

Sygn. akt KIO/UZP 1379 /08

WYROK
z dnia 12 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Luiza Łamejko
Jolanta Markowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 grudnia 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **P.I.W. CAMCO, ul. Broniewskiego 59a, 01-865 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych II Oddział w Warszawie, ul. Podskarbińska 25, 03-829 Warszawa** protestu z dnia **12 listopada 2008 r.**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie czynności powtórnego badania i oceny ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Zakład Ubezpieczeń Społecznych II Oddział w Warszawie, ul. Podskarbińska 25, 03-829 Warszawa** 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 **P.I.W. CAMCO, ul. Broniewskiego 59a, 01-865 Warszawa;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: sześć tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych II Oddział w Warszawie, ul. Podskarbińska 25, 03-829 Warszawa** na rzecz **P.I.W. CAMCO, ul. Broniewskiego 59a, 01-865 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: **XXX**) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **3 436 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące czterysta trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **P.I.W. CAMCO, ul. Broniewskiego 59a, 01-865 Warszawa.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych II Oddział w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Wykonywanie usługi konserwacji i naprawy UPS-ów w II Oddziale ZUS w Warszawie i podległych Inspektoratach*”, w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 października 2008 roku pod pozycją 276445.

Zamawiający, dnia 4 listopada 2008 roku poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej – dla zadania Nr 2 - złożonej przez Wykonawcę Tomasz Górski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo – Usługowa POWER SUPPLY oraz o wykluczeniu Wykonawcy P.I.W. CAMCO sp. z o.o. (zwanym dalej Odwołującym).

Dnia 12 listopada 2008 roku Odwołujący wniósł protest na czynności Zamawiającego, polegające na:

1. Niesłusznym wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5, żądając zmiany decyzji Zamawiającego.
2. Wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty firmy POWER SUPPLY pomimo tego, że oferta tej firmy podlegała odrzuceniu, z uwagi na niespełnienie, w zakresie przedstawionych referencji, warunków określonych przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, żądając odrzucenia oferty firmy POWER SUPPLY na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 i dokonania ponownego badania i oceny ofert.

Zamawiający, zdaniem Odwołującego, swoim postępowaniem naruszył następujące przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych: art. 24 ust. 1 pkt 1, art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz naruszył również interes prawny Odwołującego, który złożył w postępowaniu najkorzystniejszą ofertę, a na skutek niewłaściwie podjętych przez Zamawiającego decyzji został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia.

Uzasadniając wskazał, iż Zamawiający jako podstawę wykluczenia Wykonawcy podał art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy twierdząc, że Wykonawca wyrządził mu w przeszłości szkodę wskutek niewykonania bądź nienależytego wykonania zamówienia. Zamawiający twierdzi ponadto, że

szkoda ta nie została do dnia wszczęcia postępowania dobrowolnie naprawiona. Zamawiający podpira się przy tym wyrokiem Sądu Rejonowego z dnia 12 maja 2008 roku.

Sprawa rozpatrywana przez Sąd Rejonowy z powództwa Zamawiającego dotyczyła zasadności poniesienia kosztów naprawy przez Zamawiającego za usługi, jaką wykonał Wykonawca. Zamawiający zlecił bowiem Wykonawcy odpłatną naprawę wcześniej zakupionego, na podstawie postępowania przetargowego, zasilacza UPS z zastrzeżeniem, że uważa, że usługa ta należy mu się nieodpłatnie i że zwrotu kosztu naprawy domagał się będzie na drodze sądowej. Protestujący przystał na takie warunki zlecenia i dokonał odpłatnej naprawy zdając sobie sprawę z tego, że co do kwestii zasadności pobrania zapłaty wypowie się sąd. Sąd w toku postępowania uznał, że naprawa powinna być wykonana nieodpłatnie i wydał wyrok nakazujący zwrot Zamawiającemu poniesionych kosztów naprawy. Odwołujący od wyroku się nie odwołał, a koszty naprawy zwrócił Zamawiającemu. Ustawa warunkuje wykluczenie wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 łącznym wystąpieniem następujących okoliczności:

- 1) wykonawca w ciągu ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie,
- 2) niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia jest następstwem okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność,
- 3) na skutek niewykonania bądź nienależytego wykonania zamówienia zamawiający poniósł szkodę,
- 4) szkoda nie została dobrowolnie naprawiona do dnia wszczęcia postępowania.

Należy też podkreślić, że Zamawiający musi zachować szczególną ostrożność przy stosowaniu tego przepisu, gdyż jest on najbardziej restrykcyjnym przepisem wobec wykonawców startujących w przetargach publicznych. Zastosowanie go, pozbawia wykonawcę dostępu do wszystkich zamówień publicznych przez okres 3 lat. A zatem, decydując się na wykluczenie wykonawcy na tej podstawie, nie można mieć żadnych wątpliwości, że wszystkie przedstawione wyżej przesłanki w badanym przypadku miały miejsce.

Podjmując wątek szkody. W rozpatrywanym przypadku nie może być mowy o jej powstaniu, ponieważ Zamawiający szkody w ogóle nie poniósł. Wskutek awarii zasilacza UPS, zgłoszonej w dniu 09.01.2007 roku, a naprawionej 16.01.2007 roku, nie powstała szkoda. Zamawiający sam przyznaje w treści pozwu, że mógł ponieść szkodę, ale jej nie poniósł: *„Ponieważ system ZUS może ponieść niepowetowane szkody, gdy będzie działał bez zabezpieczenia UPS, Zakład [...] zgodził się na odpłatną naprawę [...]”* (cytat z pozwu o zapłatę). Jeżeli szkoda by powstała Zamawiający o jej zaistnieniu powinien był poinformować Wykonawcę, tego nie uczynił, nie wezwał go również do zapłacenia jakichkolwiek kar umownych z tytułu wyrządzenia szkody.

Ponieważ Wykonawca stał na stanowisku, że urządzenie UPS, które uległo awarii nie podlega gwarancji, podał koszt usługi i zaproponował wykonanie usługi odpłatnie. Na podstawie odrębnego zlecenia z dnia 15.01.2007 r., wystawionego przez Zamawiającego, usługa usunięcia awarii została wykonana odpłatnie. Zlecenie zostało wykonane na takiej zasadzie, że Wykonawca w pierwszej kolejności wykonał usługę, a Zamawiający po jej wykonaniu za nią dobrowolnie zapłacił, na podstawie wystawionej faktury. Dobrowolna zapłata za wykonanie usługi również nie może być traktowana jako szkoda. Zamawiający przecież z własnej woli zlecił usługę Wykonawcy. Ze szkodą mamy do czynienia wówczas, gdy powstaje uszczerbek w obecnym i przyszłym majątku, jakiego poszkodowany doznaje wbrew swojej woli. W żadnym razie w tym przypadku nie można mówić o szkodzie, gdyż zlecenie oraz zapłata nastąpiła z własnej woli Zamawiającego.

Odnosząc się do wyroku Sądu Rejonowego. Zarówno Wykonawca jak i Zamawiający ma prawo do odmiennej interpretacji zapisów umowy, tym bardziej, jeśli chodzi o szczegóły dotyczące terminów obowiązywania gwarancji, gdy wcześniej były dokonywane jakieś naprawy. Instytucją powołaną do rozstrzygania różnic interpretacyjnych pomiędzy podmiotami gospodarczymi są sądy cywilne. Zamawiający, tak samo jak i Wykonawca nie mógł być i nie był pewien, jakie będzie rozstrzygnięcie Sądu: *„Sąd powszechny w wyroku oceni czy naprawa powinna zostać wykonana nieodpłatnie w ramach gwarancji czy też odpłatnie”* (pismo Zamawiającego kierowane do Wykonawcy z dnia 15.01.2007 roku). Zamawiający zakładał więc, co oczywiste, ewentualność niekorzystnego dla siebie rozstrzygnięcia.

Sąd w wyroku nakazał Wykonawcy zwrot otrzymanego wynagrodzenia. Wykonawca zastosował się do wyroku, nie zaskarżył go, nie odwoływał się i sam, dobrowolnie, bez żadnego przymusu, dokonał wpłaty na konto Zamawiającego zasądzonych kwot. Wykonawca nie został zmuszony do zapłaty poprzez żadną komorniczą egzekucję. Nie można z tytułu tego wyroku wyciągać żadnych dalszych konsekwencji wobec Wykonawcy. Sąd nie wskazał na zaistnienie szkody po stronie Zamawiającego, nie wskazał również, że Wykonawca w jakimkolwiek stopniu przyczynił się do powstania szkody przez niewykonanie zamówienia bądź nienależyte jego wykonanie. Wyrok jedynie zasądza zwrot poniesionych przez Zamawiającego kosztów za naprawę, które to koszty Wykonawca na podstawie tego wyroku zwrócił. Sąd oddalił powództwo w pozostałej części. W tym miejscu należy przytoczyć uchwałę Sądu Najwyższego, z której wynika, że nawet zasądzone kary umowne nie świadczą o poniesionych szkodach: uchwała Sądu Najwyższego z 6 listopada 2003 r. (sygn. akt III CZP 61/03, publ, OSNC 2004/5/69). Uchwała ta stała się zasadą prawną, stosowaną przy rozpatrywaniu spraw przez Zespoły Arbitrów Urzędu Zamówień Publicznych - wyrok ZA z 22.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-475/05, wyrok z dnia 31 stycznia 2008r, sygn. akt KIO/UZP 124/07. Skoro zasądzone kary umowne nie są dowodem na powstanie

szkody, to tym bardziej, nie można twierdzić, że dowodem na jej powstanie jest zasądzony zwrot dobrowolnie poniesionych przez Zamawiającego kosztów za naprawę. Ponadto, niedopuszczalnym jest stosowanie zasady, że samo przeświadczenie Zamawiającego o istnieniu przesłanek skutkujących wykluczeniem z postępowania jest wystarczające, aby wykluczyć Wykonawcę z tegoż postępowania - komentarz do ustawy Prawo Zamówień Publicznych pod. red. T. Czajkowskiego (UZP 2006). To stanowisko potwierdza np. wyrok ZA z 22.03.05, sygn. akt UZP/20/0475/05. Z uwagi na bardzo surowe sankcje wobec Wykonawcy wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 powinno opierać się na jasnych i bardzo precyzyjnych przesłankach, bez jakichkolwiek wątpliwości. Muszą być bezsporne dowody na zaistnienie szkody wskutek niewykonania, lub nienależytego wykonania zamówienia.

Żadnych przesłanek ani dowodów na zaistnienie szkody w omawianym przypadku nie ma. Brak więc jest przesłanek do zastosowania wobec Wykonawcy art. 24 ust.1 pkt 1, a w konsekwencji art. 85 ust.1 pkt 5. Dlatego Odwołujący, zażądał od Zamawiającego cofnięcia decyzji o wykluczeniu.

Jednocześnie Odwołujący żądał wykluczenia z postępowania firmy POWER SUPPLY, ponieważ nie spełnia ona warunku specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wymaganego doświadczenia. Nie można uznać przedstawionych przez tę firmę referencji, ponieważ (dla zadania 2) Zamawiający wymagał, żeby Wykonawcy ubiegający się o zamówienie wykazali się doświadczeniem w świadczeniu podobnych usług konserwacji i napraw przez okres, co najmniej 12 miesięcy. Firma POWER SUPPLY posługuje się referencjami wystawionymi przez firmę COMEX z dnia 09.01.2006 roku, a początek działalności firmy POWER SUPPLY to data 01.04.2005 rok. A zatem, od dnia powstania firmy POWER SUPPLY do dnia wystawienia owych referencji nie upłynął wymagany w s.i.w.z. okres 12 miesięcy. Wobec powyższego referencje te nie mogą zostać uznane.

Mając na uwadze powyższe oraz naruszenie interesu prawnego firmy, Odwołujący żądał: cofnięcia decyzji o wykluczeniu Odwołującego, a w konsekwencji o odrzuceniu jego oferty oraz wykluczenia firmy POWER SUPPLY jako niespełniającej warunków s.i.w.z.

Dnia 13 listopada 2008 roku Zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Dnia 19 listopada 2008 roku Zamawiający protest rozstrzygnął w ten sposób, że uwzględnił protest częściowo, w punkcie 2 dotyczącym wyboru oferty złożonej przez firmę POWER SUPPLY, natomiast w punkcie 1 dotyczącym wykluczenia Odwołującego, protest oddalił.

W związku z częściowym uwzględnieniem protestu Zamawiający postanowił:

- 1) unieważnić w zadaniu 2 czynność wyboru oferty POWER SUPPLY,

- 2) dokonać ponownego badania ofert i ich oceny,
- 3) dokonać ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający oddalając protest w punkcie 2 dotyczącym wykluczenia Odwołującego wskazał, iż Odwołujący stawia Zamawiającemu zarzut naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niesłuszne wykluczenie protestującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy, a w konsekwencji odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5.

Zamawiający w dniu 09.12.2003 r. w wyniku postępowania przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z ustawą o zamówieniach publicznych zawarł z firmą CAMCO umowę nr 64/2003JZP na zakup, dostawę, montaż i uruchomienie urządzenia UPS model PPS80 Pyramid. Wykonawca udzielił gwarancji jakości na okres 36 miesięcy licząc od daty wykonania przedmiotu umowy.

Bezspornym faktem jest, że 9.01.2007 r. zasilacz UPS zamontowany przez Odwołującego uległ awarii. Zamawiający, w dniu 12.01.2007r. wezwał wykonawcę do jego naprawy w ramach gwarancji wynikającej z łączącej strony umowy. W wymienionym piśmie Zamawiający wykazał, iż uszkodzone urządzenie uległo awarii w okresie obowiązywania gwarancji wydanej przez firmę Camco, na podstawie cytowanej wyżej umowy. Zamawiający poinformował także firmę Camco, iż w przypadku gdyby wykonawca nie przystąpił do naprawy, ZUS zleci wykonanie naprawy innemu podmiotowi na koszt firmy Camco, jednocześnie zgłaszając fakt niewywiązania się firmy Camco z obowiązków wynikających z ustawy Prawo zamówień publicznych.

Firma Camco stanowczo odmówiła naprawy gwarancyjnej oświadczając jednoznacznie, że naprawy może dokonać, ale wyłącznie odpłatnie (pismo z dnia 12.01.2007r.).

W powyższej sytuacji Zamawiający postanowił zlecić naprawę innemu wykonawcy, jednakże po rozeznaniu rynku, ze względu na nietypowy model urządzenia żaden wykonawca nie chciał podjąć się przedmiotowej naprawy. Zamawiający nie mając innego wyjścia i nie mogąc prowadzić działalności statutowej bez sprawnego UPS zlecił odpłatną usługę usunięcia awarii firmie Camco. Błędne jest twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający zlecił naprawę dobrowolnie. Z całej korespondencji dołączonej do sprawy sądowej jednoznacznie wynika, że został do tego zmuszony postawą Camco. Odwołujący wykorzystał przymusowe położenie Zamawiającego, który u nikogo innego urządzenia nie mógł naprawić.

Należy zauważyć, iż w piśmie z dnia 15.01.2007 r., w którym zlecono odpłatne wykonanie naprawy, Zamawiający zastrzegł, iż *"(...) przysługuje mu roszczenie o bezpłatną naprawę urządzenia. Będąc w sytuacji przymusowej godzi się na pokrycie kosztów naprawy, ale o ich zwrot wystąpi na drogę sądową."* Jednocześnie zastrzegł, że w przypadku wyroku niekorzystnego dla firmy Camco, zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy zostanie ona na okres 3 lat wykluczona z możliwości ubiegania się o zamówienia publiczne.

Ustalenie, czy działanie Camco było zgodne z umową nr 6412003/ZP z dnia 09.12.2003 r. zawartą w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy o zamówieniach publicznych, zależy od ustalenia czy wykonawca miał czy też nie miał obowiązku dokonać naprawy nieodpłatnie na mocy cytowanej wyżej umowy, Jednoznacznie odpowiedź dał prawomocny wyrok Sądu Rejonowego dla Warszawy Pragi Południe z 12 maja 2008 r., ustalający, że firma Camco miała obowiązek dokonać naprawy nieodpłatnie. Zatem odmowa nieodpłatnego usunięcia awarii w okresie gwarancyjnym była nienależytym wykonaniem zamówienia. Nienależyte wykonanie zamówienia jest w tym przypadku ewidentnie następstwem okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność.

Samo nienależyte wykonanie zamówienia nie świadczy jeszcze o tym, że zamawiający poniósł szkodę. Musi również istnieć szkoda. Szkodą, którą poniósł Zamawiający była konieczność uregulowania nienależnej faktury za naprawę, która należała do Zamawiającego bezpłatnie na podstawie gwarancji wynikającej z umowy o zamówienie publiczne. Sąd w wyroku zasądził na podstawie art. 471 Kodeks cywilny odszkodowanie na rzecz ZUS od Spółki Camco. Skoro sąd przyznał Zamawiającemu odszkodowanie to wcześniej Zamawiający musiał ponieść szkodę. Sprawa sądowa nie dotyczyła ustalenia treści umowy, lecz pozwu o zapłatę odszkodowania i sąd odszkodowanie przyznał. Zamawiający w uzasadnieniu do pozwu jasno określił, że strona pozwana nie wykonała swoich zobowiązań wynikających z zawartej w ramach zamówienia publicznego umowy, czym naraziła Zamawiającego na szkodę w wysokości 16 360,20 zł. Zgodnie z żądaniem zawartym w pozwie sąd zasądził w wyroku kwotę w wyżej wskazanej wysokości. Bez znaczenia dla faktu zaistnienia szkody jest to, komu Zamawiający zleciłby odpłatne wykonanie naprawy. Niezależnie od tego, kto wykonałby odpłatnie naprawę to właśnie jej koszt stanowi szkodę.

Nie można zgodzić się z Wykonawcą, że dobrowolnie naprawił wyrządzoną szkodę. Dopiero w wyniku zasądzenia przez sąd Wykonawca zwrócił nienależne wynagrodzenie, które Zamawiający musiał zapłacić za naprawę.

Zamawiający zgadza się z Odwołującym, iż niedopuszczalne jest stosowanie zasady, że samo przeświadczenie Zamawiającego o istnieniu przesłanek skutkujących wykluczeniem z postępowania jest wystarczające, aby wykluczyć Wykonawcę z tegoż postępowania. Wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych powinno opierać się na jasnych i precyzyjnych przesłankach, bez jakiegokolwiek wątpliwości i z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający jasno wykazał, na czym polegała szkoda, w jakiej wysokości zaistniała, a co nie mniej ważne, starał się jej zapobiec wzywając wielokrotnie wykonawcę do wywiązania się ze swoich zobowiązań wynikających z umowy. Zamawiający informował wykonawcę, jakie skutki może rodzić dla niego niewywiązanie się z umowy.

Zamawiający w przypadku zaistnienia przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jest zobligowany do wykluczenia wykonawcy a w konsekwencji odrzucenia jego oferty. W związku z powyższym Zamawiający postanowił jak w sentencji

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący i dnia 24 listopada 2008 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty i żądania z protestu (w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego) wnosząc o:

- 1) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu,
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- 3) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, zgodnie z przyjętym kryterium oceny ofert.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, treścią ofert, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący pozostając w postępowaniu ma realne szanse na uzyskanie zamówienia, w przypadku, gdy drugi z wykonawców nie spełni warunków udziału w postępowaniu, tj. na wezwanie Zamawiającego, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie uzupełni dokumentów lub uzupełni je wadliwie.

Odnosząc się do istoty sprawy, stwierdzić należy, że punktem odniesienia do rozstrzygnięcia przedmiotowego problemu jest uznanie przez skład orzekający Izby, czy Zamawiający poniósł szkodę, w związku z nienależytym wykonaniem zamówienia i tym samym, czy miał możliwość wykluczyć Odwołującego na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Mówiąc o szkodzie mamy na ogół na myśli uszczerbek, jakiego doznaje poszkodowany we wszelkiego rodzaju dobrach przez prawo chronionych (życie, zdrowie, wolność, cześć, majątek, itd.). Chodzi więc o uszczerbek majątkowy, jak i niemajątkowy (W. Czachórski „Zobowiązania- zarys wykładu”, Warszawa 1994).

Zamawiający na rozprawie, jaki w pismach kierowanych do Odwołującego (informacja o wykluczeniu, rozstrzygnięcie protestu) powoływał się na Wyrok Sądu Rejonowego w Warszawie – Praga Południe z dnia 12 maja 2008 roku, sygn. akt II Cupr 113/07, który jego zdaniem przesądza o fakcie wyrządzenia przez Odwołującego Zamawiającemu szkody. W sentencji wyroku czytamy m.in., że Sąd:

„I zasądza od PIW „CAMCO” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych II Oddział w Warszawie kwotę 16 360,20 złotych (słownie: szesnaście tysięcy trzysta sześćdziesiąt 20/100 złotych) z ustawowymi odsetkami od dnia 27 kwietnia 2007 roku do dnia zapłaty

II oddała powództwo w pozostałym zakresie”.

Jako, że z sentencji wyroku nie wynika, skutkiem jakiego postępowania Odwołującego został wydany wyrok, Izba zwróciła uwagę na treść pozwu Zamawiającego. Pozew został skierowany do Sądu Rejonowego dla Warszawy Pragi Południe, pismem z dnia 23 marca 2007 roku. Z treści pozwu wynika, że był to pozew o zapłatę. Dalej Powód (Zamawiający) uzasadnia, że cyt.: *„Ponieważ system informatyczny ZUS może ponieść niepowetowane szkody, gdy będzie działał bez zabezpieczenia UPS, Zakład nie mając wyjścia, zgodził się na odpłatną naprawę podkreślając, że o zwrot zapłaty upomni się w sądzie. Pozwany urządzenie naprawił, za co pobrał kwotę dochodzoną pozwem. Ponieważ strona pozwana nie wykonała swoich zobowiązań wynikających z umowy zawartej w ramach zamówienia publicznego, czym naraziła ZUS na szkodę w wysokości 16 360,20 zł pozew niniejszy jest uzasadniony i konieczny”.* Jednakże w pozostałej części pozwu nie wywodzi i nie udowadnia na czym miałyby polegać szkoda oraz jakie negatywne konsekwencje z tego tytułu poniósł Zamawiający.

O przesłance zawartej w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych można mówić tylko wtedy, gdy wykonawcę wiązała z zamawiającym umowa, a zobowiązania wynikające z tej umowy nie zostały wykonane lub zostały wykonane w sposób nienależyty. Wykluczeniu na podstawie tej przesłanki podlega taki wykonawca, który nie realizuje zobowiązania wynikającego z umowy lub też realizuje je w sposób sprzeczny z postanowieniami umowy. Z nienależytym wykonaniem umowy mamy do czynienia m.in. w przypadku niedochowania terminu realizacji przedmiotu umowy z powodu zwłoki w świadczeniu, dostarczenia towaru niezgodnego z umową lub ofertą albo wadliwego. Jednakże do zastosowania tej przesłanki niezbędnym elementem jest wyrządzenie zamawiającemu szkody na skutek braku realizacji powierzonego zadania lub niewłaściwego jego wykonania. Zatem jeśli nie doszło do wyrządzenia szkody zamawiającemu, wówczas

przesłanka niniejsza nie ma zastosowania (P. Granecki „Prawo zamówień publicznych – Komentarz” C.H. Beck, Warszawa 2007).

Zamawiający wykluczając Odwołującego z postępowania, powołał się na treść art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych sprzed nowelizacji.

Przepis ten stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy w ciągu ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania wyrządzili szkodę nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, a szkoda ta nie została dobrowolnie naprawiona do dnia wszczęcia postępowania, chyba, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności.

Zgodnie z opinią UZP Nr 33 *„wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych może mieć miejsce wyłącznie w sytuacji, jeżeli wykonawca ponosi odpowiedzialność za okoliczności skutkujące niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia. Doktryna prawa cywilnego wśród okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność, wymienia przed wszystkim zachowanie dłużnika noszące znamiona winy. Zgodnie z art. 472 Kodeksu cywilnego, jeżeli ze szczególnego przepisu ustawy albo z czynności prawnej nie wynika nic innego, dłużnik odpowiedzialny jest za niezachowanie należytej staranności”*.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający nie wykazał, ani nie dowiódł, że postępowanie Odwołującego, wynikające z realizacji umowy o zamówienie publiczne doprowadziło do poniesienia szkody ani nie wykazał, w jakim zakresie ta szkoda powstała.

Ponadto, na uwagę zasługuje fakt, że Zamawiający zlecając Odwołującemu dokonanie naprawy UPS, z pełną świadomością i z własnej woli godził się na dokonanie zapłaty kwoty, wynikającej z faktury VAT wystawionej przez Odwołującego. Tym samym godził się na ewentualne ryzyko poniesienia szkody.

Jak słusznie orzekł Sąd Apelacyjny w Poznaniu, w wyroku z dnia z dnia 8 marca 2007 r., syg. akt I ACa 29/07 *„1. Ciężar udowodnienia faktu aktualizującego odpowiedzialność z art. 471 k.c., istnienia związku przyczynowego między nienależytym wykonaniem zobowiązania przez pozwanego a powstałą szkodą, oraz powstania tejże szkody w postaci utraconych korzyści w świetle art. 6 k.c. spoczywa na wierzycielu, jako na osobie, która z tychże faktów wywodzi skutki prawne. 2. Ustalenie szkody pod postacią utraconych korzyści ma zawsze charakter hipotetyczny, polega bowiem na przyjęciu - na podstawie okoliczności, które wystąpiły po okresie spodziewanego zysku - że zysk w okresie poprzednim zostałby osiągnięty. Jednakże utrata zysku musi być przez żądającego odszkodowania udowodniona (art. 6 k.c.). Wprawdzie nie w sensie wykazania, co do tego pewności, ale z takim dużym prawdopodobieństwem, że praktycznie można w świetle doświadczenia życiowego przyjąć, że utrata zysku rzeczywiście miała miejsce. 3. Różnicę pomiędzy *lucrum cessans*, a*

*ewentualną szkodą należy poszukiwać w prawdopodobieństwie ich wystąpienia, które w odniesieniu do *lucrum cessans* przyjmuje się w stopniu graniczącym z pewnością”.*

W świetle powyższych okoliczności, na podstawie ustalonego stanu faktycznego sprawy, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zarzut Odwołującego potwierdził się.

Tym samym potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na podstawie przepisu art. 191 ust. 1, 1a i ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania r. (Dz U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 oraz z 2008 r. Nr 182, poz.1122).

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 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 **Warszawa-Praga**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....