

zan?

icznych

**9 | / L!**

## **WYROK**

### **RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 07 kwietnia 2008 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie V Wydział Cywilny Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący: Sędzia Sądu Okręgowego Bożena Miśkowiec

Sędzia Sądu Okręgowego Jan Bołonkowski

Sędzia Sądu Rejonowego (del.) Tomasz Gal

Protokolant: apl. sąd. Grzegorz Goss

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 07 kwietnia 2008 r. w Warszawie,  
sprawy ze skargi wniesionej przez Konsorcjum spółek: Grontmij Polska Spółki z o.o. z siedzibą  
w Poznaniu, Grontmij Nederland B. V. z siedzibą w Holandii, Jacobs Polska Spółki z o.o. z  
siedzibą w Warszawie  
z udziałem zamawiającego Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m. st.  
Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Konsorcjum spółek: ECM Group Polska Spółki z  
o.o. z siedzibą w Warszawie, Budownictwo Drogowe Aitkom Spółki z o.o. z siedzibą w  
Doniecku  
o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi Konsorcjum spółek Grontmij Polska Spółki z o.o. z siedzibą w Poznaniu,  
Grontmij Nederland B. V. z siedzibą w Holandii, Jacobs Polska Spółki z o.o. z siedzibą w  
Warszawie

od postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych w  
Warszawie z dnia 21 lutego 2008 r. sygn. akt KIOZUZP 98/08

1. oddała skargę;
2. zasądza od Konsorcjum spółek: Grontmij Polska Spółki z o.o. z siedzibą w Poznaniu,  
Grontmij Nederland B.V. z siedzibą w Holandii, Jacobs Polska Spółki z o.o. z siedzibą w  
Warszawie na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m. st.  
Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 1.217 zł (tysiąc dwieście siedemnaście  
złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego;
3. zasądza od Konsorcjum spółek: Grontmij Polska Spółki z o.o. z siedzibą w Poznaniu,

Grontmij Nederland B. V. z siedzibą w Holandii, Jacobs Polska Spółki z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Konsorcjum spółek: ECM Group Polska Spółki z o.o. z siedzibą w Warszawie, Budownictwo Drogowe Altkom Spółki z o.o. z siedzibą w Doniecku kwotę 1.217 zł (tysiąc dwieście siedemnaście złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego.

Ay./

Kamila:owskaZYUNa oryginale właściwe podpisy  
Za zgodność \ / .

**Sygn. akt V Ca 538/08**

referentAs/ażysta

## UZASADNIENIE

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie Inżynier dla zadania 1: Modernizacja i rozbudowa oczyszczalni ścieków Czajka (część ściekowa i przygotowanie osadów do utylizacji), postępowanie nr 32/JRP/K - 8.1/07, ogłoszonym przez zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie, wobec odrzucenia protestu wniesionego w dniu 14 stycznia 2008 r. przez wykonawcę Konsorcjum spółek: Grontmij Polska Spółki z o. o. 2: siedzibą w Poznaniu, Grontmij Nederland B.V. z siedzibą w Holandii, Jacobs Polska Spółki z o. o. z siedzibą w Warszawie, wskazany wykonawca w dniu 31 stycznia 2008 r. wystąpił z odwołaniem do Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie.

W treści przedmiotowego odwołania wykonawca zawarł zarzuty naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 7 ust. 3, art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności podjętej przez zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty Konsorcjum spółek: ECM Group Polska Spółki z o. o. z siedzibą w Warszawie i Budownictwo Drogowe Altkom Spółki z o. o. z siedzibą w Doniecku, dokonanie ponownego badania i oceny ofert, wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia Konsorcjum spółek: ECM Group Polska Spółki z o. o. z siedzibą w Warszawie i Budownictwo Drogowe Altkom Spółki z o. o. z siedzibą w Doniecku, odrzucenie oferty Konsorcjum spółek: ECM Group Polska Spółki z o. o. z siedzibą w Warszawie i Budownictwo Drogowe Altkom Spółki z o. o. z siedzibą w Doniecku, dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu wykonawca podniósł, iż w dniu 11 stycznia 2008 r. zamawiający w wyniku ponownego badania ofert wybrał jako najkorzystniejszą ofertę Konsorcjum spółek: ECM Group Polska Spółki z o. o. z siedzibą w Warszawie i Budownictwo Drogowe Altkom Spółki z o. o. z siedzibą w Doniecku i tego samego dnia poinformował o powyższym wykonawców. Na czynność tę odwołujący wniósł w dniu 14 stycznia 2008 r. protest do zamawiającego. Zdaniem odwołującego zamawiający niezasadnie odrzucił ten protest błędnie uznając, iż został on wniesiony po terminie, albowiem czynność oprotestowana jest

czynnością całkowicie nową dokonaną w dniu 11 stycznia 2008 r. i nie mogła ona stanowić uprzednio przedmiotu protestu.

Ponadto odwołujący podniósł, iż wybór najkorzystniejszej oferty został dokonany z naruszeniem przepisów art. 7 ust. 3, art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy prawo zamówień publicznych, albowiem zamawiający wybrał ofertę wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta podlegała odrzuceniu. Odwołujący podkreślił, iż zamawiający w pkt 9 cz I SIWZ określił warunki udziału w postępowaniu oraz wskazał niezbędne dokumenty, jakie wykonawcy zobowiązani są złożyć w celu potwierdzenia spełnienia tych warunków. Zgodnie

z pkt 9.1.3. b SIWZ zamawiający wymagał, aby wykonawcy zakończyli wykonywać w okresie ostatnich trzech lat licząc od daty wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, co najmniej jedno zamówienie na usługi dla inwestycji stanowiącej budowę oczyszczalni ścieków o przepustowości co najmniej Qdśr 40 tys. m<sup>3</sup> /d lub modernizację oczyszczalni ścieków o przepustowości powyżej Qdśr 20 tys m<sup>3</sup> / d i wartości inwestycji nie mniejszej niż 10 mln euro, których przedmiotem było pełnienie funkcji inżyniera wg nomenklatury FIDIC lub pełnienie funkcji zarządzającego kontraktem - przedstawiciela inwestora wg innej konstrukcji umowy w formule „projektuj i buduj” lub „buduj”.

Odwołujący wskazał, iż wprawdzie Konsorcjum spółek: ECM Group Polska Spółki z o. o. z siedzibą w Warszawie i Budownictwo Drogowe Altkom Spółki z o. o. z siedzibą w Doniecku załączyło do wykazu referencje, z których wynika, że konsorcjant Budownictwo Drogowe Altkom Spółka z o. o. z siedzibą w Doniecku pełnił funkcje inżyniera kontraktu według warunków kontraktowych FIDIC w zakresie usługi „Budowa oczyszczalni ścieków Makiejewskaja w mieście Makiejewka” to jednak usługa ta nie może zostać zaliczona przez zamawiającego na poczet wymaganego doświadczenia, ponieważ Budownictwo Drogowe Altkom Spółka z o. o. z siedzibą w Doniecku był generalnym wykonawcą oczyszczalni ścieków Makiejewskaja, a nie - jak wskazał - pełnił na niej funkcji inżyniera kontraktu. W tym zakresie odwołujący podniósł, iż wynika to z referencji przedstawionych przez Budownictwo Drogowe Altkom Spółkę z o. o. z siedzibą w Doniecku w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez gminę Sosnowiec. W ocenie odwołującego w tym stanie rzeczy referencja przedstawiona przez Budownictwo Drogowe Altkom Spółkę z o. o. z siedzibą w Doniecku w niniejszym postępowaniu nie jest prawdziwa. Jednocześnie nie ma możliwości, aby ten sam podmiot był zarówno inżynierem jak i wykonawcą na jednym projekcie zgodnie z warunkami FIDIC. Niemożność ta wynika z tego, iż inżynier kontraktu pełni funkcje nadzorcze nad wykonawcą robót. W przypadku zachodzenia tożsamości podmiotowej w przedstawionym zakresie nie byłaby możliwa obiektywna ocena wykonywanych przez podmiot nadzorowany czynności. Tym samym Konsorcjum spółek: ECM Group Polska Spółki z o. o. z siedzibą w Warszawie i Budownictwo Drogowe Altkom Spółki z o. o. z siedzibą w Doniecku nie spełniło warunku udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne, a dodatkowo złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Zamawiający Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł o odrzucenie odwołania.

Wykonawca Konsorcjum spółek: ECM Group Polska Spółki z o. o. z siedzibą w Warszawie i Budownictwo Drogowe Altkom Spółki z o. o. z siedzibą w Doniecku przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i również wniósł o odrzucenie odwołania.

Postanowieniem z dnia 21 lutego 2008 r. Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 98/08 odrzuciła odwołanie Konsorcjum spółek: Grontmij Polska Spółki z o. o. z siedzibą w Poznaniu, Grontmij Nederland B.V. z siedzibą w Holandii, Jacobs Polska Spółki z o. o. z siedzibą w Warszawie.

Rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej zapadło w oparciu o następujące ustalenia i rozważania prawne:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie Inżynier dla zadania 1: Modernizacja i rozbudowa oczyszczalni ścieków Czajka (część ściekowa i przygotowanie osadów do utylizacji), postępowanie nr 32/JRP/K - 8.1/07, ogłoszonym przez zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie, zamawiający w dniu 19 listopada 2007 r. zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, w tym o wykluczeniu oferty Konsorcjum spółek: ECM Group Polska Spółki z o. o. z siedzibą w Warszawie i Budownictwo Drogowe Altkom Spółki z o. o. z siedzibą w Doniecku. Na przedmiotową czynność w dniu 26 listopada 2007 r. protest złożyło Konsorcjum spółek: ECM Group Polska Spółki z o. o. z siedzibą w Warszawie i Budownictwo Drogowe Altkom Spółki z o. o. z siedzibą w Doniecku. W dniu 03 grudnia

2007 r. odwołujący Konsorcjum spółek: Grontmij Polska Spółki z o. o. z siedzibą w Poznaniu, Grontmij Nederland B.V. z siedzibą w Holandii, Jacobs Polska Spółki z o. o. z siedzibą w Warszawie przystąpił to tego protestu po stronie zamawiającego, a w dniu 21 grudnia 2007 r. do postępowania odwoławczego. W wyniku przeprowadzonego postępowania

odwoławczego czynność wykluczenia Konsorcjum spółek: ECM Group Polska Spółki z o. o. z siedzibą w Warszawie i Budownictwo Drogowe Altkom Spółki z o. o. z siedzibą w Doniecku została unieważniona. W dniu 11 stycznia 2008 r. zamawiający w wyniku ponownego badania ofert wybrał jako najkorzystniejszą ofertę Konsorcjum spółek: ECM Group Polska Spółki z o. o. z siedzibą w Warszawie i Budownictwo Drogowe Altkom Spółki z o. o. z siedzibą w Doniecku i tego samego dnia poinformował o powyższym wykonawców. Na czynność tę odwołujący wniósł w dniu 14 stycznia 2008 r. protest do zamawiającego.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy prawo zamówień publicznych, albowiem protest poprzedzający odwołanie został wniesiony po terminie.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazała w uzasadnieniu, iż protest zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych wnosi się na określone działanie lub zaniechanie zamawiającego w terminie 7 dni od dnia, w którym powzięto lub można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej odwołujący już w dniu 19 listopada 2007 r. powziął wiadomość o wykluczeniu z postępowania Konsorcjum spółek: ECM Group Polska Spółki z o. o. z siedzibą w Warszawie i Budownictwo Drogowe Altkom Spółki z o. o. z siedzibą w Doniecku i już wówczas powinien złożyć protest na zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy na podstawie tych innych okoliczności, które nie stały się podstawą wykluczenia przez zamawiającego. Odwołujący utracił prawo do składania protestu na dalszym etapie postępowania. Odwołujący nie może już ze względów formalnych dochodzić wykluczenia Konsorcjum spółek: ECM Group Polska Spółki z o. o. z siedzibą w Warszawie i Budownictwo Drogowe Altkom Spółki z o. o. z siedzibą w Doniecku z przedmiotowego postępowania. Odwołujący powinien liczyć się z tym, iż ewentualne uwzględnienie protestu Konsorcjum spółek: ECM Group Polska Spółki z o. o. z siedzibą w Warszawie i Budownictwo Drogowe Altkom Spółki z o. o. z siedzibą w Doniecku może spowodować, iż wykluczony wcześniej wykonawca wróci do postępowania przetargowego, a jego oferta może być uznana za najkorzystniejszą.

Skargę od postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 21 lutego 2008 r. wniósł odwołujący Konsorcjum spółek: Grontmij Polska Spółki z o. o. z siedzibą w Poznaniu, Grontmij Nederland B.V. z siedzibą w Holandii, Jacobs Polska Spółki z o. o. z siedzibą w Warszawie.

Skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego postanowienia i o uwzględnienie odwołania, a także o zasądzenie kosztów postępowania przed Sądem i Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu skarżący przedstawił argumentację mającą wykazać niezasadność rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej oraz zasadność wniosku o uwzględnienie przedmiotowego odwołania.

W ocenie Konsorcjum spółek: Grontmij Polska Spółki z o. o. z siedzibą w Poznaniu, Grontmij Nederland B.V. z siedzibą w Holandii, Jacobs Polska Spółki z o. o. z siedzibą w Warszawie Krajowa Izba Odwoławcza niezasadnie odrzuciła odwołanie mylnie uznając, iż zostało ono wniesione po terminie. Zdaniem skarżącego czynność oprotestowana jest czynnością całkowicie nową dokonaną w dniu 11 stycznia 2008 r. i nie mogła ona stanowić uprzednio przedmiotu protestu. W dniu 19 listopada 2007 r., czyli w momencie wykluczenia Konsorcjum spółek: ECM Group Polska Spółki z o. o. z siedzibą w Warszawie i Budownictwo Drogowe Altkom Spółki z o. o. z siedzibą w Doniecku interes prawny skarżącego nie doznawał jakiegokolwiek uszczerbku, albowiem czynność ta była dokonana zgodnie z interesem skarżącego. Skarżący zaznaczył, iż przedmiotem protestu jest czynność lub zaniechanie zamawiającego, a nie jej poszczególne elementy, w tym przypadku poszczególne podstawy faktyczne wykluczenia. W ocenie skarżącego przedmiotem protestu nie może być niezastosowanie wszystkich podstaw wykluczenia.

Ponadto skarżący, podobnie jak w odwołaniu, podniósł, iż wybór najkorzystniejszej

oferty został dokonany z naruszeniem przepisów art. 7 ust. 3, art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy prawo zamówień publicznych, albowiem zamawiający wybrał ofertę wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta podlegała odrzuceniu. Odwołujący podkreślił, iż zamawiający w pkt 9 cz I SIWZ określił warunki udziału w postępowaniu oraz wskazał niezbędne dokumenty, jakie wykonawcy zobowiązani są złożyć w celu potwierdzenia spełnienia tych warunków. Zgodnie z pkt 9.1.3. b SIWZ zamawiający wymagał, aby wykonawcy zakończyli wykonywać w okresie ostatnich trzech lat licząc od daty wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, co najmniej jedno zamówienie na usługi dla inwestycji stanowiącej budowę oczyszczalni ścieków o przepustowości co najmniej Qdśr 40 tyś. m<sup>3</sup> /d lub modernizację oczyszczalni ścieków o przepustowości powyżej Qdśr 20 tyś m<sup>3</sup> / d i wartości inwestycji nie mniejszej niż 10 mln euro, których przedmiotem było pełnienie funkcji inżyniera wg nomenklatury FIDIC lub pełnienie funkcji zarządzającego kontraktem - przedstawiciela inwestora wg innej konstrukcji umowy w formule „projektuj i buduj” lub „buduj”.

Odwołujący wskazał, iż wprawdzie Konsorcjum spółek: ECM Group Polska Spółki z o. o. z siedzibą w Warszawie i Budownictwo Drogowe Altkom Spółki z o. o. z siedzibą w

Doniecku załączyło do wykazu referencje, z których wynika, że konsorcjant Budownictwo Drogowe Altkom Spółka z o. o. z siedzibą w Doniecku pełnił funkcję inżyniera kontraktu według warunków kontraktowych FIDIC w zakresie usługi „Budowa oczyszczalni ścieków Makiejewskaja w mieście Makiejewka” to jednak usługa ta nie może zostać zaliczona przez zamawiającego na poczet wymaganego doświadczenia, ponieważ Budownictwo Drogowe Altkom Spółka z o. o. z siedzibą w Doniecku był generalnym wykonawcą oczyszczalni ścieków Makiejewskaja, a nie - jak wskazał - pełnił na niej funkcji inżyniera kontraktu. W tym zakresie odwołujący podniósł, iż wynika to z referencji przedstawionych przez Budownictwo Drogowe Altkom Spółce z o. o. z siedzibą w Doniecku w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez gminę Sosnowiec. W ocenie odwołującego w tym stanie rzeczy referencja przedstawiona przez Budownictwo Drogowe Altkom Spółkę z o. o. z siedzibą w Doniecku w niniejszym postępowaniu nie jest prawdziwa. Jednocześnie nie ma możliwości, aby ten sam podmiot był zarówno inżynierem jak i wykonawcą na jednym projekcie zgodnie z warunkami FIDIC. Niemożność ta wynika z tego, iż inżynier kontraktu pełni funkcje nadzorcze nad wykonawcą robót. W przypadku zachodzenia tożsamości podmiotowej w przedstawionym zakresie nie byłaby możliwa obiektywna ocena wykonywanych przez podmiot nadzorowany czynności. Tym samym Konsorcjum spółek: ECM Group Polska Spółki z o. o. z siedzibą w Warszawie i Budownictwo Drogowe Altkom Spółki z o. o. z siedzibą w Doniecku nie spełniło warunku udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne, a dodatkowo złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Dodatkowo skarżący podniósł, iż tłumaczenie referencji przedstawionej przez Konsorcjum spółek: ECM Group Polska Spółki z o. o. z siedzibą w Warszawie i Budownictwo Drogowe Altkom Spółki z o. o. z siedzibą w Doniecku nie jest zgodne z oryginalnym brzmieniem tej referencji w języku rosyjskim. Skarżący podkreślił, iż sama spółka Budownictwo Drogowe Altkom Spółce z o. o. z siedzibą w Doniecku w piśmie z dnia 18 stycznia 2008 r. wyjaśniła, iż była generalnym wykonawcą robót na zadaniu „budowa oczyszczalni ścieków Makiejewskaja” w mieście Makiejewka i jednocześnie pełniła funkcję inżyniera kontraktu. Zdaniem skarżącego także w świetle prawa ukraińskiego nie jest możliwe łączenie obu przedmiotowych funkcji

Skarżący wskazał, iż ocena sprawy nie powinna abstrahować od kontekstu społeczno - gospodarczego przetargu ogłoszonego przez zamawiającego. Przedmiotowe zamówienie jest bowiem zamówieniem finansowanym z budżetu Unii Europejskiej ze środków Funduszu Spójności. Na poziomie krajowym instytucją pośredniczącą w projektach finansowanych z tego Funduszu jest Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej. Skarżący wskazał, iż fundusz ten stoi na stanowisku niemożności jednoczesnego łączenia funkcji inżyniera i wykonawcy robót przez ten sam podmiot. Podobne stanowisko zajmuje Ministerstwo Infrastruktury.

Zdaniem Skarżącego nie jest również możliwe uznanie usługi realizowanej przez

Budownictwo Drogowe Altkom Spółkę z o. o. z siedzibą w Doniecku na zadaniu „budowa oczyszczalni ścieków Makiejewska” w mieście Makiejewka za pełnienie funkcji zarządzającego kontraktem przedstawiciela inwestora wg innej konstrukcji umowy w formule „projektu i buduj” lub „buduj”.

W podsumowaniu skargi skarżący podniósł, iż gdyby doszło do zawarcia umowy pomiędzy zamawiającym a Konsorcjum spółek: ECM Group Polska Spółki z o. o. z siedzibą w Warszawie i Budownictwo Drogowe Altkom Spółki z o. o. z siedzibą w Doniecku to umowa taka byłaby nieważna, albowiem wyżej wskazane konsorcjum nie spełnia warunku udziału w postępowaniu i wybór tej oferty jest wyborem dokonany z rażącym naruszeniem prawa. Natomiast nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego pociąga za sobą daleko idące następstwa w zakresie uzyskania przez zamawiającego refundacji z budżetu Unii Europejskiej wydatków poniesionych na realizację tego zadania (k. 120-135).

Skarżący Konsorcjum spółek: Grontmij Polska Spółki z o. o. z siedzibą w Poznaniu, Grontmij Nederland B.V. z siedzibą w Holandii, Jacobs Polska Spółki z o. o. z siedzibą w Warszawie podtrzymał swoje stanowisko w sprawie w piśmie z dnia 07 kwietnia 2008 r. (k. 409 - 416) i na rozprawie w dniu 07 kwietnia 2008 r. (k. 419).

Zamawiający Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie w piśmie z dnia 12 marca 2008 r. wniósł o oddalenie skargi i o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych (k. 318 — 326). Na rozprawie w dniu 07 kwietnia 2008 r. zamawiający wniósł o odrzucenie skargi, ewentualnie o jej oddalenie (k. 419).

Przystępujący do postępowania odwoławczego Konsorcjum spółek: ECM Group Polska Spółki z o. o. z siedzibą w Warszawie i Budownictwo Drogowe Altkom Spółki z o. o. z siedzibą w Doniecku w piśmie z dnia 31 marca 2008 r. wniósł o odrzucenie skargi, ewentualnie o jej oddalenie oraz o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych (k. 391 - 401), a następnie podtrzymał to stanowisko na rozprawie w dniu 07 kwietnia 2008 r. (k. 419).

### **Sąd zważył, co następuje:**

Skarga nie jest zasadna i podlega oddaleniu.

Rozpoznając niniejszą skargę Sąd wziął pod uwagę wszystkie zarzuty podniesione w skardze zarówno mające na celu wykazanie niezasadności odrzucenia odwołania i zasadności wniosku skarżącego o uwzględnienie odwołania.

Sąd uznał za nietrafny wniosek zamawiającego i przystępującego po postępowania odwoławczego, iż przedmiotowa skarga powinna zostać odrzucona. W ocenie Sądu brak jest podstaw faktycznych i prawnych uzasadniających odrzucenie skargi. Zdaniem Sądu skarżący w prawidłowy sposób wykonał zarządzenie z dnia 06 marca 2008 r., na podstawie którego został zobowiązany do złożenia dowodu doręczenia przystępującemu do odwołania po stronie zamawiającego odpisu skargi w terminie 7 dni pod rygorem odrzucenia skargi. Przedmiotowe zarządzenie zostało doręczone skarżącemu w dniu 13 marca 2008 roku. W dniu 13 marca 2008 r. skarżący złożył dowody doręczenia wskazanego odpisu skargi ECM Group Polska Spółce z o. o. z siedzibą w Warszawie jako liderowi Konsorcjum spółek: ECM Group Polska Spółki z o. o. z siedzibą w Warszawie i Budownictwo Drogowe Altkom Spółki z o. o. z siedzibą w Doniecku, które to konsorcjum przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Złożone dowody doręczenia zawierają adnotacje o nadaniu przesyłki skierowanej do podmiotu przystępującego w dniu 11 marca 2008 r. (k. 316 - 317).

Zdaniem Sądu zarządzenie z dnia 06 marca 2008 r. zostało prawidłowo wykonane przez skarżącego, albowiem prawidłowe wykonanie tego zarządzenia polegało na złożeniu dowodu doręczenia przedmiotowego odpisu podmiotowi, który przystąpił do postępowania odwoławczego, a nie na złożeniu dowodu doręczenia tego odpisu jednocześnie z datą wniesienia skargi. Zgodnie z treścią art. 195 ust. 2 ustawy z dnia 29.01.2004 r. prawo zamówień publicznych skargę wnosi się w terminie 7 dni od dnia doręczenia orzeczenia

przesyłając jednocześnie jej odpis przeciwnikowi skargi. W niniejszej sprawie przeciwnikiem skargi jest jedynie zamawiający Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie. Natomiast przeciwnikiem skargi w rozumieniu art. 195 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych nie jest Konsorcjum spółek: ECM Group Polska Spółki z o. o. z siedzibą w Warszawie i Budownictwo Drogowe Altkom Spółki z o. o. z siedzibą w Doniecku jako podmiot, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Postępowanie przed Sądem ma charakter postępowania dwustronnego: skarżący ( wykonawca, zamawiający) i przeciwnik skargi ( odwołujący się wykonawca, zamawiający). Takie stanowisko zajął Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia

19.06.2007 r., III CZP 25/07 i Sąd Okręgowy w całości je podziela. Nie ulega wątpliwości, iż Konsorcjum spółek: ECM Group Polska Spółki z o. o. z siedzibą w Warszawie i Budownictwo Drogowe Altkom Spółki z o. o. z siedzibą w Doniecku jest uczestnikiem przedmiotowego postępowania i charakter prawny tego uczestnictwa odpowiada instytucji interwenienta ubocznego określonej w przepisach kodeksu postępowania cywilnego (art. 76 i nast. kpc). Pogląd powyższy znajduje potwierdzenie w treści uchwały Sądu Najwyższego z dnia 07.12.2007 r., III CZP 123/07. Zdaniem Sądu nie można jednak postawić znaku równości pomiędzy przeciwnikiem skargi a uczestnikiem postępowania. W konsekwencji skarżący postąpiłby niezgodnie z treścią przepisu art. 195 ust.2 ustawy prawo zamówień publicznych tylko wówczas gdyby w dniu 29 lutego 2008 r , czyli w dniu wniesienia skargi nie dokonał jednoczesnego doręczenia odpisu skargi zamawiającemu. Taka sytuacja nie miała miejsca. Z faktu, iż Konsorcjum spółek: ECM Group Polska Spółki z o. o. z siedzibą w Warszawie i Budownictwo Drogowe Altkom Spółki z o. o. z siedzibą w Doniecku jest uczestnikiem przedmiotowego postępowania należy wywieść tylko taki obowiązek, iż jako uczestnik tego postępowania powinien otrzymać odpis skargi. Wynika to ze stosowanego odpowiednio przepisu art. 128 kpc. Jak już uprzednio to zostało wskazane doręczenie takie nie musi jednak mieć charakteru jednoczesnego z wniesieniem skargi. Złożony w sprawie dowód doręczenia na skutek wydania zarządzenia z dnia 06 marca 2008 r. jest dowodem spełniającym wskazany wymóg procesowy. W konsekwencji z brakiem dowodu jednoczesnego doręczenia odpisu skargi podmiotowi przystępującemu do odwołania nie można wiązać skutku w postaci odrzucenia skargi. W tym miejscu należy dodatkowo podkreślić, iż zarządzenie przewodniczącego z dnia 06 marca 2008 r. również nie zawierało wymogu złożenia dowodu jednoczesnego doręczenia, W tym stanie rzecz brak jest zdaniem Sądu podstaw do odrzucenia skargi.

Mając na uwadze powyższe Sąd oddalił wniosek skarżącego o zwrócenie się do Sądu Najwyższego celem przedstawienia temu Sądowi w trybie art. 390 kpc do rozstrzygnięcia zagadnienia terminu doręczenia odpisu skargi podmiotowi, który przystąpił do postępowania odwoławczego, albowiem Sąd Okręgowy dokonał samodzielnej oceny prawnej w tym zakresie i uwzględnienie wniosku skarżącego uznał za niecelowe (k. 419 ).

Mając na uwadze powyższe Sąd przystąpił do merytorycznej oceny skargi.

Sąd wziął pod uwagę wszystkie zarzuty podniesione w skardze zarówno mające na celu wykazanie niezasadności odrzucenia odwołania i zasadności wniosku skarżącego o uwzględnienie odwołania.

W ocenie Sądu skarga nie zasługuje na uwzględnienie, mimo iż Sąd uznał za zasadny zarzut skarżącego, iż Krajowa Izba Odwoławcza niezasadnie odrzuciła odwołanie. Powyższe stanowisko Sądu wynika z niepodzielenia przez Sąd argumentacji skarżącego odnoszącej się do wniosku o uwzględnienie odwołania.

W ocenie Sądu odwołanie skarżącego nie podlegało odrzuceniu, albowiem zostało wniesione w terminie. Krajowa Izba Odwoławcza niezasadnie odrzuciła odwołanie błędnie uznając, iż zostało ono wniesione po terminie. Należy podzielić pogląd skarżącego, iż czynność oprotestowana jest czynnością całkowicie nową dokonaną w dniu 11 stycznia 2008 r. i nie mogła ona stanowić uprzednio przedmiotu protestu. W dniu 19 listopada 2007 r, czyli w momencie wykluczenia Konsorcjum spółek: ECM Group Polska Spółki z o. o. z siedzibą w Warszawie i Budownictwo Drogowe Altkom Spółki z o. o. z siedzibą w Doniecku interes prawny skarżącego nie doznawał jakiegokolwiek uszczerbku, albowiem czynność ta była

dokonana zgodnie z interesem skarżącego. Przedmiotem protestu jest czynność lub zaniechanie zamawiającego, a nie jej poszczególne elementy, przedmiotem protestu nie może być niezastosowanie wszystkich podstaw wykluczenia.

Mając na uwadze powyższe Sąd oddalił wniosek skarżącego o zwrócenie się do Sądu Najwyższego celem przedstawienia temu Sądowi w trybie art. 390 kpc do rozstrzygnięcia zagadnienia terminu wniesienia protestu w przypadku dokonania ponownej oceny ofert, albowiem Sąd Okręgowy dokonał samodzielnej oceny prawnej w tym zakresie i uwzględnienie wniosku skarżącego uznał za niecelowe (k. 419).

W konsekwencji Sąd przystąpił do rozpoznania skargi także w odniesieniu do tych zarzutów skarżącego, które według skarżącego miały stanowić podstawę do uwzględnienia odwołania. W miejscu należy podkreślić, iż Krajowa Izba Odwoławcza wydając postanowienie o odrzuceniu odwołania nie dokonała w ogóle rozpoznania istoty sprawy. Przepisy ustawy prawo zamówień publicznych w części odnoszącej się do postępowania przed sądem, odmiennie niż kodeks postępowania cywilnego, nie przewidują możliwości uchylecia w takim przypadku przez Sąd postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania. Powyższe oznacza, iż Sąd zobowiązany jest do dokonania takiej oceny wszystkich podniesionych przez Konsorcjum spółek: Grontmij Polska Spółki z o. o. z siedzibą w Poznaniu, Grontmij Nederland B.V. z siedzibą w Holandii, Jacobs Polska Spółki z o. o. z siedzibą w Warszawie zarzutów w ramach przedmiotowej skargi.

Zdaniem Sądu zarzuty skarżącego mające uzasadniać wniosek o uwzględnienie odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

W ocenie Sądu zamawiający Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie dokonując w wyniku ponownego badania ofert w dniu 11 stycznia 2008 r. wyboru najkorzystniejszej oferty nie naruszył przepisów art. 7 ust. 3, art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy prawo zamówień publicznych. Brak jest bowiem podstaw do przyjęcia, iż zamawiający wybrał ofertę wykonawcy Konsorcjum spółek: ECM Group Polska Spółki z o. o. z siedzibą w Warszawie i Budownictwo Drogowe Altkom Spółki z o. o. z siedzibą w Doniecku, który powinien zostać wykluczony z postępowania i że jego oferta podlegała odrzuceniu.

Jest w sprawie bezsporne, że zamawiający w pkt 9 cz I SIWZ określił warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz wskazał niezbędne dokumenty, jakie wykonawcy zobowiązani są złożyć w celu potwierdzenia spełnienia tych warunków. Zgodnie z pkt 9.1.3. b SIWZ zamawiający wymagał, aby wykonawcy zakończyli wykonywać w okresie ostatnich trzech lat licząc od daty wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, co najmniej jedno zamówienie na usługi dla inwestycji stanowiącej budowę oczyszczalni ścieków o przepustowości co najmniej Qdśr 40 tyś. m<sup>3</sup> / d lub modernizację oczyszczalni ścieków o przepustowości powyżej Qdśr 20 tyś m<sup>3</sup> / d i wartości inwestycji nie mniejszej niż 10 mln euro, których przedmiotem było pełnienie funkcji inżyniera wg nomenklatury FIDIC lub pełnienie funkcji zarządzającego kontraktem - przedstawiciela inwestora wg innej konstrukcji umowy w formule „projektuj i buduj” lub „buduj”.

Sąd ustalił, iż Konsorcjum spółek: ECM Group Polska Spółki z o. o. z siedzibą w Warszawie i Budownictwo Drogowe Altkom Spółki z o. o. z siedzibą w Doniecku załączyło do wykazu referencji, z których wynika, że konsorcjant Budownictwo Drogowe Altkom Spółka z o. o. z siedzibą w Doniecku pełnił funkcje inżyniera kontraktu według warunków kontraktowych FIDIC w zakresie usługi „Budowa oczyszczalni ścieków Makiejewska w mieście Makiejewka”. Zdaniem Sądu brak jest podstaw do przyjęcia, iż tłumaczenie referencji przedstawionej przez Konsorcjum spółek: ECM Group Polska Spółki z o. o. z siedzibą w Warszawie i Budownictwo Drogowe Altkom Spółki z o. o. z siedzibą w Doniecku nie jest zgodne z oryginalnym brzmieniem tej referencji w języku rosyjskim. Tłumaczenie to jest tłumaczeniem dokonany przez tłumacza przysięgłego. Jednocześnie Budownictwo Drogowe Altkom Spółka z o. o. z siedzibą w Doniecku było generalnym wykonawcą tejsze oczyszczalni ścieków Makiejewska. Wynika to z referencji przedstawionych przez



Budownictwo Drogowe Altkom Spółkę z o. o. z siedzibą w Doniecku w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez gminę Sosnowiec. Ponadto sama spółka Budownictwo Drogowe Altkom Spółka z o. o. z siedzibą w Doniecku w piśmie z dnia 18 stycznia 2008 r. przyznała, iż była generalnym wykonawcą robót na zadaniu „budowa oczyszczalni ścieków Makiejewskaja” w mieście Makiejewka i jednocześnie pełniła funkcję inżyniera kontraktu.

W ocenie Sądu w tym stanie rzeczy nie można przyjąć, iż referencja przedstawiona przez Budownictwo Drogowe Altkom Spółkę z o. o. z siedzibą w Doniecku w niniejszym postępowaniu nie jest prawdziwa. Z przedstawionych w sprawie dokumentów wynika, iż Budownictwo Drogowe Altkom Spółka z o. o. z siedzibą w Doniecku była na przedmiotowym kontrakcie w miejscowości Makiejewka zarówno inżynierem kontraktu jak i wykonawcą robót. W tym miejscu należy podkreślić, iż zamawiający nie wprowadził dla wykonawców wymogu pełnienia wyłącznie funkcji inżyniera kontraktu. Powyższe oznacza, iż dany podmiot mógł jednocześnie pełnić inne funkcje na danej inwestycji. Bez znaczenia pozostaje okoliczność, iż inżynier kontraktu pełni funkcje nadzorcze nad wykonawcą robót. Nie ulega wątpliwości, iż w takim przypadku zachodzi możliwość pojawienia się nieobiektywnej oceny wykonywanych przez podmiot nadzorowany czynności. Jest to jednak jedynie potencjalne ryzyko i brak jest podstaw do przyjęcia, iż w konkretnym przypadku wystąpiło nieprawidłowe wykonywanie przez dany podmiot obowiązków należących z tytułu pełnienia funkcji inżyniera kontraktu lub też z tytułu pełnienia funkcji wykonawcy robót. W niniejszej sprawie z przedstawionych referencji wynika, iż ukraiński podmiot zamawiający nie miał żadnych zastrzeżeń co do wykonania usługi przez Budownictwo Drogowe Altkom Spółka z o. o. z siedzibą w Doniecku (k. 241 ).

Sąd nie podzielił poglądu skarżącego, iż konsorcjant Budownictwo Drogowe Altkom Spółka z o. o. z siedzibą w Doniecku nie pełnił funkcji inżyniera kontraktu według warunków kontraktowych FIDIC w zakresie usługi „Budowa oczyszczalni ścieków Makiejewskaja w mieście Makiejewka”. Wymaga podkreślenia, iż warunki kontraktowe FIDIC nie stanowią przepisów prawa powszechnie obowiązującego, stanowią jedynie wzorzec umowy opracowany przez prywatne stowarzyszenie - Międzynarodową Federację Inżynierów Konsultantów z siedzibą w Genewie. Wzorzec ten staje się treścią umowy zawartej pomiędzy stronami kontraktu tylko w przypadku odniesienia się do tego wzorca przez obie strony w umowie. Analiza treści warunków kontraktowych FIDIC prowadzi do wniosku, iż aczkolwiek warunki te wyróżniają trzy osobne podmioty uczestniczące w procesie inwestycyjnym (zamawiający, inżynier kontraktu oraz wykonawca) i przewidują dla nich różne zadania to jednak nie zawierają one bezwzględnego zakazu łączenia funkcji inżyniera kontraktu i

wykonawcy robót przez ten sam podmiot. Brak takiego zakazu w treści warunków kontraktowych FIDIC przyznał sam skarżący (k. 418-419 ). Ponadto nie można tracić z pola widzenia tej okoliczności, iż ponieważ jak to uprzednio wskazano warunki te są jedynie wzorcem umownym to jak każdy tego rodzaju wzorzec mogą one być modyfikowane przez strony kontraktu. W ocenie Sądu brak jest podstaw do odmówienia stronom prawa do dokonania takiej modyfikacji. W sytuacji gdy wzorce kontraktowe FIDIC nie zawierają zakazu łączenia funkcji inżyniera kontraktu i wykonawcy robót to strony kontraktu służącego realizacji inwestycji w miejscowości Makiejewka mogły przystać na takie połączenie tych funkcji i nie było to niezgodne z warunkami kontraktowymi FIDIC, które mogły podlegać modyfikacji. W tym miejscu należy podnieść, iż pogląd powyższy znajduje potwierdzenie w treści wprowadzenia do warunków kontraktowych FIDIC (k. 417, k. f). Wynika z niego, iż warunki kontraktowe FIDIC są wzorami umownymi, które strony mogą dostosowywać stosownie do swoich potrzeb i zadań, same w sobie nie zastępują konkretnej umowy.

Sąd oddalił wnioski dowodowe skarżącego o zasięgnięcie opinii Stowarzyszenia Inżynierów, Doradców i Rzecoznawców z siedzibą w Warszawie i Międzynarodowej Federacji Inżynierów Konsultantów z siedzibą w Genewie w zakresie ustalenia niedopuszczalności łączenia funkcji inżyniera kontraktu i wykonawcy robót w rozumieniu warunków kontraktowych FIDIC (k. 419). Sąd uznał, iż ocena prawna sprawy, w tym wykładnia warunków kontraktowych FIDIC należy do Sądu. Opinie prawne nie stanowią dowodu w sprawie. Skarżący przedstawił w niniejszej sprawie obszerną argumentację prawną, której Sąd nie podzielił w zakresie obowiązywania zakazu łączenia funkcji inżyniera kontraktu i wykonawcy robót.

Zdaniem Sądu bez znaczenia dla oceny sprawy pozostaje zarzut skarżącego, iż w świetle prawa ukraińskiego nie jest możliwe łączenie obu przedmiotowych funkcji. Zamawiający Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie nie wprowadził bowiem warunku zgodności wykonanej usługi z przepisami prawa wykonania usługi tylko z warunkami kontraktowymi FIDIC. Podobnie bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy pozostaje stanowisko Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej oraz Ministerstwa Infrastruktury co do niemożności jednoczesnego łączenia funkcji inżyniera i wykonawcy robót przez ten sam podmiot. W ocenie Sądu stanowiska tych instytucji miałyby ewentualnie znaczenie przy ocenie sposobu realizacji kontraktu objętego przedmiotowym zamówieniem Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie. Natomiast nie mają żadnego znaczenia dla oceny sposobu realizacji inwestycji w miejscowości Makiejewka.

Konkludując zdaniem Sądu usługa „Budowa oczyszczalni ścieków Makiejewskaja w mieście Makiejewka” może zostać zaliczona przez zamawiającego na poczet wymaganego doświadczenia.

Tym samym należy przyjąć, iż Konsorcjum spółek: ECM Group Polska Spółki z o. o. z siedzibą w Warszawie i Budownictwo Drogowe Altkom Spółki z o. o. z siedzibą w Doniecku spełniło warunek udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne ogłoszonym przez zamawiającego i nie złożyło nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W ocenie Sądu pełnienie funkcji inżyniera kontraktu i wykonawcy robót na jednej inwestycji jest usługą także w rozumieniu warunków przedstawionych przez zamawiającego. Brak jest podstaw do przyjmowania innej wykładni tego słowa.

W konsekwencji nie można przyjąć, iż gdyby doszło do zawarcia umowy pomiędzy zamawiającym a Konsorcjum spółek: ECM Group Polska Spółki z o. o. z siedzibą w Warszawie i Budownictwo Drogowe Altkom Spółki z o. o. z siedzibą w Doniecku to umowa taka byłaby nieważna, albowiem wyżej wskazane konsorcjum spełnia warunki udziału w postępowaniu i wybór tej oferty nie jest wyborem dokonany z naruszeniem prawa.

Mając na uwadze powyższe stanowisko Sądu należy także uznać, iż pogląd skarżącego w przedmiocie niemożności uznania usługi realizowanej przez Budownictwo Drogowe Altkom Spółkę z o. o. z siedzibą w Doniecku na zadaniu „budowa oczyszczalni ścieków Makiejewskaja” w mieście Makiejewka za pełnienie funkcji zarządzającego kontraktem przedstawiciela inwestora wg innej konstrukcji umowy w formule „projektu i buduj” lub „buduj” nie może odnieść skutku oczekiwanego przez skarżącego, mimo iż podmiot ten takiej funkcji nie pełnił.

W tym stanie rzeczy w ocenie Sądu brak jest podstaw do uznania, iż zawarty w skardze wniosek o uwzględnienie odwołania jest zasadny.

Mając na uwadze powyższe Sąd orzekł jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania skargowego Sąd orzekł na podstawie art. 98 § 1 w związku z art. 391 § 1 kpc i art. 194 § 2 ustawy prawo zamówień publicznych. Sąd zastosował zasadę odpowiedzialności za wynik postępowania. Wysokość kwot zasądzonych z tytułu kosztów zastępstwa procesowego wynika z treści § 10 ust. 1 pkt 4 w zw. z § 5 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.09.2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego

Na oryginale właściwe podpisy  
ustanowionego z urzędu. Za zgodność