

Sygn. akt: KIO 1840/22

Wyrok
z dnia 2 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 29 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lipca 2022 r. przez wykonawcę **Nextbike Polska S.A. w restrukturyzacji, ul. Przasnyska 6B, 01-756 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Wolsztyn, Rynek 1, 64-200 Wolsztyn**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającego unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego - **Gminę Wolsztyn** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Nextbike Polska S.A. w restrukturyzacji z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.1 zasądza od zamawiającego – **Gminy Wolsztyn** na rzecz **Nextbike Polska S.A. w restrukturyzacji z siedzibą w Warszawie** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) tytułem zwrotu poniesionych uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, tj. 3 600 zł wynagrodzenia pełnomocnika i kwoty uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1840/22

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Wolsztyn prowadzi w trybie podstawowym postępowanie na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy Pzp, na: „Zakup, montaż i uruchomienie systemu roweru miejskiego w Wolsztynie Numer referencyjny: IN.271.16.2022. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2022/BZP 00210881/01 dnia 15.06.2022r.

Odwołujący: Nextbike Polska S.A. w restrukturyzacji z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie od:

- czynności odrzucenia przez Zamawiającego oferty Nextbike,
- zaniechania wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień.

Zarzucał Zamawiającemu, że prowadząc postępowanie naruszył następujące przepisy ustawy pzp:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w związku z art. 109 ust. 1 pkt 4) przez odrzucenie oferty Nextbike pomimo, że nie zachodzi przesłanka odrzucenia oferty określona w tym przepisie, sam fakt wszczęcia postępowania restrukturyzacyjnego nie stanowi podstawy wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie tego przepisu;
- 2) art. 109 ust. 3 w zw. z art. 128 ust. 4 przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w celu dokonania konkretnej i zindywidualizowanej oceny sytuacji ekonomicznej i finansowej Odwołującego – zarzut ewentualny w przypadku uznania, że przesłanka wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 4) Pzp ziciła się w stosunku do Odwołującego;
- 3) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższymi zarzutami wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny oferty Nextbike, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Nextbike.

Oferta Odwołującego plasuje się na pierwszym miejscu w rankingu ofert, bowiem choć jest mniej korzystna w kryterium ceny, to zyskuje przewagę w kryteriach pozacenowych.

1. Zamawiający odrzucając ofertę poinformował, że „na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2a), w związku z art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.) odrzucił złożoną przez Państwa ofertę”. Zamawiający we wnioskach zawartych w przedmiotowym piśmie wskazał (str. 4):

1. Postępowanie restrukturyzacyjne (w tym przyspieszone postępowanie układowe) prowadzone jest w odniesieniu do dłużnika zagrożonego niewypłacalnością. W myśl art. 3 ustawy – Prawo restrukturyzacyjne, jego celem jest uniknięcie upadłości w drodze zawarcia układu z wierzycielami. Z tej przyczyny samo wszczęcie postępowania restrukturyzacyjnego powoduje, że bez względu na jego zakończenie przedsiębiorca znajdzie się w jednej z sytuacji wprost wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 4 Pzp jako przesłanki wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
2. Podkreślić należy, że celem art. 109 ust. 1 pkt 4 Pzp jest uniknięcie sytuacji, w której istnieją obawy co do kondycji wykonawcy i tym samym co do możliwości pozytywnego ukończenia zamówienia publicznego.
3. W odniesieniu do procedury restrukturyzacyjnej można przyjąć tezę, że jest to „inna tego rodzaju sytuacja wynikająca z podobnej procedury”.
4. Z powyższych przyczyn stwierdza się, że w niniejszej sprawie zachodzą przesłanki wykluczenia Wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Należy wskazać, że stanowisko Zamawiającego jest wadliwe, pomija szereg istotnych okoliczności, a przede wszystkim stanowi nadinterpretację.

Nie ulega wątpliwości, że nie ziszcza się wobec Nextbike żadna z sytuacji określonych w art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, tj. nie otwarto likwidacji, nie ogłoszono upadłości, aktywami Nextbike nie zarządza likwidator lub sąd, Nextbike nie zawarł układu z wierzycielami, jak również działalność gospodarcza nie jest zawieszona. Zamawiający tego nie kwestionuje, a wręcz potwierdza. Wystąpienie takiej sytuacji jest warunkiem koniecznym uznania, że wykonawca podlega wykluczeniu. Sporne pomiędzy stronami jest natomiast ustalenie, czy sformułowanie „znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury” dotyczy również wykonawców krajowych, i czy samo wszczęcie postępowania restrukturyzacyjnego stanowi o ziszczeniu się okoliczności opisanych w tym sformułowaniu.

Zamawiający odwołuje się do porównania art. 109 ust. 1 pkt 4 Pzp z art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy pzp z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. 2019.1843) (ustawa Pzp 2004”). Zamawiający stanowisko, opiera na spostrzeżeniu, że art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp 2004 w swojej treści odnosił się wprost do przepisów prawa krajowego, czego nie można powiedzieć o aktualnie obowiązującym przepisie: „różnica pomiędzy tymi przepisami polega na tym, że w poprzednim stanie prawnym ustawodawca odwoływał się do konkretnych przepisów prawa krajowego, wskazując konkretne z nich. W art. 109 ust. 1 pkt 4 Pzp takich odwołań nie ma. Ponadto w aktualnym stanie prawnym zawarcie układu z wierzycielami nie skutkuje zniesieniem przesłanki wykluczenia” . Wypada zauważyć, że przepis art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp 2004 tylko w przypadku części sytuacji w nim opisanych wskazywał na przepisy

prawa krajowego i tylko w kontekście wskazanych od nich wyjątków, wskazując na kilka konkretnych przepisów niektórych ustaw. Stanowisko Zamawiającego jest zatem obarczone błędem. Gdyby przepis wskazywał wyłącznie na konkretne polskie ustawy, to żadnego wykonawcy zagranicznego nie można by wykluczyć ponieważ przepis nie zawierał podobnego sformułowania, jak aktualnie obowiązujący art. 109 ust. 1 pkt 4 Pzp, tj. znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury”. W konsekwencji, ta podstawa wykluczenia skuteczna byłaby tylko i wyłącznie w stosunku do wykonawców krajowych, ponieważ odnosiła by się tylko do procedur określonych w polskim porządku prawnym. Tymczasem zgodnie z wypracowaną i nie budzącą wątpliwości praktyką stosowania tego przepisu, na jego podstawie byli wykluczani także wykonawcy zagraniczni.

Dalej należy zauważyć, że sformułowanie art. 109 ust. 1 pkt 4) Pzp treści „znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury” należy odnosić do pierwszej części tego przepisu, gdzie wymienione zostały konkretne „sytuacje”. Zatem najpierw należy określić „sytuację” i „procedurę”, aby następnie odpowiednio ustalić rodzaj i podobieństwo innych sytuacji i procedur. Sytuacje określone w tym przepisie (w stosunku do którego otwarto likwidację, ogłoszono upadłość, którego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, którego działalność gospodarcza jest zawieszona) w swoim opisie nie odnoszą się przecież do konkretnych przepisów prawa krajowego, czy ogólnie aktów prawa krajowego, ale stanowią nazwy instytucji prawnych funkcjonujących w polskim porządku prawnym (podobnie zresztą jak to czynił art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp 2004). Rzecz w tym, że w innych systemach prawnych – innych państwach, a przecież wykonawcą może być praktycznie każdy podmiot (aktualnie oprócz regulacji sankcyjnych), poszczególne wskazane instytucje mogą się inaczej nazywać, ale co oczywiste są również odmiennie uregulowane. Pozbawionym rozsądnych podstaw byłoby założenie, że np. upadłość w jakimkolwiek innym kraju, zwłaszcza poza systemem prawnym Europy kontynentalnej będzie uregulowana tak samo, jak w Rzeczypospolitej Polskiej. I to jest właśnie cel wprowadzenia omawianego sformułowania do treści przepisu art. 109 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp. Chodzi o uregulowanie podstawy wykluczenia wykonawców zagranicznych, gdzie nie tylko nazwa instytucji w państwie macierzystym tych wykonawców, ale też sama procedura (sytuacja) wskazana w tym przepisie może być inna.

Polski ustawodawca dostrzegając te różnice w ustawodawstwach (nota bene występujące i dostrzeżone również w innych aspektach praktyki zamówień publicznych, jak np. karalność) postanowił powołać się na rodzaj sytuacji i podobieństwo procedury.

Trzeba wziąć pod uwagę, że tego rodzaju sytuacja, co wskazana w przepisie ma wynikać z podobnej procedury. Użycie sformułowania „tego rodzaju sytuacji” i słowa „podobnej” w tym

przepisie nie miałyby żadnego sensu, gdyby miało odnosić się do przepisów prawa polskiego, ponieważ byłyby to dokładnie takie same sytuacje i nie była by to podobna, lecz dokładnie ta sama procedura. Nie ma żadnych podstaw, aby twierdzić, że postępowanie restrukturyzacyjne, należało traktować jako „podobną” procedurę, a postępowanie upadłościowe czy upadłościowe jako nie podobne, lecz takie do której inne procedury mają być porównywane pod kątem „podobieństwa”. Taka gradacja nie wynika z treści przepisu, bo przepis nie wskazuje wprost na żadną z tych procedur. Dlatego też ustalenie rodzaju i podobieństwa jest właściwe jedynie w odniesieniu do wykonawców zagranicznych. Co więcej, jeśli miałyby dotyczyć wykonawców krajowych, to przesłanka ta byłaby oparta na bardzo niejasnych oraz ogólnych kryteriach, dając zamawiającym daleko idącą dowolność, a przecież mowa o daleko idącej sankcji wykluczenia. Zwłaszcza, że chodzi o fakultatywną przesłankę wykluczenia, która wolał samego ustawodawcy nie musi być przecież stosowana obligatoryjnie. Tym bardziej żaden istotny interes nie przemawia za tym, aby owa dowolność była skutecznym narzędziem w ręku zamawiających w celu pozbycia się „niepożądanych” z jakichkolwiek względów wykonawców, w celu ochrony interesu publicznego, czy jak stara się argumentować Zamawiający, konkretnie finansów publicznych. Jeśli by tak było, to ustawodawca tę przesłankę traktowałby jako obligatoryjną.

Postępowanie restrukturyzacyjne z definicji jest innym rodzajem postępowania, niż postępowanie likwidacyjne czy upadłościowe, do czego Zamawiający w uzasadnieniu decyzji się nie odniósł. Gdyby uznać, że stanowisko Zamawiającego jest zasadne, to wówczas przepis art. 109 ust. 1 pkt 4) Pzp powinien otrzymać prostszą treść: „w stosunku do którego otwarto postępowanie likwidacyjne, złożono wniosek o ogłoszenie upadłości, wszczęto postępowanie restrukturyzacyjne lub którego działalność jest zawieszona”.

Rodzaj i podobieństwo można ustalać przy ustalonym punkcie odniesienia – czyli właśnie najlepiej znanym zamawiającym przepisie prawa krajowego.

Należy również zauważyć, że użycie słowa „albo” z punktu widzenia logiki formalnej potwierdza argumentację i przeczy tezom Zamawiającego.

1. Zamawiający argumentuje zasadność wykluczenia Nextbike przez odwołanie się do przyszłych, hipotetycznych zdarzeń (zawarcie układu, upadłość).

Procedura ma natomiast charakter dookreślający. Zatem wykonawca ma znajdować się w takiego rodzaju sytuacji – a nie w takiego rodzaju procedurze, jak wskazano w pierwszej części przepisu. W pierwszej kolejności istotna jest zatem sytuacja, w której wykonawca się znajduje, a nie sama procedura, w której się znajduje. Procedura ma być tylko „podobna” i owa sytuacja musi z niej wynikać. Zamawiający w uzasadnieniu decyzji nie odnosi się do tej kwestii, co jest sprzeczne z tym przepisem. Na pewno nie jest sytuacją tego samego rodzaju zawarcie układu czy otwarcie likwidacji co możliwość zawarcia układu czy otwarcia likwidacji, a do tego sprowadza się stanowisko Zamawiającego.

Dalej Zamawiający powołuje się na art. 39 ust. 1 ustawy z 15 maja 2015 r. Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U. z 2021 r. poz. 1588) („upr”), zgodnie z którym: „Po powołaniu nadzorcy sądowego dłużnik może dokonywać czynności zwykłego zarządu. Na dokonanie czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu wymagana jest zgoda nadzorcy sądowego, chyba że ustawa przewiduje zezwolenie rady wierzycieli. Zgoda może zostać udzielona również po dokonaniu czynności w terminie trzydziestu dni od dnia jej dokonania. Czynność przekraczająca zakres zwykłego zarządu dokonana bez wymaganej zgody jest nieważna”. Zamawiający ocenia, że: „Mamy więc tu do czynienia nie z działaniem sądu czy likwidatora, lecz z działaniem nadzorcy sądowego. Nie zarządza on co prawda majątkiem Wykonawcy bezpośrednio lecz posiada uprawnienia kontrolne i nadzorcze w stosunku do tego majątku”. Wyrażanie zgody na niektóre czynności (tylko te przekraczające zakres zwykłego zarząd) nie sposób uznać za sytuację tego rodzaju co zarządzanie aktywami przez likwidatora czy sąd, ponieważ:

- 1.nie mamy do czynienia z zaradzaniem aktywami, lecz jedynie wyrażaniem zgody na dokonywanie czynności przekraczających zwykły zarząd,
- 2.nie działa tutaj likwidator czy sąd, lecz nadzorca sądowy. Nadzorcą nie jest sąd a osoba fizyczna lub spółka handlowa spełniająca wymogi określone w art. 24 upr,
- 3.zgoda na czynności przekraczające zwykły zarząd może być dokonana również po dokonaniu czynności (art. 39 ust. 1 upr).

Zatem nie sposób uznać, aby była to tego samego rodzaju sytuacja, wynikająca z podobnej procedury.

Z ostrożności, ewentualną wątpliwość w kontekście otwarcia przyspieszonego postępowania układowego (biorąc pod uwagę, że zgodnie z brzmieniem ww. przepisu musi to być tego rodzaju sytuacja jak określona w pierwszej części przepisu – niewystarczające jest aby procedura była podobna) można ewentualnie powziąć w odniesieniu do zarządzania aktywami przez sąd (likwidator w przyspieszonym postępowaniu układowym nie jest ustanawiany). Odwołujący nie został pozbawiony zarządu majątkiem, a możliwość taka występuje w oparciu o przepis art. 239 upr, zgodnie z którym sąd może z urzędu uchylić zarząd własny dłużnika i ustanowić zarządcę (zatem do momentu ustanowienia zarządcy Wykonawca sprawuje zarząd własny majątkiem, co wskazany przepis nota bene potwierdza).

Zamawiający stawia tezę, że „samo wszczęcie postępowania restrukturyzacyjnego powoduje, że bez względu na jego zakończenie przedsiębiorca znajdzie się w jednej z sytuacji wprost wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 4 Pzp jako przesłanki wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” co ma na celu „uniknięcie sytuacji, w której istnieją obawy co do kondycji wykonawcy i tym samym co do możliwości pozytywnego ukończenia zamówienia publicznego”. Zamawiający odwołuje się, w jego mniemaniu, do

wykładni celowościowej i uważa, że wykonawcę wobec którego wszczęto postępowanie restrukturyzacyjne należy wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przeciwnie, zgodnie z art. 3 ust. 1 upr: „Celem postępowania restrukturyzacyjnego jest uniknięcie ogłoszenia upadłości dłużnika przez umożliwienie mu restrukturyzacji w drodze zawarcia układu z wierzycielami, a w przypadku postępowania sanacyjnego - również przez przeprowadzenie działań sanacyjnych, przy zabezpieczeniu słusznych praw wierzycieli.”.

W ocenie Odwołującego, zawarcie układu jest istotnym elementem self-celangu, co również powinno zostać wzięte pod uwagę przy interpretacji przepisów.

Zamawiający podnosi również, że: „Jeśli chodzi o stanowisko doktryny, to jedynym komentarzem, który wprost odnosi się do zagadnienia objętego zakresem niniejszej opinii, jest komentarz do Pzp na stronie Urzędu Zamówień Publicznych (str. 396)”. Stanowisko szeregu przedstawicieli doktryny jest odmienne.

Podkreślić również należy, że wniosek o otwarcie przyspieszonego postępowania układowego nie został złożony z uwagi na niewypłacalność Odwołującego, a z uwagi na powstanie stanu zagrożenia niewypłacalnością. Ponadto zgodnie z art. 8 „upr” sąd odmawia otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego, jeżeli skutkiem tego postępowania byłoby pokrzywdzenie wierzycieli lub jeżeli nie została uprawdopodobniona zdolność dłużnika do bieżącego zaspokajania kosztów postępowania i zobowiązań powstałych po jego otwarciu. Zatem istnieje domniemanie, że po wszczęciu postępowania restrukturyzacyjnego wykonawca jest w stanie zaspokajać zobowiązania powstałe po otwarciu postępowania restrukturyzacyjnego. Nextbike będąc w restrukturyzacji realizuje zamówienia publiczne.

Nawet gdyby uznać, że w przypadku otwarcia przyspieszonego postępowania układowego zostaje spełniona przesłanka z art. 109 ust. 1 pkt 4 Pzp (czemu Wykonawca zaprzecza), to wskazać należy, że zdaniem UZP w sytuacji postępowania restrukturyzacyjnego zamawiający powinien odstąpić od wykluczenia wykonawcy na podstawie przepisu art. 109 ust. 3 Pzp - Decyzja o niewykluczeniu wykonawcy wymaga co do zasady przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy.

Zamawiający: Gmina Wolsztyn w odpowiedzi na odwołanie wniósł o:

1. odrzucenie odwołania
2. ewentualnie oddalenie odwołania w całości.
 - I. Odrzucenie odwołania

Jest bezsporne, że Odwołujący otrzymał informację o odrzuceniu oferty 5 lipca 2022 r. Odwołanie powinno zatem zostać wniesione do dnia 11 lipca 2022 r. Zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy pzp, odwołanie lub jego kopia powinny zostać przekazane zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania: „w taki sposób, aby mógł zapoznać się z jego treścią”. Odwołanie zostało przekazane Zamawiającemu 11 lipca br. o godz. 18:48 za pomoc

poczty e-mail i zarejestrowane w systemie wspomagającym obieg dokumentów w Urzędzie Miejskim w Wolsztynie w dniu 12 lipca br. o godz. 07:07, a zatem niezwłocznie po otwarciu Urzędu i potwierdzone odesłaniem wiadomości e-mail o godz. 07:08, na dowód czego przekazano wydruk z programu pocztowego Sekretariatu Urzędu z dnia 12 lipca 2022 r. godz. 14:53. Ponieważ o godz. 18:48 w Urzędzie nie było już pracowników, Zamawiający mógł zapoznać się z odwołaniem dopiero w dniu 12 lipca br. Z tej też przyczyny zachodzi przesłanka odrzucenia odwołania wskazana w art. 528 pkt 6 Pzp.

II. Oddalenie odwołania

1. Przepisy Pzp nie przewidują obowiązku zwrócenia się do wykonawcy o zajęcie stanowiska w sprawie przesłanki wykluczenia, określonej art. 109 ust. 1 pkt 4. Sytuacja taka ma natomiast miejsce np. w przypadku konieczności podjęcia decyzji w przedmiocie płatności podwykonawcom lub przyjęciu innego rozwiązania przewidzianego art. 465 ust. 5 Pzp.

W odniesieniu do sytuacji wszczęcia przyspieszonego postępowania układowego, nie zachodzi tu żadna z negatywnych przesłanek wykluczenia przewidzianych w art. 110 ust. 2 Pzp, który dotyczy niewłaściwego postępowania wykonawcy (w tym popełnienia przestępstw) a nie sytuacji finansowej, grożącej upadłością z alternatywą w postaci zawarcia układu z wierzycielami. Zgodnie z art. 109 ust. 3 Pzp nawet w sytuacji, gdyby „wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne” do decyzji zamawiającego pozostaje, czy wykluczy wykonawcę z postępowania, czy nie. Ustawodawca używa w tym przypadku wyrażenia „może nie wykluczać wykonawcy”, a zatem nawet w takim przypadku (oczywistej nieproporcjonalności) wykonawca może zostać wykluczony. W niniejszej sprawie nie mamy jednak do czynienia z brakiem proporcji czy oczywistym brakiem proporcji lecz z sytuacją urzędowego potwierdzenia, że Wykonawca zagrożony jest upadłością. Nie narusza to zasady równej i uczciwej konkurencji. Zasada ta dotyczy bowiem wykonawców, znajdujących się w takiej samej sytuacji faktycznej lub prawnej. W przypadku, w którym w stosunku do jednego wykonawcy wszczęto postępowanie restrukturyzacyjne, a w stosunku do drugiego nie, zamawiający musi rozważyć, czy obydwaj dają rękojmię należytego wykonania zamówienia i musi uwzględnić fakt, że wykonawcy ci znajdują się w różnej sytuacji faktycznej i prawnej.

W niniejszej sprawie nie można pominąć art. 50 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U. 2022.559), który obliguje osoby zarządzające mieniem komunalnym do szczególnej staranności w zarządzie tym mieniem. Osoby te nie mogą dopuścić do realizacji zamówienia publicznego przez podmiot, nie dający gwarancji należytego wykonania zamówienia. Dotyczy to w szczególności sytuacji, w której możliwości egzekucji z majątku Odwołującego są w sposób istotny ograniczone postanowieniami art. 259 i 260 ustawy – Prawo restrukturyzacyjne. Zauważyć także należy, że korzystanie z zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz potrącanie kar umownych z wynagrodzenia wykonawcy ograniczone jest art. 15r1 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o

szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz.U. 2021.2095). W tej sytuacji Gmina Wolsztyn może nie mieć narzędzi do doprowadzenia do należytego wykonania zamówienia, którym jest zakup, uruchomienie systemu roweru miejskiego i obsługiwanie tego systemu przez okres trzech lat. Oferta odwołującego jest o 45 113,32 PLN droższa od oferty konkurencji, jest jednak najkorzystniejsza ze względu na kryterium czasu reakcji. Tymczasem przyspieszone postępowanie układowe toczy się w stosunku do Odwołującego od ponad dwóch lat i nie ma żadnej pewności, że zakończy się zawarciem układu, a nie upadłością. Zawarcie układu z kolei wyeliminuje Odwołującego z kolejnych postępowań ze względu na pierwszą część (przed wyrazem „albo”) art. 109 ust. 1 pkt 4 Pzp, o ile zamawiający będą korzystać z tej przesłanki wykluczenia. Zawarcie układu - czyli pozytywne zakończenie postępowania restrukturyzacyjnego - nie leży w tej sytuacji w interesie Wykonawcy.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy Prawo restrukturyzacyjne: „Celem postępowania restrukturyzacyjnego jest uniknięcie ogłoszenia upadłości dłużnika przez umożliwienie mu restrukturyzacji w drodze zawarcia układu z wierzycielami, a w przypadku postępowania sanacyjnego - równie przez przeprowadzenie działań sanacyjnych, przy zabezpieczeniu słusznych praw wierzycieli.”. Wskutek wszczęcia postępowania restrukturyzacyjnego, Odwołujący musi znaleźć się w jednej z dwóch sytuacji skutkujących wykluczeniem, opisanych w pierwszej części art. 109 ust. 1 pkt 4 Pzp. Jakkolwiek są to zdarzenia przyszłe to niepewność, o której mowa w odwołaniu, dotyczy tego tylko, które z tych zdarzeń nastąpi (upadłość czy zawarcie układu z wierzycielami).

Twierdzenie, że Odwołujący realizuje inne zamówienia publiczne nie oznacza ani tego, że w sposób należyty się z nich wywiąże, ani też, że w sposób należyty wykona przedmiotowe zamówienie. Nie ma przy tym znaczenia, czy Odwołujący był wykluczony w innych postępowaniach, czy nie.

W przepisie nie Artykuł 109 ust. 1 pkt 4 Pzp ma mowy ani o wykonawcach krajowych, ani też o wykonawcach, mających siedzibę poza granicami Polski. Z tej też przyczyny użycie przez ustawodawcę uproszczonego funktora alternatywy nierozłącznej „albo” nie powoduje, a pierwsza część przepisu dotyczy wyłącznie podmiotów krajowych, a druga wyłącznie podmiotów zagranicznych. Jest logicznym, że jednocześnie nie można znaleźć się w sytuacji otwarcia likwidacji, upadłości czy zawarcia układu z wierzycielami upadłości i w: „w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury”. Stąd użycie funktora „albo” jest zasadne. Podobieństwa pomiędzy np. postępowaniem upadłościowym, a restrukturyzacyjnym są dotyczą m.in.: - złożenia wniosku do sądu o wszczęcie postępowania, - podjęcia w tym zakresie decyzji przez sąd i wyznaczenia sędziego komisarza, - wyodrębnienia majątku w postaci masy upadłościowej lub masy układowej oraz listy wierzytelności, -powołania

nadzorcy sądowego lub zarządcy majątku, - w przypadku pozytywnego zakończenia postępowania - zawarcia układu z wierzycielami.

W tej sytuacji, użycie przez ustawodawcę wyrażenia : „tego rodzaju sytuacja” i „podobna procedura” prowadzi do wniosku, że postępowanie Zamawiającego było w pełni uprawnione. Ze względu na zwroty, jakich użyto w analizowanym przepisie trudno też mówić o rozszerzającej interpretacji wyjątku. Ustawodawca mógł użyć wyrażenia takich, jak „to same, podobne, analogiczne, takie same”, zamiast tego w przepisie mowa o „tego rodzaju sytuacji”, które to wyrażenie ma w istocie bardzo szeroki kontekst językowy. Wykładnia celowościowa jedynie wzmacnia rezultat wykładni językowej i systemowej.

Wyrażenie: „procedura przewidziana w miejscach wszczęcia tej procedury” dotyczy językowo tak Polski, jak i zagranicy. Przyjęcie interpretacji Odwołującego prowadziłoby do wniosku, że w przypadku podmiotów krajowych ma zastosowanie tylko pierwsza część omawianego przepisu, a w przypadku podmiotów zagranicznych jedynie druga.

Zgodnie z zasadą konsekwencji terminologicznej w obrębie języka prawnego, przewidzianą w § 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz.U. 2016.283): „Do oznaczenia jednakowych pojęć używa się jednakowych określeń, a różnych pojęć nie oznacza się tymi samymi określeniami.”.

Teza, że druga (po słowie „albo”) część art. 109 ust. 1 pkt 4 Pzp dotyczy wykonawców mających siedzibę za granicą nie budzi wątpliwości i nie jest przedmiotem sporu w niniejszej sprawie. Spór dotyczy natomiast tego, czy ta część przepisu dotyczy wyłącznie wykonawców zagranicznych. W żadnym z komentarzy cytowanych przez Odwołującego takiej tezy nie sformułowano. Zamawiający odwołał się do komentarza na stronie UZP z tego powodu, że jest to jedyny znany mu komentarz, w którym poruszono kwestię przepisów prawa krajowego w zakresie „podobnych procedur” oraz „innych tego rodzaju sytuacji”.

Zamawiający nie twierdził, że art. 24 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp z 2004 r. miał zastosowanie jedynie do podmiotów krajowych. W tym zakresie nie ma więc sporu. Zamawiający wskazywał jedynie, że w przepisie tym (w przeciwieństwie do obecnie obowiązującej ustawy) wprost wskazywano na niektóre przepisy prawa krajowego.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie w zakresie rozpoznawanych zarzutów zasługuje na uwzględnienie.

Izba oddaliła wniosek o odrzucenie odwołania złożony przez zamawiającego wskazującego jako podstawę prawną wniosku art. 514 ust. 2 ustawy pzp, zgodnie z którym odwołanie lub jego kopia powinny zostać przekazane zamawiającemu przed upływem terminu do

wniesienia odwołania: „w taki sposób, aby mógł zapoznać się z jego treścią”. Niespornie odwołanie zostało przekazane zamawiającemu 11 lipca br. o godz. 18:48 za pomoc poczty e-mail, czyli po godzinach pracy w Urzędzie Miejskim w Wolsztynie. Dzień ten był ostatnim dniem terminu na wniesienie odwołania i przekazania kopii odwołującemu. W zakresie terminu dla tych czynność jest utrwalone w praktyce i oparte na przepisach prawa stanowisko, że przedmiotowy termin jest określany w dniach i datach dziennych. Wobec potwierdzenia przez zamawiającego przekazania mu treści odwołania dnia 11 lipca, stwierdzić należy, że termin został przez odwołującego dochowany, co potwierdza przepis art. 111 § 1 kc, zgodnie z którym końcem terminu jest upływ dnia, przez co należy rozumieć koniec doby.

W zakresie merytorycznego przedmiotu sporu skład orzekający uznaje, że odwołanie podlega uwzględnieniu.

Odwołującym jest podmiotem działającym pod firmą Nextbike Polska Spółka akcyjna w restrukturyzacji. W rejestrze przedsiębiorców zawarto jest w rubryce 7 „- Informacje o postępowaniach restrukturyzacyjnych, o postępowaniu naprawczym lub o przymusowej restrukturyzacji” Informacja o postanowieniu Sądu Rejonowego - PRZYSPIESZONE POSTĘPOWANIE UKŁADOWE, 02.06.2020, XVIII GR 40/20. Dla spółki został ustanowiony nadzorca sądowy.

Wskazany status odwołującego przesądził o podjęciu przez zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego i wykluczeniu go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisu art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp, która to przesłanka wykluczenia ma zastosowanie w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na mocy decyzji zamawiającego prowadzącego postępowanie.

Przepis art. 109 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi, iż z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: (...) „4) w stosunku do którego otwarcie 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;”.

Zamawiający uzasadniając swoją decyzję wskazał m.in., że postępowanie restrukturyzacyjne (w tym przyspieszone postępowanie układowe) prowadzone jest w odniesieniu do dłużnika zagrożonego niewypłacalnością, jego celem jest uniknięcie upadłości w drodze zawarcia układu z wierzycielami, a samo wszczęcie postępowania restrukturyzacyjnego powoduje, że

bez względu na jego zakończenie przedsiębiorca znajdzie się w jednej z sytuacji wprost wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 4 Pzp jako przesłanki wykluczenia z postępowania.

Podkreślił, że postępowanie restrukturyzacyjne kończy się z reguły zawarciem układu z wierzycielami, co jest wprost przesłanką wykluczenia z postępowania, a nadto jest to sytuacja, do której ma zastosowanie część końcowa cytowanego przepisu, w której mowa jest o innej tego rodzaju sytuacji /.../. W odpowiedzi na odwołanie wskazał, że w przepisie nie ma mowy ani o wykonawcach krajowych, ani też o wykonawcach, mających siedzibę poza granicami Polski. „Z tej też przyczyny użycie przez ustawodawcę uproszczonego funktora alternatywy nierozłącznej „albo” nie powoduje, że pierwsza część przepisu dotyczy wyłącznie podmiotów krajowych, a druga wyłącznie podmiotów zagranicznych. Jest logicznym, że jednocześnie nie można znaleźć się w sytuacji otwarcia likwidacji, upadłości czy zawarcia układu z wierzycielami upadłości i w: „w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury”. Stąd użycie funktora „albo” jest w pełni zasadne.”

Wskazał także na ryzyko jednostki samorządu gospodarującej finansami publicznymi w kontraktowaniu z podmiotem o statusie wykonawcy składającego odwołanie.

W ocenie składu orzekającego stanowisko Zamawiającego nie jest zasadne, jakkolwiek zrozumiałe są wątpliwości w interpretacji przedmiotowego przepisu ustawy, w szczególności jego części końcowej wskazującej na sankcję wykluczenia w sytuacjach i w wyniku procedur opisanych przez odesłanie z użyciem określenia o podobieństwie. Należy zauważyć, że przepis ma charakter sankcyjny, jako że jego zastosowanie wyklucza wykonawcę z postępowania, zatem powinien być stosowany ze ścisłym jego rozumieniem tj. przyjęciem wprost okoliczności w nim wymienionych. Bez wątplenia wykonawca nie znajduje się w żadnej z konkretnie wymienionych sytuacji w przepisie tj. nie otwarto jego likwidacji, nie ogłoszono upadłości, jego aktywami nie zarządza likwidator lub sąd, nie zawarł układ z wierzycielami i jego działalność gospodarcza nie jest zawieszona. W ocenie Izby Zamawiający w istocie dokonał nadinterpretacji przepisu, co godzi w zasadę, że wyjątków nie można interpretować rozszerzająco (*exceptiones non sunt extendendae*). W istocie zamawiający przyjął za podstawę sformułowanie: „znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury”, zawartym w art. 109 ust. 1 pkt 4 Pzp uznając, że znajduje on zastosowanie do odwołującego. Skład orzekający podziela stanowisko odwołującego, w którego ocenie ta część przepisu nie odnosi się do wykonawców podlegających polskiemu porządkowi prawnemu, tych bowiem dotyczy zamknięty katalog konkretnych przesłanek wyżej zacytowanych. Wobec odmiennych stanów prawnych i procedur w innych państwach ustawodawca użył sformułowania o „innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury”. Na poprawność

takiego wnioskowania wskazuje w szczególności odwołanie się do miejsca wszczęcia owej podobnej procedury. Zatem chodzi tu o każde inne miejsce niż regulowane przepisami prawa polskiego zarówno zamówień publicznych, jak i prawa gospodarczego regulującego funkcjonowanie przedsiębiorców. A zatem przepis odnosi się do podmiotów z siedzibą poza terytorium Polski (wykonawców zagranicznych). Z tego względu nie było podstaw do twierdzenia, że odwołujący znajduje się innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury, skoro procedura i sytuacja jego dotycząca nie mieści się w katalogu wymienionych przypadków niezależnie o przewidywanych na przyszłość zdarzeń, w tym na przykład zawarcia układu z wierzycielami. Jednakże stany przyszłe i hipotetyczne, a nie istniejące w rzeczywistości obecnie ocenianej nie mogą być podstawą decyzji o statusie wykonawcy i oferty przez niego złożonej. Zatem nie ziszcza się wobec Nextbike żadna z sytuacji określonych w art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, tj. nie otwarto likwidacji, nie ogłoszono upadłości, aktywami Nextbike nie zarządza likwidator lub sąd, Nextbike nie zawarł układu z wierzycielami, jak również działalność gospodarcza nie jest zawieszona, czyli nie wystąpiła sytuacja będąca warunkiem uznania, że wykonawca podlega wykluczeniu. Sporne między stronami jest ustalenie, czy sformułowanie „znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury” dotyczy również wykonawców krajowych, i czy samo wszczęcie postępowania restrukturyzacyjnego stanowi o ziszczeniu się okoliczności opisanych w tym sformułowaniu. Stanowisko Zamawiającego jest zatem obarczone błędem.

Należy przy tym zauważyć, że sformułowanie art. 109 ust. 1 pkt 4 Pzp treści „znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury” należy odnosić do pierwszej części tego przepisu, gdzie wymienione zostały konkretne „sytuacje”. Zatem najpierw należy określić „sytuację” i „procedurę”, aby następnie odpowiednio ustalić rodzaj i podobieństwo innych sytuacji i procedur. Sytuacje określone w tym przepisie (w stosunku do którego otwarto likwidację, ogłoszono upadłość, którego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, którego działalność gospodarcza jest zawieszona) w swoim opisie nie odnoszą się przecież do konkretnych przepisów prawa krajowego, czy ogólnie aktów prawa krajowego, ale stanowią nazwy instytucji prawnych funkcjonujących w polskim porządku prawnym. Natomiast w innych systemach prawnych – innych państwach, a wykonawcą może być każdy podmiot, poszczególne wskazane instytucje mogą się inaczej nazywać i mieć również odmienne regulacje. Wydaje się, że taki jest właśnie cel wprowadzenia omawianego sformułowania do treści przepisu art. 109 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp, jako że chodzi o uregulowanie podstawy wykluczenia wykonawców zagranicznych, gdzie nie tylko nazwa instytucji w państwie macierzystym tych wykonawców, ale też sama procedura (sytuacja) wskazana w tym przepisie może być inna.

Należy także zauważyć, że tego rodzaju sytuacja, co wskazana w przepisie ma wynikać z podobnej procedury. Użycie sformułowania „tego rodzaju sytuacji” i słowa „podobnej” w tym przepisie nie miałyby sensu, gdyby miało odnosić się do przepisów prawa polskiego, ponieważ byłyby to dokładnie takie same sytuacje i nie była by to podobna, lecz dokładnie ta sama procedura. Coś podobnego lub takie samo to nie jest to samo. Nie podstaw, aby twierdzić, że postępowanie restrukturyzacyjne, należało traktować jako „podobną” procedurę, a postępowanie upadłościowe czy upadłościowe jako nie podobne, lecz takie do której inne procedury mają być porównywane pod kątem „podobieństwa”. Taka gradacja nie wynika z treści przepisu, bo przepis nie wskazuje wprost na żadną z tych procedur. Dlatego ustalenie rodzaju i podobieństwa jest właściwe jedynie w odniesieniu do wykonawców zagranicznych. Jeśli zaś miałyby dotyczyć wykonawców krajowych, to przesłanka ta byłaby oparta na niejasnych i ogólnych kryteriach, dając zamawiającym dowolność, a przecież sankcji wykluczenia, jakkolwiek fakultatywnej w stosowaniu w zależności od woli prowadzącego postępowanie.

Przedstawiona argumentacja jest przy tym spójna ze sposobem budowy przepisu. Został on podzielony przez użycie alternatywy rozłącznej „albo”: „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”. Użycie słowa „albo” z punktu widzenia logiki formalnej potwierdza argumentację.

Wobec uwzględnienia zarzutu głównego, zarzut ewentualny odwołania dotyczący prowadzenia wyjaśnień przez zamawiającego stał się bezprzedmiotowy i nie podlega rozpatrzeniu.

W świetle powyższego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 7 ust. 1 pkt 2 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:

