

WYROK
z dnia 7 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 kwietnia 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 marca 2022 r. przez

zarządcę przymusowego Przedsiębiorstwa Wielobranżowego DEMAR M. D. z siedzibą w Mstowie

w postępowaniu prowadzonym przez

2 Regionalną Bazę Logistyczną w Warszawie

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje 2 Regionalnej Bazie Logistycznej: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dla zadania nr 1, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Wielobranżowego DEMAR M. D. oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert dla zadania nr 1 postępowania,
2. kosztami postępowania obciąża 2 Regionalną Bazę Logistyczną i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DEMAR M. D. tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od 2 Regionalnej Bazy Logistycznej na rzecz Przedsiębiorstwa Wielobranżowego DEMAR M. D. kwotę 18 617 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – 2 Regionalna Baza Logistyczna prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2022 roku – obuwiu z podziałem na 5 części (zadania)” na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 8 lutego 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 027068305. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący – zarządca przymusowy Przedsiębiorstwa Wielobranżowego DEMAR M. D. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezpodstawne zastosowanie w sytuacji, gdy oferta złożona przez Odwołującego nie podlegała odrzuceniu, w związku z naruszeniem:

1. art. 104 ustawy Kodeks cywilny poprzez bezpodstawne zastosowanie w sytuacji, gdy oferta Odwołującego była ważna z uwagi na to, że została złożona (podpisana) przez osobę uprawnioną do reprezentacji Odwołującego oraz art. 255 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z racji tego, że w przypadku złożenia choćby jednej oferty nie podlegającej odrzuceniu, brak jest podstaw do umorzenia postępowania o udzielenie zamówienia;
2. art. 292 § 1 ustawy Kodeks postępowania karnego poprzez jego nieprawidłową wykładnię sprowadzającą się do stwierdzenia, że do wykonania zabezpieczenia majątkowego zastosowanego w postępowaniu karnym w postaci zarządu przymusowego nad przedsiębiorstwem podejrzanego nie stosuje się przepisów ustawy Kodeks postępowania cywilnego, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia art. 752⁴ § 11 kpc i art. 752⁵ kpc poprzez ich niezastosowanie w sytuacji, gdy właściciel przedsiębiorstwa objętego zarządem przymusowym w postępowaniu karnym jest całkowicie pozbawiony uprawnienia do dokonywania czynności prawnych w ramach działalności tego przedsiębiorstwa;
3. art. 292a § 8 ustawy Kodeks postępowania karnego poprzez nieprawidłową wykładnię tego przepisu sprowadzającą się do ustalenia, że oferta złożona przez Odwołującego nie mieści się w zakresie obowiązku zarządcy przymusowego do zapewnienia ciągłości pracy zabezpieczonego przedsiębiorstwa (rozumianego jako uprawnienie do dokonywania czynności zwykłego zarządu przedsiębiorstwem objętym zajęciem), podczas gdy z uwagi na

treść oferty oraz skalę działalności gospodarczej Odwołującego złożenie oferty było czynnością zwykłego zarządu przedsiębiorstwem Odwołującego.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności Zamawiającego w postaci unieważnienia postępowania oraz odrzucenia oferty Odwołującego, następnie nakazanie ponownej oceny oferty Odwołującego, a także zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa w ramach postępowania.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, że Odwołujący złożył ofertę w zakresie zadania nr 1 – dostawa butów filcowo-gumowych wzór 03 z wkładami filcowymi, zgodnie z WDTF wzór 902A/MON. Oferta opiewała na 4100 par obuwia (w tym ilość gwarantowana 2600 par), z ceną ofertową 650.547,00 zł. Oferta została podpisana przez zarządcę przymusowego przedsiębiorstwa Odwołującego, kwalifikowanego doradcę restrukturyzacyjnego, ustanowionego na podstawie postanowienia z 18 stycznia 2022 r. prokuratora Prokuratury Okręgowej w Warszawie.

Pismem z 14 marca 2022 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o unieważnieniu postępowania z powodu odrzucenia oferty Odwołującego, która była jedyną ofertą złożoną w ramach postępowania.

Jak wynika z treści pisma Zamawiającego, podstawą odrzucenia oferty Odwołującego było stwierdzenie, że stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych oferta ta była nieważna na podstawie odrębnych przepisów (innych niż ustawa Prawo zamówień publicznych), tj. art. 104 Kodeksu cywilnego, w świetle którego jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna.

Odwołujący nie kwestionuje sposobu wykładni zarówno art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak i art. 104 Kodeksu cywilnego, dokonanej przez Zamawiającego, gdyż złożenie oferty jest to jednostronna czynność prawna i jej złożenie przez osobę nieuprawnioną do reprezentowania wykonawcy powoduje konieczność odrzucenia takiej oferty. Jednak w realiach niniejszej sprawy brak było podstaw do zastosowania wskazanych przepisów, gdyż oferta Odwołującego została podpisana przez umocowaną do tego osobę. Tym samym zaś nie było podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Osią sporu prawnego, jaki zaistniał pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym, jest bezkrytyczne odwołanie się przez Zamawiającego do poglądu Sądu Najwyższego wyrażonego w postanowieniu z 17 października 2019 r., III PZ 15/19, OSNP 2020, nr 10, poz. 108. Pomijając kontekst sytuacyjny tamtej sprawy, całkowicie oderwany od sprawy niniejszej (kwestia legitymacji procesowej w postępowaniu sądowym w sprawach z zakresu

prawa pracy), jak również obowiązujący w Polsce system źródeł prawa (nie są nimi – poza wyrokami Trybunału Konstytucyjnego – orzeczenia sądowe), stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w powołanym postanowieniu jest całkowicie nieprawidłowe oraz prowadzi do konsekwencji wypaczających sens postępowania karnego w zakresie instytucji zabezpieczenia majątkowego. Według Sądu Najwyższego zarząd przymusowy z art. 292a § 1 kpk istnieje obok zwykłego zarządu przedsiębiorstwa, gdyż art. 292a § 1 kpk odsyła do art. 291 § 1 kpk, podczas gdy wystarczyłoby samo odesłanie z art. 292 § 1 kpk, na podstawie którego zabezpieczenie następuje w sposób wskazany w przepisach Kodeksu postępowania cywilnego, chyba że ustawa stanowi inaczej. Należy zatem uznać, że zabezpieczenie w drodze ustanowienia na podstawie art. 292a § 1 kpk zarządu przymusowego jest właśnie sposobem zabezpieczenia, który nie jest wskazany w przepisach Kodeksu postępowania cywilnego.

Po pierwsze, zastosowanie elementarnych zasad wykładni językowej i systemowej prowadzi do wniosku, że zawarte w art. 292a § 1 kpk odesłanie do art. 291 § 1 kpk oznacza, że zarząd przymusowy ustanowiony na przedsiębiorstwie podejrzanego jest środkiem zabezpieczenia majątkowego w postępowaniu karnym. Art. 292 § 1 kpk stanowi zaś, że zabezpieczenie następuje w sposób wskazany w przepisach kpc, chyba że ustawa stanowi inaczej (a stanowi inaczej w zakresie obowiązków informacyjnych określonych w art. 292a § 8 kpk, obowiązku sporządzenia spisu inwentarza i możliwości wyłączenia określonych składników z zajęcia przewidzianych w art. 292a § 9 kpk – kwestie te nie są uregulowane w kpc). Zestawienie tych przepisów w żaden sposób nie pozwala na przyjęcie tezy, że zarząd przymusowy przedsiębiorstwa jest jako jedyny środek zabezpieczenia wyłączony z zastosowania reguł przewidzianych w ustawy Kodeks postępowania cywilnego.

Po drugie, stwierdzenie „że zabezpieczenie w drodze ustanowienia na podstawie art. 292a § 1 kpk zarządu przymusowego jest właśnie sposobem zabezpieczenia, który nie jest wskazany w przepisach Kodeksu postępowania cywilnego” jest sprzeczne z treścią przepisów kpc, które przewidują środek zabezpieczenia w postaci zarządu przymusowego ustanowionego nad przedsiębiorstwem, co wynika wprost z art. 752⁴ kpc. Z jednej strony Sąd Najwyższy odmawia możliwości zastosowania przepisów Kodeksu postępowania cywilnego do zarządu przymusowego w postępowaniu karnym, z drugiej zaś wprost te przepisy przytacza jako podstawę do określenia sposobu wykonywania tego zarządu.

Po trzecie, stanowisko takie oznaczałoby, że nie istnieją żadne normatywne zasady określające sposób wykonania tego środka zabezpieczenia majątkowego w postępowaniu karnym. Instytucja zabezpieczenia majątkowego jest niewątpliwie istotną ingerencją organów państwa w sferę własności obywateli. Rozwiązanie takie jest więc nie do zaakceptowania ze względu na gwarancje procesowe podejrzanego, stanowiące fundament postępowania karnego w demokratycznym państwie prawa.

Po czwarte, teza, w świetle której podejrzany jest uprawniony do wykonywania czynności zarządczych wobec zajętego przedsiębiorstwa, prowadzi do skutków niemożliwych do zaakceptowania z punktu widzenia podstawowego celu zabezpieczenia majątkowego w postępowaniu karnym – zapewnienia realnej możliwości wykonania przyszłego orzeczenia w zakresie grzywny oraz środków kompensacyjnych. Jeżeli bowiem podejrzany miałby być uprawniony do reprezentacji i prowadzenia spraw przedsiębiorstwa, łatwo sobie wyobrazić sytuację, w której na skutek czynności podejrzanego substancja majątkowa przedsiębiorstwa zostanie uszczuplona w taki sposób, że zabezpieczenie majątkowe stanie się fikcją. Ponadto „zarząd własny” takim przedsiębiorstwem stałby się wyśmienitą okazją do popełnienia kolejnych przestępstw, polegających na udaremnieniu wykonania orzeczenia sądu poprzez m.in. zbywanie lub ukrywanie składników majątku. Przestępstwa tego można się dopuścić również, gdy egzekucja dopiero grozi (wydano postanowienie o przedstawieniu zarzutów, z którym związane jest wysokie prawdopodobieństwo orzeczenia obowiązku naprawienia szkody).

Po piąte, skoro przedsiębiorstwo może zostać wykorzystane do popełnienia przestępstwa lub ukrycia osiągniętej z niego korzyści (co ustawodawca wprost stwierdza w art. 292a § 8 kpk) pozostawienie zarządu osobie, co do której istnieją poważne przypuszczenia, że takowego przestępstwa się dopuściła, rodzi poważne wątpliwości natury etycznej.

Po szóste, stworzenie sytuacji występowania konkurencyjnych zarządów (zarządcy przymusowego i właściciela przedsiębiorstwa) z natury rzeczy musi rodzić sytuacje konfliktowe, co z pewnością będzie zakłócać (w krańcowych przypadkach uniemożliwiać) normalną działalność przedsiębiorstwa. Co również istotne, w takiej sytuacji brak jakiegokolwiek podstawy prawnej dla rozstrzygania opisywanych sporów kompetencyjnych. Tym samym możliwość wykonania przez zarządcę zobowiązania zapewnienia ciągłości pracy zabezpieczonego przedsiębiorstwa stawałaby się iluzoryczna. To samo należy odnieść do obowiązku do przekazywania sądowi lub prokuratorowi posiadanych informacji mających znaczenie dla toczącego się postępowania, w szczególności o sposobie i okolicznościach wykorzystania tego przedsiębiorstwa do popełnienia przestępstwa lub ukrycia osiągniętej z niego korzyści oraz o rzeczach i dokumentach mogących stanowić dowód w sprawie (art. 292a § 8 kpk). Z oczywistych względów podejrzany nie będzie zainteresowany ułatwieniem zarządcy przymusowemu wykonania tego obowiązku, a sprzeczność interesów w tej kwestii wydaje się oczywista.

Po siódme, wykonywanie niejednokrotnie przez kilka lat zarządu przymusowego byłoby jedynym przypadkiem wykonywania funkcji doradcy restrukturyzacyjnego charytatywnie, gdyż przepisy procedury karnej nie przewidują wynagrodzenia dla zarządcy przymusowego; kwestia ta jest natomiast uregulowana w art. 939 § 1 kpc. Zarządca przymusowy musiałby też z własnych środków pokrywać wydatki związane ze sprawowaniem zarządu.

Z tego powodu stanowisko wyrażone w postanowieniu Sądu Najwyższego z 17 października 2019 r. stanowiłoby wypaczenie istoty zabezpieczenia majątkowego w postępowaniu karnym i z tego powodu musi zostać zanegowane. Stosowanie tego środka bez możliwości odwołania się do regulacji zawartych w Kodeksie postępowania cywilnego stoi bowiem w rażącej sprzeczności z modelem racjonalnego ustawodawcy, który miałby celowo pominąć (pozostawić bez regulacji) szereg niezwykle istotnych kwestii. Przepisy Kodeksu postępowania karnego nie wystarczają do określenia sposobu wykonywania zarządu przymusowego przedsiębiorstwem, a brak możliwości wykorzystania w tym celu regulacji zawartych w Kodeksie postępowania cywilnego uniemożliwia realizację celu zabezpieczenia majątkowego. Prokurator prowadzący postępowanie, w ramach którego ustanowiono zarząd przymusowy przedsiębiorstwa Odwołującego, wyraża identyczne stanowisko – w postanowieniu o ustanowieniu zarządu przymusowego z 18 stycznia 2022 r. dokonano bowiem konkretyzacji obowiązku zarządcy przymusowego wynikającego z art. 937 § 1 kpc.

Zarząd przymusowy przedsiębiorstwa jako sposób zabezpieczenia majątkowego w postępowaniu karnym musi być wykonywany przy zastosowaniu regulacji Kodeksu postępowania cywilnego. W pierwszej kolejności przepisy dotyczące postępowania zabezpieczającego, w drugiej zaś, na mocy odesłania zawartego w art. 752⁴ § 1 kpc), dotyczące postępowania egzekucyjnego (w szczególności dotyczące egzekucji z nieruchomości). Zabezpieczenie w postępowaniu karnym pełni bowiem te same funkcje co w postępowaniu cywilnym, tj. ma zapewnić możliwość wykonania przyszłego orzeczenia merytorycznego.

Zatem właściciel przedsiębiorstwa objętego zarządem przymusowym nie tylko że nie może wykonywać czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu przedsiębiorstwem, ale tego zarządu został pozbawiony w jakimkolwiek zakresie. Z art. 752⁴ § 1 kpc jednoznacznie wynika, że obowiązany (tu: podejrzany) właściciel przedsiębiorstwa nie może być zarządcą zajętego przedsiębiorstwa, co stanowi istotną różnicę w odniesieniu do postępowania egzekucyjnego dotyczącego nieruchomości, gdzie z mocy art. 933 § 1 kpc regułą jest pozostawienie zarządu nad nieruchomością dłużnikowi. Regulacja ta w pełni koresponduje z przepisami procedury karnej, skoro zgodnie z art. 292a § 1 kpk zarządcą przymusowym może być wyłącznie osoba posiadająca licencję doradcy restrukturyzacyjnego, tak samo jak w przypadku egzekucji z przedsiębiorstwa w postępowaniu cywilnym.

Pozbawienie właściciela przedsiębiorstwa prawa zarządu, co dotyczy przede wszystkim sfery wewnętrznej działalności przedsiębiorstwa, łączy się ze sferą zewnętrzną, tj. czynnościami dokonywanymi wobec osób trzecich. Zgodnie z art. 752⁵ kpc czynności prawne obowiązanego dotyczące majątku objętego zarządem przymusowym podjęte po ustanowieniu zarządu są nieważne. Tym samym czynność prawna w postaci złożenia oferty

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokonana przez Odwołującego działającego w osobie właściciela przedsiębiorstwa byłaby nieważna. Stanowisko Zamawiającego polegające na pominięciu wskazanego przepisu stanowi najistotniejsze naruszenie prawa przez czynność polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego.

Sąd Najwyższy w postanowieniu z 17 października 2019 r. stwierdza, że zarządca przymusowy ma prawo do dokonywania czynności zwykłego zarządu przedsiębiorstwem objętym zarządem przymusowym. Kompetencję tę wywodzi z określonego w art. 292a § 8 kpk zobowiązania zarządcy do zapewnienia ciągłości pracy zabezpieczonego przedsiębiorstwa. Stanowisko to zostało wprost potwierdzone przez Zamawiającego w piśmie z 14 marca 2022 r.

Podjmując decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający dopuścił się naruszenia prawa również z tego powodu, że zawarcie umowy w wyniku dokonania wyboru tej oferty byłoby czynnością zwykłego zarządu, co automatycznie determinuje identyczną kwalifikację prawną czynności polegającej na złożeniu oferty.

Zamawiający stwierdza, że czynnościami zwykłego zarządu są czynności zachowawcze o charakterze bieżącym, mające na celu utrzymanie majątku w dotychczasowym stanie i nieobciążanie go nowym ryzykiem prowadzenia działalności gospodarczej, jak zakup surowców potrzebnych do bieżącej produkcji, bieżąca sprzedaż, wypłata bieżących wynagrodzeń, odprowadzenie bieżących podatków oraz innych danin publicznych, bieżące naprawy i konserwacje maszyn, uiszczanie czynszów najmu lub dzierżawy, zaś złożenie oferty w postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego wykracza poza tak zdefiniowany zakres działań zarządcy przymusowego. Takie działanie jest bowiem nie tylko ukierunkowane na kreację nowego stosunku obligacyjnego w obrocie profesjonalnym, który wiąże się z określonym ryzykiem poniesienia straty majątkowej (np. w postaci kar umownych). Stanowi ono również czynność prawną, w której przedsiębiorca zobowiązuje się do określonego działania w przyszłości – realizacji umowy zgodnie ze złożoną ofertą, co już samo w sobie tworzy więź obligacyjną między stronami takiej czynności (oferent i oblat), obarczoną ryzykiem majątkowym w postaci możliwość utraty wadium. Stanowisko to jest oczywiście błędne.

Zamawiający, definiując w ten sposób zakres czynności zwykłego zarządu, ignoruje podstawowe zasady ekonomii i gospodarki rynkowej. Położenie nacisku na czynności polegające na spłacie zobowiązań, zakupie surowców, czy konserwacji maszyn pomija oczywisty fakt, że podstawową funkcją przedsiębiorstwa jest generowanie przy użyciu jego składników przychodów (dochodów). Każdy rodzaj działalności gospodarczej jest z definicji nastawiony na osiągnięcie zysków. Wykonanie zobowiązania zarządcy do zapewnienia ciągłości pracy zabezpieczonego przedsiębiorstwa bez zawierania umów handlowych jest

niemożliwe, gdyż brak przychodów nawet w krótkiej perspektywie czasowej może spowodować utratę płynności, a konsekwencji niewypłacalność. Z tego też powodu jednym z podstawowych obowiązków zarządcy przymusowego jest prowadzenie aktywnej polityki sprzedażowej przedsiębiorstwa.

Wbrew stanowisku Zamawiającego sama umowa o udzielenie zamówienia publicznego nie cechuje się szczególnymi odmiennościami w stosunku do umów handlowych. Znakomita część umów zawieranych z kontrahentami niezobowiązanymi do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych zawiera zapisy o karach umownych czy instrumenty zabezpieczające wykonanie zobowiązań (gwarancje bankowe i ubezpieczeniowe, akredytywy).

Niewątpliwie umowa o udzielenie zamówienia publicznego jest umową w ramach tzw. obrotu profesjonalnego, jednak Odwołujący jako producent obuwia przeważającą część swoich przychodów osiąga z umów sprzedaży (dostawy) hurtowej, które są również obrotem profesjonalnym. Prowadzenie szerokiej sieci sprzedaży detalicznej przez producentów jest zjawiskiem niespotykanym w gospodarce rynkowej.

Przy uwzględnieniu oczywistej okoliczności, że pojęcie zwykłego zarządu przedsiębiorstwem jest każdorazowo odnoszone do aktualnej sytuacji konkretnego przedsiębiorcy, w odniesieniu do Odwołującego bieżąca sprzedaż to przede wszystkim sprzedaż w ramach obrotu profesjonalnego, realizowanego na podstawie umów przewidujących szereg zabezpieczeń, w tym kar umownych za opóźnienie (zwłokę) w terminach realizacji dostaw.

Zamawiający stwierdza, że umowa o udzielenie zamówienia publicznego „wiąże się z określonym ryzykiem poniesienia straty majątkowej”, ale każda umowa w obrocie handlowym wiąże się z określonym ryzykiem poniesienia straty majątkowej, zaś ryzyko poniesienia straty jest immanentną cechą działalności gospodarczej. Zgodzić się zatem należy ze stanowiskiem Sądu Apelacyjnego w Szczecinie wyrażonym w wyroku z 17 grudnia 2024 r., I ACa 835/14, że co do zasady za czynności zwykłego zarządu należy uznać czynności typowe dla danej sytuacji społeczno-gospodarczej, w jakiej podmiot dokonujący czynności się znajduje, związane z bieżącym, normalnym tokiem czynności, jakie zwykle podejmuje lub może podejmować. Są to albo czynności zachowawcze albo czynności mające na celu przysporzenie majątkowe, jednakże takie, które nie wiążą się z nowym ryzykiem gospodarczym lub nie polegają na istotnej modyfikacji dotychczasowych stosunków (tak też: W. Gewalt [w:] Prawo upadłościowe. Komentarz, wyd. II, red. A. J. Witosz, Warszawa 2021, art. 38(a)). Tak też jest w niniejszej sprawie. Umowa, o zawarcie której ubiega się Odwołujący, nie wiąże się z nowym ryzykiem gospodarczym i stanowi emanację jego dotychczasowej działalności.

Próbując ustalić obiektywne kryterium pozwalające na rozdzielenie czynności zwykłego zarządu od czynności przekraczających zwykły zarząd, praktyka postępowań restrukturyzacyjnych i w przedmiocie ogłoszenia upadłości posługuje się kryterium wartości

umowy, rozumianej jak maksymalna wartość wynagrodzenia. Oferta Odwołującego w sposób nie budzący wątpliwości to kryterium również spełnia.

Z wstępnej wersji bilansu wynika, że na koniec 2021 r. Odwołujący posiadał aktywa o wartości 75.719.521,84 zł, w tym aktywa obrotowe o wartości 72.022.372,22 zł. Z kolei ze wstępnej wersji rachunku zysku i strat wynika, że w 2021 r. Odwołujący osiągnął z tytułu sprzedaży produktów (czyli obuwia) przychód netto w wysokości 108.848.663,07 zł, zaś w roku 2020 r. przychód netto Odwołującego z tego tytułu wyniósł 139.278.480,05 zł. Zysk Odwołującego z działalności gospodarczej w 2021 r. wyniósł 12.779.561,99 zł, zaś w 2020 r. 32.477.675,45 zł. Złożenie więc oferty na dostawę swojego podstawowego wyrobu o wartości 650.547,00 zł, stanowiącej niecałe 0,006 przychodu netto w 2021 r. i 0,0047 w 2020 r. nie może być uznane za nadzwyczajne zdarzenie gospodarcze.

Nawet jeśli by twierdzić, że umowy na dostawę obuwia na potrzeby sił zbrojnych cechują się określoną specyfiką, to Odwołujący wykonał na przestrzeni ostatnich lat szereg takich umów o znacznie wyższej wartości, co potwierdzają listy referencyjne 3 Regionalnej Bazy Logistycznej w Krakowie dotyczące umów wykonanych w latach 2018 - 2020 o łącznej wartości dostaw 107.121.689,58 zł. Powyższe również potwierdza tezę, że zawarcie umowy na podstawie oferty w ramach postępowania, którego dotyczy odwołanie, mieści się w ramach zwykłej, bieżącej działalności Odwołującego, co pozwalałoby na złożenie oferty przez zarządcę przymusowego nawet jeśli jego umocowanie do reprezentacji miałoby wynikać wyłącznie z art. 292a § 8 kpk.

Odwołujący podkreślił, że ze względu na specyfikę niniejszej sprawy, z ostrożności, pełnomocnictwo do złożenia odwołania i działania w ramach postępowania odwoławczego zostało podpisane podpisem kwalifikowanym zarówno przez zarządcę przymusowego, jak i właściciela przedsiębiorstwa Odwołującego.

II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Odwołujący wniósł o oddalenie odwołania oraz o zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania wywołanego wniesieniem odwołania.

Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem Odwołującego, że jego czynność w ramach postępowania, polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego i w konsekwencji unieważnieniu postępowania, była niezgodna z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający zobowiązany był do oceny dokumentacji otrzymanej od Odwołującego zgodnie z obowiązującymi przepisami. W szczególności musiał ocenić, czy oferta nie jest wadliwa i czy nie podlega odrzuceniu, co oznaczało, że pod tym kątem zobowiązany był ocenić okoliczność podpisania oferty Odwołującego samodzielnie przez zarządcę przymusowego ustanowionego nad przedsiębiorstwem Odwołującego w trybie art.

292a ustawy Kodeks postępowania karnego. W praktyce sprowadzało się to do konieczności wykładni przepisów regulujących instytucję zarządu przymusowego, w szczególności pod kątem uprawnień do skutecznego podejmowania czynności prawnych. W tym zakresie Zamawiający skorzystał z wykładni treści przepisu art. 292a kpk, przedstawionej przez Sąd Najwyższy w postanowieniu z 17 października 2019 r., III PZ 15/19. W uzasadnieniu tego orzeczenia SN wskazał m.in., że zgodnie z art. 292a § 1 kpk zabezpieczenie wykonania orzeczenia może nastąpić przez ustanowienie przymusowego zarządu przedsiębiorstwa i wyznaczenie zarządcy. Przepis ten statuuje odrębny sposób zabezpieczenia wykonania orzeczenia od zarządu przymusowego określonego w kpc, gdyby bowiem miało być inaczej, nie byłoby konieczności umieszczenia tego przepisu w Kodeksie postępowania karnego, lecz wystarczyłoby samo odesłanie z art 292 § 1 kpk, na podstawie którego zabezpieczenie następuje w sposób wskazany w przepisach Kodeksu postępowania cywilnego, chyba że ustawa stanowi inaczej. Należy zatem uznać, że zabezpieczenie w drodze ustanowienia na podstawie art. 292a § 1 kpk zarządu przymusowego jest właśnie sposobem zabezpieczenia, który nie jest wskazany w przepisach Kodeksu postępowania cywilnego. W związku z tym przy wykładni tego artykułu jedynie pomocnicze znaczenie mogą mieć przepisy Kodeksu postępowania cywilnego dotyczące zarządu przymusowego, bowiem zarząd przymusowy określony w art. 292a § 1 kpk nie jest tym samym zarządem przymusowym, o którym mowa w kpc. Przepisy Kodeksu postępowania karnego nie regulują, czy zarząd przymusowy ustanawiany jest zamiast, czy obok zwykłego zarządu przedsiębiorstwa, ani też tego, jakie uprawnienia przysługują zarządcy. W art. 292a § 8 kpk określono jedynie zadania zarządcy przymusowego, wskazując, że zapewnia ciągłość pracy zabezpieczonego przedsiębiorstwa oraz przekazuje sądowi lub prokuratorowi posiadane informacje mające znaczenie dla toczącego się postępowania, w szczególności o sposobie i okolicznościach wykorzystania tego przedsiębiorstwa do popełnienia przestępstwa lub ukrycia osiągniętej z niego korzyści oraz o rzeczach i dokumentach mogących stanowić dowód w sprawie, Ponadto w § 9 wskazano, że zarządca sporządza spis składników majątku i praw majątkowych przedsiębiorstwa i przekazuje go prokuratorowi lub sądowi, który wydał postanowienie o zabezpieczeniu. Przy czym właściciel lub inna osoba kierująca przedsiębiorstwem w jego imieniu może wnosić do prokuratora lub sądu, który wydał postanowienie o zabezpieczeniu, o wyłączenie określonych składników majątku lub praw majątkowych z zabezpieczenia, co wskazuje, że ustanowienie zarządcy przymusowego nie powoduje likwidacji czy zakończenia działania normalnego zarządu przedsiębiorstwa, skoro osoba kierująca przedsiębiorstwem nadal może wnosić o podjęcie określonych czynności.

Zgodnie bowiem z Kodeksem postępowania cywilnego zarząd przymusowy ustanowiony nad przedsiębiorstwem wykonuje się według przepisów o zarządzie w toku egzekucji z nieruchomości. W związku z tym zastosowanie znajduje art. 931 § 2 kpc, w którym

przewidziano, że jeżeli prawidłowe sprawowanie zarządu tego wymaga, sąd odejmie dłużnikowi zarząd i ustanowi innego zarządcę; to samo dotyczy ustanowionego zarządcy. W przepisie tym wprost zatem przewidziano, że ustanowienie zarządu następuje przez dwie czynności, a mianowicie odjęcie zarządu dłużnikowi i ustanowienie innego zarządcy. Z kolei art. 292a § 1 kpk stanowi już tylko o ustanowieniu przymusowego zarządu przedsiębiorstwa i wyznaczeniu zarządcy, nie wskazując w żaden sposób, aby ustanowienie tego zarządu następowało po odjęciu go dotychczasowemu zarządowi. Gdyby zatem ustanowienie zarządu przymusowego następowało w sposób określony w przepisach Kodeksu postępowania cywilnego, do którego odsyła art. 292 § 1 kpk, nie byłoby wątpliwości, że zastosowanie ma również Kodeks postępowania cywilnego i zarząd przymusowy następuje po odjęciu zarządu dotychczasowemu zarządowi. Jednak art. 292a kpk wprowadza swoistą instytucję zarządu przymusowego, która jest odrębna od zarządu przymusowego, o którym mowa w przepisach Kodeksu postępowania cywilnego, zatem nie można stosować do niego przepisów tego kodeksu, bowiem art. 292a kpk do nich nie odsyła.

W związku z powyższym, ponieważ Kodeks postępowania karnego nie przewiduje odjęcia zarządu dotychczasowemu zarządcy, należy uznać, że zarząd przymusowy ustanowiony na podstawie art. 292a § 1 kpk istnieje obok zwykłego zarządu przedsiębiorstwa i ma realizować zadania określone w art. 292a § 8 i 9 kpk.

Art. 752⁴ § 1 kpc stanowi, że zarządca zajętej nieruchomości obowiązany jest wykonywać czynności potrzebne do prowadzenia prawidłowej gospodarki. Ma on prawo pobierać zamiast dłużnika wszelkie pożytki z nieruchomości, spieniężać je w granicach zwykłego zarządu oraz prowadzić sprawy, które przy wykonywaniu takiego zarządu okażą się potrzebne. W sprawach wynikających z zarządu nieruchomością zarządca może pozywać i być pozywany. Przepis ten, choć, jak wyżej wskazano, nie znajduje wprost zastosowania do zarządu przymusowego, o którym mowa w art. 292a kpk, to jednak wskazuje na zakres, w jakim zarządca przymusowy może reprezentować zarządzane przedsiębiorstwo. Jest on bowiem ograniczony do spraw mieszczących się w granicach zwykłego zarządu i tylko w tych granicach może on prowadzić sprawy przedsiębiorstwa, pozywać i być pozwanym. Artykuł 292a kpk nie zawiera żadnych norm, które wprowadzałyby dla zarządcy przymusowego szerszy zakres reprezentacji i legitymacji sądowej, wręcz przeciwnie, skoro zarządca taki, poza pewnymi zadaniami, które mają ułatwiać prowadzenie postępowania w sprawie karnej, ma za zadanie w zasadzie wyłącznie zapewnienie ciągłości pracy zabezpieczonego przedsiębiorstwa.

Zamawiający zgadza się z powyższym stanowiskiem SN dotyczącym wykładni przepisu art. 292a kpk.

Zdaniem Zamawiającego przyjęcie, że w ramach zarządu przymusowego właściciel przedsiębiorstwa objętego takim zarządem jest pozbawiony uprawnień do dokonywania

czynności prawnych w ramach działalności tego przedsiębiorstwa, czyni w praktyce bezprzedmiotowym rozpatrywanie pozostałych zarzutów i konieczność ustalenia, że w stanie faktycznym sprawy oferta Odwołującego została podpisana przez podmiot do tego uprawniony. W ocenie Zamawiającego stanowisko Odwołującego jest nieprawidłowe, a ponadto sprzeczne ze stanowiskiem zaprezentowanym w dalszej części odwołania.

Jak słusznie wskazał SN, przepisy art. 292 i art. 292a kpk pozostają do siebie w relacji jako przepis ogólny i szczególny. Oznacza to, że w zakresie ich wykładni zastosowanie ma reguła *lex specialis derogat legi generali*. Jednocześnie przepis szczególny (art. 292a) nie odsyła w jakimkolwiek zakresie do przepisu ogólnego (art. 292), z którego treści Odwołujący wyprowadza możliwość stosowania przepisów Kodeksu postępowania cywilnego mających stanowić podstawę do pozbawienia właściciela przedsiębiorstwa objętego zarządem przymusowym prawa do dokonywania czynności prawnych w ramach działalności tego przedsiębiorstwa. Należy więc przyjąć zgodnie z ww. stanowiskiem SN, że art. 292a kpk wprowadza swoistą instytucję zarządu przymusowego, która jest odrębna od zarządu przymusowego, o którym mowa w przepisach Kodeksu postępowania cywilnego. W końcowej części odwołania Odwołujący przyznaje właścicielowi przedsiębiorstwa prawo do dokonywania czynności prawnych w ramach działalności tego przedsiębiorstwa w postaci uprawnienia do udzielenia pełnomocnictwa do złożenia odwołania i działania w ramach niniejszego postępowania przez KIO.

Przyjęcie, że złożenie oferty Odwołującego mieściło się w zakresie określonego w art. 292a § 8 kpk obowiązku zarządcy przymusowego do zapewnienia ciągłości pracy zabezpieczonego przedsiębiorstwa, oznaczać będzie, że oferta Odwołującego została podpisana przez osobę uprawnioną.

Zgodnie z art. 292a § 8 i 9 kpk zarządca zapewnia ciągłość pracy zabezpieczonego przedsiębiorstwa oraz przekazuje sądowi lub prokuratorowi posiadane informacje mające znaczenie dla toczącego się postępowania, w szczególności o sposobie i okolicznościach wykorzystania tego przedsiębiorstwa do popełnienia przestępstwa lub ukrycia osiągniętej z niego korzyści oraz o rzeczach i dokumentach mogących stanowić dowód w sprawie. Zarządca sporządza spis składników majątku i praw majątkowych przedsiębiorstwa i przekazuje go prokuratorowi lub sądowi, który wydał postanowienie o zabezpieczeniu. Jak widać z powyższego, zadania zarządcy przymusowego wskazane przez ustawodawcę w większości związane są z poszerzaniem materiału dowodowego w ramach prowadzonego postępowania karnego. Natomiast jedyne działanie związane bezpośrednio z zarządzaniem zabezpieczonym przedsiębiorstwem wskazane przez ustawodawcę to zapewnienie ciągłości jego pracy.

Przepisy art. 292a kpk wprowadzają swoistą instytucję zarządu przymusowego, która jest odrębna od zarządu przymusowego, o którym mowa w przepisach Kodeksu postępowania cywilnego. Stanowią one jednie o ustanowieniu takiego zarządu i wyznaczeniu zarządcy, natomiast w żaden sposób nie wskazują, że ustanowienie tego zarządu następuje zamiast zwykłego zarządu przedsiębiorstwem tj. przy jednoczesnym odjęciu zarządu dotychczasowemu zarządcy (np. właścicielowi przedsiębiorstwa). Przepisy te przyznają osobom sprawującym dotychczasowy zarząd prawo do podejmowania określonych czynności, co wskazuje, że po ustanowieniu zarządu przymusowego zwykły zarząd przedsiębiorstwa nie traci automatycznie uprawnień do reprezentowania podmiotu. Przepisy te nie wskazują, jakie uprawnienia przysługują takiemu zarządcy i określają jedynie zadania, które ma on realizować. Powyższe prowadzi do konstatacji, że w zakresie instytucji zarządu przymusowego brak jest podstaw normatywnych do przyjęcia, że ustanowienie go następuje po odjęciu zarządu przedsiębiorstwem dotychczasowemu zarządowi, co musi prowadzić do wniosku, że istnieje obok zwykłego zarządu przedsiębiorstwa. Jednocześnie, z uwagi na fakt, że przepisy regulujące ww. instytucję wskazują jedynie zadania, jakie wykonać ma zarząd przymusowy bez określenia, jakie uprawnienia przysługują takiemu zarządowi, uprawnienia, jakie można mu przypisać, swoim zakresem mogą jedynie służyć realizacji ww. zadań.

Jak wskazał SN w ww. postanowieniu, zarząd przymusowy jest ograniczony do spraw mieszczących się w granicach zwykłego zarządu i tylko w tych granicach może on prowadzić sprawy przedsiębiorstwa, pozywać i być pozwanym, a artykuł 292a kpk nie zawiera żadnych norm, które wprowadzałyby dla takiego zarządu szerszy zakres reprezentacji. W ocenie Zamawiającego zadanie określone jako „zapewnienie ciągłości pracy przedsiębiorstwa” mieści się w ramach pojęcia czynności zwykłego zarządu i nie może ich przekraczać. Taka interpretacja jest bezsporna między Stronami. Sporną kwestią pozostaje natomiast to, czy złożenie oferty Odwołującego przekracza, czy też nie, czynności zwykłego zarządu.

Pojęcie czynności zwykłego zarządu nie zostało definiowane przez ustawodawcę, a jego znaczenie na gruncie przepisów prawa zostało określone przez orzecznictwo sądowe i poglądy przedstawicieli nauki prawa. W wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 17 grudnia 2014 r., I ACa 835/14, sąd zdefiniował ww. pojęcie wskazując, że za czynności zwykłego zarządu należy uznać czynności typowe dla danej sytuacji społeczno-gospodarczej, w jakiej podmiot dokonujący czynności się znajduje, związane z bieżącym, normalnym tokiem czynności, jakie zwykle podejmuje lub może podejmować – są to albo czynności zachowawcze, albo czynności mające na celu przysporzenie majątkowe, jednakże takie, które nie wiążą się z nowym ryzykiem gospodarczym lub nie polegają na istotnej modyfikacji dotychczasowych stosunków. To, iż dana czynność może w kontekście całokształtu okoliczności rozpatrywanego przypadku zostać uznana za ekonomicznie

uzasadnioną, nie przesądza o kwalifikacji jej jako czynności zwykłego zarządu, albowiem taką cechą mogą wyróżniać się również czynności przekraczające zwykły zarząd. Będą tu więc w grę wchodzić takie działania jak zakup surowców potrzebnych do bieżącej produkcji, bieżąca sprzedaż, wypłata bieżących wynagrodzeń, odprowadzenie bieżących podatków oraz innych danin publicznych, bieżące naprawy i konserwacje maszyn, uiszczanie czynszów najmu lub dzierżawy.

W tym kontekście, w ocenie Zamawiającego, należy przyjąć, że złożenie oferty w postępowaniu w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego wykracza poza tak zdefiniowany zakres czynności zwykłego zarządu. Nie jest to bowiem czynność o charakterze zachowawczym, ale jest ukierunkowana na kreację nowego stosunku obligacyjnego w obrocie profesjonalnym, w postaci zawarcia umowy o zamówienie publiczne, który wiąże się z określonym ryzykiem gospodarczym i prowadzi do istotnej zmiany dotychczasowych stosunków prawnych, w jakich funkcjonował przedsiębiorca. Jednocześnie stanowi ono również czynność prawną, w której przedsiębiorca zobowiązuje się do określonego działania w przyszłości, tj. realizacji umowy zgodnie ze złożoną ofertą, co samo w sobie już kreuje nową więź obligacyjną między wykonawcą a zamawiającym, obarczoną wymiernym ryzykiem finansowym (możliwość w pewnych okolicznościach utraty wpłaconego wadium).

Prezentowanie przez Odwołującego stanowisko, że złożenie oferty w postępowaniu było czynnością zwykłego zarządu przedsiębiorstwem Odwołującego, nie daje się pogodzić z istniejącym stanem prawnym, jaki jest konsekwencją przyjętej przez ustawodawcę normatywnej konstrukcji instytucji zarządu przymusowego. Skoro bowiem zarząd przymusowy istnieje obok zarządu dotychczasowego, którego nie uchyla, to przyjęcie stanowiska Odwołującego odnośnie uprawnień tego pierwszego, w praktyce sprowadza się do uznania, że w ramach zarządu przedsiębiorstwem istnieje dualizm decyzyjny. Jeżeli bowiem przyjmujemy, że zarządca przymusowy uprawniony jest do samodzielnej kreacji sfery działalności przedsiębiorstwa objętego zajęciem w granicach wykraczających poza stan takiej działalności, jaki istnieje w momencie ustanowienia tego zarządu, czego wyrazem będzie przyznanie mu prawa do skutecznego i samodzielnego prowadzenia działalności takiego przedsiębiorstwa w ramach ubiegania się o nowe kontrakty handlowe i ich późniejszą realizację (np. poprzez uprawnienie do skutecznego złożenia oferty), to w praktyce brak będzie jakiegokolwiek granicy oddzielającej uprawnienia zarządcy przymusowego i dotychczasowego zarządu. W takiej sytuacji zarząd przymusowy *de facto* będzie miał uprawnienie do prowadzenia działalności gospodarczej zajętego przedsiębiorstwa bez jakichkolwiek ograniczeń i w tym zakresie stanie się konkurencyjnym ośrodkiem decyzyjnym wobec zarządu dotychczasowego.

W ocenie Zamawiającego takie stanowisko jest nieracjonalne i nie do pogodzenia z pojęciem czynności zwykłego zarządu funkcjonującym na gruncie prawa i posiadającego określoną normatywną treść, która w każdym razie wskazuje, że istnieją dwie grupy czynności, czynności zwykłego zarządu i przekraczające zwykły zarząd, co do których uprawnienia nie mogą być tożsame. Poprzez umieszczenie czynności w postaci złożenia oferty Odwołującego w ramach czynności zwykłego zarządu przedsiębiorstwem, Odwołujący naruszył jedną z podstawowych reguł wykładni systemowej przepisów prawa, jakim jest założenie, że system prawa jest niesprzeczny, a w ramach wykładni przepisów prawa nie można doprowadzać do powstania sprzeczności między obowiązującymi normami prawnymi. Odwołujący bowiem przy wykładni art. 292a § 8 kpk posługuje się pojęciem czynności zwykłego zarządu i twierdzi, że złożenie oferty Odwołującego mieści się w ramach tego pojęcia, co jednocześnie oznacza, że stanowi to realizację określonego w tym przepisie obowiązku zarządcy przymusowego do „zapewnienia ciągłości pracy zabezpieczonego przedsiębiorstwa”. Jednocześnie jednak zakres przedmiotowy pojęcia zwykłego zarządu, jaki przyjmuje Odwołujący, powoduje, że w istocie dochodzi do zaprzeczenia podstawowej funkcji, jaką ma spełniać ww. pojęcie, tj. do wyodrębnienia czynności wykraczających poza zwykły zarząd. Tym samym dochodzi do sytuacji, w której na gruncie art. 292a § 8 kpk pojęcie zwykłego zarządu jest wewnętrznie sprzeczne i pozbawione normatywnej treści.

Ponadto trafność stanowiska Zamawiającego mówiącego o tym, że złożenie oferty Odwołującego przekracza czynności zwykłego zarządu, a co za tym idzie, że zarządca przymusowy nie był uprawniony do samodzielnego dokonania takiej czynności, potwierdził sam Odwołujący, bowiem dla skuteczności czynności prawnej polegającej na udzieleniu pełnomocnictwa do działania w imieniu Odwołującego w ramach postępowania przed KIO, potrzebna jest zgoda właściciela przedsiębiorstwa Odwołującego, wyrażona złożeniem podpisu pod udzieleniem stosownego pełnomocnictwa. Tym samym zgodnie z zasadą wnioskowania *a minori ad maius*, skoro zarządca przymusowy nie był uprawniony do samodzielnego umocowania pełnomocnika do reprezentowania w niniejszej sprawie, to tym bardziej nie był uprawniony do samodzielnego dokonywania czynności prawnych skutkujących postanowieniem stosunku prawnego, którego dotyczy niniejsze postępowanie.

III Stanowisko Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub

może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych).

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania, tj. sposób podpisania oferty Odwołującego, jak też fakt ustanowienia zarządcy przymusowego na przedsiębiorstwie Odwołującego, zgodnie z art. 291 § 1, art. 292 i art. 292a Kodeksu postępowania karnego, nie jest sporny między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przedstawionej przez Zamawiającego, złożonych pism oraz stanowisk Stron przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wzięła pod uwagę dokumenty przedstawione przez Strony jako dowody uznając, że ze względu na ich charakter mają one status stanowiska Stron, które je złożyły.

W odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 255 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 104 ustawy Kodeks cywilny, art. 292 § 1 ustawy Kodeks postępowania karnego oraz art. 292a § 8 ustawy Kodeks postępowania karnego.

Przywołane przepisy stanowią:

Art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Art. 255 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu.

Art. 104 ustawy Kodeks cywilny: Jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Jednakże gdy ten, komu zostało złożone oświadczenie woli w cudzym imieniu, zgodził się na działanie bez umocowania, stosuje się odpowiednio przepisy o zawarciu umowy bez umocowania.

Art. 292 § 1 ustawy Kodeks postępowania karnego: Zabezpieczenie następuje w sposób wskazany w przepisach Kodeksu postępowania cywilnego, chyba że ustawa stanowi inaczej.

Art. 292a § 8 ustawy Kodeks postępowania karnego: Zarządca zapewnia ciągłość pracy zabezpieczonego przedsiębiorstwa oraz przekazuje sądowi lub prokuratorowi posiadane informacje mające znaczenie dla toczącego się postępowania, w szczególności o sposobie i okolicznościach wykorzystania tego przedsiębiorstwa do popełnienia przestępstwa lub ukrycia osiągniętej z niego korzyści oraz o rzeczach i dokumentach mogących stanowić dowód w sprawie.

Jak wynika z art. 291 § 1 ustawy Kodeks postępowania karnego, w razie zarzucenia oskarżonemu popełnienia przestępstwa, za które lub w związku z którym można orzec: 1) grzywnę, 2) świadczenie pieniężne, 3) przepadek, 4) środek kompensacyjny, 5) zwrot pokrzywdzonemu lub innemu uprawnionemu podmiotowi korzyści majątkowej, jaką sprawca osiągnął z popełnionego przestępstwa, albo jej równowartości – może z urzędu nastąpić zabezpieczenie wykonania tego orzeczenia na mieniu oskarżonego lub na mieniu, o którym mowa w art. 45 § 2 Kodeksu karnego, jeżeli zachodzi uzasadniona obawa, że bez takiego zabezpieczenia wykonanie orzeczenia będzie niemożliwe albo znacznie utrudnione. Zabezpieczenie następuje w sposób wskazany w przepisach Kodeksu postępowania cywilnego, chyba że ustawa stanowi inaczej (art. 292 § 1 kpk). Zabezpieczenie może nastąpić również przez ustanowienie przymusowego zarządu przedsiębiorstwa i wyznaczenie zarządcy. W postanowieniu określa się przedsiębiorstwo lub jego zorganizowaną część oraz wskazuje się zarządcę spośród osób posiadających licencję doradcy restrukturyzacyjnego (art. 292a § 1 kpk). Zarządca zapewnia ciągłość pracy zabezpieczonego przedsiębiorstwa oraz przekazuje sądowi lub prokuratorowi posiadane informacje mające znaczenie dla toczącego się postępowania, w szczególności o sposobie i okolicznościach wykorzystania tego przedsiębiorstwa do popełnienia przestępstwa lub ukrycia osiągniętej z niego korzyści oraz o rzeczach i dokumentach mogących stanowić dowód w sprawie (art. 292a § 8 kpk). Zarządca sporządza spis składników majątku i praw majątkowych przedsiębiorstwa i przekazuje go prokuratorowi lub sądowi, który wydał postanowienie o zabezpieczeniu. Właściciel lub inna osoba kierująca przedsiębiorstwem w jego imieniu może wnosić do prokuratora lub sądu, który wydał postanowienie o zabezpieczeniu, o wyłączenie określonych składników majątku lub praw majątkowych z zabezpieczenia. (art. 292a § 9 kpk).

Jak wynika z powyższego, regulacje dotyczące kwestii zarządu przymusowego nad przedsiębiorstwem nie zostały w przepisach Kodeksu postępowania karnego szczególnie rozbudowane, podobnie zresztą jak w odnośnych przepisach Kodeksu postępowania cywilnego, w szczególności, jeśli chodzi o uprawnienia i wzajemne stosunki zarządcy przymusowego oraz właściciela przedsiębiorstwa. Niewątpliwie oba te podmioty istnieją równoległe i muszą ze sobą o tyle współdziałać, by nie powodować szkody dla samego przedsiębiorstwa.

Z przywołanego przez Zamawiającego stanowiska Sądu Najwyższego zawartego w postanowieniu z 17 października 2019 r., sygn. III PZ 15/19, wynika, że oba zarządy występują równoległe, a sam właściciel przedsiębiorstwa poprzez fakt ustanowienia zarządcy przymusowego nie zostaje pozbawiony prawa do zarządu.

Odmienny natomiast, przynajmniej częściowo, pogląd został wyrażony w komentarzu pod red. D. Drajewicza „Kodeks postępowania karnego. Tom I”, wyd. C.H. Beck/Legalis, gdzie

w komentarzu do art. 292a wskazano: „2. Skutki wydania postanowienia o zastosowaniu przymusowego zarządu. Bezpośrednim skutkiem wydania postanowienia o zastosowaniu omawianego środka jest objęcie zarządu przedsiębiorstwem przez zarządcę przymusowego i odebranie zarządu przedsiębiorstwa właścicielowi lub organowi osoby prawnej sprawującemu dotychczasowy zarząd. Zgodnie z art. 752⁵ KPC czynności prawne osób dotychczasowo sprawujących zarząd przedsiębiorstwa, podjęte po ustanowieniu zarządu przymusowego, są nieważne. Odmienne od procedury cywilnej, z racji natychmiastowej wykonalności postanowienia o zabezpieczeniu, dla określenia czasu powstania skutków ustanowienia zarządu nie będzie miał znaczenia czas faktycznego objęcia przez zarządcę przymusowego zarządu przedsiębiorstwem, czy też czas doręczenia zawiadomienia o objęciu zarządem przymusowym właścicielowi przedsiębiorstwa. Dotknięte nieważnością będą zatem czynności prawne dotychczasowych zarządców przedsiębiorstwa dokonane po wydaniu postanowienia o zabezpieczeniu. Dotyczy to także czynności prawnych podejmowanych względem nieruchomości wchodzących w skład przedsiębiorstwa. Brak jest możliwości konwalidowania nieważnych czynności przez zarządcę przymusowego. (...)

1. Objęcie zarządu. Podstawowym obowiązkiem zarządcy przymusowego jest objęcie zarządu przedsiębiorstwem i odsunięcie od zarządu osób sprawujących zarząd przed dokonaniem zabezpieczenia. W razie utrudnień w objęciu zarządu, organ stosujący zabezpieczenie majątkowe zleca komornikowi wprowadzenie zarządcy przymusowego w zarząd przedsiębiorstwa (art. 933 KPC). 2. Zapewnienie ciągłości pracy przedsiębiorstwa. Podstawowym zadaniem zarządcy jest zapewnienie ciągłości pracy zabezpieczonego przedsiębiorstwa. Zarządca kontynuuje działalność gospodarczą przedsiębiorstwa, w tym produkcyjną, usługową, jest zobowiązany do regulowania zobowiązań wobec kontrahentów, pracowników. 3. Sporządzenie spisu składników majątku. Zarządca po objęciu zarządu sporządza spis składników majątku i praw majątkowych przedsiębiorstwa i przekazuje go prokuratorowi lub sądowi, który wydał postanowienie o zabezpieczeniu oraz na bieżąco przekazuje sądowi lub prokuratorowi posiadane informacje mające znaczenie dla toczącego się postępowania, w szczególności o sposobie i okolicznościach wykorzystania tego przedsiębiorstwa do popełnienia przestępstwa lub ukrycia osiągniętej z niego korzyści oraz o rzeczach i dokumentach mogących stanowić dowód w sprawie. Obowiązki zarządcy przymusowego wykraczają zatem poza zarząd przedsiębiorstwa, mając charakter dowodowy realizują cel procesu karnego. Zarządca może być przesłuchany w charakterze świadka na okoliczność informacji uzyskanych w toku sprawowania zarządu przedsiębiorstwem, a dotyczących czynów zabronionych będących przedmiotem rozpoznania w sprawie. (...)

5. Wykonanie obowiązków przez zarządcę nieokreślonych w art. 292a będzie się opierać na przepisach KPC. Nie znajdują zastosowania przepisy ustawy – Prawo upadłościowe dotyczące zarządu przedsiębiorstwa przez syndyka. W sprawach wynikających z zarządu

przedsiębiorstwem zarządca może pozywać i być pozywanym (art. 935 § 1 KPC). Zarządcy nie wolno zaciągać zobowiązań, które nie mogą być zaspokojone z dochodów przedsiębiorstwa i są gospodarczo uzasadnione (art. 935 § 2 KPC). Ogranicza to możliwość ponoszenia ryzyka gospodarczego przez zarządcę, a jednocześnie hamuje rozwój zarządzanego przedsiębiorstwa. Czynności przekraczające zwykły zarząd przedsiębiorstwem wymagają zaś zgody właściciela przedsiębiorstwa i sądu (art. 935 § 3 KPC). Na zarządcy ciąży również obowiązek regularnego, przynajmniej raz w roku, składania sprawozdań z zarządu i sprawozdań rachunkowych (art. 937 KPC). Zarządca ponosi odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną na skutek nienależytego wykonywania swoich obowiązków (art. 938 KPC). Zarządcy przysługuje zwrot wydatków poniesionych z własnych funduszy oraz wynagrodzenie (art. 939 § 1 KPC). 6. Dochody przedsiębiorstwa. Prowadząc gospodarkę przedsiębiorstwa, zarządca pobiera pożytki, spienięża ją, nadwyżkę dochodów nad wydatkami składa do depozytu sądowego (art. 941 KPC). Z dochodów pokrywa się nadto przyznane wynagrodzenie zarządcy, zatwierdzone poniesione przez zarządcę wydatki, należności pracowników, należności podatkowe, koszty ubezpieczenia (art. 940 KPC). 7. Skutki realizacji obowiązków zarządcy. Realizacja wymienionych obowiązków przez zarządcę przymusowego ma zapewnić zachowanie przedsiębiorstwa w stanie niepogorszonym, ma uniemożliwić zbycie, obciążenie składników przedsiębiorstwa, poprzez dostarczenie informacji o wykorzystaniu przedsiębiorstwa w działalności przestępczej ma umożliwić orzeczenie przepadku przedsiębiorstwa lub nałożenia obowiązku zwrotu osiągniętej z przestępstwa korzyści majątkowej.”

Jednak, w ocenie Izby, oba te poglądy są nie tyle ze sobą sprzeczne, co odnoszą się do dwóch aspektów zarządu – niewątpliwie oba zarządy występują równolegle o tyle, że sam właściciel przedsiębiorstwa poprzez fakt ustanowienia zarządcy nie zostaje pozbawiony prawa do zarządu, jak wskazał Sąd Najwyższy. Sąd Najwyższy nie pogłębił tu swojego stanowiska, ale, w opinii Izby, należy je odnieść nie tyle do koncepcji dwóch równoległych i niezależnie od siebie działających zarządców (zarządcy przymusowego i właściciela), co, w razie ich permanentnych odmiennych koncepcji co do potrzeby podjęcia pewnych czynności zarządczych, potencjalnie byłoby bardzo szkodliwe dla przedsiębiorstwa, ale głównie do czynności zwykłego zarządu i czynności przekraczających zwykły zarząd. Zatem najbardziej racjonalny podział polegałby tu na tym, że zarządca zapewnia ciągłość pracy zabezpieczonego przedsiębiorstwa, czyli dokonuje czynności zwykłego zarządu, natomiast właściciel lub zarządca za zgodą lub przy współdziałaniu właściciela, a także po uzyskaniu zgody sądu – czynności przekraczających zwykły zarząd. Podział taki zdaje się godzić oba powyżej przywołane poglądy co do udziału właściciela w zarządzie przedsiębiorstwem, jak też realizować cel ustanowienia zarządu przymusowego, która to instytucja nie miałaby sensu, gdyby bieżący zarząd przedsiębiorstwem pozostawić właścicielowi. Pozostałe

czynności zarządcy nie są bowiem celem instytucjonalnym samym w sobie, lecz raczej pobocznym – ostatecznie od zbierania dowodów w postępowaniu karnym jest prokurator, a nie zarządca.

Jednak powyższe rozważania o wzajemnych stosunkach zarządcy i właściciela przedsiębiorstwa nie są celem Izby, ponieważ w spornym stanie faktycznym kwestionowanej oferty nie podpisał właściciel przedsiębiorstwa, lecz zarządca. Tym samym dla rozstrzygnięcia sporu istotne jest stwierdzenie, czy zarządca ten był uprawniony do podpisania takiej oferty.

Jak wskazano w stanowiskach Stron, nie jest pomiędzy nimi sporne, że zarządca uprawniony jest do dokonywania czynności zwykłego zarządu. Pogląd ten został wyrażony także w przywołanym postanowieniu Sądu Najwyższego oraz zacytowanym komentarzu. Sporne jest natomiast, czy złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu wchodzi w zakres czynności zwykłego zarządu, czy też je przekracza. Przy czym, w opinii Izby, zbędne jest tu rozważanie, czy powyższe dotyczyłoby wszystkich postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ rzeczywiście w dużej mierze mogłoby to zależeć od wartości kontraktu i zakresu zobowiązania przedsiębiorstwa, które w jego wyniku byłoby podjęte. W opinii Izby osiągnięcia rozróżnienia pomiędzy czynnościami zwykłego zarządu i przekraczającymi zwykły zarząd nie jest też sama okoliczność, czy jest to zamówienie „publiczne”, czy „prywatne”. Kwestie takie jak kary umowne, wadliwa czy kłopotliwi zleceniodawcy nie są bowiem cechą wyłącznie związaną z zamówieniami publicznymi. Nie ma też żadnego racjonalnego powodu, by wskazywać, że samo zawarcie kontraktu w reżimie zamówień publicznych oznacza, że czynność przekracza zakres zwykłego zarządu – w szczególności bowiem nie mogłyby działać podmioty, których całość lub *gros* działalności jest związane z działaniem na rynku zamówień publicznych.

Jak podkreślał Odwołujący, powołując się na dane przedsiębiorstwa z roku 2020 i 2021, przedmiotowa umowa z Zamawiającym, którego dotyczyła odrzucona oferta, należy do sfery zwykle prowadzonej przez niego działalności przedsiębiorstwa, tj. produkcji i sprzedaży obuwia, w tym sprzedaży dla jednostek wojskowych, oraz jest jedynie jednym z wielu kontraktów tego typu, który zawiera w swojej bieżącej działalności, a jego wartość nie stanowi nawet 1% przychodów, czy też dochodów, które osiąga w ciągu roku. Tym samym, zdaniem Izby, złożenie tego typu oferty, a następnie zawarcie w tym zakresie umowy, można uznać za czynność wchodzącą w zakres czynności zwykłego zarządu przedsiębiorstwem, we wcześniejszym stanowisku Zamawiającego określoną jako „bieżąca sprzedaż”, czy też bieżącą produkcją. Jak wskazano również w przywołanym komentarzu, zadaniem zarządcy w ramach zapewnienia ciągłości pracy zabezpieczonego przedsiębiorstwa jest kontynuacja działalności gospodarczej przedsiębiorstwa, w tym produkcyjnej i usługowej, a także

a contrario – zaciągnięcie zobowiązań, które mogą być zaspokojone z dochodów przedsiębiorstwa i są gospodarczo uzasadnione.

Należy tu podkreślić, że zarząd przymusowy dotyczy tu w pełni funkcjonującego przedsiębiorstwa, a nie takiego, którego działalność jest wygaszana jak np. w przypadku upadłości lub likwidacji. Zatem do jego bieżącego funkcjonowania (zapewnienia ciągłości jego pracy) niewystarczające jest jedynie prowadzenie działalności zmierzającej do kontynuacji wcześniej zawartych kontraktów, czy ich wygaszanie. Zasadą działania prawidłowo działającego przedsiębiorstwa jest bowiem ciągle poszukiwanie nowych odbiorców towarów i usług, a więc i zawieranie nowych kontraktów, a rzadko które przedsiębiorstwo jest w stanie długotrwale funkcjonować jedynie w oparciu o kontynuację już zawartych umów. Nie wiadomo zaś, przez jaki okres taki zarząd potrwa, z dużą zaś dozą prawdopodobieństwa może on być długotrwały. Przyjęcie koncepcji braku możliwości zawierania nowych umów w ramach „zwykłego zarządu” przedsiębiorstwem prowadziłoby więc w konsekwencji do realnej groźby doprowadzenia przedsiębiorstwa do upadłości, podobnie jak uzyskiwanie zgody sądu na każdy, nawet mały kontrakt (w praktyce bowiem wykonawca nie byłby w stanie złożyć w terminie oferty) – a nie taki jest cel instytucji zabezpieczenia, o której mowa w art. 291 i nast. ustawy Kodeks postępowania karnego.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i powtórzenie czynności badania i oceny ofert dla zadania nr 1 postępowania, którego dotyczy sporna oferta.

Co zaś do faktu, że pełnomocnictwo dla pełnomocnika Odwołującego zostało podpisane zarówno przez zarządcę przymusowego, jak i właściciela przedsiębiorstwa, to, w ocenie Izby, nie wynika z niego nic ponad to, na co wskazywał Odwołujący, tj. że ze względu na to, że spór dotyczył prawa do reprezentacji Odwołującego, aby uniknąć zwrotu lub odrzucenia odwołania, z ostrożności obie osoby złożyły swoje podpisy na pełnomocnictwie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2, § 5, § 7 ust. 2 pkt 1 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).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych

strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Z § 2 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy i usługi o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 15.000 złotych.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę i wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, nieprzekraczające łącznie kwoty 3.600 złotych.

Z kolei § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia stanowi, że w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi zamawiający; a Izba zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2.

Izba uwzględniła zatem uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 15.000 złotych oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600 złotych.

Przewodniczący: