

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 grudnia 2020 r.

Sąd Okręgowy w Krakowie II Wydział Cywilny Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący:	Sędzia Agnieszka Cholewa – Kuchta Sędziowie : Grzegorz Buła, Renata Mleczeko
-----------------	---

po rozpoznaniu w dniu 7 grudnia 2020r. w Krakowie

na rozprawie

sprawy ze skargi Firmy (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej w K. od postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 września 2020r. sygn. akt KIO 1920/20 rozstrzygającego w przedmiocie odwołania wniesionego przez Konsorcjum firm (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S.

przy uczestnictwie : Konsorcjum firm (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K. oraz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K.

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miejską K. Zakład (...) w K.

1. oddała skargę,
2. zasądza od skarżącego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki Komandytowej w K. kwotę 1 800 zł (jeden tysiąc osiemset) na rzecz odwołujących solidarnie (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego,
3. odstępuje od obciążenia skarżącego kosztami postępowania skargowego na rzecz zamawiającego,
4. oddała wniosek uczestników (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K. oraz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K. o zasądzenie kosztów postępowania skargowego.

SSO Grzegorz Buła SSO Agnieszka Cholewa-Kuchta SSR Renata Mleczeko

UZASADNIENIE

Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 1 września 2020 r. umorzyła postępowanie odwoławcze powołując się na treść przepisu art. 186 ust. 3 a oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych. Krajowa Izba Odwoławcza uznała iż z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego 3 z 4 podniesionych zarzutów w odwołaniu Konsorcjum w składzie (...) sp. z oo, (...) sp. z (...) w R. oraz na skutek cofnięcia nieuwzględnionego zarzutu przez odwołującego istniały podstawy do umorzenia tego postępowania.

Skargę od powyższego postanowienia składa Firma (...) sp. z o.o. spółka komandytowa z siedzibą w K. zaskarżając postanowienie w całości i zarzucając naruszenie przepisów art.179 u.1, 186 u.3a, u.4 w zw.z par.13 u.2 pkt.3 rozporz. Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań,

co doprowadziło do umorzenia postępowania bez uprzedniego doręczenia wezwania wykonawcy, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego i uniemożliwienia mu złożenia w terminie oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu. Zarzucono także nierozpoznanie istoty sprawy i naruszenie art. 187 ust. 1 i 189 ust. 3 i 5, co prowadziło dalej do naruszenia przepisu art. 7 u. 1 i 3 prawa zamówień publicznych i zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców. Nadto zarzucono naruszenie art. 91 ust. 1 związku z art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 poprzez ich niewłaściwe zastosowanie ze skutkiem przyjęcia, że zamawiający może uznać odwołanie i unieważnić czynności wyboru oferty mimo, że postępowanie przed Zamawiającym było prowadzone w sposób prawidłowy i nie zachodziły przesłanki do wykluczenia skarżącego albowiem skarżący spełniał warunki udziału w postępowaniu a jego oferta była najkorzystniejsza. W związku z powyższymi zarzutami wznosi się zmianę postanowienia w całości i oddalenie odwołania, a także o przeprowadzenie zawnioskowanych dowodów i zasądzenie kosztów postępowania.

W odpowiedzi na skargę zamawiający w osobie Gminy Miejskiej K. Zarząd Inwestycji Miejskich w K. wnosi o oddalenie skargi i zasądzenie kosztów. Zamawiający podnosi, że podany w skardze zamawiający nie ma zdolności prawnej, oraz że dopiero w ramach postępowania skargowego złożono dowody, które powinny być przedstawione na etapie badania ofert dla wykazania uprawnień osób wskazanych do pełnienia funkcji określonych w specyfikacji.

Uczestnik Konsorcjum firm (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K. oraz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K. podkreślając swą rolę procesową jako uczestnika wniósł o oddalenie skargi i zasądzenie kosztów postępowania.

Sąd Okręgowy ustalił :

W ramach zadania „zaprojektowanie i budowa obwodnicy miasta S. w ciągu drogi krajowej nr (...) Z.-M. o długości 7 km”, w 1 etapie złożono wnioski o wydanie decyzji środowiskowej, uzyskano ją 10 lipca 2014 r. a decyzję zezwolenie na realizację inwestycji drogowej uzyskano 21 lipca 2017 r. W zakresie tej inwestycji była budowa jednojezdniowej drogi krajowej klasy GP, budowa 4 skrzyżowań jednopoziomowych, budowa przejść dla zwierząt i innych urządzeń ochrony środowiska, budowa obiektów inżynierskich to jest mostów, wiaduktów, przepustów, budowa jednej pary Miejsc Kontroli Pojazdów, budowa elementów odwodnienia, oznakowania drogowego oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu, budowa oświetlenia drogowego i przebudowa kolidujących z trasą obwodnicy istniejących urządzeń infrastruktury technicznej. (dowód : wyciąg z informacji drogowej zaczerpnięty z Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad oddział w R. karta 14 do 19 akt). Wedle umowy zawartej dnia 1 lutego 2016 r. spółka (...) sp. z oo reprezentowana przez J. Ź. Prezesa zarządu podjęła zadanie polegające na pełnieniu nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie kontraktem pod nazwą „zaprojektowanie i budowa obwodnicy miasta S. w ciągu drogi krajowej nr (...) Z.-M. długości 7 km”. Wykonawca przyjął do wykonania usługę polegającą na pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu. (dowód umowa z 1 lutego 2016 r. karta 43 – 99).

Wedle uzyskanej informacji publicznej modernizacja drogi krajowej nr (...) na odcinku D. - W. polegała na korekcie niwelety obu jezdni, przebudowie odwodnienia odcinków drogi zmianie parametrów w zakresie poprawy sztywności i nośności, korekcie spadków poprzecznych oraz zapewnieniu jednolitego przekroju na ww. drodze z uwzględnieniem poboczy bitumicznych i z kruszywa. Nadto w zakresie robót mostowych dokonano przebudowy obiektu w celu podwyższenia ich nośności polegającej na wykonaniu nadbetonu konstrukcyjnego płyt nośnych, wbudowaniu wsporników i innych. Powyższe, wg autora pisma, wskazuje, że nastąpiła zmiana parametrów użytkowych technicznych drogi i ten zakres robót wskazuje na przebudowę przedmiotowego odcinka drogi. (dowód pismo z dnia 27 sierpnia 2020 r.) Zgodnie z umową zawartą dnia 9 maja 1995 r. w K. Dyrekcja Okręgowa Dróg Publicznych w K. zleciła (...) biuru (...) sp. z o.o. pełnienie funkcji Inżyniera Rezydenta. W § 10 umowy wskazano skład osobowy Inżyniera Rezydenta w załączniku nr 2 . Z załącznika tego wynika, że z pracownikami odpowiedzialnymi biorącymi udział bezpośrednio przy realizacji nadzoru technicznego przy drodze krajowej nr (...) jest Inżynier Rezydent Kontraktu w osobie mgr inż. K. B.. (dowód : umowa z 9 maja 1995 r. wraz załącznikami karta 101 - 105 oraz mgr inż. K. B. z dnia 11 sierpnia 2020 r. karta 126 -127). Wedle oświadczeń projektanta i weryfikatora zadania pod nazwą „Modernizacja drogi krajowej nr (...) na odcinku D. - W.” zadanie to polegało na przebudowie, rozbudowie tej drogi a nie wyłącznie jej remoncie, podobne stanowisko zajmuje mgr inż. Z. F. rzeczoznawca budowlany wskazując, że

zakres wykonanych w ramach tej inwestycji zadań wedle obowiązujących przepisów ustawy prawo budowlane należy zakwalifikować jako przebudowa albowiem w ich wyniku nastąpiła zmiana parametrów użytkowych i technicznych istniejących obiektów budowlanych. Podobne jest stanowisko i mgr inż. T. J. rzeczoznawcy budowlanego (dowód : oświadczenie z 11 sierpnia 2020 r. oraz oświadczenie z 10 września 2020 r. karta 120 do 131 akt, k.199-204) Wszystkim tym dowodom niekwestionowanym przez strony postępowania sąd dał wiarę w całości.

Sąd Okręgowy zważył :

Nie ulega wątpliwości, że Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła się naruszenia przepisów ustawy prawo zamówień publicznych a dokładnie przepisu art. 186 ust. 3a tej ustawy nie dając możliwości wykonawcy, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wypowiedzenia się w przedmiocie uwzględnienia części zarzutów przez zamawiającego. Sąd nie podziela twierdzeń prezentowanych w trakcie rozprawy odwoławczej, że skarżący miał możliwość złożenia sprzeciwu albowiem o uznaniu zarzutów dowiedział się bezpośrednio w Krajowej Izbie z końcem sierpnia 2020 r. Faktem jest, że kwestie związane z doręczeniem wezwania przystępującego po stronie zamawiającego do złożenia ewentualnego sprzeciwu przeciwko uznaniu odwołania regulowane są w treści rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r.. Należy jednak zauważyć, że w delegacja do tej regulacji wynika bezpośrednio z treści przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, a dokładnie z treści art. 186 u. 3a wynika, że umorzenie postępowania jest możliwe tylko wówczas, gdy wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. Zatem konieczne jest stwierdzenie braku wniesienia sprzeciwu. W ocenie Sądu w państwie prawa, gdzie czynności organów są regulowane stosownymi przepisami nie można dopuścić do sytuacji takiej, aby nieznanym był stronom możliwy termin złożenia sprzeciwu i by zależne to było od uznania organu. Z tych powodów konsekwentnie należało przyjąć, że złożenie sprzeciwu było możliwe tylko od daty oficjalnego wezwania do oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu. Dlatego też, w ocenie Sądu, tak istotnym było to, aby strona otrzymała to zawiadomienie, po to by wiadomym było, że biegnie termin do podjęcia stosownych czynności procesowych. Zatem nie ma znaczenia to, że kwestia wezwania do złożenia oświadczenia jest regulowana aktem prawnym niższego rzędu. Przez brak wezwania i umorzenie postępowania wykonawca został pozbawiony możliwości złożenia sprzeciwu.

Wobec brzmienia treści art. 198 ust. 2 ustawy przyjąć należało, iż zakres możliwych wyrzeczeń Sądu Okręgowego jest określony w tymże przepisie a zatem brak podstaw do uchylenia teje sprawy i skierowania do ponownego rozpoznania z uwagi na pozbawienie wykonawcy prawa do obrony, gdyż tak należałoby zakwalifikować pozbawienie go możliwości złożenia sprzeciwu. Przyjąć zatem należało, że przed sądem odwoławczym toczy się będzie postępowanie na etapie takim jakby doszło do złożenia skutecznego sprzeciwu przez wykonawcę wobec uwzględnienia części zarzutów przez zamawiającego.

Sąd miał rozważyć czy wskazany w ofercie jako osoba do pełnienia funkcji inżyniera rezydenta – mgr inż. J. Ż. dysponuje koniecznym doświadczeniem dla objęcia teje funkcji, a także czy wskazana na stanowisko głównego inspektora nadzoru robót drogowych mgr inż. K. B. posiada doświadczenie do pełnienia tej funkcji. Wedle bowiem treści odwołania inż. J. Ż. nie prowadził nadzoru nad kontraktem, którego przedmiotem była budowa przebudowa lub rozbudowa drogi albowiem J. Ż. prowadził wyłącznie nadzór na etapie projektowania. Jako dowód przedstawiono informację Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, z którego wynika, że zezwolenie na realizację inwestycji drogowej dla zadania „zaprojektowanie i budowa obwodnicy miasta S. w ciągu drogi krajowej nr (...) Z. - M. na długości 7 km” został uzyskany 21 lipca 2017 r. w sytuacji kiedy wykonawca podał, że J. Ż. zakończył pełnienie obowiązków w lutym 2017 r. roku, a zatem zanim uzyskano zezwolenie na realizację tej inwestycji. W odniesieniu do mgr inż. K. B. podnosi odwołujący, że pełniła funkcję nadzoru ale nad modernizacją drogi krajowej nr (...) jednak w ramach tej modernizacji nie była prowadzona przebudowa lub rozbudowa a jedynie remont drogi krajowej co bezpośrednio wynika z treści tego zadania. A zatem nie wykazano w sposób właściwy uprawnień proponowanych osób na objęcie tych funkcji stąd nie było podstaw do dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej i dlatego domagano się unieważnienia czynności wyboru oferty, unieważnienia czynności oceny ofert, ponowną ocenę ofert i wykluczenia wykonawcy Firmy (...). Natomiast w zakresie żądania odtajnienia dokumentów odwołanie zostało cofnięte.

Analizując dowody przedstawione przez skarżącego w sprawie a odnoszące się do doświadczenia osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji Inżyniera Rezydenta, na którą to funkcję wskazano mgr inż. J. Ż. sąd stwierdził iż dokumenty te nie wykazują doświadczenia w zakresie jak wymagany był treścią SIWZ.

Sąd nie przyjął aby nazwa inwestycji wykazująca doświadczenie inż. J. Ż. celowo była nieprecyzyjna. Istotne jest, aby możliwe było zidentyfikowanie tego przedsięwzięcia, które wskazuje na takie doświadczenie. Określona w ofercie nazwa tej inwestycji pozwoliła na identyfikację odwołującemu. Brak podstaw do przyjęcia, aby skarżący celowo dążył do wprowadzenia w błąd zamawiającego.

Wedle Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia doświadczenie w zakresie pełnienia nadzoru nad jednym kontraktem przez okres co najmniej 10 miesięcy miało obejmować budowę lub przebudowę lub rozbudowę drogi realizowaną w oparciu o znane międzynarodowe standardy kontraktów budowlanych typu FIDIC w pełnieniu funkcji inżyniera kontraktu lub zastępcy inżyniera kontraktu lub inżyniera rezydenta lub zastępcę inżyniera rezydenta lub funkcji równorzędnej doprowadzonym co najmniej do uzyskania dokumentów formalnoprawnych umożliwiających użytkowanie obiektu budowlanego oraz wystawienia świadectwa przejęcia (sekcja XVI pkt.1 ppkt b SIWZ).

Wedle skarżącego w specyfikacji nie wskazano czy termin budowa lub przebudowa oznacza formy prowadzenia inwestycji „projektuj i buduj” czy tylko formę „buduj”. Niezależnie od tego czy mamy do czynienia z 1 czy 2 formą istotnym w świetle brzmienia tej specyfikacji jest wymaganie, aby zadanie to zostało doprowadzone „co najmniej do uzyskania dokumentów formalnoprawnych umożliwiających użytkowanie obiektu budowlanego oraz wystawiono świadectwo przejęcia”. A zatem dokonując całościowej interpretacji tego wymagania niewątpliwie należało przyjąć, że chodzi o doświadczenie, które doprowadziło do etapu końcowego inwestycji przyjęcia jej użytkowania. Mogła to być inwestycja „projektuj i buduj” ale kandydat musiał tą inwestycję prowadzić do etapu oddania do użytkowania. Tymczasem z dokumentów przedstawionych przez skarżącego wynika, że inżynier J. Ż. pełnił funkcję Inżyniera Rezydenta przez okres 12 miesięcy, ale na etapie projektowania albowiem uzyskano decyzję „zezwolenia na realizację inwestycji drogowej” dopiero 21 lipca 2017r. (k.91). W ocenie zatem Sądu skarżący nie wykazał wymaganego doświadczenia osoby proponowanej na stanowisko inżyniera rezydenta, skoro inż. J. Ż. pełnił funkcję Inżyniera Kontraktu w okresie 1 lutego 2016r. do lutego 2017r.

W odniesieniu do doświadczenia osoby proponowanej na funkcję Głównego Inspektora Nadzoru robót drogowych podniesiono, iż mgr inż. K. B. nie pełniła funkcji inżyniera kontraktu na budowie lub przebudowie lub rozbudowie drogi klasy minimum G. Spór oscylował wokół pojęcia „modernizacja” albowiem tak określone zostało zadanie inwestycyjne, w którym pani inżynier brała udział pełniąc funkcję inżyniera kontraktu. Wedle dokumentów z 1995 r. kiedy realizowano tą inwestycję oficjalna jej nazwa brzmiała „Modernizacja drogi krajowej nr (...) na odcinku D. – W.”. Wobec faktu iż z dniem 1 stycznia 1999 r. wykreślono z ustawy prawo budowlane pojęcie modernizacji, które zawarte było w art. 3 pkt. 7 tej ustawy i wprowadzono pojęcia „przebudowa”, „rozbudowa”, „budowa” należało się zastanowić czy wedle obecnie obowiązującej nomenklatury, którą posługuje się także zamawiający w specyfikacji, modernizacja to tożsame pojęcie co „przebudowa”, „rozbudowa” lub „budowa”. Przez modernizację w języku potocznym rozumie się unowocześnienie, ulepszenie, uwspółcześnienie. Zatem w zakresie pojęcia „modernizacja drogi” należy rozumieć wykonywanie robót w wyniku których następuje podwyższenie parametrów technicznych i eksploatacyjnych istniejącej drogi. Pojęcie „modernizacja” mieści się w zakresie pojęciowym i remontu i przebudowy i/lub rozbudowy.

Przedłożone dokumenty wykazują, że latach 1995r. do co najmniej lipca 1997r. (k.112) kiedy potwierdzono zakończenie robót mgr inż. K. B. pełniła funkcję Inżyniera Rezydenta Kontraktu dla inwestycji pod nazwą „Modernizacja drogi krajowej nr (...) na odcinku D. – W.”. W ramach tego zadania dokonano korekty niwelety obu jezdni, przebudowę odwodnienia odcinków drogi, zmianę parametrów w zakresie poprawy sztywności i nośności, korekty spadków poprzecznych. Nadto w zakresie robót mostowych wykonano nadbeton konstrukcyjny płyt nośnych, wbudowano wsporniki i inne. Powyższe wskazuje, że nastąpiła zmiana parametrów użytkowych technicznych drogi co wskazuje na przebudowę przedmiotowego odcinka drogi. Skoro jak wyżej wskazano „modernizacja” to także remont i przebudowa

to zadanie to wykazywało doświadczenie Pani inżynier zdobyte na kontrakcie obejmującym prace budowlane polegające na „budowie lub przebudowie lub rozbudowie” w znaczeniu wynikającym z SIWZ.

Zakres możliwych rozstrzygnięć Sądu Odwoławczego na skutek wniesionej skargi wynika z treści art. 198f ustawy prawo zamówień publicznych. Skarga złożona przez wykonawcę nie była zasadna, podlegała ona oddaleniu. Z przeprowadzonego postępowania dowodowego bowiem wynikało niewątpliwie, że częściowo zarzuty odwołania były zasadne bowiem wykonawca nie wykazał doświadczenia osoby proponowanej do pełnienia funkcji Inżyniera Rezydenta w zakresie wskazanym w złożonej ofercie. Powyższe skutkuje pozostawieniem w mocy postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej albowiem mimo iż było to postanowienie formalne to jednak skutek tego orzeczenia prowadzi do unieważnienia i konieczności ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej przez zamawiającego (art.186 u.3a zd.2 ustawy) i taki też byłby zakres orzeczenia Sądu Odwoławczego w przypadku rozpoznawania zarzutów z odwołania i skargi (art.186 u.4 w zw. z art.192 u.3 p.1 ustawy).

Z tych przyczyn w oparciu o art.198f u.2 orzeczono jak w sentencji.

Z uwagi na wynik tego postępowania koszty tego postępowania podnosi skarżący stosownie do treści art. 98 § 1 k.p.c. w zw. z art. 391 § 2 k.p.c. w zw. z art. 198f ust. 5 ustawy prawo zamówień publicznych. Wysokość kosztów przyznanych pełnomocnikowi odwołującego wynika z § 3 ust. 2 punkt b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. Sąd oddalił wniosek (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K. oraz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K. o zasądzenie kosztów postępowania z uwagi na pozycję procesową tego uczestnika do którego stosujemy przepisy o interwencji ubocznej i tu z uwagi na podkreślaną pozycję procesową, która w istocie stanowczo nie negowała wykazywanych uprawnień przez skarżącego (wypowiedzi ustne na rozprawie). Sąd przyjął iż z uwagi na brzmienie art. 107 zd.3 kpc „sąd może” nie było podstaw i okoliczności uzasadniających obciążenie tymi kosztami skarżącego.

Sąd oddalił wniosek o zasądzenie kosztów gminy Miejskiej K. albowiem stanowisko tego podmiotu nie było jednoznaczne, mimo formalnego uznania zasadności odwołania a następnie domagania się oddalenia skargi na rozprawie pełnomocnik gminy wskazał, że skarżący uprawnienia proponowanych w ofercie osób wykazał, co pozostawało w sprzeczności ze składanymi wcześniej wnioskami a wskazywało na przychylenie się do wniosków skargi.