

21. 06, 2013
i n ę L o'

Ay

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 16 maja 2013 r.

Sąd Okręgowy w Białymstoku II Wydział Cywilny Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Renata Tabor (spr.)

Sędziowie: SSO Urszula Wynimko

SSO Bogusław Suter

Protokolant: st. sekr. sąd. Zofia Szczęsłowicz
po rozpoznaniu w dniu 16 maja 2013 r. w Białymstoku
na rozprawie

sprawy o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego
Województwo Podlaskie Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich
w Białymstoku

z udziałem wykonawcy DDG Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki
komandytowej w Białej Podlaskiej

oraz z udziałem interwenienta ubocznego po stronie skarżącej Grontmij Polska
Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu
na skutek skargi zamawiającego

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie

z dnia 6 marca 2013 r. sygn. akt KIO 386/13

I. oddala skargę;

II. zasądza od zamawiającego Województwa Podlaskiego Podlaskiego
Zarządu Dróg Wojewódzkich w Białymstoku na rzecz wykonawcy
DDG Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki
komandytowej w Białej Podlaskiej kwotę 1.200 złotych tytułem
zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu
odwoławczym.

UZASADNIENIE

Zamawiający Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zadanie 2A — pełnienie nadzoru inwestorskiego związanego z budową i rozbudową drogi wojewódzkiej Nr 645 i Nr 648 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą techniczną na odcinku granica województwa — m. Nowogród”.

Zamawiający wykluczył z postępowania wykonawcę DDG Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytową w Białej Podlaskiej powołując się na art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy p.z.p. i odrzucił złożoną przez niego ofertę, a jako najkorzystniejszą wybrał ofertę złożoną przez Grontmij Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu. W uzasadnieniu swojej decyzji zamawiający wskazał, że wykonawca DDG Sp. z o.o. Sp.k. w Białej Podlaskiej nie spełnił warunku udziału w postępowaniu zawartego w punkcie V.4.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), a mianowicie poprzez brak wykazania pełnienia funkcji inspektora nadzoru/kierownika budowy/kierownika robót - na wykonanym i rozliczonym min. 1 zadaniu polegającym na budowie/rozbudowie/przebudowie dróg publicznych klasy min. Z o wartości min. 20.000.000 PLN (brutto).

W dniu 20 lutego 2013 roku wykonawca DDG Sp. z o.o. Sp.k. w Białej Podlaskiej wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na: nieprawidłowym badaniu i ocenie oferty złożonej przez odwołującego się, wykluczeniu z postępowania odwołującego się i odrzuceniu jego oferty, wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Grontmij Polska Sp. z o.o., nie dokonaniu wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy p.z.p. poprzez błędne przyjęcie, iż odwołujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, a tym samym, iż zachodzi podstawa do wykluczenia odwołującego z postępowania oraz naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy p.z.p. poprzez odrzucenie oferty odwołującego, mimo faktu, iż nie zachodziła przesłanka do wykluczenia odwołującego z postępowania z uwagi na art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy p.z.p.

Zamawiający w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą wnosił o oddalenie odwołania wskazując, iż Sławomir Bierozka wskazany w ofercie odwołującego na stanowisko kierownika zespołu nadzorującego - inspektora nadzoru robót drogowych sprawował funkcję inspektora nadzoru na zadaniu, którego parametry określono w punkcie V.4.1 SIWZ, tylko przez 18 dni, nie podejmując przy tym żadnych czynności wchodzących w zakres czynności inspektora, co zdaniem zamawiającego nie spełnia określonego w punkcie V.4.1 SIWZ warunku pełnienia funkcji inspektora nadzoru/kierownika budowy/kierownika robót.

Wyrokiem z dnia 6 marca 2013 roku, sygn. akt KIO 386/13, Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania wniesionego przez DDG Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytową w Białej Podlaskiej uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności wykluczenia i odrzucenia oferty DDG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Białej Podlaskiej i dokonanie ponownej oceny ofert, zaś kosztami postępowania obciążyła zamawiającego.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż zamawiający w punkcie V.4.1 SIWZ, określającym warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określił, iż w zakresie warunku polegającego na dysponowaniu osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w odniesieniu do Kierownika zespołu nadzorującego - Inspektora nadzoru robót drogowych, wymagane jest wykazanie:

- 1) posiadania uprawnień budowlanych pozwalających na pełnienie samodzielnej funkcji inspektora nadzoru do realizacji zadania objętego niniejszym zamówieniem, min. 5 lat doświadczenia z uprawnieniami;
- 2) pełnienia funkcji inspektora nadzoru/kierownika budowy/kierownika robót - na wykonanym i rozliczonym min. 1 zadaniu polegającym na budowie/rozbudowie/przebudowie dróg publicznych klasy min. Z o wartości min. 20.000.000 PLN (brutto).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, iż w załączniku 4a do Oferty „Doświadczenie osób...” odwołujący wskazał, iż Sławomir Bierozka pełnił funkcję inspektora nadzoru na zadaniu „Budowa drogi krajowej nr 66 Zambrów - Bielsk Podlaski - Granica Państwa na odcinku przejścia przez Brańsk od km 50+500 do km 54+250 wraz z przebudową przepustów z rur stalowych karbowanych pod drogą w km 50+928 i km 52+410 oraz budową i przebudową towarzyszącej infrastruktury technicznej”. Zamawiający jest również w posiadaniu referencji udzielonych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 4 maja 2011 roku, z której wynika, że Sławomir Bierozka wskazany przez odwołującego na Kierownika zespołu nadzorującego - Inspektora nadzoru robót drogowych pełnił funkcję

inspektora nadzoru na powyższym zadaniu, tj. budowie drogi krajowej nr 66.

Krajowa Izba Odwoławcza zaznaczyła, że istota sporu sprowadzała się do interpretacji warunku opisanego w punkcie V.4.1 SIWZ w brzmieniu: Kierownik zespołu nadzorującego — Inspektor nadzoru robót drogowych winien wykazać pełnienie funkcji inspektora nadzoru/kierownika budowy/kierownika robót na wykonanym i rozliczonym min. 1 zadaniu polegającym na budowie/rozbudowie/przebudowie dróg publicznych klasy min. Z o wartości robót min. 20 000 000 PLN (brutto).

Zdaniem Izby sporny warunek nie oznaczał wymogu wykazania, że osoba wskazana na stanowisko kierownika zespołu nadzorującego — inspektora nadzoru robót drogowych, winna była legitymować się doświadczeniem w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru/kierownika budowy/kierownika robót przez cały okres trwania inwestycji. Warunek nie wskazywał na żaden wymagany okres, w jakim osoba ta ma pełnić wymaganą funkcję. Izba podzieliła stanowisko odwołującego, iż interpretacja warunku przez zamawiającego stanowi w istocie jego nieuprawnioną zmianę, dokonaną już po terminie składania ofert.

Izba podzieliła stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego - jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70¹ § 3 k.c. jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to SIWZ należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu k.c. Udostępnienie SIWZ jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w SIWZ. Postanowienia SIWZ winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający jest uprawniony do zmiany treści SIWZ wyłącznie w sytuacji wskazanej w art.

38 ust. 4 p.z.p. i wyłącznie wtedy, gdy nie upłynął jeszcze termin składania ofert. Zmiana SIWZ po upływie terminu składania ofert jest niedopuszczalna.

Izba poparła stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 22 stycznia 2013 roku (sygn. akt:

KIO 62/13), gdzie wskazano, że jeżeli zamawiający chciał, aby przedstawić na stanowisko inspektora nadzoru osobę, która daną funkcję pełniła przez cały okres realizacji zadania, to przy określaniu warunków podmiotowych udziału w postępowaniu powinien być bardziej precyzyjny i takie wymagania wyrazić wprost w SIWZ, czego nie uczynił. Wątpliwa jest również taka interpretacja warunku udziału w postępowaniu, iż koniecznym było wskazanie osoby, która pełniła funkcję inspektora nadzoru od początku do końca zadania, włącznie z jego rozliczeniem. Przy takim rozumieniu warunku nawet wskazanie na stanowisko inspektora nadzoru osoby, która pełniła funkcję inspektora nadzoru na wymienionym przez odwołującego zadaniu po Sławomirze Bierozie oznaczałoby niespełnienie warunku udziału w postępowaniu, ponieważ osoba ta nie wykonywałaby powierzonych jej funkcji przez pierwszych 18 dni realizacji zamówienia. Taka interpretacja nie odpowiadałaby jakimkolwiek zasadom prowadzenia postępowania z zachowaniem zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Powyższy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej zaskarżył skargą w całości zamawiający zarzucając mu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 190 ust. 7 p.z.p. poprzez zaniechanie wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału dowodowego i w konsekwencji niesłuszne przyjęcie, że nie ziszczyły się przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 2 pkt 4 p.z.p.;
- 2) art. 196 ust. 4 p.z.p. poprzez niedostateczne uzasadnienie wydanego wyroku, tj. w szczególności poprzez nie wskazanie wszystkich okoliczności faktycznych, w tym całkowite pominięcie stanowiska skarżącego zaprezentowanego w trakcie postępowania odwoławczego oraz lakoniczne i ogólnikowe odniesienie się, i to tylko do nielicznych, argumentów podnoszonych przez skarżącego;
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 4 p.z.p. poprzez jego błędną wykładnię polegającą na uznaniu, iż w

okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy DDG potwierdził spełnianie warunku udziału w postępowaniu;

4) art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 p.z.p. poprzez jego błędną wykładnię polegającą na uznaniu, iż w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy oferta DDG nie podlegała odrzuceniu, ponieważ podmiot ten nie powinien być wykluczony.

Wskazując na powyższe wniósł o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez oddalenie odwołania;
2. zasądzenie od strony przeciwnej skargi na rzecz skarżącego kosztów postępowania sądowego z uwzględnieniem kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

SĄD OKRĘGOWY ZWAŻYŁ, CO NASTĘPUJE:

Skarga jest bezzasadna.

Zdaniem Sądu Okręgowego Krajowa Izba Odwoławcza dokonała wszechstronnej i prawidłowej oceny materiału dowodowego i na tej podstawie doszła do trafnych wniosków.

Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór najkorzystniejszej oferty i wykonawcy, który jest w stanie należycie wykonać zamówienie. Ogólne warunki, jakie powinien spełniać wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego określa art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.; dalej jako: p.z.p.), który stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące m.in. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (pkt 3). Treść warunków określonych w art. 22 ust. 1 pkt 3 p.z.p. jako potencjał techniczny i osobowy jest zmienna w takim sensie, że to zamawiający precyzuje je na potrzeby danego zamówienia. Dopiero bowiem adaptacja tych warunków przez zamawiającego do potrzeb konkretnego zamówienia i opis sposobu oceny ich spełniania, nadaje im treść odpowiednią do tego, aby mogły stać się przedmiotem weryfikacji z punktu widzenia zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. W tym celu zamawiający, w granicach określonych przez art. 22 ust. 1 p.z.p., określa, jakie konkretnie uprawnienia są wymagane do wykonania danego zamówienia, jaki poziom wiedzy i doświadczenia wykonawcy pozwala na uznanie go za wiarygodnego partnera i jakim potencjałem technicznym oraz osobowym powinien dysponować wykonawca dla należytego wykonania zamówienia. To zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia, zatem to od jego woli zależy, które z warunków uzna za niezbędne do dokonania oceny zdolności wykonawcy pod kątem prawidłowego wykonania zamówienia. Wybór w tym zakresie należy do zamawiającego, choć ograniczeniem tej swobody jest nakaz przestrzegania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wyrażony w art. 7 ust. 1 p.z.p. W tym celu warunki powinny zostać sprecyzowane przez zamawiającego w ten sposób, aby zapewnić sobie produkt, czy usługę odpowiedniej jakości, a jednocześnie zagwarantować dostęp do zamówienia podmiotom zdolnym do jego wykonania.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej jako: SIWZ) powinna zawierać wskazanie warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, jaki precyzuje zamawiający w celu zapewnienia, że wybrany wykonawca będzie zdolny do należytego wykonania zamówienia. Jest to konieczne również z punktu widzenia wykonawcy, który jeszcze przed sporządzeniem oferty powinien wiedzieć, czy spełnia postawione mu warunki i czy celowe jest przystępowanie do przetargu. Jak trafnie wskazała Izba w pisemnych motywach zaskarżonego rozstrzygnięcia, od chwili udostępnienia SIWZ jest ona wiążąca dla zamawiającego i jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych, co wynika z art. 70¹ § 4 k.c. W doktrynie wskazuje się, że SIWZ można uznać za warunki przetargu w rozumieniu kodeksu cywilnego, co uzasadnia stosowanie powołanego wyżej przepisu. W konsekwencji udostępnienie SIWZ skutkuje tym, że zamawiający jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i innych elementów wymienionych w SIWZ (zob. M. Stachowiak, Komentarz do art. 36 ustawy - Prawo zamówień publicznych, komentarz WKP 2012). Oznacza to, że po otwarciu ofert zamawiający nie może dokonywać ich oceny w sposób dowolny, sprzeczny z

treścią warunków określonych w SIWZ. Zamawiający nie może oceniać ofert w kategoriach zgodności lub niezgodności ze swoimi intencjami, które nie zostały w sposób jasny dookreślone w SIWZ. Opierając ocenę oferty wyłącznie o swoje intencje zamawiający może doprowadzić do dowolności, która stoi w sprzeczności z zasadami uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (zob. m.in. wyrok Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 28.01.2005 r., UZP/ZO/0-121/05, LEX nr 168190; wyrok KIO z dnia 23.01.2012 r., KIO 51/12, LEX nr 1109093).

Zamawiający Województwo Podlaskie Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku w punkcie V.4.1 SIWZ określając warunki udziału w postępowaniu wskazał, iż w zakresie warunku polegającego na dysponowaniu osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, kierownik zespołu nadzorującego - Inspektor nadzoru robót drogowych, powinien między innymi wykazać pełnienie funkcji inspektora nadzoru/kierownika budowy/kierownika robót - na wykonanym i rozliczonym min. 1 zadaniu polegającym na budowie/rozbudowie/przebudowie dróg publicznych klasy min. Z o wartości min. 20.000.000 PLN (brutto). Na obecnym etapie postępowania sporny pozostaje sposób interpretacji tego warunku, a w szczególności wykładni zwrotu „pełnienie funkcji”. Zamawiający opiera bowiem skargę na argumentacji, iż przyczyną wykluczenia odwołującego z postępowania był brak potwierdzenia wykazania rzeczywistego pełnienia funkcji inspektora nadzoru (rzeczywistej pracy), co było przedmiotem postawionego warunku. Skarżący wywodził, iż osoba wyznaczona do pełnienia funkcji inspektora nadzoru (Sławomir Bieroza) w rzeczywistości nie podjęła w okresie realizacji zadania żadnych czynności przypisanych do jej funkcji, a tylko formalnie podjęła się jej sprawowania, wobec czego warunek określony jako „wykazanie pełnienia funkcji” nie został spełniony. Sąd Okręgowy nie podziela wykładni warunku dokonanej przez zamawiającego. W ocenie Sądu Okręgowego taka interpretacja punktu V.4.1. SIWZ stanowi w rzeczywistości niedopuszczalną zmianę treści specyfikacji.

Nie budzi wątpliwości Sądu Okręgowego, iż zamawiający powinien oceniać spełnienie warunków wyłącznie w oparciu o kryteria wskazane w SIWZ. Z treści V.4.1 podpunkt 2 SIWZ nie wynika zaś, by warunkiem koniecznym było faktyczne wykonywanie czynności przypisanych do stanowiska inspektora nadzoru/kierownika budowy/kierownika robót w czasie pełnienia tej funkcji. Sformułowanie „pełnienie funkcji” nie odwołuje się do faktycznego wykonywania obowiązków przypisanych do tej funkcji, co prowadzi do wniosku, że wystarczające dla spełnienia warunku jest formalne zajmowanie stanowiska. SIWZ nie zawiera również wymogu wykazania, że osoba wskazana na stanowisko kierownika zespołu nadzorującego - inspektora nadzoru robót drogowych ma doświadczenie w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru/kierownika budowy/kierownika robót przez cały okres realizacji inwestycji. SIWZ nie wskazuje na żaden wymagany okres, w jakim ta osoba ma pełnić określoną funkcję, ani na faktyczne wykonywanie czynności w tym okresie. Taka wola zamawiającego powinna była zostać wyrażona już w treści specyfikacji, zaś skoro do tego nie doszło, to zamawiający nie może żądać, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazał, że zaproponowana przez niego osoba podczas realizacji zadania faktycznie wykonywała przez określony okres czynności przewidziane w prawie budowlanym dla inspektora nadzoru/kierownika budowy/kierownika robót.

Sąd Okręgowy podziela stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, iż odwołujący wykazał spełnienie powyższego warunku w taki sposób, jaki został określony w SIWZ. Okoliczność, iż Sławomir Bieroza proponowany na kierownika zespołu nadzorującego - inspektora nadzoru robót drogowych pełnił funkcję inspektora nadzoru na zadaniu, o parametrach wskazanych przez zamawiającego, wynika dodatkowo z referencji z dnia 4 maja 2011 roku udzielonych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, w której posiadaniu jest zamawiający.

Reasumując należy stwierdzić, iż zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 p.z.p. oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 p.z.p. w zw. z art. 24 ust. 4 p.z.p. nie potwierdził się, a w konsekwencji skarga nie zasługiwała na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy oddalił wniosek zamawiającego o dopuszczenie dowodu z dokumentów załączonych do pisma procesowego z dnia 15 maja 2013 roku złożonego na rozprawie przed Sądem Okręgowym z uwagi na fakt, iż dokumenty te nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 198f ust. 2 p.z.p., jak w sentencji.

O kosztach zastępstwa procesowego w postępowaniu wywołanym skargą orzeczono w oparciu o art. 198f ust. 5 p.z.p. oraz § 11 ust. 1 pkt 4 w zw. z § 2 ust. 1 i 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności

adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz.U. Nr 163, poz. 1348 ze zm.).

Orzeczenie
Jest

upoważnienia

KIEROWNIKA SEKRETARIATU
Na oryginale właściwe podpisy

Za zgodność

STARSZY JĘZYKOTARZYSTWA
kra Birula