

Sygn. akt: KIO/UZP 125/07

WYROK
z dnia 31 stycznia 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Andrzej Niwicki
Anna Packo

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 0 zł 0 gr (słownie: XXX) przez **XXX** na rzecz **XXX**), stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX
- 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

W dniu 9.10.2007r. Zamawiający, Jednostka Wojskowa 1906, Wałcz, ul. Ciasna 7, wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, umieszczając ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2007/S 194-235977 w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostarczanie mięsa wołowego, wieprzowego i drobiowego do jednostek wojskowych i poligonów”.

W dniu 7.12.2007. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyborze oferty najkorzystniejszej, natomiast w dniu 14.12.2007r. Wykonawca – Zakłady Mięsne „VIOLA” Marian Meyer Sp. J. z siedzibą w Lnianie – złożył protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 21.12.2007r. poprzez jego oddalenie, w tym samym dniu informując o swojej decyzji Protestującego. W dniu 27.12.2007r. Wykonawca wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

Zarówno w proteście i odwołaniu, wnoszono o powtórna ocenę ofert w zadaniach numer 3, 4 i 5, wykluczenie Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego „ARPOL” Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze, a w konsekwencji odrzucenie jego oferty, i ponowny wybór oferty najkorzystniejszej.

W proteście Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Prawa zamówień publicznych:

- naruszenie art. 24 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z przedmiotowego postępowania Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego „ARPOL” Sp. z o.o., pomimo że w ciągu ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania wyrządziło ono szkodę nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, a szkoda ta nie została dobrowolnie naprawiona do dnia wszczęcia postępowania;
- naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wykluczenia z przedmiotowego postępowania Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego „ARPOL” Sp. z o.o., pomimo iż złożyło ono nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
- naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego „ARPOL” Sp. z o.o., pomimo iż Wykonawca ten podlega wykluczeniu z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 i art. 24 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych;
- naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „ARPOL” Sp. z o.o., pomimo iż oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych.

Do postępowania protestacyjnego i odwoławczego przystąpił Wykonawca - Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „ARPOL” Sp. z o.o. W składanych pismach wskazał, że brak jest bezpośredniego związku z zasądzeniem kary umownej a wyrządzeniem szkody i nie wykazano, że szkoda faktycznie nastąpiła.

Zamawiający protest oddalił, stwierdzając, iż w jego ocenie brak podstaw prawnych do wykluczenia z postępowania Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego „ARPOL” Sp. z o.o. na podstawie przepisów art. 24 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, a Protestujący nie wykazał, że Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „ARPOL” Sp. z o.o. wskutek nienależytego wykonania umowy wyrządziła szkodę.

W związku z oddaleniem protestu, Wykonawca w dniu 27.12.2007. wniósł odwołanie.

Na podstawie dokumentacji postępowania i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutów formalnych, podniesionych przez Zamawiającego na posiedzeniu, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż w jej ocenie Odwołujący przekazał Zamawiającemu jednocześnie z wniesieniem odwołania do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kopię odwołania. Sam Zamawiający to potwierdził, przekazując pozostałym uczestnikom postępowania - pismo z dnia 02.01.2008r. (w aktach sprawy) informujące o wniesieniu odwołania. Braki kwestionowane przez Zamawiającego (brak załączników do odwołania) nie mają znaczenia dla Zamawiającego na tym etapie postępowania, a Zamawiający przyznał, że w przewidzianym przepisami terminie powziął wiadomość o wniesieniu odwołania i jego treści.

Zamawiający ponadto poddawał w wątpliwość umocowanie prokurenta samoistnego dwuosobowej spółki jawnej w okresie pomiędzy śmiercią jednego z dwóch wspólników spółki, a chwilą przystąpienia do spółki jego spadkobierców, twierdząc, że w chwili śmierci wspólnika automatycznie rozpoczyna się likwidacja spółki, a wówczas prokura wygasa. Spółka jawna jest spółką osobową i faktycznie, art. 58 pkt 4 Kodeksu spółek handlowych przewiduje, że spółka ulega rozwiązaniu na skutek śmierci wspólnika, jednak jest to przepis semiimperatywny i wspólnicy mogą go uregulować inaczej w umowie spółki (art. 64 § 1 Kodeksu spółek handlowych), co zostało uczynione w przypadku spółki Zakłady Mięsne „VIOLA” Marian Meyer Sp. J. (§ 13 umowy spółki). W doktrynie wyrażono zresztą pogląd, iż zapis taki w umowie spółki nie jest konieczny, aby dwuosobowa spółka jawna istniała nadal po śmierci jednego ze wspólników, ponieważ, zgodnie z zasadą kontynuacji, w miejsce zmarłego wspólnika mogą zawsze wstąpić jego spadkobiercy (tak J. P. Jaworski, Śmierć wspólnika dwuosobowej spółki jawnej, Przegląd Prawa Handlowego, styczeń 2006, s. 55 i nn). W związku z powyższym nie zachodzi przesłanka wygaśnięcia prokury, o której mowa w art. 109⁷ § 2 Kodeksu cywilnego.

Odnosząc się do zarzutów podnoszonych przez Odwołującego, stwierdzić trzeba, że nie zasługują one na uwzględnienie.

Odwołujący podnosił, iż Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „ARPOL” Sp. z o.o. wyrządziło szkodę w związku z realizacją zamówienia publicznego na rzecz Jednostki Wojskowej nr 1946 we Wrocławiu, o którym to fakcie powiadomił Zamawiającego Jednostkę Wojskową nr 1906 w Wałczu. Zamawiający ten postąpił w sposób prawidłowy zwracając się do Jednostki Wojskowej nr 1946 z prośbą o potwierdzenie faktu wyrządzenia tej szkody.

Jednostka Wojskowa nr 1946 nie odpowiedziała wprost, lecz tylko stwierdziła fakt naliczenia kar umownych i załączyła wydany w sprawie wyrok Sądu Okręgowego z dn. 19.04.2005. Z wydanego wyroku Sądu nie wynika, że szkoda nastąpiła. Co prawda zasądzone naliczenie kary umownej w związku z uzasadnionym odstąpieniem od umowy, jednak nie określono, czy Zamawiający poniósł jakąkolwiek szkodę. Należy podkreślić, że Sąd w uzasadnieniu przytoczył uchwałę Sądu Najwyższego w składzie 7 sędziów z dnia 6 czerwca 2003r., sygn. akt. III CZP 61/03, w której stwierdzono, 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. Zatem z faktu zasądzenia kary umownej nie wynika, że szkoda powstała.

Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący wyrządził szkodę, w szczególności nie wskazał jej wysokości. Z przedstawionego stanu sprawy, w tym oświadczenia pełnomocnika Przedsiębiorstwa Handlowo-Uslugowego „ARPOL” Sp. z o.o. wynika, iż Jednostka Wojskowa nr 1946 nie wezwała Przedsiębiorstwa Handlowo-Uslugowego „ARPOL” Sp.z o.o. do naprawienia szkody. Przedłożone pismo Jednostki Wojskowej nr 1946 z dn. 4.01.2008. stwierdza co prawda, że szkoda nastąpiła, jednak nie określa żadnych szczegółów (jej wysokości, bliższego opisu, czy wezwano do dobrowolnego jej naprawienia). Brak sprecyzowania szkody oraz brak określenia jej wysokości uniemożliwił Przystępującemu ewentualne jej naprawienie (gdyby faktycznie zaistniała) w sposób dobrowolny, a Zamawiający nie ma prawa zamykać drogi Wykonawcy do dobrowolnego naprawienia szkody poprzez przemilczenie faktu, że ona wystąpiła.

Samo przeświadczenie Zamawiającego o istnieniu przesłanki, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych nie jest wystarczające, aby wykluczyć danego wykonawcę z postępowania; niezbędne jest oparcie decyzji o wykluczeniu na dokumentach – tak J. Baehr w Komentarzu do Prawa zamówień publicznych, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2006, s. 103.

W załączonej do cytowanego wyżej pisma tabeli porównywano ceny oferowane przez Przystępującego, z cenami mięsa zakupionego w trybie z wolnej ręki, jednak fakt poniesienia dodatkowych kosztów nie ma znaczenia w związku z tym, że z bilansu rocznego wynika, że w związku z odstąpieniem od umowy z Przystępującym Jednostka Wojskowa nr 1946 nie tylko nie poniosła strat, ale zyskała (w wyniku przeprowadzonych kolejnych postępowań uzyskano niższe ceny).

Reasumując, Odwołujący nie wykazał, że szkoda nastąpiła. W konsekwencji, nie znalazł również potwierdzenia drugiego zarzutu odwołania – podanie nieprawdziwych informacji w oświadczeniu o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu.

Wobec powyższych okoliczności orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

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*