

Sygn. akt KIO/UZP 1447 /08

**WYROK**  
**z dnia 19 grudnia 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Jolanta Markowska  
**Członkowie:** Lubomira Matczuk – Mazuś  
Grzegorz Mazurek  
**Protokolant:** Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 grudnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **P.I.W. CAMCO Sp. z o.o., ul. Broniewskiego 59a, 01-865 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie Oddział w Rybniku, ul. Reymonta 2, 44-200 Rybnik** protestu z dnia **25 listopada 2008 r.**

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie Oddział w Rybniku, ul. Reymonta 2, 44-200 Rybnik 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 Sp. z o.o., ul. Broniewskiego 59a, 01-865 Warszawa;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie Oddział w Rybniku, ul. Reymonta 2, 44-200 Rybnik** na rzecz **P.I.W. CAMCO Sp. z o.o., 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 Sp. z o.o., ul. Broniewskiego 59a, 01-865 Warszawa.**

## Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie Oddział w Rybniku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę wraz z montażem i uruchomieniem urządzeń do bezprzerwowego zasilania urządzeń komputerowych wraz z wykonaniem projektów technicznych i przystosowaniem instalacji zasilających UPS-y o mocach:

- A. 100 kVA w budynku Oddziału ZUS w Rybniku przy ul. Reymonta 2,
  - B. 40 kVA w budynku Inspektoratu ZUS w Pszczynie przy ul. Kopernika 22,
  - C. 40 kVA w budynku Inspektoratu ZUS w Tychach przy ul. Ch. De Gaulle'a 16,
- oraz na dostawę UPS-a o mocy 2,7 kVA dla systemu podglądu wizyjnego w budynku Oddziału ZUS w Rybniku przy ul. Jankowskiej 13. Zamówienie zostało podzielone na dwie części.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 16 października 2008 r. pod pozycją 270155.

W dniu 20 listopada 2008 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez INFRA-TEL Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku oraz o wykluczeniu z postępowania m.in. wykonawcy P.I.W. CAMCO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami) zwanej dalej Pzp. Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia podał, że wykonawca P.I.W. CAMCO Sp. z o.o.:

1. nie wykonał „zamówienia publicznego nr 64/2003/ZP zgodnie z umową z dnia 9 grudnia 2003 r., wyrządzając szkodę nie wykonując zamówienia (naprawy w ramach udzielonej gwarancji), a szkoda nie została dobrowolnie naprawiona do dnia wszczęcia postępowania (zamawiający musiał wystąpić na drogę postępowania sądowego).”
2. złożył nieprawdziwe informacje, mające wpływ na wynik postępowania, w postaci oświadczenia z art. 22 Pzp, iż nie podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia.

P.I.W. CAMCO Sp. z o.o. wniósł protest na czynność wykluczenia go z postępowania, w którym zarzucił zamawiającemu bezpodstawne wykluczenie i tym samym

naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 1 i art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Wykonawca wniósł w proteście o unieważnienie czynności wykluczenia go z postępowania i wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej

Zdaniem wykonawcy, zamawiający swoim działaniem naruszył jego interes prawny, ponieważ oferta złożona przez P.I.W. CAMCO Sp. z o.o. zawierająca najniższą cenę, na skutek wykluczenia wykonawcy z postępowania, nie została wybrana jako oferta najkorzystniejsza - wykonawca został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia.

W uzasadnieniu protestu wykonawca nie zgodził się z decyzją zamawiającego o wykluczeniu P.I.W. CAMCO Sp. z o.o. z postępowania z powodu, iż Spółka nie wykonała zamówienia publicznego nr 64/2003/ZP zgodnie z umową z dnia 9 grudnia 2003 r. wyrządzając szkodę, a szkoda ta nie została dobrowolnie naprawiona do dnia wszczęcia postępowania. Wykonawca podniósł, że zamawiający nie zweryfikował powyższej informacji, gdyż Spółka CAMCO nie znajduje się w „wykazie wykonawców art. 154 pkt 5a” prowadzonym przez Prezesa UZP po nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ponadto, sprawa z powództwa II Oddziału ZUS w Warszawie dotyczyła zasadności poniesienia przez II Oddział ZUS kosztów naprawy, jaką wykonała Spółka CAMCO a nie odszkodowania. Wykonawca dokonał odpłatnej naprawy dostarczonego w 2003 r. zasilacza UPS na zlecenie II Oddziału ZUS, który zastrzegł, iż zwrotu kwoty zapłaconej zgodnie z fakturą, będzie dochodził na drodze sądowej, gdyż jego zdaniem naprawa powinna być wykonana nieodpłatnie, w ramach udzielonej gwarancji. Sąd uznał, że naprawa powinna być wykonana nieodpłatnie i wydał wyrok nakazujący zwrot na rzecz zamawiającego poniesionych kosztów usługi. Odwołujący oświadczył, że nie odwoływał się od ww. wyroku i zwrócił koszty naprawy na rzecz ZUS.

Zdaniem wykonawcy, z okoliczności tej sprawy wynika, że P.I.W. CAMCO Sp. z o.o. wykonał zamówienie w całości, jak również wykonał je należycie, co potwierdza protokół odbioru zasilacza UPS. Awaria zasilacza została zgłoszona w dniu 9 stycznia 2007 r., a naprawę wykonano w dniu 16 stycznia 2007 r. W tym czasie nie powstała szkoda po stronie ZUS, który stwierdził w pozwie, że „ system ZUS może ponieść niepowetowane szkody, gdy będzie działał bez zabezpieczenia UPS, Zakład [...] zgodził się na odpłatną naprawę [...]”. Wykonawca stwierdził, że ZUS dobrowolnie zapłacił za wykonaną naprawę na podstawie wystawionej faktury, natomiast ze szkodą mamy do czynienia wówczas, gdy uszczerbek majątkowy powstaje wbrew woli poszkodowanego.

Wykonawca podkreślił, że Sąd Rejonowy dla Warszawy Praga-Południe w wyroku z dnia 12 maja 2008 r. sygn. akt II Cupr 113/07 nie stwierdził faktu zaistnienia szkody po stronie II Oddziału ZUS. Sąd zasądził jedynie zwrot kosztów naprawy, a w pozostałej części oddalił powództwo. Przedmiotem sporu nie było niewykonanie lub nienależyte wykonanie

zamówienia lecz sposób rozliczenia się stron. Wyrok Sądu został wykonany w całości dobrowolnie wraz z pokryciem kosztów postępowania sądowego. Zasadzenie zapłaty przez sąd w tej sprawie nie stanowi dowodu poniesienia szkody przez II Oddział ZUS, podobnie jak nie stanowi dowodu poniesienia szkody zapłata kary umownej (vide uchwała Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r. sygn. akt III CZP61/03, OSNC 2004/5/69). Wykonawca podniósł także w proteście, że zamawiający nie udowodnił zaistnienia przesłanki wykluczenia P.I.W. CAMCO Sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp – nie udowodnił, bowiem, ani faktu poniesienia szkody przez Oddział ZUS, ani też niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia publicznego.

Zamawiający nie rozstrzygnął protestu w terminie ustawowym, a zatem oddalił protest w trybie art. 183 ust. 3 Pzp.

Wobec oddalenia protestu przez zamawiającego wykonawca P.I.W. CAMCO Sp. z o.o. wniósł do Prezesa UZP odwołanie, podtrzymując zarzuty dotyczące naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 1 i art. 24 ust.2 pkt 2 Pzp oraz argumentację zawartą w proteście. Wykonawca podkreślił, że:

- sąd nie orzekał w sprawie o naprawienie szkody,
- szkoda nie stanowiła przedmiotu dowodu w postępowaniu sądowym, nie było wykazywane jej istnienie, ani jej rozmiar,
- sąd nie zasądził odszkodowania na podstawie art. 471 kc na rzecz II Oddziału ZUS, lecz nakazał dokonanie zwrotu wynagrodzenia, jako nienależnego (tj. w trybie przepisów k.c. o bezpodstawnym wzbogaceniu),
- kwestią sporną pomiędzy II Oddziałem ZUS w Warszawie, a wykonawcą było czy w ramach umowy dostawy wykonawca jest zobowiązany do dokonania określonej naprawy w ramach gwarancji.

Odwołujący wniósł w odwołaniu o unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i wyboru oferty najkorzystniejszej, o powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz o dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie dokumentacji zawartej w aktach sprawy oraz na podstawie oryginalnej dokumentacji postępowania i wyjaśnień stron i dokumentów złożonych na rozprawie ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną, w obu częściach zamówienia, spośród trzech ofert, które wpłynęły do zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. W tej sytuacji należało uznać, że niezasadne wykluczenie odwołującego z postępowania, w przypadku potwierdzenia się, iż zamawiający naruszył wskazane w odwołaniu przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, mogłoby spowodować uszczerbek w interesie prawnym odwołującego w uzyskaniu zamówienia.

Izba rozpoznała zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp w brzmieniu przed nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 4 września b.r. Izba zważyła przy tym, że postępowanie zostało wszczęte w dniu 16 października 2008 r., a zatem przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r. Nr 171, poz.1058), co nastąpiło w dniu 24 października 2008 r., a także, że art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp (w brzmieniu przed nowelizacją) nie dotyczy zagadnień wskazanych w art. 4 ww. ustawy zmieniającej, w zakresie których, do postępowań wszczętych przed dniem wejścia w życie ustawy zmieniającej stosuje się przepisy w brzmieniu nadanym tą ustawą.

Zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp (przed nowelizacją) zamawiający jest zobowiązany do wykluczenia wykonawcy pod warunkiem wystąpienia łącznie następujących przesłanek:

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

W celu dokonania interpretacji tych przesłanek należy uwzględnić przepisy Kodeksu cywilnego dotyczące wykonywania zobowiązań. Zamówienie należy rozumieć jako zobowiązanie, a wobec tego niewykonanie zamówienia - jako niewykonanie zobowiązania w znaczeniu wynikającym z art. 471 k.c. O niewykonaniu zamówienia można mówić wówczas, gdy świadczenie wykonawcy nie zostało w ogóle spełnione, natomiast o nienależytym wykonaniu zamówienia – gdy świadczenie nie zostało spełnione w terminie bądź w całości, albo gdy przedmiot świadczenia nie odpowiada przedmiotowi zamówienia. W zakresie prowadzonej działalności gospodarczej należyta staranność ocenia się przy uwzględnieniu profesjonalnego charakteru tej działalności. Niezachowanie należytej

staranności oznacza winę dłużnika (art. 472 k.c.). Istotnym jest jednak, aby w wyniku powyższych działań wykonawcy zaistniała szkoda po stronie zamawiającego. W oparciu o doktrynę szkodę należy rozumieć jako powstałą, wbrew woli poszkodowanego, różnicę pomiędzy danym stanem majątkowym, a stanem, jaki zaistniałby, gdyby nie nastąpiło zdarzenie wywołujące szkodę. Na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych można mówić wyłącznie o szkodzie na mieniu. Szkoda na mieniu może polegać albo na umniejszeniu majątku (strata), albo na utraceniu korzyści. (vide wyrok Sądu Okręgowego w Opolu z 4.11.2004 r. sygn. akt II Ca 675/04).

Zamawiający, w decyzji o wykluczeniu odwołującego z postępowania, stwierdził, że odwołujący nie wykonał zamówienia publicznego nr 64/2003/ZP na rzecz II Oddziału ZUS w Warszawie zgodnie z umową z dnia 9 grudnia 2003 r. w wyniku czego wyrządził szkodę zamawiającemu nie wykonując naprawy w ramach udzielonej gwarancji. Dodatkowo, szkoda nie została dobrowolnie naprawiona przez odwołującego do dnia wszczęcia postępowania, ponieważ zapłata należnej kwoty nastąpiła dopiero w efekcie wyroku sądu (zamawiający musiał wystąpić na drogę postępowania sądowego).

W niniejszej sprawie bezsporne są okoliczności, iż odwołujący był związany umową z dnia 9 grudnia 2003 r. z II Oddziałem ZUS w Warszawie oraz, że na tle wykonania tej umowy powstał spór pomiędzy stronami o wynagrodzenie za naprawę dostarczonego przez odwołującego urządzenia UPS. Spór został rozstrzygnięty przez Sąd Rejonowy dla Warszawy Praga-Południe w wyroku z dnia 12 maja 2008 r. sygn. akt II Cupr 113/07 poprzez nakazanie odwołującemu zapłaty kwoty 16 360,20 zł na rzecz II Oddziału ZUS.

Stosownie do dyspozycji art. 6 k.c. ciężar dowodu zaistnienia przesłanek wykluczenia, a tym samym dowodu o niewykonaniu bądź nienależytym wykonaniu zamówienia, o szkodzie oraz o zaniechaniu dobrowolnego jej naprawienia leży po stronie zamawiającego. Podobnie orzekł Sąd Apelacyjny w Poznaniu, w wyroku z dnia z dnia 8 marca 2007 r., sygn. akt I A Ca 29/07 „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 świetle art. 6 k.c. spoczywa na wierzycielu, jako na osobie, która z tychże faktów wywodzi skutki prawne.”

Należy zauważyć, że treść art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp (w brzmieniu sprzed nowelizacji z dnia 4 września b.r.) pozwala na wykazywanie przez zamawiającego faktu wyrządzenia szkody w sposób swobodny, przy wykorzystaniu wszelkich dostępnych środków dowodowych. Wśród dokumentów, które mogą potwierdzać np. fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia można wymienić np.: protokół odbioru robót z zastrzeżeniami co do jakości, wezwanie do usunięcia wad dzieła itp.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 16 kwietnia 2008 r. sygn. akt V CSK 515/07 stwierdził, że „Odszkodowanie za nienależyte wykonanie umowy, dochodzone na podstawie art. 471 k.c. jest świadczeniem mającym powetować szkodę spowodowaną niewłaściwym działaniem bądź zaniechaniem dłużnika. Jest to roszczenie o innym charakterze niż roszczenie o wykonanie umowy. Ma na celu wyrównanie uszczerbku wywołanego nieprawidłowym zachowaniem kontrahenta, a nie wymuszenie na nim wykonania zobowiązania zgodnie z treścią umowy. Obowiązek naprawienia szkody obejmuje jej całość, w tym także uszczerbek wywołany nieotrzymaniem należnych świadczeń we właściwym czasie, w wypadku świadczeń pieniężnych obejmujący także odsetki należne za opóźnienie.” W tym samym orzeczeniu SN stwierdził, że „Stan wymagalności roszczenia o odszkodowanie z mocy art. 355 k.c. powstaje dopiero z chwilą wezwania dłużnika do zapłaty.”

W niniejszym postępowaniu, na dowód swoich twierdzeń, stanowiących podstawę wykluczenia odwołującego z postępowania, zamawiający złożył do akt w toku rozprawy pozew o zapłatę przeciwko P.I.W. CAMCO Sp. z o.o. skierowany do sądu przez II Oddział ZUS w Warszawie z dnia 23 marca 2007 r. oraz wyrok Sądu Rejonowego w Warszawie Praga Południe z dnia 12 maja 2008 roku, sygn. akt II Cupr 113/07. Zamawiający wyjaśnił przy tym, iż jego zdaniem treść tych dokumentów przesądza o fakcie wyrządzenia szkody przez odwołującego po stronie II Oddziału ZUS.

W ocenie Izby, aby uznać, że wyrok sądu powszechnego potwierdza wyrządzenie szkody, jako przesłankę wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp, przedmiotem orzeczenia sądu musi być przede wszystkim obowiązek zapłaty odszkodowania z tytułu powstałej szkody, wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia publicznego. Konieczne jest zatem, aby w przypadku orzeczenia zasądzającego określoną sumę pieniędzy przez sąd, wyrok odnosił się do szkody – a zatem, aby podstawę prawną zobowiązania stanowił art. 471 k.c.

Sentencja wyroku Sądu Rejonowego dla Warszawy Pragi Południe zawiera stwierdzenie, że Sąd „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” oraz „oddala powództwo w pozostałym zakresie”. Wyrok nie zawiera uzasadnienia. Z sentencji powyższego wyroku nie wynika, jakie przepisy stanowiły podstawę zasądzenia zapłaty, nie są znane motywy orzeczenia.

Treść pozwu (pismo II Oddziału ZUS w Warszawie z dnia 23 marca 2007 r.) wskazuje, że był to pozew o zapłatę z odsetkami kwoty uiszczonej przez powoda na rzecz pozwanego wykonawcy pomimo, iż zgodnie z treścią umowy gwarancji zdaniem powoda naprawa



powinna być wykonana nieodpłatnie. W dalszej treści powód uzasadniał pozew stwierdzając, iż „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”. W ocenie Izby treść pozwu wyraża wyłącznie subiektywne stanowisko powoda w sprawie i wobec powyższego nie może stanowić dowodu na nie wykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia lub na zaistnienie szkody. Podkreślić przy tym należy, że zamawiający nie złożył jakichkolwiek innych dokumentów załączonych do pozwu przez II Oddział w Warszawie, a swoich twierdzeń na rozprawie, iż szkoda wystąpiła nie poparł żadnymi dowodami. Treść pozwu potwierdza natomiast niezbiecie, że istniał pomiędzy stronami spór co do interpretacji warunków udzielonej przez odwołującego gwarancji. Odwołujący wyjaśnił w toku rozprawy, czemu zamawiający nie zaprzeczył, że „spór rozstrzygany przez sąd w sprawie pozwu II Oddziału ZUS w Warszawie, dotyczył sposobu wyliczenia terminu obowiązywania gwarancji na urządzenie UPS tj. z umowy gwarancji wynikało, że jest ona udzielona na okres 36 miesięcy i termin gwarancji ulega przedłużeniu o czas trwania naprawy – zamawiający II Oddział ZUS twierdził, że okres gwarancji przedłuża się o czas od wystąpienia usterki, do dokonania naprawy, niezależnie od faktu, iż wykonawca podstawił urządzenie zastępcze, natomiast odwołujący twierdził, że okres gwarancji przedłuża się wyłącznie o czas nie działania urządzenia, tj. tylko o czas od wystąpienia usterki do momentu podstawienia urządzenia zastępczego.”

Ponadto Izba wzięła pod uwagę, iż zamawiający nie zaprzeczył w toku postępowania twierdzeniu odwołującego, że zamówienie publiczne nr 64/2003/ZP na rzecz II Oddziału ZUS w Warszawie zostało wykonane zgodnie z umową z dnia 9 grudnia 2003 r. czego potwierdzeniem jest protokół odbioru zasilacza UPS. Zamawiający nie zaprzeczył również twierdzeniu, że na rynku są inni wykonawcy, którzy mogą wykonać naprawę urządzenia UPS, a zatem nie jest prawdą, że II Oddział ZUS był zmuszony wykonać naprawę wyłącznie u odwołującego.

Izba oceniła oświadczenie odwołującego, że „na skutek awarii urządzenia UPS, po dwóch dniach od jej wystąpienia, podstawił urządzenie zastępcze, co zapewniło ciągłe zasilanie systemów komputerowych” jako potwierdzenie staranności o należyte wykonanie zamówienia. W ocenie Izby nie umniejsza to prawa do skorzystania z możliwości poddania sporu interpretacyjnego rozstrzygnięciu przez niezawisły sąd powszechny.

W tym stanie faktycznym, Izba uznała, iż w przedmiotowej sprawie zamawiający nie wykazał, że postępowanie odwołującego, wynikające z realizacji umowy o zamówienie publiczne na rzecz II Oddziału ZUS w Warszawie doprowadziło do niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia, a w konsekwencji do powstania i poniesienia przez II Oddział ZUS w Warszawie szkody. Izba uznała, że zamawiający dobrowolnie zlecił odwołującemu wykonanie naprawy uszkodzonego urządzenia UPS oraz godził się na dokonanie zapłaty kwoty, wynikającej z faktury VAT wystawionej przez odwołującego za naprawę. Zastrzeżenie, że zamierza dochodzić zwrotu zapłaconej kwoty na drodze sądowej również nie stanowi dowodu na niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. W ocenie Izby jest do dowód wyłącznie na odmienne stanowisko strony w zakresie interpretacji postanowień zawartej umowy.

Zważywszy, że w toku postępowania potwierdził się zarzut podniesiony przez odwołującego dotyczący braku przesłanki do wykluczenia przez zamawiającego odwołującego P.I.W. CAMCO SP> z o.o. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp, Izba nie znalazła podstaw do uznania, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, poprzez złożenie oświadczenia, iż nie podlega wykluczeniu zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp. Potwierdził się, wobec powyższego, także zarzut w zakresie naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania na tej podstawie.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 1a oraz ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp 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 (Dz U. z 2007 r. 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:**

.....

.....