

Sygn. akt KIO/UZP 176/10

**WYROK**  
z dnia 22 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Dagmara Gałczewska-Romek

**Członkowie:** Katarzyna Brzeska  
Przemysław Dzierzędzki

**Protokolant:** Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Drogowe KONTRAKT Sp. z o.o. i Inwestycje Usługi DEK Remonty J. Deszcz J. Karcz Sp. j., ul. Szosa Poznańska 17, 66-600 Krosno Odrzańskie** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Bytnicę, ul. Bytnica 52, 66-630 Bytnica** protestu z dnia 12 stycznia 2010 r.

przy udziale **Przedsiębiorstwo Robót Sanitarnych KANWOD Sp. j. Strojny & Kwiecień, ul. Zimna 7, 65-707 Zielona Góra** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert.**

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Bytnicę, ul. Bytnica 52, 66-630 Bytnica** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Drogowe KONTRAKT Sp. z o.o. i Inwestycje Usługi DEK Remonty J. Deszcz J. Karcz Sp. j., ul. Szosa Poznańska 17, 66-600 Krosno Odrzańskie,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Gminę Bytnicę, ul. Bytnica 52, 66-630 Bytnica** na rzecz **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Drogowe KONTRAKT Sp. z o.o. i Inwestycje Usługi DEK Remonty J. Deszcz J. Karcz Sp. j., ul. Szosa Poznańska 17, 66-600 Krosno Odrzańskie.** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **xxx zł xxx gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **5 556 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Drogowe KONTRAKT Sp. z o.o. i Inwestycje Usługi DEK Remonty J. Deszcz J. Karcz Sp. j., ul. Szosa Poznańska 17, 66-600 Krosno Odrzańskie.**

### **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający - Gmina Bytnica prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Budachów oraz budowa rurociągu tłocznego przesyłowego z m. Budachów oraz m. Głębokie do Oczyszczalni Ścieków w Bytnicy.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 10.12.2009 roku pod numerem 424980 - 2009.

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Drogowe „Kontrakt” Sp. z o.o., Inwestycje Usługi DEK Remonty J. Deszcz, J. Karcz sp.j. wnieśli protest a następnie odwołanie, w którym zarzucili naruszenie: art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 91 i art. 7 ust. 1 oraz 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołujący, nie zgadzając się z decyzją o wykluczeniu z udziału w postępowaniu wskazał, że zamawiający błędnie uznał, iż roboty budowlane wykazane w załączniku do oferty z dnia 31 grudnia 2009 roku : „Budowa kanalizacji w gminie Libiąż w ramach projektu Gospodarka Wodna w Chrzanowie” oraz „Budowa kanalizacji w gminie Chrzanów”, nie spełniają warunku wymaganego doświadczenia. Niezasadne jest stanowisko zamawiającego, że odwołujący nie może wykazać się robotą, którą wykonał jeden z członków konsorcjum odwołującego w ramach konsorcjum z innymi podmiotami.

Wyjaśnił, że wykonawcą kanalizacji w gminie Libiąż było konsorcjum, firm: Inwestycje Usługi DEK Remonty J. Deszcz, J. Karcz sp.j. oraz Zakład Robót Inżynieryjno - Budowlanych s.c., Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego Machnik, zaś wykonawcą kanalizacji w gminie Chrzanów było konsorcjum firm: Inwestycje Usługi DEK Remonty J. Deszcz, J. Karcz sp.j., Ekoinstal Sp. z o.o., Zakład Robót Inżynieryjno – Budowlanych KANBUD s.c. oraz Neptun Sp. z o.o.

Odwołujący powołał orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, które potwierdzają, że skoro konsorcjant odpowiada solidarnie za należyte wykonanie całego zamówienia, to konsekwentnie ma możliwość posługiwania się dokumentami potwierdzającymi jego należyte wykonanie. Przyjęcie odmiennej tezy zaprzeczałoby istocie konsorcjum i czyniłoby tą instytucję zbędną.

Ponadto wskazał, że zamawiający naruszył przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów. Zamawiający nie może zakładać, że wykonawca nie spełnia postawionych warunków udziału w postępowaniu, nawet w sytuacji gdy dokument jednoznacznie potwierdza brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wskazał na orzecznictwo Izby, z którego wynika, że zamawiający ma obowiązek wykonawcę do uzupełnienia dokumentów nie tylko wtedy gdy brak dokumentu ale także wtedy, gdy dokument zawiera błąd, jednak nie wynika z niego spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający w uzasadnieniu oddalenia protestu wskazał, że czynność polegająca na wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu jest zasadna. Odwołujący dołączył wymagany wykaz doświadczenia, z którego wprost wynika, że nie spełnia warunków określonych w art. 22 ust. 1 Pzp. Zamawiający wskazał, że obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentów wypełniony jest wtedy, gdy brak dokumentów lub gdy dokumenty zawierają błędy, nie zaś wtedy gdy złożone dokumenty nie spełniają wymagań formalnych lub też ich treść nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Wykazane doświadczenie zawodowe dotyczy innych podmiotów, które nie wchodzi w skład konsorcjum składającego ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Doświadczenie poprzednich konsorcjów można byłoby uznać w przypadku, gdyby wszyscy ich uczestnicy wchodziłi w skład Konsorcjum odwołującego. Wykazane doświadczenie partnera konsorcjum, jest doświadczeniem o niewystarczającej wartości.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania: oferty odwołującego, specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron złożone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:***

Zamawiający wymagał wykazania się od wykonawców, ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, należyтым wykonaniem robót budowlanych, w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsc wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty zostały wykonane należycie. Wskazał, że za odpowiadające swoim rodzajem uzna co najmniej jedną robotę budowlaną za kwotę nie mniejszą niż 4 000 000 brutto, polegającą na budowie, przebudowie lub rozbudowie sieci wodno – kanalizacyjnej ( w tym rurociągu).

Na potwierdzenie spełniania wyżej opisanego warunku udziału w postępowaniu, odwołujący złożył w ofercie wykaz doświadczenia zawodowego, gdzie wskazał na następujące realizacje:

1. budowa kanalizacji w gminie Libiąż w ramach projektu „Gospodarka wodna w Chrzanowie” w zakres, której wchodziło: zaprojektowanie i wykonanie sieci kanalizacyjnej „Dzielnica Góra”, budowa sieci kanalizacyjnej „Moczydło B” oraz budowa sieci kanalizacyjnej „Pniaki Jaworek” - realizowana w okresie 19.12.2006 do 23.12. 2008 roku o wartości 2 104 107, 65 Euro.
2. budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Olszyny - Gmina Babice – realizowana w okresie od kwietnia 2006 do lipca 2006 o wartości 696 909, 73 zł.

3. budowa kanalizacji w gminie Chrzanów w zakres której wchodziły 3 etapy inwestycyjne: budowa sieci kanalizacyjnej dla sołectwa Balin Luszowice włączenie do kolektora B w Chrzanowie, budowa sieci kanalizacyjnej sołectwa Plaza oraz budowa sieci kanalizacyjnej dzielnica Borowice w Chrzanowie realizowana w okresie 28.01.2008 do 31.08.2009 roku o wartości 9 767 729,81 euro.

Celem potwierdzenia należytego wykonania wyżej wskazanych robót, odwołujący załączył do oferty referencje, które potwierdzają odpowiednio, że:

1. konsorcjum wykonawców: Inwestycje Usługi DEK Remonty J. Deszcz, J. Karcz sp.j.- jako lider konsorcjum oraz Zakład Robót Inżynieryjno - Budowlanych s.c. i Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego Machnik, wykonywało zadanie inwestycyjne pod nazwą: „Budowa kanalizacji w Gminie Libiąż” – referencja z dnia 9 lutego 2009 roku wystawiona przez Rejonowe Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Chrzanowie (strona 39 oferty odwołującego)
2. Inwestycje Usługi DEK Remonty J. Deszcz, J. Karcz sp.j. wykonywał na zlecenie Skanska S.A. roboty budowlano - montażowe branży sanitarnej w zakresie sieci głównych, przyłączy kanalizacyjnych i przykanalików na zadaniu budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Olszyny, gmina Babice. Zakres prac obejmował rurociąg oraz studnie – referencja z dnia 1.07.1009 roku wystawiona przez Skanska S.A. (strona 40 oferty).
3. konsorcjum wykonawców: Inwestycje Usługi DEK Remonty J. Deszcz, J. Karcz sp.j – jako lider konsorcjum, Ekoinstal Sp. z o.o., Zakład Robót Inżynieryjno – Budowlanych KANBUD s. c. oraz Neptun Sp. z o.o. – wykonywało zadanie inwestycyjne pod nazwą „Budowa kanalizacji w Gminie Chrzanów” – referencja z dnia 3.12.2009 roku wystawiona przez Rejonowe Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Chrzanowie ( strona 41- 44 oferty odwołującego).

**Biorąc pod uwagę, powyższe ustalenia Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący jako podmiot, który został wykluczony z udziału w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne, legitymuje się interesem prawnym o którym mowa w art. 179 ust. 1, uprawniającym go do wniesienia odwołania.

Bezspornym między stronami jest, że realizacja wykazana w poz. 2 wykazu dotycząca budowy kanalizacji sanitarnej w miejscowości Olszyny - Gmina Babice z uwagi na niespełnienie wymaganego warunku kwotowego (zamawiający wymagał realizacji o wartości nie mniejszej niż 4 000 000 brutto) nie może być wzięta pod uwagę do oceny spełniania wymaganego doświadczenia zawodowego.

Z załączonych do oferty dokumentów w postaci wykazu oraz referencji wynika, że członek konsorcjum odwołującego - Inwestycje Usługi DEK Remonty J. Deszcz, J. Karcz sp.j. był uczestnikiem konsorcjum, które zrealizowało dwie inwestycje polegające na budowie, przebudowie lub rozbudowie sieci wodno - kanalizacyjnej, z których każda przekraczała wymaganą przez zamawiającego wartość 4 000 000 brutto.

Istota sporu między stronami sprowadza się do tego, czy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą wykazać się doświadczeniem zawodowym i realizacjami, które wykonali działając w ramach innego konsorcjum.

Izba podziela pogląd prezentowany w orzecznictwie, że wykonawcy przysługuje prawo do powoływania się na doświadczenie w realizacji całego przedmiotu zamówienia, mimo że zamówienie wykonane zostało wspólnie z innymi podmiotami tworzącymi konsorcjum. Stanowisko to jest zgodne z samą ideą i celem konsorcjum, jakim jest połączenie swoich potencjałów technicznych i doświadczenia przez wykonawców, którzy każdy z osobna nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, w celu realizacji wspólnego przedsięwzięcia.

Przepisy ustawy Pzp nakazują traktować konsorcjum tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako jednolity podmiot, jednego wykonawcę, który jest upoważniony do złożenia oferty, podpisania umowy, realizacji zamówienia publicznego. Wniosek taki wynika z samej definicji „wykonawcy” zawartej w art. 2 pkt 11 ustawy Pzp oraz z treści art. 23 ustawy Pzp, gdzie ustawodawca dopuścił wspólny udział wykonawców w postępowaniu o zamówienie publiczne. Za dopuszczalnością powoływania się na doświadczenie nabyte przy realizacji zamówienia w ramach współpracy z innymi podmiotami, w innym konsorcjum przemawia także regulacja art. 141 ustawy Pzp, wprowadzająca bezwzględnie obowiązującą solidarną odpowiedzialność wykonawców, wchodzących w skład konsorcjum za wykonanie umowy. Solidarna odpowiedzialność uregulowana w art. 366 § 1 kodeksu cywilnego sprowadza się do tego, że zamawiający może żądać całości lub części świadczeń od wszystkich łącznie wykonawców lub od każdego z osobna, a zaspokojenie wierzyciela (zamawiającego) przez któregokolwiek z dłużników (wykonawców) zwalnia pozostałych. Aż do zupełnego zaspokojenia

zamawiającego, wszyscy wykonawcy pozostają zobowiązani. Zatem, jeśli każdy z wykonawców ponosi ryzyko wykonania całego świadczenia określonego w umowie z zamawiającym i musi być gotowy do ewentualnego świadczenia całości zamówienia, to nie można odbierać prawa wykonawcom realizującym zamówienie w ramach konsorcjum do wykazywania i powoływania się w kolejnych postępowaniach na doświadczenie dotyczące całości zamówienia publicznego. Wobec tego, realizując wspólnie zamówienie wykonawcy wchodzący w skład konsorcjum ponoszą solidarną odpowiedzialność za jego wykonanie i każdy z nich uzyskuje niezbędne doświadczenie w realizacji prac będących przedmiotem zamówienia, co w konsekwencji powoduje, że każdy z wykonawców biorących udział w konsorcjum może posługiwać się otrzymanymi dokumentami referencyjnymi.

W świetle powyższego za nieuzasadniony należy uznać pogląd, że członek konsorcjum, który jest solidarnie odpowiedzialny za realizację całego zamówienia, nabywa wyłącznie doświadczenie związane z zakresem prac jakie faktycznie wykonał samodzielnie a nie nabywa doświadczenia odnośnie prac wykonanych przez innych konsorcjantów.

Zwrócić należy także uwagę, że przepis art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się do „doświadczenia wykonawcy”, a więc również wskazuje na konsorcjum jako jeden podmiot. Brak w ustawie odrębnej regulacji dotyczącej sposobu nabywania doświadczenia przez członków konsorcjum. Zatem skoro ustawodawca przyjmuje, że „niezbędnym” doświadczeniem ma wykazać się wykonawca a nie każdy z członków konsorcjum to brak podstaw do ograniczania zdobytego w ramach konsorcjum doświadczenia wyłącznie do robót faktycznie wykonanych przez członka konsorcjum.

Izba w pełni podziela pogląd wyrażony w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 października 2009 roku, Sygn. akt KIO/UZP 1187/09, gdzie wskazano m.in., że „nie sposób twierdzić, iż doświadczenie zdobywa się jedynie w wyniku faktycznie wykonywanych czynności i tylko w tym zakresie. Doświadczenie może wynikać również z obserwacji, ze współpracy. Takie rozumienie tego pojęcia odpowiada również ujęciu słownikowemu tego pojęcia. Słownik współczesnego języka polskiego podaje, że doświadczenie to ogół wiedzy zdobytej na podstawie obserwacji i przeżyć; znajomość życia; wprawa w czymś (Warszawa, 1998 r.)”.

Dodatkowo Izba wskazuje, że ocena spełniania warunku wymaganego doświadczenia sprowadzająca się do szczegółowego badania przez zamawiającego zakresu czynności faktycznie wykonanych przez wykonawców, działających w ramach konsorcjum, biorąc pod uwagę obserwowaną na rynku praktykę realizacji skomplikowanych inwestycji budowlanych przez różne konsorcja, w skład których wchodzi wykonawcy specjalizujący się w danych branżach budowlanych (budowlana, elektryczna, sanitarna) niejednokrotnie uniemożliwiłaby

wykazanie się przez wykonawców wymaganym doświadczeniem zawodowym w realizacji całej inwestycji. W efekcie mogłoby się okazać, że nie będzie na rynku podmiotów, których doświadczenie polegające na faktycznie wykonanych robotach odpowiadałoby wymaganiom postawionym przez zamawiającego. Mogłoby to również doprowadzić do tego, że podmiot, który z różnych względów realizował zamówienia jedynie wspólnie z innymi podmiotami w ramach konsorcjum już zawsze będzie musiał realizować zamówienia wspólnie, bo nigdy nie nabędzie doświadczenia w realizacji całej inwestycji.

Zaprezentowane stanowisko Izby znajduje swoje oparcie nie tylko w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z dnia 5 października 2009 roku, Sygn. akt KIO/UZP 1187/09, wyrok z dnia 5 lutego 2009 roku, Sygn. akt: KIO/UZP 111/09) ale także zostało potwierdzone przez Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia 02.12.2009 r. Sygn. akt X Ga 332/09.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania Izby oraz okoliczności przedmiotowego sporu, należy wskazać, że doświadczenie wykazane przez jednego z członków konsorcjum, składającego ofertę w przedmiotowym postępowaniu, które nabył działając jako lider w ramach innego konsorcjum jest wystarczające i spełnia wymagania określone w siwz. Izba podkreśla, że dokumenty złożone wraz z ofertą (wykaz, referencje) potwierdzają, że lider konsorcjum - Inwestycje Usługi DEK Remonty J. Deszcz, J. Karcz sp.j. zrealizował wraz z innymi podmiotami tworzącymi konsorcjum, inwestycje, które odpowiadają wartością oraz zakresowi robotom wymaganym przez zamawiającego polegającym na budowie, przebudowie lub rozbudowie sieci wodno - kanalizacyjnej (w tym rurociągu). Twierdzenie zamawiającego, że lider konsorcjum wykonywał w ramach realizacji wykazanych inwestycji jedynie roboty polegające na odtworzeniu stanu pierwotnego chodników i dróg po wykonaniu sieci wodno - kanalizacyjnej i nie posiada doświadczenia nie zostało udowodnione. Okoliczność, jaką wskazywał zamawiający, że lider konsorcjum jest typową firmą zajmującą się robotami drogowymi nie wyklucza w ocenie Izby, możliwości należytej realizacji przez tego wykonawcę zamówienia polegającego na budowie sieci wodno - kanalizacyjnej wspólnie z innymi wykonawcami.

Podnoszona przez zamawiającego w trakcie rozprawy okoliczność, że osoba, która ma rzekomo brać udział w realizacji przedmiotowej inwestycji ze strony odwołującego, zalega z podatkami oraz został wykluczona z udziału w innych w postępowaniach o zamówienie publiczne, pozostaje bez wpływu na rozpatrzenie sporu i nie może być przedmiotem oceny Izby w niniejszym postępowaniu odwoławczym, z uwagi na brzmienie przepisu art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, który upoważnia Izbę do rozpoznania wyłącznie zarzutów podniesionych w proteście.

Izba uznała, że wykazane naruszenie przepisów art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 91 i art. 7 ust. 1 oraz 26 ust. 3 ustawy Pzp miało wpływ na wynik przedmiotowego postępowania.

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Zielonej Górze**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....