

WYROK
z dnia 8 grudnia 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Członkowie: Anna Packo

Beata Pakulska – Banach

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie, w dniu 3 grudnia 2014 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 listopada 2014 roku przez wykonawcę Pol-Dróg Drawsko Pomorskie S.A. z siedzibą w Drawsku Pomorskim przy ulicy Podmiejskiej 2, 78-500 Drawsko Pomorskie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Skarb Państwa – Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie z siedzibą w Alejach Bohaterów Warszawy 33, 70-340 Szczecin **orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Pol-Dróg Drawsko Pomorskie S.A. z siedzibą w Drawsku Pomorskim przy ulicy Podmiejskiej 2, 78-500 Drawsko Pomorskie oraz uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą.

Nakazuje Zamawiającemu dokonania czynności wyboru oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Skarb Państwa – Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie z siedzibą w Alejach Bohaterów Warszawy 33, 70-340 Szczecin i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 gr 00 (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Pol-Dróg Drawsko Pomorskie S.A. z siedzibą w Drawsku Pomorskim przy ulicy Podmiejskiej 2, 78-500 Drawsko Pomorskie tytułem wpisu od odwołania oraz zasądza od Zamawiającego Skarb Państwa – Generalna Dyрекcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie z siedzibą w Alejach Bohaterów Warszawy 33, 70-340 Szczecin na rzecz Pol-Dróg Drawsko Pomorskie S.A. z siedzibą w Drawsku Pomorskim przy ulicy Podmiejskiej 2, 78-500 Drawsko Pomorskie kwotę 15 000 gr 00 (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Szczecinie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

2

UZASADNIENIE

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi obejmujące zimowe utrzymanie dróg w latach 2014-2016 /dwa sezony zimowe/ w administracji GDDKiA Oddział w Szczecinie z podziałem na 5 części (zadań). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 września 2014 roku pod numerem 2014/S 177-313146.

Zamawiający w dniu 12 listopada 2014 roku przekazał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz o wykluczeniu Odwołującego z postępowania o

udzielenie zamówienia w zakresie Zadania nr 4 (część 4) - obejmującego zimowe utrzymanie dróg administrowanych przez Rejon Wałcz- droga nr 10 na odcinku Piecnik - Witankowo oraz droga nr 22 na odcinku Wałcz - Szwecja,

21 listopada 2014 roku Odwołujący - Pol-Dróg Drawsko Pomorskie S.A. z siedzibą w Drawsku Pomorskim (dalej: Odwołujący), działając w trybie art. 179 ust. 1 i art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Usługi Budowlano-Transportowe Paweł Drab, Dzwonowo 20,78-630 Człopa, wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy, zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez uznanie, że Odwołujący podlegał wykluczeniu w związku z niewykazaniem przez niego spełnienia warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy dokumenty złożone przez Odwołującego potwierdzają, iż Odwołujący spełnia te warunki,
- art. 65 k.c. przez jego niewłaściwe zastosowanie, skutkiem czego Zamawiający dokonał wadliwej oceny oferty oraz oświadczeń woli o udostępnieniu potencjału technicznego przez podmioty trzecie przyjmując, że podmioty te będą brały udział w

3

-
- realizacji zamówienia jako podwykonawcy, podczas gdy wynajmowały one jedynie Odwołującemu swój sprzęt,
 - art. 26 ust 4 ustawy przez jego niezastosowanie i zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści przedstawionych przez Odwołującego oświadczeń lub dokumentów, oraz uznanie, że zachodzą przesłanki do wykluczenia Odwołującego z powodu niewykazania przez niego spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
 - art. 92 ust 1 pkt 3 ustawy przez zaniechanie podania pełnego i jednoznacznego uzasadnienia faktycznego i prawnego dla wykluczenia Odwołującego z postępowania co uniemożliwia ustosunkowanie się do stanowiska Zamawiającego, którego Odwołujący nie podziela.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a następnie nakazanie mu dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert, a w jej wyniku wybór - jako oferty najkorzystniej - oferty Odwołującego oraz obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania w tym kosztami zastępstwa procesowego.

1. Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów z dokumentów:

1) Dokumentacji postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego w szczególności z:

oferty Odwołującego, –
Formularzy 3.5. stanowiących zobowiązanie podmiotów trzecich do oddania –
do dyspozycji Odwołującego niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia,
Oświadczenia Syndyka Masy Upadłości POL-DRÓG PIŁA Sp. z o.o. w –
upadłości likwidacyjnej z dnia 3 listopada 2014 roku,
Pisma Zamawiającego z dnia 30 października 2014 roku oraz 7 listopada –
2014 roku,
Pisma Odwołującego z dnia 3 listopada 2014 roku oraz z dnia 10 listopada –
2014 roku.

2) Umowy najmu z dnia 15 października 2014 roku zawartej pomiędzy Odwołującym a Syndykiem Masy Upadłości POL-DRÓG PIŁA Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej.

3) Oświadczenia Syndyka Masy Upadłości POL-DRÓG PIŁA Sp. z o.o. w upadłości

4

likwidacyjnej z dnia 19 listopada 2014 roku

- na okoliczność potwierdzenia przez Odwołującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w szczególności na okoliczność, że podmioty trzecie udostępniały jedynie swoje zasoby Odwołującemu i nie były podwykonawcami zamówienia, oraz na okoliczność, że Odwołujący wykazał, że będzie realnie, faktycznie i bezpośrednio dysponował sprzętem niezbędnym do wykonania zamówienia w toku jego realizacji, braku podstaw do wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, braku podstaw do weryfikowania wiarygodności podmiotów trzecich pod kątem przesłanek do ich wykluczenia z udziału w postępowaniu w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

2. Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu z zeznań świadka A. S. (wezwanie na adres: POL- DRÓG PIŁA Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej, Kłbowiec 90, 78-600 Wałcz)

- na okoliczność oddania do dyspozycji Odwołującego sprzętu niezbędnego do wykonania zamówienia oraz zapewnienia faktycznego uczestnictwa i udostępnienia tego sprzętu na czas wykonania zamówienia przez Odwołującego, zasad udostępnienia sprzętu.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu z przesłuchania stron na okoliczności podane w punkcie 1 i 2.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Odwołujący w złożonej ofercie w pkt 7 na realizację zamówienia publicznego na usługi obejmujące zimowe utrzymanie dróg w latach 2014-2016 /dwa sezony zimowe/ w administracji GDDKiA Oddział w Szczecinie z podziałem na 5 części (zadań) w zakresie Zadania nr 4 (część 4) - obejmującego zimowe utrzymanie dróg administrowanych przez Rejon Wałcz - droga nr 10 na odcinku Piecnik - Witankowo oraz droga nr 22 na odcinku Wałcz - Szwecja, wskazał, że zamówienie zrealizuje przy udziale podwykonawców w zakresie wynajem/udostępnienie sprzętu. Odwołujący wykazując spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym wskazał, że polega w tym zakresie na potencjale „POL-DRÓG PIŁA Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej przedstawiając na potwierdzenie zobowiązanie tego podmiotu do oddania do dyspozycji Odwołującego niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Pismem z dnia 30 października 2014 roku Zamawiający wezwał Odwołującego do

5

uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu odnośnie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym. Zamawiający wskazał, że POL-DRÓG PIŁA Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej będzie brała udział w realizacji części zamówienia w charakterze podwykonawcy, na co w ocenie Zamawiającego wskazuje fakt, że do oferty zostało złożone oświadczenie ww. podmiotu o braku podstaw do wykluczenia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust 1 ustawy oraz to, że Odwołujący wskazał w formularzu oferty, że zamówienie zrealizuje przy udziale podwykonawcy w zakresie „wynajem/udostępnienie sprzętu”.

Odwołujący pismem z dnia 3 listopada 2014 roku wskazał, że zamówienie zrealizuje przy udziale podwykonawców przy czym podkreślił, że udział POL-DRÓG PIŁA Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej w realizacji zamówienia polega jedynie na użyczeniu sprzętu, co wynika wprost z formularza 3.5. Dodatkowo Odwołujący wskazał inne podmioty, które udostępnią mu swoje zasoby techniczne niezbędne do wykonania zamówienia na czas jego realizacji oraz potwierdzające to dokumenty w postaci formularzy 3.5. „Zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia”. Na skutek powyższego POL-DRÓG PIŁA Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej miała udostępnić Odwołującemu jedynie pług wirnikowy, co potwierdził Odwołujący w swoich wyjaśnieniach do Zamawiającego z dnia 10 listopada 2014 roku.

Odwołujący oprócz „Zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia” (formularzy nr 3.5.) złożył Zamawiającemu oświadczenia podmiotów udostępniających mu

swój sprzęt o braku podstaw do ich wykluczenia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy (formularz 3.4.), pomimo, że podmioty te nie brały faktycznie udziału w realizacji zamówienia.

Pismem z dnia 12 listopada 2014 roku przesłanym Odwołującemu drogą elektroniczną Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia uzasadniając powyższe nie wykazaniem przez Odwołującego spełnienia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu odnośnie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym.

Odwołujący wskazał, że powyższe działanie Zamawiającego jest niezgodne z prawem.

6

I.

Zamawiający w zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu, uzasadniając swoje stanowisko, ograniczył się jedynie do wskazania, że Odwołujący został wezwany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału odnośnie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym. W odpowiedzi na wezwanie, Odwołujący przedłożył dokumenty, które, w ocenie Zamawiającego, nie potwierdzają, iż, spełnia on warunki udziału w postępowaniu. Uzasadnienie faktyczne wykluczenia z postępowania powinno zawierać wskazanie faktów, które Zamawiający uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł, oraz przyczyn, dla których nie dał wiary dowodom przeciwnym. Uzasadnienie prawne powinno natomiast zawierać wyjaśnienie podstawy prawnej z przytoczeniem przepisów prawa. Uzasadnienie jest także jednym z elementów decyzji Zamawiającego, w której Zamawiający formułuje jej motywy wykluczenia z postępowania. Podejmując decyzję o wykluczeniu, zamawiający powinien mieć na względzie art. 6 k.c., zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne (por. Komentarz do art. 26 ustawy - Prawo zamówień publicznych, autor Józef Edmund Nowicki, stan prawny 2014.01.01, opubl. LEX).

Odwołujący wskazał na **wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 listopada 2012 roku, sygn. KIO 2293/12, w którym czytamy:** *Zamawiający winien podać w informacji o odrzuceniu oferty, wszystkie podstawy, a zwłaszcza wszystkie okoliczności faktyczne, w związku z którymi odrzucenie oferty nastąpiło. Wykonawca może swoim odwołaniem objąć i zakwestionować tylko wskazane przez zamawiającego powody odrzucenia jego oferty. Wykonawcy nie mogą i nie powinni domyślać się innych podstaw faktycznych czynności zamawiającego, niż zostały im w pisemnej informacji rozprawie przed Izba".*

Brak uzasadnienia przez Zamawiającego decyzji o wykluczeniu Odwołującego z
zgodnie z powołanymi powyżej skuteczne postępowania wymogami uniemożliwia zakwestionowanie stanowiska Zamawiającego.

II.

Niezależnie od powyższego odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 26 ust 2b ustawy wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne

7

zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Wykonawca na potwierdzenie, że będzie dysponował w przedmiotowym postępowaniu zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, przedłożył oświadczenie Syndyka Masy Upadłości POL-DRÓG PIŁA Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej, S. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budownictwa Wodno-Melioracyjnego S. M., M. P. działającego za Przedsiębiorstwo Usługowo – Budowlane Infrakom Roboty Drogowo Mostowe Sp. z o.o. oraz D. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi

Odwołujący wskazał w ofercie, że udział podmiotów trzecich w realizacji zamówienia będzie polegał jedynie na wynajmie bądź użyczeniu sprzętu, co nie oznacza, że udział ww. podmiotów w realizacji zamówienia przybiera postać podwykonawstwa definiowanego w zamówieniach publicznych jako wykonanie części zamówienia publicznego przez podwykonawcę na rzecz generalnego wykonawcy.

Zasoby podmiotów trzecich miały pozwolić Odwołującemu na spełnienie warunków udziału w postępowaniu i w przypadku wybrania jego oferty umożliwić mu prawidłowe zrealizowanie zamówienia, ale nie jako podwykonawcy. Należy podkreślić, że udostępnienie potencjału może odbywać się bez udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Jest to najważniejsza cecha odróżniająca tę instytucję od podwykonawstwa, polegającego na powierzeniu wykonania części zamówienia podwykonawcy (art. 36 a ustawy), co wskazuje na konieczność faktycznej realizacji danej części zamówienia przez firmę zgłoszoną w charakterze podwykonawcy.

Prawodawca wyraźnie zaznaczył, że istnieje możliwość korzystania z zasobów osób trzecich bez angażowania ich do realizacji zamówienia. Treść przepisu 26 ust 2b ustawy nie nakłada na podmiot trzeci takiego zobowiązania. Co więcej z treści § 1 ust 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz. U. poz. 231) (dalej jako rozporządzenie o dokumentach) wynika, że jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2 rozporządzenia o dokumentach, czyli dokumentów składanych na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia. A contrario, jeżeli wykonawca korzysta z potencjału tych

podmiotów, a nie uczestniczą one w realizacji zamówienia, tak jak ma to miejsce w stanie faktycznym niniejszej sprawy, to Zamawiający nie może żądać od nich ww. dokumentów. Tym samym prawo zamówień publicznych rozróżnia dwie możliwości korzystania z zasobów podmiotów trzecich: jedna, gdy podmiot ten uczestniczy w realizacji zamówienia, i druga, gdy udostępnia mu zasób, ale bezpośrednio nie bierze udziału w realizacji zamówienia. Rozróżnienie to nie jest związane z rodzajem zasobu, ale z planowanym przez wykonawcę sposobem realizacji zamówienia.

W zakresie udziału w realizacji zamówienia przez podmiot udostępniający swój zasób, Izba wypowiedziała się m.in. w dość obszernym zakresie w wyroku z dnia 23 lipca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1448/10, KIO/UZP 1450/10, KIO/UZP 1451/10, wskazując, że: *Z dyspozycji normy prawnej wyrażonej w analizowanym przepisie (art. 26 ust. 2b ustawy Pzp - przyp. M.S.) nie wynika, że osoba trzecia będzie miała obowiązek w takiej sytuacji osobiście wykonywać całość bądź określoną część zamówienia, jako podwykonawca. Trzeba także dodać, iż "podwykonawca" nie został w ustawie zdefiniowany, jednak niewątpliwie jest pojęciem węższym w stosunku do użytego przez ustawodawcę w art. 26 ust 2b ustawy sformułowania dysponowanie zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Zatem, kierując się założeniem, że ustawodawca w akcie prawnym nazywa te same instytucje w taki sam sposób, przy użyciu jednakowych pojęć, należy wyrazić pogląd, iż w omawianym przypadku takiej jednolitości nie zachował (do podwykonawcy odnoszą się postanowienia art. 36 ust 4i5 p.z.p.), co także przemawia za przyjęciem, iż art. 26 ust 2b ustawy nie wymaga udziału podmiotu trzeciego w charakterze podwykonawcy podmiotu, z którym zostanie zawarta umowa o zamówienie publiczne.*

W wyroku z dnia 7 lutego 2011 r., sygn. akt V Ca 3036/10 Sąd Okręgowy w Warszawie wskazał, że: „Podmiot, który udostępnia swój potencjał, nie jest związany stosunkiem prawnym z zamawiającym - nie ma statusu wykonawcy w postępowaniu. Związek tego podmiotu z postępowaniem jest jedynie taki, że godzi się on na wykorzystanie swoich zdolności przez wykonawcę w celu przedstawienia ich do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Podstawą do udostępnienia potencjału jest stosunek prawny pomiędzy wykonawcą a tym podmiotem, przy czym ustawa nie stawia żadnych ograniczeń czy wymogów wobec tego stosunku. Podmiot taki może więc być podwykonawcą

wykonawcy, mogą wiązać go stosunki korporacyjne (np. spółka matka udostępnia swój potencjał finansowy spółce córce) lub umowy cywilnoprawne (np. najmu sprzętu)”.

Inne podmioty, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy to podmioty, które będą brać udział w realizacji części zamówienia (podwykonawcy), jak również podmioty, które nie będą brać

9

udziału w realizacji części zamówienia, ale oddadzą wykonawcy do dyspozycji potencjał techniczny na okres korzystania z niego przy wykonaniu zamówienia (wynajem sprzętu budowlanego wymaganego w opisie sposobu oceny spełniania warunku dysponowania potencjałem technicznym) (por. Komentarz do art. 26 ustawy - Prawo zamówień publicznych, autor Józef Edmund Nowicki, stan prawny 2014.01.01, opubl. LEX).

Podmioty trzecie udostępniające Odwołującemu swoje zasoby sprzętowe nie były wobec powyższego podwykonawcami zamówienia bowiem nie miały faktycznie brać udziału w jego realizacji. Przekazane przez podmioty trzecie zasoby sprzętowe pozostawały zaś w bezpośredniej dyspozycji Odwołującego, zapewniając mu korzystanie z nich w czasie trwania zamówienia. Podmioty trzecie zobowiązały się względem Odwołującego do udostępnienia mu konkretnie wskazanych sprzętów na zasadzie wynajmu w celu umożliwienia mu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dysponowanie zasobami sprzętowymi przez Odwołującego nie wiązało się natomiast z udziałem podmiotów trzecich w realizacji zamówienia na zasadzie podwykonawstwa. Jak wskazano powyżej stosunek wykonawcy z podmiotem trzecim może ograniczać się do zobowiązania wynajmu wykonawcy określonego sprzętu, tak jak miało to miejsce w niniejszej sprawie.

Powyższe wynika również z oferty złożonej przez Odwołującego oraz jego wyjaśnień składanych Zamawiającemu. Można to również wywnioskować z treści formularzy 3.5. zawierających zobowiązania podmiotów trzecich do oddania do dyspozycji Odwołującego swoich zasobów sprzętowych na zasadzie umowy cywilnoprawnej oraz wskazaniu, że udział podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia polega na „pracy wynajmowanego sprzętu”. Odmienne wykładnia przez Zamawiającego oferty oraz oświadczeń Odwołującego złożonych w pismach z dnia 3 i 10 listopada 2014 roku i przyjęcie, że podmioty trzecie miały brać udział w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawców, narusza normę art. 65 k.c., zgodnie z którym oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Ponadto w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu.

Co więcej podnieść należy, że zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy z postępowania, nie mając absolutnej pewności co do wykazania lub niewykazania spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu. Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu może być dokonana przez Zamawiającego jedynie na podstawie oświadczeń i

10

dokumentów składanych przez wykonawcę. Zgodnie natomiast z przepisem art. 26 ust 4 ustawy, Zamawiający mogą zwracać się o wyjaśnienie treści przedłożonych dokumentów lub oświadczeń. Przepisy art. 26 ust. 4 ustawy ma charakter bezwzględnie obowiązujący i nakłada na Zamawiającego obowiązek wezwania do wyjaśnienia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust 1 tej ustawy. Jeżeli zatem Zamawiający po uzupełnieniu przez Odwołującego dokumentów i przedłożeniu wyjaśnień miał w dalszym ciągu wątpliwości co do treści złożonych dokumentów lub oświadczeń lub pojawiły się kolejne zagadnienia wymagające wyjaśnienia powinien był wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień w celu upewnienia się czy wykazał on bądź nie, spełnienie przez niego warunków udziału w postępowaniu. Zwłaszcza, że w piśmie Odwołującego z dnia 3 listopada 2014 roku oraz w załączonym do niego oświadczeniu Syndyka Masy Upadłości POL-DRÓG PIŁA Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej znajdują się odwołania do art. 23 Kodeksu pracy, który został uchylony, co jednak nie wzbudziło wątpliwości Zamawiającego. W oparciu o powyższe rozważania złożone przez Odwołującego oświadczenia podmiotów

trzecich o braku podstaw do wykluczenia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp (formularz 3.4.) nie mogły stanowić przedmiotu oceny przez Zmawiającego, gdyż podmioty, które je złożyły udostępniały jedynie swój potencjał Odwołującemu, nie brały zaś udziału w realizacji zamówienia jako podwykonawcy. Przekazane przez podmioty trzecie zasoby sprzętowe zapewniały Odwołującemu korzystanie z nich w czasie trwania zamówienia i pozostawały w bezpośredniej jego dyspozycji. Jak wynika natomiast z postanowień rozporządzenia o dokumentach, co wskazano powyżej, jeżeli wykonawca korzysta z zasobów podmiotów trzecich, a nie uczestniczą one w realizacji zamówienia, to zamawiający nie może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów składanych na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia. Nie było wobec tego konieczności składania przez Odwołującego oświadczeń podmiotów trzecich o braku podstaw do wykluczenia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy (formularz 3.4.) gdyż nie były one niezbędne do prowadzonego postępowania. W związku z czym złożone przez Odwołującego oświadczenia podmiotów trzecich, nawet jeśli zawierały informacje nieprawdive, to nie miały one wpływu na wynik postępowania, bowiem złożone oświadczenia nie mogły być podstawą oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego.

Podobne stanowisko wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 10 stycznia 2011 r., KIO 2790/10, w którym stwierdziła, że: Ustawodawca rozróżnił jedynie w

11

rozporządzeniu w sprawie dokumentów sytuację, w której udostępnienie jakiegokolwiek zasobu następuje przez osobisty udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, od sytuacji, w której podmiot udostępniający nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia. Wówczas wskazał, że w pierwszym przypadku zamawiający ma prawo żądać dokumentów podmiotowych, a w drugim takiego prawa zamawiającemu nie przyznał. Rozróżnienie to nie jest związane z rodzajem zasobu, ale z planowanym przez wykonawcę sposobem realizacji zamówienia. Izba dostrzega w tej regulacji racjonalizm ustawodawcy, który dla bezpieczeństwa wydatkowania środków publicznych uznał za konieczne, aby zamawiający mógł zweryfikować podmiot realizujący na jego rzecz zamówienie. Natomiast w sytuacji, gdy podmiot takiego udziału nie bierze, to jego wiarygodność nie wymaga badania oraz w wyroku z dnia 27 maja 2011 r., KIO 1008/11, gdzie KIO zwróciła uwagę, że: O ile z art 26 ust 2b ustawy p.z.p. nie można wywodzić konieczności faktycznego uczestnictwa w realizacji choćby części przedmiotu zamówienia przez podmiot trzeci, na którego potencjał wykonawca powołuje się przy spełnianiu warunków podmiotowych udziału w postępowaniu (art. 26 ust 2b wskazuje na konieczność wykorzystania - oddania do dyspozycji udostępnianych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia poprzez fizyczne oddanie sprzętu, ludzi, czy środków finansowych w okresie realizacji zamówienia, jak również oddanie swojej wiedzy i doświadczenia poprzez fizyczne wykonanie określonej części zamówienia, czy też podzielenie się swoim know-how poprzez np. doradztwo w tym zakresie w trakcie wykonywania zamówienia), to z § 1 ust 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów taki obowiązek należałoby wywodzić, ale wyłącznie w kontekście żądania dokumentów podmiotowych od takiego podmiotu trzeciego (jeśli podmiot trzeci ma faktycznie realizować część zamówienia powinien także podlegać weryfikacji pod kątem przesłanek z art. 24 ust 1 ustawy p.z.p. i składanych w tym zakresie dokumentów podmiotowych).

W przypadku wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu poprzez odwoływanie się do potencjału podmiotów trzecich za wystarczające należy uznać zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia odpowiednich zasobów na rzecz wykonawcy. Zapis ustawy o zobowiązaniu do oddania do dyspozycji wykonawcy potencjał innego podmiotu celem korzystania z niego przy realizowaniu zamówienia niesie w sobie jednoznaczną wolę podmiotu przekazania wykonawcy dysponowania konkretnymi walorami w określonym czasie i oznaczonym celu. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem dowodem na dysponowanie niezbędnymi zasobami może być każdy dokument, z którego wynika jednoznacznie zobowiązanie innego podmiotu do udostępniania zasobu na czas realizacji

12

zamówienia.

Przedstawione Zmawiającemu oświadczenia zawierające deklarację podmiotów trzecich wspierania wykonawcy spełniają powyższe wymogi ustawy, zawierają bowiem jednoznaczną wolę przekazania określonego sprzętu do dyspozycji Zamawiającego. Bezspornie wskazują zakres zobowiązania innego podmiotu („oddanie wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy zamówieniu”) oraz mają charakter faktyczny, pozwalający na realne wykorzystanie sprzętu w toku realizacji zamówienia. Zwrócić też należy uwagi „będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji”, co oznacza, że do faktycznego udostępnienia określonego zasobu dojdzie dopiero na etapie realizacji zamówienia. Oznacza to również, że w terminie złożenia oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wystarczające jest złożenie samego pisemnego zobowiązania podmiotu do oddania do dyspozycji zasobów i brak jest konieczności podawania konkretnych warunków porozumienia (zob. wyrok KIO z dnia 6 czerwca 2013 r. sygn. akt KIO 1201/13). Brak jest podstaw do przyjęcia, że takie oświadczenie złożone przez podmiot w upadłości likwidacyjnej nie zapewnia w sposób realny uczestnictwa i udostępnienia sprzętu w postaci plugu wirnikowego na czas wykonania zamówienia, którego realizacja finalnie przewidziana jest do 2016 roku. Zwłaszcza w sytuacji gdy przedmiotem udzielenia nie są zasoby nierozzerwalnie związane z podmiotem ich udzielającym, możliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielania ich bez bezpośredniego zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia. Nie zachodziło również ryzyko niezapewnienia przez POL-DRÓG PIŁA Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej wymaganego sprzętu na czas realizacji zamówienia z uwagi na przysługujące Odwołującemu prawo do zakupu oddanych mu do dyspozycji zasobów jeżeli Rada Wierzycieli POL-DRÓG PIŁA Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej wyrazi na to zgodę co regulowała łącząca je umowa najmu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 21 listopada 2014 roku oraz została przekazana

13

w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdza dołączona do odwołania informacja.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła dowody złożone przez Odwołującego a zawnioskowane w odwołaniu, przy czym Odwołujący wycofał wniosek o dopuszczenie dowodu z zeznań świadka.

Izba nie dopuściła dowodu z przesłuchania stron, ponieważ okoliczności na które została powołany zostały wykazane na podstawie przeprowadzonych pozostałych wnioskowanych dowodów. Zaznaczyć należy, że dowód z przesłuchania stron jest dowodem subsydiarnym, jest dopuszczalny tylko wówczas. Gdy po wyczerpaniu innych środków dowodowych lub ich braku pozostały fakty istotne dla rozstrzygnięcia sprawy. Tym samym pierwszeństwo mają inne środki dowodowe a dowód z przesłuchania stron przeprowadza się jedynie w ostateczności.

Izba dopuściła dowód złożony przez Zamawiającego na rozprawie tj. kopię dokumentu skierowanego do Członków Rady Wierzycieli POL DRÓG Piła sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej, dokument ten stanowi skan lub kserokopię dokumentu, która nie została uwierzytelniona przez Zamawiającego, w ocenie Izby nie jest on wiarygodny, tym bardziej, w kontekście oświadczenia pełnomocnika Zamawiającego złożonego na rozprawie w zakresie przyczyn braku jego uwierzytelnienia.

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcę P. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Budowlano-Transportowe P. D., 78 – 630 Czopa, Dzwonowo 20. W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający – zgodnie z art. 185 ust 1 ustawy Prawo zamówień publiczne - *Zamawiający*

14

przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego - przesłał informację o wpłynięciu odwołania w dniu 20 listopada 2014 roku; po drugie, że zgłoszenie przystąpienia wpłynęło w ustawowym terminie tj. 24 listopada 2014 roku (poniedziałek). Zgłoszenie przystąpienia doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana jedynie Zamawiającemu. Odwołujący na posiedzeniu z udziałem stron złożył oświadczenie, że pisma tego nie otrzymał. Wykonawca P. D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Budowlano-Transportowe P. D., 78 – 630 Czopa, Dzwonowo 20 prawidłowo zawiadomiony nie przybył na posiedzenie z udziałem stron.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy, *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła:

Odwołanie dotyczy Zadania nr 4 (część 4) - obejmującego zimowe utrzymanie dróg administrowanych przez Rejon Wałcz- droga nr 10 na odcinku Piecnik - Witankowo oraz droga nr 22 na odcinku Wałcz – Szwecja.

Pomiędzy stronami postępowania nie było sporne, że POL-DRÓG PIŁA Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej nie będzie podwykonawcą. Tym samym zarzut naruszenia art. 65 kc stał się bezprzedmiotowy.

Spór pomiędzy stronami zasadzony został na nieuznaniu przez Zamawiającego, że Odwołujący będzie miał możliwość korzystania z udostępnionego przez POL-DRÓG PIŁA Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej sprzętu.

15

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy – *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: (...) nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu* - przez uznanie, że Odwołujący podlegał wykluczeniu w związku z niewykazaniem przez niego spełnienia warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy dokumenty złożone przez Odwołującego potwierdzają, iż Odwołujący spełnia te warunki – Izba uznała zarzut za zasadny.

Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania, ponieważ nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W zakresie wykazania dysponowania

wymaganym sprzętem Odwołujący wskazał, że będzie dysponował sprzętem (art. 26 ust. 2b ustawy) tj. plugiem wirnikowym, który zobowiązała się udostępnić na rzecz Odwołującego POL-DRÓG PŁA Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej.

W ofercie Odwołujący złożył Formularz 3.5 *Zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia*, złożone przez POL-DRÓG PŁA Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej, podpisany przez Syndyka masy upadłości Pana A. S. .

Odwołujący do odwołania załączył umowę z dnia 15 października 2014 roku zawartą pomiędzy Syndykiem masy upadłości POL-DRÓG PŁA Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej a Odwołującym, której przedmiotem jest usługa polegająca na wynajmie określonych w umowie maszyn, w tym wskazany został plug wirnikowy, ze wskazaniem, że umowa zostaje zawarta w związku z przystąpieniem Odwołującego do przedmiotowego postępowania przetargowego oraz ze wskazaniem, że umowa obowiązuje strony do dnia 30 kwietnia 2016 roku jak również, że postępowanie upadłościowe nie zakończy się przed tym dniem. Strony ustaliły kwotę czynszu najmu maszyn oraz prawo wykupu maszyn przez Odwołującego za cenę ustaloną odrębnym porozumieniem zawartym z POL-DRÓG PŁA Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej, jeżeli Rada Wierzycieli POL-DRÓG PŁA Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej wyrazi zgodę na sprzedaż maszyn przez POL-DRÓG PŁA Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej, o czym ten ostatni niezwłocznie poinformuje Odwołującego. W oświadczeniu złożonym wraz z odwołaniem Syndyk masy upadłości oświadczył, że oddał Odwołującemu do dyspozycji na podstawie ww. umowy określony sprzęt celem realizacji przez Odwołującego przedmiotowego zamówienia polegającego na zimowym utrzymaniu dróg w latach 2014-2016 /dwa sezony zimowe/ dla zadania nr 4. Podał, że sprzęt określony w umowie został przekazany do wyłącznej dyspozycji Odwołującego na czas realizacji

16

ww. zamówienia w celu wykazania przez Odwołującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego a POL-DRÓG PŁA Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej nie miała brać udziału w realizacji tego zamówienia w żadnej części za wyjątkiem udostępnienia wskazanego w umowie najmu sprzętu i nie miała być podwykonawcą na przedmiotowej inwestycji. Syndyk masy upadłości wskazał również, że nie było zagrożenia ze strony POL-DRÓG PŁA Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej do wywiązania się z zawartej umowy najmu z uwagi na przewidywany czas trwania postępowania upadłościowego oraz na możliwość wykupu wynajmowanego sprzętu przez Odwołującego, jeżeli Rada Wierzycieli POL-DRÓG PŁA Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej wyrazi zgodę na sprzedaż maszyn.

Zgodnie z art. 26 ust 2 b ustawy *Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.*

W postępowaniu o udzielenie zamówienia, które jest przedmiotem postępowania odwoławczego, Zamawiający określił w SIWZ stosowny formularz (Formularz 3.5), który należało złożyć w przypadku, gdy wykonawca będzie korzystał w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zasobami pozyskanymi od podmiotu trzeciego.

Z treści tego oświadczenia złożonego przez POL-DRÓG PŁA Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej, w imieniu którego działa Syndyk Masy Upadłości POL-DRÓG PŁA Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej, wynika, że POL-DRÓG PŁA Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej zobowiązała się do dodania zasobów – potencjał techniczny – do dyspozycji wykonawcy POL-DRÓG Drawsko Pomorskie S.A. (Odwołujący) przy wykonywaniu zamówienia pod nazwą: Zimowe utrzymanie dróg w latach 2014-2016 /dwa sezony/ w administracji GDDKiA Oddział w Szczecinie – 5 części (zadań) Dotyczy zadania nr 4. POL-DRÓG PŁA Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej oświadcza, że:

- udostępnił wymieniony zasób w następującym zakresie: (...) Pług wirnikowy,
- sposób wykorzystania udostępnionych zasobów - użyczenie / wynajem sprzętu,
- charakter stosunku łączącego podmiotu – umowa najmu sprzętu,
- zakres udziału przy wykonaniu zamówienia – praca wynajmowanego sprzętu,

17

- okres udziału przy wykonywaniu zamówienia – czas realizacji ww. zadania tj. od dnia podpisania umowy do dnia 30 kwietnia 2016 roku.

Zgodnie z ustawą z dnia 28 lutego 2003 roku (Dz.U. 2012 poz. 1112 ze zmianami; dalej „puin”) Prawo upadłościowe i naprawcze art. 335 *Fundusze masy upadłości obejmują sumy uzyskane z likwidacji masy upadłości oraz dochód uzyskany z prowadzenia lub wydzierżawienia przedsiębiorstwa upadłego, a także odsetki od tych sum zdeponowanych w banku, chyba że przepisy ustawy stanowią inaczej*. Fundusze masy upadłości służą zaspakajaniu zarówno wierzycieli upadłościowych, jak również powstałych po ogłoszeniu upadłości, w tym wierzytelności wynikających z czynności syndyka. Podstawowym sposobem uzyskiwania funduszy masy upadłości jest likwidacja składników masy upadłości, likwidację masy upadłości może poprzedzać dalsze prowadzenie przedsiębiorstwa przez syndyka albo oddanie przedsiębiorstwa w dzierżawę. Jednakże należy zaznaczyć, że wyliczenie składników funduszy masy upadłości zawarte ww. przepisie nie jest wyliczeniem taksatywnym. Wskazać należy, że środki pieniężne uzyskiwane z najmu lub dzierżawy ruchomości lub nieruchomości wchodzących w skład masy, uzyskiwane tytułem czynszu wchodzą do funduszy masy. Przyjąć można, że fundusze masy upadłości obejmują w zasadzie wszystkie środki pieniężne pochodzące z wszelkich tytułów prawnych związanych ze składnikami masy upadłości (z wyjątkiem art. 336 puin). Zgodnie z art. 179 puin *Syndyk jest obowiązany podejmować działania z należytą starannością, w sposób umożliwiający optymalne wykorzystanie majątku upadłego w celu zaspokojenia wierzycieli w jak najwyższym stopniu, w szczególności przez minimalizację kosztów postępowania*. Przepis ten stanowi normę ogólną wskazującą na to, że działania Syndyka mają zmierzać do optymalnego wykorzystania majątku upadłego w celu zaspokojenia wierzycieli. Zasadniczym jest ekonomiczne uwarunkowanie podejmowanych przez syndyka czynności, tym samym najem maszyn wchodzących do masy upadłości w trakcie likwidacji może być uzasadniony ekonomicznie. Ze złożonych przez Syndyka Masy Upadłości POL-DRÓG PŁA Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej oświadczeń wynika, że oddał on wymieniony w zobowiązaniu (formularz 3.5) do dyspozycji Odwołującego sprzęt na okres do zakończenia realizacji zamówienia tj. do 30 kwietnia 2016 roku, jak również wskazał Syndyk,

że nie było zagrożenia ze strony POL-DRÓG PŁA Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej do wywiązania się z zawartej umowy z uwagi na przewidywany czas postępowania upadłościowego.

Umowa najmu maszyn stanowi realne udostępnienie potencjału technicznego i Syndyk Masy Upadłości miał prawo zawrzeć taką umowę bez uzyskania jakiegokolwiek zgody.

18

Zgodnie z art. 206 ust. 1 puin *W postępowaniu obejmującym likwidację majątku upadłego zezwolenia rady wierzycieli wymagają następujące czynności: (1) dalsze prowadzenie przedsiębiorstwa przez syndyka, jeżeli ma trwać dłużej niż trzy miesiące od dnia ogłoszenia upadłości; (2) odstąpienie od sprzedaży przedsiębiorstwa jako całości; (3) sprzedaż praw i wierzytelności; (4) zaciąganie pożyczek lub kredytów oraz obciążenie majątku upadłego ograniczonymi prawami rzeczowymi; (5) wykonanie umowy wzajemnej zawartej przez upadłego albo odstąpienie od takiej umowy oraz wykonanie lub odstąpienie od umowy zawartej przez upadłego, do której stosuje się odpowiednio przepisy art. 98 i 99; (6) uznanie, zrzeczenie się i zawarcie ugody co do roszczeń spornych oraz poddanie sporu rozstrzygnięciu sądu polubownego*. Wskazać należy, że przepis ten zawiera enumeratywne wyliczenie czynności, do których wymagana jest zgoda Rady Wierzycieli. Zaznaczyć należy również dodatkowo, że w treści tej umowy w paragrafie drugim *Czas trwania umowy* podano w ust. 1 czas określony obowiązywania umowy tj. od jej podpisania

do dnia 30 kwietnia 2016 roku – czyli do zakończenia realizacji umowy wynikającej z zamówienia. Jak również w ust. 2 wskazano, że postępowanie upadłościowe POL-DRÓG PŁA Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej, na podstawie oceny stanu masy upadłości, ilości jej składników, jak również wstępnej weryfikacji wierzycieli nie zakończy się przed dniem 30 kwietnia 2016 roku.

W ocenie Izby załączone do oferty oświadczenie potwierdzało realność udostępnienia zasobów tj. potencjału technicznego uzyskanego od podmiotu trzeciego POL-DRÓG PŁA Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej oraz dostępność tych zasobów przez okres realizacji umowy, co potwierdziły również dokumenty dołączone do odwołania.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego przedstawionej na rozprawie, że zgodnie z art. 206 puin oraz 316 i następnymi puin Syndyk Masy Upadłości nie może swobodnie

dysponować majątkiem upadłego należy wskazać, po pierwsze Zamawiający nie podał, powołując się na wymienione przepisy szczegółowo podstawy prawnej, tzn. nie wskazał konkretnie przepisu przez odniesienie się do artykułu, ustępu i punktu; po drugie należy wyjaśnić, że zezwolenie Rady Wierzycieli w oparciu o art. 206 ust. 1 pkt 2 puin niezbędne jest do odstąpienia od sprzedaży przedsiębiorstwa jako całości, natomiast na podstawie art. 326 puin Sędzia-komisarz może zezwolić na sprzedaż ruchomości z wolnej ręki, przy czym może określić warunki sprzedaży albo też określić inny tryb wyboru nabywcy. W przypadku sprzedaży ruchomości Sędzia-komisarz musi udzielić zgodny i ma prawo określenia innego trybu wyboru nabywcy.

Odwołujący może skorzystać z prawa wykupu określonego w umowie najmu maszyn, jednakże należy zaznaczyć, że jest to jego prawo i fakt uzależnienia realizacji tego prawa go od zgody Rady Wierzycieli nie powoduje, że umowa najmu zawarta na czas określony – w

19

przypadku braku zgody – przestanie obowiązywać strony umowy. Zaznaczyć należy, że w umowie zaznaczono jedynie, że w przypadku skorzystania przez Odwołującego z prawa wykupu przeniesienie prawa własności nastąpi z chwilą zawarcia przez strony odrębnego porozumienia.

Reasumując powyższe Izba uznała, że Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Pol-Dróg Drawsko Pomorskie S.A. z siedzibą w Drawsku Pomorskim przy ulicy Podmiejskiej 2, 78-500 Drawsko Pomorskie oraz uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy - *Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1* - Izba uznała, że zarzut się potwierdził. W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów Odwołujący pismem z 3 listopada 2014 roku wskazał, że jest w pełni przygotowany do realizacji zadania oraz dysponuje potencjałem technicznym niezbędnym do realizacji zadania. Wyjaśnił również, że udział POL-DRÓG PŁA Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej sprowadza się do użyczenia sprzętu i jednocześnie przedstawił zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień pismem z 7 listopada 2014 roku wskazując, że Odwołujący nie określił jednoznacznie, które jednostki sprzętowe przedstawione w piśmie z 3 listopada 2014 roku wykazane zostały w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnośnie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym.

W ocenie Izby, skoro w wezwaniu do złożenia wyjaśnień Zamawiający nie odniósł się do złożonego w ofercie oświadczenia POL-DRÓG PŁA Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej (Formularz 3.5) i stanowiska Odwołującego przedstawionego w piśmie złożonym na wezwanie do uzupełnienia dokumentów powinien był przed dokonaniem czynności wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie ww. oświadczenia. Odwołujący miałby możliwość przedstawienia informacji i wyjaśnień jakie przedstawił w odwołaniu, jak również złożenia dowodów, które załączył do odwołania, tym bardziej, że jak oświadczył na rozprawie Zamawiający, że *po uzupełnieniu dokumentów przez odwołującego miał świadomość, że POL -DRÓG PŁa sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej nie będzie podwykonawcą.*

W zakresie zarzutu naruszenia art. 92 ust 1 pkt 3 ustawy *niezwłocznie po wyborze*

najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o: (...) wykonawcach, którzy zostali wykluczenia z postępowania, podając uzasadnienie faktyczne i prawne – jeżeli postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego (...) Izba uznała zarzut za niezasadny.

Wskazać należy, że mimo lakonicznego uzasadnienia czynności wykluczenia z postępowania Odwołującego sprowadzających się do podania, że: Zamawiający wezwał wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu odnośnie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i w odpowiedzi na wezwanie wykonawca złożył dokumenty, które nie potwierdzają, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu – wynika przyczyna wykluczenia wykonawcy z postępowania. Odwołujący na podstawie podanej informacji był w stanie wskazać naruszenia oraz odnieść się do nich merytorycznie. Wykazał, że podmioty trzecie podane przez niego w ofercie jak również w odpowiedzi na wezwanie udostępniają zasoby Odwołującemu i nie są podwykonawcami, zgodnie z obowiązującymi przepisami podmioty te nie mają obowiązku składać dokumentów na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia. Wykazywał również, że złożone oświadczenia podmiotów trzecich zawierają zakres zobowiązani podmiotu, okres udostępnienia jak również mają charakter faktyczny, pozwalający na realne wykorzystanie sprzętu w toku realizacji zamówienia. Odnioł się również do oświadczenia złożonego przez podmiot pozostający w upadłości likwidacyjnej.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zmianami).

Uwzględniając powyższe Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący:

21

Członkowie:

.....

22