

Trzeźwe spojrzenie na kwestię doświadczenia wykonawcy uzyskanego w ramach konsorcjum

ANALIZA



Mec. Jacek Kosiński
partner, KKLW

Zakres doświadczenia w realizacji określonych usług i dostaw, jakie wykonawcy mogą sobie przypisać, jest kluczowy w postępowaniach o zamówienie publiczne. Zagadnienie to zawsze budziło kontrowersje. Ostatni wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14, podniósł temperaturę dyskusji i wprowadził zamieszanie do ustabilizowanej w Polsce praktyki.

Dla przypomnienia - w pkt 3 wyroku trybunał stwierdził, że niedopuszczalne jest posługiwanie się przez wykonawcę biorącego indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doświadczeniem grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji.

Liczne kontrowersje

Jak dotąd w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej była przyjmowana zasada, że wykonawca, który był członkiem konsorcjum realizującym zamówienie publiczne, może korzystać z całego doświadczenia konsorcjum. Nawet jeśli sam uczestniczył tylko w niektórych pracach.

Takie orzecznictwo bazowało na wynikającej z art. 141 prawa zamówień publicznych solidarnej odpowiedzialności konsorcjantów za wykonanie całego zamówienia (por. przykładowo: wyrok z 2 września 2011 r., sygn. akt KIO 1794/11; wyrok z 18 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1661/11; wyrok z 8 września 2008 r., sygn. akt KIO 886/08).

Ta konstrukcja wzbudzała kontrowersje, więc orzeczenie TSUE może oznaczać rewolucję na polskim rynku zamówień publicznych. Komentatorzy popadają w skrajności. Z jednej strony do niedawna aprobowane było legitymowanie się doświadczeniem, którego się rzeczywiście nie posiadało. Z drugiej wiele osób wyrok trybunału interpretuje tak, że jeżeli nawet w ramach konsorcjum wykonawca nadzorował całość prac, ale nie wykonał ich w całości, to nie może w tym zakresie powoływać się na doświadczenie.

Racjonalne wydaje się, że jeżeli zamawiający wymaga od wykonawców doświadczenia, to powinni się posługiwać swoim doświadczeniem, a nie tylko wykazywać, że znają się (choćby z umowy konsorcjum) z kimś, kto je ma. Przecież nie poszliby z problemem kardiologicznym do pediatry, który pracuje w tym samym szpitalu co wybitny kardiolog. Zwróćmy uwagę, że w przypadku osób prawnych rzeczywiste doświadczenie mają kon-

kretnie osoby, które w dodatku mogą już pracować gdzieś indziej. Mimo to wykonawca będący osobą prawną może legitymować się doświadczeniem przy realizacji kontraktów. Nie kwestionując takiego podejścia sądzę, że ważny jest fakt posiadania i nabywania przez wykonawców pewnej zdolności organizacyjnej. To ona winna być podstawą doświadczenia.

Warto zwrócić uwagę, że systemowo polskie prawo nie przewiduje bezwzględnego obowiązku osobistego spełnienia świadczenia. W myśl art. 356 par. 1 k.c. wierzyciel może żądać osobistego świadczenia dłużnika tylko wtedy, gdy to wynika z treści czynności prawnej, z ustawy albo z właściwości świadczenia. W przypadku osób prawnych powszechnie w doktrynie przyjmuje się, że osobiste spełnienie świadczenia wymaga jego spełnienia przez organ takiej osoby. W typowych spółkach z o.o. oznaczałoby to wymóg bezpośredniego działania zarządu, a nie pracowników. To oni, a nie spółka, nabywają rzeczywiste doświadczenie w realizacji robót. Nawet jeżeli spółka samodzielnie np. wybudowała budynek, to doświadczenie mają jej pracownicy. Taka interpretacja jest niezwykle kontrowersyjna, ale logicznie zgodna ze stanowiskiem komentatorów uważających, że wyrok trybunału dla skutecznego nabycia doświadczenia oznacza

wymóg osobistego wykonania prac.

Pracownik a podwykonawca

Kolejnym przykładem jest podwykonawstwo. Jeżeli spółka przy realizacji zamówienia w pewnym zakresie posługuje się podwykonawcami, to czy w tym zakresie nabywa doświadczenie? Przykładowo - jeżeli wykonawca budynku biurowego podzleci wykonanie instalacji, to nie może legitymować się doświadczeniem w wykonaniu całego budynku? Wydaje się to co najmniej zbyt daleko idące. A czym różni się pracownik spółki od jej podwykonawcy? W świetle przedstawionego poglądu doktryny niczym. Zwróćmy też uwagę na projekty PPP. Sam ustawodawca w art. 14 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 696, ze zm.) przewidział, że w celu wykonania umowy PPP podmiot publiczny i partner prywatny mogą zawiązać spółkę. Czy w takim wypadku partner prywatny nabydzie doświadczenia w realizacji całego przedsięwzięcia PPP? Standardem realizacji większych projektów PPP jest uczestnictwo w nim poprzez spółkę celową, która na etapie wykonawczym powołuje oddzielne spółki do zaprojektowanie i wybudowania przedsięwzięcia oraz podmiot odpowiedzialny za eksploatację. Nie oznacza to jednak, że partner prywatny

nie uczestniczy w rzeczywistej realizacji projektu. Czyni to za pośrednictwem innych osób - swoich pracowników, spółek z grupy i podwykonawców. Wspólnym mianownikiem pozostaje organizacja oraz zarządzanie całym procesem realizacji projektu czy zamówienia publicznego. I to właśnie winno przesądzać, czy dany podmiot nabywa konkretne doświadczenia czy też nie.

Pozostaje więc jedynie interpretacja stanowiska trybunału, który nie sprecyzował, jak należy rozumieć przesłankę „faktycznego i konkretnego uczestnictwa w realizacji zamówienia”. Moim zdaniem TSUE odniósł się wyłącznie do racjonalnie uzasadnionej tezy, że jeżeli czegoś rzeczywiście się nie wykonało, to nie ma się doświadczenia. Nie oznacza to jednak obowiązku samodzielnego wykonania danej części zamówienia.

W tym kontekście warto wskazać, że trybunał nie odpowiedział wprost na pytania KIO, w których przedstawione zostały dwie sytuacje. Pierwsza - czy należy przyjąć, że dopuszczalne jest, aby wykonawca, który realizował wcześniej zamówienie jako jeden z wykonawców, powoływał się na realizację wykonaną przez tę grupę, niezależnie od tego, jaki był jego udział w realizacji zamówienia. Druga - czy taki wykonawca może powoływać się na realizację wykonaną przez tę grupę, niezależnie od tego, jak był jego udział w realizacji zamówienia. Długość wypowiedzi, realnie uzyskane doświadczenie, które zdobył, realizu-

jąc daną część zamówienia, która została mu przypisana do grupy”.

Rozsądne podejście

Trybunał stwierdził (teza 62 wyroku), że „gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego”. Ponadto nadmieniał, że „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”.

Oznacza to, że jeżeli wykonawca faktycznie brał udział w realizacji całego zamówienia, wraz z konsorcjantami, nadzorując i zarządzając jego wykonaniem, choć bez faktycznego, osobistego wykonywania konkretnych robót, to takie doświadczenie w całości powinno być mu przypisane. Umożliwi to rozsądne podejście do kwestii osobistego spełnienia świadczenia. Dlatego z niecierpliwością czekam na to, jakie będzie teraz orzecznictwo. ©