

WYROK

Zespołu Arbitrów z dnia 22 lutego 2006 r.

Zespół Arbitrów w składzie:

Przewodniczący Zespołu Arbitrów **Lubomira Matczuk - Mazuś**

Arbitrzy: **Piotr Jan Budzinski**

Krzysztof Zbigniew Szydłowski

Protokolant **Wioletta Wierzejska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22.02.2006 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

Ryszard Bartkowiak Usługi Geodezyjne, Choszczno, ul. Mur Południowy 1c/3

od oddalenia przez zamawiającego **Gmina Choszczno, Choszczno, ul. Wolności 24**

protestu z dnia 27 stycznia 2006 r.

orzeka:

1. *Oddala odwołanie.*

2. Kosztami postępowania obciąża **Ryszard Bartkowiak Usługi Geodezyjne, Choszczno, ul. Mur Południowy 1c/3**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **3 253 zł 59 gr**
(słownie: **trzy tysiące dwieście pięćdziesiąt trzy złote pięćdziesiąt dziewięć groszy**)
z kwoty wpisu uiszczanego przez **Ryszard Bartkowiak Usługi Geodezyjne, Choszczno, ul. Mur Południowy 1c/3**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **2 646 zł 00 gr**
(słownie: **dwa tysiące sześćset czterdzieści sześć złotych zero groszy**)
przez **Ryszard Bartkowiak Usługi Geodezyjne, Choszczno, ul. Mur Południowy 1c/3**
na rzecz **Gmina Choszczno, Choszczno, ul. Wolności 24**
- 3) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 00 gr**
(słownie: **xxx**)
przez **xxx** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek środków specjalnych UZP
- 4) dokonać zwrotu kwoty **1 420 zł 41 gr**
(słownie: **jeden tysiąc czterysta dwadzieścia złotych czterdzieści jeden groszy**)
z rachunku środków specjalnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Ryszard Bartkowiak Usługi Geodezyjne, Choszczno, ul. Mur Południowy 1c/3.**

3. Uzasadnienie

W odwołaniu od oddalenia protestu, Odwołujący – Ryszard Bartkowiak, prowadzący usługi geodezyjne, Choszczno, zarzucił Zamawiającemu – Gminie Choszczno, naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177 z późn. zm.) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na obsługę geodezyjną Gminy Choszczno, w trybie zapytania o cenę. W ocenie Odwołującego wykonawca – Henryk

Imiolek – którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą, powinien być wykluczony z postępowania, gdyż nie wykonał zleconych prac z umowy z Nadleśnictwem Choszczno w roku 2004, czym wyrządził Zamawiającemu szkodę. Wina za nie wywiązanie się z umowy była po stronie wykonawcy, który nigdy nie wyrównał poniesionych strat przez Zamawiającego.

Zgodnie z umową zawartą w dniu 05.07.2004 r. wykonawca ten miał do dnia 31.08.2004r. dokonać weryfikacji danych ewidencyjnych. Zlecone prace na żadnym obiekcie nie zostały wykonane do grudnia 2004 r. W dniu 03.12.2004 r. Nadleśnictwo Choszczno zerwało umowę nr 1/2004 zawartą z tym wykonawcą i w dniu 07.12.2004 r. zawarło umowę nr 2/2004 na wykonanie tych prac z obecnym Odwołującym, za cenę wyższą niż cena oferowana w lipcu 2004r., w związku z przeprowadzonym konkursem. Straty Nadleśnictwa wynikają z różnicy cen ofertowych, tj. pomiędzy ceną wykonania zamówienia przez Odwołującego a ceną wynikającą z oferty Henryka Imiona. Wykonawca ten nie naprawił szkody spowodowanej niewykonaniem zamówienia z jego winy.

Odwołujący wniósł o uchylenie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty złożonej przez Henryka Imiolka, wykluczenie z udziału w postępowaniu Henryka Imiolka na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, powtórzenie wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z pominięciem oferty Henryka Imiolka.

Odwołanie zostało poprzedzone protestem, w którym Odwołujący podał, iż Henryk Imiolek, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych powinien zostać wykluczony z postępowania, gdyż nie wywiązał się z umowy z Nadleśnictwem Choszczno w 2004r. i umowa została rozwiązana z winy wykonawcy. Zachodzi podejrzenie, że wykonawca składając oświadczenie na okoliczność, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, poświadczył nieprawdę.

Zamawiający oddalił protest, jako niezasadny z kilku zasadniczych względów. Stwierdził, iż podejrzenia kierowane pod adresem wykonawcy, którego ofertę wybrano jako

najkorzystniejszą, nie mogą stanowić podstawy do wykluczenia z postępowania. Jednocześnie Zamawiający zauważył, że samo ewentualne nie wywiązanie się jakiegokolwiek wykonawcy z umowy, samo w sobie nie może stanowić podstawy wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Zgromadzone w postępowaniu dokumenty nie dały podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Zespół Arbitrów po przeprowadzeniu rozprawy, w tym postępowania dowodowego z dokumentów, z odwołania, oryginalnej dokumentacji postępowania wraz z ofertami złożonymi przez wykonawców, którą Zamawiający dostarczył do siedziby Urzędu Zamówień Publicznych oraz wysłuchaniu wyjaśnień Zamawiającego, ustalił i zważył, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie z następujących powodów.

Zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych 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.

Termin niewykonania zamówienia pokrywa się z pojęciem niewykonania zobowiązania w rozumieniu art. 471 Kc i niewykonanie zamówienia występuje wówczas, gdy świadczenie określone w umowie nie zostało w ogóle spełnione. Natomiast nienależyte wykonanie zamówienia, czyli nienależyte wykonanie zobowiązania w rozumieniu art. 471 Kc, występuje wówczas, gdy mimo jego wykonania interes wierzyciela nie został zaspokojony w sposób wynikający z treści zobowiązania. Dla powstania obowiązku wykluczenia wykonawcy z postępowania ustawa - Prawo zamówień publicznych wymaga, aby wskutek nie wykonania lub nienależytego wykonania zamówienia wyrządzona została szkoda i szkoda ta nie została

dobrowolnie naprawiona do dnia wszczęcia postępowania. Nadto wystąpienie okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności powoduje brak podstaw do wykluczenia wykonawcy.

W odwołaniu, Odwołujący podaje, że wykonawca – Henryk Imiołek wykonując umowę na rzecz Nadleśnictwa Choszczno, zawartą w dniu 05.07.2004 r. nr 1/2004 – nie wykonał zleconych prac, czym wyrządził Zamawiającemu szkodę i nie wyrównał poniesionych przez Zamawiającego strat (strona 1 odwołania – zarzuty), natomiast w proteście, że nie wywiązał się z umowy z Nadleśnictwem Choszczno w roku 2004, która to umowa została rozwiązana z winy wykonawcy.

Natomiast z załączonych dowodów do protestu i odwołania, tj. m.in. pisma Nadleśnictwa Choszczno z dnia 03.12.2004 r. adresowanego do Henryka Imiolka o „zerwaniu umowy” w związku z nieterminowym wykonaniem zlecenia, nie wynika, iż wykonując zamówienie nienależycie, wyrządzono szkodę Zamawiającemu. Określenie „nieterminowe wykonanie zlecenia” wskazuje jedynie na jedną z przesłanek zawartych w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, a mianowicie nienależyte wykonanie zamówienia. W postępowaniu odwoławczym nie wykazano dalszych warunków koniecznych wynikających z podanego przepisu, a przede wszystkim wyrządzenia szkody. Fakt zawarcia następnej umowy o realizację tego samego zadania z wykonawcą, który brał również udział w tamtym postępowaniu, nie wskazuje wyrządzenia szkody. Odwołujący nie podał, jaką cenę za wykonanie zamówienia ustalono w pierwotnej umowie, zawartej z Henrykiem Imiołkiem.

Ponadto należy podnieść, iż z załączonych przez Odwołującego dokumentów wynika, iż Nadleśnictwo Choszczno zawierając drugą umowę na wykonanie zamówienia, już z Ryszardem Bartkowiakiem (Odwołującym się) ustaliło wynagrodzenie wraz z podatkiem VAT na kwotę 5.563,20 złotych.

Zarówno wynagrodzenie wykonawcy, jak i pozostałą treść zawartej umowy, przemawia za faktem, iż zamówienie udzielone przez Nadleśnictwo Choszczno nie podlegało przepisom ustawy - Prawo zamówień publicznych, zgodnie z art. 4 pkt 8.

Zespół Arbitrów uznał, że Odwołujący nie wykazał wystąpienia przesłanek wynikających z art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, zobowiązujących Zamawiającego do wykluczenia z postępowania Henryka Imiołka. Ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z tego faktu wywodzi skutki prawne (art. 6 Kc w związku z art. 14 ustawy - Prawo zamówień publicznych).

Z powyższych względów Zespół Arbitrów na podstawie art. 191 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych odwołanie oddalił.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 5 i 6 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Zespół Arbitrów uwzględnił uzasadnione koszty Zamawiającego w postępowaniu w kwocie: 206,00 złotych – koszty przejazdu ze Szczecina do Warszawy i z Warszawy do Szczecina jednej osoby oraz w kwocie 2.440,00 złotych – koszty pomocy prawnej – reprezentacji strony przed Zespołem Arbitrów.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. Nr 19, poz. 177) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w¹

Przewodniczący Zespołu Arbitrów:

Arbitrzy:

.....

¹ Nie dotyczy postępowań wszczętych przed dniem 2 marca 2004 r.