

Sygn. akt KIO/UZP 1166/08

**WYROK**

**z dnia 7 listopada 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Barbara Bettman**

**Członkowie:** **Dagmara Gałczewska -Romek**  
**Stanisław Sadowy**

**Protokolant:** **Magdalena Sierakowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 listopada 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Antoniego Romańczyka Firma Handlowo-Uslugowa TRANSROL, Biała Niżna 468, 33-330 Grybów** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie Rejon Dróg Wojewódzkich w Nowym Sączu, ul. Kilińskiego 70, 33-300 Nowy Sącz** protestu z dnia 23 września 2008 r.

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

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Antoniego Romańczyka Firma Handlowo-Uslugowa TRANSROL, Biała Niżna 468, 33-330 Grybów**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Antoniego Romańczyka Firma Handlowo-Uslugowa TRANSROL, Biała Niżna 468, 33-330 Grybów,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx.
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx 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 **Antoniego Romańczyka Firma Handlowo-Uslugowa TRANSROL, Biała Niżna 468, 33-330 Grybów.**

## **Uzasadnienie**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wynajem nośników samochodowych wraz z kierowcą i sprzętu wraz z operatorem do zimowego utrzymania dróg administrowanych przez Rejon Dróg Wojewódzkich w Nowym Sączu w sezonie zimowym 2008/2009 i 2009/2010 z podziałem na zadania, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (Dz. Urz. UE 2008/S 147 – 197943 z 31.07.2008 r.), w dniu 23 września 2008 r. został wniesiony protest, a następnie odwołanie przez Antoniego Romańczyka, prowadzącego działalność gospodarczą Firma Handlowo Usługowa „Transrol” z Grybowa. Protest dotyczył pierwszej części zamówienia, obejmującej wykonywanie prac przy zimowym utrzymaniu dróg wojewódzkich: nr 968 odc. Mszana Dolna – Zabrzeż o długości 35,295 km i nr 969 odc. Krościenko – Stary Sącz – Brzezna o długości 40,810 km, w sezonie zimowym 2008/2009 i 2009/2010 przy użyciu wynajmowanych samochodów ciężarowych i sprzętu na który składają się: 1/dwa samochody ciężarowe 3 osiowe, o ładowności min. 12 ton wraz z kierowcami, wyposażone w czołownice wraz z pługami typu ciężkiego, z możliwością zamontowania piaskarek solarek, powierzonych wykonawcy przez Zamawiającego, 2/ cztery samochody ciężarowe o ładowności min. 8 ton wraz z kierowcami, wyposażone w piaskarko – solarki lub piaskarki o pojemności 4 m<sup>3</sup> oraz w czołownice wraz z pługami lemieszowymi typu ciężkiego lub średniego, 3/ równiarka wraz z operatorem, 4/ koparko-ładowarka lub ładowarka o pojemności łyżek min 0,60 m<sup>3</sup> wraz z operatorem. Protest został wniesiony skutkiem powiadomienia w dniu 16 września 2008 r. pismem z 11 września 2008 r. o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, za wyrządzenie szkody przez nienależyte wykonanie zamówienia, która nie została naprawiona dobrowolnie. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu Zarządowi Dróg Wojewódzkich w Krakowie – Rejon Dróg Wojewódzkich Nowy Sącz naruszenie przepisów art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) wskutek bezpodstawnego jego zastosowania i wykluczenia Odwołującego z postępowania bez udowodnienia, iż w danym przypadku zachodzą pełne przesłanki wykluczenia, określone powołanym przepisem. Zamawiający poprzestał jedynie na lakonicznym przedstawieniu zarzutu, że Odwołujący jako wykonawca w ciągu ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania nienależycie wykonywał zamówienia wynikające z zawartych umów z Zarządem Dróg Wojewódzkich w Krakowie – Rejon Dróg Wojewódzkich w Nowym Sączu. Odwołujący powołał się na doznany uszczerbek interesu prawnego w związku z utratą możliwości uzyskania zamówienia, mimo złożenia najkorzystniejszej oferty.

Pismem z dnia 3 października 2008 r. Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie. Podniósł, że do udowodnienia istnienia przesłanek podanych w art. 24 ust. 1 pkt 1

Pzp, może być użyty każdy środek mający wartość dowodową, a nie tylko prawomocny wyrok stwierdzający fakt wyrządzenia szkody. Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego, że wobec nowelizacji treści art. 24 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), należy stosować wykładnię dotychczasowego brzmienia tego przepisu, dostosowującą do treści nowelizacji. Podtrzymał zarzut, że Odwołujący nienależycie wykonał zamówienie na podstawie umowy nr 75/2006/RWD–NS z dnia 12 października 2006 r., przez nie podstawienie w wyznaczonym czasie zakontraktowanej ilości pojazdów do zimowego utrzymania dróg, co spowodowało szkodę około 12 000 zł., wynikającą z konieczności zastępczego zlecenia tych usług innemu wykonawcy. Fakt nienależytego wykonania tego zamówienia Zamawiający dowodził przedstawiając wyrok Sądu Rejonowego w Gorlicach z 29 sierpnia 2008 r. sygn. akt I Cupr 6/08 wraz z uzasadnieniem. Ponadto Odwołujący nienależycie wykonywał obowiązki wynikające z umowy 54/2004/RWD – NS w sezonie zimowym 2005–2006, na dowód czego została przedłożona ugoda zawartą przed Sądem Rejonowym w Nowym Sączu w sprawie IC 303/06 wraz z odpisem z protokołu rozprawy. Stawiane zarzuty w ocenie Zamawiającego udawadniają przedstawione orzeczenia sądów, rozpatrujących sporne sprawy między Zamawiającym a Odwołującym.

Na przedmiotowe rozstrzygnięcie w dniu 8 października 2008 r. zostało wniesione odwołanie z kopią przekazaną Zamawiającemu w tym samym terminie, w którym zarzuty protestu zostały podtrzymane wraz z żądaniem:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2. nakazania dokonania ponownej oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
3. nakazania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej
4. obciążenia zamawiającego kosztami postępowania.

Ponad stawiane w proteście zarzuty i żądania Odwołujący w odwołaniu wniósł o unieważnienie czynności unieważnienia postępowania przez Zamawiającego w zakresie przedmiotowej pierwszej części zamówienia.

Skład orzekający Izby dopuścił i przeprowadził w sprawie następujące dowody: z akt postępowania, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania wraz z załącznikami, z korespondencji stron, złożonych orzeczeń sądowych, dokumentacji i wyliczenia poniesionej szkody przez Zamawiającego. Nie uwzględnił wniosku Zamawiającego o dopuszczenie dowodu o przesłuchanie w charakterze świadków Ryszarda

S., Bogusława B., Antoniego J. na okoliczność konieczności zastępczego wykonania prac, gdyż w tym zakresie oparł się na dowodach z dokumentów, które uznał za wystarczające. Nadto rozważył stanowiska pełnomocników stron oraz Odwołującego, przedstawione do protokołu rozprawy.

W pierwszej kolejności Izba rozpatrzyła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania z uwagi na uchybienie terminu na wniesienie protestu. Izba uznała, że Zamawiający skutecznie doręczył informację o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i o unieważnieniu postępowania pisemnie w dniu 16.09.2008 r. z braku wymaganego potwierdzenia otrzymania tej informacji faksem w dniu 11.09.2008 r.

W zakresie stawianych zarzutów, żądań oraz okoliczności z tym związanych Skład orzekający Izby ustalił następujący stan faktyczny.

Termin związania ofertą wynoszący 60 dni rozpoczął swój bieg z dniem składania ofert 9 września 2008 r. Według zgodnego oświadczenia stron, oferta Odwołującego pozostaje zabezpieczona wadium.

Postępowanie zostało podzielone na części. Jedyne kryterium oceny ofert stanowi cena. Na część pierwszą zamówienia, według załącznika do protokołu ZP-12 oferty złożyli:

Odwołujący z ceną – 1402.512,00 zł.,

CARBON” K. Polakiewicz Skład Materiałów Budowlanych i Opału z Piwnicznej z ceną 1.916 376,00 zł.

Z druku ZP- 1/PN – protokołu postępowania wynika, że postępowanie na część pierwszą zamówienia zostało unieważnione ponieważ wykonawcy, którzy złożyli oferty zostali wykluczeni z postępowania, a zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp oferty wykonawców wykluczonych uznaje się za odrzucone. W związku z powyższym nie złożono żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu, (druk ZP – 19) zatem Zamawiający uznał, że unieważnienie postępowania uzasadniają postanowienia art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Wykonawca „CARBON” K. Polakiewicz Skład Materiałów Budowlanych i Opału został wykluczony za złożenie dokumentów oferty w niewłaściwej formie i nie oprotestował tej czynności. Z druku ZP –22 załącznika do protokołu wynika, że w pierwszej części zamówienia w dniu 23 września 2008 r. został złożony protest wyłącznie na wykluczenie Odwołującego z postępowania. Zamawiający jednym pismem datowanym dnia 11 września 2008 r., a doręczonym 16 września 2008 r. informował wykonawców o wyborze ofert na poszczególne części zamówienia, o wykluczeniu wykonawców i odrzuceniu ofert a nadto o unieważnieniu postępowania. Odwołujący przyznał, że wymienione pismo otrzymał w dniu 16 września 2008 r., czemu Zamawiający nie zaprzeczył.

Skład orzekający Izby zważył co następuje.

Bez wątpliwości unieważnienie postępowania z podanej przyczyny z art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, że nie złożono żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu, było przedwczesne w dniu 11 września 2008 r., skoro w tej dacie czynność odrzucenia ofert obydwu wykonawców nie miała charakteru ostatecznego i w następstwie wykluczenia wykonawcy został złożony protest. Nie oznacza to jednak, że złożone oświadczenie Zamawiającego nie wywołało skutku unieważnienia postępowania z upływem terminu jego oprostowania, a wykonawca skarżący wykluczenie go z postępowania i odrzucenie oferty, nie powinien zarazem podnosić w proteście zarzutów na bezprawne unieważnienie postępowania. Wobec braku zaskarżenia w terminie ustawowym określonym w art. 180 ust. 2 Pzp, unieważnienia postępowania, na część pierwszą zamówienia, o czym wykonawcy zostali poinformowani pismem z dnia 11 września 2008 r., czynność ta stała się ostateczna. Odwołujący dopiero w odwołaniu podnosił, że skoro jego oferta nie podlegała odrzuceniu, Zamawiający nie miał podstaw do unieważnienia postępowania i w konsekwencji zażądał unieważnienia czynności unieważnienia postępowania. Krajowa Izba Odwoławcza stosownie do art. 191 ust. 3 Pzp, zdanie pierwsze, nie może orzekać co do zarzutów odwołania, które nie były zawarte w proteście. Postępowanie jest kontradyktoryjne i brak zaskarżenia unieważnienia w terminie zawitym, spowodował utratę prawa do skorzystania w tym zakresie ze środków ochrony prawnej. Skoro postępowanie na część pierwszą zamówienia zostało definitywnie unieważnione, należy stwierdzić, że Odwołujący nie posiada interesu prawnego w domaganiu się unieważnienia czynności wykluczenia go z postępowania i unieważnienia czynności odrzucenia złożonej oferty, albowiem nie jest możliwe uzyskanie zamówienia w unieważnionym postępowaniu, co przesądza o fakcie, że Odwołujący nie zachował interesu prawnego w domaganiu się merytorycznego rozpatrzenia jego zarzutów na kwestionowaną czynność Zamawiającego wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty. Przepis art. 179 ust. 1 Pzp przyznaje prawo do wnoszenia środków ochrony prawnej jedynie wówczas, gdy interes prawny wykonawców doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Uszczerbek w interesie prawnym wykonawcy powszechnie jest utożsamiany z utratą możliwości uzyskania zamówienia w toczącym się postępowaniu, a nie w postępowaniu unieważnionym. W tym stanie rzeczy odwołanie podlegało oddaleniu z przyczyn nie wykazania naruszenia interesu prawnego Odwołującego. Stwierdzenie przesłanki negatywnej - braku interesu prawnego we wnoszeniu środków ochrony prawnej i ich popieraniu skutkuje oddaleniem odwołania, bez potrzeby rozpatrywania i oceny zarzutów podniesionych na działania bądź zaniechania Zamawiającego. Zatem merytoryczne rozpatrywanie zarzutów protestu podtrzymanych w odwołaniu, o braku podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp, w związku z

zarzutem wyrządzenia szkody przez nienależyte wykonanie zamówienia stało się bezprzedmiotowe. Niemniej Izba w tej kwestii zajmuje następujące stanowisko.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp w brzmieniu odnoszącym się do postępowań wszczętych przed 24 października 2008 r. obliguje do wykluczenia wykonawcy jeżeli zachodzą następujące okoliczności:

- 1) wykonawca w ciągu ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania nie wykonał lub nie wykonał należycie zamówienia,
- 2) przez co wyrządził szkodę,
- 3) która nie została naprawiona dobrowolnie.

Wykonawca może się zwolnić od konsekwencji niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykazanie, że było ono następstwem okoliczności, za które odpowiedzialności nie ponosi.

Odwołujący, we wniesionych środkach ochrony prawnej, nie zaprzeczył zarzutom, że nienależycie wykonywał zamówienia na rzecz Zamawiającego, do których świadczenia zobowiązał się w powołanych umowach. Nie podnosił również, że nie wywiązanie się z obowiązków było następstwem okoliczności od niego niezależnych. Wyjaśniał jedynie, że fakt nienależytego wykonania umów nie spowodował szkody po stronie Zamawiającego, a przedstawione orzeczenia sądowe, nie stanowią dowodu wyrządzenia szkody, gdyż zastrzeżona kara umowna jest należna bez względu na fakt wyrządzenia szkody.

Skład orzekający Izby na podstawie przedstawionej w trakcie rozprawy umowy na wynajem nośników samochodowych do zimowego utrzymania dróg, w sezonie zimowym 2006/2007 nr 75/2006 RDW-NS z 12.10.2006 r. i ustaleń zawartych w uzasadnieniu przywołanego wyroku Sądu Rejonowego w Gorlicach oraz protokołu postępowania i ugody w sprawie sygn. akt I C 303/06 z 05.09.2006 r. przed Sądem Rejonowym w Nowym Sączu (umowa 54/2004/RDW-NS), uznał za dowiedzione, iż strony ustaliły obowiązującą ich formę odszkodowania przez zapłatę kar umownych (§ 10 umowy). Mimo, że przedstawiony wyrok Sądu Rejonowego w Gorlicach sygn. akt I Cupr 6/08 nie jest prawomocny, to jednak w uzasadnieniu potwierdza fakt nienależytego wykonania umowy. Odwołującego obowiązywała umowa 75/2006/RWD-NS na wynajem samochodów do zimowego utrzymania drogi wojewódzkiej nr 968 relacji Mszana Dolna – Zabrzeż w sezonie zimowym 2006/2007. Na skutek nie wywiązania się Odwołującego z obowiązków, Zamawiający odstąpił od przedmiotowej umowy i zlecił zimowe utrzymanie wymienionej drogi firmie Krzysztof Polakiewicz „CARBON” Skład Materiałów Budowlanych i Opału z Piwnicznej – umową z dnia 27.11.2008 r. nr 86/206/RWD-NS oraz z dnia 28.12.2006 r. nr 107/2006/RWD-Ns. Izba przyjęła za udowodnioną szkodę Zamawiającego w kwocie 17 028,32 zł., zwiększonych kosztów utrzymania zimowego wymienionej drogi wojewódzkiej z tytułu zastępczego wykonywania własnym sprzętem oraz kosztów zlecenia udzielonego innemu wykonawcy, według

wyliczenia oraz dokumentów: umów z nowym wykonawcą, kart drogowych, raportów dziennych pracy sprzętu, dowodów zakupu paliwa, przedstawionych przy piśmie Zamawiającego z dnia 17 października 2008 r., jako dowodów poniesienia szkody i faktur za zleczone usługi. Zgodnie z procedurą obowiązującą w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą, strona jest upoważniona do przedkładania dowodów na poparcie swoich twierdzeń i dokonanych czynności aż do zamknięcia rozprawy, o czym stanowi art. 188 ust 1 Pzp. Dokładne wyliczenie wysokości szkody jest zbędne, gdyż ustawa Prawo zamówień publicznych nie uzależnia skutku wykluczenia wykonawcy od wysokości szkody czy od powtarzalności, a jedynie od wykazania jej poniesienia. Oczywiste jest przy tym dowiedzenie przez Zamawiającego przesłanki braku dobrowolnego naprawienia szkody, skoro zmuszony był wystąpić o zapłatę kar na drogę sądową, co z reguły poprzedza wezwanie dłużnika do zapłaty dochodzonej kwoty. Izba nie podzieliła poglądu prezentowanego przez Odwołującego, że zasądzenie kar nie świadczy o poniesieniu szkody, gdyż twierdzenie takie ma znaczenie czysto teoretyczne. Natomiast okoliczności faktyczne niniejszego przypadku i przedstawione dowody pozwalały przyjąć bez wątpliwości, że Zamawiający poniósł szkodę w wyniku nienależytego wywiązania się Odwołującego z zawartych umów.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

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 **Nowym Sączu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....



---

\* *niepotrzebne skreślić*