

kancelarie rp

kancelarierp.pl

Kancelarie RP to nowa jakość w usługach prawniczych. W serwisie baza ponad 200 dokumentów, przyjazny i prosty generator oraz sieć wysoko wyspecjalizowanych prawników dostępnych na wyciągnięcie ręki.

Można przedstawić nie tylko własne referencje

PRZETARGI | Aby przy ubieganiu się o zamówienie publiczne skorzystać z know-how firmy znajdującej się w likwidacji lub w upadłości, potencjalny wykonawca zamówienia może nabyć zorganizowaną część takiego przedsiębiorstwa.

W każdym postępowaniu przetargowym zamawiający żąda od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego przedłożenia wraz z ofertą dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym posiadania wiedzy i doświadczenia niezbędnych do jego realizacji. Zamawiający może – choć nie musi – od tego odstąpić, gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Jak się jednak okazuje, potrzeba zweryfikowania sytuacji prawno-finansowej oferentów jest niezwykle silna. Dlatego poprzestanie wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, jest rzadkością.

Referencje podmiotu trzeciego

Wykonawca w celu wykazania, że spełnia określone przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) warunki dotyczące wiedzy i doświadczenia może przedstawić nie tylko referencje własne. Art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych pozwala mu również na powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego. Wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne w celu wykazania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, może polegać na wiedzy i doświadczeniu, a także na potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu ich pisemne zobowiązanie do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Powyższa instytucja jest wykorzystywana przez oferentów często. Wykonawcy powołują się na wiedzę i doświadczenie posiadane przez osoby fizyczne lub inne spółki, które w przypadku wybrania oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej wspierają go swoim know-how w procesie wykonywania zamówienia. Powołanie się na ich zasoby jest o tyle proste, że przepisy nie wymagają, by tenże podmiot trzeci, w przeciwieństwie

np. do konsorcjanta współubiegającego się o zamówienie, musiał spełniać jakiegokolwiek warunki udziału w postępowaniu. Nie ma zatem konieczności przedstawiania zamawiającemu jakichkolwiek dokumentów go dotyczących, poza wspomnianym zobowiązaniem do udostępnienia zasobów. W tym kontekście rodzi się pytanie, czy podmiot udostępniający wykonawcy swoje zasoby rzeczywiście nie musi spełniać żadnych szczególnych wymogów, a przede wszystkim, czy może znajdować się w likwidacji lub w upadłości?

Likwidacja lub upadłość

Przepisy Prawa zamówień publicznych wyraźnie zakazują ubiegania się o zamówienie publiczne wykonawcy znajdującemu się w likwidacji lub w upadłości. Podmiot taki, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 2 wskazanej ustawy, podlega automatycznemu wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia, z wyjątkiem wykonawców, którzy po ogłoszeniu upadłości zawarli układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzytelności przez likwidację majątku upadłego. Wykluczenie wykonawcy w likwidacji lub upadłości jest uzasadnione tym, że po pierwsze – nie gwarantuje on wykonania zamówienia ze względu na swoją złą kondycję ekonomiczną i finansową, a po drugie – istnieje wysokie prawdopodobieństwo – zwłaszcza w przypadku zamówień długoterminowych – że w trakcie jego realizacji zakończy swoją działalność i nie zdoła go wykonać.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 17 listopada 2009 r., (KIO/UZP 1399/09), stwierdziła, że wykładnia gramatyczna art. 24 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych prowadzi do wniosku, iż otwarcie likwidacji lub ogłoszenie upadłości dotyczy wyłącznie wykonawcy, nie zaś podwykonawców, którym wykonawca zamierza powierzyć wykonanie zamówienia. Brak jest bowiem podstaw prawnych do interpretacji rozszerzającej dyspozycję wskazanego artykułu również na inne podmioty, niewskazane w tym przepisie. Stroną umowy o wykonanie zamówienia publicznego jest wykonawca i to on ponosi odpowiedzialność wobec zamawiającego za należyte wykonanie przedmiotu umowy. Idąc tym tropem wydawać by się mogło, że dla zamawiającego powinno być bez znaczenia, czy podmiot udostępniający wykonawcy swoje know-how na potrzeby

realizacji zamówienia będzie znajdował się w likwidacji lub upadłości – przecież najczęściej występuje on właśnie w charakterze podwykonawcy. Okazuje się jednak, że stanowisko KIO jest w tym przedmiocie odmienne. W wyroku z 18 marca 2011 r. (KIO 471/11), Izba stwierdziła bowiem, że w przypadku, gdy przedsiębiorca zobowiązujący się do udostępnienia swoich zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia, składa wniosek o ogłoszenie upadłości, nie można przyjąć, że takie oświadczenie odpowiada prawdzie. Przedsiębiorca składający własny wniosek o ogłoszenie upadłości, niezależnie od tego, czy wniosek dotyczy upadłości likwidacyjnej lub z możliwością zawarcia układu, nie może dać gwarancji, że przez cały okres wykonywania zamówienia przez wykonawcę, pozostanie do jego dyspozycji. Złożenie wniosku własnego o upadłość wyraża zatem przekonanie tego przedsiębiorcy, że utracił zdolność prowadzenia działalności gospodarczej na warunkach rynkowych, że prowadzenie przez niego dalszej działalności gospodarczej jest niemożliwe, a także, że warunki prowadzenia tej działalności są nieprzewidywalne, a co najmniej utrudnione. Takie same wnioski płyną z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 20 listopada 2012 r. (KIO 2445/12).

Skutki powołania się na zasoby

Jakie będą skutki powołania się przez wykonawcę na wiedzę i doświadczenie podmiotu w likwidacji lub upadłości i przedłożenia w postępowaniu przetargowym jego referencji? Przede wszystkim zamawiający wezwie wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych do przedłożenia w wyznaczonym terminie dokumentów potwierdzających posiadanie wiedzy i doświadczenia określonego w SIWZ. Ich niezłożenie przez wykonawcę będzie skutkowało jego wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych (tj. z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu), a ponadto zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy, zatrzymaniem przez zamawiającego wniesionego przez wykonawcę wadium (jeżeli obowiązek jego wniesienia wynikał z SIWZ). Wskazany przepis stanowi, że zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, z przy-

czyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. W doktrynie i orzecznictwie sporne pozostaje, czy wadium powinno zostać zatrzymane przez zamawiającego zarówno wtedy, gdy wykonawca w ogóle nie zareaguje na jego wezwanie, czy również wówczas, gdy w odpowiedzi na jego wezwanie wykonawca przedłoży dokumenty, które nadal nie będą potwierdzały spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Korzystanie z cudzych doświadczeń

Co zatem zrobić w sytuacji, gdy podmiot trzeci posiadający niezbędne wykonawcy know-how znajduje się w likwidacji lub w upadłości? Rozwiązaniem pozwalającym na skorzystanie z jego referencji może być nabycie przez wykonawcę zorganizowanej części przedsiębiorstwa znajdującego się w likwidacji/upadłości podmiotu trzeciego. Referencje jako wyraz posiadanej przez dany podmiot know-how wchodzi w skład przedsiębiorstwa, a co za tym idzie, mogą być zbyte łącznie z nim lub jego częścią. Należy jednak pamiętać, że aby było to możliwe w ślad za know-how powinny również iść określone zasoby związane z jego pozyskaniem (np. pracownicy, którzy uczestniczyli w realizacji zamówień, sprzęt wykorzystywany do realizacji zamówień), które pozwolą na kontynuowanie przez przedsiębiorstwo jego dotychczasowej działalności gospodarczej. Dopuszczalność takiego rozwiązania potwierdził Urząd Zamówień Publicznych. Na stanowisku takim stanął również Sąd Najwyższy, który stwierdził, że nie może ulegać wątpliwości, iż w przypadku skutecznego nabycia przedsiębiorstwa składniki niematerialne, w tym związane z wiedzą i doświadczeniem przechodzą na nabywcę. W konsekwencji, przy ubieganiu się przez nabywcę przedsiębiorstwa o udzielenie zamówienia publicznego istotnym jest, czy umowa zbycia przedsiębiorstwa obejmuje takie składniki niematerialne związane z wiedzą i doświadczeniem, jak: tajemnice przedsiębiorstwa, dokumentacja, know-how, kontakty, patenty, które pozwalają na ocenę, że jest w stanie wykonać zamówienie tak, jakby to uczynił zbywca. W przypadku, gdy powyższy warunek jest spełniony, a więc nabywca przed-

➔ **ZDANIEM AUTORKI**



Natalia Gawel

advokat w Kancelarii KSP Legal & Tax Advice w Katowicach

Zasadnym jest, by ustawodawca uregulował kwestię dopuszczalności lub niedopuszczalności powoływania się przez wykonawców na zasoby podmiotu w likwidacji lub upadłości. Obecnie zamawiający bazują wyłącznie na rozstrzygnięciach KIO, które nie do końca korespondują z obowiązującymi przepisami Prawa zamówień publicznych. KIO, pomimo braku wyraźnych zapisów w ustawie, przyznaje bowiem zamawiającemu prawo do pośredniej weryfikacji statusu podmiotu udostępniającemu wykonawcy swoje zasoby. Jest to uzasadnione z punktu widzenia interesów zamawiającego, jednakże uprawnienie to, powinno zostać wprost wyrażone w ustawie. ©

siębiorstwa nabywa wchodzące w skład tego przedsiębiorstwa dobra niematerialne obejmujące wiedzę i doświadczenie związane z dotychczasową działalnością tego przedsiębiorstwa, nabywca przedsiębiorstwa – jako następcą prawnym poprzedniego właściciela przedsiębiorstwa, może korzystać z referencji wystawionych na swojego poprzednika, które dotyczą zamówień zrealizowanych w ramach nabytego przedsiębiorstwa (postanowienie SN z 7 października 2008 r., III CZP 87/08). W przypadku nabycia zorganizowanej części przedsiębiorstwa, wykonawca w toku postępowania przetargowego powinien wykazać przejście na niego know-how, tj. przedstawić wraz z ofertą dokumenty potwierdzające, że przeszło na niego doświadczenie, na które się powołuje (np. umowę nabycia zorganizowanej części przedsiębiorstwa). Jest to jednak rozwiązanie wymagające posiadania przez wykonawcę środków finansowych, które pozwolą mu na zainwestowanie w know-how likwidowanego podmiotu lub podmiotu w upadłości. ©