



Warszawa, dnia 04. 05. 2009 r.

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
Departament Prawny

BIURO GEODEZYJNE
WOJEWÓDZTWA MAZOWIECKIEGO
w WARSZAWIE
Wpłynęło dnia 2009-05-07
Znak pisma
Podpis

UZP/DPIO-PKA/252744/8099/09

Pan

mgr inż. Krzysztof Mączewski

Geodeta Województwa Mazowieckiego

Dyrektor Biura Geodety Województwa

Mazowieckiego w Warszawie

W odpowiedzi na pismo z dnia 18 grudnia 2008 r. (znak: GWI/0724-10/08) w sprawie interpretacji przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – uprzejmie wyjaśniam co następuje.

I. Zgodnie z postanowieniem art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych – (zwanej dalej: „Pzp”) – o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawiają pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia. Sens normatywny tego przepisu sprowadza się zatem do ustalenia, iż zamówienie publiczne może być udzielone wykonawcy zdolnemu do wykonania danego zamówienia.

Jednym z elementów oceny zdolności wykonawcy ubiegającego się o wykonanie zamówienia publicznego do wykonanie tego zamówienia w myśl art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest posiadanie przez wykonawcę odpowiedniego doświadczenia. W tym celu zamawiający może określić warunki wymagane od wykonawców w zakresie niezbędnego doświadczenia, które powinny odpowiadać przedmiotowi zamówienia, w ten sposób aby zapewnić odpowiedni efekt, w postaci należytego wykonania zamówienia publicznego. Wymogi określone przez zamawiającego w zakresie niezbędnego doświadczenia mają

zatem służyć zapewnienie, że wykonawca, któremu zostanie udzielone zamówienia będzie właśnie zdolny wykonać je w sposób należyty, odpowiadający interesowi zamawiającego. Jedynym ograniczeniem dla zamawiającego w tym zakresie jest zakaz określania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Jak wykazano powyżej istota unormowania zawartego w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp sprowadza się do ustalenia, że podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego (wykonawca) jest zdolny do wykonania takiego zamówienia. W celu potwierdzenia, że wykonawca posiada niezbędne doświadczenie, zamawiający może żądać od wykonawcy wykazu wykonanych usług, dostaw lub robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te usługi, dostawy lub roboty zostały wykonane należycie (arg. z art. 25 ust. 1 oraz § 1 ust. 2 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 7 kwietnia 2004 r. w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy - Dz. U. Nr 71, poz. 645, ze zm.). W świetle powyższego należy uznać, iż doświadczenie, o którym w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ma polegać na świadczeniu przez wykonawcę usług, dostaw lub robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem i wartością przedmiotowi danego zamówienia publicznego (zob. wyrok KIO z dnia 19 maja 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 428/08. Lex nr 428119).

Takie rozumienie doświadczenia wykonawcy, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, przemawia za stanowiskiem, według którego doświadczenie to winno wynikać z wykonania (ew. wykonywania – arg. z § 1 ust. 2 pkt 2 in principio ww. rozporządzenia) przez wykonawcę zamówień odpowiadających swoim rodzajem i wartością przedmiotowi danego zamówienia (por. wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 568/08. Lex nr 409213).

II. Jednocześnie należy wskazać, iż odnośnie możliwości legitymowania się przez uczestnika konsorcjum doświadczeniem zdobytym w ramach wykonywania zamówień publicznych przez konsorcjum, o którym mowa w art. 23 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza wypowiedziała się w wyroku z dnia 27 listopada 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1301/08, KIO/UZP 1311/08, a także w wyroku KIO z dnia 13 czerwca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 530/08, Lex nr 409195). W niniejszym orzeczeniu Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż *skoro w stosunku do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy, to brak postaw do*

twierdzenia, że doświadczenie zdobyte przy realizacji konkretnego zamówienia w ramach konsorcjum, nie jest doświadczeniem każdego z jego uczestników.

Materialnoprawną podstawę dla przyjęcia powyższego stanowiska ma stanowić art. 141 ustawy PZP, w myśl którego wykonawcy, o których mowa w art. 23 ust. 1 ustawy Pzp ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Istota zobowiązania solidarnego (solidarności dłużników), o której mowa w art. 141 ustawy PZP, polega bowiem na tym, iż wierzyciel (zamawiający) może żądać całości lub części świadczenia od wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna (arg. z art. 366 § 1 k.c.). Innymi słowy każdy z wykonawców wchodzących w skład konsorcjum, któremu udzielono zamówienia publicznego jest odpowiedzialny wobec zamawiającego za wykonanie całego zamówienia niezależnie od wewnętrznego podziału zadań pomiędzy poszczególnych członków konsorcjum. W świetle powyższego zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej nie jest dopuszczalne ograniczenie możliwości wykazania się doświadczeniem przez uczestnika konsorcjum, tylko do zakresu faktycznie zrealizowanych czynności w ramach konkretnego zamówienia.

III. Jednakże w opinii Departamentu Prawnego Urzędu Zamówień Publicznych co do zasady nie można zgodzić się ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wedle którego wykonawca może legitymować się doświadczeniem związanym z wykonaniem zamówienia publicznego udzielonego konsorcjum, którego był uczestnikiem. Powyższe wynika z istoty regulacji art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Albowiem jak już wskazano celem unormowania zawartego w niniejszym przepisie jest zapewnienie, aby zamówienie publiczne zostało udzielone wykonawcy zdolnemu do jego należytego wykonania. Gwarancją osiągnięcia powyższego celu ma być udzielenie zamówienia wykonawcy posiadającemu odpowiednie doświadczenie w zakresie wykonania zamówień odpowiadających swoim rodzajem i wartością przedmiotowi danego zamówienia.

Należy podkreślić, iż doświadczenie wykonawcy należy postrzegać w kategoriach faktycznych, a nie prawnych. Warunek udziału w postępowaniu o wykonanie zamówienia publicznego dotyczący doświadczenia, o którym mowa w art. 22 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się do rzeczywistego zrealizowania przez wykonawcę części lub całości zamówienia, a nie prawnych tj. powiązanych z wcześniej zawartymi przez wykonawcę umowami. W związku z tym istnienie odpowiedzialności solidarnej konsorcjantów za wykonanie umowy wynikające z brzmienia art. 141 Pzp nie pociąga za sobą konsekwencji w postaci dopuszczalności powoływania się przez jednego członka konsorcjum na doświadczenie zdobyte przez innego konsorcjanta w trakcie wykonywania wspólnego zamówienia, a więc uprawnienia do legitymowania się pełnym doświadczeniem wynikającym z wykonanego przez konsorcjum zamówienia. Tym samym członek konsorcjum nabywa wyłącznie

doświadczenie związane z zakresem prac jakie wykonywał samodzielnie albo przy pomocy podwykonawców, nie nabywa jednak doświadczenia odnośnie prac wykonanych przez innych konsorcjantów.

Przyjęcie odmiennego poglądu wiąże się z: po pierwsze aprobowaniem fikcji faktycznej (opartej na założeniu, iż pomimo wykonania 1 % zamówienia nabywa się doświadczenie odnoszące się do pełnego zakresu jego realizacji. Po drugie zwielokrotnianiem doświadczenia (np. 10 konsorcjantów uzyskuje doświadczenie w realizacji określonego zamówienia, co faktycznie odpowiada wykonaniu nie jednego, ale dziesięciu zamówień publicznych. Po trzecie ograniczeniem zainteresowania większych wykonawców w tworzeniu konsorcjów z mniejszymi podmiotami (wykonawcy posiadający większe doświadczenie nie będą bowiem zainteresowani kreowaniem sobie konkurencji ze strony wykonawców o mniejszym potencjale w wyniku jednorazowej współpracy z nimi w ramach konsorcjów). Wreszcie po czwarte tworzeniu fikcyjnych konsorcjów uiszczanym z mniejszymi wykonawcami w celu uzyskania przez nich doświadczenia przekraczającego ich rzeczywiste możliwości realizacji zamówienia, ale umożliwiającą im samodzielne ubieganie się o kolejne zamówienia w większym zakresie.

Należy jednocześnie wskazać, iż wyżej przedstawione stanowisko nie wyklucza możliwości mniejszych wykonawców do zdobycia w ramach konsorcjum doświadczenia o większym zakresie, gdyż taki konsorcjant jest uprawniony do wykonania większej części zamówienia i pozyskania w ten sposób referencji.

Jednocześnie Departament Prawny Urzędu Zamówień Publicznych uprzejmie wyjaśnia, iż powyższa opinia stanowi ogólną interpretację przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Departament Prawny Urzędu Zamówień Publicznych nie znając wszystkich okoliczności konkretnej sprawy ani nie mając podstaw prawnych do ich pełnego wyjaśnienia, nie może wypowiadać się w kwestii indywidualnego stosowania przepisów prawa.

Z. Pawłowski

DYREKTOR
Departamentu Prawnego

Zbigniew Kloda
Zbigniew Kloda