ODPIS

Sygn. akt II Ca 420/12

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 czerwca 2012 r.

Sąd Okręgowy w Białymstoku II Wydział Cywilny Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Grażyna Wołosowicz (spr.)

Sędziowie: SSO Bogusław Suter

SSO Barbara Puchalska

Protokolant: Zofia Szczęsnowicz

po rozpoznaniu w dniu 28 czerwca 2012 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy ze skargi Konsorcjum: Instytutu Zrównoważonego Rozwoju Spółki z ograniczonąodpowiedzialnością w Białymstoku, ZUB „Inżynier" Ireneusz Grasko w Białymstoku

z udziałem zamawiającego Województwa Podlaskiego - Podlaskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Białymstoku
od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej
z dnia 4 kwietnia 2012 r. sygn. akt KIO 608/12

I. oddala skargę;

II. zasądza od Konsorcjum: Instytutu Zrównoważonego Rozwoju Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku, ZUB „Inżynier" Ireneusz Grasko w Białymstoku na rzecz Województwa Podlaskiego - Podlaskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Białymstoku kwotę 1200 złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu skargowym.

Uzasadnienie

W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Rozbudowa i budowa drogi wojewódzkiej nr 671 wraz z

drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą na odcinku Janów - Korycin z podziałem na zadania: Zadanie 2 - pełnienie nadzoru inwestorskiego na zadaniu określonym w dokumentacji projektowej na: Rozbudowę i budowę drogi wojewódzkiej nr 671 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą na odcinku Janów - Korycin" prowadzonego w trybie nieograniczonego przetargu publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp" wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum: Instytut Zrównoważonego Rozwoju sp. o.o. oraz Ireneusz Grasko prowadzący działalność pod nazwą ZUB „Inżynier" wnieśli w dniu 28 marca 2012 roku odwołanie zarzucając zamawiającemu Podlaskiemu Zarządowi Dróg Wojewódzkich w Białymstoku nieuprawnione wykluczenie odwołującego z ww. przetargu nieograniczonego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy PzP oraz finalne odrzucenie oferty odwołującego (podstawa podana przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy w związku z art. 24 ust. 4 ustawy).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- wykluczenie z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy PzP w okolicznościach, które nie potwierdzają zaistnienia wszystkich

przesłanek wykluczenia wykonawcy wskazanych w ww. przepisie prawa. Zdaniem odwołującego przepis nakazuje wykazać 4 przesłanki tj. że 1) wykonawca nie wykonał zamówienia publicznego lub wykonał je nienależycie, 2) zaistniała szkoda i musi być ona skutkiem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia, 3) powstała szkoda musi być stwierdzona orzeczeniem sądu 4) orzeczenie sądu uprawomocniło się w okresie 3 lata przed wszczęciem postępowania. Tymczasem zamawiający wykluczył odwołującego mimo, że nie wykazał, iż powstała szkoda i jest ona skutkiem nienależytego wykonania zamówienia. Nadto nie spełniona też pozostała inna przesłanka albowiem szkoda ta nie została stwierdzona orzeczeniem sądu. Wyrok, na który powołuje się zamawiający wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dn. 29 grudnia 2010r. wydany pod sygn. I C 122/10 dotyczy bowiem wyłącznie zasądzenia od Instytutu Zrównoważonego Rozwoju sp. z o.o. na rzecz zamawiającego kwoty kary umownej.

- bezprawne odrzucenia oferty wynikające bezpośrednio z wyżej opisanego zarzutu bezprawnego wykluczenia z postępowania przetargowego.

Mając na uwadze te zarzuty, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. uwzględnienie odwołania,

2. nakazanie unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy PzP,

3. nakazanie unieważnienia odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy w związku z art. 24 ust. 4 oferty odwołującego,

4. nakazanie powtórzenia czynności badania oferty odwołującego,

5. zasądzenie kosztów w postępowaniu odwoławczym od zamawiającego na rzecz odwołującego.

Wyrokiem z dnia 4 kwietnia 2012 roku w sprawie KIO 608/12 Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie Konsorcjum: Instytutu

Zrównoważonego Rozwoju sp. o.o. oraz Ireneusza Grasko prowadzącego działalność pod nazwą ZUB „Inżynier". Nadto stosownie do wyniku postępowania Krajowa Izba Odwoławcza orzekła też o kosztach postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, iż w powiadomieniu o wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający podał, iż Konsorcjum podlega wykluczeniu albowiem członek Konsorcjum Lider Instytutu Zrównoważonego Rozwoju sp. z o.o. w Białymstoku wyrządził zamawiającemu szkodę wykonując zamówienie nienależycie - co jego zdaniem zostało stwierdzone orzeczeniem Sądu Okręgowego w Białymstoku z 29.12.2010r. sygn. akt I C 122/10, które jest prawomocne od dnia 9.04 2011. Nadto zamawiający powołując się na art. 142 b ust. 1 ustawy PzP przekazał powołany wyrok SO do Prezesa UZP celem zamieszczenia Instytutu Zrównoważonego Rozwoju sp. z o.o. w Białymstoku w wykazie wykonawców, którzy wyrządzili szkodę nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie (art. 154 pkt 5a ustawy o PzP).

W oparciu o te ustalenia KIO stwierdziła, iż zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w postanowieniach Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie zamieszczenie wykonawcy w wykazie wskazanym wyżej ma walor jedynie informacyjny, poprzez podanie do publicznej wiadomości w określony sposób informacji o istnieniu w stosunku do określonego wykonawcy przesłanki wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o której mowa z art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy PzP. Oznacza to, że samo zamieszczenie wykonawcy w wykazie, o którym mowa w art. 154 pkt 5a ustawy PzP, nie powoduje skutku w postaci obowiązku wykluczania go z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego", natomiast przesłanka do wykluczenia wykonawcy z postępowań wynika z samego prawa tj. z art. 24 ust.l pkt 1 ustawy PzP, (...) niezależnie od tego, czy został on umieszczony w tym wykazie, czy też nie. Rozpatrując zarzut naruszenia art. 24 ust.l pkt 1 ustawy Pzp, KIO

rozważała czy powołany przez Zamawiającego wyrok Sądu Okręgowego z dnia 29.12.2010 r. sygn. akt. I C 122/10 jest orzeczeniem, o którym stanowi przepis art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, to jest czy jest orzeczeniem, w którym stwierdzono wyrządzenie przez wykonawcę szkody w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia i zdaniem Izby z uzasadnienia wyroku wynika, że wyrok ten takim orzeczeniem sądu właśnie jest. Podstawą takiego uznania był fakt, iż wyrokiem tym Sąd Okręgowy zasądził na rzecz zamawiającego od uczestnika Konsorcjum kwotę 80.541 zł wraz z ustawowymi odsetkami do dnia zapłaty tytułem — jak podano w uzasadnieniu wyroku - - kary umownej, zastrzeżonej zgodnie z art. 483 k.c. celem naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Zdaniem KIO, bezsporne było, że Instytut Zrównoważonego Rozwoju Sp. z o.o., jako jeden z wykonawców umowy z dnia 14.03.2007 r. nr WZP3326-1/07 nie wykonał umowy w całości, a zrealizowana część została wykonana w sposób nienależyty. Co więcej z uzasadnienia wspomnianego wyroku wynika także, że wykonawca nie udowodnił, w jakiej części to zamówienia zostało wykonane, Anie też nawet nie podnosił także przez Sądem okoliczności braku winy wykonawcy w związku z taką realizacją świadczenia, zarówno co do terminowości, jak i jakości. Nadto

KIO zwróciła uwagę, że Sąd oddalając wniosek wykonawcy o zmniejszenie kary umownej w uzasadnieniu wyroku stwierdził, że (...) przedłożona przez pozwanych dokumentacja nie nadawała się do wykorzystania przez powoda, zaś rozstrzygając o zasądzeniu na rzecz zamawiającego od wykonawcy wskazanej w wyroku kwoty pieniężnej wraz z odsetkami, Sąd Okręgowy wskazał na 11 pkt b umowy, stanowiący o zapłacie kary umownej w przypadku niedotrzymania terminu wykonania umowy i stwierdzając nienależyte wykonanie umowy powołał się także na art. 483 kc, podnosząc, że zgodnie z tym przepisem można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kary umownej). Tym samym zdaniem KIO, w okolicznościach faktycznych tejże sprawy, orzeczenie powołane przez zamawiającego orzeczenie Sądu Okręgowego potwierdza fakt wyrządzenia przez wykonawcę szkody, poprzez nienależyte wykonanie zamówienia publicznego. KIO podzieliła pogląd zamawiającego, że art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy PzP abstrahuje od wysokości szkody, a tym samym ustawodawca nie uzależnił tej szkody od jej konkretnego stopnia, czy charakteru szkody, ani konkretnej podstawy prawnej odpowiedzialności za tę szkodę uzasadniających wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia. Zatem zdaniem KIO, nieuprawnione jest twierdzenie wykonawcy, że wyłącznie szkoda, za którą sprawca ponosi odpowiedzialność na zasadzie art. 471 kc, może uzasadniać wykluczenie z postępowania. KIO podkreśliła bowiem, iż w doktrynie prawa przez karę umowną strony ustalają z góry wielkość odszkodowania i zastrzeżenie takiej kary umownej ułatwia i upraszcza dochodzenie odszkodowania, zaś jak zauważył rozstrzygający zawarta w art. 483 k.c., na który powołał się w uzasadnieniu Sąd, definicja kary umownej wskazuje, że jej istotą jest naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Można zatem przyjąć, zdaniem KIO, że kara umowna zastępuje odszkodowanie należne wierzycielowi i jej zasądzenie stanowi rekompensatę szkody na zasadzie art. 471 k.c. Nadto KIO stwierdziła, że do istoty konstrukcji prawnej kary umownej należy, wskazana w art. 484 § 1 kc zasada, zgodnie z którą w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Oznacza to, że w przypadku zaistnienia szkody uprawniony do żądania kary umownej nie ma obowiązku wykazywania szkody ani jej wysokości, a zobowiązany do zapłaty kary umownej musi uiścić ją w wysokości określonej w umowie nawet, gdyby szkoda była mniejsza od tej sumy. Zastrzegając karę umowna strony ponoszą pewne ryzyko, którego rekompensatą jest jednak ułatwienie egzekwowania odszkodowania albowiem

> żądający zapłaty kary umownej nie ma obowiązku wykazania wysokości szkody. Nie przesądza to jednak, iż o tym, że szkoda taka nie wystąpiła albowiem zaistnienie jakiejkolwiek szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania jest przesłanką warunkującą możliwość żądania kary umownej. W takim przypadku, zdaniem KIO słusznie podnosił Zamawiający, to na osobie mającej zapłacić karę umowną spoczywa ciężar ewentualnego wykazania, że na skutek niewykonania bądź nienależytego wykonania przez nią zobowiązania, druga strona umowy nie doznała żadnej szkody. Tymczasem jak zauważyła KIO w będącej podstawa wykluczenia wykonawcy sprawie Sądu Okręgowego wykonawca w ogóle nie kwestionował, że zamawiający jest uprawniony do żądania zapłaty takiej kary, zaś żądając tylko zmniejszenia wysokości kary umownej, nie był w stanie wykazać, w jakiej części wykonał dokumentację, zaś Sąd Okręgowy stwierdził, że przekazana dokumentacja nie nadawała się do wykorzystania przez powoda. Ponadto wykonawca nie powoływał się także na brak winy w wykonaniu świadczenia,

ani nie wykazywał, że szkoda nie została poniesiona. Mając te okoliczności na względzie KIO podzieliła pogląd zamawiającego, że niedotrzymanie terminu powoduje po stronie Zamawiającego określoną szkodę, chociażby w postaci braku możliwości korzystania z przedmiotu świadczenia w zakładanym terminie, co jest rekompensowane takim odszkodowaniem, jak kara umowna, a tym samym podnoszony przez odwołującego zarzut bezpodstawnego wykluczenia wykonawcy z postępowania udzielenie zamówienia publicznego nie zasługuje na uwzględnienie.

O kosztach postępowania Krajowa Izba Odwoławcza orzekła na podstawie art. 192 ust, 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 2b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), godnie z

którym KIO orzekła w przedmiocie wynagrodzenia pełnomocnika jednakże w kwocie nie wyższej niż 3.600 zł.

Skargę na powyższy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej wniósł Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Instytut Zrównoważonego Rozwoju sp. o.o. oraz Ireneusz Grasko prowadzący działalność pod nazwą ZUB „Inżynier". Zaskarżając go w całości zarzucił jej:

a) naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.: art. 24 ust.l pkt 1 PzP poprzez uznanie, że pojęcie „szkody stwierdzonej orzeczeniem sądu" wyczerpuje także wyrok zasądzający karę umowną, podczas gdy językowa, systemowa i celowościowa wykładnia tego przepisu powinna prowadzić do wniosku, że „szkodą stwierdzoną prawomocnym orzeczeniem" jest szkoda, której dotyczy orzeczenie restytuujące powstały u wierzyciela uszczerbek majątkowy powstały na skutek działania lub zaniechania dłużnika (art. 363 kc)

b) naruszenie przepisów postępowania w stopniu mającym wpływ na wynik sprawy poprzez sprzeczne z treścią wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku Wydziału I Cywilnego z dnia 29.12.2010 r. (sygn. akt I C 122/10) ustalenie, że wyrok ten stwierdzał szkodę doznaną przez Zamawiającego w tamtym postępowaniu, podczas gdy prawidłowa analiza treści uzasadnienia tego wyroku wskazuje, że Sąd ten ani razu nie wypowiedział się o jakiejkolwiek szkodzie.

Na podstawie wskazanych zarzutów wniósł o:

- o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru ofert najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty skarżącego oraz nakazanie powtórzenia czynności wyboru ofert najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty skarżącego,

- zasądzenie od zamawiającego na rzecz skarżącego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego wedle norm przepisanych,

A także rozważenie przez Sąd Okręgowy zasadności przedstawienia Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia następującego zagadnienia prawnego: „Czy w

rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy — Prawo zamówień publicznych „szkoda stwierdzona orzeczeniem sądu" może wynikać z prawomocnego wyroku zasądzającego od Wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego określonej kwoty pieniężnej tytułem kary umownej?"

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga nie zasługiwała na uwzględnienie.

W ocenie Sądu Okręgowego brak było podstaw do postulowanej przez odwołującego zmiany wyroku Krajowej Izby Odwoławczej.

W pierwszej kolejności należało jednak rozpoznać podniesiony przez przeciwnika skargi zarzut niedopuszczalności skargi jako warunkujący możliwość merytorycznego rozpatrywania skargi. Przeciwnik skargi w piśmie z dnia 28 czerwca 2012r. wskazał, iż skarga winna ulec odrzuceniu z uwagi na brak zdolności procesowej po stronie przeciwnika skargi albowiem strona określona jako „Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich" nie istnieje, zaś na Sądzie nie ciąży obowiązek właściwego ustalenia strony.

W ocenie Sądu Okręgowego w niniejszej sprawie nie podstaw do odrzucenia skargi. Wskazać należy, iż postępowanie w przedmiocie rozpoznania skargi jest szczególnym postępowaniem sądowym. Skargę regulują przepisy art. 198a - art. 198g PzP, przy czym zgodnie z art. 198a PzP w postępowaniu toczącym się wskutek jej wniesienia znajdują zastosowanie przepisy kodeksu postępowania cywilnego o apelacji, chyba że przepisy PzP stanowią w zakresie konkretnej kwestii inaczej. Przepis art. 198 e PzP wskazuje, iż Sąd odrzuci skargę z innych przyczyn niedopuszczalną. Taką przyczyną jest istnienie przeszkody procesowej uniemożliwiającej merytoryczne rozpoznanie skargi przez Sąd. Z pewnością za taką przeszkodę uznać należy brak zdolności procesowej przesądzającej o niemożności występowania jako strona pozwana w rozumieniu art. 64 § 1 kpc.

Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich został utworzony Uchwałą nr VI/18/99 Sejmiku Województwa Podlaskiego z dnia 25 lutego 1999r. jako wojewódzka samorządowa jednostka organizacyjna finansowana ze środków budżetu samorządu Województwa Podlaskiego i na podstawie na podstawie art. 21 ust. 1 ustawy z dnia 21 marca 1985r. o drogach publicznych (Dz. U. z 2007r. Nr. 19 poz. 115) ustalił jego statut. Do jego zadań należą sprawy dotyczące planowania budowy, modernizacji i ochrony dróg wojewódzkich. Dodatkowo w oparciu o art. 21 ust. la ustawy o drogach publicznych zarządca drogi może upoważnić pracowników m.in. jednostki organizacyjnej będącej zarządem dróg do załatwiania spraw w jego imieniu w ustalonym zakresie, a w szczególności wydawania decyzji administracyjnych i Zarządu Województwa Podlaskiego skorzystał z tej możliwości wydając uchwałą nr 190/2897/09 z dnia 20 października 2009r. oraz z 21 września 2010r. nr 251/3920/10 w sprawie zatrudnienia dyrektora PZDW w Białymstoku oraz udzielenia stosownych pełnomocnictw i upoważnień zatrudniono Józefa Władysława Sulimę w charakterze Dyrektora PZDW w Białymstoku i udzielono mu pełnomocnictwa do wykonywania wszelkich czynności prawnych, w tym w sprawach związanych z udzielaniem zamówień publicznych. Nie budzi wątpliwości w ocenie Sądu, iż ani Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich ani też Dyrektor tego

podmiotu sprawujący jedynie w imieniu Zarządu Województwa Podlaskiego zarząd dróg wojewódzkich nie posiadają osobowości prawnej. Żaden z przepisów ustawy na podstawie, której Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich został utworzony nie daje im tego przymiotu. Brak też w tym zakresie jakiegokolwiek uregulowania szczegółowego. Natomiast zdolność sądowa przysługuje bezspornie Województwu Podlaskiemu na mocy art. 6 ust. 2 ustawy z dn. 5 czerwca 1998r. o samorządzie województwa (Dz. U. z dn. 2001 nr 142

poz. 1590). Zważywszy na ten fakt, że osoba pozwana w sprawie niniejszej jest jednostką organizacyjną osoby prawnej, która winna być stroną pozwaną Sąd procedujący w niniejszej sprawie stoi na stanowisku, iż w sprawie niniejszej nie zachodzi taki brak zdolności sądowej strony pozwanej, który nie może być uzupełniony. Pozwanie, jak to uczynił w piśmie z dnia 28 czerwca 2012 r. skarżący, zamiast strony dotychczas wskazanej Podlaskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich, Województwa Podlaskiego nie prowadzi w ocenie Sądu do zmiany tożsamości strony, a jedynie do jej doprecyzowania. Skoro pozwana pierwotnie jednostka organizacyjna funkcjonuje w strukturach podmiotu, który posiada zdolność prawna i winien być pozwany oznacza to, iż byt tej jednostki organizacyjnej jest uzależniony od bytu tego podmiotu, któremu zdolność prawna przysługuje, a zatem pozwanie tego właściwego podmiotu nie skutkuje przekształceniem podmiotowym. Nie można bowiem uznać, iż do procesu wstępuje wtedy podmiot całkowicie niezależny i odrębny od podmiotu, który pierwotnie został wskazany jako strona. Stanowisko takie zaprezentował również Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z dnia 21 czerwca 2006r. wydanym pod sygn. I Acz 134/05 (LEX 23/2012).

Zatem w ocenie Sądu Okręgowego nie jest zasadny zarzut przeciwnika skargi o konieczności odrzucenia skargi jako niedopuszczalnej. Na marginesie też wskazać jedynie, iż Sąd Okręgowy procedujący w niniejszej sprawie stoi na stanowisku, iż choć nie jest władny oznaczyć strony jako Skarbu Państwa wtedy, gdy pierwotnie strona ta oznaczana była jako podmiot odrębny od Skarbu Państwa, niemniej w razie wątpliwości co do właściwości już pomiędzy statio ficsii wyłącznie Skarbu Państwa Sąd winien ustalać z urzędu właściwy podmiot. Takie stanowisko prezentuje też Sąd Najwyższy m.in. w wyroku z 11 stycznia 1974r. wydanym pod sygnaturą II CR 685/73 (potwierdzonym następnie w uchwale z dnia 19 kwietnia 200 lr. wydanej pod sygn. III CZP 10/01 LEX 46546), gdzie wskazał iż „w sytuacji gdy strona, pozywając prawidłowo Skarb Państwa, wadliwie określa państwową jednostkę

organizacyjną, z której działalnością wiąże się dochodzone roszczenie, a w sprawie powinna występować inna państwowa jednostka organizacyjna, uzupełnienie braku w zakresie prawidłowego określenia strony pozwanej powinno nastąpić w płaszczyźnie właściwej reprezentacji (art. 67 § 2 k.p.c.), przy czym sąd powinien z urzędu czuwać nad tym, aby Skarb Państwa był w postępowaniu sądowym reprezentowany w sposób prawidłowy”(OSNCP 1999/12/205).

Przechodząc natomiast do analizy skargi stwierdzić należy, iż analiza dostępnego materiału dowodowego wskazuje na zasadność jej oddalenia.

Zdaniem Sądu Okręgowego KIO trafnie uznała zasadność zastosowania przez zamawiającego art. 24 ust 1 pkt 1 PzP wobec skarżącego. Przepis art. 24 ust. 1 ustawy PzP, którego zastosowanie przez zamawiającego legło u podłoża wniesienia skargi ma na celu, jak słusznie zauważa przeciwnik skargi wyeliminowanie z postępowań przetargowych wykonawców nierzetelnych, których działalność skutkowała w przeszłości szkodą dla jakiegokolwiek innego

zamawiającego udzielającego zamówień publicznych. Zgodnie z tym przepisem, postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się m.in. wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, jeżeli szkoda ta została stwierdzona orzeczeniem sądu, które uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania. Przesłanką wykluczenia jest zatem wyrządzenie szkody, która jest konsekwencją niewykonania lub nienależytego wykonania umowy zawartej w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z wykładnią prawa cywilnego natomiast, szkoda to uszczerbek w sferze interesów majątkowych zamawiającego, przy zalicza się to zarówno stratę w mieniu (damnum emergens}, jaki utratę korzyści (lucrum cessans). Brzmienie powołanego wyżej art. 24 ust.l pkt 1 ustawy PzP nakazuje wykluczyć wykonawcę, co do którego Sąd stwierdził w prawomocnym orzeczeniu, iż wyrządził on szkodę. W ocenie Sądu Okręgowego zatem zamawiający jest za każdym zatem zobligowany do zbadania czy: wykonawca nie wykonał bądź

nienależycie wykonał zamówienie publiczne, czy nie poprzez to niewykonanie w ogóle bądź wykonanie nienależyte zamówienia wyrządził szkodę, czy została ona stwierdzona orzeczeniem Sądu i czy orzeczenie to uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania. Dopiero wystąpienie wszystkich tych przesłanek pozwala i jednocześnie obliguje zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania przetargowego.

Skarżący twierdzi, iż w niniejszym przypadku bezpodstawnie zamawiający przyjął, iż pojęcie „szkody stwierdzonej orzeczeniem sądu" wyczerpuje także wyrok zasądzający karę umowną, podczas gdy językowa, systemowa i celowościowa wykładnia tego przepisu powinna prowadzić do wniosku, że „szkodą stwierdzoną prawomocnym orzeczeniem" jest szkoda, której dotyczy orzeczenie restytuujące powstały u wierzyciela uszczerbek majątkowy powstały na skutek działania lub zaniechania dłużnika (art. 363 k.c.).

Niewątpliwie obowiązek zapłaty kary umownej powstaje niezależnie od tego czy szkoda rzeczywiście wystąpiła i niezależnie od tego jaki był jej zakres. Przesądził to Sąd Najwyższy w uchwale składu 7 sędziów mającej moc zasady prawnej podjętej w dniu 6 listopada 2003r. pod sygn. III CZP 61/03 (k. (LEX 81615) stwierdzając, iż 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 jak słusznie podnosi skarżący fakt, istnienie wyroku zasądzającego kary umowne nie przesądza zaistnienia szkody albowiem przesłanką powstania roszczenia wierzyciela o zapłatę kary umownej może być każda postać niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego przez dłużnika. Zatem nie można wykluczyć zaistnienia wyjątkowych wypadków, w których wierzyciel na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie poniósł żadnej szkody ani nie doznał żadnego naruszenia jego sfery majątkowej, co jednak nie wyklucza mu możliwości skutecznego dochodzenia

zapłaty kar umownych, a co najwyżej winno być brane pod uwagę przy miarkowaniu należnej wysokości kary umownej.

Niemniej choć istnienie wyroku zasądzającego kary umowne nie przesądza kwestii zaistnienia szkody, to jednak w wielu przypadkach o niej świadczy. I w takich przypadkach, gdy mamy do czynienia z wyrokiem zasądzającym kary umowne na podstawie art. 483 § 1 i 2 k.c. i w których jednocześnie ta szkoda wystąpiła, przesłanka art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy PzP tj. stwierdzenia szkody w wyrokiem sądu będzie spełniona. I w ocenie Sadu Okręgowego z takim

przypadkiem mamy do czynienia w sprawie niniejszej.

Skarżący podniósł, iż w niniejszym przypadku KIO sprzeczne z treścią wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku Wydziału I Cywilnego z dnia 29.12.2010 r. (sygn. akt I C 122/10) ustalił, że wyrok ten stwierdzał szkodę doznaną przez Zamawiającego w tamtym postępowaniu, podczas gdy prawidłowa analiza treści uzasadnienia tego wyroku wskazuje, że Sąd ten ani razu nie wypowiedział się o jakiejkolwiek szkodzie. Ze stanowiskiem tym nie sposób się zgodzić. Zdaniem Sądu Okręgowego okoliczność wyrządzenia szkody w konkretnych okolicznościach nie musi wynikać wprost z wyroku, co jest oczywiste jeśli weźmie się pod uwagę fakt, iż procedura cywilna przewiduje możliwość wydawania w różnych przypadkach wyroków nie zawierających uzasadnienie, zaś wymogi stawiane sentencji nie nakazują zawierania takiego opisu. W tej sytuacji oczywistym jest, iż zaistnienia szkody może być dowodzony wszelkimi dowodami.

W niniejszym przypadku zdaniem Sądu Okręgowego choć zaistnienie szkody nie wynika wprost z analizy treści uzasadnienia przedmiotowego wyroku, to jednak jest w nie budzący wątpliwości sposób wykazane dowodami w postaci dołączonych przez przeciwnika skargi dokumentami.

W pierwszej kolejności wskazać jednak należy, iż wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 29 grudnia 2012r. w sprawie o sygn. akt I C 122/10 bezspornie uprawomocnił się w okresie nie dłuższym niż 3 lata przed wszczęciem postępowania przetargowego, którego dotyczy skarga. Wyrokiem tym zasądzono od pozwanych Instytutu Zrównoważonego Rozwoju Spółki z o.o. oraz IGO Polska sp. z o.o. w Gdańsku solidarnie na rzecz powoda Województwa Podlaskiego - Podlaskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Białymstoku kwotę 80.541 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 7 kwietnia 2010r. do dnia zapłaty. Jak wynika zaś z uzasadnienia wyroku podstawą zasądzenia przedmiotowej kwoty był łączący strony stosunek umowny, na podstawie którego Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku jako zamawiający zlecił Instytutowi Zrównoważonego Rozwoju Spółki z o.o. oraz IGO Polska sp. z o.o. w Gdańsku jako wykonawcom opracowanie dokumentacji projektowej na przebudowę drogi wojewódzkiej nr 687 i 685 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi odcinka Zwodzieckie - Nowosady - Hajnówka. Termin wykonania zlecenia ustalono na 10 grudnia 2007r, zastrzegając na wypadek niedotrzymania terminu karę umowną w wysokości 0,3 % wynagrodzenia netto, za każdy dzień opóźnienia, liczony od terminu wykonania do dnia złożenia opracowania projektowego do odbioru. Jak ustalił Sąd Okręgowy wykonawcy złożyli opracowanie dotyczące dokumentacji projektowej w dniu 31 grudnia 2007r., jednak okazały się one niekompletne, wobec czego zamawiający wyznaczył im nieprzekraczalny termin złożenia dokumentacji na dzień 17 marca 2008r. Przedstawione w tym terminie opracowania projektowe nadal nie były kompletne, w związku z czym zamawiający naliczył wykonawcom karę umowną. Wykonawcy nie kwestionując natomiast faktu należności kar za okres od 11 grudnia 1007 r. do 17 marca 2008r. wnosili o naliczanie kary za okres od 1 stycznia 2008r. do 17 marca 2008r. przy uwzględnieniu stopnia wykonania umowy, który według nich wynosił 70% całości prac. Sąd Okręgowy procedujący w tamtej sprawie po

analizie dostępnych dowodów uznał, iż bezspornie z uwagi na niedotrzymanie okresu wykonania zlecenia zamawiający zasadnie żąda kar umownych za okres od 11 grudnia 2007r. do 17 marca 2008r. Jednocześnie Sąd nie znalazł podstaw

do obniżenia wysokości tych kar z uwagi na częściowe oddanie opracowania w terminie 31 grudnia 2007r. Sąd wskazał bowiem, iż materiał dowodowy wskazuje, iż zamówienie zostało wykonane nie w 70 % jak twierdzili wykonawcy, ale zaledwie w 19%. Co więcej żadna część tych opracowań nie była zamawiającemu przydatna bez całości przedmiotu umowy. Zatem skoro przedłożona przez wykonawców dokumentacja nie nadawała się do wykorzystania przez zamawiającego w jakimkolwiek zakresie, to nie ma podstaw do zmniejszenia kary umownej. Sąd Okręgowy procedujacy w tamtej sprawie podkreślił w uzasadnieniu, iż jak wynikało z zeznań świadka Sylwestra Biajgo dokumentacja, która została przekazana przez pierwotnego Wykonawcę nie nadawała się do kontynuacji - nie miała ona materiałów wyjściowych, pomiarów ruchu, warunków technicznych i decyzji środowiskowych. Świadek zeznał, iż materiały które uzyskał nie nadawały się do wykorzystania, w związku z czym musiał je przeprojektować we własnym zakresie. Zapisy te już

7,,.. '

, ■ t . k

świadczą poniekąd, iż takie wykonanie zlecenia musiało spowodować po stronie przeciwnika skargi szkodę choćby w postaci niemożności ‘korzystania ze zleconej dokumentacji w terminie.

Niezależnie jednak od treści samego uzasadnienia wyroku ze sprawy o sygn. akt I C 122/10 wskazać należy, iż zaistnienie szkody wynikało już niezbicie z materiału dowodowego znajdującego się w aktach. Zamawiający przedłożył bowiem do akt sprawy umowę nr WZP.3320-2/11 zawartą między Podlaskim Zarządem Dróg Wojewódzkich a Jackiem Andrzejem Roszczyc prowadzącym działalność pod nazwą Przedsiębiorstwo Naukowo-Techniczne „Global Technics” Jacek A. Roszczyc w Bielsku Podlaskim dotyczącą zlecenia robót uzupełniających w zakresie, w jakim wykonanie projektu kanalizacji

deszczowej zlecone zostało uprzednio skarżącemu. Nie ulegało wątpliwości, że projekt dotyczył przebudowy drogi wojewódzkiej na odcinku Nowosady -

Hajnówka i Zwodzieckie -Nowosady. Wysokość szkody poniesionej przez zamawiającego jest co najmniej równa wartości faktury wystawionej z tytułu wykonania tych prac tj. 36.900 zł, która to kwotę przeciwnik skargi musiał zapłacić Jackowi Andrzejowi Roszczyc Przedsiębiorstwu Naukowo-Technicznemu „Global Technics”.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, wobec braku potwierdzenia podniesionych przez skarżącego zarzutów naruszenia przez KIO przepisów prawa skarga podlegała oddaleniu na podstawie art.l98f ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono na mocy art. 98 § 1 kpc zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu.

STARSZY SEKRETAtó SĄDOWY

/ y y/ — --“-I