

Sygn. akt: KIO 661/16

**WYROK**  
**z dnia 10 maja 2016 roku**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 maja 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 kwietnia 2016 roku przez wykonawcę **Dolnośląskie Linie Autobusowe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez **Powiat Lubiński w Lubinie**

**przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Lubinie S.A. z siedzibą w Lubinie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Dolnośląskie Linie Autobusowe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Dolnośląskie Linie Autobusowe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawcy Dolnośląskie Linie Autobusowe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu na rzecz Powiatu Lubińskiego w Lubinie kwotę 3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

W dniu 27 kwietnia 2016 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 i 4 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm., dalej jako „ustawa Pzp”), odwołanie złożył wykonawca Dolnośląskie Linie Autobusowe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej jako „Odwołujący”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *„Świadczenie usług przewozowych w powiatowych autobusowych przewozach pasażerskich na sieci komunikacyjnej użyteczności publicznej powiatu lubińskiego oraz powiatów, z którymi powiat lubiński posiada lub zawrze stosowne porozumienia”* prowadzi Zamawiający: Powiat Lubiński w Lubinie. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18.03.2016 pod numerem 2016/S 055-092127.

Odwołanie wniesiono od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych oraz zaniechanych w postępowaniu a polegających na:

1. wyborze oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Lubinie S.A. z siedzibą w Lubinie jako najkorzystniejszej;
2. zaniechaniu czynności należytego badania i oceny oferty złożonej przez: Odwołującego w tym:
  - a) uznaniu, że Odwołujący nie wykazał, że dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym;
  - b) uznaniu, że „Pisemne zobowiązanie do zawarcia umowy sprzedaży” udzielne przez p. A.G. w imieniu spółki GLASPO MOTORS Sp. z o.o. nie zostało podpisane przez osobę uprawnioną do reprezentowania podmiotu trzeciego;
  - c) uznaniu, że „Pisemne zobowiązanie do zawarcia umowy sprzedaży” udzielne przez p. J.C. w imieniu spółki SOR POLAND SP. z o.o. nie zostało podpisane przez osobę uprawnioną do reprezentowania podmiotu trzeciego;
  - d) z ostrożności - zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w zakresie umocowania osób podpisujących zobowiązania w imieniu podmiotów trzecich;
  - e) uznaniu, że Odwołujący nie spełnia warunków SIWZ i wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp;
3. zaniechaniu czynności dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego, Odwołujący stawia następujące zarzuty:

- 1) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 5, poprzez uznanie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu poprzez uznanie, że Odwołujący nie przedstawił wykazu zasobu (taboru autobusowego) zgodnie z wymaganiami SIWZ oraz wykluczenie Odwołującego z postępowania i odrzucenie jego oferty;
- 2) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 5, poprzez uznanie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż pisemne zobowiązania do zawarcia umowy sprzedaży wystawione przez spółkę SOR POLAND Sp. z o.o. oraz GLASPO MOTORS Sp. z o.o. zostały podpisane przez osoby nieuprawnione do ich reprezentacji oraz wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenie jego oferty;
- 3) z ostrożności - zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w sprawie umocowania p. A.G. do oraz p. J.C. do podpisywania „Pisemnego zobowiązania do zawarcia umowy sprzedaży”.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem:
  - a) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania,
  - b) ewentualnego wezwania Odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w sprawie umocowania p. A.G. do oraz p. J.C. do składania oświadczeń w imieniu spółki SOR POLAND Sp. z o.o. oraz GLASPO MOTORS Sp. z o.o.,
  - c) uznania, że Odwołujący złożył prawidłowe dokumenty i wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w tym warunku określonego w Rozdziale IV pkt 3 SIWZ;
- 3) dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący może ponieść szkodę. W przypadku gdyby Odwołujący nie został wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona, oferta Odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą spośród złożonych ofert. Wskutek niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie planowanego zysku. Powyższe stanowi przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący w dniu 22 kwietnia 2016 r. otrzymał od Zamawiającego fax-em informację o wyborze oferty Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Lubinie S.A. jako

najkorzystniejszej. Wniesienie odwołania w dniu 27 kwietnia 2016 r. nastąpiło z zachowaniem ustawowego terminu. Zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu w odpowiedniej formie i terminie. Odwołujący opłacił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy oraz w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez uznanie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu tj. nie przedstawił wykazu zasobu (taboru) autobusowego zgodnie z wymaganiami SIWZ oraz poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania i odrzucenie jego oferty.

W myśl zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku określonego Rozdziale IV pkt 3 SIWZ tj. nie złożył wykazu zasobu autobusowego - zgodnie ze wzorem określonym w załączniku Nr 4 do SIWZ.

W pierwszej kolejności Odwołujący podnosił, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 11 kwietnia 2016 r. złożył w dniu 13 kwietnia 2016 r. wykaz zasobu (taboru) autobusowego zgodnie ze wzorem określonym w załączniku Nr 4 do SIWZ.

Odwołujący podkreślał, że w załączonym wykazie zostały zamieszczone pojazdy spełniające wymagania SIWZ przedmiotowego postępowania przetargowego, posiadające odpowiednie homologacje i spełniające wymagania określone w przepisach prawa, w tym w Prawie o ruchu drogowym i przepisach wykonawczych do niego oraz Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz ich niezbędnego wyposażenia.

Odwołujący wbrew argumentacji Zamawiającego w sposób prawidłowy i nie budzący wątpliwości wykazał na jakiej podstawie dysponuje opisanym w wykazie taborom autobusowym. Odwołujący przedstawił min.: umowy leasingu oraz zobowiązania do zawarcia umowy sprzedaży wystawione przez podmioty trzecie. Odwołujący podnosi, że na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp 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. Należy podkreślić, że w zobowiązaniach do zawarcia umowy sprzedaży wskazano w sposób szczegółowy markę i model pojazdów mających być przedmiotem umowy sprzedaży. Zostało zawarte zastrzeżenie, że pojazdy będące przedmiotem przyszłej umowy sprzedaży spełniają wymagania SIWZ przedmiotowego postępowania przetargowego, posiadają odpowiednie homologacje i spełniają wymagania określone w przepisach prawa, w tym w Prawie o ruchu drogowym i przepisach wykonawczych do niego oraz Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz ich niezbędnego wyposażenia.

W rzeczonych zobowiązaniach podmioty trzecie zobowiązały się do zawarcia i wykonania umowy sprzedaży tak, by Wykonawca dysponował taborom autobusowym spełniającym wymagania SIWZ w czasie świadczenia usług będących przedmiotem zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący w toku prowadzonej procedury udzielenia zamówienia publicznego udowodnił, że będzie realnie dysponował powierzonymi mu zasobami.

Za bezpodstawne należy uznać twierdzenie Zamawiającego jakoby pojazdy fabrycznie nowe, którym jeszcze nie został nadany numer VIN, nie spełniają wymogów SIWZ. Należy podkreślić, że Odwołujący wskazując markę i model pojazdu, z którego będzie korzystał przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia, w sposób dostateczny wykazał dysponowanie niezbędnym potencjałem technicznym. Zamawiający chcąc zweryfikować czy zamieszczone w wykazie nowe autobusy spełniają wymagania SIWZ, może w każdym momencie sięgnąć po dane techniczne konkretnie wskazanych modeli pojazdów.

Zamawiający w Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty wskazuje, że w wykazie zasobu (taboru) autobusowego w poz. od 4 do 18 tabeli wskazano autobusy, dla których podano klasę pojazdu „A” rok produkcji „2016” markę „TEMSA LF 12” zamiast nr VIN wskazano „FABRYCZNIE NOWY”, wiek pojazdu „0”, pojazd z niską podłogą - „TAK”, podstawę dysponowania pojazdem „oddany do dysponowania - zobowiązanie sprzedaży” oraz w uwagach wskazano „Zobowiązanie PeterBus”.

Dalej Zamawiający podnosi, że w poz. od 46 do 48 tabeli wskazano autobusy, dla których podano klasę pojazdu „C”, rok produkcji „2016”, markę KAPENA IVECO 72C URBYS”, zamiast Nr VIN wskazano „FABRYCZNIE NOWY”, wiek pojazdu „0”, pojazd z niską podłogą - „TAK”, podstawę dysponowania pojazdem „oddany do dysponowania - zobowiązanie sprzedaży” oraz w uwagach wskazano „Zobowiązanie Cargo Polska”.

Odwołujący stanowczo sprzeciwia się twierdzeniom Zamawiającego, który z braku podania nr VIN wywodzi, iż wskazane pojazdy nie istnieją. W tym miejscu Odwołujący podkreśla, że autobusy fabrycznie nowe wskazane w wymienionych pozycjach wykazu, nie zostały jeszcze zarejestrowane i dlatego nie nadano im jeszcze unikalnego numeru VIN. Wobec czego sprzeciwić należy się twierdzeniom Zamawiającego jakoby wykazany potencjał nie był rzeczywisty i istniejący.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający może określić formę wykazu niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń i rodzaj informacji, które w wykazie powinny być zamieszczone przez wykonawcę, jednakże wszelkie zamieszczane w specyfikacji wzory i formularze mają jedynie charakter pomocniczy. Celem złożenia wykazu i załączenia przez wykonawców innych wymaganych dokumentów jest potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, a nie wypełnienie czysto formalistycznych wymagań co do kształtu

składanych dokumentów. Wobec powyższego fakt zapisania w wykazie sformułowania „FABRYCZNIE NOWE” wobec pojazdów jeszcze nie zarejestrowanych (mimo to, była wskazana marka i model), zamiast podania nr VIN, nie może być powodem dla uznania, iż Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Za zupełnie niezrozumiałe należy uznać kwestionowanie przez Zamawiającego podstawy do dysponowania pojazdami w postaci zobowiązań do zawarcia umowy sprzedaży wystawionych przez wspomnianą wyżej spółkę Cargo Polska Sp. z o.o. oraz firmę PeterBus. Odwołujący podnosi, że Zamawiający w SIWZ w oparciu o przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp umożliwił wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia skorzystanie z potencjału technicznego (taboru autobusowego) innych podmiotów. W tym celu wymagał od wykonawców udowodnienia, że w okresie realizacji zamówienia będą dysponować tym potencjałem poprzez złożenie pisemnego zobowiązania tych podmiotów do oddania do dyspozycji niezbędnego taboru na okres korzystania z niego przy wykonywaniu zamówienia. Odwołujący wskazuje, że oświadczenie podmiotu trzeciego, zawierające zobowiązanie do sprzedaży określonych pojazdów, niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, należy uznać za w pełni dopuszczalne oraz skutecznie potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący nie zgadza się także z wywodami Zamawiającego, zgodnie z którymi, iż firmy PeterBus oraz Cargo Polska Sp. z o.o. nie są producentami autobusów, a jedynie pośrednikami oznacza, że nie dysponują potencjałem technicznym, który ma być przedmiotem udostępnienia potencjału. Odwołujący wskazuje, że firmy te profesjonalnie zajmują się sprzedażą autobusów oraz części do nich. Firma PeterBus występuje jako przedstawiciel handlowy producenta autobusów, na jego oficjalnej stronie internetowej. Jak wskazano wyżej autobusy oznaczone w wykazie jako „FABRYCZNIE NOWE” nie zostały jeszcze zarejestrowane, co nie oznacza, że nie istnieją.

Za nietrafione należy również uznać stanowisko Zamawiającego jakoby wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie zgodnie z zapisami SIWZ musieli dysponować taborami na dzień składania ofert. Żaden z zapisów SIWZ, w tym powoływane przez Zamawiającego postanowienie określone w Rozdziale IV pkt 3 SIWZ, nie stanowi, jakoby wykonawca musiał dysponować taborami na dzień składania ofert. Nie ulega najmniejszej wątpliwości, iż takimi zasobami (tabor autobusowy) wykonawca ma dysponować dopiero na etapie realizacji zamówienia, zaś przedłożone Zamawiającemu, w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia, dokumenty właśnie temu dowodzą.

Mając na uwadze powyższą argumentację nie zaistniały przesłanki do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia w trybie art. 24. ust. 2 pkt 4 oraz odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy oraz w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez uznanie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż pisemne zobowiązania do zawarcia umowy sprzedaży wystawione przez spółkę SOR POLAND Sp. z o.o. oraz GLASPO MOTORS Sp. z o.o. zostały podpisane przez osoby nie uprawnione do ich reprezentacji oraz poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania i odrzucenie jego oferty.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w SIWZ w oparciu o przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp umożliwił wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia skorzystanie z potencjału technicznego (taboru autobusowego) innych podmiotów. W tym celu wymagał od wykonawców udowodnienia, że w okresie realizacji zamówienia będą dysponować tym potencjałem poprzez złożenie pisemnego zobowiązania tych podmiotów do oddania do dyspozycji niezbędnego taboru na okres korzystania z niego przy wykonywaniu zamówienia. Odwołujący częściowo korzystając z zasobów podmiotów trzecich załączył do złożonego wykazu zasobu (taboru) autobusowego zobowiązania do zawarcia umowy sprzedaży wystawione min. przez spółkę SOR POLAND Sp. z o.o. oraz GLASPO MOTORS Sp. z o.o. Zobowiązania te stanowią podstawę do dysponowania pojazdami w poz. od 19 do 23 (GLASPO MOTORS Sp. z o.o.) oraz pojazdu wskazanego w poz. 41 (SOR POLAND Sp. z o.o.) Należy podkreślić, że w zobowiązaniach do zawarcia umowy sprzedaży wskazano w sposób szczegółowy markę i model pojazdów mających być przedmiotem umowy sprzedaży. Zostało zawarte zastrzeżenie, że pojazdy będące przedmiotem przyszłej umowy sprzedaży spełniają wymagania SIWZ przedmiotowego postępowania przetargowego, posiadają odpowiednie homologacje i spełniają wymagania określone w przepisach prawa, w tym w Prawie o ruchu drogowym i przepisach wykonawczych do niego oraz Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz ich niezbędnego wyposażenia. W zobowiązaniach oznaczono termin zawarcia umowy i dokładnie określono przedmiot udostępnienia potencjału. Mając na uwadze powyższe, Odwołujący w toku prowadzonej procedury udzielenia zamówienia publicznego udowodnił, że będzie realnie dysponował powierzonymi mu zasobami.

Za nieprawdziwe należy uznać twierdzenia Zamawiającego jakoby osoby podpisane za „Pisemnych zobowiązaniach do zawarcia umowy sprzedaży” nie były umocowane do ich wystawienia. Osoby te były umocowane do złożenia oświadczeń woli w imieniu spółki SOR POLAND Sp. z o.o. oraz GLASPO MOTORS Sp. z o.o.

Odnosnie zobowiązania podpisanego przez GLASPO MOTORS Sp. z o.o. należy wskazać, że zarząd spółki jest jednoosobowy. Pod zobowiązaniem podpisał się jedyny członek zarządu spółki tj. p.. A.G. (pełniąca funkcję Prezesa Zarządu). W tym miejscu należy wskazać że przepisy ustawy z dnia 15 września 2000r. Kodeks spółek handlowych (dalej



KSH) przewidują reprezentację łączną tylko w przypadku zarządu wieloosobowego. W przypadku zarządu jednoosobowego, to Zarząd prowadzi sprawy spółki i reprezentuje spółkę. Biorąc zatem, pod uwagę przepisy kodeksowe dotyczące zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością należy przyjąć, że w przypadku zarządu jednoosobowego może on skutecznie reprezentować spółkę samodzielnie, bez konieczności współdziałania z prokurentem.

Odnośnie Zobowiązania wystawionego przez spółkę SOR POLAND Sp. z o.o. należy wskazać że podpisany pod nim p. J.C. był upoważniony do przez Zarząd spółki do podpisania przedmiotowego zobowiązania, bowiem dysponował pisemnym pełnomocnictwem Zarządu.

Odwołujący podnosi, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wymieniając zobowiązanie jako dokument, który może być złożony w celu udowodnienia zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował niezbędnymi zasobami, nie określa obowiązku załączenia przez wykonawcę do tego zobowiązania jakichkolwiek dodatkowych oświadczeń bądź dokumentów, w tym potwierdzających umocowanie osoby podpisującej dokument do reprezentowania danego podmiotu, jak np. pełnomocnictwa, upoważnienia lub odpisu z KRS. Takiej podstawy nie dają także przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów (...). Także samo wezwanie Zamawiającego z dnia 11 kwietnia 2016 r. nie wskazywało konieczności załączania odpisów KRS czy pełnomocnictw od podmiotów udostępniających zasoby.

W ocenie Odwołującego, jeżeli Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości co do umocowania osób do podpisywania przedmiotowych zobowiązań, był on zobowiązany skorzystać z procedury określonej w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp i wezwać Odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień, czego jednak nie uczynił.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający naruszył wymienione w petitum odwołania przepisy ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne uznanie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż pisemne zobowiązania do zawarcia umowy sprzedaży wystawione przez spółkę SOR POLAND Sp. z o.o. oraz GLASPO MOTORS Sp. z o.o. zostały podpisane przez osoby nieuprawnione do ich reprezentacji.

W tym stanie rzeczy, zdaniem Odwołującego wniesienie odwołanie należy uznać za konieczne i uzasadnione.

**Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, materiałów złożonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym wykluczenie Odwołującego z powodu niespełniania warunku udziału, oznacza, że potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Trzeba wziąć również pod uwagę, że oferta Odwołującego będąca według ustalonych w postępowaniu kryteriów oceny ofert byłaby najkorzystniejsza, gdyby nie została przez Zamawiającego odrzucona. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 2 maja 2016 roku, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca **Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Sp. z o.o. w Lubinie**. Przystąpienie uznano za skuteczne. Wykonawca przedstawił obszerną pisemną argumentację w zakresie podniesionych zarzutów i wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, której wnosił o jego oddalenie.

W zakresie zarzutu naruszenia art.24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez uznanie, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu gdyż, nie przedstawił wykazu zasobu (taboru autobusowego) zgodnie z wymogami SIWZ, Zamawiający zaznaczył, iż bezsporne jest, że w uzupełnionym wykazie autobusów Odwołujący nie wskazał numerów VIN ograniczając się do określenia, że będą to „pojazdy fabrycznie nowe”. Zamawiający jest uprawniony do formułowania warunków udziału w postępowaniu w oparciu o art. 22 ust. 1 i ust. 5 oraz art. 36 ust. 1 w celu zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Prowadzone postępowanie dotyczy świadczenia usług publicznego

transportu zbiorowego (nie dostawy autobusów) i przed dokonaniem wyboru wykonawcy Zamawiający musi mieć pewność co do możliwości realizacji zamówienia przez wykonawcę wybranego w toku postępowania. W toku postępowania Odwołujący nie zgłaszał Zamawiającemu uwag do ustalonego warunku oraz wymogu przedstawienia informacji zawartych we wzorze załącznika nr 4 do SIWZ (wykaz taboru). Nie ulega więc wątpliwości, że informacje o nr VIN dla poszczególnych pojazdów były wymagane. Gdyby żądane informacje w zakresie nr VIN znajdowały się w jakimkolwiek innym dokumencie zawartym w ofercie, wtedy można byłoby formułować zarzut nadmiernego formalizmu po stronie Zamawiającego. Jednakże informacje te nie wynikały z żadnego miejsca oferty i dlatego zarzut Odwołującego należy uznać za niezasadny i nieuprawniony.

Zamawiający podkreślił, że zgodnie z definicją wynikającą z art. 2 pkt 58 ustawy Prawo o ruchu drogowym nr VIN – jest to numer identyfikacyjny pojazdu nadany przez producenta, art. 66a ustawy Prawo o ruchu drogowym określa, że cechy identyfikacyjne, o których mowa w art. 66 ust. 3a (nr VIN) nadaje i umieszcza producent. Ustawa zatem jednoznacznie wskazuje, że unikalną cechą identyfikacyjną każdego pojazdu jest jego nr VIN.

Zamawiający badając i oceniając warunek dysponowania odpowiednim potencjałem, tj. co najmniej 50 sztukami pojazdów, żądał wskazania konkretnych jednostek sprzętu oraz cech identyfikacyjnych celem uzyskania możliwości weryfikacji czy jednostki sprzętu istnieją, czy wezmą faktyczny udział przy realizacji przedmiotowego zamówienia. Wskazanie modelu i marki nie daje możliwości takiej weryfikacji. Zamawiający nie dopuszczał dysponowania potencjałem hipotetycznym i nieistniejącym, a niewskazanie nr VIN daje Zamawiającemu uprawnienie do stwierdzenia, że w ofercie Odwołującego pojazdy nie istnieją fizycznie i mogą być w przyszłości dopiero wyprodukowane.

Odwołujący także mylnie wskazuje, że potencjałem nie trzeba było dysponować na dzień składania ofert ale możliwe było dysponowanie nim dopiero na etapie realizacji zamówienia.

Co do zobowiązań podmiotów PeterBus i Cargo Polska, to z uzupełnionych zobowiązań wynikało, że podmioty te zobowiązują się do zawarcia z wykonawcą umowy sprzedaży autobusów, tak aby wykonawca dysponował taborem. Zamawiający podkreślił, że podmioty trzecie nie są producentami autobusów, a jedynie pośrednikami w ich sprzedaży. W sposób rzeczywisty i faktyczny nie dysponują wymienionym taborem, co wynika z samych zobowiązań. W świetle art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wykonawca powołujący się na potencjał podmiotu trzeciego winien przedstawić zamawiającemu dowód, z którego w sposób jasny i jednoznaczny wynika, że zasoby udostępniane są do realizacji zamówienia i podmiot udostępniający zasoby rzeczywiście nimi dysponuje. W opinii Zamawiającego podmioty

trzecie udostępniające zasoby powołują się na zasoby podmiotów czwartych, na co wskazuje brak nr VIN w zobowiązaniach.

W ocenie Zamawiającego wykonawca składając ofertę miał świadomość, że nie dysponuje potencjałem technicznym umożliwiającym realizację zamówienia oraz że podmiot trzeci podpisujący zobowiązanie także nim nie dysponuje, a dopiero dokonanie przez Zamawiającego ewentualnego wyboru oferty Odwołującego miało być podstawą do zawarcia przyrzeczonych umów sprzedaży. Taki stan rzeczy nie gwarantuje niezbędnego zasobu nawet na dzień rozpoczęcia świadczenia przedmiotu umowy.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, oświadczenie podmiotu trzeciego, aby mogło być uznane za dowód potwierdzający dysponowanie zasobami, musi posiadać zarówno stosowną treść, jak i formę pisemną oraz dla swej skuteczności musi zostać złożone przez osobę/osoby uprawnione do reprezentowania podmiotu trzeciego. Do takiego zobowiązania należy stosować przepisy Tytułu IV Księgi pierwszej KC dotyczące czynności prawnych. Ważność takiej czynności zależy od posiadania zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnych oraz właściwego umocowania osoby składającej tego rodzaju oświadczenie woli w imieniu podmiotu. Obowiązkiem wykonawcy jest udowodnienie dysponowania zasobem, a o takim udowodnieniu można mówić wówczas, gdy zobowiązanie jest prawnie skuteczne i wiążące. W przypadku uznania poprawności złożonych zobowiązań przy braku odpowiedniego pełnomocnictwa dla osób, których reprezentacja nie wynika z dokumentów rejestrowych, Zamawiający straci legitymację do dochodzenia roszczeń odpowiedzialności solidarnej z wykonawcą i roszczeń odszkodowawczych w przypadku nieudostępnienia wykonawcy zasobów.

Zamawiający nie miał wątpliwości, że osoby składające pisemne zobowiązania (oświadczenia woli) w imieniu podmiotów trzecich nie są uprawnione w dokumentach rejestrowych do składania oświadczeń w imieniu tych podmiotów. Odwołujący w wyniku uzupełnienia nie udowodnił, że złożone oświadczenia są prawnie skuteczne i wiążące. Zamawiający nie miał podstaw do uruchomienia procedury przewidzianej w art. 26 ust.4 ustawy Pzp. Umożliwienie Odwołującemu złożenia „nowych” zobowiązań lub dokumentów uprawniających osoby do podpisu już złożonych dokumentów, uznać należałoby za niedozwolone ponowne uzupełnienie dokumentów. Poza tym dokumenty rejestrowe wszystkich podmiotów gospodarczych są powszechnie dostępne i Zamawiający w celu sprawdzenia uprawnienia do reprezentacji podmiotu trzeciego nie ma potrzeby wzywać wykonawcy do przedstawienia tych dokumentów.

Wobec powyższego Zamawiający wnosil o oddalenie odwołania.

**Izba ustaliła, że:**

Zgodnie z Rozdziałem IV (Warunki, jakie muszą spełniać wykonawcy oraz dokumenty potwierdzające spełnianie tych warunków) SIWZ Zamawiający ustalił następujący warunek udziału:

„wykonawca dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym, tj. dysponuje co najmniej 50 sztuk pojazdów (...) dopuszczonymi do ruchu w myśl przepisów ustawy Prawo o ruchu drogowym, a spełniającymi wszystkie wymagania określone w załączniku nr 3 do umowy. W celu potwierdzenia spełniania powyższego warunku wykonawca przedstawi Zamawiającemu wykaz zasobu (taboru) autobusowego, którym dysponuje wykonawca wraz z podaniem informacji o podstawie dysponowania tym zasobem, zgodnie z załącznikiem nr 4 do SIWZ.

Wykonawcy powołując się przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu na potencjał innych podmiotów, musieli udowodnić Zamawiającemu, iż będą dysponowali zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawić pisemne zobowiązanie tych podmiotów. Zamawiający nie określił innych wymogów w przypadku powoływania się na potencjał podmiotów trzecich, w tym wymogów związanych z przedstawieniem odpowiednich dokumentów podmiotowych dla udostępniających potencjał.

W dniu 22 kwietnia 2016 roku Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznano ofertę wykonawcy Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej S.A. z siedzibą w Lubinie oraz o wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Zamawiający podał, że zgodnie z Rozdziałem IV pkt 3 SIWZ w celu wykazania, że wykonawca dysponuje odpowiedni, potencjałem technicznym, tj. co najmniej 50 sztukami pojazdów, należało przedstawić wykaz zasobu (taboru) autobusowego – zgodnie ze wzorem określonym w załączniku nr 4 do SIWZ. Odwołujący w ofercie nie przedstawił wymaganego wykazu. Działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w dniu 11 kwietnia 2016 roku wezwano wykonawcę do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu, informując, że jeżeli wykonawca w celu wykazania spełniania warunku powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego, obowiązany jest do przedstawienia w tym zakresie stosowanych dokumentów. Zgodnie z Rozdziałem IV SIWZ oraz art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wykonawca może polegać na potencjale technicznym innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. W takiej sytuacji jest zobowiązany udowodnić, iż będzie dysponował zasobami, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie. Zgodnie z załącznikiem nr 4 do SIWZ wykaz taboru miał wskazywać jakimi pojazdami wykonawca będzie realizował zamówienie i określać klasę pojazdu, rok produkcji, markę

oraz nr VIN (kolumna 3 tabeli), wiek pojazdu, czy pojazd jest z niską podłogą, podstawy dysponowania pojazdem.

W dniu 13 kwietnia 2016 roku wykonawca przedstawił wykaz wraz z dokumentami podmiotów trzecich. W pozycji 4 do 18 tabeli wykazano autobusy klasy A, rok produkcji 2016, markę TEMSA LF 12, zamiast nr VIN wskazano „FABRYCZNIE NOWY”, wiek pojazdu – 0, pojazd z niską podłogą, oddany do dysponowania – zobowiązanie do sprzedaży PeterBus. W pozycji 46 do 48 tabeli wykazano autobusy klasy C, rok produkcji 2016, markę KAPENA IVECO 72C URBY, zamiast nr VIN wskazano „FABRYCZNIE NOWY”, wiek pojazdu – 0, pojazd z niską podłogą, oddany do dysponowania – zobowiązanie do sprzedaży Cargo Polska.

Wykonawca w wykazie nie wskazał numerów VIN (co było bezwzględnie wymagane) ograniczając się do określenia, że są to pojazdy fabrycznie nowe. Wskazuje to na fakt, że pojazdy obecnie nie istnieją i będą dopiero w przyszłości wyprodukowane. Bezsprzecznym jest, że każdy pojazd fabrycznie nowy (tj. taki, który został już wyprodukowany) posiada własny unikalny nr VIN. Zamawiający wymagał podania nr VIN celem zweryfikowania czy autobusy, które wskazuje w ofercie wykonawca faktycznie istnieją i umożliwiają realizację zamówienia.

W przypadku wymienionych pozycji Odwołujący przedstawił „pisemne zobowiązanie do zawarcia umowy sprzedaży”, w których podmioty trzecie zobowiązują się do zawarcia z wykonawcą umowy wskazując, że „przedmiotowa umowa sprzedaży zostanie zawarta tak, aby wykonawca dysponował taborem”. Podmioty trzecie udostępniające zasoby nie są producentami autobusów, a jedynie pośrednikami w ich sprzedaży oraz w sposób rzeczywisty i faktyczny w takiej sytuacji nimi nie dysponują, ponieważ w zobowiązaniach również nie wskazano nr VIN.

Dla pozycji 19 do 23 wykonawca przedstawił „pisemne zobowiązanie do zawarcia umowy sprzedaży” udzielone przez firmę GLASPO MOTORS Sp. z o.o., które zostało podpisane przez Prezesa Zarządu A. G. Zgodnie z informacją zawartą w KRS Dział 2 Rubryka 1 dla spółki organem uprawnionym do reprezentacji – w przypadku zarządu jednoosobowego jest Zarząd łącznie z prokurentem samoistnym. Wobec powyższego zobowiązanie nie zostało podpisane przez osobę/osoby uprawnione do reprezentowania podmiotu trzeciego, co wynika wprost z KRS.

Dla pojazdu wskazanego w pozycji 41 wykazu wykonawca przedstawił „pisemne zobowiązanie do zawarcia umowy sprzedaży” udzielone przez firmę SOR POLAND Sp. z o.o., które zostało podpisane przez pana J. C., który również nie jest wymieniony w KRS jako osoba uprawniona do reprezentacji podmiotu trzeciego.

Oświadczenie podmiotu trzeciego, aby mogło być uznane za dowód potwierdzający dysponowanie zasobami tego podmiotu, musi posiadać zarówno stosowną treść, z której

będzie wynikało, że podmiot zobowiązał się do udostępnienia wykonawcy określonych zasobów, jak i formę pisemną, a dla swej skuteczności musi zostać także złożone przez osobę uprawnioną do reprezentowania podmiotu trzeciego.

Na podstawie dokonanych ustaleń, Izba uznała, że odwołanie nie mogło zostać uwzględnione, choć w części zarzuty odwołania odnoszące się do nieprawidłowego oceny Odwołującego i jego oferty się potwierdziły. Powyższe dotyczyło zarzutów związanych z uznaniem przez Zamawiającego nieprawidłowego sposobu reprezentacji dla podmiotów trzecich SOR Poland oraz GLASPO MOTORS. Jednakże nawet potwierdzenie się przedmiotowych zarzutów nie mogło skutkować uwzględnieniem odwołania, ponieważ nie potwierdziły się zarzuty dalej idące i skutkujące koniecznością uznania za prawidłową decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego, jako wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, z uwagi na okoliczność, że nie udowodnił realności dysponowania udostępnionym potencjałem technicznym w przypadku przedstawienia zobowiązań od podmiotów Cargo Polska oraz PeterBus.

*Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy oraz w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez uznanie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu tj. nie przedstawił wykazu zasobu (taboru) autobusowego zgodnie z wymaganiami SIWZ oraz poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania i odrzucenie jego oferty.*

Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w razie, gdy wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych i ekonomicznych innych podmiotów, to w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Dyspozycja art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz § 1 ust 6 rozporządzenia o dokumentach wymaga, aby wykonawca powołujący się na zasoby innego podmiotu, udowodnił, że stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów. Dysponowanie zasobami innego podmiotu musi wynikać z przedstawionych dowodów w sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji czy domniemania. Na podstawie dokumentów przedstawionych w celu potwierdzenia rzeczywistego dostępu do zasobów innego podmiotu zamawiający musi mieć możliwość jednoznacznego ustalenia, że określony zasób innego podmiotu zostanie realnie udostępniony. To, jaka forma

udostępnienia zasobów jest wystarczająca i zagwarantuje faktyczne przekazanie potencjału niezbędnego do realizacji zamówienia, powinno być oceniane w odniesieniu do konkretnego zamówienia, jego złożoności i specyfiki oraz zakresu i specyfiki udostępnianych zasobów (wyrok KIO z dnia 25 kwietnia 2014 r., KIO 715/14 oraz z dnia 9 października 2013 r., KIO 2292/13).

Stwierdzenie oddania wykonawcy zasobu należącego do podmiotu trzeciego musi być konsekwencją dokonania przez zamawiającego pozytywnej oceny dowodu, jakim jest zobowiązanie podmiotu trzeciego, lub innego dokumentu. Przepis art. 26 ust 2b wymaga udowodnienia (a nie uprawdopodobnienia) przez wykonawcę zamierzającego skorzystać z zasobów należących do innego podmiotu, że będzie nimi realnie dysponował. Zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia, oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać dokumentów dotyczących w szczególności zakresu zasobów innego podmiotu, do których wykonawca ma dostęp, sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, oraz zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Sąd Okręgowy w Gdańsku w uzasadnieniu wyroku z dnia 25 lipca 2011 roku, sygn. akt: XII Ga 315/11 (niepubl.), zwrócił uwagę na to, że „przekazanie potencjału musi mieć charakter faktyczny, pozwalający na realne wykorzystanie wiedzy i doświadczenia w toku realizacji zamówienia”.

W ocenie składu orzekającego Izby Zamawiający słusznie ocenił dokumenty złożone przez Przystępującego jako nieprawidłowe, dotyczy to w szczególności zobowiązań złożonych w imieniu PeterBus oraz Cargo Polska.

Przed wszystkim zgodzić należy się z Zamawiającym, że z wykazu taboru i innych załączonych do niego dokumentów, w tym zobowiązań dwóch wymienionych wyżej podmiotów nie wynikały numery VIN pojazdów, gdzie dane te były elementem obowiązkowym wykazu. **VIN** (*Vehicle Identification Number*) to numer identyfikacyjny pojazdu nadany i umieszczony przez producenta Jak wynika z art. 66 ust. 3a ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym (t.j. Dz. U. z 2012 r. Nr , poz. 1137 ze zmianami), pojazd uczestniczący w ruchu powinien posiadać nadane przez producenta, z zastrzeżeniem art. 66a, cechy identyfikacyjne, w tym numer VIN albo numer nadwozia, podwozia lub ramy. Konieczności podania tej cechy identyfikacyjnej pojazdy Odwołujący na wcześniejszych etapach postępowania nie negował. Słusznie także zauważył Zamawiający, że przedmiotem postępowania jest świadczenie usług przewozowych, nie zaś dostawa pojazdów, a więc celem nadrzędnym postępowania był wybór takiego wykonawcy, który w ramach posiadanego potencjału technicznego (rozumianego jako dysponowanie



odpowiednim zasobem autobusów) realizował będzie usługę. Zamawiający nie wymagał aby autobusy były fabrycznie nowe, nieużywane. Natomiast autobusy dopuszczone do ruchu, niewątpliwie powinny posiadać numery VIN. Nawet jeżeli uznać by, że Odwołujący mógł założyć, że usługa realizowana będzie przy udziale nowozakupowanych przez niego pojazdów, również udostępnionych przez podmioty trzecie, to taka możliwość nie wynika ze złożonych zobowiązań. W złożonych zobowiązaniach podmioty deklarują zawarcie z Odwołującym umowy sprzedaży autobusów przeznaczonych do wykonywania usługi transportu zgodnie z wytycznymi SIWZ, posiadających odpowiednie homologacje i spełniających wymagania określone przepisami. Umowy mają być zawarte i wykonane tak, aby wykonawca dysponował taborom autobusowym najpóźniej na 7 dni przed rozpoczęciem świadczenia usługi. W ocenie składu orzekającego Izby z zobowiązań wynikało przyrzeczenie zawarcia w przyszłości umowy sprzedaży autobusów, którymi w momencie składania owego oświadczenia podmioty udostępniające zasoby same jeszcze nie dysponowały, deklarowały natomiast gotowość taboru na 7 dni przed rozpoczęciem świadczenia usług. Dostrzeżenia jednak wymaga, że Zamawiający w sposób jasny i klarowny ustalił warunek udziału w postępowaniu, stwierdzając, że wykonawca dysponować ma w dniu składania ofert odpowiednim taborom. Dla Izby oczywistym jest, że w przypadku powoływania się na potencjał podmiotów trzecich, takim taborom na dzień składania ofert dysponować miał podmiot trzeci, dla którego wykonawca zainteresowany postępowaniem składał zobowiązanie. Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu doszło do sytuacji, w której odpowiednim zasobem autobusów na dzień składania ofert (to jest bowiem data, na którą sprawdza się spełnianie ustalonych warunków) nie dysponował ani wykonawca, ani podmiot użyczający zasoby. Potwierdzają to także złożone na rozprawie przez Odwołującego dodatkowe oświadczenia, w tym oświadczenie P. W. z firmy PeterBus, z którego to wynika, że dopiero w dniu 20 i 25 kwietnia podmiot ten otrzymał od producenta deklarację o gotowości pojazdów do odbioru. Oznacza to, że w dniu składania ofert i pisemnego zobowiązania podmiot użyczający zasoby nie był w stanie jednoznacznie przesądzić i stwierdzić, że po pierwsze dysponuje zasobem, który użycza, po drugie zaś, że z całą pewnością zasób ten gotowy będzie do świadczenia usługi w wyznaczonej dacie. Co warto podkreślić, podmiot Cargo Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, nawet w oświadczeniu złożonym dodatkowo na rozprawie nie wskazał numerów VIN dla trzech użyczanych pojazdów.

Wobec tego złożenie tak ogólnych oświadczeń jak w niniejszej sprawie, bez wykazania, w jaki sposób udostępnienie potencjału technicznego nastąpi, w jakim zakresie i w jakim terminie potencjał ten będzie podlegał udostępnieniu, jest niewystarczające do stwierdzenia, że wykonawca wykazał spełnienie warunków zamówienia. Zamawiający musi mieć możliwość weryfikacji realności udostępnienia, co na etapie badania i oceny ofert

odbywa się na podstawie składanych dokumentów. Oznacza to, że treść tych dokumentów musi być jednoznaczna, a możliwość posługiwania się cudzym potencjałem nie może pozostawać w sferze domysłów i bliżej niesprecyzowanych zasad udostępnienia.

Konkludując tę część wywodów, Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym. W sposób nie budzący wątpliwości w zobowiązaniach nie określono możliwości wykorzystywania przedmiotowych zasobów podmiotów trzecich wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia, tak aby przy uwzględnieniu reguł wynikających z przepisów prawa i zapisów SIWZ nie było wątpliwości co do realności udostępnienia określonego zasobu. Powyższe skutkowało musiałoby oddaleniem odwołania i uznaniem decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego za prawidłową.

*Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy oraz w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez uznanie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż pisemne zobowiązania do zawarcia umowy sprzedaży wystawione przez spółkę SOR POLAND Sp. z o.o. oraz GLASPO MOTORS Sp. z o.o. zostały podpisane przez osoby nie uprawnione do ich reprezentacji oraz poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania i odrzucenie jego oferty.*

W ocenie składu orzekającego Izby Zamawiający niewłaściwie upatrywał błędów natury formalnoprawnej w zobowiązaniach złożonych przez SOR Poland oraz GLASPO MOTORS.

W przypadku podmiotu GLASPO MOTORS zobowiązanie podpisał jedyny członek zarządu, pełniący funkcję Prezesa Zarządu.

Izba w całości podziela wywody i argumentację Odwołującego, że ustawa Kodeks Spółek Handlowych przewiduje reprezentację łączną tylko w przypadku zarządu wieloosobowego. W skład zarządu może też wchodzić tylko jeden członek zarządu. Umowa spółki może wskazywać, ilu członków liczy zarząd. Może wskazywać np., że liczy on od 1 do 3 członków. Jeżeli jednoosobowy skład zarządu spółki zgodny jest z postanowieniami jej umowy, wówczas może on reprezentować spółkę. W takim przypadku osoba stanowiąca zarząd ma prawo samoistnego reprezentowania spółki.

Może zdarzyć się, że umowa spółki określa skład zarządu w sposób widełkowy i nie modyfikuje kodeksowej zasady reprezentacji łącznej. SN w postanowieniu z dnia 24 lipca 2013 r., sygn. akt III CNP 1/13, stwierdził, że gdy zarząd jest jednoosobowy, wówczas ograniczanie prawa reprezentacji członka zarządu przez ustanowienie obowiązku działania z inną osobą (np. prokurentem) jest bezskuteczne w świetle art. 201 § 1 i art. 204 § 2 KSH

bowiem to treść art. 205 § 1 zd. 1 KSH przesądza o tym, że w sytuacji, gdy zarząd jest jednoosobowy, to jego jedyny członek składa oświadczenia za spółkę. Zaś sposób reprezentacji określony w umowie spółki nie ma w takich okolicznościach zastosowania. Prawidłowo także Odwołujący wskazał, że tego typu umowne ograniczenia do reprezentacji przez członków zarządu są wiążące w stosunkach wewnątrz spółki, mogą dotyczyć odpowiedzialności wobec samej spółki, nie wywierają natomiast skutków prawnych w stosunku do osób trzecich. Zatem łączny sposób reprezentacji spółki z o.o. dotyczyć może jedynie wypadków, kiedy zarząd liczy co najmniej dwóch członków. Ponownie podkreślić należy, że jak wynika z postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2013 r., sygn. akt III CNP 1/13 *„jeżeli zarząd jest jednoosobowy, osoba stanowiąca zarząd ma prawo samoistnego reprezentowania spółki, a ograniczanie jej prawa przez ustanowienie obowiązku działania z inną osobą (np. prokurentem) jest bezskuteczne. Przemawia za tym art. 201 § 1 K.s.h., przyznający zarządowi charakter organu spółki, który prowadzi jej sprawy i ją reprezentuje oraz art. 204 § 2 K.s.h., który wyłącza możliwość ograniczenia prawa członka zarządu do reprezentowania spółki ze skutkiem prawnym wobec osób trzecich”*.

Co do drugiego ze złożonych zobowiązań przez SOR Poland, podpisał je Pan J. C., który nie został ujawniony w KRS jako osoba wchodząca w skład organów spółki, upoważniona na podstawie dokumentów rejestrowych do jej reprezentacji.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby, wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia innych dokumentów poza zobowiązaniem, z którego wynika udostępnienie zasobów, jedynie w sytuacji, kiedy Zamawiający wyraźnie takich dokumentów żąda i wymaga. Dotyczy to także dokumentów potwierdzających umocowanie osoby podpisującej zobowiązanie. Zgodnie z § 1 ust 6 rozporządzenia o dokumentach, jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o jakich mowa w art. 22 ust 1, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust 2b, zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia, oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać określonych dokumentów.

Rozporządzenie o dokumentach i ustawa jednoznacznie rozróżnia sytuację, w której podmioty udostępniające zasoby będą brały udział w realizacji zamówienia, ale jednocześnie skuteczności udostępniania potencjału od obowiązku uczestnictwa takiego podmiotu w realizacji części zamówienia nie uzależniają. Jednocześnie przepisy stanowią, że złożenie dokumentów dla podmiotu trzeciego jest konieczne, jeżeli rzeczywiście z okoliczności i zasad udostępnienia wynika, że podmiot taki będzie brał udział w realizacji zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu nie było istotą sporu, czy podmiot udostępniający zasoby

będzie brał udział w realizacji zamówienia. Także wystosowane do wykonawcy wezwanie do uzupełnienia dokumentów, do tej kwestii się nie odnosiło. Jeżeli zaś Zamawiający miał wątpliwości co do sposobu reprezentacji podmiotu trzeciego, mógł skorzystać z procedury wyjaśniającej przewidzianej w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Izba nie neguje prawa Zamawiającego do zbadania, czy przedłożone mu zobowiązania są ważne (a w efekcie, czy zasób jest realnie dostępny wykonawcy), ani czy zostały podpisane przez upoważnione do tego osoby, jednak ustawodawca w ustawie Pzp, w sposób wyraźny wskazał jeden rodzaj dowodu – zobowiązanie podmiotu trzeciego, a w rozporządzeniu w sprawie dokumentów, określił katalog dokumentów, jaki może być żądany od wykonawcy w zakresie dotyczącym podmiotu trzeciego. W przedmiotowym postępowaniu Izba stoi na stanowisku, że Zamawiający w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu oświadczył, że nie oczekuje odpisu z KRS lub wydruku z CEIDG dla podmiotu trzeciego na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia lub też stosownych pełnomocnictw, na podstawie których działają osoby podpisujące zobowiązania o udostępnieniu zasobów. Oznacza to, że bez wyjaśnień Wykonawcy Zamawiający nie mógł przesądzić jednoznacznie charakteru prawnego działania osoby podpisującej zobowiązanie. W ocenie Izby zatem, jedynym skutecznym sposobem rozwiania wątpliwości Zamawiającego co do złożonego dokumentu zobowiązania innego podmiotu podpisanego przez osobę nie ujawnioną w dokumentach rejestrowych było wezwanie wykonawcy do wyjaśnień art. 26 ust. 4 Pzp.

W konsekwencji zaistniały stan faktyczny w przedmiotowej sprawie, kwalifikował się do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp.

Konkludując, Zamawiający nie wykazał w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i na rozprawie, że z powodu nie wykazania przez Odwołującego umocowania osoby podpisującej zobowiązania podmiotu trzeciego wynika nieważność samego zobowiązania. Zamawiający przyjął nieuprawnione domniemanie, że zobowiązanie podpisała osoba nieupoważniona, choć brak było dowodu, że osoba podpisująca zobowiązanie nie jest do tego umocowana, co można było zweryfikować. Powyższe nie dawało jednak podstaw do uwzględnienia odwołania.

Reasumując, konsekwencją nieuwzględnienia części zarzutów najdalej idących, związanych z oceną Odwołującego i podstawami wykluczenia wykonawcy z postępowania w zakresie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, było również nieuwzględnienie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pz.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) 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).

**Przewodniczący:**

.....