

## Posiadanie a dysponowanie

**Wprowadzona w nowelizacji zmiana treści art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych porządkuje przepisy dotyczące zamówień publicznych i wzmacnia konkurencję wśród wykonawców ubiegających się o zamówienie.**

Marcin Sypniewski

Art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp) określa, iż wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego musi posiadać niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponować potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W porównaniu z brzmieniem ustawy przed ostatnią nowelizacją ustawodawca zamiast posiadania przez wykonawców potencjału technicznego wymaga dysponowania nim. Z tej, z pozoru czysto redakcyjnej, zmiany wynika istotne złagodzenie wymagań stawianych wykonawcom biorącym udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

\*\*\*\*\*

### Posiadanie

Według przepisów kodeksu cywilnego jest to stan faktyczny władztwa nad rzeczą, przy czym art. 336 kc wyróżnia posiadanie samoistne („posiadaczem rzeczy jest ten, kto włada nią jak właściciel”) oraz posiadanie zależne („ten, kto włada nią jak użytkownik, zastawnik, najemca lub mający inne prawo, z którym wiąże się określone władztwo nad cudzą rzeczą”). Z przytoczonego przepisu wynika, iż na posiadanie składają się dwa elementy: fizyczne władztwo nad rzeczą i zamiar władania nią „dla siebie” (por. J. Ignatowicz, w: Kodeks cywilny. Komentarz, t. 1, red. J. Ignatowicz, Warszawa 1972, s. 768-769, A. Kunicki, w: System..., s. 830, E. Skowrońska-Bocian, w: Kodeks cywilny. Komentarz, red. K. Pietrzykowski, t. I, Warszawa 1999, s. 681).

Zaznaczyć należy, iż posiadanie nie jest prawem, lecz stanem faktycznym. Posiadanie nie musi więc być związane z jakimkolwiek prawem do rzeczy.

### Przykład:

Złodziej, który ukradł samochód staje się w momencie objęcia go we władztwo jego posiadaczem.

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

### Dysponowanie

Nie jest uregulowane wprost przepisami kc. Należy je jednak zdefiniować jako realną możliwość skorzystania z rzeczy. W związku z tym określenie to dotyczy zupełnie innej sytuacji niż posiadanie. Posiadanie zawiera bowiem zawsze w swojej treści dysponowanie rzeczą, natomiast nie w każdej sytuacji dysponowanie musi być tożsame z posiadaniem.

### Przykład:

Firma budowlana wykonując zamówienie korzysta z podwykonawców wykorzystujących koparki. W związku z tym firma dysponuje koparkami, aczkolwiek sama ich nie posiada.

Dysponować rzeczą może np. dzierżyciel, czyli osoba, która włada rzeczą za kogo innego (art. 338 kc).

### Przykład:

Władanie rzeczą przez pełnomocnika, spedytora, zleceniobiorcę, zarządcę, przewoźnika, pracownika.

\*\*\*\*\*

Dysponowanie jest pojęciem szerszym od posiadania, w szczególności **zaś** dysponujący rzeczą nie musi nią władać, lecz tylko mieć realną możliwość skorzystania z niej.

### **Wiedza i doświadczenie**

W przypadku wymogu dotyczącego wiedzy i doświadczenia ustawodawca posłużył się określeniem „posiadanie”, przy czym nie jest to posiadanie sensu stricto w rozumieniu przepisów kc, gdyż te odnoszą się do rzeczy. Należy jednak przyjąć, iż ustawodawcy chodziło w omawianym przepisie o zagwarantowanie należytego wykonania zamówienia, stąd wymaga od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego zdobycia wiedzy niezbędnej do jego wykonania przed wszczęciem konkretnego postępowania, a nie jedynie hipotetycznego dysponowania wiedzą, tj. możliwością jej zdobycia. W związku z tym termin „posiadanie” został użyty przez ustawodawcę dla podkreślenia, iż chodzi o zdobytą uprzednio wiedzę i nabytą w toku wykonywania działalności praktykę dające rękojmię należytego wykonania zamówienia. Doświadczenie, które ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonawca winien posiadać można zdefiniować jako pewną umiejętność zdobytą i ugruntowaną w trakcie praktyki.

Podkreślić należy też, iż w przypadku warunku doświadczenia stawianego wykonawcom w niektórych przypadkach niemożliwe jest rygorystyczne wymaganie, aby wszystkie dotychczasowe prace zostały przez wykonawcę już zakończone. Problem ten, obecny przed nowelizacją, rozstrzygnięty został w rozporządzeniu prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (DzU nr 87, poz. 605). Przepis §1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia stanowi, iż zamawiający może wymagać od wykonawcy przedłożenia wykazu wykonanych dostaw lub usług w okresie trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, przy czym w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonawca może ująć w wykazie również usługi wykonywane, tj. niezakończone. Przed znowelizowaniem ustawy i wydaniem cytowanego rozporządzenia orzecznictwo rozstrzygało wątpliwości interpretacyjne dotyczące wykazu wykonanych usług na korzyść wykonawców, tj. dopuszczając możliwość uwzględnienia usług wykonywanych, lecz niezakończonych. Należy wymienić tu wyrok zespołu arbitrów z dnia 5 października 2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/ 0-2744/05) stwierdzający, że wykonawca „nie może ponosić ujemnych konsekwencji z faktu, iż zawiera umowy na czas nieoznaczony poza sektorem zobowiązanym do stosowania prawa zamówień publicznych, gdzie regułą jest zawieranie umów na czas nieokreślony” oraz wyrok z dnia 2 września 2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2400/05), w którym zespół arbitrów stwierdza, iż: „Usługa sprzątnia jest zamówieniem specyficznym, powtarzanym wielokrotnie w czasie trwania kontraktu. Powtarzalność tych czynności pozwala na zdobycie niezbędnego doświadczenia, mimo że umowa nie została jeszcze zakończona i usługa trwa nadal”.

Przykład:

Firma sprzątająca na podstawie umowy na czas nieokreślony świadczy usługi dla dużego koncernu znajdującego się poza sektorem publicznym, który nie jest zobowiązany do stosowania Pzp. W związku z tym w wykazie wykonanych w ostatnich trzech lat usług może zamieścić także wspomnianą umowę, pomimo iż nie jest ona zakończona.

W związku z tym należy stwierdzić, iż termin „posiadanie” oznacza, iż wykonawca przystępując do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego winien legitymować się wiedzą i doświadczeniem, które daje rękojmię należytego wykonania zamówienia.

### **Potencjał techniczny**

Potencjał techniczny to środki i narzędzia niezbędne do wykonania zamówienia, jak należy wnioskować z § 1 ust. 2 pkt 3 cytowanego rozporządzenia, które uprawnia zamawiającego do żądania od wykonawców wykazu środków i narzędzi niezbędnych do wykonania zamówienia, którymi dysponuje wykonawca. Wykaz ów służy do wykazania przez wykonawców, iż dysponują oni potencjałem technicznym niezbędnym do wykonania zamówienia.

W związku z przedstawioną różnicą między pojęciami „posiadanie” a „dysponowanie” nie jest niezbędne, aby środki te stanowiły własność wykonawcy. Wykonawca może bowiem posiadać środki na podstawie innego stosunku prawnego, np. najmu, dzierżawy, leasingu, ale także może środków nie posiadać, lecz zapewnić sobie dysponowanie nimi przez np. wypożyczenie.

Przykłady:

\* Firma sprzątająca składając ofertę na wykonanie usług sprzątania oświadcza, iż dysponuje specjalistycznym sprzętem. W rzeczywistości sprzęt ten jest wypożyczany w zależności od potrzeb lub stanowi własność podwykonawcy usługi.

\* Ośrodek szkoleniowy składający ofertę na przeprowadzenie szkolenia nie posiada pomieszczeń niezbędnych do przeprowadzenia szkolenia w miejscu wykonania zamówienia, lecz wynajmuje je od miejscowego domu kultury na czas trwania szkolenia.

W niektórych przypadkach postawienie warunku posiadania przez wykonawców odpowiedniego zaplecza technicznego mogło w poprzednim brzmieniu przepisów ustawy wykluczyć z udziału w postępowaniu dużą grupę wykonawców.

Przykład:

Przy udzieleniu zamówienia na przeprowadzenie szkolenia dla kierowców wykonawca musi obecnie dysponować potencjałem technicznym, tj. np. mieć zagwarantowaną możliwość skorzystania z placu manewrowego przez liczbę godzin niezbędną do przeprowadzenia szkolenia. Według poprzedniego brzmienia omawianego przepisu zamawiający mógł wymagać od wykonawcy posiadania placu manewrowego.

Dysponowanie narzędziami i sprzętem niezbędnym do wykonywania zamówienia wykonawca zagwarantować może np. przez umowę współpracy zawartą z podwykonawcą. Zawarcie takiej umowy niewątpliwie potwierdza spełnienie warunku dysponowania potencjałem technicznym niezbędnym do wykonania zamówienia. Wydaje się, iż zamawiający nie jest uprawniony do żądania od wykonawcy przedstawienia takiej umowy, jednak powołanie się na umowę w toku udzielania przez wykonawcę wyjaśnień dotyczących oferty powinno wystarczyć dla udowodnienia, iż warunek dysponowania potencjału technicznego został spełniony.

Przykład:

Firma składa ofertę na sprzątanie budynków wraz z usługą czyszczenia okien metodą alpinistyczną wymagającą użycia specjalistycznego sprzętu. Czyszczenie okien wykonuje firma współpracująca z wykonawcą, zaś konieczność używania przez nią specjalistycznego sprzętu wymienionego w siwz gwarantuje zawarta umowa współpracy.

### **Osoby zdolne do wykonania zamówienia**

Istotna różnica pomiędzy dysponowaniem osobami zdolnymi do wykonania zamówienia a ich posiadaniem została podkreślona m.in. w wyroku zespołu arbitrów z dnia 23 marca 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-821/06), który stwierdził, iż wykonawca może dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia niekoniecznie zatrudnionymi na podstawie umowy o pracę. Zespół arbitrów potwierdził więc w cytowanym wyroku, iż dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oznacza możliwość zapewnienia jego realizacji przez osoby, które niekoniecznie muszą być pracownikami wykonawcy, lecz także przez osoby i podmioty świadczącymi usługi na podstawie umów cywilnoprawnych. Wydaje się również, iż niekonieczne jest, aby osoby te były związane jakimkolwiek węzłem prawnym z wykonawcą w momencie składania oferty – wystarczy, że wykonawca ma możliwość skorzystania z ich usług w toku realizacji zamówienia. Stąd w wykazie osób i podmiotów, które będą realizować zamówienie poza pracownikami wykonawcy i osobami świadczącymi na jego rzecz usługi na podstawie umów cywilnoprawnych znaleźć się mogą również inne osoby przeznaczone przez wykonawcę do wykonania zamówienia, np. pracownicy podwykonawcy niezwiązani z wykonawcą żadnym węzłem prawnym.

Należy zauważyć jednak, iż wskazanie przez wykonawcę osób przeznaczonych do realizacji zamówienia jest wiążące. W niektórych przypadkach nadto wykonanie zamówienia wiąże się z koniecznością posiadania przez personel wykonawcy odpowiednich uprawnień lub kwalifikacji, posiadanie których wykonawca ma obowiązek wykazać w przypadku odpowiedniego zapisu w siwz. Stąd wykonawca musi w momencie składania oferty dysponować konkretnymi osobami wykonującymi zamówienie, jeżeli zamawiający wymaga przedstawienia dokumentów poświadczających ich wykształcenie, doświadczenie, kwalifikacje zawodowe oraz powierzony im zakres spraw w ramach wykonywania zamówienia. W pozostałych przypadkach wykonawca musi mieć jedynie realną możliwość skorzystania z osób, które przeznacza do wykonania zamówienia.

Zupełnie inna sytuacja może zaistnieć w przypadku, gdy zamawiający nie dopuszcza wykonania zamówienia przez podwykonawców. W takiej sytuacji powinien całość prac stanowiących przedmiot zamówienia wykonać siłami własnymi, tj. może posłużyć się wyłącznie swoimi pracownikami, nie zaś osobami świadczącymi usługi na podstawie umów cywilnoprawnych.

### **Odpowiednie dokumenty**

Dysponowanie przez wykonawcę potencjałem technicznym i kadrowym może być w myśl cytowanego rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców udokumentowane wykazem osób i podmiotów, które będą realizować zamówienie oraz wykazem środków i narzędzi niezbędnych do wykonania zamówienia, którymi dysponuje wykonawca.

Wydaje się, iż żądanie dodatkowych dokumentów przez zamawiającego, np. wykazujących prawo wykonawcy do narzędzi i urządzeń, jakimi dysponuje wykonawca jest niemożliwe, gdyż dokumenty te nie zostały ujęte w cytowanym rozporządzeniu. Warunek taki stawiany był wykonawcom pod rządami ustawy sprzed nowelizacji (np. wymóg wskazania tytułu prawnego do posiadanego sprzętu)/ Dziś jednak byłby sprzeczny z ustawą. Należy bowiem zaznaczyć, iż nawet posiadanie niekoniecznie musi opierać się na podstawie prawnej, lecz być jedynie stanem faktycznym, zatem tym trudniej wymagać od wykonawców, aby udokumentowali dysponowanie potencjałem technicznym.

W przypadku potencjału kadrowego wystarczającą rękojmię rzetelnego wykonania zamówienia winno stanowić dla zamawiającego przedstawienie przez wykonawcę listy osób trzecich. Wystarczającą gwarancją dla zamawiającego będzie brak możliwości zastąpienia (poza wyjątkowymi sytuacjami) wskazanych w ofercie osób przez inne osoby.

### **Skutki nowelizacji**

Podkreślić należy, iż zmiana brzmienia art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp złagodziła warunki stawiane wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca, składając ofertę, nie jest już zobowiązany wykazywać posiadania sprzętu niezbędnego do wykonania zamówienia, lecz jedynie oświadczyć, iż dysponuje potencjałem niezbędnym do wykonania zamówienia. Różnica pomiędzy „dysponowaniem” a „posiadaniem” budząca wątpliwości w praktyce stosowania Pzp powinna zostać jednoznacznie rozstrzygnięta przy odwołaniu się do siatki pojęciowej praw cywilnego, a zatem należy przyjąć, iż dysponowanie jest pojęciem szerszym niż posiadanie.

Wprowadzone w wyniku nowelizacji zmiany przedmiotowego przepisu należy ocenić jako korzystne, gdyż wzmacniają one konkurencyjność rynku zamówień publicznych poszerzając krąg podmiotów uprawnionych do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. W aktualnym bowiem stanie prawnym o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wszystkie podmioty, które zagwarantują wykorzystanie podczas jego wykonywania środków i narzędzi odpowiadających warunkom postawionym przez zamawiającego, niekoniecznie zaś będą faktycznie taki potencjał posiadać. Wydaje się, że w dobie outsourcingu zmiana ta wychodzi naprzeciwko przemianom w gospodarce, które wymuszają wykonywanie części zamówienia przez podwykonawców dysponujących specjalistycznym sprzętem i narzędziami. Uwzględnia ponadto fakt, iż zamawiający w toku wykonywania zamówienia dysponuje wystarczającymi instrumentami nadzorującymi pracę wykonawcy i przestrzeganie jego zobowiązań wynikających ze złożonej oferty. Nowelizacja Pzp powoduje również, iż równą miarą ocenia się potencjał zarówno techniczny, jak i kadrowy wykonawcy.

Autor jest doktorantem na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego oraz właścicielem firmy doradczej DPG Doradztwo Prawno-Gospodarcze.