

Sygn. akt II Ca 183/05

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad  
Oddział w Opolu

Data wpływu: 24 MAJ 2005

Nr. 3989/2005



1+8  
BZ

**W Y R O K**  
**W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 13 kwietnia 2005 roku

Sąd Okręgowy w Opolu II Wydział Cywilny Odwoławczy  
w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Grażyna Matuszek  
Sędziowie: SO Adam Cakała  
SR del. do SO Romuald Suhs (spr.)

Protokolant: st. sekr. sąd. Eliza Grochecka

po rozpoznaniu w dniu 6 kwietnia 2005 roku w Opolu  
na rozprawie  
sprawy z odwołania wykonawcy Lidera Konsorcjum - Miejskiego  
Przedsiębiorstwa Robót Drogowych S.A. w Warszawie i Partnera Konsorcjum  
Drogbudu Podkarpackiego Holdingu Budowy Dróg Sp. z o.o. w Strzyżowie  
przeciwko zamawiającemu Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad  
Oddział w Opolu  
o zamówienie publiczne  
na skutek skargi wniesionej przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i  
Autostrad  
w Warszawie Oddział w Opolu  
od wyroku Zespołu Arbitrów w Warszawie  
z dnia 31 stycznia 2005r.  
sygn. akt UZP/ZO/0 - 144/05

- I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że odwołanie oddala,
- II. zasądza od Konsorcjum Miejskiego Przedsiębiorstwa Robót Drogowych S.A. w Warszawie i Partnera Konsorcjum Drogbudu Podkarpackiego Holdingu Budowy Dróg Sp. z o.o. w Strzyżowie na rzecz skarżącego Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział w Opolu kwotę 4.200 (cztery tysiące dwieście) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu w postępowaniu odwoławczym, w tym kwotę 1.200 (jeden tysiąc dwieście) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Na oryginale właściwe podpisy

## UZASADNIENIE

Odwołujący się Miejskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A. w Warszawie jako lider konsorcjum uczestniczącego w przetargu nieograniczonym na budowę obwodnicy miasta zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy poprzez bezpodstawne wykluczenie go z postępowania, naruszenie art. 24 ust 2 pkt ustawy poprzez niewykluczenie z postępowania innego wykonawcy, naruszenie art. 89 ust. 1 pkt poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy wykluczonego z postępowania i naruszenie art. 38 ust. 1 pkt 5 ustawy polegające na modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części dotyczącej warunków udziału w postępowaniu.

Podniósł, że przedstawił wymaganą w specyfikacji promesę kredytową na kwotę 6 mln zł i wbrew stanowisku zamawiającego promesa ta nie jest ograniczona warunkami, a zawarta w niej informacja o zasadach udzielenia kredytu nie oznacza ograniczenia udzielenia kredytu dodatkowymi warunkami.

Kwestionując drugą podstawę wykluczenia dotyczącą potencjału kadrowego podniósł brak przejrzystości zapisów siwz. Wskazał, że złożył wykaz kandydatów i ich zastępców na stanowiska opisane w pkt 7.2.2. siwz.

Podniósł, że oferent wybrany złożył nieprawdziwe oświadczenie, co do formy władania sprzętem, gdyż wymienił szereg jednostek sprzętowych jako własne, gdy w rzeczywistości dysponował jedynie obietnicą ich udostępnienia przez właściciela.

Wniósł o unieważnienie postępowania lub alternatywnie unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i nakazanie powtórzenia czynności oceny i wyboru oferty.

Zamawiający wnosząc o oddalenie odwołania stwierdził, że przedłożona przez odwołującego informacja banku nie spełnia wymagań siwz. Zgodnie z instrukcją dla oferentów należało złożyć informację banku potwierdzającą wysokość dostępnego kredytu bez jakichkolwiek warunków. Dopuszczono jedynie warunek dotyczący udzielenia kredytu w przypadku przyznania kontraktu. Podtrzymał również kolejną podstawę wykluczenia Odwołującego polegającą na niewykazaniu wymaganego postanowieniami siwz potencjału kadrowego.

Zgodnie z tym postanowieniami /pkt 7.2.2/ wykonawca zobowiązany był przedstawić w ofercie kandydatów na wymienione stanowiska oraz zastępców - „osoby rezerwowe”. Stwierdził, że w ofercie nie podano zastępców na stanowisko kierownika

budowy i zastępcy kierownika budowy. Wskazał nadto, że zgodnie z siwz, oferent winien mieć do dyspozycji osoby legitymujące się doświadczeniem i kwalifikacjami odpowiednimi do stanowisk, jakie zostaną im powierzone, a kwalifikacje te miały być potwierdzone dokumentami, w tym między innymi dokumentem potwierdzającym przynależność podanych osób do Krajowej Izby Inżynierów Budownictwa. Stwierdził, że w ofercie Odwołującego brak jest dokumentu potwierdzającego przynależność kierownika robót teletechnicznych do Krajowej Izby Inżynierów Budownictwa.

Wyrokiem z dnia 31.01.2005r. w sprawie UZP/Z0/0- 144/05 Zespół Arbitrów uwzględnił odwołanie i nakazał powtórzenie czynności oceny i wyboru oferty, podnosząc w pisemnym uzasadnieniu, iż w ocenie Zespołu Arbitrów złożona przez Odwołującego się informacja banku o możliwości uzyskania kredytu przeznaczonego na realizację kontraktu w wyniku ewentualnej wygranej w przetargu jest zgodna z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia zmodyfikowanej w piśmie skierowanym do wykonawców. Powołanie przez bank regulaminu kredytowania, w tym wymóg złożenia wniosku kredytowego i potwierdzenie zawarcia umowy o realizację inwestycji nie mogą być rozumiane jako dodatkowe warunki niedopuszczone przez siwz. W tym zakresie ZA podziela pogląd Odwołującego, że wskazanie procedury udzielenia kredytu nie jest warunkiem ograniczającym dostępność środków kredytowych. Natomiast oceniając przesłanki wykluczenia Odwołującego z powodu braków dokumentacji dotyczącej potencjału kadrowego Zespół Arbitrów stwierdził, że niesporne jest, że do oferty Odwołującego nie załączono wymaganego potwierdzenia przynależności do Krajowej Izby Inżynierów Budownictwa osób przewidzianych na stanowisko kierownika i „rezerwowego” kierownika robót telekomunikacyjnych. Deklaracja późniejszego uzyskania przez wymienione osoby wpisu do Krajowej Izby jedynie potwierdza, że stosowny dokument nie istniał i nie został złożony w terminie składania ofert. Tym samym zaistniała przesłanka wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. Odnosząc się do zarzutu, w którym Odwołujący wskazał konieczność wykluczenia drugiego wykonawcy, Zespół Arbitrów uznał po przeanalizowaniu wykazu sprzętu podanego wybranej ofercie jako własny, z jednoczesnym wskazaniem innego właściciela, który deklaruje udostępnienie tego sprzętu, że wybrany wykonawca złożył nieprawdziwe informacje, które w i razie potwierdzenia w toku ponownej oceny ofert winny skutkować wykluczeniem na

podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Mając powyższe na uwadze, w świetle dokonanych ustaleń Zespół Arbitrów nie znajdując podstaw do unieważnienia postępowania z urzędu, uwzględnił odwołanie i nakazał powtórzenie czynności oceny i wyboru ofert.

Skargę od powyższego wyroku złożył zamawiający Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział w Opolu, zaskarżając go w całości i zarzucając mu:

- 1) naruszenie prawa materialnego przez błędną jego wykładnię i niewłaściwe zastosowanie :
  - a) art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych poprzez przyjęcie, że wybrany przez skarżącego wykonawca złożył nieprawdziwe informacje, które w razie potwierdzenia w toku ponownej oceny ofert winny skutkować wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,
  - b) art. 24 ust. 2 pkt 3 poprzez przyjęcie, że informacja banku o możliwości uzyskania kredytu przez składającego na realizację kontraktu w wyniku ewentualnej wygranej w przetargu jest zgodna z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wskazując na te zarzuty wnosił o :

- 1) uchylenie zaskarżonego wyroku w całości pkt 1 i 2 i oddalenie odwołania przeciwnika,
- 2) zasądzenie od przeciwnika na rzecz skarżącego kosztów procesu według norm przepisanych,
- 3) przeprowadzenie rozprawy także pod nieobecność strony wnoszącej skargę.

**Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Skarga zasługuje na uwzględnienie.

Mieszcząc się w granicach zaskarżenia skargą wyznaczoną treścią wniosków i zarzutów w niej zawartych, należy jednoznacznie podnieść, iż w rzeczywistości pierwszy z zarzutów, dotyczący naruszenia prawa materialnego, de facto dotyczy art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p. a nie jak wskazał skarżący, zresztą za

nieprawidłową podstawą w tym zakresie, powołaną w zaskarżonym orzeczeniu Zespołu Arbitrów, tj. art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p.

Wynika to bezspornie z opisu tego zarzutu oraz uzasadnienia skargi, w którym wprost powołano się na omyłkowo, wskazaną przez Zespół Arbitrów podstawę prawną ich orzeczenia.

Należy przy tym wskazać, wobec treści zaskarżonego wyroku, niekwestionowanych, w części dotyczących wymagań kadrowych Odwołującego się, ustaleń Zespołu Arbitrów, iż właśnie powyższy zarzut, który spowodowałby przy jego uwzględnieniu wykluczenie wybranego wykonawcy z postępowania przetargowego, stanowi podstawowy problem mający istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia w przedmiocie sporu.

W tym zakresie, Sąd Okręgowy podziela pogląd Zespołu Arbitrów wyrażony w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, iż informacje podane przez Budimex - Dromex S.A. w formularzu 3.3. dotyczące potencjału technicznego wykonawcy były nieprawdziwe w poz. 1, 3-12 i 15 a, b, gdzie podano, iż urządzenia tam wymienione stanowiły własność wykonawcy, co stało w sprzeczności z pozostałymi dokumentami dołączonymi do powyższego formularza. Jednakże jak wynika z treści art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p., owe nieprawdziwe dane winny mieć wpływ na wynik postępowania, aby mogły stać się podstawą wykluczenia wykonawcy, który złożył takie informacje, do czego Zespół Arbitrów w swoim orzeczeniu w ogóle się nie odniósł, co stanowi istotny brak kwestionowanego wyroku.

Wychodząc więc, z treści art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p., mając na uwadze treść SIWZ w pkt 7.2.3., zdaniem Sądu Okręgowego, przy bezspornym i niekwestionowanym przez żadnego z uczestników postępowania, dysponowaniem przez Budimex - Dromex S.A. potencjałem technicznym, opisanym w formularzu 3.3., co wynika także z treści oświadczenia z dnia 6.12.2004r. i listu intencyjnego z dnia 29.11.2004r., oświadczenie tego wykonawcy, iż sprzęt w wyżej opisanym zakresie, stanowił jego własność, nie mógł mieć wpływu na wynik postępowania.

Po pierwsze, takie oświadczenie nie stanowiło naruszenia postanowień SIWZ, w zakresie potencjału technicznego w pkt 7.2.3., gdyż unormowanie SIWZ w tej części, wyraźnie odnosiło się wyłącznie do faktycznego władztwa wykonawcy (posiadania) sprzętu opisanego w tym punkcie specyfikacji, a nie do tytułu własności tego sprzętu. Stąd oferta tego wykonawcy, w zakresie potencjału technicznego spełniała pełne wymogi art. 22 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 24 p.z.p., dając pełną

możliwość wyboru jego oferty na równi z innymi ofertami.

Po drugie wszystkie oferty, w tym, w szczególności, także oferta odwołującego się Konsorcjum były oceniane tak samo, przez pryzmat warunków SIWZ z pkt 7.2.3., a nieścistości, bądź sprzeczności pomiędzy tytułem prawnym do sprzętu opisanego w formularzu 3.3., a tytułem wynikającym z innych dokumentów dołączonych do oferty, były interpretowane na korzyść każdego z wykonawców, o ile stanowiły tytuł posiadania opisany w art. 336 k.c., wymagany przez SIWZ. Taka sytuacja miała właśnie miejsce, jak słusznie wskazywał skarżący, w stosunku do oferty odwołującego się Konsorcjum, gdzie oczywista nieadekwatność formularza 3.3. z deklaracjami współpracy doń dołączonymi, w zakresie tytułu prawnego do sprzętu tam wymienionego, nie stanowiła dla zamawiającego podstawy wykluczenia tego wykonawcy. Równość stron w zakresie wymagań pkt 7.2.3, SIWZ została więc w całości przez zamawiającego zachowana, a wypełnianie tych warunków przez Budimex Dromex S.A. i ich wpływ na wybór jego oferty nie był decydujący, stanowiąc o braku powiązania treści oświadczenia zawartego w jego ofercie, z wynikiem postępowania przetargowego w tej części.

Stąd zdaniem Sądu nie wypełnione zostały przesłanki art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p. w stosunku do wybranego wykonawcy, a brak jest innych zastrzeżeń skierowanych do oferty Budimex - Dromex S.A. stanowiących o naruszeniu przepisów ustawy - prawo zamówień publicznych.

Natomiast przyjęty przez Zespół Arbitrów brak wypełnienia przez odwołujące się Konsorcjum wymagań opisanych w pkt 7. 2.2. SIWZ dotyczących potencjału kadrowego tego wykonawcy, stanowi decydujący argument, pozwalający na wykluczenie go z postępowania, w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p.

Wykazany przez Zespół Arbitrów, brak w ofercie Konsorcjum podania zastępców na stanowiska kierownika budowy i zastępcy kierownika budowy (pkt 7.2.2.) SIWZ oraz nie przesłanie stosownych, wymaganych w pkt 8.2.4. SIWZ dokumentów dotyczących uprawnień budowlanych kierownika i jego zastępcy branży telekomunikacyjnej, bezspornie mogły i stanowiły podstawę wykluczenia Konsorcjum z postępowania w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p. Braki powyższe wynikające wprost z oferty Odwołującego się, a ustalone przez arbitrów nie zostały zresztą w niniejszym postępowaniu

zakwestionowane, niewątpliwie stanowią natomiast samoistną podstawę oddalenia odwołania Konsorcjum Miejskiego Przedsiębiorstwa Robót Drogowych S.A. w Warszawie i DROGBUDU Podkarpackiego Holdingu Budowy Dróg Sp. z o.o. w Strzyżowie, od decyzji zamawiającego oddalającej protest tego wykonawcy.

Stąd waga, powołanego przez skarżącego zarzutu, naruszenia również w ofercie Konsorcjum postanowień pkt 7.2.1 SIWZ, w zakresie potencjału ekonomiczno-finansowego, jest dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy mało istotna. Należy jedynie wskazać, iż rzeczywiście oświadczenie Banku Milenium S.A. z dnia 7.12. 2004r. ( k. 125 oferty), nie miało żadnego znaczenia prawnego, co wynika wprost z treści tego oświadczenia in fine, a jego charakter, wyłącznie informacyjny, nie spełniał wymogów promesy ( obietnicy) udzielenia kredytu na określony cel, tym samym nie mieścił się w warunkach SIWZ opisanych w pkt 7.2.1., cyt. wyżej . Nie ulega wątpliwości, iż promesa kredytowa, stanowi już pewne ramy dla zawartej, przyszłej umowy definitywnej, a roszczenia obu stron promesy, mają charakter wstępny, ale wiążący, a nie wyłącznie informacyjny, jak oświadczenie banku z dnia 7.12.2004r. cyt. wyżej.

Wydaje się więc, iż również wskazywany przez skarżącego brak oferty odwołującego się Konsorcjum, w zakresie pkt 7.2.1. SIWZ mógł stanowić podstawę wykluczenia go z postępowania, w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p. jako samoistna, niezależna podstawa prawna takiej decyzji zamawiającego.

Mając powyższe na względzie w oparciu o przepis art. 198 ust. 2 in fine p.z.p. wobec uznania skargi za zasadną w zakresie naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 p.z.p. należało zmienić zaskarżone orzeczenie, a odwołanie wykonawcy Konsorcjum Miejskiego Przedsiębiorstwa Robót Drogowych S.A. w Warszawie i DROGBUDU Podkarpackiego Holdingu Robót Drogowych sp. z o.o. w Strzyżowie, jako bezzasadne podległo oddaleniu.



Na oryginale właściwe podpisy

za zgodność

SEKRETARZ