

WYROK

z dnia 04 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 marca 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **Konsorcjum: Instytut Zrównoważonego Rozwoju Sp. z o.o., ZUB "Inżynier" Ireneusz Grasko, ul. Św. Rocha 5/202, 15-879 Białystok** w postępowaniu prowadzonym przez **Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku, ul. Elewatorska 6, 15-620 Białystok,**

orzeka:

1. oddała odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **Konsorcjum: Instytut Zrównoważonego Rozwoju Sp. z o.o., ZUB "Inżynier" Ireneusz Grasko, ul. Św. Rocha 5/202, 15-879 Białystok** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **Konsorcjum: Instytut Zrównoważonego Rozwoju Sp. z o.o., ZUB "Inżynier" Ireneusz Grasko, ul. Św. Rocha 5/202, 15-879 Białystok** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **Konsorcjum: Instytut Zrównoważonego Rozwoju Sp. z o.o., ZUB "Inżynier" Ireneusz Grasko, ul. Św. Rocha 5/202, 15-879 Białystok** kwotę **4 030 zł 50 gr** (słownie: cztery tysiące trzydzieści złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Białymstoku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie w ramach Konsorcjum - Lider i Pełnomocnik Konsorcjum - Instytut Zrównoważonego Rozwoju Sp. z o. o. z Białegostoku oraz Partner Konsorcjum - ZUB „Inżynier” Ireneusz Grasko z Białej Podlaskiej [dalej: Instytut Zrównoważonego Rozwoju sp. z o. o., albo Odwołujący] podniósł zarzut naruszenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm.) [dalej: ustawa Pzp], którego przedmiotem jest „Rozbudowa i budowa drogi wojewódzkiej Nr 671 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą na odcinku Janów - Korycin z podziałem na zadania: Zadanie 2 - pełnienie nadzoru inwestorskiego na zadaniu określonym w dokumentacji projektowej na: „Rozbudowę i budowę drogi wojewódzkiej Nr 671 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą na odcinku Janów -Korycin” przez Zamawiającego - Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku przepisu art. 24 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust.1 pkt 5 w związku z art. 24 ust.4 ustawy Pzp. Wskazując na nieuprawnione wykluczenie z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wykonawca stwierdził, że przepis ten uzależnia konieczność wykluczenia wykonawcy z postępowania od łącznego zaistnienia czterech wymienionych w nim przesłanek: (1) wykonawca nie wykonał zamówienia publicznego lub wykonał je nienależycie; (2) zaistniała szkoda i musi być ona skutkiem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia;(3) powstała szkoda musi zostać stwierdzona orzeczeniem sądu; (4) orzeczenie sądu uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania. Zamawiający natomiast wykluczył Odwołującego z postępowania, mimo że nie wykazał, iż powstała szkoda i jest ona skutkiem nienależytego wykonania zamówienia. Nie jest także zdaniem wykonawcy spełniona przesłanka, iż zaistniała szkoda została stwierdzona orzeczeniem sądu. Wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku Wydziału I Cywilnego z dnia 29.12.2010 r. (Sygn. akt I C 122/10), na który powołuje się Zamawiający w swoim piśmie (załącznik nr 4 do odwołania), dotyczy wyłącznie zasądzenia od Instytutu Zrównoważonego Rozwoju Sp. z o. o. na rzecz Zamawiającego kwoty kary umownej. Podkreślił również, że z zarzutem bezprawnego wykluczenia wykonawcy z postępowania bezpośrednio wiąże się zarzut bezprawnego odrzucenia jego oferty. Wskazując na powyższe wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 1 ustawy, oraz nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego - jak to sformułował zamawiający: „na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 5 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy” i nakazanie powtórzenia czynności badania oferty

Odwołującego, a także zasądzenie kosztów w postępowaniu odwoławczym od Zamawiającego na jego rzecz. W uzasadnieniu odwołania stwierdził, że wykonawca jest podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i wskutek naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy może ponieść szkodę w postaci utraconych korzyści z wykonania przedmiotowego zamówienia, a także szkodę niematerialną w postaci naruszenia opinii o nim jako o rzetelnym wykonawcy. Z załącznika nr 4 do niniejszego odwołania, wynika bowiem, że oferta Odwołującego miała najniższą cenę spośród wszystkich złożonych ofert i powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza (kryterium oceny ofert w przedmiotowym przetargu: cena 100%). Dalej wskazał, że powołane orzeczenie sądu uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania i Odwołujący nie zaprzecza, iż zasądzona mu została kwota 80.541 zł z odsetkami z tytułu kary za nienależyte (nieterminowe) wykonanie umowy o zamówienie publiczne (załącznik nr 5 do odwołania). Kwota ta, rozłożona na raty przez uprawniony podmiot, jest regularnie spłacana przez Odwołującego. Jednak fakt nienależytego wykonania umowy i nawet zasądzenie zapłaty kary umownej z tego tytułu nie oznacza, że Zamawiający poniósł szkodę o charakterze majątkowym - rzeczywistą w postaci straty w mieniu oraz w postaci utraconych korzyści. Powołał się także na uchwałę z dnia 06.11.2003 r. (sygn.. akt III CZP 61/03, OSNC 2004/5/69), w której Sąd Najwyższy stwierdził, że „zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody”. Oznacza to, iż należna kara powinna być opłacona także wtedy, gdy wierzyciel (Zamawiający) nie poniósł szkody, ale fakt zasądzenia kary nie oznacza, że szkoda została przez dłużnika (wykonawcę, Odwołującego) wyrządzona. Zdaniem wykonawcy, ciężar dowodu zaistnienia szkody spowodowanej nienależytym wykonaniem zamówienia przez odwołującego leży po stronie Zamawiającego - Podlaskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Białymstoku. Zamawiający nie próbował wykazać powstania szkody. Nie wniósł powództwa o naprawienie szkody, a jeżeli nawet to zrobił, to sąd nie wydał prawomocnego orzeczenia o zaistnieniu szkody. Biorąc pod uwagę, że do orzeczeń sądowych, które powodują wykluczenie wykonawcy, należy zaliczyć tylko takie, w których sąd orzekał o szkodzie, stwierdził, że Sąd Okręgowy wydając wyrok - załącznik nr 5 do odwołania - bezspornie nie orzekał o szkodzie. Zatem wyrok ten nie może stanowić przesłanki do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 1 ustawy. Wskazując także na wyrok z dnia 19.12.2008 r., sygn. akt KIO /UZP 1447/08, podał, że w wyroku tym Izba stwierdziła, że „W ocenie Izby, aby uznać, że wyrok sądu powszechnego potwierdza wyrządzenie szkody jako przesłankę wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp, przedmiotem orzeczenia sądu musi być przede wszystkim obowiązek zapłaty odszkodowania z tytułu powstałej szkody, wynikającej z niewykonania lub

nienależytego wykonania zamówienia publicznego. Konieczne jest zatem, aby w przypadku orzeczenia zasądzającego określoną sumę pieniędzy przez sąd, wyrok odnosił się do szkody - a zatem, aby podstawę prawną zobowiązania stanowił art. 471 k.c." Zdaniem wykonawcy jest bezsporne, że podstawą prawną zobowiązania, o którym mowa w wyroku Sądu - załącznik nr 5 do odwołania - nie jest art. 471 K.c, zatem można po raz kolejny podkreślić, że wyrok ten nie potwierdza wyrządzenia szkody jako przesłanki wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 1 ustawy. W konkluzji stwierdzi, że Odwołujący, w tym zarówno Lider, jak i Partner Konsorcjum) nie figuruje w wykazie wykonawców, o którym mowa w art. 154 ust. 1 pkt. 5a ustawy.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Rozpatrując zarzut naruszenia art. 24 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba ustaliła, że w powiadomieniu o wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający podał, że Konsorcjum podlega wykluczeniu, albowiem członek Konsorcjum – Lider Instytut Zrównoważonego Rozwoju Sp. z o. o. z Białegostoku wyrządził zamawiającemu szkodę wykonując zamówienie nienależycie, co – jego zdaniem – (...) zostało stwierdzone orzeczeniem sądu z dnia 29.12.2010 r. Sygn. akt I C 122/10, Sąd Okręgowy w Białymstoku Wydziału I Cywilnego, orzeczenie jest prawomocne od dnia 9.04.2011 r.” Z dokumentacji przedłożonej przez Zamawiającego wynika również, że pismem z dnia 13.03.2012 r. Zamawiający powołując się na art. 154b ust.1 ustawy Pzp przekazał powołany wyrok SO do Prezesa UZP, celem zamieszczenia Instytutu Zrównoważonego Rozwoju Sp. z o. o. z Białegostoku w wykazie wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, niewykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie [art. 154 pkt 5a ustawy Pzp].

Mając na względzie tak ustalony stan faktyczny, Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w postanowieniach przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie [z dnia 7.07.2009 r. sygn. akt: V SA/Wa 658/09 oraz z dnia 16.11.2009 r. sygn.akt: V SA/Wa 1628/09] zamieszczenie wykonawcy w wykazie wskazanym powyżej, (...) ma jedynie walor informacyjny, poprzez podanie do publicznej wiadomości w określony sposób, informacji o istnieniu w stosunku do określonego wykonawcy przesłanki wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o której mowa w art. 24 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp. To oznacza, że (...) samo zamieszczenie wykonawcy w wykazie, o którym mowa w art. 154 pkt 5a ustawy Pzp, nie powoduje skutku w

postaci obowiązku wykluczania go z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego”. Przesłanka do wykluczenia wykonawcy z postępowań wynika z samego prawa tj. z art. 24 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp, (...) niezależnie od tego, czy został on umieszczony w tym wykazie, czy też nie.”

Rozpatrując zarzut naruszenia art. 24 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że w niniejszej sprawie wymaga rozważenia czy powołany przez Zamawiającego wyrok Sądu Okręgowego z dnia 29.12.2010 r. sygn. akt. I C 122/10 jest orzeczeniem, o którym stanowi przepis art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, to jest orzeczeniem, w którym stwierdzono wyrządzenie przez wykonawcę szkody w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia. Zdaniem Izby z uzasadnienia wyroku wynika, że wyrok jest takim orzeczeniem sądu, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż wyrokiem tym Sąd Okręgowy zasądził na rzecz zamawiającego od uczestnika konsorcjum kwotę 80.541 zł wraz z ustawowymi odsetkami do dnia zapłaty tytułem – jako podano w uzasadnieniu wyroku - kary umownej, zastrzeżonej zgodnie z art. 483 k.c., tj. kary umownej zastrzeżonej celem naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Zgodnie z powoływanym przepisem art. 24 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się m.in. tych wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, jeżeli szkoda ta została stwierdzona orzeczeniem sądu, które uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania. W niniejszej sprawie, jak ustaliła Izba, bezsporne jest, że Instytut Zrównoważonego Rozwoju Sp. z o.o., jako jeden z wykonawców umowy z dnia 14.03.2007 r. nr WZP3326-1/07 nie wykonał umowy w całości, a zrealizowana część została wykonana w sposób nienależyty i tym samym całość świadczenia została nienależycie wykonana. Powyższe okoliczności zostały stwierdzone powołanym prawomocnym wyrokiem Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 29.12.2010 r. sygn. akt: I C 122/10. Z uzasadnienia tego wyroku wynika także, że wykonawca nie udowodnił w jakiej części to zamówienie zostało wykonane. Wykonawca nie podnosił także przez Sądem okoliczności braku winy wykonawcy w związku z taką realizacją świadczenia, zarówno co do terminowości jak i jakości. Izba zwraca uwagę, że Sąd oddalając wniosek wykonawcy o zmniejszenie kary umownej w uzasadnieniu wyroku stwierdził, że (...)przedłożona przez pozwanych dokumentacja nie nadawała się do wykorzystania przez powoda. Ponadto rozstrzygając o zasądzeniu na rzecz zamawiającego [powoda] od wykonawcy [pозwanego] wskazanej w wyroku kwoty pieniężnej wraz z odsetkami, Sąd Okręgowy w uzasadnieniu wyroku wskazał na § 11 pkt b umowy, stanowiący o zapłacie kary umownej w przypadku niedotrzymania terminu wykonania umowy i stwierdzając nienależyte wykonanie umowy powołał się także na art. 483 kc, podnosząc, że zgodnie z tym przepisem (...) można

zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kary umownej). Tym samym zdaniem Izby, w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy, orzeczenie Sądu Okręgowego potwierdza fakt wyrządzenia przez wykonawcę szkody, poprzez nienależyte wykonanie zamówienia publicznego. Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp abstrahuje od wysokości szkody i ustawodawca nie uzależnił tej szkody od jej konkretnego stopnia, czy charakteru szkody, ani konkretnej podstawy prawnej odpowiedzialności za tę szkodę – uzasadniających wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia. Zatem, także zdaniem Izby, nieuprawnione jest twierdzenie wykonawcy, że wyłącznie szkoda, za którą sprawca ponosi odpowiedzialność na zasadzie art. 471 k.c, może uzasadniać wykluczenie z postępowania. Izba podzieliła także pogląd Zamawiającego, że w doktrynie prawa zauważa się, że przez karę umowną [zwaną także odszkodowaniem umownym albo karą konwencjonalną] strony ustalają z góry wielkość odszkodowania i (...) Zastrzeżenie kary umownej ułatwia i upraszcza dochodzenie odszkodowania." Izba ponownie zauważa, że zawarta w art. 483 k.c.- na który powołał się w uzasadnieniu Sąd - definicja kary umownej wskazuje, że jej istotą jest naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Można zatem przyjąć, że kara umowna zastępuje odszkodowanie należne wierzycielowi i jej zasądzenie stanowi rekompensatę szkody na zasadzie art. 471 k.c. Izba stwierdza także, że do istoty konstrukcji prawnej kary umownej należy wskazana w art. 484 § 1 k.c. zasada, zgodnie z którą w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. To oznacza, że w przypadku zaistnienia szkody uprawniony do żądania kary umownej nie ma obowiązku wykazywania szkody ani jej wysokości, a zobowiązany do zapłaty kary umownej - musi uiścić ją w wysokości określonej w umowie nawet, gdyby szkoda była mniejsza od tej sumy. Oznacza to, że strony ponoszą pewne ryzyko, którego rekompensatą jest ułatwienie w wyegzekwowaniu odszkodowania. Tak jak podkreśla się w orzecznictwie i doktrynie żądający zapłaty kary umownej nie ma obowiązku wykazania wysokości szkody, co nie przesądza o tym, że szkoda taka nie wystąpiła, albowiem zaistnienie jakiegokolwiek szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania jest przesłanką warunkującą możliwość żądania kary umownej. W takim przypadku, jak słusznie podnosił Zamawiający, to na osobie mającej zapłacić karę umowną spoczywa ciężar ewentualnego wykazania, że na skutek niewykonania bądź nienależytego wykonania przez nią zobowiązania, druga strona umowy nie doznała żadnej szkody. W niniejszej sprawie – jak wynika z uzasadnienia wyroku SO - wykonawca przede wszystkim nie kwestionował, że zamawiający jest uprawniony do żądania zapłaty takiej kary. Z kolei wnosząc tylko o

zmniejszenie wysokości kary umownej, nie był w stanie wykazać w jakiej części wykonał dokumentację, a Sąd stwierdził, że przekazana dokumentacja nie nadawała się do wykorzystania przez powoda. Ponadto – jak już Izba podnosiła- wykonawca nie powoływał się także na brak winy w wykonaniu świadczenia, oraz nie wykazywał, że szkoda nie została poniesiona. W tym przypadku, Izba podziela pogląd Zamawiającego, że niedotrzymanie terminu powoduje po stronie Zamawiającego określoną szkodę, chociażby w postaci braku możliwości korzystania z przedmiotu świadczenia w zakładanym terminie, co jest rekompensowane takim odszkodowaniem jak kara umowna.

W konkluzji Izba stwierdza, że w okolicznościach niniejszej sprawy, orzeczeniem sądu, o którym mowa w przepisach art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, stwierdzającym wyrządzenie szkody, jest wyrok Sądu Okręgowego z dnia 29.12.2010 r. sygn. akt. I C 122/10, zasądający na rzecz zamawiającego od uczestnika konsorcjum kary umownej, zastrzeżonej zgodnie z art. 483 k.c., celem naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego i tym samym podnoszony przez Odwołującego zarzut bezpodstawnego wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie zasługuje na uwzględnienie.

Z tych też względów orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając także § 3 pkt 2 b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. nr 41, poz.238), zgodnie, z którym Izba orzeka w przedmiocie wynagrodzenia pełnomocnika jednakże w kwocie nie wyższej niż kwota 3.600 zł.

.....