

WYROK
z dnia 22 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Izabela Niedziałek**

Członkowie: **Anna Majstrowicz**

Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: **Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19.12.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **WBP Zabrze Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 41-800 Zabrze, ul. Pawliczka 25** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samorząd Województwa Dolnośląskiego – Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu** protestu z dnia **14 listopada 2008 r.**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego **WYG International Sp. z o.o. (lider), 00-832 Warszawa, ul. Żelazna 28/30, WYG ENGINEERING LIMITED, Ardnale Court, 1 Ardnale Centre Headingley, Leeds, SL6 2UJ** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża WBP Zabrze Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 41-800 Zabrze, ul. Pawliczka 25 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczanego przez **WBP Zabrze Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 41-800 Zabrze, ul. Pawliczka 25;**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 936 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **WBP Zabrze Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 41-800 Zabrze, ul. Pawliczka 25;**

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

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *wykonanie prac studialnych, koncepcji programowo-użytkowych dla zadania: „Budowa obejścia ul. Kamienieckiej w m. Ząbkowice Śląskie w ciągu drogi wojewódzkiej nr 382”* (numer referencyjny IŻ/3530/109/2008). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 lipca 2008 r. S-140-188008. Zamawiający w dniu 4 listopada 2008 r. przekazał za pomocą faksu informację o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WYG International Sp. z o.o. (lider) oraz WYG Engineering Limited, zwanych dalej konsorcjum WYG. W dniu 14 listopada 2008 r. protest do Zamawiającego wniósł wykonawca WBP Zabrze Sp. z o.o., przekazując jego treść faksem w dniu 14 listopada 2008 r. oraz na piśmie doręczonym w dniu 17 listopada 2008 roku. Zamawiający oddalił przedmiotowy protest przekazując informację za pomocą faksu w dniu 24 listopada 2008 roku. Wobec decyzji Zamawiającego Protestujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez jego nadanie u operatora publicznego w dniu 4 grudnia 2008 roku, przekazując w tym samym dniu za pomocą faksu kopię odwołania Zamawiającemu. W dniu 17 grudnia 2008 roku do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiło konsorcjum WYG.

W proteście, a następnie w odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie czynności wykluczenia konsorcjum WYG z udziału w postępowaniu oraz wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających doświadczenie niezbędne do wykonania zamówienia, prowadzące do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 i 4 oraz art. 24 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.). Okolicznością podniesioną przez Odwołującego, która prowadzić winna do wykluczenia konsorcjum WYG z postępowania jest brak zabezpieczenia oferty wadium, a także przedstawienie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. W ofercie konsorcjum WYG złożyło gwarancję

bankową wystawioną w dniu 27 sierpnia 2008 roku wraz ze zmianą nr 1 do tej gwarancji z dnia 29 sierpnia 2008 roku. Z treści formularza oferty wynika, iż dowód wniesienia wadium został przez konsorcjum WYG złożony u Zamawiającego w dniu 28 sierpnia 2008 roku. Z porównania daty wystawienia zamiany do gwarancji wynika, iż albo oferta przed upływem terminu do jej złożenia nie była zabezpieczona przez cały okres związania ofertą, co stanowiłoby podstawę do wykluczenia konsorcjum WYG na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp, albo też informacja podana na formularzu jest oczywiście błędna. Ponadto, wystawiona gwarancja wraz ze zmianą nie zabezpiecza Zamawiającego na wypadek okoliczności wskazanych w art. 46 ust. 5 ustawy pzp., gdyż gwarant nie przyjął odpowiedzialności za działania i zaniechania drugiego członka konsorcjum – WYG Engineering Limited. Gwarant w sposób jednoznaczny przyjął odpowiedzialność jedynie za spółkę WYG International sp. z o.o. Nienależyte wniesienie wadium jest okolicznością, która powinna stanowić samodzielną podstawę wykluczenia konsorcjum WYG z udziału w postępowaniu. Odwołujący dodatkowo wskazał na złożenie przez konsorcjum WYG nieprawdziwych oświadczeń dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia. Prace wskazane przez konsorcjum WYG w formularzu zostały wykonane przez podmiot nie będący jego członkiem. W momencie wystawienia referencji jak i realizacji prac nimi stwierdzonych spółka WYG ENGINEERING LIMITED działała pod nazwą White Young Green Consulting Limited, a wskazana w referencjach nazwa wykonawcy brzmi: White Young Green. Zamawiający powinien wezwać wykonawcę do przedstawienia dowodów potwierdzających, iż referencje dołączone do oferty potwierdzają doświadczenie uczestnika konsorcjum, a nie innego podmiotu. Niezależnie od powyższego część referencji przedstawionych przez konsorcjum WYG wskazuje, iż prace projektowe nimi objęte zostały wykonane w okresie wcześniejszym, tj. dotyczące projektu A45/46 – Tollbar modernizacja dróg wjazdowych i wyjazdowych oraz modernizacja węzła drogi krajowej nr 15 autostrady M40 do 2003 (zakończone w maju 2005 roku). Podobnie prace projektowe realizowane w ramach zamówienia wskazanego w pkt 4 tabeli doświadczenia, a obejmującego także przygotowanie dokumentacji przetargowej oraz pełnienie funkcji inspektora nadzoru, musiały zakończyć się wcześniej niż 3 lata przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania. Natomiast na dzień wystawienia referencji przez Laing O'Rourke realizacja projektu drogi krajowej pomiędzy Morpeth i Felton nie została jeszcze zakończona, a treść referencji nie poświadcza stopnia zaawansowania robót. Tym samym żadne z zadań wskazanych w tabeli doświadczenia zawodowego nie potwierdza spełniania warunku określonego w pkt IV.6 siwz oraz § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Odwołujący zarządał uchylenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonania

ponownej oceny ofert i ewentualnie wezwania konsorcjum WYG do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

W związku z zarzutami podniesionymi w proteście, Zamawiający zwrócił się do konsorcjum WYG o wyjaśnienie struktury organizacyjnej partnera konsorcjum WYG Engineering Limited. W odpowiedzi konsorcjum WYG złożyło w dniu 21 listopada 2008 roku odpowiedź na zarzuty podniesione względem jej oferty. Zamawiający oddalając protest wskazał, iż konsorcjum WYG wniosło wadium przed terminem składania ofert, tj. 5 września 2008 roku i zgodnie z treścią złożonej zmiany do gwarancji wadium zostało zabezpieczone na cały okres związania ofertą tj. 60 dni o upływie terminu otwarcia ofert. W treści gwarancji zawarto odniesienie do konkretnego postępowania oraz warunków odpowiadających art. 46 ust. 5 pkt 1-3 ustawy pzp. Zarówno przepisy ustawy, jak i siwz nie wymagają zachowania jakiegś szczególnego sposobu do wniesienia wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. W przypadku odmowy zawarcia umowy przez partnera konsorcjum, Zamawiający byłby uprawniony do zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 5 pkt 3, z tytułu wystąpienia przyczyny po stronie wykonawcy uniemożliwiającej zawarcie umowy. Zgodnie z art. 23 ust. 3 pzp. do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy. W zakresie zarzutów dotyczących potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu i złożenia nieprawdziwych oświadczeń, Zamawiający uznał, iż zadania wskazane w pkt 2 i 4 tabeli „Doświadczenie zawodowe wykonawcy”, potwierdzają spełnianie warunku określonego w siwz i zostały zakończone w grudniu 2006 roku. W pozostałym zakresie Zamawiający uznał, iż Odwołujący na etapie protestu nie przedstawił dowodów na poparcie swoich twierdzeń, co do terminów wykonania przedstawionych zadań.

Na podstawie oryginału dokumentacji postępowania, a także stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

W zakresie zarzut braku zabezpieczenia oferty konsorcjum WYG wadium, skład orzekający uznał, iż 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 samoistną podstawę określenia początku terminu związania ofertą, wskazując, iż bieg tego terminu zaczyna się wraz z upływem terminu składania ofert, co oznacza, że rozpoczyna się on w tej samej chwili, a dzień składania ofert wlicza się do okresu związania ofertą (por. komentarz *Prawo zamówień publicznych*, Stachowiak, Jerzykowski, Dzierżanowski, wyd. 2007 r., str. 313).

W przedmiotowym postępowaniu 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 tego obowiązku składając gwarancję bankową ważną w okresie związania ofertą. Izba nie podzielił stanowiska Odwołującego, jakoby gwarancja, w której treść uwidoczniono jedynie lidera konsorcjum, który złożył ofertę w imieniu konsorcjum, nie zabezpieczała oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W treści gwarancji wyraźnie wskazano na rodzaj postępowania, którego dotyczy, jak również okoliczności odpowiadające treścią 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 dzielenie 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 strony na uprawdopodobnieniu przez Przystępującego powiązania z jednym z uczestników konsorcjum. 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. Tym samym, Izba uznała, iż projekty wskazane w wykazie i potwierdzone referencjami realizowane były przez jednego z uczestników konsorcjum WYG.

W dalszej kolejności Izba stanęła przed 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 Greek 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 składu orzekającego treść referencji nie stoi w sprzeczności z oświadczeniem konsorcjum WYG złożonym na wykazie i dotyczącym terminu zakończenia prac projektowych i nie jest uprawniony zarzut złożenia 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. Odwołujący nie przedstawił żadnych nowych dowodów, które potwierdzałyby stawiane zarzuty.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*