

Niniejszy dokument nie stanowi doręczenia w trybie art. 15 zzs⁹ ust. 2 ustawy COVID-19 (Dz.U.2021, poz. 1842)

Sygn. akt I ACa 1493/21

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 listopada 2022 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Beata Kurdziel (sprawozdawca)
Sędziowie:	SA Robert Jurga

SA Józef Wąsik

po rozpoznaniu w dniu 23 listopada 2022 r. w Krakowie na posiedzeniu niejawnym

sprawy z powództwa Zespołu (...) w O.

przy interwencji ubocznej Syndyka Masy Upadłości (...) – Firmy (...), (...) spółki jawnej w upadłości z siedzibą w O.

przeciwko Województwu (...)

o zapłatę

na skutek apelacji strony powodowej od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 27 września 2021 r., sygn. akt I C 1020/19,

1. oddala apelację,

2. zasądza od strony powodowej na rzecz strony pozwanej kwotę 8 100 zł (osiem tysięcy sto złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

SSA Robert Jurga SSA Beata Kurdziel SSA Józef Wąsik

Sygn. akt I ACa 1493/21

UZASADNIENIE

wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 23 listopada 2022 r.

Pozwem z dnia 25 czerwca 2019r. skierowanym przeciwko Województwu (...) strona powodowa Zespół (...) w O. wniosła o zapłatę kwoty 629.884,69 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie liczonymi od dnia 21 stycznia 2019r. do dnia zapłaty i kosztami procesu.

Na uzasadnienie żądania podała, że dochodzona kwota wynika ze zmniejszenia dotacji, jaką miała otrzymać od strony pozwanej w związku z umową z dnia 27.03.2018r. o dofinansowanie Projektu (...) ((...)) Województwa (...) (WM)

na lata 2014 - 2020. W ramach tej umowy (...) w O. ogłosił przetarg, wybrał wykonawcę i przystąpił do realizacji inwestycji „Modernizacja oddziału (...), (...)”. Następnie Instytucja (...) (...) dokonała kontroli prawidłowości realizacji wykonywania umowy i zakwestionowała:

- zgodność uprawnień kierownika budowy Z. K. z wymogami SIWZ (zastąpił poprzedniego kierownika budowy na podstawie aneksu nr (...) do umowy z wykonawcą (...)),
- postawienie w SIWZ wymogu dysponowania przez wykonawcę osobą posiadającą co najmniej 10 letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy,
- postawienie w SIWZ obowiązku zatrudnienia kierownika budowy oraz kierowników robót w oparciu o umowę o pracę.

Powyższe skutkowało zmniejszeniem dotacji łącznie na kwotę 629.884,69 zł. Strona powodowa wyjaśniła, że środki były przez (...) wypłacane w formie zaliczki i w formie refundacji. W niniejszym postępowaniu cywilnym możliwe jest dochodzenie jedynie kwot z refundacji, bo kwoty z zaliczki mogą być dochodzone w trybie administracyjnym. Środki, które (...) miała wypłacić pochodziły z Unii Europejskiej, zaś niewielka część z budżetu Państwa. Na kwotę dochodzoną pozwem składa się kwota 607.460,69 zł środków z Unii Europejskiej i kwota 22.423,89 zł z budżetu państwa.

Strona pozwana Województwo (...) w odpowiedzi na pozew wniosła o oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów postępowania. Podniosła, że jako Instytucja Zarządzająca(...) Programem (...) Województwa (...) ((...)) nie kwestionuje faktu zawarcia umowy ze stroną powodową, zgodnie z którą beneficjentowi przysługuje dofinansowanie w wysokości określonej umową, lecz nie bezwarunkowo tylko po spełnieniu ściśle określonych warunków. Podstawą pomniejszenia dofinansowania wystąpiły i dotyczyły osoby kierownika budowy, a konkretnie uprawnień nowego kierownika budowy, wymogu 10-letniego stażu pracy kierownika budowy, wymogu zatrudnienia kierownika budowy i kierowników robót na umowę o pracę. Co do dwóch pierwszych kwestii prowadzone były postępowania i wydane zostały dwie decyzje administracyjne Zarządu Województwa (...) z 4 i 27 czerwca 2019r. Zamawiający już po zawarciu umowy ze stroną pozwaną dokonał zmiany na stanowisku kierownika budowy, powierzając tę funkcję Z. K., który zdaniem strony pozwanej nie spełnia wymogów określonych w SIWZ tzn. nie ma uprawnień do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno - budowlanej. Oznacza to, że gdyby Z. K. był wskazany przez wykonawcę w chwili ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego jako kierownik budowy - to taki wykonawca nie wygrałby przetargu, bo nie spełniałby wymogu z SIWZ w zakresie osoby kierownika budowy.

W efekcie stwierdzonych nieprawidłowości dokonano pomniejszenia dofinansowania według przepisów Rozporządzenia Ministra Rozwoju dnia 29 stycznia 2016r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzieleniem zamówienia przy uwzględnieniu nowelizacji przepisów z dnia 22 lutego 2017 r (Dz. U. z 2017r poz. 615). Postawą pomniejszenia dotacji były art.; 144ust 1p.z.p, art. 22 ust. 1a p.z.p i art. 29 ust.2 p.z.p.

W piśmie z dnia 5 listopada 2019 roku (k. 550-558) (...) Firma Budowlana (...), (...) Spółka jawna z siedzibą w O., wstąpiła do sprawy po stronie powoda w charakterze interwenienta ubocznego. Swój interes prawny we wstąpieniu do sprawy uzasadniła faktem, iż jest ona wykonawcą robót budowlanych w ramach projektu pt. „Przebudowa fragmentu pawilonu nr IV wraz z budową windy dla niepełnosprawnych i zagospodarowaniem terenu dla potrzeb Oddziału (...)i (...)”, na które strona powodowa otrzymała dofinansowanie od strony pozwanej, a które to dofinansowanie zostało pomniejszone o łączną kwotę 629.884,69 zł, wobec stwierdzenia przez stronę pozwaną nieprawidłowości w procesie udzielenia zamówienia. (...) powołała się na okoliczność, iż strona powodowa(...) w O., zgłaszając w dniu 12 sierpnia 2019 r. wniosek o jej przypozwanie podała, iż w przypadku przegrania sprawy, powódce przysługiwać będzie roszczenie odszkodowawcze do (...) w zakresie kwoty 507.604,69 zł. Zgodnie z twierdzeniem powoda podstawą dochodzenia od interwenienta ww. kwoty będzie kwestia ewentualnych nieprawidłowości związanych z pełnieniem funkcji kierownika budowy przez Z. K. z postanowieniami SIWZ. Interwenient uboczny wniosł o zasądzenie od strony pozwanej na rzecz strony powodowej dochodzonych pozwem kwot i o zasądzenie na rzecz interwenienta ubocznego

od strony pozwanej kosztów postępowania. Wniósł też o zawiadomienie o toczącym się procesie w trybie art. 84 par.1 k.p.c. swojej firmy ubezpieczeniowej (...) E. (...).

W piśmie z dnia 17 lutego 2020 roku (data prezentaty sądowej) strona pozwana wniosła opozycję przeciwko wstąpieniu interwenienta ubocznego do sprawy. Województwo (...) podniosło zarzut, że w przedstawionych dokumentach nie sposób dopatrzeć się jakiegokolwiek źródła normatywnego stosunku prawnego, który miałby łączyć strony i mógł stanowić podstawę roszczeń powoda względem interwenienta ubocznego, gdyby okazało się, że powód dopuścił się nieprawidłowości w zakresie stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych skutkującej pomniejszeniem płatności przez stronę pozwaną. Strona pozwana podniosła, iż interwenient uboczny jako wykonawca robót budowlanych nie odpowiada za stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych, a zatem - zdaniem pozwanej - źródło interesu prawnego wskazane w interwencji ubocznej nie istnieje.

Do opozycji co do wstąpienia interwenienta ubocznego po stronie powoda strona pozwana załączyła treść wyroku WSA w Krakowie z dnia 7 listopada 2019r oddalającego skargę powoda na decyzję Zarządu Województwa (...) z dnia 27 czerwca 2019r w zakresie obowiązkowego zwrotu dofinansowania. Skarga powoda została tym wyrokiem oddalona.

Opozycja została oddalona.

Zawiadomiona o procesie (...) E. (...) nie przystąpiła do niego w charakterze interwenienta ubocznego.

Sąd Okręgowy w Krakowie wyrokiem z dnia 27 września 2021 r. oddalił powództwo oraz zasądził od strony powodowej na rzecz strony pozwanej zwrot kosztów zastępstwa procesowego, a także kosztami sądowymi obciążył Skarb Państwa.

Podstawą ww. orzeczenia była następująco ustalony przez Sąd Okręgowy stan faktyczny:

We wrześniu 2017r. strona powodowa Zespół (...) w O. dokonała ogłoszenia w przedmiocie udzielenia zamówienia na roboty budowlane pn. „Przebudowa fragmentu pawilonu nr IV wraz budową windy dla niepełnosprawnych i zagospodarowaniem terenu dla potrzeb Oddziału (...) i (...)” – wykonywane w ramach inwestycji „Modernizacja oddziału (...), (...) oraz (...) służąca poprawie jakości i dostępności udzielanych świadczeń zdrowotnych dla mieszkańców powiatu (...) i okolic”. Prace miały być wykonane zgodnie z SIWZ i załącznikami do SIWZ. W dokumencie SIWZ określono między innymi warunki, jakie winien spełniać kierownik budowy, a mianowicie: winien posiadać uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno - budowlanej, przynależać do Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa i ubezpieczony od OC, posiadać co najmniej 10 letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy – zgodnie z p. II w załączniku nr 3 do SIWZ. Zapisano również w tym dokumencie, że zamawiający określając wymogi dla każdego specjalisty w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych dopuszcza odpowiadające im uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów.

Przetarg wygrała firma (...) Firma budowlana K., M. – sp. jawna z siedzibą w O..

Dnia 18 września 2017r zawarta została umowa pomiędzy Zespołem (...) w O. jako zamawiającym a (...) firmą budowlaną (...), (...) Sp. jawną - jako wykonawcą, która została wyłoniona po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. „Przebudowa fragmentu pawilonu nr IV wraz budową windy dla niepełnosprawnych i zagospodarowaniem terenu dla potrzeb Oddziału (...) i (...) (...) – wykonywane w ramach inwestycji „Modernizacja oddziału (...), (...) oraz (...) służąca poprawie jakości i dostępności udzielanych świadczeń zdrowotnych dla mieszkańców powiatu (...) i okolic” .

W umowie tej w par.4 pkt 4 ustalono jako osobę kierownika budowy p. M. S..

Dnia 5 stycznia 2018 r, aneksem zmieniono § 4 pkt 4 w/w umowy zawartej pomiędzy Zespołem (...) w O. a (...) z 17 września 2017r w zakresie osoby kierownika budowy, ustanawiając nim p. Z. K., który złożył oświadczenie, że jego kwalifikacje są zgodne z SIWZ i wystarczające dla kierowania przedmiotową budową.

Następnie 27 marca 2018r. zawarta została umowa o dofinansowanie Projektu (...) ((...)) Województwa (...) (WM) na lata 2014- 2020 pomiędzy Zarządem Województwa (...) zwanym dalej Instytucją (...) (I.) (...), a Zespołem (...) w O. zwanym dalej „beneficjentem”. Nr (...).(…) (...)…).

W ramach tej umowy (...) przyznała beneficjentowi dofinansowanie na realizację projektu „ Modernizacja oddziału (...), (...) oraz (...) „zwanego dalej Projektem- szczegółowo określonego we wniosku o dofinansowanie stanowiącym załącznik nr(...) do umowy. Umowa o dofinansowanie i załączniki określają szczegółowe zasady, tryb i warunki, na jakich dokonywane będzie rozliczenie wydatków kwalifikowalnych poniesionych przez beneficjenta oraz inne prawa i obowiązki stron. W umowie zapisano, że beneficjent otrzymuje dofinansowanie wyłącznie w formie zaliczki i refundacji. Beneficjent zobowiązał się do realizacji umowy zgodnie z jej treścią, wnioskiem o dofinansowanie oraz z pozostałymi załącznikami do umowy oraz zgodnie z załącznikami do Regulaminu konkursu. W załączniku nr (...) do w/w umowy są korekty finansowe i pomniejszenia wartości wydatków kwalifikowanych oraz zwroty

Umowa o dofinansowanie nr (...) (...) (...)… była aneksowana dnia 25 września 2018r w kwestii daty zakończenia realizacji projektu.

Następnie zawarto drugi aneks do tej umowy z daty 24 stycznia 2019r., w którym również między innymi ustalono inną datę zakończenia projektu.

W toku wykonywania Umowy (...) przystąpiła do kontroli prawidłowości jej realizacji przez (...) O., prowadząc postępowanie kontrolne przewidziane w Umowie i jej załącznikach. Wynikiem powyższego stało się zakwestionowanie przez (...) trzech kwestii.

Pierwsza to zgodność uprawnień kierownika budowy Z. K. z wymaganiami SIWZ (który zastąpił poprzedniego kierownika budowy na podstawie Aneksu nr (...) do umowy z wykonawcą – (...)).

Było to zdaniem kontrolującego naruszenie art. 144 ust.1 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez niedozwoloną zmianę postanowień umowy, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy (zgodnie z poz. 28 tabeli stanowiącej załącznik do Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016r w sprawie warunków obniżenia wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień publicznych). Zgodnie z taryfikatorem pomniejszenie za wskazane uchybienie wynosi 100% wartości dodatkowej zamówienia, ale ponieważ uchybienie nie powodowało zmiany wynagrodzenia wysokość tej korekty wyniosła 25%. Podstawę tego pomniejszenia stanowi art. 143 ust. 2 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013r. Stwierdzone naruszenia stanowią w rozumieniu art.2 pkt 36 w/w Rozporządzenia nieprawidłowość, która mogła prowadzić do potencjalnej szkody w budżecie Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku.

Drugi zakwestionowany element to postanowienie w SIWZ dotyczące wymogu dysponowania przez wykonawcę osobą posiadającą co najmniej 10–letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy. Zdaniem kontrolującego było to naruszeniem art. 22 ust. 1a ustawy P.z.p poprzez określenie dyskryminacyjnych warunków udziału w postępowaniu. Z tego powodu zastosowano pomniejszenie 25% z możliwością obniżenia do 10% bądź 5%. Ostatecznie przyjęto 5% pomniejszenia. Stwierdzono, że warunki udziału w postępowaniu winny być określone w taki sposób, aby z jednej strony dawały możliwość weryfikacji zdolności wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia, z drugiej strony aby dawały możliwość uczciwej konkurencji. Wymóg minimum 10-letniego stażu jest nadmierny i przez to ograniczający konkurencję. Podstawę tego pomniejszenia stanowi art. 143 ust. 2 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013r. Stwierdzone naruszenia stanowią w rozumieniu art.

2 pkt 36 w/w Rozporządzenia nieprawidłowość, która mogła prowadzić do potencjalnej szkody w budżecie Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku.

Trzecie wytknięte uchybienie to postanowienie w SIWZ dotyczące obowiązku zatrudnienia kierownika budowy oraz kierowników robót w oparciu o umowę o pracę. Stanowiło to zdaniem kontrolującego naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy P.z.p poprzez dyskryminacyjny opis przedmiotu zamówienia – co spowodowało pomniejszenie 25% z możliwością obniżenia do 10% lub 5 %. Ostatecznie dokonano pomniejszenia o 5%. Podstawę tego pomniejszenia stanowi art. 143 ust. 2 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013r . Stwierdzone naruszenia stanowią w rozumieniu art.2 pkt 36 w/w Rozporządzenia nieprawidłowość, która mogła prowadzić do potencjalnej szkody w budżecie Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku.

Konsekwencją w/w naruszeń było ostatecznie pomniejszenie wysokości wypłaconego dofinansowania o kwotę 629.884,69 zł, która stanowi sumę pomniejszeń refundacji finansowanych z UE (607.460,80 zł) oraz z budżetu państwa (22.423,89 zł).

Powyższy stan faktyczny – bezsporny - Sąd Okręgowy ustalił w oparciu o przedłożone do akt dokumenty, uznając je za wiarygodne. Wobec dostatecznie wyjaśnionej sprawy Sąd oddalił wnioski o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego ds. budowlanych.

W rozważeniach prawnych Sąd Okręgowy wskazał, iż strona powodowa dochodziła w niniejszym postępowaniu kwoty 629 884,69 zł, o jaką zmniejszono refundację, należną od strony pozwanej w związku z umową z dnia 27.03.2018r. o dofinansowanie Projektu (...) Województwa (...) na lata 2014 - 2020. Zadaniem Sądu było zbadanie, czy doszło do naruszenia przez zamawiającego procedur i czy to naruszenie ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie jej nieuzasadnionym wydatkiem.

Zgodnie z § 2 ust. 4 załącznika nr 7 do umowy zawartej pomiędzy stronami (k. 44) „w przypadku stwierdzenia wystąpienia nieprawidłowości na każdym etapie realizacji projektu (...) może dokonać pomniejszenia wartości wydatków kwalifikowalnych lub nałożyć korektę finansową na projekt, co może skutkować obniżeniem współfinansowania UE oraz współfinansowania krajowego z budżetu państwa, o którym mowa w § 2 ust. 9 umowy o dofinansowanie”. Przez to pomniejszenie należy rozumieć „pomniejszenie wartości wydatków kwalifikowalnych przed zatwierdzeniem wniosku o płatność o kwotę wydatków poniesionych nieprawidłowo, wynikające ze stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej”.

Powyższe jest odzwierciedleniem regulacji zawartej w ustawie z dnia 11 lipca 2014r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020. W myśl art. 24 ust. 1 w/w ustawy „stwierdzenie wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej albo nieprawidłowości systemowej, zwanych dalej nieprawidłowościami”, powoduje powstanie obowiązku podjęcia przez właściwą instytucję odpowiednich działań, o których mowa w ust. 9 lub 11”. Zgodnie z ust. 9 pkt 1 w przypadku stwierdzenia wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej: 1) przed zatwierdzeniem wniosku o płatność – instytucja zatwierdzająca wnioski o płatność dokonuje pomniejszenia wartości wydatków kwalifikowalnych ujętych we wniosku o płatność złożonym przez beneficjenta o kwotę wydatków poniesionych nieprawidłowo”. Wskazać w tym miejscu należy, że zgodnie z art. 2 pkt 14 ustawy nieprawidłowość indywidualna to to nieprawidłowość, o której mowa w art.2 pkt.36 Rozporządzenia Ogólnego (tj. Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1303/2013 z 17 grudnia 2013r. dotyczącego Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego), czyli każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie EFSI, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem”.

Zgodnie z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 18 stycznia 2017r. (sygn. akt II GSK 342/16) nie chodzi o spowodowanie szkody rzeczywistej, wystarczająca jest potencjalna możliwość spowodowania takiej szkody. Szkoda taka nie musi być konkretną stratą finansową, gdyż do stwierdzenia, że miała miejsce nieprawidłowość

wystarczy, że istniało zagrożenie, że szkoda powstanie, a brak jest okoliczności, które wykluczyłyby wpływ uchybienia na budżet odnośnego funduszu”.

Powodem pomniejszenia dotacji dla strony powodowej było zakwestionowanie przez (...) następujących elementów:

1. Zgodność uprawnień kierownika budowy Z. K. z wymaganiami SIWZ (zastąpił poprzedniego kierownika budowy na podstawie Aneksu nr (...) do umowy z wykonawcą – (...)),
2. Postanowienie w SIWZ wymogu dysponowania przez wykonawcę osobą posiadającą co najmniej 10 – letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy,
3. Postanowienie w SIWZ obowiązku zatrudnienia kierownika budowy oraz kierowników robót w oparciu o umowę o pracę.

Pierwsze dwa zagadnienia były już przedmiotem postępowań administracyjnych, które zakończyły się wydaniem decyzji z dnia 27 czerwca 2019r. oraz 4 czerwca 2019r. w przedmiocie nakazania zwrotu przez stronę powodową dofinansowania uzyskanego w formie zaliczek wobec stwierdzenia naruszeń P.z.p. (decyzje k. 509 i nast., oraz 525 i nast.) . Decyzja z dnia 4 czerwca 2019r. była zaskarżona do WSA, który oddalił skargę (Wyrok WSA -k. 810). W powyższych decyzjach stwierdzono, iż postawiony w warunkach udziału w postępowaniu wymóg co najmniej 10-letniego doświadczenia na stanowisku kierownika budowy był nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz w istotny sposób ograniczał konkurencję, przez co naruszono art. 22 ust.1 P.z.p. Ww. doświadczenie winno odnosić się do wiedzy, jak wykonywać pewne zadania, tj. do wiedzy, doświadczenia wyniesionego z realizacji tego typu inwestycji, jak ta realizowana w przedmiotowej sprawie, a nie o jakiegokolwiek doświadczenia budowlanego związanego z realizacją zupełnie innych prac budowlanych.

Sąd Okręgowy wskazał, że podziela powyższy pogląd. Rację ma też strona pozwana twierdząc, że kierownik budowy np. z 3 letnim doświadczeniem, ale w realizacji tego typu inwestycji jak ta, której dotyczy przedmiotowa umowa, może mieć większe doświadczenie niż kierownik z 10 letnim stażem w budowach np. domków letniskowych. Tak więc, wymóg co najmniej 10 letniego stażu na stanowisku kierownika budowy ograniczał niewątpliwie krąg potencjalnych oferentów, a więc i zmniejszał szansę na wybór wykonawcy oferującego wykonanie zadania za niższą kwotę, przez co mógł mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie jej nieuzasadnionym wydatkiem. To z kolei narusza zasadę art. 22 ust.1 Pzp.

Odnośnie zgodności uprawnień kierownika budowy Z. K. z wymaganiami SIWZ Sąd Okręgowy wskazał, iż w przywołanej decyzji administracyjnej problem ten był również szeroko omówiony i ostatecznie uznano, iż nie posiada on wymaganych w SIWZ uprawnień .

Sąd Okręgowy podkreślił, że doszło do zmiany (w drodze aneksu nr (...) z dnia 5 stycznia 2018r.) § 4 pkt 4 umowy z wykonawcą w ten sposób, że w miejsce M. S. kierownikiem budowy ustanowiono Z. K.. Dokonano w ten sposób zmiany sprzecznej z warunkami udziału w postępowaniu określonymi w SIWZ. W SIWZ zamawiający wymagał m.in. 1 osoby na stanowisku kierowania budowy posiadającej uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno – budowlanej.

Z. K. posiada uprawnienia budowlane nr (...) z dnia 12 marca 1987r. w specjalności konstrukcyjno – budowlanej do kierowania, nadzorowania i kontrolowania robót i budowy oraz wykształcenie – technik budowlany. Zgodnie z treścią decyzji Głównego Architekta Wojewódzkiego, Z. K. jest uprawniony do kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie wszelkich budynków i innych budowli o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych z wyłączeniem linii, węzłów i stacji kolejowych, dróg oraz lotniskowych dróg startowych i manipulacyjnych, mostów, budowli hydrotechnicznych i wodnomelioracyjnych”. Uprawnienia, jakimi dysponuje Z. K. należy rozpatrywać w aspekcie posiadanego wykształcenia. Z dokumentacji wynika, że posiada wykształcenie średnie. W orzeczeniu KIO 1361/11 z dnia 15 lipca 2011r. Izba uznała, że technik budowlany, czyli osoba

ze średnim wykształceniem, która uzyskała uprawnienia do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie przed wejściem w życie ustawy Prawo budowlane z dnia 7 lipca 1994r. zachowuje uprawnienia zgodnie z ww. ustawą, która to utrzymuje w mocy uprawnienia nabyte według poprzednio obowiązujących przepisów w tym wypadku odnoszących się do osób ze średnim wykształceniem technicznym. Brak jest podstaw do uprzywilejowanego traktowania techników budowlanych nabywających uprawnienia przed wejściem w życie ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Czyli skoro tylko osoby posiadające wyższe wykształcenie techniczne mogą uzyskać według aktualnie obowiązujących przepisów uprawnienia nieograniczone to osoby ze średnim wykształceniem technicznym, które wcześniej nabyły uprawnienia mogą je realizować nadal, ale według zasad obowiązujących osoby z tym samym wykształceniem, czyli średnim wykształceniem, to jest według aktualnie obowiązujących przepisów w ograniczonym zakresie. Rozporządzenie Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975r. obowiązujące w dacie uzyskania uprawnień przez Z. K. faktycznie nie posługuje się pojęciem „uprawnienia bez ograniczeń”. Niemniej jednak nie ulega wątpliwości, iż uprawnienia budowlane posiadane przez osoby ze średnim wykształceniem technicznym mają węższy zakres niż uzyskane przez osoby, które ukończyły wyższą szkołę techniczną. Ponadto z przedłożonej do kontroli dokumentacji wynika, iż uprawnienia, które posiada Z. K. są uprawnieniami ograniczonymi do powszechnie znanych rozwiązań konstrukcyjnych.

Zamawiający formułuje warunki udziału w postępowaniu w celu wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Zamawiający dokonując oceny ofert oraz wprowadzając zmiany do umowy w zakresie objętych warunkami udziału w postępowaniu, winien zwrócić szczególną uwagę, czy wykonawca dysponuje osobami zdolnymi do wykonania, posiadającymi uprawnienia wymagane w SIWZ. Nie można przyjąć, iż Z. K. spełnia postawiony w SIWZ warunek, którego treść odnosi się do dysponowania osobą posiadającą uprawnienia bez ograniczeń. Dokonując zmiany kierownika budowy, w stosunku do którego został sformułowany warunek udziału w postępowaniu, należało dokonać weryfikacji, czy osoba proponowana na to stanowisko spełnia postawiony w SIWZ warunek. Przeciwnie działanie zamawiającego prowadzi do sytuacji, w której przedmiot umowy realizuje osoba, która nie spełnia postawionego w SIWZ warunku udziału w postępowaniu, a w związku z tym – zamawiający nie powinien był dopuścić do zawarcia Aneksu nr (...) do umowy z Wykonawcą w ww. zakresie. W konsekwencji wskazać należy, że powyższe jest naruszeniem art. 144 ust. 1 ustawy z 29.01.2004r. Prawo zamówień publicznych, polegającym na niedozwolonej zmianie postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, bez zachowania ustawowych przesłanek.

Sąd Okręgowy wskazał, że w uzasadnieniu pozwu strona powodowa powołała się na art. 104 ustawy Prawo budowlane, zgodnie z którym osoby, które przed wejściem w życie ustawy uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji. Jednak powyższy przepis jest irrelevantny w niniejszej sprawie, albowiem nie sposób go przypisać do osi sporu tj. czy Z. K. spełniał wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Natomiast co do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 lutego 2018r. (sygn. akt K 39/15), w którym została stwierdzona niezgodność z Konstytucją art. 16 pkt 3 ustawy prawo budowlane z 1994 roku, to orzeczenie to nie ma wpływu na niniejszą sprawę, albowiem dotyczy ustawy z 1994r., a Z. K. nie nabył uprawnień na podstawie regulacji wydanych w oparciu o uchylony przepis, lecz na podstawie ustawy z 1974r. Stosownie do treści art. 104 prawo budowlane, osoby, które przed dniem wejścia w życie ustawy, uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie. W SIWZ zawarty został zapis, że zamawiający określając wymogi dla każdego specjalisty w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych dopuszcza odpowiadające im uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów. Z porównania uprawnień, jakie uzyskał Z. K. na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów z uprawnieniami, jakie uzyskać może osoba z wyższym wykształceniem na podstawie obecnie obowiązujących przepisów wyciągnąć należy wniosek, iż nie są to tożsame uprawnienia czyli, że uprawnienia uzyskane na mocy poprzednich przepisów nie odpowiadają wskazanym w SIWZ wymaganiom.

W rozdziale III pkt 3 SIWZ zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 29 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający wymaga zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności: kierownika budowy oraz kierowników robót w 2 branżach, tj. instalacji sanitarnej i instalacji elektrycznej.

W przypadku spółki osobowej, w której wspólnicy będą samodzielnie świadczyli pracę w zakresie czynności określonych przez zamawiającego nie wymaga się obowiązku zatrudnienia tych osób na podstawie umowy o pracę. Czynności wykonywane przez kierowników budowy, kierowników robót i inspektorów nadzoru tj. osoby pełniące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie zasadniczo nie polegają na wykonywaniu pracy w rozumieniu Kodeksu pracy. Osoby wykonujące te czynności są samodzielnymi uczestnikami procesu budowlanego i działają samodzielnie, także w tym rozumieniu, że same wyznaczają sobie zadania i same te zadania realizują. Z tego też względu zasadnie uznano ten postawiony w SIWZ wymóg zatrudnienia kierownika budowy na umowę o pracę za naruszający przepis art. 29 ust.3a P.z.p., bowiem on również ogranicza krąg potencjalnych oferentów. Wiele jest bowiem podmiotów na rynku budowlanym współpracujących z kierownikami budowy na zasadzie np. umowy zlecenia. Firmy takie mogły przystąpić do przetargu, oferując niższą cenę wykonania umowy.

Wysokość dokonanych pomniejszeń w związku z powyższymi nieprawidłowościami została dokonana przez stronę pozwaną na podstawie Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzieleniem zamówień, w brzmieniu określonym przez nowelizację z dnia 22 lutego 2017r. (Dz.U. z 2017., poz. 615) i zawartych tam taryfikatorów. Sposób zastosowania taryfikatora nie był kwestionowany przez stronę powodową. Ta bowiem kwestionowała zasadność zastosowania pomniejszeń .

Mając na uwadze, że doszło ze strony zamawiającego do naruszenia cytowanych przepisów Prawa zamówień publicznych ograniczających krąg oferentów i uniemożliwiających wybór tańszego wykonawcy- co mogło mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie jej nieuzasadnionym wydatkiem- Sąd Okręgowy w Krakowie w punkcie I oddalił powództwo strony powodowej.

O kosztach procesu orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c. w związku z § 2 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych w ten sposób, że zasądzone od strony powodowej na rzecz strony pozwanej kwotę 10.817 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego. Ponadto, nieuiszczonymi kosztami sądowymi Sąd Okręgowy obciążył Skarb Państwa.

Apelację od powyższego wyroku wniosła strona powodowa, zaskarżając go w części tj. co do pkt I i II oraz zarzucając naruszenie przepisów prawa materialnego, a to:

- art. 143 ust. 2 w zw. z art. 2 pkt 36 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. poprzez niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, że w przedmiotowej sprawie doszło do nieprawidłowości, podczas gdy przypadek taki nie wystąpił,

- art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, podczas gdy przepis ten dotyczy wskazania, jacy wykonawcy mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia, co jest irrelevantne dla sprawy,

- art. 144 ust. 1 dPZP poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że w sprawie doszło do niedozwolonej zmiany postanowień umowy, podczas gdy w sprawie nie doszło do zmiany, która mogłaby być uznana za niedozwoloną,

- art. 29 ust. 3a dPZP w zw. z art. 22 § 1 Kodeksu pracy poprzez jego błędną wykładnię i uznanie, że kierownik budowy lub kierownik robót nie wykonują pracy w rozumieniu art. 22 ust. 1 Kodeksu pracy.

W oparciu o ww. zarzuty apelujący wniósł o zmianę wyroku Sądu Okręgowego w zaskarżonym zakresie poprzez uwzględnienie powództwa w całości tj. zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda 629.844,69 zł z odsetkami za

opóźnienie w wysokości ustawowej od dnia 21 stycznia 2019 r. do dnia zapłaty, a także zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa oraz kosztów postępowania apelacyjnego.

W **odpowiedzi na apelację** strona pozwana wniosła o oddalenie apelacji jako bezzasadnej oraz zasądzenie od powoda na rzecz strony pozwanej kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja nie zasługiwała na uwzględnienie.

W świetle ustaleń faktycznych dokonanych przez Sąd Okręgowy, bezspornych między stronami, które to ustalenia Sąd Apelacyjny przyjmuje w całości za własne, żądanie pozwu nie mogło zostać uwzględnione. Zachodziły bowiem podstawy do pomniejszenia dofinansowania należnego stronie powodowej na podstawie umowy z dnia 27 marca 2018r. Jak wynika z poczynionych ustaleń, w czasie wykonywania ww. umowy i realizacji inwestycji pt. „Modernizacja Oddziału (...) (...), (...) oraz (...) służąca poprawie jakości i dostępności udzielanych świadczeń zdrowotnych dla mieszkańców pow. (...) i okolic” Instytucja Zarządzająca(...) Programem (...) Województwa (...) (dalej (...)) dokonała kontroli prawidłowości realizacji łączącej strony umowy, przeprowadzając postępowanie kontrolne przewidziane w umowie. W wyniku ww. postępowania (...) zakwestionowała:

1. zgodność uprawnień kierownika budowy Z. K. z wymaganiami SIWZ,
2. postawienie w SIWZ wymogu dysponowania przez wykonawcę osobą posiadającą co najmniej 10-letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy,
3. postawienie w SIWZ obowiązku zatrudnienia kierownika budowy oraz kierowników robót w oparciu o umowę o pracę.

Konsekwencją zakwestionowania przez (...) ww. elementów było pomniejszenie przysługującego stronie powodowej dofinansowania zgodnie z §2 ust. 2 załącznika nr 7 do umowy z dnia 27 marca 2018r., w myśl którego, w przypadku stwierdzenia wystąpienia nieprawidłowości, na każdym etapie realizacji projektu (...) może dokonać pomniejszenia wartości wydatków kwalifikowanych lub nałożyć korektę finansową na projekt, co może skutkować obniżeniem współfinansowania UE oraz współfinansowania krajowego z budżetu państwa. Jak wskazał to Sąd Okręgowy w rozważaniach prawnych zawartych w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, przewidziane w umowie pomniejszenie wartości wydatków w części odpowiadającej współfinansowaniu UE i współfinansowaniu krajowemu z budżetu państwa stanowi powtórzenie i uszczegółowienie regulacji zawartej w ustawie z dnia 11 lipca 2014r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020, w szczególności w art. 24 ust. 1 ustawy, literalnie przytoczonym przez Sąd Okręgowy. Ponownie podkreślić należy również, iż zgodnie z art. 2 pkt 14 ww. ustawy nieprawidłowość indywidualna uzasadniająca pomniejszenie wydatków kwalifikowanych to nieprawidłowość, o której mowa w art. 2 pkt 36 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) NR 1303/2013 z dnia 17.12.2013r. tj. każde naruszenie prawa unijnego lub krajowego dotyczące stosowania prawa unijnego, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie EFSI, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem.

Spór w niniejszej sprawie dotyczył ustalenia, czy zasadne było zakwestionowanie przez stronę pozwaną zgodności uprawnień kierownika budowy Z. K. z wymaganiami SIWZ oraz postawienia w SIWZ wymogu dysponowania przez wykonawcę osobą posiadającą 10-letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy oraz zatrudnienia kierownika budowy i kierowników robót w oparciu o umowę o pracę, które to uchybienia skutkowały końcowo obniżeniem przyznanego umową dofinansowania (podkreślić w tym miejscu należy, że sama wysokość dokonanych pomniejszeń nie jest przez apelującego kwestionowana). W ocenie Sądu Apelacyjnego zachodziły podstawy do stwierdzenia ww. nieprawidłowości.

Odnosnie 1 nieprawidłowości stwierdzić należy, co następuje:

Niesporne jest, że aneksem nr (...) z dnia 5 stycznia 2018r. zmieniony został §4 pkt 4 umowy zawartej między stroną powodową a wykonawcą w ten sposób, że jako kierownik budowy wskazany został Z. K., który złożył oświadczenie, że jego kwalifikacje są zgodne z SIWZ i wystarczające do kierowania przedmiotową budową. (...) O. uznał uprawnienia Z. K. za odpowiadające SIWZ i wystarczające. Wbrew zarzutom zawartym w apelacji, brak podstaw do przyjęcia, że ww. aneks polegał wyłącznie na wskazaniu imienia i nazwiska innej osoby pełniącej funkcję kierownika budowy.

Jak wynika z dokumentacji projektowej, strona powodowa (zamawiający) w treści SIWZ w punkcie VI.1.2.3.C wskazał, że o udzielenie zamówienia ubiegać mogą się wykonawcy, który spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, m.in. dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w szczególności odpowiedzialnymi za świadczenie usług, kontrole jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, w tym co najmniej 1 osobą na stanowisku kierownika budowy posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, przynależącą do Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa i ubezpieczoną od OC, posiadającą co najmniej 10 letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy. Powyższy warunek został także sformułowany w treści ogłoszenia o zamówieniu. Bezsprzeczne było, że Z. K., z wykształcenia technik budowlany, posiada uprawnienia budowlane nr (...) w specjalności konstrukcyjno-budowlanej do kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie wszelkich budynków i innych budowli o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych z wyłączeniem linii, węzłów i stacji kolejowych, dróg oraz lotniskowych dróg startowych i manipulacyjnych, mostów, budowli hydrotechnicznych i wodnomelioracyjnych.

W chwili uzyskania przez Z. K. ww. uprawnień obowiązywało rozporządzenie Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U.1975.46) wydane na podstawie art. 18 ust. 5 i art. 57 ust. 3 ustawy z dnia 24 października 1974r. Prawo budowlane (Dz.U.1974.229). Zgodnie z §5 ust. 1 ww. rozporządzenia z 1975r., do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych obejmujących kierowanie, nadzorowanie i kontrolowanie techniczne budowy i robót jest wymagane następujące przygotowanie zawodowe:

1. ukończenie wyższej szkoły technicznej, stwierdzone dyplomem, oraz co najmniej dwuletnia praktyka na budowie,
2. ukończenie średniej szkoły technicznej, stwierdzone dyplomem lub świadectwem, oraz co najmniej trzyletnia praktyka na budowie,
3. dyplom mistrza w rzemiośle budowlanym.

W ustępie 2 §5 rozporządzenia wskazano, że osoby ze średnim wykształceniem technicznym mogą pełnić funkcje techniczne, o których mowa w ust. 1, wyłącznie przy budowie budynków, budowli i instalacji o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych, objętych daną specjalnością techniczno-budowlaną, a osoby, o których mowa w ust. 1 pkt 3 – wyłącznie przy wykonywaniu robót budowlanych objętych danym rzemiosłem.

Z powyższych uregulowań wynika, iż – pomimo, że rozporządzenie z 1975r. nie posługuje się pojęciem uprawnień bez ograniczeń (wprowadzonym z wejściem w życie rozporządzenia Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 30 grudnia 1994r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U.1995.38) – osoba ze średnim wykształceniem posiadała uprawnienia w zakresie pełnienia funkcji technicznych z ograniczeniem do budowy budynków, budowli i instalacji o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych, w przeciwieństwie do osób z wykształceniem wyższym, w stosunku do których takiego ograniczenia nie wprowadzono.

Nie budzi wątpliwości, iż Z. K., uzyskawszy uprawnienia na mocy decyzji z dnia 12 marca 1987r., zachował uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie z chwilą wejścia w życie ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane (t.j. Dz.U 2017.1332 z późn.zm.). Zgodnie bowiem z art. 104 ww. ustawy Prawo

budowlane, osoby, które przed dniem wejścia w życie ustawy uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie. Z powyższego wynika w sposób jednoznaczny, iż Z. K., posiadający wykształcenie technika budowlanego, posiada uprawnienia do pełnienia samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej w zakresie wynikającym z decyzji z dnia 12 marca 1987r. tj. z ograniczeniem do pełnienia funkcji technicznych przy budowie budynków, budowli i instalacji o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych.

W dniu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez stronę powodową tj. w dniu 16 sierpnia 2017r. kwestie uprawnień budowlanych regulował art. 14 ust. 3 ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane, zgodnie z którym uzyskanie uprawnień budowlanych w specjalności architektonicznej i konstrukcyjno-budowlanej wymaga:

- do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń:

a) ukończenia studiów drugiego lub pierwszego stopnia na kierunku odpowiednim dla danej specjalności,

b) odbycia odpowiednio półtorarocznej lub trzyletniej praktyki na budowie,

- do kierowania robotami budowlanymi w ograniczonym zakresie:

a) ukończenia:

- studiów drugiego stopnia na kierunku pokrewnym dla danej specjalności lub

- studiów pierwszego stopnia na kierunku odpowiednim dla danej specjalności, lub

- studiów pierwszego stopnia na kierunku pokrewnym dla danej specjalności lub

b) posiadania:

- tytułu zawodowego technika lub mistrza albo

- dyplomu potwierdzającego kwalifikacje zawodowe w zawodzie nauczonym na poziomie technika.

Z powyższych uregulowań wynika, że zarówno rozporządzenie z 1975r., jak i przepisy obowiązujące w dniu wszczęcia postępowania w przedmiocie zamówienia publicznego w zakresie uprawnień budowlanych różnicowały sytuację osób z wyższym wykształceniem oraz osób ze średnim wykształceniem technicznym, tym ostatnim pozwalając na uzyskanie – odpowiednio – uprawnień ograniczonych do powszechnie znanych rozwiązań konstrukcyjnych (1975r.) oraz uprawnień do kierowania robotami budowlanymi w ograniczonym zakresie. Pomimo, iż obecnie obowiązujące przepisy nie posługują się pojęciem uprawnień w zakresie powszechnie znanych rozwiązań konstrukcyjnych, uprawnienia Z. K. w świetle §5 ust. 1 i 2 rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z 20 lutego 1975r., treści decyzji z dnia 12 marca 1987r. oraz art. 104 ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane nie mogą być uznane za uprawnienia bez ograniczeń, a jedynie jako uprawnienia do pełnienia funkcji technicznych przy budowie budynków, budowli i instalacji o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych. Nie kwestionując uprawnień Z. K. do kierowania budową prowadzoną zgodnie z przedmiotowym zamówieniem, stwierdzić należy, że ww. osoba nie spełniała wymagań określonych w SIWZ, bowiem w punkcie VI.1.2.3.C wyraźnie wskazane zostało, iż warunkiem udziału w postępowaniu było dysponowanie co najmniej 1 osobą na stanowisku kierownika budowy posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej.

Zawarcie aneksu nr (...) z dnia 5 stycznia 2018r. dotyczącego zmiany §4 pkt 4 umowy w zakresie osoby kierownika budowy stanowiło istotną zmianę sprzeczną z warunkami udziału w postępowaniu określonymi SIWZ, co stanowiło naruszenie art. 144 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z ww. przepisem, co do zasady zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na

podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. Jak to omówiono wyżej, z uwagi na brak po stronie Z. K. uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń, zawarcie aneksu nr (...) doprowadziło do zmiany umowy w zakresie wymogów określonych w SIWZ (w których zamawiający określił, że uprawnienia kierownika mają być bez żadnych ograniczeń). Podkreślić przy tym należy, iż całkowicie chybiona jest podniesiona w apelacji argumentacja dotycząca abstrakcyjności ograniczenia uprawnień Z. K., ze wskazaniem, że ograniczenia te dotyczą wyłącznie linii, węzłów i stacji kolejowych, dróg oraz lotniskowych dróg startowych i manipulacyjnych, mostów i budowli hydrotechnicznych i wodnomelioracyjnych. Ograniczenie uprawnień Z. K. wiąże się z przede wszystkim z możliwością pełnienia funkcji technicznych jedynie w zakresie budowy budynków, budowli i instalacji o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych, co było konsekwencją posiadania przez niego wykształcenia średniego. Ponadto, istota uchybienia polega na tym, iż zamawiający, ustanawiając w SIWZ określony warunek, niewątpliwie ograniczający konkurencję, nie respektował go na etapie wykonania umowy, doprowadzając do istotnej zmiany umowy poprzez zaakceptowanie jako kierownika budowy osoby nie spełniającej warunków określonych w SIWZ. Zmiana umowy nastąpiła bez zachowania ustawowych przesłanek.

Odnośnie 2 nieprawidłowości podnieść należy, że:

W treści SIWZ strona powodowa wskazała, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej m.in. dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w szczególności odpowiedzialnymi za świadczenie usług, kontrole jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, w tym co najmniej 1 osobą na stanowisku kierownika budowy posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, przynależącą do Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa i ubezpieczoną od OC, posiadającą co najmniej 10 letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy. Podkreślić w tym miejscu należy, że celem ustawy Prawo zamówień publicznych jest zagwarantowanie wykonawcom niedyskryminacyjnego dostępu do zamówień publicznych, ograniczenie ryzyka nieefektywnego wydatkowania środków publicznych oraz zapewnienie przejrzystości postępowania. Zgodnie z Dyrektywą 2014/24/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 lutego 2014r., udzielanie zamówień publicznych przez instytucje państw członkowskich lub w imieniu tych instytucji musi być zgodne z zasadami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, a w szczególności z zasadą swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także z zasadami, które się z nich wywodzą, takimi jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności i zasada przejrzystości. Przepis art. 18 ww. Dyrektywy nakłada na zamawiającego obowiązek równego i niedyskryminującego traktowania wykonawców oraz działania w sposób przejrzysty i proporcjonalny. Zamawiający ma przy tym przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zasada proporcjonalności oznacza, że określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny przy tym ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. Proporcjonalność warunków do przedmiotu zamówienia oznacza zatem, że mają one być adekwatne do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia (tak KIO w wyroku z dnia 27 kwietnia 2017r., sygn. akt KIO 697/17). Ma rację strona powodowa, wskazując, iż kierownik budowy to osoba istotna dla realizacji zamówienia, mająca znaczenie dla jakości wykonania robót. Nie budzi również wątpliwości, że pełnienie funkcji kierownika budowy przy modernizacji czynnego szpitala wymaga doświadczenia. Wymóg 10 letniego doświadczenia określony w SIWZ nie gwarantował jednakże prawidłowego wykonania umowy. Nie weryfikował w żaden sposób specyficznego doświadczenia, oczekiwanego przez samą stronę powodową, nie odnosił się bowiem w żadnym stopniu do charakteru wykonywanych prac oraz stopnia złożoności robót, przywidując jedynie ogólne 10 letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika (które mogło być spełnione poprzez pełnienie funkcji kierownika np. przy budowie wyłącznie domów jednorodzinnych). Brak adekwatności do przedmiotu zamówienia uzasadnia przyjęcie, iż postawiony w SIWZ ww. warunek bezpodstawnie wykluczył z postępowania dotyczącego zamówienia wykonawców nie dysponujących osobami z 10 letnim doświadczeniem na stanowisku kierownika budowy (a być może dysponujących krótszym doświadczeniem, ale w prowadzeniu robót

na takich inwestycjach jak objęta zamówieniem), naruszając zasadę proporcjonalności i naruszając w tym zakresie przepisy prawa unijnego. Powyższe uzasadnia wnioski, iż w razie niezamieszczenia w SIWZ warunku posiadania 10 letniego doświadczenia krąg potencjalnych oferentów, jak i wartości cenowe ofert, ukształtowałyby się w inny sposób. Naruszenie przepisów prawa zamówień publicznych mogło spowodować wyeliminowanie potencjalnych wykonawców oferujących wykonanie zamówienia za niższą cenę. Działania strony powodowej naraziły zatem budżet Unii na potencjalną szkodę, co stanowiło nieprawidłowość w rozumieniu art. 2 pkt 36 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013r.

Odnosnie 3 nieprawidłowości:

W rozdziale III pkt 3 SIWZ strona powodowa wskazała, iż zgodnie z art. 29 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający wymaga zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności: kierownika budowy oraz kierowników robót w 2 branżach tj. instalacji sanitarnej i instalacji elektrycznej. Jak wynika z opinii dotyczącej art. 29 ust. 3a ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych, uwzględniająca wspólne stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz Generalnego Inspektora Danych Osobowych z dnia 28 kwietnia 2017r. (strona internetowa UZP), w ocenie Urzędu czynności wykonywane przez kierowników budowy, kierowników robót i inspektorów nadzoru tj. osoby pełniące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane, zasadniczo nie polegają na wykonywaniu pracy w rozumieniu Kodeksu pracy. Osoby wykonujące te czynności są samodzielnymi uczestnikami procesu budowlanego i działają samodzielnie, także w rozumieniu, że same wyznaczają i same wyznaczone zadania realizują. Nie sposób podzielić argumentacji strony powodowej, że zatrudnienie ww. osób na umowę o pracę zagwarantuje określoną jakość i terminowość wykonywanych robót budowlanych. Z uwagi na wyspecjalizowany charakter wykonywania określonych czynności przyjąć należy, że wymóg zatrudnienia w oparciu o umowę o pracę nie znajduje żadnego uzasadnienia. Skoro kierowanie pracami budowlanymi uznane jest za pełnienie samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie, osoby pełniące ww. funkcje w rzeczywistości nie wykonują czynności w ramach realizacji przedmiotu zamówienia pod kierownictwem pracodawcy. Obowiązane są bowiem samodzielnie zorganizować swoją pracę i zdecydować o jej wykonaniu. Powyższe nie wyłącza możliwości zatrudnienia osób pełniących samodzielne funkcje techniczne na podstawie umowy o pracę, jednakże przyjąć należy, że art. 29 ust. 3a d.PZP nie nakładał takiego obowiązku. Wprowadzony w SIWZ wymóg w powyższym zakresie nie zapewnił określonego poziomu jakości usług w wysokości adekwatnej do zamówienia, jednocześnie godząc w zasadę uczciwej konkurencji poprzez ograniczenie dostępu do zamówienia wykonawcom nie posiadającym umów o pracę z osobami wykonującymi funkcje kierownika budowy i kierowników robót.

W związku z powyższym, skoro zachodziły podstawy do stwierdzenia przez stronę pozwaną w toku postępowania kontrolnego nieprawidłowości wyszczególnionych wyżej, pomniejszenie refundacji finansowanych z UE i budżetu państwa było uzasadnione na podstawie §2 ust. 2 i 4 pkt 2 załącznika nr 7 do umowy o dofinansowaniu z dnia 27 marca 2018r. w zw. z art. 24 ust. 1 i 9 ustawy z dnia 11 lipca 2014r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (Dz.U.2014.1146 ze zm.). Sąd Okręgowy prawidłowo zatem powództwo oddalił. Podkreślić należy, że powyższe nieprawidłowości obejmujące naruszenie przepisów prawa zamówień publicznych poprzez istotną zmianę umowy zawartej z wykonawcą oraz poprzez wprowadzenie do SIWZ warunków ograniczających konkurencję, mogły mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie jej nieuzasadnionym wydatkiem, brak było zatem podstaw do przyjęcia, że zaskarżony wyrok narusza art. 143 ust. 2 w zw. z art. 2 pkt 36 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r.

Wobec powyższego, apelacja jako bezzasadna podlegała oddaleniu na podstawie art. 385 k.p.c.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 98§1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 391§1 k.p.c., zasądzając od strony powodowej na rzecz strony pozwanej kwotę 8100zł obejmującą wynagrodzenie pełnomocnika ustalone na podstawie §2 pkt 7 w zw. z §10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności radców prawnych.

SSA Robert Jurga SSA Beata Kurdziel SSA Józef Wąsik