

**WYROK**

**z dnia 6 marca 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Andrzej Niwicki  
Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Edyta Skowrońska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 marca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wspólnie ubiegających się o zamówienie:

**KEM Sp. z o.o. ul. Budowlanych 6/1A, 41-303 Dąbrowa Górnicza,  
Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego i Ochrony Środowiska  
BUSKOPOL Sp. z o.o. ul. Kilińskiego 41, 28-100 Busko – Zdrój ,  
Zakład Usług i Robót Wodnych Sp. z o.o. ul. Morcinka 43, 45-317 Opole**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego

**Miejskie Wodociągi i Kanalizację w Kędzierzynie – Koźlu Sp. z o.o.  
ul. Filtrowa 14, 47-200 Kędzierzyn – Koźle**

protestu z dnia 11 lutego 2008 r.

przy udziale **XXX** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego się oraz wspólnie ubiegających się o zamówienie:

**Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A. ul. 24 Kwietnia 4,  
47-200 Kędzierzyn – Koźle,**

**Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Instalacyjnego „CHMIELEWSKI” B. Chmielewski, B. Chmielewska S.J. ul. Kołłątaja 7, 48-100 Głubczyce,**

**Biuro Projektów Gospodarki Wodno – Ściekowej „HYDROSAN” Sp. z o.o. ul. Sienkiewicza 10, 44-101 Gliwice** po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. uwzględnić odwołanie i nakazuje unieważnić czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania i wyboru oferty najkorzystniejszej, a także dokonać ponownego badania i oceny ofert oraz ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej,**

**2. kosztami postępowania obciąża Miejskie Wodociągi i Kanalizację w Kędzierzynie – Koźlu Sp. z o.o. ul. Filtrowa 14, 47-200 Kędzierzyn – Koźle i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez wspólnie ubiegających się o zamówienie: KEM Sp. z o.o. ul. Budowlanych 6/1A, 41-303 Dąbrowa Górnicza, Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego i Ochrony Środowiska BUSKOPOL Sp. z o.o. ul. Kilińskiego 41, 28-100 Busko – Zdrój, Zakład Usług i Robót Wodnych Sp. z o.o. ul. Morcinka 43, 45-317 Opole,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7.664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez Miejskie Wodociągi i Kanalizację w Kędzierzynie – Koźlu Sp. z o.o. ul. Filtrowa 14, 47-200 Kędzierzyn – Koźle na rzecz KEM Sp. z o.o. ul. Budowlanych 6/1A, 41-303 Dąbrowa Górnicza, Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego i Ochrony Środowiska BUSKOPOL Sp. z o.o. ul. Kilińskiego 41, 28-100 Busko – Zdrój, Zakład Usług i Robót Wodnych Sp. z o.o. ul. Morcinka 43, 45-317 Opole, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z

tytułu kosztów poniesionych na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych oraz kosztów zastępstwa procesowego,

- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: zero złotych zero groszy) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **35 936 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wspólnie ubiegających się o zamówienie: KEM Sp. z o.o. ul. Budowlanych 6/1A, 41-303 Dąbrowa Górnicza, Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego i Ochrony Środowiska BUSKOPOL Sp. z o.o. ul. Kilińskiego 41, 28-100 Busko – Zdrój, Zakład Usług i Robót Wodnych Sp. z o.o. ul. Morcinka 43, 45-317 Opole.

### **U z a s a d n i e**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Budowę, przebudowę i modernizację systemu odprowadzania ścieków deszczowych na terenie Gminy Miasta Kędzierzyn – Koźle*, którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. tj. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655). Postępowanie to jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE z 3 sierpnia 2007 r. pod numerem 2007/S 148-183697. Wartość zamówienia wynosi 59.509.325,98 zł, tj. 13.564.925,00 euro.

Termin składania ofert upłynął 21.09.2007 r. W wyznaczonym terminie wpłynęły trzy oferty. Kryterium oceny ofert była najniższa cena. Za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez Odwołującego.

Na powyższą decyzję Zamawiającego 15 października 2007 r. protest złożyli pozostali dwaj wykonawcy, w tym wspólnie ubiegający się o zamówienie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A., Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Instalacyjnego „CHMIELEWSKI”

B. Chmielewski, B. Chmielewska S.J., Biuro Projektów Gospodarki Wodno – Ściekowej „HYDROSAN” Sp. z o.o.

Jednym z zarzutów zawartych w protestach i odwołaniu było to, iż jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego i Ochrony Środowiska BUSKOPOL Sp. z o.o. w ciągu ostatnich trzech lat wyrządziła szkodę nie wykonując zamówienia publicznego, a szkoda ta nie została dobrowolnie naprawiona, w związku z czym wykonawcy ci powinni podlegać wykluczeniu, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający oddalił oba protesty, na które to oddalenie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A., Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Instalacyjnego „CHMIELEWSKI” B. Chmielewski, B. Chmielewska S.J., Biuro Projektów Gospodarki Wodno – Ściekowej „HYDROSAN” Sp. z o.o. wniosło odwołanie (odrzucone, wyrok Zespołu Arbitrów z 14 listopada 2007 r. sygn. akt 1340/07), a później skargę do sądu (postanowieniem z 29 stycznia 2008 r. sąd uchylił wyrok Zespołu Arbitrów).

Zgodnie z informacją zawartą w protokole postępowania Zamawiający „w wykonaniu wyroku sądu” dokonał ponownego badania i oceny ofert i wykluczył Odwołującego z postępowania. Jednak z treści postanowienia Zespołu Arbitrów, postanowienia Sądu Okręgowego w Opolu oraz protokołu z posiedzenia komisji przetargowej. Wynika, iż Zamawiający dokonał nowej czynności, do której nie został przez Zespół Arbitrów ani Sąd zobowiązany.

Informację o wykluczeniu Odwołującego oraz ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty Odwołujący otrzymał 7 lutego 2008 r. Jako przyczynę wykluczenia Zamawiający podał art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z faktem, iż jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie tj. Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego i Ochrony Środowiska BUSKOPOL Sp. z o.o. w ciągu ostatnich trzech lat wyrządził szkodę nie wykonując zamówienia publicznego, a szkoda ta nie została dobrowolnie naprawiona. Zamawiający poinformował też Odwołującego, iż, zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, uznał jego ofertę za odrzuconą.

Na powyższą czynność Zamawiającego 11 lutego 2008 r. Odwołujący wniósł protest. W proteście tym zarzucił Zamawiającemu bezpodstawne wykluczenie, a następnie odrzucenie jego oferty oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A., Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Instalacyjnego „CHMIELEWSKI” B. Chmielewski, B. Chmielewska S.J., Biuro Projektów Gospodarki Wodno – Ściekowej „HYDROSAN” Sp. z o.o., a tym samym naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 1 pkt 1, art. 24 ust. 4 i art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący wniósł o: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia i odrzucenia oferty Odwołującego oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert oraz ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący następująco uzasadnił swoje stanowisko i żądania.

Samo stwierdzenie niewykonania określonej inwestycji zakontraktowanej w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych nie może stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy z udziału w kolejnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, lecz niezbędne jest wykazanie, że zostały spełnione wszystkie przesłanki określone w tym przepisie:

- zamówienie w ogóle nie zostało wykonane, bądź wykonano je nienależycie,
- poprzez niewykonanie bądź nienależyte wykonanie tego zamówienia nastąpiło wyrządzenie szkody – musi zatem w tym przypadku powstać wymierna szkoda dla zamawiającego wynikła z niewykonania zamówienia;
- szkoda powstała wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia, nie została dobrowolnie naprawiona (istnieje tu potrzeba udokumentowania, że wykonawca nie zapłacił samodzielnie kar umownych bez wezwania do zapłaty, nie zadośćuczynił zamawiającemu w inny sposób);
- niewykonanie zamówienia jest następstwem okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność – chodzi tu o "niezachowanie należytej staranności" co oznacza winę dłużnika, zarówno umyślną, jak i nieumyślną.

Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego i Ochrony Środowiska BUSKOPOL Sp. z o.o. występujące wspólnie z Przedsiębiorstwem Robót Inżynieryjnych S.A. Holding została wyłoniona jako wykonawca robót budowlanych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę kanalizacji w dzielnicach Okrzepowice i Zebrzydowice w Rybniku” prowadzonego przez Miasto Rybnik. Na skutek okoliczności niezależnych od Przedsiębiorstwa Budownictwa Wodnego i Ochrony Środowiska BUSKOPOL Sp. z o.o. realizacja tego kontraktu stała się niemożliwa, głównie z powodu nagłej zmiany kursu euro w stosunku do złotego, co stanowiło w tym czasie nie tylko przy realizacji tej inwestycji budowlanej poważną przeszkodę w należyтым wykonywaniu zobowiązań zawartych w kontrakcie oraz ogłoszenie upadłości przez Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych S.A. Holding. Na zaistnienie tych okoliczności Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego i Ochrony Środowiska BUSKOPOL Sp. z o.o. nie miała i nie mogła mieć żadnego wpływu, więc trudno jej przypisać jakąkolwiek winę – umyślną, czy też nieumyślną, czyli przyczynienie się do zaistnienia wskazanych okoliczności, które były bezpośrednią przyczyną niemożności dokończenia realizacji wskazanej inwestycji.

Poza tym sam zamawiający, na rzecz którego przedmiotowa inwestycja była realizowana, czyli Miasto Rybnik, nie traktuje Przedsiębiorstwa Budownictwa Wodnego i Ochrony Środowiska BUSKOPOL Sp. z o.o. jako wykonawcy nie mogącego się ubiegać o zamówienia publiczne. Miasto Rybnik uznając, że Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego i Ochrony Środowiska BUSKOPOL Sp. z o.o. niewykonując w konsorcjum zamówienia publicznego nie wyrządziła temu zamawiającemu szkody, a przede wszystkim nie ponosi ona bezpośrednio winy za niewykonanie tego zamówienia publicznego i zawierając z nim 4 kwietnia 2007 r. umowę na „Budowę kanalizacji w dzielnicach Niedobczyce, Niewiadom i Paruszowiec – Piaski w Rybniku – dokończenie robót”. Skoro więc Miasto Rybnik nie stwierdza, że zachodzi podstawa wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie sposób takiej tezy bez poparcia dowodami stawiać przez innych. Miasto Rybnik nie

stwierdziło bowiem w tym przypadku, że wszystkie przesłanki ustawowe do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu zaistniały – brak wykazania konkretnego uszczerbku po stronie zamawiającego – inwestycja jest wykonywana w efekcie przez innego wykonawcę wyłonionego w kolejnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego za wynagrodzeniem uwzględniającym aktualne ceny rynkowe oraz niewykazanie, że na okoliczności skutkujące niewykonaniem zamówienia dany wykonawca miał jakikolwiek wpływ, brak uznania przez Miasto Rybnik winy Przedsiębiorstwa Budownictwa Wodnego i Ochrony Środowiska BUSKOPOL Sp. z o.o. Wina ta nie została też stwierdzona żadnym orzeczeniem sądowym i w sprawie tej nie toczy się aktualnie żadne postępowanie.

Odwołujący przedstawił również pisma z 6 listopada 2007 r. i 17 stycznia 2008 r. z nagłówkiem Miasta Rybnik, podpisane przez Pełnomocnika ds. Realizacji Projektu (MAO) pana Andrzeja Bartelę, w których potwierdza on m.in., iż zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie jest zasadne oraz iż „Buskopol Sp. z o.o. mimo ogromnych trudności finansowych wynikających z braku uregulowań należności ze strony PRInż S.A. przekazał Miastu Rybnik plac budowy zabezpieczony, z odtworzonymi drogami po kanalizacji.”

14 lutego 2008 r. do postępowania protestacyjnego po stronie Zamawiającego przyłączyli się wspólnie ubiegający się o zamówienie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A., Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Instalacyjnego „CHMIELEWSKI” B. Chmielewski, B. Chmielewska S.J., Biuro Projektów Gospodarki Wodno – Ściekowej „HYDROSAN” Sp. z o.o.

15 lutego 2008 r. Zamawiający oddalił protest podtrzymując swoją decyzję o wykluczeniu Odwołującego (w piśmie o oddaleniu protestu brak dodatkowej argumentacji).

Na powyższe oddalenie protestu Odwołujący 19 lutego 2008 r. wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W odwołaniu Odwołujący powtórzył argumenty podniesione w proteście.

3 marca 2008 r. do odwołania przystąpiło po stronie Zamawiającego Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A., Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Instalacyjnego „CHMIELEWSKI” B. Chmielewski, B. Chmielewska S.J., Biuro Projektów Gospodarki Wodno – Ściekowej „HYDROSAN” Sp. z o.o. Przystępujący poparł prawidłowość wykluczenia Odwołującego oraz przedstawił informacje i dokumenty dotyczące realizacji i rozwiązania kontraktu na „Budowę kanalizacji w dzielnicach Okrzepowice i Zebrzydowice w Rybniku”, m.in. dotyczące ustalonej przez niego wysokości szkody. Przystępujący uważa też, iż fakt, że Miasto Rybnik nie wykluczyło Odwołującego z postępowania nie świadczy o tym, iż przesłanka wykluczenia nie zachodzi, lecz, iż Miasto Rybnik nie wykonuje obowiązku wykluczenia wykonawcy określonego w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje. Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie należy stwierdzić, że skład orzekający uznał, iż Odwołujący posiada interes prawny w składaniu środków ochrony prawnej, o którym to interesie stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Interpretacja przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie budzi wątpliwości Stron ani składu orzekającego Izby: Zamawiający ma obowiązek wykluczyć wykonawcę, jeżeli zaistnieje przesłanka wymieniona w ww. przepisie, a do stwierdzenia faktu zaistnienia tej przesłanki muszą wystąpić trzy elementy:

- niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia, które nastąpiło w ciągu trzech lat przed wszczęciem postępowania (z którego wykonawca miałby zostać ewentualnie wykluczony),
- poprzez niewykonanie bądź nienależyte wykonanie tego zamówienia nastąpiło wyrządzenie szkody,



- obowiązek wykluczenia nie zachodzi, gdy szkoda ta została dobrowolnie naprawiona do dnia wszczęcia postępowania (z którego wykonawca miałby zostać ewentualnie wykluczony) lub gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia jest następstwem okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności.

Okoliczność, iż zamówienie na „Budowę kanalizacji w dzielnicach Okrzepowice i Zebrzydowice w Rybniku” na rzecz Miasta Rybnik nie zostało wykonane przez Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych S.A. Holding i Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego i Ochrony Środowiska BUSKOPOL Sp. z o.o., którzy za wykonanie tego zamówienia byli odpowiedzialni solidarnie na podstawie art. 141 ustawy Prawo zamówień publicznych nie budzi wątpliwości i nie jest przedmiotem sporu pomiędzy Stronami. Na podstawie oświadczenia Odwołującego oraz przedstawionych przez Przystępującego dokumentów, została więc przez skład orzekający Izby uznana za udowodnioną.

W odniesieniu do faktu, czy niewykonanie powyższego zamówienia wyrządziło zamawiającemu, tj. Miastu Rybnik szkodę, skład orzekający wziął pod uwagę zachowanie i stanowisko samego zainteresowanego, tj. Miasta Rybnik. Pomimo iż Prezydent Miasta Rybnik odstąpił od przedmiotowej umowy na podstawie klauzuli 15.2 (b) i (e) „Warunków kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynieryjnych projektowanych przez Zamawiającego” wg FIDIC 14 lipca 2006 r. (pismo nr PIU-7021-2/00056/06 do 4 grudnia 2007 r. „nie jest w stanie udokumentować, czy i w jakiej wysokości powstała „rzeczywista szkoda” z powodu zerwania kontraktu” i nie nastąpi to wcześniej niż w październiku 2008 r. (pismo nr PIU-7021-2/00063/07). Żadna ze Stron nie przedstawiła informacji, iż do dnia rozprawy Miasto Rybnik dokonało takiego oszacowania.

W związku z postawą Miasta Rybnik, które pomimo upływu ok. 19 miesięcy od stwierdzenia niewykonania umowy przez Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych S.A. Holding i Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego i Ochrony Środowiska BUSKOPOL Sp. z o.o. nie ustosunkowało się, w jakiej

wysokości i czy w ogóle szkoda wystąpiła ani nie przedstawiono dowodu, iż zrobił to sąd lub np. organ nadzorujący – kontrolujący Miasto Rybnik trudno uznać za udowodnione wystąpienie tej szkody.

Przystępujący co prawda przedstawił podczas rozprawy domniemaną przez niego wysokość szkody, lecz, ponieważ nie jest on podmiotem, któremu wyrządzono szkodę ani poinformowanym o wszystkich okolicznościach realizacji zamówienia na „Budowę kanalizacji w dzielnicach Okrzepowice i Zebrzydowice w Rybniku”, jego twierdzenie może być potraktowane wyłącznie jako przypuszczenie nie mające wartości dowodowej w sprawie.

Również argument Przystępującego, iż Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego i Ochrony Środowiska BUSKOPOL Sp. z o.o. powinno samo stwierdzić i oszacować szkodę, a potem ją naprawić nie znajduje uznania składu orzekającego Izby, ponieważ nie wydaje się słuszne ani możliwe, by Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego i Ochrony Środowiska BUSKOPOL Sp. z o.o. mogło tego dokonać w sposób miarodajny bez udziału Miasta Rybnik. Poza tym jest to czynność z natury rzeczy przypisana poszkodowanemu, w którego interesie to następuje, a nie sprawcy szkody.

Z przedstawionej dokumentacji i oświadczenia Odwołującego wynika też, że Miasto Rybnik nie wystąpiło do Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych S.A. Holding i Przedsiębiorstwa Budownictwa Wodnego i Ochrony Środowiska BUSKOPOL Sp. z o.o. o naprawienie szkody (ani w postaci odszkodowania, ani kar umownych). Wobec braku określenia zaistnienia i wysokości szkody oraz niewystąpienia o jej naprawienie przez Miasto Rybnik wykonawcy ci zostali pozbawieni możliwości naprawienia szkody – trudno bowiem żądać od wykonawców naprawienia szkody o nieokreślonej wartości. Niezależnie bowiem od stwierdzenia, czy i kiedy Miasto Rybnik powinno było dokonać powyższych czynności oszacowania i żądania naprawienia szkody, niesłuszne wydaje się obciążanie skutkami ich niedokonania wykonawców – a ustawa Prawo zamówień publicznych z wystąpieniem szkody i jej naprawieniem wiąże bardzo poważne skutki dla wykonawców mogące nawet doprowadzić do ich zupełnej eliminacji z rynku. Pomimo słusznego założenia, iż z obrotu w zakresie zamówień publicznych należy eliminować podmioty, które nie dają gwarancji należytego wykonania

umowy, nie można nie wziąć pod uwagę również słusznego interesu wykonawców i możliwości ich „rehabilitacji” poprzez naprawienie szkody. Z brzmienia i sensu art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika bowiem, że wykonawca, który poprzez niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia publicznego wyrządził zamawiającemu szkodę, powinien mieć możliwość dobrowolnego jej naprawienia.

Kolejną okolicznością, którą skład orzekający Izby rozważył, jest to, czy niewykonanie zamówienia jest następstwem okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność. Ponieważ Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych S.A. Holding i Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego i Ochrony Środowiska BUSKOPOL Sp. z o.o. wspólnie ubiegali się o zamówienie i byli zobowiązani solidarnie do jego wykonania, a także zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, skład orzekający Izby za „wykonawcę”, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych uznał obu wykonawców, tj. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych S.A. Holding i Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego i Ochrony Środowiska BUSKOPOL Sp. z o.o. i zbadał tę okoliczność w stosunku do obu spółek.

Zgodnie z twierdzeniem Odwołującego zawartym w odwołaniu oraz pismem Przedsiębiorstwa Budownictwa Wodnego i Ochrony Środowiska BUSKOPOL Sp. z o.o. z 27.06.2006 r. nr NA-1/065/18/06 niewykonanie umowy związane było ze spadkiem kursu euro (w którym rozliczany był m.in. przedmiotowy kontrakt z Miastem Rybnik, ale także inne kontrakty) oraz ogłoszeniem upadłości Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych S.A. Holding i niemożliwością samodzielnego zakończenia umowy przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego i Ochrony Środowiska BUSKOPOL Sp. z o.o. (m.in. z powodu strat spowodowanych brakiem płatności przez upadłego współwykonawcę, niemożnością pozyskania „gwarancji dobrego wykonania robót” oraz powiększających się strat wynikłych z niskiego kursu euro i zaistniałej groźby upadłości).

Ponieważ art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w swojej konstrukcji dotyczącej niewykonania zamówienia będącego następstwem

okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności stanowi odzwierciedlenie art. 471 kc, z którym jest ściśle powiązany art. 472 kc skład orzekający Izby stwierdził, iż podstawą odpowiedzialności wykonawcy może być niezachowanie należytej staranności. Pomimo stwierdzenia, iż przedstawione przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego i Ochrony Środowiska BUSKOPOL Sp. z o.o. okoliczności nie noszą znamion „siły wyższej” jak twierdził on w ww. piśmie (tak np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 13 października 1992 r. I ACr 407/1992 „Hiperinflację sąd błędnie potraktował jako siłę wyższą, którą w orzecznictwie i doktrynie wiąże się z działaniem sił przyrody – gwałtownym, nieoczekiwanym i niemożliwym do zapobieżenia. Do siły wyższej nie zalicza się nadzwyczajnych zjawisk (zmian) natury społecznej, gospodarczej, politycznej czy prawnej.”), to trudno ich wystąpienie przypisać winie lub brakowi staranności po stronie wykonawców (zwłaszcza zmianę kursu euro).

Skład orzekający Izby wziął również pod uwagę postawę Przedsiębiorstwa Budownictwa Wodnego i Ochrony Środowiska BUSKOPOL Sp. z o.o. wobec Miasta Rybnik, które, pomimo upadłości współwykonawcy umowy, nie opuściło terenu budowy, lecz starało się wykonać zamówienie oraz przekazać Miastu Rybnik teren budowy w jak najlepszym stanie.

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

Ponieważ uznanie oferty wykonawcy wykluczonego za odrzuconą, o czym mowa w art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych nie jest samodzielną czynnością zamawiającego, lecz prawną konsekwencją wykluczenia wykonawcy, skład orzekający Izby uznał, iż, nakazując unieważnienie wykluczenia Odwołującego, jednocześnie orzekł co do zastosowania art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień Publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Opolu.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....