

Sygn. akt: KIO/UZP 124/07

WYROK
z dnia 31 stycznia 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Mazurek

**Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś
Izabela Niedziałek**

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29.01.2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zakłady Mięsne „Viola” Marian Meyer Sp. j., Lniano, ul. Wyzwolenia 13a** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Jednostka Wojskowa 1906, Wałcz, ul. Ciasna 7** protestu z dnia 14.12.2007r.

przy udziale **Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego „ARPOL” Sp. z o.o., Zielona Góra, ul. Trasa Północna 14** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Zakłady Mięsne „Viola” Marian Meyer Sp. j., Lniano, ul. Wyzwolenia 13a**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 0gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Zakłady Mięsne „Viola” Marian Meyer Sp. j., Lniano, ul. Wyzwolenia 13a**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 747 zł 0 gr (słownie: siedemset czterdzieści siedem złotych zero groszy) przez **Zakłady Mięsne „Viola” Marian Meyer Sp. j., Lniano, ul. Wyzwolenia 13a** na rzecz **Jednostki Wojskowej 1906, Wałcz, ul. Ciasna 7** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu (nocleg)
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 0 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Zakładów Mięsnych „Viola” Marian Meyer Sp. j., Lniano, ul. Wyzwolenia 13a**

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

Zamawiający – Jednostka Wojskowa 1906 w Wałczu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostarczanie wędlin wołowych, wieprzowych i drobiowych do jednostek wojskowych i poligonów. W dniu 7.12.2007r. dokonano wyboru najkorzystniejszych ofert w postępowaniu – w zadaniach 1, 2 i 3 wybrano ofertę Przedsiębiorstwa Handlowo – Usługowego Arpol Sp. z o.o. z Zielonej Góry – zwanej danej Arpol, natomiast w zadaniach 4, 5 i 6 – wybrano ofertę Zakładów Mięsnych „MAT” Sp. z o.o. z Czerniewic.

W dniu 14.12.2007r. protest wniósł podmiot – Zakłady Mięsne „Viola” Marian Meyer Sp. J. z Lniany – zwany dalej ZM „Viola”. W proteście Wykonawca wskazał, że Arpol nienależycie wykonywał umowę zawartą w dniu 10.12.2004r. z Jednostką Wojskową 1946 we Wrocławiu – zwaną dalej JW 1946, w wyniku czego powinien zapłacić kary umowne

w łącznej kwocie 175 015,12 zł czego nie uczynił. W dniu 19.04.2006r. został wydany wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu, w wyniku którego Sąd zasądził od Arpol na rzecz JW 1946 kwotę 43 754 zł z ustawowymi odsetkami. Ponadto w proteście wskazano na to co oznacza pojęcie szkody, jak również na treść uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego, które w ocenie Protestującego potwierdzało jego tezy. Załączono oświadczenie Czesława Kamizelach – Kierownika Zamówień Publicznych, które miało potwierdzać twierdzenia Odwołującego. Drugim zarzutem w proteście było to, że Arpol złożyła fałszywą informację mającą wpływ na wynik postępowania przez oświadczenie, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W dniu 17.12.2007r. przystąpienie do postępowania protestacyjnego wniosła firma Arpol wnosząc o oddalenie protestu. Podniesiono, że umowa nr 284/04 z dnia 10.12.2004r. z JW 1946 została rozwiązana, natomiast zaistniał spór co do zapłaty kary umownej. W postępowaniu sądowym Sąd Okręgowy zmienił wysokość kary umownej zmniejszając ją o blisko 2/3. W wyniku powyższego Arpol zapłaciła karę umowną – w dwóch ratach – 5000 zł w dn. 3.11.2006r. a 47.621,09 w dniu 21.11.2006r. Dalej podkreślono, że naliczenie kary umownej nie jest tożsame z wyrządzeniem szkody. Na potwierdzenie swoich tez przytoczono uchwałę Sądu Najwyższego oraz wyrok Zespołu Arbitrów. Odniesiono się do oświadczenia załączonego do protestu wskazując, że zostało złożone przez osobę nieuprawnioną do reprezentacji jednostki wojskowej. Wskazano ponadto, że Arpol złożyła prawdziwe oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania. Na koniec wskazano na stanowiska innych zamawiających – Jednostki Wojskowej 1123 w Grudziądzu oraz Wyższej Szkoły Oficerskiej Wojsk Lądowych we Wrocławiu potwierdzające przytoczone tezy. Ponadto podkreślono, że to właśnie Wyższa Szkoła Oficerska Wojsk Lądowych zakwestionowała dostawy z umowy 284/04, co było podstawą późniejszego naliczenia kar umownych.

W dniu 21.12.2007r. Zamawiający oddalił protest. Wskazał na to, że brak jest podstawy prawnej do wykluczenia Arpol. Wskazał na konieczność spełnienia wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznej, co w konsekwencji spowoduje konieczność wykluczenia wykonawcy z postępowania. W ocenie Zamawiającego wyrok Sądu Okręgowego z dnia 19.04.2006r. nie dowodzi tych okoliczności. Dalej wskazano na uchwałę Sądu Najwyższego potwierdzającą stanowisko Zamawiającego. Ponadto wskazano, że Zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające – zwrócił się do JW 1946 z pytaniem, na co uzyskał odpowiedź, w której nie potwierdzono istnienia szkody, ale poinformowano jedynie o wysokości kar umownych. Ponadto Przystępujący odniósł się do tabelki – oświadczenia w proteście wskazując, że podpisana została przez osobę nieuprawnioną do reprezentacji, a ponadto dane te nie wskazywały szkody jaką miał ponieść wtedy zamawiający. Na koniec konkludował, że Protestujący nie wykazał

poniesienia przez JW 1946 szkody, co w konsekwencji spowodowało również, że zarzut dotyczący nieprawdziwości oświadczenia w ofercie Arpol nie potwierdził się.

W dniu 27.12.2007r. ZM „Viola” wniosła odwołanie od rozstrzygnięcia protestu. W odwołaniu podniesiono, że spełnienie przesłanek zaistnienia szkody będącej wynikiem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia oraz fakt nienaprawienia jej dobrowolnie do wszczęcia postępowania powoduje konieczność wykluczenia wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Takie okoliczności zaistniały w przedmiotowym postępowaniu względem wykonawcy Arpol. Dalej opisano sytuację jaka wynikła z nieprawidłowego wykonywania umowy Arpol względem JW 1946. W wyniku powyższego JW wskazując, że jednostka wojskowa wniosła pozew do Sądu Okręgowego, który w dniu 19.04.2006r. wydał wyrok zasądający kwotę 43 754 zł z ustawowymi odsetkami od 21.03.2003r. do dnia zapłaty. Dalej wskazał na przytoczone w wyroku Sądu zeznania świadków na okoliczność niemożności zrobienia z dostarczonego mięsa, którym był schab wieprzowy bez kości - kotletów. Dalej wskazano na wyrok Sądu Najwyższego mający potwierdzać tezę Odwołującego. Szkoda w postaci faktycznego pozbawienia bieżących dostaw mięsa wieprzowego oraz oświadczenie Czesława Kamizelach na tą okoliczność była kolejną w argumentacji przytoczonej przez Odwołującego. Dalej Odwołujący wskazał na zarzut nr 2, w wyniku którego stwierdził, że firma Arpol złożyła w postępowaniu nieprawdziwą informację mającą wpływ na wynik postępowania - w postaci oświadczenia o nie podleganiu wykluczenia na podstawie art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych, które nie znalazło potwierdzenia w faktach.

W dniu 28.01.2008r. przystąpienie do odwołania po stronie Zamawiającego zgłosił Arpol. W przystąpieniu wniósł o oddalenie odwołania i powtórzył argumentację zawartą w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego.

Przeprowadzono posiedzenie i rozprawę, w trakcie których strony przedstawiły dowody – dokumenty na potwierdzenie swoich tez. Izba zważyła i ustaliła, co następuje. Odwołanie należało oddalić.

W niniejszym stanie faktycznym istotną kwestią jest odpowiedź na pytanie – czy nienależyte wykonanie zamówienia i naliczenie w związku z powyższym kar umownych oraz późniejszy spór sądowy co do zasadności i wysokości naliczenia ww. kar umownych są tożsame z powstaniem szkody, która nie została dobrowolnie naprawiona, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jak wskazuje doktryna – „zastosowanie wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest trudne ze względów dowodowych ... decyzja nie jest podejmowana na podstawie dokumentów załączanych do oferty, a na podstawie innych środków dowodowych, np. wyroku sądu stwierdzającego odpowiedzialność

odszkodowawczą wykonawcy z tytułu nienależytego wykonania lub niewykonania zamówienia”. (M. Stachowiak, Komentarz do art. 24 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo Zamówień Publicznych, Lex). Ponadto wskazać należy na zdanie wynikające z komentarza do ustawy Prawo Zamówień Publicznych pod. red. T. Czajkowskiego (UZP 2006) – „Samo przeświadczenie zamawiającego o istnieniu przesłanki, o której mowa w ust. 1 pkt 1 nie jest wystarczające aby wykluczyć danego wykonawcę z postępowania. Niezbędne będzie potwierdzenie oparte na dokumentach, z których najbardziej miarodajnym będzie orzeczenie sądu, w tym także sądu polubownego.”

W istniejącym stanie faktycznym orzeczenie sądu zostało wydane i jest przytaczane przez strony w niniejszym postępowaniu. Zatem kluczową kwestią jest odpowiedź na pytanie - czy z orzeczenia Sądu Okręgowego z dnia 19.04.2006r. wynika zaistnienie szkody u zamawiającego?

Rozważania Sądu w wyroku z dnia 19.04.2006r. w dużej mierze dotyczą zasadności wypowiedzenia umowy. W rozważaniach tych dokładnie analizowane są okoliczności faktyczne, które legły u podstaw wypowiedzenia umowy. Za zasadny zarzut Sąd uznał zarzut dotyczący dostarczania mięsa w pojemnikach nieopłombowanych, bez etykiet i nieoznaczonych. Za nieuzasadnione uznał Sąd stanowisko dotyczące nieprawidłowości przewozu mięsa w pojemnikach euro bez przykrycia. Z kolei przeprowadzono analizę dowodów na okoliczności dostarczania w dniach 2.02.2005r. i 4.02.2005r. mięsa o nieprawidłowym przekroju – oceniano zeznania świadków oraz wskazano orzeczenie SN dotyczący wykonania uprawnień z rękojmi. W konkluzji Sąd stwierdził, że Zamawiający miał prawo odstąpić od umowy i zastosować karę umowną. Dalej Sąd zmiarkował karę umowną należną zamawiającemu obniżając ją o ok. 75 % - do kwoty 43 754 zł.

Podkreślić wypada, że w całym orzeczeniu Sąd nie wskazał na istnienie szkody po stronie zamawiającego, a przy ocenie argumentu pozwanego – powoda wzajemnego dotyczącego nie poniesienia straty przez powoda – pozwanego wzajemnego wskazał wręcz na uchwałę Sądu Najwyższego wydaną w składzie 7 sędziów – z dnia 6.11.2003r. (III CZP 61/03, OSNC 2004/5/69), z której wynikało, 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.

Oceniając dowody przedstawione przez Odwołującego – należy stwierdzić, że nie stanowią one dostatecznych podstaw stwierdzenia istnienia nienaprawionej szkody, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Po pierwsze – Odwołujący powołuje się na wyrok z dnia 19.04.2006r., z którego w żaden sposób nie wynika wyrządzenie szkody poprzez nienależyte wykonanie zamówienia. Oświadczenie dowódcy jednostki złożone w odpowiedzi na zadane przez Odwołującego pytanie stwierdza co prawda istnienie szkody – jest to jednak jedno krótkie stwierdzenie nie poparte konkretyzującymi

informacjami, jakiego charakteru to była szkoda, w jakiej wysokości i czy była próba dochodzenia dobrowolnego naprawienia tej szkody. Z całokształtu dokumentacji sprawy i oświadczeń stron natomiast wynika, że Jednostka Wojskowa 1946 nie występowała w żaden sposób do Arpol o naprawienie szkody. Jak wynika z bezpośredniego brzmienia art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp wykonawca powinien mieć możliwość dobrowolnego naprawienia szkody. W przypadku braku wystąpienia o naprawienie szkody jest on pozbawiony tej możliwości. Ponadto z brzmienia tego przepisu wynika, że szkoda powinna mieć określoną wartość – trudno żądać naprawienia szkody o nieokreślonej wartości. W stanie faktycznym niniejszej sprawy żadna ze stron nie wskazała wysokości poniesionych strat.

W odniesieniu do tabelki – oświadczenia złożonej w proteście i odwołaniu stwierdzić należało, że była to próba udowodnienia potencjalnych możliwych szkód w ograniczonym okresie – polegała na porównaniu cen mięsa z oferty Arpol z cenami mięsa nabytego z wolnej ręki. Z kolei Przystępujący do odwołania wskazał na dłuższy okres – w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego po rozwiązaniu umowy nr 284/04 zamawiający uzyskał ceny znacznie niższe od pierwotnych cen z umowy, w wyniku czego w okresie rocznym uzyskał zysk w wysokości ok. 200 000 zł. Izba stwierdziła, że szkoda powinna być określona w dokumentach związanych z realizacją transakcji – w przypadku przedmiotowej umowy Odwołujący nie przedstawił żadnych dokumentów finansowych, które mogłyby potwierdzać istnienie szkody po stronie Jednostki Wojskowej 1946 we Wrocławiu.

Oświadczenie dowódcy jednostki oraz dwie czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp złożone na rozprawie nie stanowiły wystarczających argumentów potwierdzających istnienie nienaprawionej szkody po stronie zamawiającego. Podkreślić należy, że brak jakiegokolwiek próby wyjaśnienia charakteru i wysokości szkody ze strony dowódcy JW 1946 stanowił, w ocenie Izby, istotny brak dowodowy po stronie odwołującej, który uniemożliwił stwierdzenie istnienia szkody. Wskazać należy, że szkoda w niniejszej sytuacji musi mieć charakter majątkowy. Powoduje to, że powinna ona być określona – w mniej lub bardziej dokładny sposób – poprzez podanie wartości lub choćby granic w przypadku określenia w przybliżeniu. W przedmiotowej sytuacji nie podjęto próby oszacowania wartości szkody – wobec czego jej istnienie opiera się jedynie na oświadczeniu i ewentualnych domniemaniach faktycznych wynikających z twierdzeń dowódcy jednostki JW 1946.

Istotne znaczenie ma fakt niemożności dobrowolnego naprawienia szkody przez wykonawcę Arpol. Z całokształtu dokumentacji sprawy i twierdzeń stron wynikało, że jednostka wojskowa 1946 w pewnym momencie wypowiedziała umowę i naliczyła kary umowne. Nie doszło do próby wezwania do naprawienia szkody, pomimo że Arpol wykazywał inicjatywę ugodowego załatwienia sprawy. Z literalnego brzmienia art. 24 ust. 1

pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że wykonawca, który poprzez nienależyte wykonanie zamówienia publicznego wyrządził szkodę - powinien mieć możliwość dobrowolnego naprawienia szkody do momentu wszczęcia postępowania, o które będzie się następnie ubiegał. Bardzo istotne jest równe traktowanie podmiotów występujących w systemie zamówień publicznych – w przypadku uznania, że szkoda, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp może nastąpić, pomimo braku wezwania do jej naprawienia – znaczącemu osłabieniu uległaby pozycja przedsiębiorców w stosunku do zamawiających, gdyż nie mieli by szans na uregulowanie powstałych szkód. W konsekwencji – w skrajnych przypadkach każda sytuacja polegająca na naliczaniu kar umownych mogłaby być utożsamiana z powstaniem szkody, a tym samym z późniejszym wykluczeniem takich wykonawców z postępowań co w wielu przypadkach kończyłoby się koniecznością likwidacji lub przekształcenia danego podmiotu. Ratio legis art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp jest wykluczenie z postępowań takich podmiotów, które poprzez niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia wyrządzają szkodę majątkową, której wartość jest możliwa do wyliczenia i następnie odmawiają dobrowolnego naprawienia takich szkód. W przedmiotowej sytuacji Odwołujący nie udowodnił tego, że Arpol w odniesieniu do sytuacji wynikającej z nienależytego wykonania umowy nr 284/04 z JW 1946 był takim podmiotem.

Należy również przytoczyć wyrok Zespołu Arbitrów o sygn. UZP/ZO/0-475/05, gdzie słusznie wskazano, iż samo przeświadczenie zamawiającego o istnieniu przesłanek skutkujących wykluczeniem z postępowania nie jest wystarczające, aby wykluczyć tego wykonawcę.

Wskazać ponadto należy, że odwołanie złożono od rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego. Zamawiający w przedmiotowej sytuacji prawidłowo rozstrzygnął protest – oddalenie było zasadne. Zamawiający dokonał postępowania wyjaśniającego – skierował pytania do dowódcy Jednostki Wojskowej 1946. W odpowiedzi na prośbę z dnia 12 listopada uzyskał ogólną informację na temat współpracy z Arpol obejmującą rodzaje wędlin i mięsa dostarczanego przez tą firmę, jednostki wojskowe, do których ta firma dostarczała mięso oraz ilość postępowań reklamacyjnych prowadzonych w wyniku umów zawartych z Arpol – w przypadku umowy nr 284/04 wskazano, że została ona rozwiązana na skutek nienależytego wykonania zamówienia przez Arpol. Do informacji dołączono wyrok Sądu Okręgowego z dnia 19 kwietnia 2006r. W dniu 27.11.2008r. dowódca jednostki wojskowej 1906 zwrócił się do dowódcy jednostki wojskowej 1946 ze szczegółowymi pytaniami dotyczącymi szkody, jaką poniosła JW 1946 w wyniku współpracy z Arpol, wskazał, że oczekuje odpowiedzi, która nie pozostawi wątpliwości co do faktu nastąpienia szkody bądź nie. W odpowiedzi dowódca Jednostki Wojskowej 1946 w dniu 28.11.2007r. przesłał informację, z której wynikało jedynie to, że Arpol została wyrokiem Sądu Okręgowego zobowiązana do zapłaty kary umownej w wysokości 47 631,09 zł plus odsetki, wyrok Sądu

został wykonany przez zapłatę tych kwot a w związku z powyższym Arpol jest wykluczony z postępowań na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1. Do tej lakonicznej informacji dołączono załączniki potwierdzające transakcje zapłaty kar umownych. Podkreślić należy, że w całej korespondencji nie odniesiono się w żaden sposób do istnienia szkody, jej wysokości oraz próby dochodzenia naprawienia szkody, a tym bardziej do wezwania do dobrowolnego naprawienia szkody. Zamawiający dysponując takimi informacjami nie miał podstaw do wykluczenia Arpol na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp i tego nie uczynił. Izba uznała działanie Zamawiającego w niniejszej sprawie za prawidłowe – rozstrzygnięcie protestu nastąpiło po dokonaniu postępowania wyjaśniającego, z którego nie wynikało wystąpienie szkody ani próba oszacowania jej wysokości.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem kosztów pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 747 zł.

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 **Koszalinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*