



Warszawa, dnia 11.07.2019 r.

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
Departament Prawny

Ogólnopolska Izba Gospodarcza
Drogownictwa w Krakowie
Wpłynęło dnia 11.07.2019
Znak 123/2019

UZP/DP/026/529(7)/18/MO

KW- 5204/18

Pani

Barbara Dzieciuchowicz

Prezes Zarządu

Ogólnopolska Izba Gospodarcza

Drogownictwa

W odpowiedzi na pismo z dnia 15 czerwca 2018 r., znak: OIGD 79/2018, w sprawie odpowiedzi na pytanie, czy wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne mogą skutecznie powoływać się, a jeśli tak, to w jakim zakresie na doświadczenie uzyskane przy realizacji zadań z udziałem podwykonawców, uprzejmie wyjaśniam, co następuje.

W związku z treścią przywołanych orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej i powstałymi na ich tle wątpliwościami w zakresie dopuszczalności powoływania się przez wykonawcę na doświadczenie uzyskane przy realizacji innego zamówienia z udziałem podwykonawców, w celu pełnego zobrazowania tej tematyki warto w pierwszej kolejności przywołać treść wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r., wydanego w sprawie C-387/14 Esaprojekt sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu. Piąte pytanie prejudycjalne, z którym zwróciła się w tej sprawie do Trybunału Krajowa Izba Odwoławcza miało na celu ustalenie, czy dyrektywa dopuszcza, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, niezależnie od tego, jaki był jego udział w realizacji tego zamówienia. Odpowiadając na to pytanie, Trybunał podzielił stanowisko Rzeczypospolitej Polskiej, zgodnie z którym wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni

udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców. W konsekwencji, w celu wykazania wymaganego doświadczenia, wykonawca nie może polegać na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału. W odpowiedzi na pytanie piąte Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że „art. 44 dyrektywy 2004/18/WE w zw. z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji”.

Zdaniem Trybunału w sytuacjach, gdy wykonawca polega na doświadczeniu konsorcjum, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału danego wykonawcy w realizacji zamówienia. Tym samym, wykonawca biorący samodzielnie udział w postępowaniu może powoływać się na doświadczenie konsorcjum, którego był członkiem przy realizacji innego zamówienia tylko w takim zakresie, w jakim rzeczywiście uczestniczył w realizacji tego zamówienia, tj. w zakresie części zamówienia, którą faktycznie wykonał. Mając na względzie powyższe, wskazać należy, że punktem odniesienia dla przywołanego stanowiska Trybunału Sprawiedliwości UE był konkretny stan faktyczny i wyłącznie kwestia dopuszczalności powoływania się przez członka konsorcjum na doświadczenie konsorcjum.

Stanowisko Trybunału należy interpretować ściśle i nie można go rozszerzać na sytuacje, które nie są nim objęte. W szczególności, przyjęcie zapatrywań prawnych Trybunału w kwestii dopuszczalności powoływania się przez wykonawcę na doświadczenie uzyskane przy realizacji zamówienia z udziałem podwykonawców i uznanie na tej podstawie, że wykonawca nie nabywa doświadczenia za zakres wykonany przez podwykonawców, należy potraktować jako wyjście poza granice przedmiotowego orzeczenia. Dokonując bowiem oceny w przedmiocie dopuszczalności powoływania się przez wykonawcę na doświadczenie uzyskane przy realizacji innego zamówienia z zaangażowaniem podwykonawców, należy mieć również na uwadze istotę i cel jakemu służy instytucja podwykonawstwa.

Jednocześnie, zwrócić należy uwagę na istotne kwestie związane z należyтым i wiarygodnym potwierdzeniem rzeczywistego zakresu wykonania zamówienia przez wykonawcę celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W obecnym brzmieniu przepisów ustawy i rozporządzeń wykonawczych, brak jest bowiem dokumentu (odpowiedniego środka dowodowego) służącego ustaleniu rzeczywistego zakresu robót budowlanych, dostaw i usług wykonanych faktycznie z podziałem na wykonawcę i podwykonawcę. Trudności w tym względzie wynikają z faktu, że w takim przypadku, mimo realizacji zamówienia przy zaangażowaniu podwykonawców, stosunek obligacyjny istnieje pomiędzy wykonawcą a zamawiającym, w ramach którego wyłącznie wykonawca oferuje zamawiającemu konkretne świadczenie. Do takiego stosunku obligacyjnego nawiązuje zaś referencja, jako poświadczenie należycie wykonanego

zadania przez wykonawcę. Na potrzeby wystawienia referencji, prace zrealizowane przy udziale podwykonawców wykonawca oferuje jako własne świadczenie w ramach osiągnięcia celu wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego. Natomiast, w przypadku realizacji zamówienia przez konsorcjum, problem taki zasadniczo nie występuje, albowiem każdy z jego członków posiada relację prawną z zamawiającym i mimo konieczności koordynacji pracy w ramach całej umowy, może rozliczyć się z wykonanej części zamówienia.



Dyrektor
Departamentu Prawnego

Bogdan Artymowicz
radca prawny