

Sygn. akt XXIII Zs 145/22

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 grudnia 2022 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w składzie:

Przewodniczący:	Sędzia Alicja Dziekańska
Protokolant:	sekr.sądowy Weronika Banach

po rozpoznaniu w dniu 12 grudnia 2022 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy o udzielenie zamówienia publicznego z udziałem:

zamawiającego Skarbu Państwa – (...) Oddziału Gospodarczego w Z.

skarżącego M. D. w imieniu i na rzecz którego działa Zarządca Przymusowy

przy udziale wykonawców (...) spółki akcyjnej w W. oraz (...) spółki akcyjnej w Hiszpanii

na skutek skargi M. D. w imieniu i na rzecz którego działa Zarządca Przymusowy

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W.

z dnia 6 września 2022 r., sygn. akt KIO 1925/22

1. oddała skargę,
2. zasądza od M. D. w imieniu i na rzecz którego działa Zarządca Przymusowy na rzecz Skarbu Państwa – 31 (...) Oddziału (...) w Z. 12500 zł (dwanaście tysięcy pięćset złotych) kosztów postępowania skargowego.

Alicja Dziekańska

Sygn. akt XXIII Zs 145/22

UZASADNIENIE

Zamawiający Skarb Państwa – (...) Oddział Gospodarczy w Z. prowadzi w trybie przetargu ograniczonego w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego numer referencyjny (...) pn. „Trzewiki zimowe”, przedmiotem którego jest dostawa w ramach pracy rozwojowej partii prototypowej, wzorów i partii próbnej, wzorów do produkcji seryjnej wraz z materiałami zasadniczymi trzewików zimowych .

Na czynność zamawiającego wykluczenia wykonawcy M. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo (...) w M. z postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez tego wykonawcę, w imieniu i na rzecz którego działa Zarządca Przymusowy M. K..

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 405 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez bezpodstawne zastosowanie w sytuacji, gdy odwołujący posiada wiarygodność niezbędną do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa i wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia, a w konsekwencji – unieważnienie postępowania na podstawie art. 225 pkt 5 Pzp. Odwołujący nie kwestionując tu okoliczności, iż z uwagi na specyficzny charakter zamówień z dziedziny obronności i bezpieczeństwa, a przede wszystkim bezpieczeństwa informacji niejawnych, ustawodawca wprowadził szczególny katalog przesłanek wykluczenia wykonawców, okoliczność jednak prowadzenia postępowania karnego przeciwko panu M. D. znana była od samego początku postępowania i nie mogła być okolicznością pozbawiającą go wiarygodności stanowiącej o zagrożeniu dla bezpieczeństwa państwa. Najważniejszym jednak w ocenie odwołującego jest, iż odwołujący działa nie jako M. D., ale jako Zarządca Przymusowy Przedsiębiorstwa (...) w M., a tym samym nie dotyczą go okoliczności dotyczące właściciela.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: (...) S.A. w W. oraz (...) S.A. w S. (Hiszpania) zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

Wyrokiem z 6 września 2022 r. Krajowa Izba Odwoławcza w pkt. 1 – oddaliła odwołanie, w pkt. 2 – orzekła o kosztach postępowania odwoławczego.

Podstawą powyższego rozstrzygnięcia Izby było ustalenie, że zamawiający zwrócił się z wnioskiem do Służby Kontrwywiadu Wojskowego o opinię, czy istnieją podstawy wykluczenia w oparciu o m.in. art. 405 ust. 2 pkt 3 Pzp w stosunku do wszystkich pięciu wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Następnie zamawiający wskazał, że wszyscy wykonawcy złożyli wnioski niepodlegające odrzuceniu na podstawie art. 146 Pzp i wszystkich zaprosił do składania ofert.

Kolejno pismem z dnia 13 lipca 2022 r. zamawiający poinformował o wykluczeniu odwołującego z postępowania wskazując, iż wykluczenie następuje na podstawie art. 110 ust. 1 w zw. z art. 405 ust. 2 pkt. 3 Pzp. Zamawiający wskazał także, że zgodnie z art. 110 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może wykluczyć wykonawcę na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia w sytuacji, gdy wykonawca został uznany za nieposiadającego wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa. Zamawiający odstąpił od uzasadnienia swojej decyzji na podstawie art. 405 ust. 7 Pzp.

Przechodząc do oceny prawnej zarzutów odwołania Izba wskazała, że w przedmiotowej sprawie wykluczenie odwołującego nastąpiło po uzyskaniu przez zamawiającego informacji niejawnej z nadaną klauzulą „zastrzeżone” od Służby Kontrwywiadu Wojskowego. Po zapoznaniu się z jej treścią, jak też przy uwzględnieniu przepisów określających zakres działania zamawiającego Izba stwierdziła, że wykluczając odwołującego z postępowania zamawiający uprawniony był do odstąpienia od uzasadnienia tej decyzji oraz, że zamawiający nie naruszył art. 405 ust. 2 pkt 3 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 574 i art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Skargę na powyższe orzeczenie KIO złożył Zarządca Przymusowy Przedsiębiorstwa (...). Zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił naruszenie art. 405 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z 292 § 1 k.p.k. w zw. z art. 752⁽⁴⁾ § 1⁽¹⁾ k.p.c. i art. 752⁽⁵⁾ k.p.c. polegające na stwierdzeniu, że w stosunku do M. D. zachodzi przesłanka wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia, podczas gdy wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego jest w rzeczywistości Zarządca Przymusowy Przedsiębiorstwa (...).

W związku z powyższym skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy, a w konsekwencji unieważnienie postępowania. Ponadto wniósł o zasądzenie na rzecz skarżącego kosztów postępowania odwoławczego i skargowego.

W odpowiedzi na skargę zamawiający wniósł o jej oddalenie oraz zasądzenie od skarżącego kosztów postępowania skargowego.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Na wstępie wskazać należało, iż na podstawie art. 15zszs¹ pkt 4 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem (...)19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych w brzmieniu nadanym z dniem 3 lipca 2021 r., sprawa podlegała rozpoznaniu przez Sąd odwoławczy w składzie 1-osobowym.

Ponieważ Sąd Okręgowy nie prowadził też postępowania dowodowego, ani nie zmienił ustaleń faktycznych dokonanych przez Krajową Izbę Odwoławczą - na podstawie art. 387 § 2¹ k.p.c. (który na podstawie art. 579 ust. 2 Pzp znajduje odpowiednie zastosowanie również w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi) ograniczył się do przedstawienia jedynie wyjaśnienia podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa.

Przechodząc do oceny merytorycznej skargi wskazać na wstępie należy, że Izba dokonała prawidłowych ustaleń stanu faktycznego sprawy oraz prawidłowo dokonała oceny prawnej żądań zawartych we wniesionym przez Zarządcę Przymusowego wykonawcy odwołaniu, przedstawiając w tym zakresie logiczny wywód, stąd skarga nie zasługiwała na uwzględnienie. Zdaniem Sądu Okręgowego KIO dokonała bowiem wszechstronnej oceny zebranego materiału dowodowego, poprzedzonej w sposób staranny przeprowadzonym też postępowaniem dowodowym. Izba w sposób wyczerpujący i wszechstronny rozważyła też wszystkie dowody przeprowadzone w toku rozprawy nie naruszając granic oceny swobodnej, która jest zgodna z zasadami doświadczenia życiowego oraz nie zawiera błędów faktycznych lub logicznych, z tych względów ustalenia te Sąd Okręgowy uznaje za własne. Sąd Okręgowy w całości podziela także argumentację prawną przedstawioną przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Żaden zarzut podniesiony w skardze nie okazał się być zasadny.

Na wstępie wskazać tu należało, iż podstawą decyzji zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z postępowania było uzyskanie od Służby Kontrwywiadu Wojskowego informacji o tym, że dysponuje ona wiadomościami które stanowią podstawę do wykluczenia tego wykonawcy. Istotnym jest, iż ani zamawiający, ani Izba nie są uprawnieni do badania okoliczności, które doprowadziły do takiej, a nie innej oceny wykonawcy przez uprawnione do tego służby. Skoro zatem w przedmiotowej sprawie Skarb Państwa - Inspektorat Uzbrojenia uzyskał od Służby Kontrwywiadu Wojskowego informację o tym, że dysponuje ona wiadomościami które stanowią podstawę do wykluczenia, to zamawiający nie mógł zachować się inaczej, niż wykluczyć skarżącego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ma jednocześnie rację Izba, że zamawiający jest w tym przypadku związany informacją otrzymaną od właściwej służby prowadzącej działania operacyjne umożliwiające zebranie niezbędnych danych o podmiocie i pogląd ten był już wielokrotnie wyrażany przez Krajową Izbę Odwoławczą i zasługuje na podzielenie (wyrok z dnia 29 grudnia 2016 r., KIO 2394/16 oraz wyrok z dnia 5 grudnia 2018 r., KIO 2388/18). Przepis art. 405 ust 2 pkt 3 Pzp stanowi bowiem wyraźnie, iż z postępowania „wyklucza się”, co oznacza nakaz wykluczenia z postępowania podmiotu który uznano za nie posiadający wiarygodności niezbędnej do obronności lub bezpieczeństwa państwa. Zamawiający nie miał też prawnej możliwości podważać dokumentu stanowiącego podstawę dla wykluczenia odwołującego z postępowania, a w sprawie bezspornym też było, iż Służba Kontrwywiadu Wojskowego jest właściwą służbą państwową, uprawnioną do oceny skarżącego wykonawcy jako nieposiadającego niezbędnej wiarygodności w rozumieniu art. 405 ust 2 pkt 3 Pzp.

Nie bez znaczenia zdaniem Sądu Okręgowego, jest też użycie w powyższym przepisie słowa "uznano", bez jednoczesnego wskazania podmiotu, który ma dokonać tego uznania. Wniosek ten nie musi więc być wynikiem działań podejmowanych osobiście przez zamawiającego. Powyższe przesądza, że uznanie wykonawcy dokonane przez

właściwą służbę spełnia warunki tego uznania, a tym samym obliguje zamawiającego do podjęcia decyzji o wykluczeniu (podobne stanowisko zajął tutejszy sąd w wyroku z 20 września 2021r., sygn. spr. XXIII Zs 77/21, Lex nr 3308435).

Kolejno Sąd Okręgowy wskazuje, iż nie podziela argumentacji na której w istocie skupiały się zarzuty skarżącego, tj. iż stanowiąca podstawę decyzji zamawiającego przesłanka z art. 405 ust. 2 pkt 3 Pzp dotyczy M. D., a nie Zarządcy, który to w rzeczywistości składał ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W aktach sprawy znajduje się odpis postanowienia Prokuratury Okręgowej w Warszawie ustanawiającej na podstawie art. 292a k.p.k. zarządcę przymusowego Przedsiębiorstwa (...) w osobie M. K. (odpis postanowienia – k.57v.). Wspomniany przepis określa obowiązki zarządcy, który 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 także spis składników majątku i praw majątkowych przedsiębiorstwa i przekazuje go prokuratorowi lub sądowi, który wydał postanowienie o zabezpieczeniu (K. Dudka [w:] M. Janicz, C. Kulesza, J. Matras, H. Paluszkiewicz, B. Skowron, K. Dudka, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, wyd. II, Warszawa 2020, Lex). Ustanowienie zarządcy przymusowego przedsiębiorstwa musi zostać zatwierdzone przez właściwy miejscowo Sąd Rejonowy. Sam zarządca musi też posiadać licencję kwalifikowanego doradcy restrukturyzacyjnego, o której mowa w ustawie z 15 czerwca 2007 r. o licencji doradcy restrukturyzacyjnego (Dz.U. z 2016r., poz. 883). Fakt, że ustanowienie zarządcy przymusowego jest poprzedzone zatwierdzeniem przez sąd i potwierdzone jego autorytetem, zaświadcza o wysokich kwalifikacjach zawodowych zarządcy przymusowego. Nie budzi więc wątpliwości Sądu Okręgowego osoba M. K. - jego rzetelność i profesjonalizm. Jednakże nie można zgodzić się z argumentacją prezentowaną w skardze, jakoby ustanowienie zarządcy przymusowego przedsiębiorstwa sprawiało, że wszelkie czynności są dokonywane w imieniu i na rzecz zarządcy przymusowego. Wskazać należy, że zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem sądów powszechnych i administracyjnych oraz stanowiskiem doktryny prawniczej – mimo formalnej legitymacji zarządcy przymusowego stroną w znaczeniu materialnym pozostaje wyłącznie przedsiębiorca. Zarządca przymusowy ustanowiony na podstawie art. 752⁽⁴⁾ k.p.c. w zw. z art. 935 k.p.c., jest tylko zastępcą procesowym pośrednim strony. Działa we własnym imieniu, ale na rzecz dłużnika, w interesie dłużnika i jego wierzycieli. Konstrukcja prawna zarządcy przymusowego jest przyrównywana przez doktrynę prawniczą do syndyka, czy też zarządcy sukcesyjnego, w związku z tym w literaturze prawniczej podnosi się, że czynności prawne dokonane przez zarządcę przymusowego we własnym imieniu, w granicach umocowania, wywołują skutki prawne bezpośrednio w sferze prawnej właściciela przedsiębiorstwa. W takim ujęciu wszelkie prawa i obowiązki nabyte przez zarządcę oraz zaciągnięte przez niego zobowiązania, w zakresie jego kompetencji, nie wymagają przeniesienia na właściciela przedsiębiorstwa czy przejęcia przez niego. (por.: K. Flaga-Gieruszyńska, A. Zieliński, Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Wyd. 11, Warszawa 2022, Legalis; Wyrok SA we Wrocławiu z 18.07.2012 r., I ACa 687/12, OSAW 2013, nr 1, poz. 277; wyr. NSA z 29.8.2019 r., I FSK 1241/17, Legalis; Wyrok WSA w Gliwicach z 23.04.2009 r., III SA/Gl 1171/08, LEX nr 497528; Wyrok SN z 7.10.2004 r., IV CK 86/04, LEX nr 143176; K. Kopaczyńska-Pieczniak, Status prawny zarządcy sukcesyjnego, PPH 2018, nr 12, s. 4-11).

Reasumując – nie można uznać, iż wykonawcą w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego był Zarządca Przymusowy Przedsiębiorstwa (...) w M. (co do którego nie występowały przesłanki wskazane w art. 405 ust. 2 pkt 3 i ust.7 Pzp), gdyż zarządca ten działa jedynie na podstawie i w granicach ustanowienia.

Z przedstawionych względów, uznając podniesiony w skardze zarzut i argumenty za bezzasadne, Sąd Okręgowy na podstawie art. 588 ust. 1 Pzp, skargę tę oddalił.

O kosztach postępowania skargowego Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 589 ust. 1 p.z.p. obciążając obowiązkiem ich zwrotu skarżącego, którego wniesiony środek zaskarżenia został w całości oddalony, na rzecz przeciwnika skargi. Zgodnie z tym przepisem strony ponoszą koszty postępowania stosownie do jego wyniku.

Koszty postępowania wywołanego wniesieniem skargi, poniesione przez przeciwnika skargi – Skarb Państwa – (...) Oddział Gospodarczy w Z. sprowadzają się do wynagrodzenia reprezentującego go radcy prawnego w kwocie 12 500 zł ustalonego od wartości przedmiotu zaskarżenia na podstawie § 2 pkt 9 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych, z uwzględnieniem okoliczności, iż pełnomocnik ten prowadził sprawy również przed Krajową Izbą Odwoławczą, tj. 50% stawki minimalnej. Sąd Okręgowy stoi na stanowisku, iż niniejsze postępowania należy do spraw cywilnych, do których zastosowanie mając ogólne przepisy dotyczące stawek zastępstwa procesowego.

SSO Alicja Dziekańska