuty naruszenia art. 14, art. 50 ust. 1 i art. 51 ust. 1 Pzp nie zostały poparte przez Protestującego w uzasadnieniu wniesionego protestu argumentami prawnymi i faktycznymi. Tym samym Zamawiający nie ma możliwości odnieść się do argumentów Protestującego. Na podstawie dyspozycji art. 6 Kc, przedmiotowy zarzut podlega oddaleniu jako nieudowodniony.

W dniu 29.03.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa UZP) Odwołujący na oddalenie protestu Budimex SA wniosło odwołanie do UZP podtrzymując zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 22 ust. 1 pkt 4, art. 44, art. 50 ust. 1, art. 51 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp wraz z argumentacją z protestu oraz wnioskując o uwzględnienie protestu i unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał tego samego dnia (faxem). Dodatkowo wnosił o zasądzenie kosztów postępowania wedle spisu kosztów, który zostanie przedstawiony na rozprawie.

Z dniem 16.11.2007 r., tj. z dniem przejścia, spółka Budimex S.A. stała się następcą prawnym Budimex Dromex SA, wobec czego twierdzenie, jakoby Odwołujący nie był uprawniony do złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu jest całkowicie bezpodstawne. Spółka Budimex S.A. wstąpiła bowiem we wszystkie prawa i obowiązki spółki przejmowanej, tj. Budimex Dromex S.A.

W przedmiotowej sytuacji, tj. sukcesji uniwersalnej w sferze praw i obowiązków cywilnoprawnych, w szczególności w związku z przejściem na Budimex S.A. ogółu praw i obowiązków majątkowych Budimex Dromex S.A., wobec tego, że w skład majątku spółki przejmowanej wchodzi także prawa i obowiązki wykonawcy z tytułu uczestnictwa w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, spółka przejmująca Budimex S.A. wstąpiła z dniem przejścia również w te prawa i obowiązki. Badając możliwość zmian podmiotowych po stronie wykonawcy na etapie przed wyborem oferty, należy uznać, że tego rodzaju zmiany podmiotowej (tj. zmiany wynikającej z sukcesji generalnej) nie można traktować jako naruszenia art. 7 ust. 3 Pzp, skoro wykonawca, który złożył ofertę skupia w sobie uprawnienia zweryfikowanego przez Zamawiającego poprzednika do złożenia oferty. Co więcej na gruncie Pzp *„brak jest podstaw prawnych do uznania, by prawo do złożenia oferty zostało zniweczone faktem dokonania wskazanej wyżej zmiany podmiotowej”*. Z przepisów tych bowiem nie wynika prawo Zamawiającego do ograniczenia uprawnień nabytych na podstawie przepisów ksh w drodze sukcesji generalnej. Skoro brak jest w tym zakresie odpowiednich regulacji w Pzp, nie ma wątpliwości, że na gruncie rozpatrywanego stanu faktycznego konieczne jest również dokonanie oceny skutków zmiany podmiotowej w oparciu o przepisy ksh. Zgodnie z art. 492 § pkt 1 połączenie spółek kapitałowych poprzez przejście powoduje skutki przewidziane w art. 494 ksh, określane mianem sukcesji uniwersalnej (generalnej), polegającej na tym, że spółka przejmująca wstępuje z dniem połączenia we wszystkie prawa i obowiązki spółki przejmowanej. Nie ma natomiast żadnych wątpliwości, że od dnia połączenia podmiotem wszelkich praw i obowiązków staje się spółka przejmująca, która wstępuje w sytuację prawną poprzednika. Co więcej spółka ta staje się następcą prawnym nie tylko w zakresie praw i obowiązków cywilnoprawnych, ale również sukcesorem praw i obowiązków administracyjno-prawnych, z dniem bowiem połączenia na spółkę przejmującą przechodzą w szczególności zezwolenia,

koncesje oraz ulgi, które przyznane zostały spółce przejmowanej. Błędne jest więc twierdzenie Zamawiającego, że prawo do złożenia oferty ma charakter nieprzenoszalny.

Skoro prawo do złożenia oferty należy do sfery stosunków cywilnoprawnych, nie ma podstaw prawnych do jego wyłączenia z ogółu praw nabytych przez spółkę przejmującą. Możliwość przejścia tego prawa potwierdza również to, że na spółkę przejmującą przechodzą wszystkie prawa i obowiązki spółki przejmowanej, bez potrzeby i konieczności ich określania w planie połączenia czy w innym dokumencie. Wobec powyższego nie ma najmniejszych wątpliwości, że zarówno na gruncie ksh, jak i Pzp brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych do wyłączenia prawa do złożenia oferty, które z mocy prawa przysługuje następcy prawnemu przejętej spółki. Na gruncie przepisów Pzp, nie ma również podstaw do dokonywania ponownej weryfikacji podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia na etapie składania ofert w przetargu ograniczonym. Skoro poprzednik prawny spełniał wszystkie warunki udziału w postępowaniu, jak również nie podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 Pzp, to po jego stronie powstało prawo do złożenia oferty. Przejście bowiem pozytywnie procesu weryfikacji, wiąże się w świetle przepisów Pzp z nabyciem uprawnienia do dalszego uczestniczenia w postępowaniu. Prawa tego Wykonawca nie może być pozbawiony z powodu zmiany podmiotowej, skutkującej przejściem ogółu praw i obowiązków na następcę prawnego. Nie ma również żadnych podstaw prawnych, zarówno na gruncie Pzp, jak i ksh, do dokonywania przez Zamawiającego weryfikacji następcy prawnego, pod względem spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu i niepodlegania wykluczeniu z postępowania. Oznaczałoby to bowiem eliminowanie z udziału w postępowaniu podmiotów, które zgodnie z prawem dokonały połączenia i nabyły ogół praw i obowiązków, stanowiąc zarazem na gruncie zamówień publicznych niedozwolone ograniczenie konkurencji, w sytuacji, gdy uprawnienia poprzednika do uczestniczenia w dalszym postępowaniu nie zostały wcześniej skutecznie zakwestionowane.

W świetle powyższego nie ma więc najmniejszych wątpliwości, że Budimex S.A. jako spółka przejmująca była uprawniona do złożenia oferty w niniejszym postępowaniu, a fakt złożenia na wcześniejszym etapie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przez spółkę przejętą Budimex Dromex S.A. nie pozbawia Budimex S.A. uprawnień do podejmowania na dalszych etapach postępowania wszelkich czynności niezbędnych do uzyskania przedmiotowego zamówienia. Wobec powyższego, należy stwierdzić, że w przedmiotowym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego wskazanych wyżej przepisów Pzp. Konsekwencją tych naruszeń jest również naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp. Odwołujący jednocześnie podniósł, że złożona przez niego oferta przygotowana została z uwzględnieniem wszystkich postanowień SIWZ oraz zawiera wszystkie przedmiotowo istotne elementy niezbędne do zawarcia ważnej umowy.

W dniu 31.03.2010 r. Zamawiający faxem przekazał Konsorcjum Skanska (faxem) kopię odwołania i wezwał go do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia odwołania przystąpił dnia 14.04.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa UZP) Konsorcjum Skanska, po stronie Zamawiającego. Wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również po zapoznaniu się z pismem informującym o odrzuceniu oferty Odwołującego, protestem, przystąpieniem do protestu, rozstrzygnięciem protestu, odwołaniem, przystąpieniem do odwołania, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.**

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania odnośnie zadania 2.

Izba wskazuje, że Odwołujący miał prawo do wniesienia środka ochrony prawnej na czynność z 05.03.2010 r., co wynika bezspornie z art. 179 ust. 1 oraz 180 Pzp w brzmieniu obowiązującym dla przedmiotowego postępowania. W ocenie Izby, działanie Odwołującego było zgodne z jego interesem prawnym, gdyby bowiem nie złożył on środka ochrony prawnej na czynność z 05.03.2010 r., nieunikniony byłby wniosek Zamawiającego, że środek ochrony prawnej złożony na wybór oferty najkorzystniejszej dla zadania 1 i zadania 2, zawierający informację o odrzuceniu oferty Odwołującego, jest spóźniony, co mogłoby skutkować także odrzuceniem ewentualnego odwołania.

Odnośnie interesu prawnego należy wskazać, że Odwołujący legitymuje się tym interesem tylko w odniesieniu do zadania 2. W zadaniu 1 Odwołujący złożył trzecią, zaś w zadaniu 2 drugą pod względem cenowym ofertę (cena stanowiła jedyne kryterium oceny ofert). Wybór oferty najkorzystniejszej dla zadania 1 miał miejsce w dniu 09.03.2010 r., zaś

dla zadania 2 w dniu 17.03.2010 r. W ramach wskazanych wyborów oferty najkorzystniejszej Zamawiający ponowił odrzucenie oferty Odwołującego dla zadania 1 i 2, które pierwotnie miało miejsce w dniu 05.03.2010 r.

Odnosnie czynności z dnia 09.03.2010 r. dla zadania 1, Odwołującemu, w dniu złożenia protestu, tj. 11.03.2010 r., przysługiwało prawo do złożenia środka ochrony prawnej na wybór oferty najkorzystniejszej w tym zadaniu, jednakże wobec jego nie wniesienia, w dniu złożenia odwołania, nie miał on już żadnej możliwości, aby uzyskać zamówienie dla zadania 1, wobec złożenia trzeciej pod względem cenowym oferty. Unieważnienie czynności odrzucenia oferty w dniu 05.03.2010 r. nie będzie miało wpływu na wynik postępowania, albowiem Odwołujący w wyniku uwzględnienia odwołania i tak nie ma szansy na uzyskanie zamówienia dla tego zadania.

W dniu złożenia środków ochrony prawnej (tak protestu, jak i odwołania) Odwołujący był i nadal jest uczestnikiem postępowania dla zadania 2. Wynika to z faktu, że wybór oferty najkorzystniejszej dla zadania 2 jeszcze nie nastąpił, w chwili złożenia protestu, a w dniu złożenia odwołania, czynność wyboru oferty najkorzystniejszej dla zadania 2 została przez Odwołującego oprotestowana odrębnym środkiem ochrony prawnej, w ramach którego zakwestionował on wybór oferty Wykonawcy, który zaoferował cenę korzystniejszą od niego. W konsekwencji w wypadku uwzględnienia odwołania, którego wniesienie Odwołujący zadeklarował na rozprawie, wobec otwartego charakteru terminu na jego wniesienie, ma szanse na uzyskanie zamówienia. Izba wskazuje, że bez znaczenia dla interesu prawnego jest fakt, że w ramach środka ochrony prawnej złożonego przez Odwołującego na czynność z 17.03.2010 r., czyli wybór oferty najkorzystniejszej dla zadania 2, nie ma odniesienia się do odrzucenia jego oferty, albowiem nie można dwa razy oprotestować tej samej czynności, a uczynienie tego względem czynności z dnia 05.03.2010 r. czyni zadość wskazanej konieczności, sanując jednocześnie zaistniały stan.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3, art. 22 ust. 1 pkt 4, art. 44, art. 50 ust. 1, art. 51 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp Izba uznała za zasadne. Z uwagi na ich charakter oraz wobec *de facto* ich zaistnienia, jako efektu uznania przez Zamawiającego, że spółka Budimex SA, mimo że jest następcą prawnym Budimex Dromex SA nie ma prawa do złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu przetargowym, Izba odniesienie się do nich zbiorczo.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutu:

Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego złożył Budimex Dromex S.A. Zamawiający pismem z dnia

16.11.2009 r. zaprosił Budimex Dromex S.A. do złożenia oferty. W dniu 16.11.2009 r. nastąpiło przejście Spółki Budimex Dromex S.A. w Warszawie, poprzez przeniesienie całego majątku na spółkę Budimex S.A. w trybie połączenia spółek określonego w art. 492 § 1 pkt 1 Ksh, zgodnie z dokumentami złożonymi w dacie składania oferty. Ofertę w postępowaniu w dniu 10.02.2010 r. złożył Budimex S.A. w Warszawie.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Izba uznaje, że następca prawny podmiotu dopuszczonego do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu ma uprawnienia do złożenia oferty w przetargu, gdy jego poprzednik prawny zakwalifikował się do złożenia oferty, zaś następca prawny podmiotu dopuszczonego do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu nie podlega wykluczeniu z postępowania, z uwagi na przejście przez następcę prawnego prawa poprzednika do złożenia oferty, w tym wypadku nie mamy bowiem do czynienia ze złożeniem oferty przez Wykonawcę, który nie złożył w ogóle wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Należy wskazać, że skuteczne złożenie przez poprzednika prawnego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu na etapie złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie ulega zniweczeniu z uwagi na sukcesję generalną, albowiem następuje przejście przez następcę prawnego prawa poprzednika do złożenia oferty. Niedopuszczalne jest w takim stanie faktycznym, w ocenie Izby, odrzucenie oferty sukcesora generalnego pomimo spełniania warunków udziału w postępowaniu przez jego poprzednika prawnego, którego prawa i obowiązki przejął w całości.

Oświadczenia i dokumenty podmiotowe Wykonawcy zgodnie z art. 50 ust. 1 Pzp składane są wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w przetargu, a nie w dacie składania oferty, w konsekwencji Izba uznała, że wobec zakończenia I - etapu przetargu ograniczonego i uznania poprzednika prawnego sukcesora generalnego za spełniającego warunki udziału w postępowaniu, sukcesja generalna nie może skutkować negatywnie wobec następcy prawnego, który przejął Wykonawcę zaproszonego do II - etapu przetargu ograniczonego. Zaistniałe przejście nie miało charakteru celowego działania, któremu przyświecało dążenie do obejścia obowiązujących przepisów Pzp. Powyższe jest tym bardziej zasadne z uwagi na upływ znacznego okresu czasu między złożeniem wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym, a założeniem oferty. Odmowa wykonawcom prawa do dokonywania przekształceń, powodowałaby brak możliwości ubiegania się przez nich o udzielenie zamówienia publicznego i *de facto* wyłączenie ich z udziału w postępowaniach przetargowych.

Izba podtrzymuje także w przedmiotowym stanie faktycznym ocenę skutków dokonanej zmiany podmiotowej na gruncie kodeksu spółek handlowych w relacji do

przepisów Pzp wynikającą z orzecznictwa (wyrok KIO z dnia 12.10.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1210/09 oraz wyrok z dnia 12.01.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1946/09). Połączenie spółek kapitałowych, poprzez przejęcie dokonane na podstawie art. 492 § 1 pkt 1 ksh powoduje skutki przewidziane w art. 494 ksh, określane mianem sukcesji generalnej. Zgodnie z § 1 i 2 wskazanego przepisu, spółka przejmująca wstępuje we wszystkie prawa i obowiązki spółki przejmowanej i na spółkę przejmującą przechodzą z dniem połączenia w szczególności zezwolenia, koncesje oraz ulgi, które zostały przyznane spółce przejmowanej, chyba że ustawa lub decyzja o udzieleniu zezwolenia, koncesji lub ulgi stanowi inaczej. Powyższe oznacza, iż od dnia przejęcia podmiotem wszelkich praw i obowiązków staje się spółka przejmująca, gdyż spółka przejmowana ulega rozwiązaniu bez przeprowadzenia postępowania likwidacyjnego. Powyższa sukcesja jest sukcesją uniwersalną obejmując zarówno sukcesję cywilnoprawną, jak i administracyjno-prawną. Na gruncie rozpatrywanej sprawy istotne znaczenie, w świetle art. 14 Pzp, ma stwierdzenie nastąpienia generalnej sukcesji cywilnoprawnej, oznaczające przejęcie przez spółkę przejmującą ogółu praw podmiotowych, jakie przysługiwały spółce przejmowanej. Prawem takim jest w rozpatrywanej sprawie uprawnienie nabyte przez spółkę przejętą na wcześniejszym etapie postępowania, polegające na prawie do złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Izby brak jest podstaw prawnych do uznania, by to prawo zostało utracone (zniweczone) faktem dokonania wskazanej wyżej zmiany podmiotowej. Tego rodzaju zmiany podmiotowej Izba nie traktuje jako naruszenia art. 7 ust. 3 Pzp. Skoro Zamawiający prawidłowo dokonał weryfikacji spółki przejmowanej (co nie było kwestionowane przez Odwołującego na etapie zaproszenia wykonawcy do złożenia oferty), nie ma podstaw do twierdzenia, iż w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów ustawy wskazanych przez Odwołującego. Procedura zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego przewiduje I-etap weryfikacji podmiotów pod kątem spełniania warunków, po którego zakończeniu późniejsza weryfikacja ewentualnych zmian w tej materii, nie występuje. W tym świetle Izba uznaje, iż Zamawiający nie dopuścił się naruszenia zasad oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w stosunku do wykonawcy, który złożył ofertę, będącego sukcesorem generalnym skupiającym w sobie uprawnienia zweryfikowanego wykonawcy do złożenia oferty. Izba uznała, iż w postępowaniu prowadzonym dwuetapowo (np. w trybie przetargu ograniczonego), zmiana podmiotowa będąca wynikiem sukcesji generalnej po stronie wykonawcy zaproszonego do złożenia oferty, nie może automatycznie prowadzić do kwestionowania wyników wcześniej zakończonej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Tożsame stanowisko zajął Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 19.03.2010 r., sygn. akt: XII Ga 106/10, w którym wskazano, że skoro spółka przejmująca nabywa



wszystkie prawa spółki przejmowanej, to nie ma żadnych podstaw dla których można byłoby uznać, że spółka przejmująca nie może kontynuować jako wykonawca postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykluczenie takiej możliwości, poprzez odrzucenie oferty Wykonawcy – spółki przejmującej, w efekcie prowadziłoby do uznania, że nie jest dopuszczalne dokonywanie przekształceń w trybie art. 492 ksh w czasie kiedy trwa procedura zamówienia publicznego. Taki wniosek bez wyraźnej regulacji ustawodawczej, nie jest możliwy. Nie można go także wyinterpretować z treści art. 7 ust. 3 Pzp. Omawiana regulacja nie dotyczy dokonywanych w trakcie trwania przetargu przekształceń podmiotowych dotyczących oferentów. Następca prawny (w tym wypadku spółka przejmująca) wstępuje bowiem w całokształt sytuacji prawnej poprzednika, a więc procedura dotycząca oceny nowego podmiotu stanowi kontynuację oceny dotychczasowej oferty. Nie jest to zupełnie nowy podmiot, do tej pory w ogóle nie wstępujący. Wykonawca, którego oferta będzie oceniana jest kontynuatorem prawnym swojego poprzednika. Odnośnie oświadczeń, a w tym kontekście także dokumentów Sąd Okręgowy wskazał, że nie wykazano ewentualnego zalegania z podatkami, czy też karania członków zarządu, zaś spółka przejmowana, stosowne oświadczenia oraz dokumenty złożyła i zostały one zweryfikowane w trakcie postępowania. W konsekwencji w ocenie Sądu Okręgowego nie ma uzasadnienia blokowania dostępu do rynku zamówień publicznych podmiotom podlegającym zmianom i zakładania *a priori* złej wiary i zamiaru obejścia przepisów prawa przez te podmioty. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Jednocześnie Izba, wobec faktu, że interes prawny ma Odwołujący tylko względem zadania 2, nakazała unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty dla tego zadania, uznając, iż zasadne jest powtórzenie czynności badania i oceny ofert tylko w odniesieniu do zadania 2. Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp zdanie pierwsze oraz art. 191 ust. 1a Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalna kwota dopuszczona przez w/w rozporządzenie.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....