

Sygn. akt: KIO/UZP 1096/08

WYROK
z dnia 23 października 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki
Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska
Anna Packo
Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 października 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **POSKAL Piotr i Liliana Janiak Sp. j., 61-315 Poznań, ul. Pokrzywno 3a** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Izba Celna w Białej Podlaskiej, 21-500 Biała Podlaska, 21-500 Biała Podlaska, ul. Północna 19** protestu z dnia 12 września 2008r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje unieważnić czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania i wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 3 i 4,

2. kosztami postępowania obciąża Izbę Celną w Białej Podlaskiej, 21-500 Biała Podlaska, 21-500 Biała Podlaska, ul. Północna 19

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 uiszczonego przez **POSKAL Piotr i Liliana Janiak Sp. j., 61-315 Poznań, ul. Pokrzywno 3a,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Izbę Celną w Białej Podlaskiej, 21-500 Biała Podlaska, 21-500 Biała Podlaska, ul. Północna 19** na rzecz **POSKAL Piotr i Liliana Janiak Sp. j., 61-315 Poznań, ul. Pokrzywno 3a,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **POSKAL Piotr i Liliana Janiak Sp. j., 61-315 Poznań, ul. Pokrzywno 3a.**

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

Odwołując się od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego protestu z dnia 12 września 2008 r. wykonawca - POSKAL Piotr i Liliana Janiak Spółka Jawna w Poznaniu zwany dalej Odwołującym uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę umundurowania służbowego, polowego oraz specjalnego na potrzeby funkcjonariuszy celnych Izby Celnej w Białej Podlaskiej, zadanie Nr 3 i 4, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, zarzucił Zamawiającemu - Izbie Celnej w Białej Podlaskiej naruszenie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wykluczenie go z postępowania pomimo braku ustawowych przesłanek.

Przedstawiając zarzuty Odwołujący wskazał, że Zamawiający niezasadnie wykluczył Go z postępowania i odrzucił ofertę, dokonał wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza oraz nie uwzględnił szczegółowej argumentacji przedstawione w uzasadnieniu protestu, wskazującej, iż w zaistniałej sytuacji nie można mówić o nie naprawieniu szkody przez firmę POSKAL w odpowiednim czasie, bowiem zaistnienia szkody, a przede wszystkim jej rozmiaru, Zamawiający w żaden sposób nie wykazał ani też jej ewentualnego związku z nienależyтым wykonaniem zobowiązania. Odwołujący stwierdził nadto, że nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności, a termin załatwienia zgłoszenia reklamacyjnego uległ wydłużeniu

wyłącznie z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. Transponując rozważania dotyczące art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp na grunt niniejszej sprawy Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie sygnalizował, ażeby na skutek nienależytego wykonania zobowiązania powstała po jego stronie szkoda i nie wystąpił nigdy przeciwko Odwołującemu z żadnym roszczeniem odszkodowawczym, gdzie wskazałby wysokość poniesionej szkody. Odwołujący wskazał, że z własnej inicjatywy zaproponował rabat na wykonane mundury i to w sytuacji, gdy wadliwość dostarczonego towaru wynikała z przyczyn od niego niezależnych, bowiem według zapewnienia producenta tkaniny użytej do wykonania zamówienia, tkanina spełniała wszelkie wymagane parametry. Tym samym Odwołujący stwierdził, że nie ponosi odpowiedzialności za nienależyte wykonanie zamówienia. Powołał również pogląd doktryny na tle art. 472 kodeksu cywilnego, zgodnie z którym termin „niezachowania należytej staranności” oznacza winę dłużnika, zarówno umyślną, jak i nieumyślną.

Odnosząc się do okoliczności sprawy, Odwołujący wskazał, że niezwłocznie po zasygnalizowaniu przez Zamawiającego wątpliwości co do parametrów zastosowanej tkaniny, skontaktował się z dostawcą, który potwierdził wcześniejsze zapewnienia co do parametrów tkaniny. Zamawiający został o tym zawiadomiony, a przesłana przez niego próbka niezwłocznie przekazana do badań, z których wynikało, że wszystkie parametry tkaniny, poza gramaturą, były zgodne. Odwołujący zaproponował Zamawiającemu w piśmie z dnia 30 maja 2008 r., znaczące rabaty. Jak stwierdza Odwołujący, w zaistniałej sytuacji Zamawiający nie wskazał, jaką miałby ponieść szkodę, w jakiej wysokości oraz związku przyczynowo – skutkowego. Wskazał ponadto, że zwrot ustalonej między stronami kwoty tytułem udzielonego rabatu nastąpił dopiero w sierpniu 2008 r. z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, gdyż Odwołujący wykazał daleko idącą troskę o jak najszybsze załatwienie zgłoszenia reklamacyjnego. Monitowany od maja 2008 r. przez Odwołującego dostawcę Zamawiający pismem z dnia 7 sierpnia zażądał zwrotu kwoty rabatu z należności zapłaconej przez Izbę Celną, a kwota ta została zapłacona w dniu następnym tj. 8.08.08 r. Ponadto, po informacji Izby Celnej z dnia 12.08.08 r. dodatkowo Odwołujący przelał kwotę 3146 zł tytułem podatku od towarów i usług oraz przesłał Zamawiającemu fakturę korygującą VAT. W ocenie Odwołującego nie spowodował on zatem żadnego opóźnienia w załatwieniu sprawy.

Wskazując powyższe zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie zaskarżonej czynności Zamawiającego lub nakazanie jej powtórzenie przy uwzględnieniu, iż nie zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego składającego odwołanie.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i odnosząc się zarzutów stwierdził, że są one nieuzasadnione.

Wskazał, że pismem z dnia 9 września zawiadomił Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania w części dotyczącej złożonej oferty, tj. zadania nr 3 i 4. Powodem wykluczenia Wykonawcy był fakt uiszczenia przez niego po dacie wszczęcia postępowania, tj. po dniu 4 lipca 2008 r. – kwoty upustu ustalonego w ramach wszczętego przez Dyrektora Izby Celnej w Białej Podlaskiej postępowania reklamacyjnego zmierzającego do realizacji uprawnień wynikających z umowy z dnia 21 czerwca 2007 r., której przedmiotem był zakup i dostawa do Izby Celnej w Białej Podlaskiej umundurowania stanowiącego ubiory specjalne dla funkcjonariuszy Wydziału Zwalczenia Przystępności. Ukształtowana w tej umowie treść gwarancji dawała Zamawiającemu możliwość wyboru żądania od wykonawcy wymiany wadliwych asortymentów ubioru specjalnego na wolne od wad lub usunięcia wad w drodze naprawy. Dyrektor Izby wybrał roszczenie o wymianę rzeczy, o czym poinformował Wykonawcę pismem z dnia 4 kwietnia 2008 r. W toku postępowania reklamacyjnego Wykonawca przedstawił do wyboru propozycje udzielenia rabatu na wadliwy produkt lub dostawy kolejnych 110 kompletów składników ubioru specjalnego (po wygaśnięciu okresu używalności kompletów obecnie używanych) – w cenie pomniejszonej o rabat. Odwołujący nie odniósł się jednak do żądanej przez Zamawiającego, wymiany wadliwych składników ubioru na wolne od wad. Po rozważeniu aspektów sprawy Dyrektor Izby Celnej wyraził dnia 7 sierpnia 2008 r. zgodę na przyjęcie zaproponowanego przez firmę POSKAL upustu. Wpłaty zostały dokonane w dniach 8 i 22 sierpnia 2008 r., a więc po dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sprawie obecnie rozpoznawanej, tj. po dniu 4 lipca 2008 r.

Z uwagi na powyższe, zaistniały w ocenie Zamawiającego podstawy do wykluczenia Odwołującego z postępowania zgodnie z postanowieniem art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami stron przedstawionymi na rozprawie ustaliła, 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 zakup i dostawę do Izby Celnej w Białej Podlaskiej umundurowania stanowiącego ubiory specjalne dla funkcjonariuszy Wydziału Zwalczania Przeszłości na rzecz Izby Celnej w Białej Podlaskiej nie zostało należycie wykonane przez Odwołującego, który po wykonaniu tego zamówienia, w wyniku postępowania reklamacyjnego, zastosował upust w cenie za dostawę, co zostało zaakceptowane przez Zamawiającego, jest niesporna.

W odniesieniu do faktu, czy niewykonanie powyższego zamówienia wyrządziło Zamawiającemu, tj. Izbie Celnej szkodę, skład orzekający wziął pod uwagę zachowanie i stanowisko samego zainteresowanego, tj. Zamawiającego.

Izba stwierdza ponadto, że żadna ze Stron nie przedstawiła informacji, iż do dnia rozprawy Izba Celną dokonała oszacowania wysokości szkody, jakiej miałyby doznać w wyniku nienależytego wykonania poprzedniego zamówienia przez Odwołującego - POSKAL Piotr i Liliana Janiak Spółkę Jawną w Poznaniu.

Pomimo upływu kolejnych miesięcy od stwierdzenia niewykonania umowy Zamawiający nie ustosunkował się, w jakiej wysokości i czy w ogóle szkoda wystąpiła ani też nie przedstawiono dowodu, iż zrobił to sąd lub np. organ nadzorujący – kontrolujący Zamawiającego. Trudno zatem, wobec braku jakichkolwiek dowodów, uznać za wykazane wystąpienie tej szkody.

Z przedstawionej dokumentacji i oświadczenia Odwołującego wynika też, że Zamawiający nie wystąpił do Odwołującego o naprawienie szkody wyrażonej w określonej wielkości kwoty pieniężnej (ani w postaci odszkodowania, ani kar umownych), co w sprawach odszkodowawczych jest regułą

Wobec braku określenia zaistnienia i wysokości szkody oraz niewystąpienia o jej naprawienie przez Izbę Celną, wykonawca został pozbawiony możliwości naprawienia szkody – trudno bowiem żądać od wykonawców naprawienia szkody o nieokreślonej wartości. Niezależnie bowiem od stwierdzenia, czy i kiedy Zamawiający powinien był dokonać powyższych czynności oszacowania i żądania naprawienia szkody, niesłuszne wydaje się obciążanie skutkami ich niedokonania wykonawcy – 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.

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.

W okolicznościach niniejszej sprawy, mimo stwierdzenia zawodowego charakteru funkcjonowania Odwołującego w obrocie gospodarczym, nie stwierdzono braku staranności po stronie wykonawcy.

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 w zakresie zadania nr 3 i 4, jednocześnie orzekł co do zastosowania art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosowanie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*