

Sygn. akt XXV C XXV C 131/11

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 grudnia 2012 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXV Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący: SSO Danuta Kowalik

Protokolant: protokolant sądowy stażysta Malwina Szcześniak - Adamczuk

po rozpoznaniu w dniu 14 grudnia 2012 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa Zakładu (...) S.A. we W.

przeciwko Skarbowi Państwa - Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad

o zapłatę

1. zasądza od Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad na rzecz Zakładu (...) S.A. we W. kwotę 650 000 zł (sześćset pięćdziesiąt tysięcy złotych) z ustawowymi odsetkami od dnia 9 lutego 2010 r. do dnia zapłaty;

2. zasądza od Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad na rzecz Zakładu (...) S.A.

we W. kwotę 42 237 zł (czterdzieści dwa tysiące dwieście trzydzieści siedem złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu.

Sygn. akt XXV C 131/11

UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 12 lipca 2010 r., wniesionym do Sądu Okręgowego w Zielonej Górze (k. 1-15; data nadania – k. 204), powód Zakład (...) S.A. z siedzibą we W. zażądał zasądzenia na swoją rzecz od pozwanego Skarbu Państwa – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Z. kwoty 650.000 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 9 lutego 2010 r. do dnia zapłaty z tytułu zwrotu wadium powołując jako podstawę prawną dochodzonego roszczenia art. 405 k.c.

W odpowiedzi na pozew (k. 212-224), pozwany podniósł zarzut niewłaściwości miejscowej Sądu Okręgowego w Zielonej Górze i wniósł o przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w Warszawie. Odnosząc się natomiast merytorycznie do żądania pozwu, pozwany wniósł o oddalenie powództwa podnosząc, iż zostały spełnione przesłanki do zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych.

Postanowieniem z dnia 29 grudnia 2010 r. (k. 543), Sąd Okręgowy w Zielonej Górze stwierdził swoją niewłaściwość miejscową i przekazał sprawę do rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Warszawie.

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

od października 2008 r. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Z., występująca jako zamawiający, prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Bieżące utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA.Z.”. Zamówienie to podzielone zostało na części, w tym między innymi na:

- zadanie nr 2 – teren GDDKiA Rejon N.; droga krajowa nr (...) (dalej zwane zadaniem nr 2);
- zadanie nr 3 – teren GDDKiA Rejon S.; droga krajowa nr (...) (dalej zwane zadaniem nr 3);
- zadanie nr 5 – teren GDDKiA Rejon Ż.; droga krajowa nr (...) (dalej zwane zadaniem nr 5).

Dla potrzeb wskazanego postępowania, zamawiający sporządził specyfikację istotnych warunków zamówienia (zwana dalej SIWZ k. 225, 227v-228), w której w szczególności oświadczył, że:

- dla potwierdzenia spełnienia warunków ogólnych, określonych w pkt 7.2.2. „Instrukcji dla Wykonawców” (tj. rozdziale I SIWZ), wykonawcy winni przedłożyć bliżej wskazane dokumenty (oryginały lub kserokopie poświadczane przez wykonawcę za zgodność z oryginałem), w tym koncesje, zezwolenia i licencje, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania koncesji, zezwolenia lub licencji na podjęcie działalności gospodarczej w zakresie objętym zamówieniem publicznym (pkt 8.1.2. SIWZ),
- zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych (pkt 9.2 SIWZ).

Do udziału w postępowaniu, w części co do zamówienia na zadania nr 2, 3 i 5, przystąpiły – jako wykonawca – trzy podmioty działające wspólnie i tworzące konsorcjum: powód Zakład (...) S.A. z siedzibą we W. jako lider konsorcjum oraz (...) sp. z o.o. z siedzibą w O. i (...) sp. z o.o. z siedzibą w P. jako „partnerzy” (uczestnicy) konsorcjum. „Partnerzy” (uczestnicy) konsorcjum udzielili powodowi, jako liderowi konsorcjum, pełnomocnictw do dokonywania wszelkich czynności wynikających z realizacji przedmiotu zamówienia publicznego w zakresie określonym przez zamawiającego w SIWZ i przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym w szczególności do 1. skompletowania, podpisania i złożenia zamawiającemu oferty przetargowej, 2. potwierdzania za zgodność z oryginałem dokumentów oferty stanowiących kserokopie, 3. wniesienia wadium, 4. składania protestów, odwołań, występowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, składania skarg do Sądu, przystępowania do postępowań wszczętych na skutek działań innych uczestników postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, 5. podpisania „w imieniu konsorcjum” umowy z zamawiającym na realizację zamówienia oraz wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, 6. reprezentowania interesów konsorcjum i jego partnerów przed zamawiającym oraz innymi instytucjami i osobami trzecimi (okoliczności bezsporne, wskazane przez powoda w formie kopii pełnomocnictw – k. 29-34, oferta konsorcjum, którego spodem był liderem na zadanie nr 2 k. 295 – 365, oferta na zadanie nr 3 k. 366 – 436, oferta na zadanie nr 5 k. 437 – k.507).

Składając oferty na realizację zamówienia w/w konsorcjum tytułem wymaganego wadium przedstawiło zamawiającemu udzielone w dniu 4 sierpnia 2008 r. przez (...) Towarzystwo Ubezpieczeń (...) S.A. w S. trzy gwarancje ubezpieczeniowe w tym:

- co do roszczeń dotyczących zadania nr 2 – gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium w kwocie 200.000 zł,
- co do roszczeń dotyczących zadania nr 3 – gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium w kwocie 250.000 zł,
- co do roszczeń dotyczących zadania nr 5 – gwarancję ubezpieczeniową w kwocie 200.000 zł (okoliczności bezsporne, wskazane przez powoda w formie kopii dokumentów gwarancji – k. 35-37). Dokumenty gwarancyjne były ważne do 9 marca 2009 r.

Pismem z dnia 18 grudnia 2008 r., doręczonym powodowi jako liderowi konsorcjum w dniu 22 grudnia 2008 r., Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Z. wezwała powoda jako lidera konsorcjum do podania i uzasadnienia stawek VAT zastosowanych do każdej pozycji w kosztorysach ofertowych dotyczących zadań nr 2, 3 i 5, a także powołując się na art. 26 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych wezwała do uzupełnienia dokumentów potwierdzających:

- 1) spełnienie warunków udziału w postępowaniu, to jest posiadanie uprawnień do wykonywania działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień koncesje, zezwolenia lub licencje, jeżeli

ustawy nakładają obowiązek posiadania koncesji – a mianowicie do przedstawienia następujących zezwoleń lub licencji na podjęcie działalności gospodarczej w zakresie objętym zamówieniem, których to dokumentów zamawiający wymagał w pkt 8.1.2. SIWZ:

a) w zakresie zadania nr 2:

- certyfikatu kompetencji zawodowych w krajowym transporcie drogowym rzeczy,
- licencji na wykonywanie krajowego transportu drogowego rzeczy,
- pozwoleń na prowadzenie działalności w zakresie zbierania, transportu odpadów, obowiązujących w powiatach: (...), (...), (...), (...);

b) w zakresie zadania nr 3:

- certyfikatu kompetencji zawodowych w krajowym transporcie drogowym rzeczy,
- licencji na wykonywanie krajowego transportu drogowego rzeczy,
- pozwoleń na prowadzenie działalności w zakresie zbierania, transportu odpadów, obowiązujących w powiatach: (...), (...), (...), (...);

c) w zakresie zadania nr 5:

- certyfikatu kompetencji zawodowych w krajowym transporcie drogowym rzeczy,
- licencji na wykonywanie krajowego transportu drogowego rzeczy,
- pozwoleń na prowadzenie działalności w zakresie zbierania, transportu odpadów, obowiązujących w powiatach: (...), (...), (...);

2) dysponowanie potencjałem technicznym: przedstawienie – wymaganego przez zamawiającego w pkt 7.2.1. podpunkt 2 SIWZ – pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego na następujący sprzęt:

- walec stalowy i ogumiony (6 szt.) – W110 (...) (właśc. S. – przyp. SO) 11t, ogumiony + (...) 854 stalowy-tandem 8,5 t; (...) 161, 8-10 t, (...) 3518, 18 MG x2, ogumione: VP-200, 24 Mg+ (...) 101, 24 Mg;
- rozkładarkę mas bitumicznych (2 szt.) - (...) z ławą hydrauliczną, (...)8820,
- frezarkę do nawierzchni (2 szt.) – (...), (...),
- ładowarkę (4 szt.) – (...);

dodatkowo w zakresie zadania nr 2:

- nośniki pod solarki i pługi – samochody skrzyniowe M., V., S. – ładowność 10 Mg - 9 szt., ładowność 14 Mg - 2 szt,
- nośniki pod piaskarki i pługi – samochód skrzyniowy K., ładowność 10 Mg - 1 szt.,
- nośniki pod pługi – samochody skrzyniowy M. (...) szt.,
- równiarki z lemieszem gumowym - (...) - 3 szt.;

ponadto w zakresie zadania nr 5:

-nośniki pod solarki i pługi - samochody skrzyniowe M., V., S. - ładowność 9 Mg - 6 szt, ładowność 12 Mg - 4 szt.,

-nośniki pod piaskarki i pługi - samochód skrzyniowy K., ładowność 10 Mg - 1 szt.,

-nośniki pod pługi - samochody skrzyniowe M. (...) szt.,

-równiarki z lemieszem gumowym - (...) - 3 szt.;

3) dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia:

- przedstawienie na Formularzu 1.2 „Potencjał kadrowy” informacji o osobach, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, potwierdzającej posiadanie przez dwóch pracowników do kierowania ruchem – minimalnego dwuletniego doświadczenia, gdy z dokumentu załączonego do oferty wynika iż osoby wyznaczone przez wykonawcę na pracowników do kierowania ruchem: S. Ł., W. W., posiadają mniejsze doświadczenie niż wymagał zamawiający w pkt 7.2.2.2 SIWZ

- złożenie załącznika do Formularza 1.2 - Informacji o doświadczeniu osób wskazanych w Formularzu 1.2;

4) znajdowanie się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia:

- informacja banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzająca wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy nie mniejszą niż 2.750.000 zł (po sumowaniu zadań, w których wykonawca uczestniczył: zadanie nr 2: 850.000 zł, zadanie nr 3: 1.000.000 zł, zadanie nr 5: 900.000 zł).

Pismo z dnia 18 grudnia 2008 r. zawierało nadto informację, że wyjaśnienia dotyczące stawek VAT zastosowanych w ofercie oraz wymienione w piśmie dokumenty należy dostarczyć do siedziby zamawiającego do dnia 8 stycznia 2009 r. do godziny 15:00; że złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, tzn. w dniu 8 grudnia 2008 r. oraz że zamawiający zatrzyma wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na niniejsze wezwanie nie złoży wymaganych dokumentów i oświadczeń, chyba, że udowodni, iż wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie (odpis pisma – k. 38-40).

Pismem, które wpłynęło do GDDKiA Oddział w Z.w dniu 8 stycznia 2009 r. (odpis pisma – k. 41-42), stanowiącym odpowiedź na pismo z dnia 18 grudnia 2008 r., powód oświadczył, że przekazuje:

1) zestawienie stawek podatku VAT dla pozycji cenowych – zgodnie z wymaganymi kosztorysami ofertowymi dla zadań nr 2, 3 i 5; równocześnie powód uzasadnił swoje stanowisko co do przyjętych stawek;

2) zaświadczenie nr (...) na przewozy drogowe na potrzeby własne, towarzyszące prowadzonej działalności; równocześnie powód wyjaśnił, że nie prowadzi zarobkowej działalności polegającej na transporcie drogowym rzeczy, a także zajął stanowisko, że pozostałe dokumenty wymienione przez zamawiającego w piśmie, w tym certyfikat kompetencji zawodowych w krajowym transporcie drogowym, licencja na wykonywanie krajowego transportu drogowego rzeczy oraz pozwolenie na prowadzenie działalności w zakresie zbierania i transportu odpadów „nie mogą stanowić bezwzględnie żądania” zamawiającego w stosunku do wykonawcy – stanowisko to zostało przez powoda uzasadnione;

3) pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego; równocześnie powód poinformował, że w poz. 6 formularza 1.3 w kol. 4, na 4 szt. wymienionych ładowarek, 2 sztuki ładowniki stanowią własność powoda, a 2 sztuki są dzierżawione;

4) uzupełnienie formularza 1.2 w zakresie spełnienia warunku posiadania osób do kierowania ruchem oraz załącznik do formularza 1.2;

5) uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie wymagania w zakresie wysokości dysponowania środkami finansowymi (dokumenty stanowiące uzupełnienie ofert: odnośnie zadania nr 2 k.593-627, odnośnie zadania nr 3 k. 628- 647, odnośnie zadania nr 5 k. 648 – 682).

Trzema pismami z dnia 19 stycznia 2009 r., doręczonymi powodowi w dniu 21 stycznia 2009 r. (odpisy pisma – k. 43-45, 46-48, 49-51), Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Z. poinformowała powoda, jako lidera konsorcjum, o wynikach postępowania odnośnie każdego z zadań:

- że unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie zadania nr 2, z powodu niezłożenia żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu (protokół postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie nr 2 k. 683-692),

- w wyniku postępowań o zamówienie publiczne w zakresie zadań nr 3 i 5 wybrano, jako najkorzystniejsze, oferty bliżej wskazanych podmiotów, innych niż konsorcjum powoda (protokół postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie nr 3 k. 693-703 oraz na zadanie nr 5 k.707-723),

- wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w zakresie zadań nr 2, 3 i 5, konsorcjum którego liderem jest powód, ze względu na niespełnienie następujących warunków udziału w postępowaniu:

1) niezłożenie, wbrew wezwaniu zawartemu w piśmie zamawiającego z dnia 18 grudnia 2008 r., w wymaganym przez zamawiającego terminie, certyfikatu kompetencji zawodowych w krajowym transporcie drogowym rzeczy, licencji na wykonywanie krajowego transportu drogowego rzeczy i pozwoleń na prowadzenie działalności z zakresie zbierania, transportu odpadów, obowiązujących w powiatach: dla zadania nr 2 – (...), (...), (...)i (...), dla zadania nr 3 – (...), (...), (...)i (...), a dla zadania nr 5 – (...), (...)i (...); powołano się na pkt.8.1.2. SIWZ,

2) nieuzupełnienie pisemnego zobowiązania innego podmiotu do udostępnienia frezarki do nawierzchni C. P.;

ponadto w oświadczeniu Przedsiębiorstwa (...) dotyczącego udostępnienia sprzętu brakuje daty, co zdaniem zamawiającego, uniemożliwia potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, tzn. w dniu 8 grudnia 2008 r. – (powyższe braki dotyczą każdego z zadań),

3) niezłożenie przez wykonawcę, wbrew żądaniu zamawiającego, dokumentów potwierdzających dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a mianowicie: w zakresie zadania nr 2 i 5 brak dokumentu – załącznika do formularza 1.2 dotyczącego operatora ładowarki J. S., wymienionego w stanowiącym załącznik do oferty formularzu 1.2. oraz niepodpisanie przez J. B., E. Ś. i T. S. dotyczących tych osób załączników do formularza 1.2.;

oraz odnośnie każdego z trzech zadań - brak minimalnego, wymaganego w pkt 7.2.2.2. SIWZ, doświadczenia pracowników przeznaczonych do kierowania ruchem: J. G.i P. S.(SIWZ wymagał doświadczenia dwóch lat a z załączników do formularzy 1.2 wynikało, iż doświadczenie w/w pracowników jest krótsze).

Ponadto, zamawiający oświadczył, że oferty wykluczonego wykonawcy (konsorcjum, którego liderem jest powód) zostały odrzucone art. 24 ust.4 PZP.

Odnośnie frezarek to wykonawca w ofertach do każdego z trzech zadań podał 2 frezarki do nawierzchni o nazwie V. (...) F i C. P. 102 (formularz 1.3. Potencjał techniczny pkt. 4 tabeli 2 k. 365, k.435v, k. 506), następnie w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego odnośnie przedstawienia zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia tego sprzętu – przedstawił zobowiązania innych firm o udostępnieniu dwóch frezarek o nazwie V. (uzupełnienie oferty: do zadania nr 2 k. oświadczenia k.599,600, do zadania nr 3 k.634-634v, do zadania nr 5 k.654,655), jednakże w piśmie wyjaśniającym do zamawiającego, wykonawca nie poinformował, iż w miejsce frezarki C. jest druga frezarka V., uważając, że zamawiający jako profesjonalista zidentyfikuje, że są to dwie wymagane frezarki (zeznania świadka E. R. k. 731-735, przesłuchanie w charakterze strony powodowej prezesa zarządu powoda P. Z. k.806).

W dniu 30 stycznia 2009 r., powód, działając w imieniu konsorcjum, złożył protesty dotyczące czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie zadań nr 2, 3 i 5. W protestach kwestionowano wykluczenie na podstawie nieuzupełnienia dokumentów certyfikatu kompetencji zawodowych w krajowym transporcie drogowym rzeczy, licencji na wykonywanie krajowego transportu drogowego rzeczy oraz pozwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania, transportu odpadów, nie kwestionowano zaś pozostałych przyczyn wykluczenia. W protestach tych powód wniósł, w szczególności, o unieważnienie czynności oceny ofert i odrzucenia oferty konsorcjum z udziałem powoda a także o unieważnienie czynności wykluczenia konsorcjum z udziałem powoda z postępowania (odpisy protestów – k. 53-55, 56-58, 59-61).

Rozstrzygnięciami z dnia 10 lutego 2009 r., Dyrektor Oddziału GDDKiA w Z. oddalił protesty wykonawcy (odpisy rozstrzygnięć – k. 62-63, 64-65, 66-67). Rozstrzygnięcia te zaskarżone zostały odwołaniami wykonawcy (odpisy odwołań – k. 68-70, 71-73, 74-76).

Wyrokiem z dnia 6 marca 2009 r., Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołania. W uzasadnieniu tego wyroku KIO oceniła jednak, że SIWZ nie zawierała warunku przedłożenia dokumentów certyfikatu kompetencji zawodowych w krajowym transporcie drogowym rzeczy, licencji na wykonywanie krajowego transportu drogowego rzeczy oraz pozwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania, transportu odpadów - w konsekwencji żądanie tych trzech rodzajów dokumentów przez zamawiającego było nieuprawnione; KIO nie badała natomiast zasadności pozostałych, powołanych w pismach GDDKiA z dnia 19 stycznia 2009 r., przyczyn wykluczenia, przyjmując, iż nie zostały one zakwestionowane w protestach wykonawcy na czynności wykluczenia i uznania jego oferty za odrzuconą i skutkiem braku zarzutów co do pozostałych przesłanek wykluczenia stały się one skuteczne i wiążące (k. 77-85, zwł. k. 83).

Jeszcze przed wydaniem wyroku przez Krajową Izbę Odwoławczą, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad zwróciła się do gwaranta (...)Towarzystwa Ubezpieczeń (...)S.A.:

- pismem z dnia 27 lutego 2009 r. – o wypłaceniu kwoty 250.000 zł z tytułu gwarancji ubezpieczeniowej co do roszczeń dotyczących zadania nr 3,

- drugim pismem z dnia 27 lutego 2009 r. – o wypłaceniu kwoty 200.000 zł z tytułu gwarancji ubezpieczeniowej co do roszczeń dotyczących zadania nr 5,

- pismem z dnia 2 marca 2009 r. – o wypłaceniu kwoty 200.000 zł z tytułu gwarancji ubezpieczeniowej co do roszczeń dotyczących zadania nr 2. W pismach powołano się na zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4 a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Każde z wymienionych pism zostało podpisane wyłącznie przez Zastępcę Dyrektora Oddziału GDDKiA w Z.– M. P.(okoliczności bezsporne, wskazane przez powoda w formie kopii pism – k. 88-89, 90-91, 86-87). Faxem z 10 marca 2009 r. TU (...)S.A. zwrócił się do GDDKiA Oddział w Z.o przedstawienie stosownych pełnomocnictw, iż M. P.podpisana na wezwaniach skierowanych do gwaranta była umocowana do reprezentowania strony pozwanej (pismo w teczce zielonej załączniku do akt (...), (...), (...), kopia k. 788). Pismem z dnia 13 marca 2009 r., GDDKiA Oddział w Z.przesłał do TU (...)S.A. odpis pełnomocnictwa ogólnego z dnia 9 października 2008 r., udzielonego M. P.przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, do składania oświadczeń w zakresie praw i obowiązków majątkowych Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, związanych z działalnością Oddziału GDDKiA w Z., zgodnie ze statutem i regulaminem organizacyjnym (okoliczności bezsporne, wskazane przez powoda w formie kopii pisma i dokumentu pełnomocnictwa – k. 153-155).

Wedle natomiast Regulaminu Organizacyjnego Oddziału GDDKiA w Z., nadanego zarządzeniem nr (...)Dyrektora Oddziału GDDKiA w Z.z dnia 28 maja 2007 r.:

- Dyrektora Oddziału w czasie jego nieobecności zastępuje wyznaczony przez niego zastępca, który w takim wypadku działa w granicach określonych przez Dyrektora Oddziału (§ 1 ust. 7 pkt 2 regulaminu),

- do składania oświadczeń w zakresie praw i obowiązków majątkowych Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad związanych z zakresem działania Oddziału wymagane jest łączne współdziałanie dwóch pełnomocników upoważnionych przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad § 1 ust. 5 regulaminu; treść regulaminu – okoliczności bezsporne, wskazane przez powoda w formie kopii regulaminu – k. 156, 158-193).

Pismem z 29 marca 2009 r. (pismo nadesłane faxem w teczce zielonej załączniku do akt (...), (...), (...), kopia k.790) ubezpieczyciel poinformował GDDKiA Oddział w Z., iż nadesłane pełnomocnictwo z dnia 9 października 2008 r., udzielone M. P., odwołuje się do statutu i regulaminu organizacyjnego GDDKiA a z treści tych dokumentów wynika, że do składania oświadczeń woli w zakresie praw i obowiązków majątkowych GDDKiA wymagane jest współdziałanie dwóch pełnomocników, dlatego ubezpieczyciel wystąpił do Generalnego Dyrektora DKiA o wykazanie, że M. P. była uprawniona do jednoosobowej reprezentacji pozwanego składając żądanie z opisanych gwarancji. Pismem z 15 kwietnia 2009 r. Generalny Dyrektor GDDKiA poinformował ubezpieczyciela, iż M. P. na podstawie pełnomocnictwa z dnia 9 października 2008 r. jest umocowana do podejmowania działań jednoosobowo (k.198-199).

Ubezpieczyciel TU (...) nie dokonał wypłaty kwot objętych gwarancją.

Powód dobrowolnie w dniu 27 kwietnia 2009 r. wpłacił na rachunek bankowy pozwanego jako kwoty zatrzymanych wadium określonych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie zadań: nr 2 kwotę 200 000 zł, nr 3 kwotę 250 000 zł i nr 5 kwotę 200 000 zł, z zastrzeżeniem ich zwrotu (wydruki potwierdzenia transakcji – k. 200-202).

Powód dokonał tych wpłat „aby nie zamykać sobie drogi współpracy” z ubezpieczycielem (zeznania świadka P. Ł. k.749-754).

Niezależnie od pełnomocnictwa ogólnego z dnia 9 października 2008 r. M. P. legitymowała się pełnomocnictwem nr 6a/2008 z dnia 8 września 2008 r., którym Dyrektor Oddziału GDDKiA w Z. powierzył jej przygotowanie i prowadzenie postępowań o udzielenie zamówień publicznych dla zadań realizowanych przez oddział oraz wynikających z udzielonych pełnomocnictw, na podstawie art. 18 ust.2 u.p.z.p. Treść tego pełnomocnictwa obejmuje upoważnienie dla M. P. do wykonania zadań kierownika zamawiającego w rozumieniu art. 18 ust 1 ustawy p.z.p. (kopia pełnomocnictwo nr 6a/2008, zarządzenie nr 32 Generalnego Dyrektora GDDKiA z 28.12.2004 r. (k. 512-532).

W dniu 9 marca 2009 r., wykonawca złożył protesty dotyczące czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie zadań nr 2, 3 i 5, w postaci złożenia wniosków do (...)S.A. o wypłatę łącznej kwoty 650.000 zł na podstawie gwarancji ubezpieczeniowych (odpisy protestów – k. 94-97, 102-105, 98-101), a następnie złożył trzy odwołania (odpisy odwołań – k. 106-112, 113-119, 120-126). W odwołaniach tych wykonawca m.in. podniósł, iż wezwania do zapłaty kwoty gwarancji podpisane jednoosobowo przez M. P. są z mocy prawa nieważne albowiem pełnomocnictwo ogólne z dnia 9 października 2008 r. udzielone M.P. upoważnia do składania oświadczeń w zakresie praw i obowiązków majątkowych pozwanego – zgodnie ze statutem i regulaminem organizacyjnym, które to wymagają łącznego działania dwóch pełnomocników. Zamawiający w odniesieniu do tego zarzutu powoływał się na fakt, że Dyrektor Generalny GDDKiA potwierdził w piśmie z dnia 15 kwietnia 2009 r., że M. P. była uprawniona do wystąpienia do gwaranta z wnioskiem o zapłatę kwoty wynikającej z gwarancji (dokumenty akt połączonych spraw (...), (...), (...), kopia pisma z 15 kwietnia 2009 r. k. 782, kopia protokołu rozprawy z 16 kwietnia 2009 r. przed KIO k. 764-768).

Wyrokiem z dnia 16 kwietnia 2009 r., Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołania stwierdzając, że konsorcjum firm, którego powód jest liderem nie ma interesu prawnego we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy pzp (k. 127-135).

Wyrok z dnia 16 kwietnia 2009 r. zaskarżony został skargą wykonawcy (k. 136-143).

Wyrokiem z dnia 15 października 2009 r., Sąd Okręgowy w Zielonej Górze V Wydział Gospodarczy w sprawie sygn.akt V Gaz (...) oddalił skargę. W uzasadnieniu tego wyroku Sąd Okręgowy zaprezentował ocenę, iż słuszna jest ocena KIO co do tego, że skarżący wykonawca nie ma interesu prawnego we wniesieniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych (k. 144-152). Dopiero w ramach w/w postępowania przed Sądem Okręgowym w Zielonej Górze na rozprawie sądowej w dniu 26 czerwca 2009 r. (k.776-777) zamawiający powołał się na pełnomocnictwo nr 6a/2008 z dnia 8 września 2008 r. udzielone M. P.jako stanowiące podstawę do podpisania przez nią żądania wypłaty z gwarancji z tytułu zatrzymania wadium a na rozprawie w dniu 24 września 2009 r. okazał rejestr pełnomocnictw, w którym pod pozycją nr 8 figuruje pełnomocnictwo 6A/2008 (k.10 – 11,23-24 i34-35 akt sprawy V Ga (...)).

Wezwaniem do zapłaty z dnia 19 stycznia 2010 r. powód wezwał pozwanego do zwrotu jako świadczenia nienależnego uiszczonych przez niego kwot w łącznej kwocie 650 000 zł w terminie 7 dni od doręczenia wezwania podnosząc, iż czynność „zatrzymania wadium” była bezprawna i nieważna (pismo k.203).

Wyżej przytoczone okoliczności faktyczne nie były sporne.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Powództwo zasługuje na uwzględnienie.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie: 1) warunków udziału w postępowaniu, 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego – zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert (art. 25 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, t. jedn.: Dz. U. nr 113 z 2010 r., poz. 759 z późn. zm., dalej zwana p.z.p.).

Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p., lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p., zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert (art. 26 ust. 3 p.z.p.).

W wypadku, gdy wykonawca wniósł wadium w trybie art. 45 p.z.p., zamawiający zatrzymuje to wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 p.z.p., nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p., lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn niezależnych po jego stronie (art. 46 ust. 4a p.z.p.).

Jeśli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kilku wykonawców jest reprezentowanych przez pełnomocnika, który uprawniony jest do podejmowania wszelkich czynności w toku tego postępowania to uzasadnionym jest przyjęcie, iż jest on także uprawniony do żądania od zamawiającego zwrotu wadium wpłaconego przez wykonawcę wielopodmiotowego (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach dnia 29 lipca 2010 r., V ACa 161/10, LEX nr 686894).

W ocenie Sądu Okręgowego, nie jest natomiast słuszny pogląd przeciwny, wyrażony w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 13 października 2011 r., V CSK 475/10 (LEX nr 1108492). W uzasadnieniu tego wyroku, SN powołał się na

orzecznictwo Zespołu Arbitrów oraz orzecznictwo ETS, które „wskazują na niedopuszczalność korzystania ze środków ochrony prawnej przez pojedynczych członków konsorcjum, jeśli taka jest wola ustawodawcy krajowego”. Wyrazem przedmiotowej woli ustawodawcy jest zaś, w ocenie SN, art. 46 ust. 1 i 2 w zw. z art. 23 p.z.p.

Ta ostatnia ocena nie jest przekonującą.

Przede wszystkim zauważyć warto, że sam SN, w uzasadnieniu przytoczonego wyroku, zaznaczył, że prezentuje jedynie poglądy Sądu w składzie, który wyrok ten wydał. Nie sposób więc mówić tu o utrwalonej linii orzecznictwa SN.

Co jednak istotniejsze, art. 46 ust. 1 i 2 w zw. z art. 23 p.z.p. nie kreuje regulacji, wykluczającej dopuszczalność dochodzenia zwrotu wadium przez jednego tylko członka konsorcjum – a zwłaszcza lidera konsorcjum, umocowanego przez pozostałych członków konsorcjum do wszelkich czynności wynikających z realizacji przedmiotu zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 23 ust. 1 i 2 p.z.p., wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia, a w takim przypadku ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Z kolei w art. 46 ust. 1 i 2 p.z.p. mowa jest o zwrocie wadium – w przypadkach tam wskazanych – wykonawcy lub „wszystkim wykonawcom”, lecz w znaczeniu wszystkich wykonawców, którzy przystąpili do postępowania, tj. którzy złożyli konkurencyjne oferty – nie chodzi tu natomiast o obligatoryjne zwrócenie wadium do rąk wszystkich wykonawców, którzy o udzielenie zamówienia ubiegają się wspólnie.

Funkcją art. 46 ust. 1 i 2 p.z.p. jest przedmiotowa regulacja przypadków, gdy wadium podlega zwrotowi, a nie formułowanie podmiotowych ograniczeń co do sposobu zwrotu wadium kilku wykonawcom, wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia.

Przepisy art. 46 ust. 1 i 2 w zw. z art. 23 p.z.p. nie mogą być natomiast interpretowane jako zakaz poczynienia między członkami konsorcjum, w ramach ogólnej zasady swobody umów (art. 353¹ k.c.), ustaleń że lider konsorcjum – działający we własnym imieniu – będzie uprawniony do dokonywania wszelkich czynności wynikających z realizacji przedmiotu zamówienia publicznego, a zwłaszcza do odebrania od zamawiającego świadczeń pieniężnych, w tym z tytułu zwrotu wadium.

Skoro czynienia takich ustaleń ustawodawca nie zabronił (zatem z mocy art. 353¹ k.c. można je uznać za dozwolone), a zgodnie z przytoczonym przez SN orzecznictwem Zespołu Arbitrów i ETS niedopuszczalność korzystania ze środków ochrony prawnej przez pojedynczych członków konsorcjum istnieje wtedy, gdy taka jest wola ustawodawcy krajowego, to niedopuszczalności tej nie sposób stwierdzić w obowiązującym systemie prawa polskiego. Konsekwentnie, brak dostatecznych argumentów na rzecz tezy, że czynną legitymacją procesową do dochodzenia zwrotu wadium dysponują jedynie wszyscy członkowie konsorcjum (wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego) działający łącznie, a legitymacji takiej nie posiada jeden tylko z wykonawców, w tym lider konsorcjum.

W warunkach więc, gdy „partnerzy” (uczestnicy) konsorcjum – (...) sp. z o.o. i (...) sp. z o.o. upoważnili powoda, jako lidera konsorcjum, do dokonywania wszelkich czynności wynikających z realizacji przedmiotu zamówienia publicznego w zakresie określonym przez zamawiającego w s.i.w.z. i przepisach p.z.p. (a zatem również do odbioru wadium w trybie art. 46 p.z.p.), to powód, nawet działający samodzielnie, dysponuje legitymacją czynną do dochodzenia zapłaty wadium nienależnie zatrzymanego – i to w całości – zwłaszcza, że należności z tytułu wadium zostały w całości zapłacone przez samego powoda.

W orzecznictwie KIO dominuje pogląd, że art. 46 ust. 4a p.z.p. ma charakter restrykcyjny i wyjątkowy, ze względu na zawartą w nim dolegliwą sankcję finansową dla wykonawcy. Przesądza to o tym, że musi on być interpretowany w sposób ścisły, co nie pozwala na wykładnię rozszerzającą przesłanek zatrzymania wadium. KIO stoi przy tym

konsekwentnie na stanowisku, że z wykluczenia wykonawcy nie można wywodzić automatycznego obowiązku zatrzymania wadium (por. wyrok KIO z 20 lipca 2011 r. sygn. akt KIO 1444/11, Lex nr 896100).

Wezwanie do uzupełnienia złożonej oferty może dotyczyć oświadczeń lub dokumentów. Precyzyjne określenie żądania obciąża przy tym zamawiającego, zaś brak precyzji po jego stronie nie może powodować negatywnych skutków prawnych dla nieprecyzyjnie wezwanego wnioskodawcy, a w konsekwencji nie może stanowić braku podstawy do zatrzymania wadium. Podstawa do zatrzymania wadium zachodzi wyłącznie w przypadku zawinionego zaniechania złożenia żądanych dokumentów przez wezwanego wykonawcę (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 20 maja 2010 r., I ACa 357/10, LEX nr 756566).

Sankcja zatrzymania wadium z pewnością nie dotyczy sytuacji w której wykonawca odpowiada na wezwania bez zbędnej zwłoki i przedkłada wymagane dokumenty z nieznacznym, usprawiedliwionym obiektywnymi okolicznościami, opóźnieniem. Przedmiotowa sankcja nie dotyczy również sytuacji, w której sama czynność uzupełnienia dokumentów dotknięta jest dalszymi brakami formalnymi. Niedopuszczalna jest bowiem interpretacja prowadząca do sytuacji, w której każde uchybienie wykonawcy w realizacji wezwania do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. powstaniem po stronie zamawiającego prawa do zatrzymania wadium. Zamawiający nie może nadużywać swojego prawa, czyniąc z praktyki zatrzymania wadium wykonawców niejako dodatkowe źródło dochodu (wskazany wyżej wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 20 maja 2010 r., I ACa 357/10).

Odnosząc powyższe poglądy na grunt niniejszej sprawy należy stwierdzić, iż w ustalonych okolicznościach faktycznych, zatrzymanie wadium przez pozwanego uznać należy za pozbawione dostatecznych podstaw prawnych.

Wykonawca odpowiedział bowiem na wezwanie zamawiającego składając uzupełniające dokumenty w zakresie każdej oferty, jednakże dokumenty te częściowo nie potwierdzały spełnienia warunku w postępowaniu:

- i tak odnośnie zadania nr 2 i 5: załączniki do formularza 1.2 odnośnie 3 osób nie zostały przez nich podpisane (a jedynie przez wykonawcę), nadto wykonawca nie dołączył załącznika do formularza 1.2 J. S. zgłoszonego jako operatora ładowarki, przy czym uzupełniając braki w ofertach wykonawca złożył po ok. 50 załączników do formularza 1.2 do każdego zadania.

- odnośnie każdego z trzech zadań: z załączników do formularza 1.2 odnośnie dwóch osób, wynikało, iż nie posiadają odpowiedniego doświadczenia oraz oświadczenie Przedsiębiorstwa (...) o udostępnieniu sprzętu nie zawierało daty,

- odnośnie każdego z trzech zadań wykonawca nie przedłożył pisemnego zobowiązania innego podmiotu do udostępnienia frezarki do nawierzchni C. – w zamian za to przedłożył zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia tego typu frezarki o nazwie V. - jednak nie udzielił w tej kwestii o zamianie sprzętu stosownych wyjaśnień zamawiającemu.

Mając na uwadze rodzaj przytoczonych uchybień w uzupełnieniu dokumentacji ofert, należy uznać, iż same czynności uzupełnienia dokumentów przez wykonawcę dotknięte były dalszymi brakami formalnymi, a więc powinny być przedmiotem kolejnego wezwania.

Nadto zdaniem Sądu negatywna ocena zamawiającego przedłożonych przez wykonawcę w/w dokumentów pod kątem opisanego w SIWZ warunku udziału w postępowaniu, nie powinna w okolicznościach niniejszej sprawy prowadzić do podjęcia przez zamawiającego decyzji o zatrzymaniu wadium skoro również czynność zamawiającego polegająca na żądaniu dokumentów nie wskazanych w postanowieniach SIWZ (certyfikatu kompetencji zawodowych w krajowym transporcie drogowym rzeczy, licencji na wykonywanie krajowego transportu drogowego rzeczy, pozwolenia na prowadzeniu działalności w zakresie zbierania, transportu odpadów) stanowiły naruszenie przepisów ustawy p.z.p.

Należy też mieć na uwadze, iż celem wprowadzenia art. 46 ust. 4a p.z.p. na mocy ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058) było przeciwdziałanie znikom wykonawców. Strona pozwana nie kwestionowała twierdzenia powoda, iż w żadnym z

postępowań w zakresie zadania nr 2, nr 3 i nr 5 nie zachodziła przesłanka do zatrzymania wadium z powodu nieuzupełnienia dokumentów w związku ze znową wykonawców.

Wobec powyższego żądanie powoda podlegało uwzględnieniu na podstawie art. 405 k.c. - z uwagi na brak podstawy prawnej z art. 46 ust. 4a p.z.p. do zatrzymania wadium.

Odsetki zasądzono stosownie do art. 455 k.c. - powód wezwał pozwanego do zwrotu nienależnie spełnionego świadczenia w dniu 1 lutego 2010 roku, tj. z dniem, w którym pozwany odebrał wezwanie powoda do zapłaty (k.203 v), wyznaczony termin zapłaty upłynął w dniu 8 lutego 2010 r., zatem strona powodowa trafnie wskazała datę początkową należnych odsetek tj. 9 lutego 2010 r.

W niniejszej sprawie nie ma istotnego znaczenia kwestia prawidłowości umocowania M. P.do zażądania, w imieniu pozwanego, od(...)S.A., wypłaty kwot, objętych gwarancjami ubezpieczeniowymi. Ze zgromadzonego materiału nie wynika bowiem, by (...) S.A.dokonała wskazanych wypłat z tytułu udzielonych gwarancji ubezpieczeniowych, a wręcz przeciwnie – kwoty wadium zostały wpłacone w całości przez samego powoda, bezpośrednio na rachunek bankowy pozwanego.

Zgodnie z art. 14 p.z.p. do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy k.c., odesłanie to obejmuje wszystkie czynności faktyczne i prawne. Pełnomocnictwo ogólne z dnia 9 października 2008 nie było wystarczające do złożenia oświadczenia przez M. P.w imieniu pozwanego o zatrzymaniu wadium wobec gwaranta, jednakże oprócz pełnomocnictwa ogólnego z dnia 9 października 2008 r. M. P.legitymowała się pełnomocnictwem nr 6a/2008 z dnia 8 września 2008 r., w którym Dyrektor Oddziału GDDKiA w Z.powierzył jej przygotowanie i prowadzenie postępowań o udzielenie zamówień publicznych dla zadań realizowanych przez oddział oraz wynikających z udzielonych pełnomocnictw, na podstawie art. 18 ust.2 u.p.z.p. Wniesienie wadium, jego zatrzymanie lub zwrot stanowi element postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a zatem treść tego ostatniego pełnomocnictwa nr 6a/2008 z dnia 8 września 2008 r., upoważniała M. P.do złożenia w imieniu pozwanego oświadczenia wobec gwaranta o wypłacenie kwoty wadium, zaś okoliczność, iż na to pełnomocnictwo strona pozwana powołała się dopiero przed Sądem Okręgowym w Zielonej Górze w sprawie VGa (...)w dniu 26 czerwca 2009 r. nie ma znaczenia, skoro to pełnomocnictwo istniało w dacie złożenia pisemnego żądania wypłaty wobec gwaranta .

Pozwany, jako strona przegrywająca, obowiązany jest zwrócić powodowi, na jego żądanie, poniesione przez powoda koszty procesu. Koszty te wynoszą łącznie 42.237 zł i obejmują (art. 98 § 3 w zw. z art. 99 k.p.c.):

- opłatę od pozwu – 32.500 zł (k. 28),
- wynagrodzenie radcy prawnego, będącego pełnomocnikiem powoda – zgodnie z wnioskiem powoda w stawce minimalnej – 7.200 zł (§ 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. nr 163 z 2002 r., poz. 1349 z późn. zm.),
- wydatek radcy prawnego w postaci opłaty skarbowej od pełnomocnictwa – 17 zł (k. 27).
- wydatki na koszty dojazdu na rozprawę – 2.520 zł, zgodnie ze złożonym spisem kosztów, przy czym znaczyć należy, że pełnomocnik strony nie ma obowiązku wykazywania wysokości poszczególnych składników kosztów objętych spisem kosztów (postanowienie SN z dnia 5 września 2012 r., IV CZ 47/12, LEX nr 1227194).

Wobec powyższego Sąd Okręgowy orzekł jak w sentencji.