

Sygn. akt: KIO/UZP 745/09

**WYROK**  
**z dnia 26 czerwca 2009 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Stanisław Sadowy</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Małgorzata Rakowska</b> <b>Anna Packo</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>Magdalena Pazura</b>

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 czerwca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **E. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Rzeczoznawstwo Majątkowe „Nieruchomości” E. W., 44-200 Rybnik, ul. Kochanowskiego 5** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Rybnik, 44-200 Rybnik, ul. B. Chrobrego 2** protestu z dnia 12 maja 2009 r.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża E. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Rzeczoznawstwo Majątkowe „Nieruchomości” E. W., 44-200 Rybnik, ul. Kochanowskiego 5**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **E. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Rzeczoznawstwo Majątkowe „Nieruchomości” E. W., 44-200 Rybnik, ul. Kochanowskiego 5,**

- 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 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 2 926 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dziewięćset dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **E. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Rzeczoznawstwo Majątkowe „Nieruchomości” E. W., 44-200 Rybnik, ul. Kochanowskiego 5.**

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

Miasto Rybnik, zwane dalej „Zamawiającym”, prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Wykonanie podziałów i wycen nieruchomości z podziałem na zadania:

Zad. 1 Wykonanie maksymalnie 50 podziałów nieruchomości w różnych celach.

Zad. 2 Wykonanie maksymalnie do 50 wycen nieruchomości do celów administracyjnych.

Zad. 3 Wykonanie maksymalnie do 30 wycen nieruchomości do celów cywilno-prawnych (sprzedaż, zamiana).

Zad. 4 Wykonanie maksymalnie do 50 opracowań składających się z rzutu odpowiednich kondygnacji budynku wielomieszkaniowego oraz wyceny lokalu mieszkalnego.

Zad. 5 Wykonanie wycen nieruchomości zabudowanych w celu oddania ich w trwałe zarząd”.

Ogłoszenie o zamówieniu, o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, Zamawiający zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 08.04.2009 r., nr ogłoszenia: 60261-2009.

Zamawiający dopuścił złożenie ofert częściowych.

Pismem z dnia 04.05.2009 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców, którzy złożyli oferty, o wynikach postępowania, tj. o wyborze najkorzystniejszych ofert na poszczególne zadania oraz o wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy – E. W. prowadzącego działalność gospodarczą pn. „Rzeczoznawstwo Majątkowe

NIERUCHOMOŚCI E. W.” z siedzibą w Rybniku, zwanego dalej „Odwołującym” i odrzuceniu złożonych przez niego ofert, na zadania 2-4.

Zamawiający podał w tym zawiadomieniu, że wykluczenia dokonał na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp, gdyż Wykonawca ten „wyrządził szkodę nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, co zostało stwierdzone prawomocnym orzeczeniem sądu wydanym w dniu 29 stycznia 2009 r., sygnatura akt Cupr 516/08. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 89 ust. 2 w/w ustawy oferta (...) została odrzucona, jako złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu”.

Zawiadomienie to zostało doręczone firmie Rzeczoznawstwo Majątkowe NIERUCHOMOŚCI E. W. w dniu 11.05.2009 r.

W dniu 12.05.2009 r. Odwołujący wniósł do Zamawiającego protest na czynności wykluczenia go z postępowania o zamówienie i odrzucenia jego oferty.

Zarzucił Zamawiającemu, iż bezpodstawnie dokonał oprotestowanych czynności, gdyż z uzyskanej od Zamawiającego informacji wynika, że w treści wyroku, którego Odwołujący do chwili złożenia protestu nie otrzymał, zaopatrzonego klauzulą wykonalności, brak jest stwierdzenia, iż Odwołujący nienależycie wykonał zamówienie.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający posiada jego polisę obowiązkowego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej rzeczoznawcy majątkowego, z której Zamawiający może zaspokoić swoje roszczenie („uzyskał ... pewność prawną uzyskania odszkodowania zasądanego, którą posiadał nawet bez przedstawienia Polisy z uwagi na obowiązkowość ustawową takiej polisy”).

W treści protestu zawarto żądanie unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W piśmie z dnia 21.05.2009 r., doręczonym Odwołującemu na piśmie w dniu 29.05.2009 r. Zamawiający stwierdził, iż protest rozstrzygnął przez jego oddalenie. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający wskazał, że:

Zgodnie z art. 24 ust. 1 Pzp zamawiający ma obowiązek wykluczyć z postępowania wykonawców, którzy wyrządził szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, jeżeli szkoda została stwierdzona prawomocnym orzeczeniem sądu wydanym w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania. Zamawiający stwierdził, iż jest w posiadaniu prawomocnego wyroku Sądu, potwierdzającego wyrządzenie przez Odwołującego szkody Miastu Rybnik przez błędne określenie wartości lokalu i na tej podstawie wykluczył Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia. Jednocześnie

stwierdził, iż z faktu posiadania przez Odwołującego ubezpieczenia od OC rzeczoznawcy majątkowego nie oznacza, że szkoda została naprawiona.

Od rozstrzygnięcia protestu, w dniu 02.06.2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, jednocześnie przekazując kopię treści odwołania Zamawiającemu.

W odwołaniu podtrzymany został zarzuty bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, w wyniku – zdaniem Odwołującego – błędnego ustalenia, że Odwołujący wyrządził szkodę przez nienależyte wykonanie zamówienia. Odwołujący podkreślił, iż „Szkoda nie wystąpiła i nie wystąpi. Kwota spornego roszczenia i właściwość jej dochodzenia, jeżeli zostanie ostatecznie przyznana przez Sąd będzie zaspokojona - likwidowana obowiązkową Polisą przez wskazanego ubezpieczyciela lub (...) bezpośrednio wpłatą po zakończeniu drogi prawnej”.

Stwierdził, iż w przywołanym przez Zamawiającego wyroku Sądu zasądził jedynie kwotę roszczenia, a nie orzekł iż Odwołujący nienależycie wykonał zamówienie publiczne. Odwołujący zarzucił także, iż Zamawiający nie uwzględnił jego pisemnych informacji, iż podjął czynności w celu doręczenia mu zapadłego wyroku, który został wydany pod nieobecność Odwołującego.

Odwołujący wskazał, iż rzeczoznawcy majątkowi i odpowiednio przedsiębiorcy podlegają obowiązkowemu ubezpieczeniu odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone w związku z wykonywaniem czynności, zgodnie z przepisami Działu V art.175 ust. 4. ustawy o gospodarce nieruchomościami. W związku z informacją zamawiającego o orzeczeniu Sądu, którego do dnia dzisiejszego nie otrzymał od Sądu, przedstawił zamawiającemu kopię swojej polisy ubezpieczeniowej na okoliczność spornego zdarzenia.

Zamawiający przyznał otrzymanie Polisy oraz że został poinformowany przez Odwołującego o podjętych przez niego staraniach o doręczeniu mu zapadłego wyroku.

Podniósł, iż Zamawiający, który zakwestionował prawidłowość wskazania w operacie szacunkowym wartości zbywanego lokalu dopiero po zbyciu tego lokalu, powinien dochodzić zapłaty należności od nabywcy, który nabył lokal po cenie zaniżonej, a nie od rzeczoznawcy.

Wniosek o nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegających na wykluczeniu go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i odrzuceniu jego oferty.

Wskazał, iż zdarzenie związane z błędnym zastosowaniem przez zamawiającego przedmiotowego operatu szacunkowego miało miejsce 15 maja 2007 r. i po tej dacie

wykonywał dla zamawiającego szereg zamówień publicznych, na które zamawiający wystawił referencje potwierdzające ich należyte wykonanie, w tym przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący zarzucił, iż Zamawiający powinien był dochodzić należności od nabywcy lokalu.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także oświadczenia i stanowiska Stron postępowania, skład orzekający Izby zważył, co następuje.**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż Odwołujący posiadał interes prawny we wniesieniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż w przypadku potwierdzenia się podniesionych w proteście i w odwołaniu zarzutów, jego oferta zostałaby przywrócona do postępowania o zamówienie.

Rozpatrując zarzuty odwołania skład orzekający Izby ustalił.

Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania o zamówienie, wskazując na przesłankę określoną w art. 24 ust.1 pkt 1 Pzp. Zgodnie z tym przepisem, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, jeżeli szkoda ta została stwierdzona prawomocnym orzeczeniem sądu wydanym w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania.

W następstwie tego wykluczenia Zamawiający odrzucił przedmiotową ofertę, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, stanowiącego, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert.

Skład orzekający Izby badając zarzuty bezpodstawnego dokonania przez Zamawiającego zakwestionowanych przez Odwołującego czynności ustalił, co następuje.

W uzasadnieniu faktycznym dokonanej czynności wykluczenia z postępowania o zamówienie Zamawiający wskazał, iż Odwołujący „wyrządził szkodę nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, co zostało stwierdzone prawomocnym orzeczeniem sądu wydanym w dniu 29 stycznia 2009 r., sygnatura akt Cupr 516/08”.

W dokumentacji z przedmiotowego postępowania o zamówienie zawarty jest odpis prawomocnego wyroku Sądu Rejonowego Sądu Grodzkiego w Rybniku VIII Wydział Grodzki z dnia 29 stycznia 2009 r., sygn. Akt VIII Cupr 516/08, zapadłego po rozpatrzeniu sprawy z powództwa Gminy Rybnik przeciwko E. W. o zapłatę. Wyrokiem tym Sąd zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 3.065,70 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 01.04.2008 r. do dnia zapłaty (w pkt 1 Wyroku), a także zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 700,00 zł tytułem kosztów procesu. W dniu 04 marca 2009 r. Sąd Rejonowy w Rybniku nadał wyrokowi klauzulę wykonalności.

Z treści pozwu, wniesionego w dniu 27 maja 2008 r. do Sądu przez Gminę Rybnik (tj. Zamawiającego) zawarto żądanie zasądzenia od pozwanego (tj. Odwołującego) kwoty 3.065,80 zł, wraz z odsetkami za okres od dnia 01.04.2008 r. do dnia zapłaty oraz zwrotu kosztów procesu. W uzasadnieniu pozwu wskazano m.in., iż roszczenie wynika z zawartej pomiędzy powódką a pozwanym w dniu 07.12.2006 r. umowy, na mocy której pozwany zobowiązał się do wykonania maksymalnie do 50 operatów szacunkowych wyceny różnych nieruchomości w celu aktualizacji opłat za użytkowanie wieczyste, wykonania w dwóch egzemplarzach maksymalnie 200 opracowań składających się z rzutu odpowiednich kondygnacji budynku wielomieszkaniowego i dokonanie na nich zgodnie z przepisami prawa budowlanego zaznaczeń lokalu mieszkalnego wraz z pomieszczeniami do niego przynależnymi jako załącznika do aktu ustanawiającego odrębną własność lokalu i sprzedaży na rzecz aktualnego najemcy, jak również do wyceny lokalu mieszkalnego wraz z pomieszczeniami przynależnymi z udziałem w nieruchomości wspólnej z jednoczesnym określeniem wartości nakładów dokonanych przez najemcę. Poszczególne wyżej wskazane zobowiązania pozwany realizował w oparciu o zlecenia częściowe udzielane sukcesywnie do dnia 15.06.2007 r. W zleceniu z dnia 02.04.2007 r. czynności pozwanego związane z w/w umową obejmowały między innymi mieszkanie położone w Rybniku przy ul. Rymera 40/30 państwa (...), którzy złożyli wniosek o nabycie tego lokalu. Powód w związku z tym zleceniem wykonał operat szacunkowy na potrzeby tejże sprzedaży ustalając cenę sprzedaży przy uwzględnieniu 90% bonifikaty na kwotę 2.993,30 zł. W oparciu o tę wycenę zawarto umowę sprzedaży nieruchomości za zapłatą ceny 2.993,30 zł. Z treści wyceny (str 7) wynika jednakże wycena wartości lokalu, tj. 60.591,00 zł co przy uwzględnieniu 90 % bonifikaty daje kwotę 6.059,00 zł. Na skutek błędnego wskazania przez pozwanego w operacie szacunkowym wartości zbywanego lokalu pomimo prawidłowego obliczenia w dalszej części tegoż operatu powódka w wyniku przyjęcia błędnie wskazanej przez pozwanego wartości 2.993,30 zł i sprzedaży lokalu za tę cenę poniosła szkodę stanowiącą różnicę pomiędzy prawidłową wartością lokalu przy 90% bonifikacie a ceną, za jaką dokonała sprzedaży. Kwota będąca tą różnicą stanowi należność główną dochodzoną niniejszym pozwem.”

Odpowiedzialność odszkodowawczą pozwana oparła na treści art. 471 kodeksu cywilnego, bowiem, jej zdaniem, szkoda powstała na skutek nienależytego wykonania przez pozwanego zobowiązania wynikającego ze wskazanej wyżej umowy z dnia 07.12.2006 r.

W świetle przywołanych wyżej dowodów oraz oświadczeń złożonych na rozprawie przez Strony postępowania odwoławczego, Odwołujący rzeczywiście popełnił wskazane w pozwie omyłki w sporządzonym na rzecz Zamawiającego operacie szacunkowym, w wyniku których Zamawiający sprzedał lokal mieszkalny objęty tym operatem za cenę niższą (2.993,30 zł) niż wynikająca z prawidłowo określonej wartości (6.059,00 zł).

Jak podniósł na rozprawie Zamawiający, wskutek nienależytego wykonania przez Odwołującego zamówienia, Zamawiający poniósł szkodę.

Skład orzekający Izby zważył.

W świetle ustaleń stanu faktycznego i prawnego sprawy Zamawiający zasadnie dokonał wykluczenia Odwołującego z postępowania o zamówienie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp. Wskutek nienależytego wykonania zamówienia Odwołujący wyrządził szkodę Zamawiającemu, potwierdzoną prawomocnym wyrokiem Sądu Rejonowego Sądu Grodzkiego w Rybniku, wydanym w dniu 29.01.2009 r., a więc w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania.

Biorąc pod uwagę brzmienie art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp, który odnosi się do samego faktu wydania stosownego wyroku, oraz powagę rzeczy osądzonej, ani zamawiający, ani Izba nie jest uprawniona do badania zasadności wydanego wyroku Sądu.

Z punktu oceny podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp bez znaczenia pozostaje sposób naprawienia szkody.

W następstwie wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W świetle powyższego Izba orzekła jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, stosownie do jego wyniku. Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zasądzenie kosztów z tytułu zastępstwa prawnego, gdyż nie przedstawił on rachunku stosownie do § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

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 **Gliwicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

\_\_\_\_\_

\* *niepotrzebne skreślić*