

Sygn. akt KIO/UZP 563/09

WYROK

z dnia 12 maja 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

**Członkowie: Izabela Kuciak
Luiza Łamejko**

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 maja 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zakład Remontowo-Budowlany DANBUD Tadeusz Bąkowski ZPChr, 62-540 Kleczew, ul. Leśna 61** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Sąd Okręgowy w Koninie, 62-510 Konin, ul. Energetyka 5** protestu z dnia 4 kwietnia 2009 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Zakład Remontowo-Budowlany DANBUD Tadeusz Bąkowski ZPChr, 62-540 Kleczew, ul. Leśna 61** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Zakład Remontowo-Budowlany DANBUD Tadeusz Bąkowski ZPChr, 62-540 Kleczew, ul. Leśna 61,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Zakład Remontowo-Budowlany DANBUD Tadeusz Bąkowski ZPChr, 62-540 Kleczew, ul. Leśna 61** na rzecz **Sąd Okręgowy w Koninie, 62-510 Konin, ul. Energetyka 5,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 426 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Zakład Remontowo-Budowlany DANBUD Tadeusz Bąkowski ZPChr, 62-540 Kleczew, ul. Leśna 61.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Sąd Okręgowy w Koninie ul. Energetyka 5 62-500 Konin prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę budynku dla Sądu Rejonowego w Koninie przy ul. Chopina”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskich w dniu 30 września 2008 roku pod numerem 2008/S 189-250149.

Dnia 25 marca 2009 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku przeprowadzonego postępowania wskazując, iż wybrana została oferta uznana za najkorzystniejszą, złożona przez ELEKTROBUDOWA S.A. z siedzibą w Katowicach.

Dnia 4 kwietnia 2009 roku Wykonawca – Zakład Remontowo-Budowlany "DANBUD" ZPChr Tadeusz Bąkowski ul. Leśna 61 62-540 Kleczew, wniósł protest na:

- 1) zaniechanie przez Zamawiającego czynności, do których był zobowiązany na podstawie ustawy, które to zaniechanie miało miejsce w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na "Budowę budynku Sądu Rejonowego w Koninie przy ul. Chopina", polegające na nie odrzuceniu oferty i nie wykluczeniu Wykonawcy ELEKTROBUDOWA S.A z siedzibą w Katowicach;
- 2) dokonanie przez Zamawiającego wyboru oferty ELEKTROBUDOWA S.A. z siedzibą w Katowicach jako oferty najkorzystniejszej pomimo tego, że oferta ta powinna ulec odrzuceniu;
- 3) zaniechanie przez Zamawiającego czynności wyboru oferty Zakładu Remontowo - Budowlanego "DANBUD" Tadeusz Bąkowski z siedzibą w Kleczewie, pomimo że oferta ta jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert ważnych.

Działanie Zamawiającego narusza interes prawny Protestującego, bowiem zaniechanie przez Zamawiającego czynności określonych w Ustawie i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty ELEKTROBUDOWA S.A., która powinna zostać odrzucona, prowadzi do naruszenia zasad i sposobu udzielania zamówień publicznych ze względu na pozbawienie Protestującego wykonawcy prawa uczestniczenia w niniejszym postępowaniu na

równych zasadach z pozostałymi uczestnikami, przez co pozbawia Protestującego możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia. Tym samym w ocenie Protestującego Zamawiający naruszył treść art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Ustawy.

Mając powyższe na uwadze Protestujący w oparciu o treść art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty ELEKTROBUDOWA S.A. z siedzibą w Katowicach jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) odrzucenie oferty i wykluczenie Wykonawcy ELEKTROBUDOWA S.A. z siedzibą w Katowicach;
- 3) dokonanie wyboru oferty Zakładu Remontowo -Budowlanego "DANBUD" Tadeusz Bąkowski z siedzibą w Kleczewie.

Uzasadniając wskazał, iż w ocenie Protestującego czynność oceny ofert została dokonana wadliwie. W treści rozdziału VI pkt 2.2.2. oraz pkt 2.3.1. specyfikacji istotnych zamówienia, zwanej dalej SIWZ, Zamawiający wymagał od Wykonawców, aby przy wykonywaniu prac zostały zatrudnione osoby posiadające uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi oraz odpowiednie doświadczenie zawodowe.

Wykonawca ELEKTROBUDOWA S.A. z siedzibą w Katowicach nie wykazał posiadania wymaganego w SIWZ potencjału kadrowego. Nie wykazał również posiadania odpowiedniego doświadczenia zawodowego. Zamawiający wymagał zrealizowania w ciągu ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania minimum jednego budynku o zbliżonym do przedmiotu zamówienia zakresie, o powierzchni netto nie mniejszej niż 5000m² i o wartości przedmiotu umowy nie mniejszej niż 12.000.000,00 zł brutto, albo dwa budynki o zbliżonym do przedmiotu zamówienia zakresie o powierzchni użytkowej netto łącznej nie mniejszej niż 6000 m², o wartości łącznej przedmiotu umowy nie mniejszej niż 15.000.000,00 zł brutto. Wykonawca ELEKTROBUDOWA S.A. z siedzibą w Katowicach przedstawił list referencyjny dotyczący realizacji budynku biurowego Grupy LOTOS wystawiony dla innego podmiotu. Budynek biurowy Grupy LOTOS realizował podmiot o nazwie: Konsorcjum ALLCON S.A. i ELEKTROBUDOWA S.A., natomiast ofertę w przedmiotowym zamówieniu złożyła firma ELEKTROBUDOWA S.A. z siedzibą w Katowicach. Jedynym podmiotem, jaki może się legitymować posiadaniem doświadczenia zdobytego na budowie budynku biurowego Grupy LOTOS jest Konsorcjum ALLCON S.A. i ELEKTROBUDOWA S.A. Pozostałe referencje potwierdzające doświadczenie firmy ELEKTROBUDOWA S.A.,

według naszej najlepszej wiedzy, również budzą ogromne wątpliwości. Według nas nie spełniają one wymogów przytoczonego punktu 2.3.1. i powinny być dogłębnie zweryfikowane przez Zamawiającego.

Dnia 14 kwietnia 2009 roku Zamawiający protest oddalił.

Uzasadniając wskazał, iż zarzut Protestującego, zawarty w pkt 1 i 2, a odnoszący się do zaniechania Zamawiającego polegającego na nie odrzuceniu oferty i nie wykluczeniu Wykonawcy - Elektrobudowa S.A. w Katowicach jest bezzasadny. Protestujący podnosił, iż czynność oceny ofert została dokonana wadliwie. W dalszej części uzasadnienia swojego protestu ZRB Danbud powołuje się na treść rozdziału VI pkt 2.2.2. i pkt 2.3.1 SIWZ, zgodnie, z którymi Zamawiający wymagał od Wykonawców, aby przy wykonywaniu prac zatrudnione zostały osoby posiadające uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi oraz aby posiadali odpowiednie doświadczenie zawodowe. Protestujący wskazuje, że Wykonawca Elektrobudowa S.A. z siedzibą w Katowicach, którego oferta została wybrana nie wykazał posiadania wymaganego w SIWZ potencjału kadrowego i doświadczenia zawodowego. Przedłożony w ofercie tego Wykonawcy list referencyjny Grupy Lotos, dotyczący realizacji budynku biurowego, który wystawiony został dla Konsorcjum ALLCON S.A. i ELEKTROBUDOWA S.A. nie mógł być w ocenie Protestującego uznany, ponieważ jedynym podmiotem, który może legitymować się doświadczeniem zdobytym przy realizacji powyższej inwestycji, może być tylko w/w konsorcjum.

Zamawiający stwierdził, iż zarzut powyższy jest chybiony. W ocenie Zamawiającego nie zachodzą żadne prawne przeszkody w posługiwaniu się przez Wykonawcę referencjami uzyskanymi w wyniku wykonania zamówienia w ramach konsorcjum. Protestujący nie przedstawił żadnej merytorycznej argumentacji, która mogłaby przekonać do jego stanowiska. Zamawiający analizując zarzut postawiony przez protestującego posiłkował się stanowiskiem wyrażanym w tej kwestii w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Orzecznictwo to w sposób jednoznaczny i przekonujący dopuszcza sytuację posługiwania się referencjami uzyskanymi w konsekwencji wykonywania zamówienia w charakterze konsorcjanta. W szczególności na wskazanie zasługuje obszerne i wnikliwe uzasadnienie wyroku wydanego w sprawie o sygnaturze KIO/UZP 99/08, którego zasadnicze tezy w tym zakresie sprowadzają się do wskazania, że bezsprzecznie konsorcjantowi przysługuje prawo posługiwania się dokumentarni (referencjami) udzielanymi z tytułu zrealizowania zadań przez konsorcjum, do wykazania swego doświadczenia, co spełnia wymagania z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Niepodważalnym jest także fakt, iż skoro konsorcjant odpowiada solidarnie za należyte wykonanie całego zamówienia, to logiczną konsekwencją tego faktu jest możliwość posługiwania się dokumentarni (referencjami), poświadczającymi wykonanie zamówienia, za które ponosi on pełną odpowiedzialność. Wnioskowanie przeciwne stanowiłoby bowiem całkowite zaprzeczenie idei konsorcjum i czyniłoby tę instytucję de facto bezcelową. Nie można odmówić konsorcjantowi prawa do doświadczenia nabytego w ramach konsorcjum przy inwestycji realizowanej jako całości, przy jednoczesnej zgodzie na zawiązanie konsorcjum celem spełnienia warunku określonego przez Zamawiającego. Powyższe działanie pozbawia bowiem konsorcjantów prawa do wykazywania się doświadczeniem w ramach wspólnie realizowanego przedsięwzięcia. Identyczne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie KIO/UZP 630/08.

Odnosząc się do zarzutu Protestującego w części dotyczącej potencjału kadrowego i jego wątpliwości dotyczących pozostałych referencji potwierdzających doświadczenie Elektrobudowy S.A., stwierdzić należy, że brak konkretnych argumentów uzasadniających ten zarzut, uniemożliwia Zamawiającemu rzeczowe ustosunkowanie się do niego. Zamawiający stwierdza jednak, że według jego rzetelnej oceny Elektrobudowa S.A. spełnia warunki w zakresie potencjału kadrowego, doświadczenia zawodowego.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Protestujący i dnia 24 kwietnia 2009 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy ELEKTROBUDOWA S.A. pomimo tego, iż Wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy ELEKTROBUDOWA S.A. pomimo tego, iż Wykonawca ten nie złożył dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu,
- 3) art. 24 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie uznania oferty Wykonawcy ELEKTROBUDOWA S.A. za odrzuconą,
- 4) art. 22 pkt 2 Pzp poprzez uznanie, że Wykonawca ELEKTROBUDOWA S.A. spełnia warunki udziału w niniejszym postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia do wykonania zamówienia.

Z uwagi na powyższe, wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,

- 2) nakazanie unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawcy ELEKTROBUDOWA S.A. jako oferty, która powinna zostać uznana za odrzuconą,
- 3) nakazanie dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,
- 4) nakazanie ponownego dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 5) zobowiązanie wykonawcy ELEKTROBUDOWA S.A. do przedstawienia umowy konsorcjum z ALLCON S.A. dotyczącej realizacji budynku biurowego Grupy LOTOS wraz z wystawionymi fakturami przez ELEKTROBUDOWĘ S.A.

W ocenie Odwołującego czynność badania i oceny ofert została przez Zamawiającego dokonana wadliwie. Wg treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści rozdziału VI pkt 2.3.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej SIWZ, Zamawiający wymagał od Wykonawców zrealizowania w ciągu ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania minimum jednego budynku o zbliżonym do przedmiotu zamówienia zakresie, o powierzchni netto nie mniejszej niż 5000 m² i o wartości przedmiotu umowy nie mniejszej niż 12.000.000,00 zł. brutto, albo dwa budynki o zbliżonym do przedmiotu zamówienia zakresie o powierzchni użytkowej netto łącznej nie mniejszej niż 6000 m², o wartości łącznej przedmiotu umowy nie mniejszej niż 15.000.000,00 zł. brutto. Wybrany Wykonawca ELEKTROBUDOWA S.A. z siedzibą w Katowicach nie wykazał posiadania wymaganego w SIWZ niezbędnego doświadczenia zawodowego.

Wykonawca ELEKTROBUDOWA S.A. z siedzibą w Katowicach przedstawił list referencyjny dotyczący realizacji budynku biurowego Grupy LOTOS wystawiony dla innego podmiotu. Budynek biurowy Grupy LOTOS realizował podmiot o nazwie: Konsorcjum ALLCON S. A. i ELEKTROBUDOWA S.A., natomiast ofertę w przedmiotowym zamówieniu złożyła firma ELEKTROBUDOWA S.A. z siedzibą w Katowicach. Jedynym podmiotem, jaki może się legitymować posiadaniem doświadczenia zdobytego na budowie budynku biurowego Grupy LOTOS jest konsorcjum ALLCON S. A. i ELEKTROBUDOWA S.A. Pozostałe referencje potwierdzające doświadczenie firmy ELEKTROBUDOWA S.A., według najlepszej wiedzy Odwołującego, również budzą ogromne wątpliwości. Według Odwołującego nie spełniają one wymogów przytoczonego punktu 2.3.1. i powinny być dogłębnie zweryfikowane przez Zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, że celem art. 22 Pzp jest to, aby Zamawiający mógł wymagać od Wykonawców ubiegających się o zamówienie wykazania się niezbędnym doświadczeniem, tj. takim, który uzasadnia przekonanie, że wykonawca należycie zrealizuje dane zamówienie publiczne. Wykonawca musi przedłożyć Zamawiającemu dokument, z którego wynika, że

zrealizował już podobne zamówienie w sposób należyty. Dzięki temu Zamawiający będzie miał gwarancję, że wybór doświadczonego wykonawcy i podpisanie z nim umowy nie zagraża publicznym środkom zaangażowanym w inwestycję. Ta odpowiednia gwarancja, jakiej wymagać powinien Zamawiający istotna jest w szczególności w przypadku dużych zamówień, jakim bez wątpienia jest zamówienie objęte niniejszym postępowaniem.

Głównym zagadnieniem prawnym w niniejszej sprawie jest to, czy wykonawcy przysługuje prawo do wykazania się doświadczeniem w realizacji całego zamówienia, mimo że wykonane zostało ono w konsorcjum z innym podmiotem. Zdaniem Odwołującego wykonawca nie ma takiego prawa. W innym przypadku bowiem wykonawca miałby prawo przypisać sobie do zakresu wykonanych przez siebie robót także i roboty wykonane przez innego uczestnika. Przeczyłoby to celowi, dla którego Zamawiający bada doświadczenie wykonawców składających oferty w danym postępowaniu (w ten sposób np. Wyrok Zespołu Arbitrów z 11.05.2006 r. Sygn. akt UZP/ZO/0-1317/06). Jeżeli występując w konsorcjum dany wykonawca ma częściowy udział w wykonaniu zamówienia, to nie powinien w innym postępowaniu mieć prawa wykazywania, że zrealizował całe zamówienie wykonane przez konsorcjum. Niezgodne ze zdrowym rozsądkiem jest przyjmowanie niebezpiecznej z punktu widzenia właściwego wydatkowania publicznych środków fikcji, że uczestnik konsorcjum wykonał zamówienie całego konsorcjum albowiem wiadomym jest, że rola jednego konsorcjanta w wykonaniu zamówienia jest siłą rzeczy ograniczona do pewnych fragmentów zamówienia.

Nieuzasadnione jest wnioskowanie, że skoro zgodnie z art. 141 Pzp wszyscy konsorcjanci odpowiadają solidarnie za należyte wykonanie zamówienia, to mogą korzystać z referencji całego konsorcjum. W nowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym wykonawca używa referencji konsorcjum, nie będzie już odpowiedzialności solidarnej pozostałych konsorcjantów za należyte wykonanie nowego zamówienia uzyskanego z pomocą tych referencji. Przyjmowanie innej zasady prowadziłoby do takich absurdalnych wręcz sytuacji, że np.:

- w przypadku wykonania zamówienia przez kilku bądź kilkunastu konsorcjantów każdy z nich oddzielnie mógłby wykorzystać doświadczenie całego konsorcjum nawet w każdym innym przetargu jako osobni oferenci, co stanowiłoby pozorną konkurencję,
- firma geodezyjna, która występuje w konsorcjum z firmą budowlaną, a jej rola polega tylko na wykonaniu inwentaryzacji geodezyjnej po wybudowaniu obiektu mogłaby w późniejszych przetargach wykorzystywać referencje udzielone konsorcjum wykazując, że wykonała prace budowlane w pełnym zakresie.

Odwołujący złożył na wstępie wnioski o zobowiązanie wykonawcy ELEKTROBUDOWA S.A. do przedstawienia umowy konsorcjum z ALLCON S.A. dla realizacji budynku biurowego Grupy LOTOS wraz z wystawionymi fakturami przez ELEKTROBUDOWĘ S.A. w celu wykazania, że wybrany Wykonawca ELEKTROBUDOWA S.A. przypisuje do zakresu wykonanych przez siebie robót także i roboty wykonane przez inny podmiot.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, treścią ofert, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się zarzutów wskazanych w treści odwołania Izba stwierdziła, co następuje.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dział VI w punkcie 2.3.1 wskazał, iż *wykonawca składający ofertę w przedmiotowym postępowaniu musi wykazać, że posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie, tj. w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie zrealizował: minimum jeden budynek o zbliżonym do przedmiotu zamówienia zakresie, o powierzchni netto nie mniejszej niż 5 000 m² i o wartości przedmiotu umowy nie mniejszej niż 12.000.000,00 zł brutto, albo dwa budynki o zbliżonym do przedmiotu zamówienia zakresie o powierzchni użytkowej netto łącznej nie mniejszej niż 6 000 m², o wartości łącznej przedmiotu umowy nie mniejszej niż 15.000.000,00 zł brutto.*

Wykonawca – ELEKTROBUDOWA S.A. do oferty swojej załączył wykaz robót budowlanych wykonanych w ciągu ostatnich 5 lat – Formularz Nr 8 – Informacja o zrealizowanych inwestycjach (strona 103 oferty). W pozycji Nr 5 wykazu, wskazał, iż zrealizował inwestycję polegającą na budowie biurowca Grupy Lotos w Gdańsku o powierzchni 4 643 m² (Generalne Wykonawstwo) za kwotę 49 000 000,- zł w okresie od sierpnia 2005 roku do grudnia 2006 roku.

Do wykazu, w celu potwierdzenia, że roboty te zostały wykonane należy przedstawić List Referencyjny z dnia 10 maja 2007 roku, z którego treści wynika, że Konsorcjum Allcon S.A. i Elektrobudowa S.A. w okresie od sierpnia 2005 roku do grudnia 2006 roku było Generalnym Wykonawcą Siedziby głównej Grupy Lotos S.A. przy ul. Elbląskiej 135 w Gdańsku. Dalsza treść listu referencyjnego potwierdza powierzchnię wykonanej inwestycji, jej kubaturę, zakres prac jak i fakt wykonania wszystkich prac zgodnie ze sztuką budowlaną, obowiązującymi przepisami i odpowiednimi normami. Ponadto wystawiający referencje poleca współpracę w firmami tworzącymi konsorcjum jako solidnych, profesjonalnych wykonawców, dbających o wysoki poziom świadczonych usług.

Tym samym, zdaniem Izby wykonawca Elektrobudowa S.A. prawidłowo wykonał zalecenia Zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4 oraz art. 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – Izba uznała te zarzuty za niezasadne. Zdaniem Izby Wykonawca ELEKTROBUDOWA S.A. spełnia warunki udziału w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej w pełni podziela stanowisko zaprezentowane w dotychczasowym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. I tak w wyroku KIO z dnia 22 lutego 2008 roku sygn. akt KIO/UZP 99/08 skład orzekający wskazał, iż *„Skład orzekający Izby podziela stanowisko wyrażone w wyrokach Zespołów Arbitrów z dnia 21 czerwca 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1752/06), z dnia 08.12.2006 r. (sygn. akt. UZP/ZO/0-2880/06) oraz z dnia 02.10.2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1173/07). Bezspornie konsorcjantowi przysługuje prawo posługiwania się dokumentami (referencjami) udzielanymi z tytułu zrealizowania zadań przez konsorcjum, do wykazania swego doświadczenia, co spełnia wymagania z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp. Istnieje także możliwość korzystania z referencji nabytych od poprzedników prawnych. Niepodważalnym jest także fakt, iż skoro konsorcjant odpowiada solidarnie za należyte wykonanie całego zamówienia, to logiczną konsekwencją tego faktu jest możliwość posługiwania się dokumentami (referencjami), poświadczającymi wykonanie zamówienia, za które ponosi pełną odpowiedzialność. Wnioskowanie przeciwne stanowiłoby bowiem całkowite zaprzeczenie idei konsorcjum i czyniłoby to tę instytucję de facto bezcelową”*

Podobne stanowiska zostały przyjęte przez składy orzekające Izby w orzeczeniach z dnia 8 lipca 2008 roku sygn. akt KIO/UZP 630/08 oraz z dnia 27 listopada 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 1285/08.

Tym samym Izba uznała, że wykonawca, który brał udział jako członek konsorcjum, które realizowało wspólnie w innym wykonawcą inną inwestycję, dostawę czy też usługę, może legitymować się posiadaniem doświadczeniem tak jak całe konsorcjum, a zamawiający musi takie doświadczenie uznać za spełnione. Zdaniem Izby, o fakcie tym przesądza jednoznacznie, iż doświadczenie jako pewna umiejętność zdobyta i ugruntowana w trakcie praktyki – w przedmiotowym postępowaniu – w realizacji spornej inwestycji – zostało przez wykonawcę ELEKTROBUDOWA S.A. zdobyte, jako członek konsorcjum.

Zgodzić się należy ze stanowiskiem Odwołującego się, iż w pewnych okolicznościach można przyjąć, że referencje mogą zostać tak sformułowane, że pomimo tego, że wykonawcą było konsorcjum, to ich treść potwierdza zdolności wykonawcze poszczególnych uczestników. Z taką sytuacją można się zetknąć, gdy w referencjach wymienione są poszczególne świadczenia wchodzące w skład wykonanego zamówienia, a ich należyte wykonanie powiązane jest ściśle z tym konsorcjantem, który samodzielnie (bez wpływu i pomocy innych wykonawców) je realizował.

Jednakże w przedmiotowym postępowaniu nie mamy do czynienia z ww. przypadkiem. List referencyjny jest wystawiony w brzmieniu pozwalającym na uznanie doświadczenia konsorcjum jako doświadczenia jednego ze współkonsorcjantów, tak jakby sam realizował całe zamówienie.

Niemożność wykazania się przez wykonawcę wykonanymi robotami, które faktycznie wykonywał tyle, że w konsorcjum, byłoby sprzeczne z jego ideą, logiką, ale i z zasadami prawa zamówień publicznych, w tym również z zasadą równego traktowania wykonawców. Skoro konsorcjant odpowiada solidarnie za należyte wykonanie całego zamówienia, to logiczną konsekwencją tego faktu jest możliwość posługiwania się dokumentami (referencjami), poświadczającymi wykonanie zamówienia, za które ponosi odpowiedzialność.

W związku z powyższym, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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 zmianami).

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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Koninie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*