



Warszawa, dnia 9... grudnia 2021 r.

Zn. spr.:EZ.272.1.2.2021

## WYKONAWCY

*Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. Usługi lotnicze w lasach w zakresie ochrony przeciwpożarowej i ochrony lasu w roku 2022.*

Zamawiający, na podstawie art. 135 ust. 2 i 6 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”, udostępnia treść zapytań wraz z wyjaśnieniami dotyczącymi specyfikacji warunków zamówienia, które zostały zadane w ww. postępowaniu.

### Pytanie:

**Pytanie dot. § 18 ust. 2 wzoru umowy.**

**Czy Zamawiający przewiduje możliwości rozszerzenia katalogu istotnych zmian postanowień umowy w przypadku zastąpienia wykonawcy, któremu zamawiający udzielił zamówienia, nowym wykonawcą – w szczególności w przypadku zbycia przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części (sprzedaży, aportu), zgodnie z art. 55<sup>2</sup> Kodeksu cywilnego?**

Uzasadnienie:

Zgodnie z art. 455 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019, t. j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129, dalej: „PZP”) dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia gdy nowy wykonawca ma zastąpić dotychczasowego wykonawcę:

a) jeżeli taka możliwość została przewidziana w postanowieniach umownych,

lub

b) w wyniku sukcesji, wstępując w prawa i obowiązki wykonawcy, w następstwie przejęcia, połączenia, podziału, przekształcenia, upadłości, restrukturyzacji, dziedziczenia lub nabycia dotychczasowego wykonawcy lub jego przedsiębiorstwa, o ile nowy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia oraz nie pociąga to za sobą innych istotnych zmian umowy, a także nie ma na celu uniknięcia stosowania przepisów ustaw.

Przekształcenie podmiotowe w wyniku sukcesji obejmuje sytuacje opisane w kodeksie spółek handlowych (tj. podział, przekształcenie, połączeniem) lub w prawie upadłościowym i restrukturyzacyjnym, lecz nie obejmuje sytuacji zbycia przedsiębiorstwa.

W przypadku transakcji zbycia przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części nie następuje sukcesja generalna, wynikająca bezpośrednio z przepisów. Jednakże, zgodnie z art. 552 Kodeksu cywilnego czynność prawna mająca za przedmiot przedsiębiorstwo obejmuje wszystko, co wchodzi w jego skład. W skład przedsiębiorstwa zgodnie z jego kodeksową definicją wchodzi m.in. prawa, ale nie wchodzi obowiązki. Przejęcie długu (obowiązków) zgodnie z art. 519 Kodeksu cywilnego wymaga zgody wierzyciela. Natomiast w reżimie zamówień publicznych, zmiana taka powinna zostać przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. W takim wypadku dopuszczalna jest sukcesja praw i obowiązków wynikająca z transakcji obejmującej przedsiębiorstwo lub jego zorganizowaną część.

Zgodnie z art. 455 ust. 1 pkt. 1 PZP dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia niezależnie od wartości tej zmiany, o ile została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, jeżeli spełniają one łącznie następujące warunki:

- a) określają rodzaj i zakres zmian,
- b) określają warunki wprowadzenia zmian,
- c) nie przewidują takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy.

Z uwagi na okres trwania zamówienia na „Usługi lotnicze w lasach w zakresie ochrony przeciwpożarowej i ochrony lasu w roku 2022” brak dopuszczenia do zmiany podmiotowej po stronie wykonawcy może ograniczać katalog wykonawców, gdyż wyklucza te podmioty, które planują na przestrzeni 2022 transakcje dotyczące swojego przedsiębiorstwa. W związku z powyższym, zwracamy się z propozycją zmiany postanowień we wzorze umowy poprzez zmianę § 18 ust. 2 i zastąpienie dotychczasowej treści następująca:

2. Istotna zmiana postanowień umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, może być dokonana tylko z ważnych przyczyn. W szczególności, jeżeli:

~~1) w okresie obowiązywania umowy nastąpi zmiana stawki podatku od towarów i usług (VAT), dopuszcza się zmianę cen jednostkowych brutto poprzez doliczenie podatku w nowej stawce do dotychczasowych cen netto.~~

Konsekwencją będzie zmiana cen całkowitych brutto i maksymalnego wynagrodzenia Wykonawcy.

2) gdy przedsiębiorstwo wykonawcy, jego zorganizowana część lub składniki majątkowe mające istotne znaczenie dla realizacji Umowy w postaci floty zostały przeniesione na innym podmiot, który ma zastąpić dotychczasowego wykonawcę wstępując w prawa i obowiązki wykonawcy, o ile nowy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia oraz nie pociąga to za sobą innych istotnych zmian umowy.

Dokonanie zmiany wykonawcy wymaga złożenia przez dotychczasowego wykonawcę do Zamawiającego wniosku o dokonanie ww. zmiany wraz z dowodami potwierdzającymi spełnienie ww. wymagań określonych w SWZ.

### **Odpowiedź:**

Zamawiający nie uwzględnia wniosku wykonawcy o wprowadzenie dodatkowych zapisów przewidujących zmiany umowy poza określonymi w § 18 ust. 2 – załącznik nr 3 - istotne postanowienia umowy.

Zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Wyjątki od tej zasady, pozwalające na zmianę podmiotową po stronie wykonawcy, zostały określone w art. 455 ust. 1 pkt 2 lit a-c ustawy Pzp. Należy mieć też na względzie to, że powszechnie przyjęta reguła stanowi, iż wyjątków nie należy interpretować rozszerzająco. Jakakolwiek zmiana podmiotowa po stronie wykonawcy, w tym zmiana, która została przewidziana w samej umowie w sprawie zamówienia publicznego, nie może prowadzić do obejścia przepisów o zamówieniach publicznych.

Zamawiający przewiduje zmiany umowy biorąc pod uwagę okoliczności obiektywne, wywołane zdarzeniami zewnętrznymi, niezależne od czynności podejmowanych przez wykonawcę, na które wykonawca oraz zamawiający nie mają wpływu.

Wykonawca składając ofertę powinien rozważyć okoliczności mogące mieć wpływ na realizację zamówienia związane z jego własną działalnością gospodarczą. Zbycie części przedsiębiorstwa lub składników majątkowych służących do realizacji przedmiotu umowy (a w konsekwencji przeniesienie przez wykonawcę własności tych składników majątkowych na nabywcę) nie skutkuje automatycznie niemożnością realizacji zawartej umowy, bowiem ustawa Pzp nie stawia wymogów realizacji przedmiotu umowy środkami technicznymi, które są własnością wykonawcy. Do należytej realizacji zamówienia wystarczające jest jedynie posiadanie niezbędnych środków technicznych.

Dodatkowo, Zamawiający daje pod rozagę wykonawcy treść wynikającą z Komentarza do ustawy Prawo Zamówień Publicznych opracowanego przez Urząd Zamówień Publicznych pod redakcją Huberta Nowaka oraz Mateusza Winiarza (Warszawa 2021), strony 1211-1213, z którego wynika:

„Rozważając możliwość dokonania zmiany wykonawcy zamówienia publicznego w przypadku nabycia przez inny podmiot dotychczasowego wykonawcy lub jego przedsiębiorstwa, w pierwszej kolejności należy przywołać art. 55<sup>2</sup> oraz 55<sup>4</sup> Kc, regulujące kwestie związane ze sprzedażą przedsiębiorstwa i dopuszczalnym na gruncie przepisów Pzp kumulatywnym przystąpieniem do długu. Stosownie do art. 55<sup>2</sup> Kc czynność prawna (np. sprzedaż), mająca za przedmiot przedsiębiorstwo, obejmuje wszystko, co wchodzi w jego skład, chyba że co innego wynika z treści konkretnej czynności prawnej albo z przepisów szczególnych. Zgodnie z art. 55<sup>1</sup> Kc poza zakresem pojęcia przedsiębiorstwa pozostają jednak zobowiązania i obciążenia związane z jego prowadzeniem. Tym samym przejście na nabywcę przedsiębiorstwa na podstawie art. 55<sup>2</sup> Kc obejmować będzie jedynie przejście aktywów. Natomiast konsekwencje prawne zawarcia umowy zbycia przedsiębiorstwa w odniesieniu do wchodzących w jego skład pasywów, rozumianych jako zobowiązania związane z jego prowadzeniem, uregulowane zostały w art. 55<sup>4</sup> Kc. **Zgodnie z tym przepisem nabywca przedsiębiorstwa jest odpowiedzialny solidarnie**

ze zbywcą za jego zobowiązania związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa, chyba że w chwili nabycia nie wiedział o tych zobowiązaniach, mimo zachowania należytej staranności. Odpowiedzialność nabywcy ogranicza się do wartości nabytego przedsiębiorstwa według stanu określanego w chwili nabycia, a według cen w chwili zaspokojenia wierzyciela. Odpowiedzialności tej nie można bez zgody wierzyciela wyłączyć ani ograniczyć.

**Solidarną odpowiedzialność za zobowiązania, mającą podstawę w art. 55<sup>4</sup> Kc, ponosi na równi ze zbywcą również nabywca zorganizowanej części przedsiębiorstwa<sup>1</sup>.** Przyjęcie, że zorganizowana część przedsiębiorstwa to jego część, zwłaszcza wyodrębniona organizacyjnie i finansowo jako zakład lub oddział, obejmująca zespół składników materialnych i niematerialnych przeznaczonych do realizacji określonych zadań gospodarczych, która zarazem mogłaby stanowić samodzielne przedsiębiorstwo realizujące te zadania, oznacza, iż odpowiada ona istocie przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym (art. 55<sup>1</sup> Kc).

W art. 55<sup>4</sup> Kc przewidziany został przypadek przystąpienia z mocy samego prawa do długu przez nabywcę określonych w tym przepisie dóbr majątkowych. Nabycie przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części stanowi źródło solidarnej odpowiedzialności zbywcy i nabywcy i jest równoznaczne z przystąpieniem nabywcy do długów wynikających z zobowiązań związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa lub zorganizowanej części tego przedsiębiorstwa.

Przystąpienie do długu na mocy art. 55<sup>4</sup> Kc stanowi takie przekształcenie podmiotowe stosunku zobowiązaniowego po stronie dłużnika, że do dotychczasowego zobowiązania dłużnika przystępuje osoba trzecia w charakterze dłużnika solidarnego, przy czym nie powoduje to zwolnienia dotychczasowego dłużnika z długu – tzw. kumulatywne przejęcie długu. W wyniku nabycia zorganizowanej części przedsiębiorstwa w stosunku zobowiązaniowym pojawiają się dwaj dłużnicy, z których jeden odpowiada osobiście bez ograniczenia (zbywca), a drugi (nabywca) również odpowiada osobiście, ale jego odpowiedzialność jest ograniczona do wartości nabytej części przedsiębiorstwa.

---

**Mając powyższe na uwadze, należy stwierdzić, że zawarcie umowy sprzedaży przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części (art. 55<sup>2</sup> i 55<sup>4</sup> Kc), z którą związane są zobowiązania dotychczasowego właściciela odnoszące się do umów o wykonanie zamówienia publicznego, pociąga za sobą zmianę podmiotową po stronie wykonawcy.**

Przystępujący do długu nabywca przedsiębiorstwa staje się samoistnym dłużnikiem obok dotychczasowego wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Dotychczasowy wykonawca wyłoniony zgodnie z przepisami Pzp nie zostaje jednak zwolniony z wykonania zamówienia, a obok niego pojawia się dodatkowy podmiot, solidarnie odpowiedzialny za jego wykonanie (tzw. kumulatywne przystąpienie do długu).

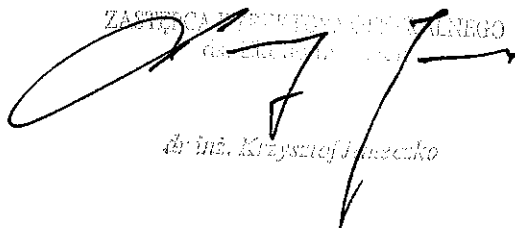
Należy również zauważyć, iż potwierdzeniem zbycia określonej części przedsiębiorstwa przez dotychczasowego wykonawcę zamówienia publicznego jest umowa zawarta

---

<sup>1</sup> Por. wyrok SN z dnia 25 listopada 2005 r. sygn. akt V CK 381/05; wyrok SN z dnia 9 lutego 2011 r. sygn. akt V CSK 213/10

pomiędzy wykonawcą a podmiotem trzecim, który nabywa przedsiębiorstwo, a tym samym przystępuje do zobowiązania, o której zawarciu wykonawca zamówienia publicznego powinien co do zasady poinformować zamawiającego”.

Z poważaniem,

ZASTĘPCA WZNIKLIWYCH WYKONAWCÓW  
GOSPODARSTWA  
  
dr inż. Krzysztof Jureczko