

WYROK
W IMIENIU RZECZPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 marca 2009 r.

Sąd Okręgowy we Wrocławiu- Wydział X Gospodarczy w składzie:

SSO Janusz Kaspryszyn
PrzewodniczącySSO Jolanta Bojko (spr.)

Sędziowie: SSR (del.) Małgorzata Łebkowska
 Dominika Olbert

Protokolant:

po rozpoznaniu w dniu 19 lutego 2009 roku we Wrocławiu

na rozprawie

skargi wniesionej przez WPB Zabrze Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w
Zabrze

przy udziale przeciwnika skargi- zamawiającego Samorządu Województwa
Dolnośląskiego-Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu
i interwenienta ubocznego konsorcjum WYG International Sp. z o.o.w Warszawie
(lider) i WYG Eneengineering Limited w Leeds

na skutek skargi WPB Zabrze Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrze
od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 grudnia 2008i- w sprawie sygn. akt
K10/UZP 1433/08

I. oddala skargę;

II. zasądza od skarżącego na rzecz zamawiającego i interwenienta ubocznego kwotę

zecz każdego z nich tytułem zwrotu kosztów zastępstwa

po 3600

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 22 grudnia 2008 r. w sprawie sygn. KIO/GZP 1433/08 Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie wniesione przez WBP Zabrze Spółka z o.o. w Zabrzu od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Dolnośląskiej Służby Dróg i Kolei we Wrocławiu protestu z dnia 14.11.2008r. dotyczącego zamówienia publicznego prace studialne, koncepcja programowo-przestrzenna i program funkcjonalno-użytkowy dla zadania Budowa obejścia ul. Kamienieckiej w m. Ząbkowice Śląskie w ciągu drogi wojewódzkiej nr 382 oraz rozstrzygnęła o kosztach postępowania.

W uzasadnieniu KIO wskazała, że WBP Zabrze sp. z o.o. podniósł w proteście, a następnie w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców WYG INTERNATIONAL sp. z o.o. w Warszawie oraz WYG EGINEERING LIMITED w Leeds z udziału w postępowaniu, pomimo, iż wykonawcy ci nie wnieśli wadium zabezpieczającego zamawiającego na wypadek wystąpienia okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawców WYG INTERNATIONAL sp. z o.o. w Warszawie oraz WYG EGINEERING LIMITED w Leeds, pomimo iż wykonawcy ci złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, naruszenia art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 26 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu wykonawców WYG INTERNATIONAL sp. z o.o. w Warszawie oraz WYG EGINEERING LIMITED w Leeds, pomimo, iż dokumenty dołączone do oferty nie były wystarczające w tym zakresie. Odwołujący wskazał, na złożenie przez konsorcjum WYG nieprawdziwych oświadczeń co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia. Na uzasadnienie swoich zarzutów Odwołujący wskazał, że przedstawiony przez Konsorcjum dokument wadium obejmujący gwarancję bankową wraz ze zmianą nr 1 jest nieprawidłowy i nie zabezpiecza Zamawiającego na wypadek okoliczności wskazanych w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp. Z treści dokumentu wynika bowiem, iż gwarant zobowiązał się do zapłaty sumy gwarancyjnej wyłącznie w przypadku, gdy Oferent czyli WYG INTERNATIONAL sp. z o.o. odmówi podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie wniesie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub zawarcie umowy

w sprawie zamówienia publicznego stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Oferenta WYG INTERNATIONAL sp. z o.o. Gwarant nie przyjął zatem odpowiedzialności za działania i zaniechania drugiego członka Konsorcjum - WYG ENGINEERING LIMITED. Jednocześnie podniósł, przedstawione przez Konsorcjum firmy WYG INTERNATIONAL sp. z o.o. oraz WYG ENGINEERING LIMITED w Leeds referencje nie zawierają pełnej nazwy podmiotu, na rzecz którego zostały wystawiane. Zamawiający powinien wezwać wykonawcę do przedstawienia dowodów potwierdzających, iż referencje dot. doświadczenia uczestnika konsorcjum a nie innego podmiotu. Podniósł także, iż przedstawiony formularz oraz referencje nie potwierdzają spełniania przez Konsorcjum WYG INTERNATIONAL sp. z o.o. w Warszawie oraz WYG ENGINEERING LIMITED w Leeds warunków określonych w punkcie IV.6 SIWY, oraz w § 1 ust. 1 pkt 2 Rozp. Prezesa Rady Ministrów z 19 maja 2006r w sprawie rodzaju dokumentów(...). Na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: zarzut braku zabezpieczenia oferty konsorcjum WYG wadium nie zasługuje on na uwzględnienie. Konsorcjum WYG załączyło do oferty gwarancję bankową wystawioną przez Fortis Bank Polska S.A. w której oznaczono, jako „Oferenta” jednego z członków konsorcjum, tj. WYG International Sp. z o.o., ustanowionego liderem konsorcjum. Gwarancja oznaczona nr 645/08/WAR/CB pozostawała ważna w okresie od 28 sierpnia 2008 roku do 26 października 2008 roku. Konsorcjum WYG przed upływem terminu do składania ofert przedłużonym do dnia 5 września 2008 roku do godziny 10:30, złożyło zmianę do oferty, do której załączyło zmianę nr 1 do gwarancji bankowej z dnia 27 sierpnia 2008 roku, wystawionej w dacie 29 sierpnia 2008 roku, w której okres ważności gwarancji rozpoczął się dnia 5 września 2008 roku i kończył się 3 listopada 2008 roku. Izba uznała, iż gwarancja bankowa zabezpiecza ofertę wykonawców wspólnie

ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w okresie związania ofertą wynoszącym 60 dni i rozpoczynającym swój bieg wraz z upływem terminu składania ofert (zgodnie z art. 85 ust. 5 ustawy pzp.). W przypadku terminów' związania ofertą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prawo zamówień publicznych konstytuuje samodzielną podstawę określenia początku terminu związania ofertą - bieg tego terminu zaczyna się wraz z upływem terminu składania ofert, co oznacza, że rozpoczyna się on w tej samej chwili, dzień składania ofert wlicza się do okresu związania ofertą (por. komentarz Prawo zamówień publicznych, Stachowiak, Jerzykowski, Dzierżanowski, wyd. 2007 r., str. 313). Termin składania ofert został przesunięty na dzień 5 września 2008 roku, zatem pierwotny termin związania ofertami upłynął z końcem 3 listopada 2008 roku. Obowiązkiem wykonawców było złożenie przed upływem terminu do składania ofert wadium ważnego przez cały okres związania ofertą. Konsorcjum WYG dopełniło obowiązku składając gwarancję

bankową ważną w okresie związania ofertą. Izba nie podzielił stanowiska Odwołującego się, jakoby gwarancja, w której uwidocznił jedynie lidera konsorcjum, który złożył ofertę w imieniu konsorcjum, nie zabezpieczała oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W treści gwarancji wyraźnie wskazano na rodzaj postępowania, którego dotyczy, jak również okoliczności odpowiadające treści art. 46 ust. 5 ustawy pzp. w jakich gwarant zobowiązał się bezwarunkowo i nieodwołalnie do zapłaty sumy gwarancyjnej. Brak podania w treści gwarancji bankowej nazwy partnera nie ma znaczenia dla oceny skutków prawnych udzielonej gwarancji. Stanowisko takie wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza także w wyrokach z dnia 4 stycznia 2008 roku (sygn. KIO/UZP.' 23/07), jak i 31 marca 2008 roku (sygn. KIO/UZP 223/08, KIO/UZP 231/08). Do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy dotyczące wykonawcy (art. 23 ust. 3). Skoro jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wniósł wadium zabezpieczające ofertę składaną w konkretnym postępowaniu wspólnie z innym podmiotem, nie ma podstaw do wykluczenia wykonawców z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp. W części zarzutów dotyczących braku potwierdzenia doświadczenia konsorcjum WYG i zaniechania przez Zamawiającego czynności wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego się. Warunkiem udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia niezbędnego do wykonania przedmiotowego zamówienia było wykonanie w ciągu ostatnich 3 lat minimum 2 projektów budowy lub przebudowy jezdni drogi klasy Z lub wyższej o długości min. 1000 m. a także minimum 2 projektów mostu lub wiaduktu o długości co najmniej 30 m każdy. Konsorcjum WYG złożyło w ofercie wykaz obejmujący 4 zadania projektowe dotyczące: dróg krajowych (poz. 1.2, 3 i 4), trzech mostów (poz.2) oraz wiaduktu (poz. 3), zakończonych w 2006 roku. Wszystkie zadania realizowane były przez White Young Green. Zgodnie z załączonym do oferty konsorcjum WYG zaświadczeniem Urzędu Rejestrowego spółek dla Anglii i Walii. WYG ENGINEERING LIMITED prowadziła działalność wcześniej pod nazwami WHITE YOUNG LIMITED (30.12.1985r.), WHITE YOUNG CONSULTING GROUP LIMITED (7.02.1986r.), WHITE YOUNG GREEN CONSULTING LIMITED (5.01.1998 r.). W ocenie składu orzekającego referencje załączone do oferty konsorcjum WYG potwierdzają doświadczenie jednego z konsorcjantów. Oznaczenie w treści referencji podmiotu WHITE YOUNG GREEN. pozwala na uznanie, iż były one wystawione na rzecz WYG ENGINEERING LIMITED, działającego w tym okresie pod nazwą WHITE YOUNG GREEN CONSULTING LIMITED. Stanowisko to. Izba oparła, z jednej strony na braku dowodu istnienia podmiotu WHITE YOUNG GREEN (np. z Urzędu Rejestrowego Spółek), a z drugiej na uprawdopodobnieniu przez

Przystępującego powiązania z jednym z uczestników konsorcjum. W ocenie Składu Orzekającego złożone na rozprawie dowody - dokumenty dotyczące wskazanych projektów, wskazują na zawarcie umów z WHITE YOUNG GREEN CONSULTING LIMITED. Ponieważ tłumaczenia nie zostały sporządzone przez biegłego tłumacza, to jednak oznaczenie strony na dokumentach oryginalnych nie pozostawia wątpliwości w tym zakresie. Izba uznała, iż projekty wskazane w wykazie i potwierdzone referencjami realizowane były przez jednego z uczestników konsorcjum WYG. W dalszej kolejności w ocenie Izby zaszła koniecznością ustalenia, czy treść referencji potwierdza należyte wykonanie zadań objętych wykazem. Odwołujący kwestionował możliwość potwierdzenia wykonania zamówień na podstawie załączonych referencji. W ocenie składu orzekającego z załączonych referencji wynika, iż prace zostały zakończone. Wskazują na to określenia użyte w referencjach: „Potwierdza, że White Young Green pracowała przy projekcie A45/46 - Tollbar modernizacja

dróg wjazdowych i wyjazdowych od 1999 do 2006 roku a prace zakończyły się 1 grudnia 2006 roku"; „Niniejszym potwierdzam, że firma White Young Greek opracowywała dla firmy Laing O'Rourke projekt w ramach programu AL Morpeth do Felton Dualling dla Agencji ds. Autostrad w ramach kontraktu ECI od sierpnia 2005 roku dotychczas"; „Potwierdzam, że White Young Greek pracowała przy projekcie Modernizacja Węzła drogi krajowej nr 15 autostrady M 40 od 2003 aż do zakończenia prac 1 grudnia 2006 roku"; „Zaświadczam, że firma White Young Greek (WYG) pracowała przy projekcie przebudowy węzła nr 19 autostrady M1 w okresie pomiędzy rokiem 2003 a 2006. a okres uczestnictwa w projekcie zakończył się w dniu 30 grudnia 2006". W ocenie Izby treść referencji nie stoi w sprzeczności z oświadczeniem konsorcjum WYG złożony m na wykazie i dotyczącym terminu zakończenia prac projektowych i nie jest uprawniony zarzut nieprawdziwych informacji w ofercie. Izba nie przychyliła się do stanowiska Odwołującego, iż sprawowanie w ramach kontraktu funkcji Inżyniera Kontraktu, czy też inspektora nadzoru, oznaczało zakończenie prac projektowych. Z referencji dotyczącej przebudowy węzła 19 autostrady M1, wynika, iż pełniąc rolę inspektora nadzoru, utrzymywano ścisłą współpracę celem zapewnienia, że proces dokonywania kolejnych zatwierdzeń przebiega bez zakłóceń. Wskazuje to na złożoność zadań projektowych, których nie należy utożsamiać wyłącznie z jego samym przygotowaniem, ale należy mieć na uwadze całość prac objętych zadaniem projektowym. W ocenie składu orzekającego Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia konsorcjum WYG z postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji, co do terminu zakończenia prac oraz podmiotu realizującego zamówienia. Ze względu na to izba orzekła jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.(k. 89-95)

Od powyższego wyroku skargę wniósł WBP Zabrze sp. z o.o. zaskarżając wyrok w zakresie oddalenia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i oddalenia zarzutu naruszenia art. 22 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Skarżący zarzucił wyrokowi:

1. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców WYG INTERNATIONAL sp. z o.o. w Warszawie oraz WYG Engineering Limited w Leeds z udziału w postępowaniu, pomimo, że wykonawcy ci nie wnieśli wadium zabezpieczającego Zamawiającego na wypadek wystąpienia okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych
2. naruszenie art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 26 ust. 3 ustawy¹ prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu wykonawców WYG INTERNATIONAL sp. z o.o. w Warszawie oraz WYG Engineering Limited w Leeds, pomimo, że dokumenty dołączone do oferty nie były wystarczające w tym zakresie

Skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie odwołania oraz nakazania Zamawiającemu uchylenie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty oraz nakazania Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem, iż Konsorcjum firm: WYG INTERNATIONAL sp. z o.o. w Warszawie oraz WYG Engineering Limited w Leeds powinno podlegać wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy PZP oraz wniósł o zasądzenie kosztów- postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego z uwzględnieniem kosztów postępowania odwoławczego, a ewentualnie z ostrożności procesowej, w przypadku gdy zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp nie zostanie potwierdzony, skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty oraz nakazania zamawiającemu dokonania powtórnej oceny ofert, w wyniku której Zamawiający wezwie konsorcjum firm WYG INTERNATIONAL sp. z o.o. w Warszawie oraz WYG

Engineering Limited w Leeds do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a w przypadku gdy Wykonawcy ci nie uzupełnią dokumentów i oświadczeń w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, lub też dokumenty te nie będą potwierdzały spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wykluczenia Wykonawców w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp oraz o zasądzenie kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego z uwzględnieniem kosztów postępowania odwoławczego.

Ponadto skarżący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego -Dolnośląskiej Służby Dróg i Kolei do przedłożenia akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego pod nazwą „Prace studialne, koncepcja programowo-przestrzenna i program funkcjonalno-użytkowy dla zadania „Budowa obejścia ul. Kamienieckiej w m. Ząbkowice Śląskie w ciągu drogi wojewódzkiej nr 382”

Skarżący podniósł w uzasadnieniu skargi, iż Izba w uzasadnieniu wyroku z dnia 22 grudnia 2008 roku wskazuje jedynie na pobieżne rozpoznanie podniesionego przez skarżącego zarzutu i wydając przedmiotowy wyrok oparła swe ustalenia jedynie na orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Uzasadnienie wyroku zdaniem Skarżącego nie daje zatem odpowiedzi na pytanie na jakiej podstawie Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż w przypadku, gdy WYG Engineering Limited odmówi zawarcia umowy w przedmiocie zamówienia publicznego lub też zawarcie tej umowy stanie się niemożliwe wyłącznie na skutek okoliczności, za które odpowiedzialność będzie ponosiła ta spółka, Zamawiający będzie mógł zrealizować gwarancję dołączoną do oferty Konsorcjum WYG.

Skarżący podniósł ponadto, iż prace projektowe istotne z punktu widzenia warunków udziału w postępowaniu zostały zakończone wcześniej niż w ciągu 3 ostatnich lat przed dniem wszczęcia postępowania.

Skarżący wskazał, iż z uzasadnienia wyroku z dnia 22 grudnia 2008 roku wynika, iż Krajowa Izba Odwoławcza za istotną uznała nie datę ukończenia prac projektowych, ale datę zrealizowania całości zobowiązań wynikających z zawartych przez White Young Green Consulting Limited umów. Zdaniem Skarżącego rozumowanie przyjęte przez KIO jest błędne. Zarówno z Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia jak i § 1 ust.2 pkt 2 rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane decydujące znaczenie ma wykonanie danych prac, a nie zakończenie umowy, w ramach której dane prace były wykonywane.

Skarżący zarzucił, iż prace wskazane w pkt 1 wykazu „Doświadczenie zawodowe wykonawcy” pod nazwą: „A45/A46 modernizacja dróg wjazdowych i wyjazdowych” oraz prace wskazane w punkcie 3 pod nazwą: Modernizacji Węzła drogi krajowej nr 15 autostrady M40 do 200, oba wykonane na rzecz Highways Agency zostały ukończone wcześniej niż 3 lata przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z powyższym, prace te nie stanowią o spełnianiu przez Konsorcjum WYG warunków udziału w postępowaniu.

Co do zadania wskazanego w punkcie 2 wykazu, pod nazwą: Projekt drogi krajowej] pomiędzy Morpeth i Felton zrealizowane na zlecenie Laing O'Rourke to z przedłożonego przez skarżącego na rozprawie w dniu 19 grudnia 2008 roku tłumaczenia referencji dotyczących powyższego zadania w sposób nie budzący wątpliwości wynika, iż firma White Young Green w dacie wystawienia tych referencji była w trakcie opracowywania dokumentacji projektowych. Powyższe potwierdzają następujące zdania:

- „Niniejszym potwierdzam, że firma White Young Green opracowywała dla firmy Laing O'Rourke projekt w ramach programu (...) od sierpnia 2005 roku do dotychczas”.
- „Wartość robót konsultingowych przeprowadzonych dotychczas wynosi 3.9 miliona euro”.

W treści referencji nie tylko brak jednoznacznego wskazania daty zakończenia realizacji prac, ale także brak jakiegokolwiek wzmianki na temat tego, że prace projektowe zostały zakończone lub opracowane, umowa zrealizowana lub innego równoważnego sformułowania wskazującego na fakt wykonania prac. Uznać zatem w ocenie skarżącego należy, że w dacie wystawienia referencji prace nią objęte nie były jeszcze ukończone.

Co do zadanie wskazanego w punkcie 4 wykazu pod nazwą: „Przebudowa węzła nr 19 autostrady M1 wykonane na rzecz Highways Agency to w ocenie skarżącego zachodzi sytuacja analogiczna jak w przypadku zadań wskazanych w punkcie 1 i 3 wykazu. Z treści referencji wynika, że przedmiotem umowy, której okres realizacji zakończył się 30 grudnia 2006 r. były prace projektowe, przygotowanie dokumentacji do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz pełnienie funkcji inspektora nadzoru. Biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia oraz wartość robót przypuszczać należy, iż prace projektowe zostały w ramach tego zadania wykonane wcześniej niż w okresie 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania. W tym wypadku treść referencji (inaczej niż w referencjach dotyczących zadania 1 i 3 wykazu) nie wskazuje daty zakończenia realizacji prac projektowych, jednakże nawet w pobieżnej analiza referencji musi wzbudzić wątpliwość do zgodności wskazanych w niej prac z treścią warunków określonych w SIWZ. Zamawiający nie wezwał wykonawcy do wyjaśnienia treści referencji, a w szczególności terminów wykonania prac projektowych, kiedy zamawiającemu winien dążyć do wyjaśnienia wszystkich wątpliwości co do prawdziwości i treści złożonych dokumentów. Na wątpliwości zdaniem skarżącego wskazuje pismo Highways Agency z dnia 16 marca 2004 r. wskazujące na dokonanie zamówienia dodatkowego już w marcu 2004 r., co wskazuje, że mało prawdopodobne jest, żeby projekt był wykonany w trakcie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. (k. 100-105)

W interwencji ubocznej zgłoszonej po stronie Zamawiającego przez Konsorcjum WYG International sp. z o.o. i WYG Engineering Limited interwenient uboczny wniósł o oddalenie skargi jako bezzasadnej i utrzymanie w mocy wyroku Krajowej Izby Odwoławczej oraz o zasądzenie kotów procesu od skarżącego na rzecz interwenienta ubocznego według norm przepisanych. W uzasadnieniu interwenient uboczny wskazał na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu i podzielił wskazany tam pogląd, że o ile zamawiający nie zawarł wyraźnie w siwz wymogu, że każdy z wykonawców występujących wspólnie ma oddzielnie wnieść wadium to złożenie gwarancji zapłaty wadium wystawionej na rzecz jednego z członków konsorcjum jest wystarczającym zabezpieczeniem oferty tego konsorcjum. Dalej interwenient uboczny wskazał, że zasady wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne wynika, że wykonawcy winni być traktowani jak jeden wykonawca. Interwenient uboczny wskazał także na podstawy ustalenia solidarnej odpowiedzialności konsorcjantów za zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, które wiąże z zaciągnięciem zobowiązania dotyczącego ich wspólnego mienia w rozumieniu art. 370 k.c. w zw. z art. 366 k.c. i art. 14 pzp. Nadto interwenient uboczny wskazał na kompletność dokumentacji, która jest jego zdaniem wystarczająca do wykazania doświadczenia. W szczególności interwenient uboczny wskazał, że prace projektowe nie kończą się wraz ze sporządzeniem projektu i rozciągają się na wszystkie etapy realizacji inwestycji. (k. 128-135)

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy podziela ustalenia faktyczne i ocenę prawną zastosowaną przez Krajową Izbę Odwoławczą, wobec czego skarga została oddalona.

Niezasadny okazał się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie wykluczenia wykonawców, których oferta została wybrana, mimo, że nie złożyli oni wadium zabezpieczającego Zamawiającego na wypadek wystąpienia okoliczności z art. 46 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W SIWZ w pkt VII postanowiono o zobowiązaniu wykonawcy do złożenia wadium w wysokości 10 000 zł.

Wykonawcy, zgodnie z art. 23 ustawy o zamówieniach publicznych, mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia składając wspólną ofertę. Działając na tej podstawie w ramach konsorcjum traktowani są łącznie (vide: wyrok KIO z dnia 23 lipca 2008 r., KIO/UZP 711/08. i wyrok KIO z dnia 8 września 2008 r., KIO/UZP 886/08).

w tej sytuacji udzielenie gwarancji bankowej przez Fortis Bank dla WYG Inicjatyw Sp. z o.o. w Warszawie (oferenta) - ustanowionego liderem konsorcjum - było wystarczające dla spełnienia wymogu z art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy na zabezpieczenie Zamawiającego, gdyż zgodnie z treścią art.23 pkt 3 przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których mowa w ust.1. W ten sposób oferent przejął na siebie odpowiedzialność za podpisanie umowy na warunkach określonych w ofercie złożonej wspólnie z pozostałymi konsorcjantami.

Z treści gwarancji bankowej wynika, że wypłata na rzecz beneficjenta gwarancji nastąpi m.in. w przypadku, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie oferenta, przez co należy rozumieć, także przyczyny związane ze wszystkimi wykonawcami, z którymi ma złożyć wspólną ofertę, gdyż wszyscy oni traktowani są łącznie. Nadto podkreślić należy, że w sytuacji wystąpienia ze wspólną ofertą SIWZ nie zawiera dodatkowych warunków co do złożenia wadium.

Brak było także podstaw do uwzględnienia drugiego z zarzutów skargi.

Skarżący zakwestionował dokumentację złożoną na potwierdzenie doświadczenia zawodowego wykonawcy i zaniechanie wezwania do uzupełnienia tejże dokumentacji pomimo, że dokumenty przedłożone były niewystarczające, tj. zarzucił naruszenia art. 22 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 1 i w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Sąd Okręgowy nie podzielił wskazanego zarzutu.

Zarzut sprowadzała się zakwestionowania wykazu prawidłowego wykazania doświadczenia projektowego wobec okoliczności, że prace w tych zadaniach dzieliły się na dwa etapy - projektowy i pełnienia funkcji nadzoru, a etap projektowy przypadał przed majem 2005 r., tj. wcześniej niż w ciągu 3 ostatnich lat przed dniem wszczęcia postępowania, zaś w terminie późniejszym w ramach wskazanych zadań prace były związane z pełnieniem przez projektanta nadzoru autorskiego. Skarżący zarzucił, że w tej sytuacji Krajowa Izba Odwoławcza za istotną uznała nie datę prac projektowych, ale datę zrealizowania całości zobowiązań z zawartych umów, co w jego ocenie należy uznać za błędne.

Zdaniem Sądu Okręgowego stanowisko skarżącego jest niezasadne.

Umowa o prace projektowe może być umową mieszaną - posiadać elementy umowy starannego działania oraz elementy umowy rezultatu. Umowa o prace projektowe ma wówczas charakter mieszany, gdy obejmuje obowiązki sporządzenia dokumentu projektu, sprawowania kierownictwa robót i nadzoru nad ich wykonaniem. Tego typu umowa o prace projektowe charakteryzuje się tym, że po stronie projektanta powstaje szereg świadczeń o jednakowym znaczeniu. Umowa taka sprowadza się nie tylko do świadczenia usługi sporządzenia projektu z należytą starannością, ale także do osiągnięcia rezultatu w postaci obiektu budowlanego.

i • » Dopiero z chwilą wywiązania się ze wszystkich świadczeń objętych taką umową, zakończenia wszystkich etapów umowy można mówić o jej zakończeniu, w tym o zakończeniu prac projektowych (J.A. Strzępka, Prawo umów budowlanych. Wydawnictwo C.H.Beck Warszawa 2001 str.204 i 286).

W ocenie Sądu Okręgowego taka sytuacja zachodzi w omawianym przypadku, skoro umowy zawierały zobowiązanie wykonawcy do wykonania projektu i wykonania nadzoru autorskiego. W tym wypadku opracowanie projektu wraz z wykonaniem nadzoru autorskiego (dwóch czynności o jednakowym znaczeniu dla prawidłowego wykonania umowy projektowej) zakończyło wykonanie umowy projektowej.

Wobec powyższego brak jest podstaw do przyjęcia, że prace projektowe (wszystkie prace objęte umowami) zostały wykonane przed majem 2005 r. Wobec powyższego nie było podstaw do przyjęcia, że zadania określone jako 1 i 3 nie powinny być wzięte pod uwagę przy ocenie doświadczenia projektowego wykonawcy.

Analogiczne wnioski wynikają z analizy zadania określonego jako 4, który zakończył się dnia 30 grudnia 2006 r. w ramach którego wykonawca zobowiązał się do realizacji prac projektowych wraz z pełnieniem funkcji inspektora nadzoru.

Co do zadania określonego jako 2 w wykazie, to w ocenie Sądu Okręgowego ze złożonych referencji wynika, że wykonawca pracuje jako projektant drogi krajowej od sierpnia 2005 r. Z akapitu drugiego referencji wynika, że w ramach współpracy wykonawca wykonał już projekt modernizacji drogi o długości 6,5 km i zaprojektowaniu nowego odcinka 6,5 km.

Wobec powyższego w ocenie Sądu Okręgowego nie zachodziła podstawa do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń potwierdzających doświadczenie projektowe wykonawcy w okresie 3 lat, bowiem przedstawione dokumenty i oświadczenia były wystarczające do ustalenia istotnych warunków zamówienia dotyczących doświadczenia wykonawcy.

O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd Okręgowy rozstrzygnął na podstawie art. 198 pkt 5 Prawa zamówień publicznych i § 6 pkt 7 i § 12 pkt 1 Rozp. Min. Sprawiedliwości z 28.09.2002r w sprawie opłat za czynności radców prawnych przyjmując, że zamawiający i interwenient uboczny wygrali sprawę w postępowaniu ze skargi. Wobec powyższego skarga na podstawie art. 198 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych została oddalona jako bezzasadna.

Za zgodność z oryginałem