

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 19 marca 2009 roku

Sąd Okręgowy w Poznaniu Wydział X Gospodarczy Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Piotr Majchrzak
Sędziowie: SSO Ewa Kaźmierczak

SSO Renata Norkiewicz

Protokolant: st. sekr. Mirosława Klimowicz

na rozprawie

sprawy ze skargi FEROMA spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Opolu

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 31 grudnia 2008 roku, w sprawie sygn. akt KIO/UZP 1460/08

przy uczestnictwie zamawiającego Miasto Poznań oraz Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Mieszkaniowej spółki akcyjnej w Poznaniu
o udzielenie zamówienia publicznego

1. oddała skargę,
2. zasądza od skarżącej FEROMA spółki z o.o. w Opolu na rzecz uczestnika Miasto Poznań kwotę 1.200 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu odwoławczym /'zz'-

Ewa Kaźmierczak p'; iPiótr Majchrzak Renata Norkiewicz

| | . • !r Oryginał należycie podpisano

\ x - Z / Odpis sporządzono

\zZ~z 5y 2G 04 20C9

UZASADNIENIE

Poznań, dnia

Odwołaniem z dnia 12 grudnia 2008 r., odwołujący - FEROMA sp. z o.o. w Opolu zaskarżył rozstrzygnięcie swojego protestu (z dnia 28 listopada 2008 r.) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na zarządzanie zasobem komunalnym Miasta Poznania. Zdaniem skarżącego jego protest został odrzucony niezasadnie. Odwołujący zarzucił zamawiającemu tj. Miastu Poznań naruszenie przepisów art. 7 ust. 1. art. 24 ust. 1 pkt 10, ust. 2 pkt 2 i 3 oraz art. 51 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wyrokiem z dnia 31 grudnia 2008 r. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie i

kosztami postępowania obciążała FEROMA sp. z o.o.

U podstaw rozstrzygnięcia legły następujące ustalenia i rozważania:

Istotne znaczenie dla sprawy ma ocena dokumentów potwierdzających należyte wykonywanie usług złożonych przez wykonawcę Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Mieszkaniowej S.A. w świetle wymagań określonych przez zamawiającego w ogłoszeniu o postępowaniu. Z treści SIWZ (specyfikacji istotnych warunków zamówienia) wynikało, że w postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy wykażą, że w okresie 3 lat przed wszczęciem przedmiotowego postępowania świadczyli usługi zarządzania nieruchomościami zabudowanymi o łącznej powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 370.000 m² przez kolejne 9 miesięcy.

KIO ustaliła, iż wykonawca tj. MPGM wykazał wykonywanie usług na rzecz Miasta Poznania na nieruchomościach których powierzchnia mieszkalna wynosiła 930.610,66 m², zaś użytkowa - 117.444,51 m². oraz na rzecz 384 wspólnot mieszkaniowych. Skład orzekający ustalił również, iż wykonawca MPGM złożył dwa dokumenty referencji związane z wykonywaniem usług dla miasta Poznania, z których wynikało, że zarządzało ono i zarządza zasobem komunalnym Miasta, przy czym w okresie od 1.08.2005 r. do 31.05.2006 r. łączna powierzchnia nieruchomości zabudowanych wynosiła 296.741,67 m² dla powierzchni mieszkalnych i 117.444,51 m² dla powierzchni użytkowych; zaś nieruchomości lokalowych - 633.898,99 m² powierzchni mieszkalnej. Referencja ta zawierała również stwierdzenie, że o treści „potwierdzam, w oparciu o postanowienia zawartych umów o zarządzanie, należyta realizację przez spółkę MPGM S.A. usługi w zakresie czynności administracyjnych, eksploatacyjnych, remontowych, konserwacyjnych i księgowych”. W ocenie składu orzekającego stwierdzenie to nie pozostaje w sprzeczności z ustaleniem, iż MPGM zarządzało zasobem komunalnym Miasta i miało na celu wyliczenie czynności, jakie - w ramach zarządu - spółka wykonywała. Ponadto, zdaniem KIO, stanowisko Sądu Najwyższego wskazujące, że „każde odjęcie praw i obowiązków z katalogu „wszelkich czynności i decyzji” powodowałoby odejście od wzorca umowy o zarządzanie nieruchomościami winno zostać odrzucone jako nieuwzględniające potrzeb praktyki.

W ocenie KIO, celem wykazania obiektywnej nieprawdziwości twierdzeń zawartych w referencji skarżący winien przedstawić wiarygodne dowody, z których wynikałoby, że MPGM nie wykonywało czynności w podanym zakresie. Wątpliwe, zdaniem składu orzekającego, jest używanie jako dowodu kserokopii porozumienia z dnia 29 maja 2002 r.", jako że nosiła ona znamiona wielokrotnego kopiowania, nie była całkowicie czytelna, a ponadto nie została potwierdzona za zgodności. Tym niemniej, zdaniem składu orzekającego treść tego porozumienia wskazuje, że nie stanowi ona jedyne dokumentu określającego zakres czynności zarządcy/administratora nieruchomości. Stąd też uznano kserokopię za nieprzydatną do stwierdzenia okoliczności wskazywanych we wniosku dowodowym odwołującego. Ponadto skład orzekający wskazał, iż nie analizował dokumentu referencji z 9.08.2005 r. ponieważ dotyczy on okresu nie mieszczącego się w zakresie wymaganym przez zamawiającego i zamawiający nie brał go pod uwagę przy ocenie oferty MPGM.

Od powyższego wyroku, FEROMA sp. z o.o. złożyła skargę z dnia 12 stycznia 2009 r., zaskarżając orzeczenie w całości i wniosła o uwzględnienie skargi oraz zmianę wyroku poprzez uznanie referencji MPGM za niespełniające wymogów pkt. IIL2.3. ogłoszenia nr Dz.U./S S141/23/07/2008 189513-2008-PL oraz wykluczenie MPGM z postępowania.

Skarżąca zarzuciła rozstrzygnięciu naruszenie art. 188 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez uznanie, że nie przedstawiła wiarygodnych dowodów dla stwierdzenia faktów; art 188 ust. 2 w/w ustawy i § 22 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań przez ich niezastosowanie; art. 188 ust. 7 powyższej ustawy przez dokonanie ustaleń sprzecznych z zebrany materiał dowodowy, brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego, uchybienie zasadzie swobodnej oceny dowodów, błędy logiczne w rozumowaniu. Ponadto zdaniem skarżącej naruszone zostały przepisy art. 24 ust. 1 pkt 10, ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 185 ustawy o gospodarce

nieruchomościami poprzez uznanie referencji z dnia 14.08.2008 r. za spełniające wymogi zamówienia, a także art. 192 ust. 2 ustawy o zamówieniach publicznych przez niewyjaśnienie podstawy prawnej wyroku oraz nieprzytoczenie stosownych przepisów prawa na których oparto wyrok.

Zdaniem skarżącej bezpodstawne było uznanie, że kserokopia przedmiotowego porozumienia z maja 2002 r., nie może stanowi w sprawie dowodu, skoro przeciwnik nie kwestionował w toku postępowania prawdziwości tego dokumentu. Jeśli zaś KIO miała wątpliwości co do prawdziwości dokumentu winna z urzędu wezwać zamawiającego do przedłożenia oryginałów.

W ocenie skarżącej nie sposób się również zgodzić, że referencje z 14 sierpnia 2008 r. potwierdzały wykonywanie przez MPGM zarządu nieruchomościami. Zgodnie bowiem z treścią art. 185 ustawy o gospodarce nieruchomościami zarządzanie nieruchomością polega na podejmowaniu decyzji i dokonywaniu czynności mających na celu w szczególności:

- 1) zapewnienie właściwej gospodarki ekonomiczno-finansowej nieruchomości;
- 2) zapewnienie bezpieczeństwa użytkowania i właściwej eksploatacji nieruchomości;
- 3) zapewnienie właściwej gospodarki energetycznej w rozumieniu przepisów Prawa energetycznego;
- 4) bieżące administrowanie nieruchomością;
- 5) utrzymanie nieruchomości w stanie niepogorszonym zgodnie z jej przeznaczeniem;
- 6) uzasadnione inwestowanie w nieruchomość.

Zdaniem skarżącej w/w czynności stanowią ustawowe minimum, przy którym można mówić o zarządzaniu. Wobec tego, że MPGM dokonywał usługi w zakresie czynności administracyjnych, eksploatacyjnych, remontowych, konserwacyjnych i księgowych - nie można uznać tego za zarządzanie zasobem mieszkaniowym.

Skarżąca podniosła również, że niewyjaśnienie podstaw prawnych i nieprzytoczenie stosownych przepisów utrudniło jej sformułowanie zarzutów.

W piśmie procesowym z dnia 13 marca 2008 r. skarżąca powołała nowe dowody wskazujące w jej ocenie na to, że MPGM świadczyło jedynie usługi administrowania, nie zaś zarządzania. Dołączona do tegoż pisma *Informacja o wynikach kontroli funkcjonowania towarzystw budownictwa społecznego oraz gospodarowania gminnym zasobem mieszkaniowym w Mieście Poznaniu* (przygotowana przez Delegaturę NIK w Poznaniu) oraz wzór umowy o zarządzanie, stanowiący załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednoznacznie - w ocenie skarżącego - wskazują na to, że MPGM wykonywało czynności administrowania na podstawie porozumień, a nie umów o zarządzanie, jak wskazują referencje wydane przez Prezydenta Miasta Poznania.

W odpowiedzi na skargę z dnia 11 marca 2009 r. zamawiający wniósł o jej oddalenie w całości i obciążenie skarżącej kosztami postępowania, w tym zasądzenie na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa procesowego.

Zamawiający podkreślił, iż w postępowaniu przez KIO panuje zasada kontrydiktoryjności i to na skarżącą ciążył w tym zakresie ciężar udowodnienia faktów z których wywodzi korzystne dla siebie skutki prawne, stąd też zarzut nieprzeprowadzenia dowodu z urzędu jest chybiony. Zamawiający zaprzeczył również, jakoby porozumienie z maja 2002 r. było umową wiążącą strony w sposób kompletny w zakresie czynności podejmowanych przez MPGM. Zdaniem zamawiającego nieuprawnione jest również twierdzenie, że administrowanie stanowi jedynie wąski wycinek zarządzania - w tym zakresie powołano się na orzecznictwo m. in. Krajowej Izby Odwoławczej.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga okazała się niezasadna.

Na wstępie należało podkreślić, iż postępowanie w sprawie odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej toczy się wg reguł analogicznych do procesu cywilnego. Art. 188 u.z.p. statuuje m. in. zasady: obowiązku dowodzenia faktów, z których wywodzi się skutki prawne, bezpośrednio oraz swobodnej oceny dowodów. Postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym, co oznacza, że spór toczą strony i to one mają obowiązek wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Przyjęte rozwiązanie wynika z obowiązującej w prawie cywilnym zasady, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z tego faktu wywodzi skutki prawne (art. 6 Kodeksu cywilnego), rozwinięciem zaś jest właśnie art. 188 ust. 1 u.z.p. Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (*ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*). Aktywność we wnioskowaniu dowodów winien wykazywać zwłaszcza odwołujący, gdyż w większości przypadków to on będzie wywodził z faktu skutki prawne. Ponadto, dowody winny być przeprowadzone przed KIO w sposób bezpośredni, odwoływanie się do dowodów przeprowadzonych w innym postępowaniu może być traktowane jedynie pomocniczo jako zgłoszone twierdzenia stron.

Zasadniczy zarzut, sformułowany przez skarżącego w toku postępowania, zawarty został w twierdzeniu, że dotychczasowe działanie MPGM na podstawie umów z Miastem Poznań nie stanowiło zarządu nieruchomościami i w związku z tym podmiot ten nie spełnił wyżej omówionego warunku (wynikającego z zapisów zawartych w SIWZ).

W istocie - spór w sprawie sprowadzał się do kwestii oceny wiarygodności dokumentów referencyjnych, przedstawionych przez MPGM w toku postępowania kwalifikacyjnego. Jak się wydaje, strona skarżąca spodziewała się przyjęcia za wykazane twierdzenia, że czynności wykonywane przez MPGM w latach 2005 -2008 nie stanowiły szerszego działania polegającego na zarządzaniu zasobem nieruchomości. Ciężar udowodnienia tych okoliczności spoczywał na skarżącym. Dowodzenie tych okoliczności mogło odbywać się na podstawie wszelkich środków dowodowych zgodnie z art. 188 ust. 3 u.z.p. Odwołujący jednak, zamiast powoływać dowody celem udowodnienia, iż MPGM nie spełniło wymogów przetargu - skupił się na interpretacji pojęć „zarząd” i „administrowanie” nieruchomościami. Na poparcie argumentu, że MPGM wykonywał jedynie czynności z zakresu administrowania, złożono wnioski dowodowe obejmujący badanie treści porozumienia z dnia 22 maja 2002 r. Skarżący wniósł również o dopuszczenie dowodu z przywołanego już dokumentu w postaci informacji o wynikach kontroli NIK.

Dowody te okazały się nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sporu.

W sprawie brak było podstaw do przyjęcia, że wyłączną podstawą dotychczasowych relacji (w zakresie związanym z przedmiotem postępowania) pomiędzy Miastem a MPGM było wspomniane porozumienie. Odmiennie przekonanie strony skarżącej ma charakter spekulacji i nie znajduje oparcia w ujawnionym stanie faktycznym. Nadto zauważyć należy, że:

- badanie treści porozumienia w proponowanym przez skarżącego zakresie nie mogłoby doprowadzić do ustalenia rzeczywistych ram umowy w zakresie, w jakim stanowiła ona dla Miasta Poznań podstawę do sporządzenia pisma referencyjnego
- porozumienie ma charakter dokumentu prywatnego, a zatem pozwala jedynie na stwierdzenie, że strony złożyły oświadczenia określonej treści. Z dokumentu nie wynika żadna „legalna” definicja pojęcia zarząd czy administrowanie, a jedynie sposób rozliczenia za czynności związane z administrowaniem, inwentaryzacją, remontami i eksploatacją budynków. Z dokumentu tego nie można wywieść, iż była to jedyna umowa pomiędzy Miastem i MPGM w zakresie czynności dotyczących nieruchomości wchodzących w skład zasobu nieruchomości Miasta. Wprost przeciwnie, choćby z pkt. 1 porozumienia wynika, iż

w porozumieniu z dnia 31 grudnia 1999 r. określono „między innymi” zadania MPGM jako administratora - świadczy to niewątpliwie o istnieniu szerszego katalogu obowiązków tego podmiotu. Nie można również przyjąć domniemania faktycznego, iż przytoczone porozumienie z 2002 r. było jedynym łączącym Miasto Poznań i MPGM. Stwierdzić raczej należy, że (z uwagi na charakter czynności z zakresu gospodarowania tak obszernym katalogiem rzeczy i praw jak zasób nieruchomości, który bez wątpienia ulegał przedmiotowym przekształceniom) w okresie od 2002 r. do 2008 r. Miasto Poznań i MPGM zawierały kolejne umowy bądź modyfikowały już zawarte.

W toku postępowania Sąd bada zasadność wniosków dowodowych pod kątem oceny ich przydatności dla wykazania wskazanych we wniosku faktów. Stwierdzić należy, że wnioski dowodowe, zgłoszone w niniejszym postępowaniu okazały się nieprzydatne dla udowodnienia twierdzeń skarżącego. Wniosek obejmujący dowód z dokumentu określonego mianem *porozumienia* mógłby pozwolić jedynie na ustalenie, że w określonym dniu dwa podmioty złożyły oświadczenia woli o wskazanej w dokumencie treści. Dowód ten nie mógł, sam w sobie, doprowadzić do ustalenia, że w okresie wskazanym w SIWZ MPGM i Miasto Poznań nie łączyła umowa w przedmiocie zarządzania gminnymi nieruchomościami, bądź też, że nie była ona wykonywana, a dokument referencyjny (którym w toku postępowania w sprawie o zamówienie publiczne posługuje się drugi z uczestników postępowania) nie opisuje zaistniałego stanu rzeczy. Już zatem ta okoliczność przesądza o braku podstaw do przeprowadzenia dowodu w omawianym zakresie, tylko zatem na marginesie Sąd stwierdza, że - w istocie - przedłożona przez skarżącego kserokopia dokumentu nie mogła (wobec braku uwierzytelnienia) zostać poddana ocenie w toku postępowania dowodowego.

Podobnie należało potraktować informację o wynikach kontroli NIK, przywołaną w postępowaniu wywołanym wniesieniem skargi na wyrok KIO. Dokument ten nie jest dokumentem urzędowym, stanowi zbiór ustaleń i wniosków kontrolera NIK. Tymczasem, co już podkreślono wcześniej, nie można przeprowadzać dowodu z dokumentu, zawierającego ustalenia innego podmiotu, dokonane w innym postępowaniu, na okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, gdyż spowodowałoby to naruszenie zasady bezpośredniości postępowania dowodowego. Nie można wykluczyć, iż wspomniana publikacja zawiera informacje, które strona skarżąca mogłaby wykorzystać formułując wnioski - w tym dowodowe - zmierzające do wykazania, że Miasto udzieliło referencji bez należytej podstawy faktycznej. W niniejszym postępowaniu tak jednak się nie stało. Już tylko na marginesie wspomnieć można, iż w istocie dokument kontroli NIK nie

stanowi dowodu na to, jakie usługi świadczyło MPGM na rzecz Miasta Poznań, gdyż sam autor *informacji* zamiennie używa pojęć *administracja i zarządzenia*, jednocześnie nigdzie nie definiując ich zakresu. Nadto zwraca uwagę okoliczność, iż kontrola przeprowadzona została w latach 2004 - 2006, a odnośnie MPGM SA w latach 2002 - 2004. Okresy te nie pokrywają się ze wskazanym w SIWZ.

Nie zostały udowodnione twierdzenia skarżącego co do niewłaściwego wywiązywania się przez MPGM z łączących ten podmiot z Miastem Poznań umów (uwaga ta odnosi się zarówno do kwestii wystąpienia uchybień, jak i do istnienia podstaw do przyjęcia, że ich rodzaj/zakres uniemożliwiał przedstawienie pozytywnej opinii na temat działalności tego przedsiębiorstwa).

Sprowadzenie sporu na płaszczyznę językową nie mogło doprowadzić do wykluczenia MPGM z przetargu. Przede wszystkim brak jest w obowiązujących aktach prawnych ścisłej definicji zarządzania nieruchomością. Nie jest nią art. 185 u.g.n., w której wyliczono przykładowe elementy takiej umowy (na potrzeby samej ustawy). Ponadto, podzielić należy pogląd Sądu Najwyższego, zawarty w uchwale z dnia 17 lipca 2007 r. a wskazujący, iż formuła umowy o zarządzanie nieruchomością jest bardzo szeroka, obliczona ma maksymalne określenie praw i obowiązków stron umowy, zaś stanowisko, że każde odjęcie praw i obowiązków należy traktować jako odejście od normatywnego wzorca umowy o zarządzanie nieruchomością, jako skrajne należy odrzucić, gdyż nie uwzględnia ono potrzeb praktyki wymagającej dopasowania praw i obowiązków zarządcy do

rozmaitego charakteru i potrzeb nieruchomości (HI CZP 69/07, OSNC 2008/9/99).

Zarzuty strony skarżące, odnoszące się do naruszenia przez KIO art. 192 ust. 2 u.p.z.p. w tym sensie nie mają znaczenia dla oceny zasadności skargi, że z uwagi na treść art. 198 ust. 2 u.p.z.p. Sąd zobowiązany jest w każdym przypadku rozpatrywania skargi (w jej granicach) rozstrzygnąć - w istocie - o zasadności rozstrzygnięcia przez zamawiającego odnoszącego się do protestu.

Mając na uwadze powyższe, Sąd orzekł jak w pkt. 1 wyroku (art.385 kpc).

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art.98 kpc w zw. z art.108§1 kpc - obejmują one koszty zastępstwa procesowego zamawiającego (przeciwnika skargi) jako strony, która wygrała spór w postępowaniu odwoławczym.

SSO R. Norkiewicz

Oryginał należyci-e podpisano
Odpis sporządzono
73 C4 B3

Poznań, dnia ⁷