

POSTANOWIENIE
z dnia 19 grudnia 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 19 grudnia 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 grudnia 2022 roku przez wykonawcę ETP S.A. w restrukturyzacji z siedzibą w Katowicach w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Katowickie Inwestycje S.A. z siedzibą w Katowicach

przy udziale wykonawcę JKT J. K. – T. z siedzibą w Imielinie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3210/22 po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę ETP S.A. w restrukturyzacji z siedzibą w Katowicach i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ETP S.A. w restrukturyzacji z siedzibą w Katowicach tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 wraz ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Katowickie Inwestycje S.A. z siedzibą w Katowicach wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane o wartości przekraczającej progi unijne, prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Modernizacja kanalizacji ogólnospławnej w rejonie ulic Panewnickiej i Nizinnej w Katowicach”, numer referencyjny nadany sprawie przez Zamawiającego: KISA/PN/05/II/2022/POIŚ/WNIOSEK IV_ZAD.6/PANEWNICKA_NIZINNA.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało dokonane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 lipca 2022 r. - Dz.U./S S140 401446-2022-PL ze zmianą z dnia 12 sierpnia 2022 r. – Dz.U./S S155 445594-2022-PL i zmianą z dnia 31 sierpnia 2022 r. – Dz.U./S S167 474856-2022-PL.

W dniu 13 września 2022 roku, ETP S.A., dalej jako „Odwołujący” lub „ETP” lub „Wykonawca”, złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W dniu 22 września 2022 roku już po złożeniu przez Odwołującego oferty, na podstawie przepisów ustawy z dnia 15 maja 2015 - Prawo restrukturyzacyjne (tj. z dnia 23 lipca 2021 r. Dz.U. z 2021 r. poz. 1588), zwanej dalej „Prawem restrukturyzacyjnym”, Sąd Rejonowy Katowice - Wschód w Katowicach X Wydział Gospodarczy, wydał postanowienie o otwarciu postępowania sanacyjnego wobec Odwołującego, sygn. KA1K/GR/15/2022.

Odwołujący pismem z dnia 29 września 2022 r. powiadomił Zamawiającego o otwarciu postępowania sanacyjnego, wskazując, iż celem tego postępowania jest zawarcie układu, który pozwoli na dalsze i skuteczne prowadzenie działalności przedsiębiorstwa.

W dniu 25 listopada 2022 r. została przekazana Odwołującemu ETP S.A. w restrukturyzacji z siedzibą w Katowicach (do pierwotnej nazwy został zamieszczony dodatek „w restrukturyzacji”) przez Zamawiającego informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu jego oferty.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 2 grudnia 2022 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego, polegających na:

1. wykluczeniu Odwołującego z postępowania, jako że w stosunku do niego otwarto postępowanie sanacyjne, pomimo że otwarcie ww. postępowania wobec Odwołującego nie stanowi podstawy do wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;

2. odrzuceniu oferty Odwołującego, jako że została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczenia, pomimo że brak jest podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;

3. pominięciu oferty Odwołującego w badaniu i ocenie ofert, jako że oferta Odwołującego została odrzucona, pomimo że nie powinna zostać odrzucona, gdyż nie podlega on wykluczeniu z postępowania;

4. dokonaniu wyboru oferty JKT J. K. – T., zwanej dalej „JTK”, jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że z punktu widzenia kryteriów oceny ofert, określonych w SWZ, oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą;

5. zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że przy uwzględnieniu kryteriów oceny ofert, określonych w SWZ przez Zamawiającego, oferta Odwołującego uzyskuje najwięcej punktów i jest ofertą najkorzystniejszą.

W zakresie ww. czynności, Zamawiającemu zarzucił naruszenie:

1. art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp lub PZP poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, będące wynikiem błędnego przyjęcia, że otwarcie postępowania sanacyjnego wobec Odwołującego, powoduje jego wykluczenie, pomimo że z przesłanek wykluczenia, zawartych w treści powołanego przepisu, nie wynika, jakoby samo otwarcie postępowania sanacyjnego wobec wykonawcy, stanowiło podstawę jego wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;

2. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, jako że została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 4) PZP, pomimo że nie podlega on wykluczeniu z Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym, brak jest podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego;

3. art. 239 ust. 1 i 2 PZP poprzez pominięcie oferty Odwołującego w badaniu i ocenie ofert, dokonaniu wyboru oferty JKT oraz zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że Odwołujący nie podlega wykluczeniu, a jego oferta nie podlega odrzuceniu, a przy uwzględnieniu kryteriów oceny ofert, określonych w SWZ

przez Zamawiającego, oferta Odwołującego uzyskuje najwięcej punktów i jest ofertą najkorzystniejszą;

4. art. 16 PZP oraz art. 17 PZP ust. 1 i 2 PZP poprzez niezapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak również naruszenie zasady przejrzystości postępowania, a tym samym stygmatyzację Odwołującego z powodu otwarcia wobec niego postępowania sanacyjnego, które nie pozbawia go prowadzenia działalności, w tym ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego na zasadach identycznych jak inni wykonawcy, co było konsekwencją naruszenia przez Zamawiającego wskazanych wyżej przepisów prawa, a co z kolei skutkowało wykluczeniem Odwołującego i odrzuceniem jego oferty.

Wobec wyżej opisanych zarzutów, Odwołujący wnosil o:

1. uwzględnienie niniejszego odwołania w całości;
 2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności w postaci wykluczenia Odwołującego z postępowania;
 3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności w postaci odrzucenia oferty Odwołującego;
 4. nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności przywołanych w niniejszym odwołaniu i uwzględnieniem oferty Odwołującego;
 5. nakazanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;
- a nadto:
6. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego i zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym ewentualnych kosztów zastępstwa adwokackiego według norm przewidzianych przepisami prawa, opłaty skarbowej od pełnomocnictwa oraz innych kosztów na podstawie przedstawionych na rozprawie rachunków.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 66 Prawa restrukturyzacyjnego, otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego nie ma wpływu na zdolność prawną oraz zdolność do czynności prawnych dłużnika, a jedynie po wydaniu przez sąd postanowienia o otwarciu postępowania restrukturyzacyjnego przedsiębiorca występuje w obrocie pod dotychczasową firmą z dodaniem oznaczenia "w restrukturyzacji". Nadto, zgodnie z ww. postanowieniem, pozostawiono zarząd własny dłużnikowi, tj. Odwołującemu, w oparciu o art. 288 ust. 3 Prawa restrukturyzacyjnego, a tym samym, Zarząd Odwołującego wykonuje zarządu nad całością przedsiębiorstwa w zakresie nieprzekraczającym zakresu zwykłego zarządu.

Odwołujący zauważył, że informując wszystkich kontrahentów, pismem z dnia 29 września 2022 r., poinformował również Zamawiającego o otwarciu postępowania sanacyjnego, wskazując, iż celem tego postępowania jest zawarcie układu, który pozwoli na dalsze i skuteczne prowadzenie działalności przedsiębiorstwa.

Odwołujący wyjaśnił również, że Zamawiający, jako podstawę wykluczenia powołał treść art. 109 ust. 1 pkt 4) PZP, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może wykluczyć wykonawcę, w stosunku do którego otwarto likwidację, ogłoszono upadłość, którego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, którego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury.

Uzasadniając podstawę wykluczenia, Zamawiający wskazał, iż pkt VIII.1.8) SWZ stanowi, iż Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę w stosunku, do którego zachodzą przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 4) PZP.

Nadto, Odwołujący zaznaczył, że z lektury uzasadnienia Zamawiającego wynika, że otwarcie postępowania sanacyjnego w oparciu o przepisy Prawa restrukturyzacyjnego - zdaniem Zamawiającego - stanowi przesłankę wykluczenia zawartą w powołanym powyżej przepisie. Zamawiający uznał, iż Odwołujący „znajduje się (...) w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury”.

Zdaniem Odwołującego - Zamawiający dokonał nieprawidłowej wykładni przepisu, a powołany przez niego komentarz i stanowisko doktryny, nie potwierdza, jakoby sam fakt otwarcia postępowania sanacyjnego, był podstawą do wykluczenia wykonawcy z postępowania, jako że „znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury”.

Wywodził przy tym, że o ile można przyjąć, że ustawodawca wskazując na „inną tego rodzaju sytuację wynikającą z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury”, miał na myśli postępowanie restrukturyzacyjne, prowadzone w oparciu o przepisy Prawo restrukturyzacyjne, to nie można już przyjąć, że samo otwarcie postępowania sanacyjnego, stanowi „inną tego rodzaju sytuację”, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 4) PZP.

Według Odwołującego - dla interpretacji „innej tego rodzaju sytuacji”, nie bez znaczenia pozostaje początkowy fragment przepisu, który odnosi się do okoliczności związanych z zaprzestaniem funkcjonowania wykonawcy. Ustawodawca ma tu na myśli różnego rodzaju sytuacje, w tym powoływane przez Zamawiającego, ale których skutkiem jest likwidacja, upadłość wykonawcy, zaprzestanie lub wstrzymanie działalności.

Powołał się na stanowisko doktryny komentujące powołany wyżej przepis podstawy wykluczenia, gdzie między innymi wskazała A. Gawrońska-Baran, że wykluczeniu może zatem podlegać wykonawca, który znajduje się w innej sytuacji niż wymieniona na wstępie w komentowanym przepisie, lecz tego samego rodzaju, wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury. Dostosowano w ten sposób przepisy Prawa zamówień publicznych do brzmienia art. 57 ust. 4 lit. b) dyrektywy 2014/24/UE. Obejmuje on możliwością wykluczenia wykonawcę, który „zbankrutował lub prowadzone jest postępowanie upadłościowe lub likwidacyjne, jego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, jego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w krajowych przepisach ustawowych i wykonawczych”.

Wskazał również, że W. Hartung podniósł, iż prawodawca unijny, formułując przedmiotową fakultatywną przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania, ma na celu eliminację tych wykonawców, którzy są niezdolni do wykonania zamówienia z powodu utraty szeroko pojętej płynności finansowej. Jednocześnie, w porównaniu z dyrektywą 2004/18/WE, wprowadzono nowe rozwiązanie pozwalające na to, aby państwa członkowskie mogły złagodzić zastosowanie tej przesłanki wykluczenia. Na gruncie omawianej dyrektywy, można wymagać albo przewidzieć możliwość, by instytucja zamawiająca podjęła decyzję o niewykluczeniu wykonawcy znajdującego się w jednej z sytuacji, o których mowa powyżej, gdy stwierdzi ona, że dany wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie, z uwzględnieniem mających zastosowanie przepisów krajowych i środków dotyczących kontynuowania działalności gospodarczej. Zastosowanie tego wyjątku pozwoli w praktyce ustawodawstw krajowych na odpowiednie dopasowanie krajowych instytucji prawnych do przepisów z zakresu zamówień publicznych. Przykładowo, postępowanie upadłościowe prowadzone na gruncie polskiej ustawy z 28 lutego 2003 roku – Prawo upadłościowe i naprawcze (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 233 ze zm.), prowadzić może zarówno do 1) likwidacji spółki, wobec której jest prowadzone, jak i może też dojść do 2) zawarcia układu z wierzycielami, dzięki czemu przywrócona zostaje wypłacalność spółki. Przenosząc opisany przykład na przepisy omawianej instytucji wykluczenia, należałoby się raczej opowiedzieć za tym, aby zawarcie układu z wierzycielami (skutkujące przywróceniem płynności finansowej

takiej spółki) nie eliminowało wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zauważył również, że M. Sieradzka, wskazała, iż przedmiotową fakultatywną przesłanką wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 PZP, odnieść należy, w całości do skutku, jakim jest likwidacja lub ogłoszenie upadłości wykonawcy. Wskazała, iż ustawodawca w oparciu o ww. przepis, dopuścił możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania, gdy: 1) w stosunku do niego otwarto likwidację; 2) w zatwierdzonym przez sąd układzie w postępowaniu restrukturyzacyjnym jest przewidziane zaspokojenie wierzycieli przez likwidację jego majątku, lub 3) sąd zarządził likwidację jego majątku w trybie art. 332 ust. 1 ustawy Prawo restrukturyzacyjne, 4) ogłoszono upadłość. W zakresie postępowania restrukturyzacyjnego, wskazuje się jedynie na fakt, gdy w zatwierdzonym przez sąd układzie w postępowaniu restrukturyzacyjnym jest przewidziane zaspokojenie wierzycieli przez likwidację jego majątku, jak również, gdy sąd zarządzi likwidację majątku wykonawcy. Także nie każda upadłość wykonawcy, oznacza wykluczenie go z postępowania. Wykonawca, który po ogłoszeniu upadłości zawarł układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego, to wykonawca nie podlega wykluczeniu, chyba, że sąd zarządził likwidację jego majątku upadłego w trybie art. 366 ust. 1 Prawa upadłościowego.

I podobnie podniósł, że M. Stachowiak stwierdziła, iż zamawiający może przewidzieć wykluczenie takiego wykonawcy, który kończy prowadzenie działalności lub kontynuowanie przez niego działalności jest zagrożone, co znalazło swój wyraz w podjętych formalnie czynnościach przez samego wykonawcę lub orzeczeniach odpowiednich organów. Ustawa dopuszcza jako podstawy wykluczenia otwarcie likwidacji, ogłoszenie upadłości, zarządzanie aktywami wykonawcy przez likwidatora lub sąd, zawarcie układu z wierzycielami lub zawieszenie działalności gospodarczej. Ponadto w przepisie zamieszczono ogólną klauzulę znajdowania się w sytuacji tego rodzaju co wymienione powyżej, wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury, co należy odnosić do wykonawców posiadających miejsce siedziby poza Rzeczpospolitą Polską. Wykluczeniu podlega wykonawca, którego likwidację otwarto. Likwidacja prowadzi do zakończenia bytu prawnego przedsiębiorcy, w związku z czym udzielanie zamówienia takiemu podmiotowi jest bezcelowe. Przepisy o likwidacji, w tym regulujące powołanie likwidatora oraz jego kompetencje, znajdują się w Kodeksie spółek handlowych, jak też w ustawach regulujących określone rodzaje działalności, np. w Prawie spółdzielczym, Prawie bankowym, Prawie o stowarzyszeniach czy ustawie o kołach gospodyń wiejskich. Natomiast, zgodnie z art. 10 Prawa upadłościowego, upadłość ogłasza się w stosunku do dłużnika, który stał się niewypłacalny, co oznacza, że nie wykonuje on swoich wymagalnych zobowiązań.

Ustawodawca, formułując przesłankę wykluczenia z postępowania wykonawcy, którego upadłość ogłoszono, ma na celu eliminację wykonawców niezdolnych do wykonania zamówienia. Wykluczeniu podlega wykonawca, w stosunku, do którego ogłoszono upadłość obejmującą likwidację majątku upadłego. Wykluczenie zachodzi także w przypadku, gdy w postępowaniu restrukturyzacyjnym prowadzonym na podstawie przepisów ustawy Prawo restrukturyzacyjne sąd zatwierdził układ przewidujący zaspokojenie wierzycieli przez likwidację podmiotu lub też likwidacja została zarządzona na podstawie art. 332 ust. 1 powoływanej ustawy.

Powołał się również na stanowisko A. Gawrońskiej-Baran, zawartej w innej publikacji, która podnosi, iż w świetle ust. 1 pkt 4 zamawiający może wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, w stosunku do którego otwarto likwidację, ogłoszono upadłość, którego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, którego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury. Wskazuje, iż przesłanka ta jest zbliżona treściowo do dotychczasowej także fakultatywnej podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 1 PZP z 2004 (lecz nie tożsama z nią). W obecnej ustawie zrezygnowano chociażby z odesłania do konkretnych przepisów odrębnych i – co najbardziej kluczowe – uwzględniono w niej potrzebę wzięcia pod uwagę odmienności w sytuacji wykonawcy wynikające z innych systemów prawnych. Wykluczeniu może zatem podlegać też wykonawca, który znajduje się w innej sytuacji niż wymieniona na wstępie w komentowanym przepisie, lecz tego samego rodzaju i wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury. Dostosowano w ten sposób przepisy Prawa zamówień publicznych do brzmienia art. 57 ust. 4 lit. b dyrektywy 2014/24/UE. Obejmuje on możliwością wykluczenia wykonawcę, który „zbankrutował lub prowadzone jest postępowanie upadłościowe lub likwidacyjne, jego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, jego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w krajowych przepisach ustawowych i wykonawczych”. Wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1 pkt 4 ma uzasadnienie w tym, że po pierwsze – taki wykonawca nie gwarantuje wykonania zamówienia ze względu na swoją złą kondycję ekonomiczną lub finansową, a po drugie – istnieje wysokie prawdopodobieństwo – zwłaszcza w przypadku zamówień długoterminowych – że w trakcie jego realizacji zakończy swoją działalność i nie zdoła go wykonać. Likwidacja prowadzi do zakończenia bytu prawnego przedsiębiorcy, w związku z czym udzielanie zamówienia takiemu podmiotowi wydaje się bezcelowe. Upadłość ogłasza się natomiast w stosunku do dłużnika, który stał się niewypłacalny, a więc gdy utracił zdolność do wykonywania swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych.

Zdaniem Odwołującego - „inna tego rodzaju sytuacja”, o której mowa w art. 109 ust 1 pkt 4 PZP, na którą powołuje się Zamawiający w przedmiotowej sprawie dokonując wykluczenia, nie może odnosić się do otwarcia postępowania sanacyjnego, które nie zmierza do likwidacji lub upadłości wykonawcy, nie kończy prowadzenia działalności oraz nie powoduje, iż działalność jest zagrożona. A zatem jeżeli nawet nie każde postępowania upadłościowe prowadzi do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tym bardziej samo otwarcie postępowania sanacyjnego, nie może do niego prowadzić.

Wyjaśnił, iż za nadrzędny cel postępowania sanacyjnego, jako jednego z rodzajów postępowań restrukturyzacyjnych, ustawodawca uznał uniknięcie ogłoszenia upadłości dłużnika poprzez przeprowadzenie działań sanacyjnych, na co wprost wskazuje art. 3 ust. 1 Prawa restrukturyzacyjnego. Działania sanacyjne zmierzać mają do poprawy sytuacji ekonomicznej dłużnika oraz przywrócenia mu zdolności do wykonywania zobowiązań, przy jednoczesnej ochronie przed egzekucją, na co z kolei wskazuje art. 3 ust. 6 powoływanej ustawy.

Celem restrukturyzacji jest to, aby dzięki niej przedsiębiorstwo dłużnika w znaczeniu obiektywnym mogło dalej istnieć na rynku, przy czym nie ma tu znaczenia, w jakim rozmiarze prowadziłoby działalność, czy też w oparciu o jakie aktywa i jaką ich liczbę. Dłużnik prowadzący to przedsiębiorstwo ma – *verba legis* – uniknąć upadłości, czyli ma dalej funkcjonować, ma być obecny w obrocie i o to właśnie chodzi przy ocenie celów restrukturyzacji (zob. postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 8 maja 2018 r., XXIII Gz 71/18, LEX nr 2504804).

Powołał się na uzasadnienie do projektu ustawy Prawo restrukturyzacyjne, gdzie głównym jego założeniem było wprowadzenie skutecznych instrumentów pozwalających na przeprowadzenie restrukturyzacji przedsiębiorstwa dłużnika i zapobieżenie jego likwidacji.

Zachowanie przedsiębiorstwa dłużnika, w wielu przypadkach jest znacznie korzystniejsze dla wierzycieli niż jego likwidacja. Zachowanie przedsiębiorstwa dłużnika oznacza również zachowanie miejsc pracy oraz, co do zasady, możliwość nieprzerwanego realizowania kontraktów, a więc ma pozytywne znaczenie społeczne i gospodarcze (...).

Wskazał, że reforma oparta jest na założeniu ochrony wartości ekonomicznej przedsiębiorstwa i poszanowaniu praw wierzycieli, co realizują następujące cele regulacji:

- a) zapewnienie przedsiębiorcom i ich kontrahentom skutecznych instrumentów do restrukturyzacji przy jednoczesnej maksymalizacji ochrony praw wierzycieli;
- b) zapewnienie instytucjonalnej autonomii postępowań restrukturyzacyjnych w oderwaniu od stygmatyzujących postępowań upadłościowych;
- c) wprowadzenie zasady subsydiarności postępowania upadłościowego jako ultima ratio wobec ekonomicznego fiaska restrukturyzacji;
- d) zwiększenie uprawnień aktywnych wierzycieli;
- e) maksymalizacja szybkości i efektywności restrukturyzacji i upadłości;
- f) realizacja polityki "nowej szansy" – zapewnienie możliwości "nowego startu" przedsiębiorcom, których fiasko przedsięwzięcia gospodarczego wynika z niekorzystnej zmiany warunków ekonomicznych.

Podniósł, że nowa regulacja będzie spełniała następujące funkcje:

- a) funkcję sanacyjną;
- b) funkcję windykacyjną;
- c) funkcję profilaktyczną;
- d) funkcję wychowawczą.

Argumentował, że ochrona ekonomicznej wartości przedsiębiorstwa w kryzysie ma istotne znaczenie dla gospodarki kraju. Funkcja sanacyjna będzie wyrażała się w umożliwieniu dłużnikowi skutecznej restrukturyzacji przedsiębiorstwa. Postępowania restrukturyzacyjne nie mogą jednak prowadzić do pozbawienia ochrony prawnej wierzycieli dłużnika. Stąd też obok funkcji sanacyjnej, przepisy Prawa restrukturyzacyjnego realizują funkcję windykacyjną. Postępowania restrukturyzacyjne mają doprowadzić do zaspokojenia wierzycieli w drodze wykonania zawartego i zatwierdzonego przez sąd układu. Prawo restrukturyzacyjne ma zapewnić warunki, o ile to możliwe, do wynegocjowania warunków realizacji układów, które zapewnią maksymalne zaspokojenie wierzycieli, przy maksymalnej ochronie wartości ekonomicznej przedsiębiorstwa. Prawo restrukturyzacyjne ma również zapobiegać powstawaniu zatorów płatniczych, które mogą doprowadzić do zaburzenia płynności, a w skrajnych wypadkach, do niewypłacalności wierzycieli upadłego (funkcja profilaktyczna). Prawo restrukturyzacyjne ma na celu kształtowanie dobrych praktyk gospodarczych poprzez przekonywanie przedsiębiorców, że jedną z możliwości rozwiązania sytuacji kryzysowych jest złożenie wniosku o otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego, które będzie odrębną procedurą od stygmatyzujących postępowań upadłościowych – funkcja wychowawcza.

W ocenie Odwołującego - fundamentalnym celem postępowania restrukturyzacyjnego jest uniknięcie upadłości dłużnika przez umożliwienie mu spłaty zobowiązań i kontynuowania

prowadzenia działalności gospodarczej. Podstawową metodą osiągnięcia tego celu jest zawarcie układu z wierzycielami, natomiast w przypadku postępowania sanacyjnego przeprowadzenie czynności prawnych i faktycznych mających na celu poprawę sytuacji ekonomicznej dłużnika – a więc, inaczej mówiąc, podjęcie działań sanacyjnych.

Tym samym, Odwołujący przekonywał, że błędne jest stanowisko Zamawiającego, który jako podstawę wykluczenia Odwołującego z postępowania, wskazuje otwarcie wobec niego postępowania sanacyjnego, gdyż stanowisko to pozostaje sprzeczne, nie tylko z samą wykładnią przepisu art. 109 ust. 1 pkt 4) PZP, ale również z ideą i celem postępowania restrukturyzacyjnego, w tym postępowania sanacyjnego, w zakresie, w którym nie zmierza ono do likwidacji lub upadłości przedsiębiorstwa.

Powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 21 sierpnia 2018 r. KIO 1484/18, gdzie Izba oceniła wpływ wszczęcia i otwarcia postępowania sanacyjnego na postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, uznając, że brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych do stygmatyzacji wykonawcy, wobec którego otwarto postępowanie sanacyjne.

W przekonaniu Odwołującego - powyższe potwierdza, że Zamawiający nie może wykluczyć z postępowania, Odwołującego, wobec którego otwarto postępowanie sanacyjne, gdyż nie mieści się ono w dyspozycji przepisu art. 109 ust. 1 pkt 4) PZP.

Wykonawca nadto podniósł, iż z odpisu z informacji z KRS Odwołującego nie wynika, żeby wobec niego otwarto likwidację, ogłoszono upadłość, że jego aktywami zarządza likwidator lub sąd, że zawarł układu z wierzycielami, że jego działalność gospodarcza jest zawieszona, że znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury.

Podkreślił w tym kontekście, iż podmiotowym środkiem dowodowym żądanym na potwierdzenie braku podstawy wykluczenia wykonawcy z art. 109 ust. 1 pkt 4) PZP jest odpis lub informacja z Krajowego Rejestru Sądowego lub z CEIDG, na co wprost wskazuje § 2 ust. 1 pkt 6 Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych. A zatem, Zamawiający nie dysponuje odpowiednim podmiotowym środkiem dowodowym, w rozumieniu ww. rozporządzenia, który potwierdzałby, że wobec Odwołującego zachodzą przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 4) PZP.

Zdaniem Odwołującego - wykluczając wykonawcę z postępowania, Zamawiający zobowiązany jest wykazać ziszczenie się przesłanek wykluczenia lub odrzucenia oferty,

czego w niniejszej sprawie nie uczynił. Na zamawiającym ciąży obowiązek wykazania, że w stosunku do danego wykonawcy zaistniały okoliczności wskazane w przepisie będącym podstawą jego wykluczenia lub odrzucenia jego oferty i że w związku z tym czynność wykluczenia/odrzucenia jest zasadna, na co wprost wskazuje Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2022 r., KIO 890/22. W świetle § 2 ust. 1 pkt 6 Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych, jeżeli z informacji z Krajowego Rejestru Sądowego, nie wynika, że Wykonawca znajduje się w jednej z kilku sytuacji, o której mowa art. 109 ust. 1 pkt 4) PZP, Zamawiający, tym bardziej, nie może twierdzić, że sytuacja taka ma miejsce.

W dniu 7 grudnia 2022 r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego wykonawca JKT J. K. – T. z siedzibą w Imielinie, zwany dalej Przystępującym po stronie Zamawiającego.

W dniu 12 grudnia 2022 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości jako pozbawionego podstaw faktycznych i prawnych.

Pismem z dnia 12 grudnia 2022 r. Przystępujący odrzucenie odwołania, ewentualnie o jego oddalenie odwołania w całości jako bezpodstawnego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, w tym akt sprawy odwoławczej, a także treści odwołania i załączonych do niego dokumentów oraz odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie i stanowiska Przystępującego Izba postanowiła odwołanie odrzucić.

Na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika, Izba doszła do przekonania, że zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp, dzieląc argumentację przedstawioną przez Przystępującego w piśmie procesowym z dnia 12 grudnia 2022 r., w warunkach wniesienia odwołania przez podmiot nieuprawniony.

Izba ustaliła, że odwołanie zostało wniesione i podpisane przez pełnomocnika M. K., której pełnomocnictwa udzielili członkowie zarządu Odwołującego – K. W. i L. M. (vide: pełnomocnictwo podpisane w dniu 1 grudnia 2022 r., wyciąg z KRS).

Jednocześnie Izba stwierdziła, że na mocy pkt 3 postanowienia z dnia 22 września 2022 r. Sądu Rejonowego Katowice Wschód w Katowicach, X Wydział Gospodarczy, sygn. akt KA1K/GR/15/2022 postanowiono wyznaczyć **zarządcę, którego funkcję pełnić będzie:** Bartosz K. (numer licencji...) – patrz. powyższe postanowienie.

Ustalono również, że pismem z dnia 1 grudnia 2022 r. powołany wyżej zarządca złożył oświadczenie wiedzy bez wskazania adresata, że działając jako ustanowiony zarządca w postępowaniu sanacyjnym spółki pod firmą ETP Spółka Akcyjna w restrukturyzacji z siedzibą w Katowicach, KRS: 0000055522, na podstawie postanowienia Sądu Rejonowego Katowice-Wschód w Katowicach X Wydział Gospodarczy z dnia 22 września 2022 r., sygn. akt KA1K/GR/15/2022, że: złożenie środków ochrony prawnej przez Zarząd ETP S.A. w restrukturyzacji w imieniu ETP S.A. w restrukturyzacji, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie zadania pn. „Modernizacja kanalizacji ogólnospławnej w rejonie ulic Panewnickiej i Nizinnej w Katowicach” (nr referencyjny nadany sprawie przez Zamawiającego: KISA/PN/05/II/2022/POIŚ/WNIOSEK IV_ZAD.6/PANEWNICKA_NIZINNA) w szczególności: podpisanie, wniesienie odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, reprezentowanie na posiedzeniu i rozprawie, wnoszenie pism procesowych, w tym wniosków dowodowych oraz składanie oświadczeń i wniosków w ramach tego postępowania, a także udzielenie w tym zakresie wszelkich pełnomocnictw do ww. czynności, mieści się w zakresie czynności zwykłego zarządu, w granicach pozostawionego zarządu własnego.

Oświadczył przy tym, że podmiotem uprawnionym do złożenia środków ochrony prawnej do Krajowej Izby Odwoławczej, jest ETP S.A. w restrukturyzacji, w imieniu, której działa Zarząd, który jednocześnie jest organem uprawnionym do udzielania wszelkich pełnomocnictw w ww. zakresie.

Według zapatrywania Izby – podmiotem takim w niniejszym postępowaniu odwoławczym jest wyznaczony przez Sąd Rejonowy licencjonowany zarządca, który ocenia ryzyko prawne i finansowe prowadzonego przez strony postępowania odwoławczego sporu przed Krajową Izbą Odwoławczą, w taki sposób aby nie doprowadzić do dalszego pogorszenia sytuacji dłużnika, w tym również w aspekcie możliwości wykonania przez dłużnika przedmiotowego zamówienia publicznego.

Stosownie do art.311 ust.1 ustawy z dnia 15 maja 2015 r. Prawo Restrukturyzacyjne, tj. z dnia 16 września 2022 r. (Dz.U. z 2022 r. poz. 2309) postępowania sądowe, administracyjne, sądownoadministracyjne i przed sądami polubownymi dotyczące masy

sanacyjnej mogą być wszczęte i prowadzone wyłącznie przez zarządcę albo przeciwko niemu. Postępowania te zarządca prowadzi w imieniu własnym na rzecz dłużnika.

W doktrynie prezentowany jest pogląd, że „postępowanie, o którym mowa w komentowanym przepisie, zarządca prowadzi w imieniu własnym na rzecz dłużnika. Legitymację zarządcy do występowania w postępowaniach można określić jako tzw. legitymację formalną, gdyż jest on inną osobą niż podmiot stosunku materialnoprawnego, którego dotyczy dane postępowanie. Dłużnik pozostaje stroną stosunku materialnoprawnego, w związku z którym toczy się dane postępowanie. Jest on zatem stroną w znaczeniu materialnym. Z literatury przedmiotu – zob. np. A. Jakubecki, Ogłoszenie upadłości, s. 27 i n.”(vide: komentarz do art.311 ust.1 Prawa Restrukturyzacyjnego Rafała Adamusa, wydanie II, 2019).

Jeżeli zatem przedmiotowa legitymacja do wniesienia odwołania przed Krajową Izbą Odwoławczą ma charakter formalny (legitymacja procesowa) w myśl przepisu art.311 ust.1 ustawy Prawo Restrukturyzacyjne, to nie można jej utożsamiać z wykonywaniem prawa materialnego w rozumieniu przepisu art.288 ust.3 tejże ustawy, gdzie sąd może zezwolić dłużnikowi na wykonywanie zarządu nad całością lub częścią przedsiębiorstwa w zakresie nieprzekraczającym zakresu zwykłego zarządu.

Ponadto, wskazywane przez Odwołującego w odwołaniu - zdolność prawna i zdolność do czynności prawnych, o których mowa w art.66 ust. 1 ustawy Prawo Restrukturyzacyjne, to w pierwszym przypadku zdolność do bycia podmiotem praw i obowiązków, a w drugim przypadku zdolność do zaciągania zobowiązań, zawierania umów, czego Izba w żaden sposób nie podważa.

W ocenie Izby - oba pojęcia nie są tożsame z **formalną legitymacją procesową** przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Niezależnie od powyższego Odwołujący w treści odwołania nie wykazał, że czynność wniesienia odwołania przed Krajową Izbą Odwoławczą stanowi czynność nieprzekraczającą zwykłego zarządu.

Jednocześnie zgodnie z art. 294 cyt. wyżej ustawy z dniem otwarcia postępowania sanacyjnego mienie służące prowadzeniu przedsiębiorstwa oraz mienie należące do dłużnika stają się masą sanacyjną.

Istotą przy realizacji zamówienia publicznego jest zaangażowanie w określonym stopniu mienia własnego Odwołującego opartego na wymaganym przez Zamawiającego potencjale technicznym i osobowym.

Wobec powyższego nie może budzić żadnych wątpliwości, że przepis ten ma zastosowanie również do masy sanacyjnej, bez której zaangażowania nie jest możliwe wykonanie i należyte wykonanie zamówienia publicznego.

Idąc dalej wymaga wskazania, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą ma również wszelkie cechy postępowania sądowego (**niezawisłość członków KIO i ich związanie wyłącznie przepisami obowiązującego prawa** – art.475 ust. 1 ustawy Pzp, częściowy przymus adwokacki – art.510 ust.1 ustawy Pzp, rozprawa – art. 548 i nast. ustawy Pzp, wydawane **wyroki i postanowienia** – art.552 i 553 i nast. ustawy Pzp, **orzeczenie Izby**, po stwierdzeniu przez sąd jego wykonalności **ma moc prawną na równi z wyrokiem sądu, prawo wystąpienia do ETS UE z pytaniem prejudycjalnym**, orzeczenia KIO poddawane są dalszej kontroli sądowej – art.579 i nast. ustawy Pzp), co mieści się w treści przepisu art.311 ust.1 ustawy Prawo Restrukturyzacyjne.

Jednocześnie jeżeli jest tak, jak twierdzi Odwołujący w piśmie z dnia 16 grudnia 2022 r., że „...Polski ustawodawca powołał organ państwowy, jakim jest KIO, od której wyroków można złożyć skargę do sądu powszechnego...”, i postępowanie odwoławcze nie jest postępowaniem sądowym, to kierując się logiką Odwołującego, należałoby traktować takie postępowanie jako szczególne postępowanie administracyjne lub sądowno-administracyjne.

Innego racjonalnego tłumaczenia przepisu art.311 ust.1 ustawy Pzp być nie może, tym bardziej, że wydawane orzeczenia przed Krajową Izbą Odwoławczą pełnią kluczową funkcję regulacyjną z punktu widzenia rynku zamówień publicznych i w ich ramach dokonują się często ogromne transfery środków publicznych pomiędzy Zamawiającymi a wykonawcami wskutek oceny przez Izbę postępowania tego pierwszego w aspekcie możliwości naruszenia przez niego przepisów ustawy Pzp.

W dalszej kolejności - zdaniem Izby – legitymację procesową czynną przed Krajową Izbą Odwoławczą do wniesienia odwołania i reprezentowania interesów Odwołującego posiada wyłącznie ustanowiony przez Sąd zarządca na zasadzie art.311 ust.1 powołanej wyżej ustawy, a takiego uprawnienia nie posiadają członkowie zarządu spółki w stosunku, do której prowadzone jest postępowanie sanacyjne z ustanowionym licencjonowanym zarządcą.

Z powyższych względów Izba orzekła na zasadzie przepisu art. 528 pkt 2 ustawy Pzp stosownie do którego Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 zd.2 ustawy Pzp postanowiła odrzucić odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku w oparciu o przepis art.575 i 576 ustawy Pzp w związku z przepisem § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....