

Sygn. akt: KIO 942/12

WYROK
z dnia 22 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Członkowie: Justyna Tomkowska

Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 maja 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 maja 2012 r. przez wykonawcę **Solid Security Spółka z o.o., ul. Postępu 17, 02-676 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Ośrodek Reprezentacyjny Ministerstwa Obrony Narodowej, ul. Grodziska 1, Nowa Wieś, 05-800 Pruszków** w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Wykonanie usługi ochrony terenów, obiektów, urządzeń oraz osób, mienia i porządku na terenie chronionym, realizowanej na rzecz Ośrodka Reprezentacyjnego MON w całodobowym systemie zmianowym” (znak sprawy 2/POIN/2012).

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **Konsalnet Holding S.A. (Lider konsorcjum), ul. Przasnyska 6A, 01-756 Warszawa, Konsalnet Security Spółka z o.o., ul. Przasnyska 6A, 01-756 Warszawa, Konsalnet Skorpion Spółka z o.o., ul. Przasnyska 6A, 01-756 Warszawa** oraz **Konsalnet Inowopol Spółka z o.o., ul. Przasnyska 6A, 01-756 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) obciąża Odwołującego - **Solid Security Spółka z o.o., ul. Postępu 17, 02-676 Warszawa** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Solid Security Spółka z o.o., ul. Postępu 17, 02-676 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

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

do wyroku z dnia 22 maja 2012 r. w sprawie o sygn. akt KIO 942/12

Zamawiający – Ośrodek Reprezentacyjny Ministerstwa Obrony Narodowej, ul. Grodziska 1, Nowa Wieś, 05-800 Pruszków prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wykonanie usługi ochrony terenów, obiektów, urządzeń oraz osób, mienia i porządku na terenie chronionym, realizowanej na rzecz Ośrodka Reprezentacyjnego MON w całodobowym systemie zmianowym” (znak sprawy 2/POIN/2012).

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 29.02.2012 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

W dniu 02.03.2012 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego UE pod numerem 2012/S 43-070489.

W dniu **27.04.2012 r.** Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp;

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **07.05.2012 r.** przez wykonawcę Solid Security Spółka z o.o. wobec następujących czynności podjętych przez Zamawiającego:

- wykluczenia Odwołującego z postępowania;
- uznania oferty Odwołującego za odrzuconą;
- wyboru jako najkorzystniejszej oferty.

Opisanym wyżej czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

- art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie;
- art. 24 ust. 4 ustawy poprzez uznanie za odrzuconą oferty wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu;
- art. 91 ust. 1 ustawy poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ;

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie przedmiotowego odwołania poprzez nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności oceny ofert oraz czynności polegających na wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz uznaniu jego oferty za odrzuconą;

- 2) dokonania ponownej oceny ofert;
- 3) wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Następnie wskazał, że niezgodne z przepisami ustawy działania Zamawiającego naruszyły interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 27.04.2012 r. (pismo nr 535), działając na podstawie art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, poinformował Odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum firm z liderem Konsalnet Holding S.A. oraz o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp i o uznaniu jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Jako dowód przywołał pismo Zamawiającego z dnia 27.04.2012.

Wskazał ponadto, iż jak wynika z treści powyższego pisma, powodem wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jest istnienie, według Zamawiającego, okoliczności, iż Solid Security Sp. z o.o. wyrządziła szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie i szkoda ta została stwierdzona prawomocnym orzeczeniem sądu (wyrok z dnia 7 września 2011 r. wydany przez Sąd Apelacyjny w Katowicach sygn. akt I ACa 330/11).

W ocenie Odwołującego Zamawiający przy tym nie wskazał żadnych okoliczności, które jego zdaniem wskazywałyby na wyrządzenie przez Odwołującego szkody w wyniku nienależytego wykonania zamówienia lub nie wykonania go w ogóle, a powołał się jedynie na powyższy wyrok Sądu Apelacyjnego.

Zgodnie z art. 24 ust 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm., dalej „ustawa Pzp”) zamawiający ma obowiązek wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy, który wyrządził szkodę nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, jeżeli szkoda ta została stwierdzona prawomocnym orzeczeniem sądu, które uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania.

Odwołujący podniósł również, że czynności wykluczenia dokonuje zamawiający w odniesieniu do wykonawcy, co do którego zachodzą wskazane powyżej okoliczności na podstawie pozyskanych informacji, niezależnie od tego czy podmiot ten został wpisany na listę, o której mowa w art. 154 pkt 5a ustawy Pzp.

I. W pkt 1 uzasadnienia zatytułowanym „Prowspólnotowa wykładnia ustawy Pzp” wskazał, że co do zasady normy dyrektyw, są kierowane do państw członkowskich i tym samym nie znajdują bezpośredniego zastosowania, ale podlegają wdrożeniu do porządków krajowych.

Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości wskazuje jednak na sytuacje w których będzie zachodzić bezpośrednie stosowanie postanowień dyrektyw.

W sprawie o sygnaturze C - 236/92 Comitato di Coordinamento per la Difesa Della Cava v Regione Lombardia, Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że: „Jeśli przepisy dyrektywy wydają się być odnośnie ich treści bezwarunkowe i wystarczająco precyzyjne jednostka może polegać na treści takich przepisów względem Państwa, gdy Państwo to nie wprowadziło takich przepisów do prawa wewnętrznego w terminie przewidzianym w dyrektywie lub też wprowadziło dyrektywę nieprawidłowo”. Podniósł również, iż z kolei w orzeczeniu C - 38/89 Ministere Public v Blanquernon Trybunał wskazał, że powody inne niż nieważność samej dyrektywy nie mogą być podnoszone przez Państwo członkowskie jako argument na jego korzyść w przypadku nie wdrożenia dyrektyw. Teza ta została doprecyzowana spojrzeniem od strony procesowej w wyroku C - 148/78 Publico Ministerio v Ratti, w którym ETS orzekł, iż Państwo członkowskie nie może oskarżać za czynność bezprawną wg własnego prawa, jeśli charakter czynności, został zmieniony na skutek dyrektywy, która weszła w życie przed dokonaniem czynności, a prawo wewnętrzne nie zostało zmienione w duchu dyrektywy.

W ocenie Odwołującego wskazuje na to dobitnie kolejne orzeczenie oznaczone C - 71/92 Komisja Europejska przeciw Hiszpanii, w którym Trybunał podniósł, że interpretacja prawa krajowego musi uwzględniać reguły zawarte w dyrektywach, a w przypadku braku precyzyjnego wdrożenia, do ustawodawstwa krajowego „tam gdzie celem dyrektyw jest nadanie praw jednostce, jednostka ta może korzystać z pełni swoich praw i w razie potrzeby powoływać się na nie przed sądem krajowym”. Za „jednostkę” należy przy tym zgodnie z zasadą równego traktowania uznać zarówno osobę prawną jak i fizyczną lub podmiot nie posiadający osobowości prawnej.

Ponadto w przypadku, gdy norma dyrektywy jest sformułowana wyraźnie i nie zależy od krajowych przepisów wykonawczych wówczas wywiera skutek bezpośredni nawet gdy nie została inkorporowana do prawa krajowego. Jednostka opierając się na dyrektywie może dochodzić swych praw przed sądami krajowymi. (C - 103/88 Fratelli Constanzo SpA v Comune Milano).

W ocenie Odwołującego szczególnie doniosłe znaczenie w sprawie będzie miało orzeczenie Trybunału w sprawie C - 76/97 Walter Toegel v Niederosterreichische Gebietskrankenkasse. Orzeczenie to dotyczy bezpośredniego stosowania dyrektyw o zamówieniach publicznych (dyrektywy 92/50 EWG obowiązującej przy udzielaniu zamówień na usługi przed wejściem w życie dyrektywy 2004/18/WE).

Jak zostało wskazane w uzasadnieniu odwołania prawo wspólnotowe może ustanawiać również granice dla pewnych metod wykładni stosowanych w krajowym systemie prawnym a wymaganie spójnej wykładni wyklucza interpretację prawa krajowego w sposób

odmienny od wykładni zgodnej z dyrektywą . W pkt 13 wyroku w sprawie Marleasing ETS stwierdził, że wymaganie wykładni prawa krajowego zgodnie z art. 11 dyrektywy 68/151 wyklucza wykładnię przepisów prawa krajowego dotyczących publicznych spółek z ograniczoną odpowiedzialnością w taki sposób, że nieważność publicznej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością może nastąpić na innych podstawach niż te, które zostały wyczerpująco określone w art. 11 tej dyrektywy. Z tezy tej wydaje się wynikać, że ETS nie uznaje żadnych ograniczeń zasady wykładni zgodnej z dyrektywami; sąd musi dokonać takiej wykładni prawa krajowego, która jest zgodna z prawem wspólnotowym. Sąd stosuje krajowe metody tylko do granicy, którą wyznacza prawo wspólnotowe zorientowane na osiągnięcie celu wskazanego w dyrektywie.

W dalszej części uzasadnienia wskazano, że wykładnia zgodna z dyrektywami odnosi się do sytuacji, w której przepisy dyrektywy są używane przez sąd krajowy jako wzorzec lub reguła interpretacyjna w procesie wykładni przepisów prawa krajowego, które są stosowane i konstruowane przez sąd w świetle przepisów dyrektywy. Oznacza to, że przepisy krajowe są interpretowane zgodnie z hierarchicznie wyższą normą prawa wspólnotowego/unijnego w celu usunięcia sprzeczności/kolizji norm regulujących ten sam przedmiot lub norm wyższego rzędu ograniczających skutek norm niższego rzędu. Wykładnia zgodna jest ukierunkowanym procesem zmiany lub ukształtowania normy prawa krajowego w celu dopasowania go do wzorca wspólnotowego (dyrektywy). W wykładni tej chodzi nie tylko o zapewnienie formalnej niesprzeczności przepisów prawa krajowego i dyrektywy, ale także o zapewnienie zgodności celów, co oznacza wykładnię prawa krajowego zorientowaną teleologicznie na osiągnięcie rezultatu przewidzianego w dyrektywie.

Następnie zostało wskazane, iż cele wykładni są realizowane poprzez wybór jednej, spośród wielu możliwych w danym wypadku, interpretacji przepisu prawa krajowego. Wykładnia prawa krajowego zgodnie z dyrektywami mieści się w traktatowym obowiązku zapewnienia przestrzegania prawa wspólnotowego, który wprowadzie cięży na Komisji i sądach wspólnotowych sensu stricte (art. 211, 220 TWE, 35 TUE) Jednakże wobec praktycznej niemożności rzeczywistego zapewnienia przez organy wspólnotowe właściwej wykładni prawa wspólnotowego/unijnego w państwach członkowskich, ukształtowano w trybie orzeczniczym zasady zobowiązujące organy państw członkowskich do takich działań.

Odwolujący wskazał, że w nowszym orzecznictwie obowiązek wykładni zgodnej z dyrektywami jest explicite wiązany z koniecznością zapewnienia ochrony prawnej jednostek i pełnej efektywności prawa wspólnotowego (wyrok w sprawach połączonych C-397/01 do C-403/01 Pfeiffer, pkt 111 - 114). Punktem odniesienia lub wzorcem dla wykładni prawa krajowego są dyrektywy, a ściślej ich „brzmienie i cel.” W jego ocenie sąd krajowy powinien zatem w wykładni prawa krajowego uwzględniać, o ile jest to możliwe, przepisy dyrektyw. Następnie w dalszej części uzasadnienia wskazano, że orzecznictwo i doktryna są zgodne co

do tego, że nakaz wykładni prawa krajowego zgodnie z dyrektywami obowiązuje w stosunku do wszystkich dyrektyw niezależnie od tego, czy wywołują one skutek bezpośredni lub nie wywołują takiego skutku. Inaczej, przesłanką aktualizowania się obowiązku wykładni zgodnej z dyrektywą nie jest wywoływanie przez dyrektywę skutku bezpośredniego. Przeciwnie, nakaz wykładni zgodnej z dyrektywą ma szczególne znaczenie w wypadku, gdy dyrektywa nie wywołuje skutku bezpośredniego, na przykład dlatego, że chodzi o zakaz bezpośredniego pozytywnego skutku w układzie horyzontalnym lub dyrektywa pozostawia państwom członkowskim pewien zakres swobody (uznania) implementacyjnej. Ponadto, w ocenie Odwoływającego, obowiązek wykładni prawa krajowego w świetle brzmienia i celu dyrektywy dotyczy zarówno dyrektyw nienależycie implementowanych, jak i dyrektyw transponowanych „słowo w słowo” do krajowego porządku prawnego; w tym ostatnim wypadku chodzi o uwzględnienie przez sąd krajowy orzecznictwa ETS dotyczącego danej dyrektywy.

Jak wskazano w uzasadnieniu ustawa Prawo zamówień publicznych stanowi implementację do polskiego porządku prawnego m.in. dyrektywy z 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U.UE.L.04.134.114, dalej „dyrektywa klasyczna”) oraz dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE.L.04.134.1, dalej „dyrektywa sektorowa”).

W tym miejscu, w ocenie Odwoływającego, na uwagę zasługuje opinia rzecznika generalnego M. Poiaresa Madura przedstawiona w dniu 8 października 2008 w sprawie C-213/07 w której wyraźnie wskazano, że Fakt, iż dyrektywa 93/37 nie wprowadziła pełnej harmonizacji zasad udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, nie oznacza, że niektóre z jej przepisów nie mogą być uważane za wyczerpujące uregulowania pewnych aspektów. Ponadto wiele elementów wyraźnie wskazuje na zamknięty charakter katalogu podstaw wykluczenia przedsiębiorcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, wymienionych w art. 24 rzeczony dyrektywy. Za takim wnioskiem przemawiają już same cele tego aktu prawnego. Ponieważ dyrektywa 93/37 dąży do rozwoju konkurencji w dziedzinie zamówień publicznych na roboty budowlane poprzez promowanie możliwie najszerszego udziału w procedurach udzielania zamówień, dodanie nowych podstaw wykluczenia oferentów niewątpliwie ogranicza dostęp kandydatów do takich zamówień i w związku z tym ogranicza konkurencję. Co więcej, wydaje mi się, że takie rozwiązanie zostało przyjęte w orzecznictwie. W tym kierunku zmierzał już nałożony na państwa członkowskie zakaz wymagania od oferenta potwierdzania zdolności technicznej, ekonomicznej i finansowej oraz uczciwości za pomocą innych dokumentów niż te, które zostały wymienione w art. 23-26 poprzednio obowiązującej dyrektywy 71/305 w sprawie

zamówień publicznych na roboty budowlane; inaczej mówiąc, kontrola pod kątem zaistnienia jednej z przyczyn wykluczenia wymienionych w art. 24 wskazanej dyrektywy, mających związek z kandydatem do udziału w zamówieniu publicznym na roboty budowlane, mogła odbywać się wyłącznie na podstawie dowodów, które zostały określone w sposób wyczerpujący. Co więcej, orzeczono już, że art. 17-25 poprzednio obowiązującej dyrektywy 77/62 w sprawie zamówień publicznych na dostawy wymieniały „w sposób wyczerpujący i bezwzględnie obowiązujący” jakościowe kryteria wyboru, w tym – w art. 20 - kryteria związane z uczciwością zawodową kandydata oraz kryteria udzielania zamówienia, a w konsekwencji wykluczały możliwość ograniczenia udziału w zamówieniu na dostawy wyłącznie do przedsiębiorstw, w których udział w kapitale zakładowym miał w dominującym stopniu charakter publiczny.

Również Europejski Trybunał Sprawiedliwości dokonując wykładni art. 29 dyrektywy nr 92/50 w sprawie zamówień publicznych na dostawy, który pokrywa się z treścią art. 24 dyrektywy 93/37, orzekł, że przepis ten, który przewiduje siedem podstaw wykluczenia kandydatów z udziału w zamówieniu odnoszących się do ich uczciwości zawodowej, wypłacalności i wiarygodności, „sam określa wyłączne granice uprawnień państw członkowskich w tym znaczeniu, że nie mogą one ustanawiać innych przypadków wykluczenia niż przypadki tam wskazane” .

Następnie w uzasadnieniu zostało podniesione, że dlatego też „w ramach wspólnych zasad, które ustanawia, państwu członkowskiemu przysługuje swoboda utrzymania w mocy lub uchwalania nowych przepisów prawa materialnego lub proceduralnego w dziedzinie zamówień publicznych, pod warunkiem iż będą one zgodne z wszystkimi odpowiednimi przepisami prawa wspólnotowego. Dotyczy to w szczególności zakazów, które wynikają z traktatowych zasad w dziedzinie prawa podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej oraz swobodnego świadczenia usług”

W ocenie Odwołującego powołane wyżej argumenty poparte orzeczeniami ETS potwierdzają zamknięty charakter katalogu podstaw wykluczenia wymienionych w odpowiednich przepisach dyrektyw dotyczących koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych.

Niewątpliwie dyrektywy wspólnotowe mają na celu uregulowanie w sposób wyczerpujący podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Taki właśnie jest cel art. 45 dyrektywy klasycznej. Jedyne wyłom od tej zasady dostrzegalny jest w rozstrzygnięciu przyjętym przez Trybunał w sprawie Fabricom. Spór dotyczył zgodności dyrektyw w sprawie zamówień publicznych z uregulowaniami krajowymi, które wprowadzały zakaz składania ofert w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, dostawy lub usługi osobom, na których spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub

rozwojowych związanych z tym zamówieniem publicznym. Pominąwszy analizę zakazu łączenia udziału na etapie przygotowawczym zamówienia publicznego ze złożeniem oferty w tym zamówieniu w świetle przepisów wspomnianych dyrektyw wymieniających sytuacje powodujące wykluczenie z udziału w postępowaniach przetargowych, w szczególności w kontekście art. 24 dyrektywy 93/37, Trybunał ograniczył się do sprawdzenia, czy sporny środek zmierza do zapewnienia równego traktowania oferentów oraz czy różnica w traktowaniu nie wykraczała poza to, co jest konieczne do osiągnięcia tego celu.

W dalszej części uzasadnienia zostało podniesione, iż uznać zatem należy, że jedyną przyczyną uzasadniającą możliwość rozszerzenia katalogu przesłanek wykluczenia wykonawców w stosunku do tych wskazanych w dyrektywie jest zapewnienie poszanowania innych reguł i zasad zapisanych w wymienionej dyrektywie lub z niej wynikających. Dotyczy to w szczególności zasady równego traktowania kandydatów do udziału w zamówieniu publicznym. Zasada ta - która wiąże się w konieczny sposób z obowiązkiem zachowania przejrzystości - wynikająca z podstawowych swobód przedsiębiorczości i świadczenia usług, a także stanowiąca podstawę wszystkich uregulowań wspólnotowych w dziedzinie zamówień publicznych, może uzasadniać wykluczenie konkurentów z udziału w zamówieniu w zakresie, w jakim konkurencja między wykonawcami, promowana przez dyrektywy w sprawie zamówień publicznych i zakładająca możliwie jak najszerszy udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia, jest efektywną konkurencją wyłącznie wtedy, gdy występuje z poszanowaniem zasady równego traktowania kandydatów.

Należy zatem stwierdzić, że państwa członkowskie mogą przewidzieć inne sytuacje powodujące wykluczenie niż te, które zostały wyszczególnione w art. 24 dyrektywy 93/37, jeżeli okaże się to konieczne do zapobieżenia ewentualnym konfliktom interesów, a zatem do zapewnienia przejrzystości i równego traktowania. Takie jest zresztą znaczenie treści art. 6 ust. 6 dyrektywy 93/37, zgodnie z którym „instytucje zamawiające zapewniają, że wszyscy dostawcy traktowani będą w niedyskryminujący sposób”.

Takie wnioski potwierdza również, zdaniem Odwołującego, przywołana powyżej sprawa *Fabricom*.

W dalszej części uzasadnienia zostało wskazane, że wspomniana możliwość rozszerzania katalogu przesłanek wykluczenia wykonawców nie jest nieograniczona. Korzystanie z niej podlega kontroli sądu. Nawet jeżeli zasadniczo to nie Trybunał na podstawie art. 234 WE, lecz sąd krajowy rozstrzygający spór w postępowaniu przed tym sądem przeprowadza taką kontrolę. W polskim porządku prawnym organem powołanym do przeprowadzenia takiej kontroli jest Krajowa Izba Odwoławcza. Krajowa Izba Odwoławcza stoi zatem na straży zgodności samej ustawy Pzp z przepisami unijnymi jak również prawidłowej jej interpretacji (zgodnie z celem tych dyrektyw).

Reasumując, Odwołujący wskazał, że dyrektywa klasyczna zawiera zamkniętą listę obligatoryjnych przesłanek wykluczenia z zamówień publicznych. Znalazło to niedawno potwierdzenie w wyroku ETS. Państwa członkowskie, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, nie mogą wprowadzać jako obligatoryjnej podstawy wykluczenia dalej idących, bardziej restrykcyjnych ograniczeń dotyczących cech zawodowych wykonawcy niż te, które zostały przewidziane w dyrektywie (np. wyrok ETS z dnia 9 lutego 2006, sprawa C-226/04 oraz C-228/04, La Cascina, lub wyrok ETS z dnia 16 grudnia 2008, sprawa C-213/07, Michaniki AE), natomiast wprowadzone do krajowych porządków prawnych przesłanki powinny być interpretowane w duchu dyrektywy.

W ocenie Odwołującego nie sposób zatem zgodzić się z tezą, że przyjęcie na siebie odpowiedzialności na zasadzie ryzyka, i w konsekwencji konieczność naprawienia szkody wywołanej kradzieżą dokonaną przez osobę trzecią uzasadnia wykluczenie wykonawcy z postępowania.

Zgodnie z art. 45 ust 2 lit c) i d) dyrektywy klasycznej z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który:

- c) został skazany prawomocnym wyrokiem, zgodnie z krajowymi przepisami, za przestępstwo związane z jego działalnością zawodową;
- d) jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające;

Przepis dyrektywy, w ocenie Odwołującego, wyraźnie wskazuje, że ww. przesłanki wykluczenia są przesłankami fakultatywnymi, a zatem Państwa członkowskie nie mają obowiązku ich transpozycji do krajowego porządku prawnego. Nie oznacza jednak, że można je rozszerzać.

Przepis art. 24 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp uznać należy za odzwierciedlenie przesłanki określonej w art. 45 ust 2 lit d) dyrektywy klasycznej. W związku z tym, zdaniem Odwołującego, również interpretacja polskiego przepisu powinna zostać dokonana przez pryzmat dyrektywy.

Jak zostało wskazane w dalszej części uzasadnienia polska ustawa uzależnia konieczność wykluczenia wykonawcy m.in. od powstania szkody, nie wartościując jednak wprost ani jej wielkości ani faktu czy została wyrządzona z winy umyślnej, czy też nieumyślnej. Uznać zatem należy, w ocenie Odwołującego, że przepis ten powinien być interpretowany w duchu dyrektywy, która w tym przypadku mówi o poważnym wykroczeniu zawodowym z winy wykonawcy a nie jakimkolwiek wykroczeniu. W związku z tym nie może ostać się pogląd zgodnie, z którym sam fakt powstania jakiegokolwiek szkody w związku z nienależytym wykonaniem zamówienia (stwierdzony prawomocnym wyrokiem sądu) zawsze stanowi podstawę wykluczenia wykonawcy.

Zdaniem Odwołującego taka interpretacja przepisu art. 24 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp jest niezgodna z treścią dyrektywy oraz z jej duchem, jak również rażąco narusza zasadę proporcjonalności. Dyrektywa wyraźnie podkreśla, że wykroczenie zawodowe musi być „poważne”, a więc w szczególności sposób kwalifikowane. Dodatkowo należy podkreślić, że przepis polskiej ustawy nie jest wymierzony w wykonawców „niesolidnych”. Jest wymierzony w podmioty, które zdecydowały się poddać spór pod rozagę sądu, działającego w ramach swoich konstytucyjnych kompetencji. Podmiot, który wyrządził szkodę nawet bardzo dużych rozmiarów (np. na poziomie kilkudziesięciu milionów złotych), ale nie podlegała ona ocenie sądu, nie będzie bowiem podlegał wykluczeniu. Równocześnie podmiot, który wyrządził szkodę o wiele mniejszą (np. kilka tysięcy złotych), ale zdecydował się poddać sprawę pod rozagę sądu, takiemu wykluczeniu będzie podlegał.

Zdaniem Odwołującego literalna interpretacja przepisów art. 24 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp zamyka bowiem w praktyce wykonawcom zamówień publicznych drogę do sądowego dochodzenia roszczeń od zamawiającego, a w przypadku otrzymania roszczeń odszkodowawczych od tego zamawiającego, zmuszają do ich uznania, nawet jeśli są to roszczenia ewidentnie wygórowane lub bezpodstawne, po to, by nie dopuścić do zawiśnięcia sporu przed sądem. Bowiem w przypadku jakiegokolwiek sporu sądowego, wykonawca może znaleźć się w takiej sytuacji, że jego roszczenie o zapłatę bezspornie należnego wynagrodzenia zostanie pomniejszone przez sąd o minimalną nawet kwotę odszkodowania zgłoszonego przez zamawiającego w ramach pozwu wzajemnego, a taki wyrok sądu wyeliminuje wykonawcę z postępowań o zamówienie publiczne na trzy lata. Podobnie będzie w sytuacji, gdy w procesie odszkodowawczym sąd zasądzi niewielką część dochodzonego od wykonawcy odszkodowania, oddalając je np. co do 90% żądanej przez zamawiającego kwoty - jak to miało miejsce w przypadku roszczeń w stosunku do Odwołującego.

W ocenie Odwołującego warto wskazać na opinię Polskiej Konfederacji Pracodawców Prywatnych Lewiatan z dnia 25 sierpnia 2009 r. w której wskazano, że ustawodawca, ustanawiając tak surową sankcję dla wykonawcy, któremu w toku postępowania sądowego udowodni się wyrządzenie jakiegokolwiek, nawet bagatelnej szkody, zapomniał też o tym, że przedmiotem postępowania sądowego niekoniecznie jest zasądzenie ewidentnie należnego odszkodowania czy wynagrodzenia. Często, zwłaszcza w sprawach gospodarczych, dopiero długotrwałe postępowanie dowodowe, prowadzone z wykorzystaniem opinii biegłych, pozwala na ustalenie, czy rzeczywiście umowa została nienależycie wykonana, czy nastąpiło to z przyczyn angażujących odpowiedzialność wykonawcy, czy po stronie zamawiającego powstała szkoda i w jakiej wysokości. Rolą sądu cywilnego jest właśnie rozstrzyganie sporów z zakresu prawa cywilnego. Występuje on w charakterze niezależnego arbitra rozsądzającego argumenty każdej ze stron. Z niezrozumiałych względów obecne brzmienie przepisów drastycznie podnosi ryzyko wykonawcy, gdy zdecyduje się on skorzystać z

możliwości rozpoznania sprawy przez niezawisły sąd. W przypadku przegrania sporu konsekwencją nie jest bowiem obowiązek zapłaty zgodnie z wyrokiem sądu - nawet gdy wykonawca wyrok sądowy niezwłocznie wykona, dotknięty zostanie automatycznie sankcją wykluczenia. Automatyzm sankcji przy tak znacznym naruszeniu zasady proporcjonalności prowadzi też w konsekwencji do naruszenia konstytucyjnej wolności prowadzenia działalności gospodarczej.

Zdaniem Odwołującego w związku z tym uznać należy, że interpretacja art. 24 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp, musi być każdorazowo dokonywana w świetle przepisów dyrektyw. Dlatego uznanie przez Zamawiającego, że uszczerbek w majątku Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach wywołany kradzieżami, a stwierdzony prawomocnym wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Katowicach (sygn. akt I ACa 330/11) stanowi poważne wykroczenie zawodowe i może stanowić przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania w sprawie udzielania zamówienia publicznego, stoi w sprzeczności z celem wprowadzenia przepisów dotyczących wykluczenia - jakim jest eliminowanie nierzetelnych wykonawców.

W zakresie wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp Odwołujący podniósł, że słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 grudnia 2011 r. (sygn. akt KIO 2632/11), iż treść art. 24 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp wskazuje na konieczność każdorazowego zbadania czterech okoliczności, których łączne zaistnienie uzasadnia wykluczenia wykonawcy:

1. czy wykonawca nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie publiczne;
2. czy nie wykonując lub nienależycie wykonując zamówienie wyrządził szkodę;
3. czy szkoda została stwierdzona orzeczeniem sądu;
4. czy orzeczenie sądu uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania.

Pierwsza przesłanka dotyczy niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia. Przepis wskazuje na obiektywne niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia. Przesłanka ta musi być interpretowana w kontekście obowiązków wykonawcy wynikających z umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz zakresu świadczenia, którego umowa ta dotyczy. Przedmiotem umowy z dnia 5 kwietnia 2007 r. zawartej pomiędzy Śląską Akademią Medyczną w Katowicach i Odwołującym jest świadczenie usług w formie ochrony mienia na terenie Akademii Medycznej, zgodnie z opracowaną przez wykonawcę i zaakceptowaną przez Akademię Medyczną „Instrukcją Ochrony”. Umowa ta - z uwagi na charakter świadczenia - jest umową starannego działania. Oznacza to, iż w umowie tej ważna jest wykonywana praca (wykonywanie czynności ochrony zgodnie z przepisami prawa i Instrukcją Ochrony) na rzecz zleceniodawcy, która niekoniecznie będzie prowadzić do określonego rezultatu. Wynagrodzenie z umowy zlecenia przysługuje za samo - staranne działanie nie zaś za jego rezultat. Jak dowód Odwołujący wskazał umowę z dnia 5 kwietnia 2007 r.

Odwołujący podniósł, iż jednocześnie z treści umowy wynika, że Odwołujący „odpowiada materialnie za szkodę spowodowaną kradzieżą, włamaniem bądź uszkodzeniem lub dewastacją mienia” (§ 1 ust 2 umowy). Odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia, sankcjonowana karami umownymi została natomiast zastrzeżona jedynie na okoliczności braku pełnej obsady pracowników ochrony na zmianie (§ 6 ust 1 umowy).

W dalszej części uzasadnienia wskazano, iż z systematyki samej umowy wynika, że strony wyraźnie oddzieliły nienależyte wykonywanie umowy od odpowiedzialności za szkodę wywołaną kradzieżą. To pierwsze zostało zdefiniowane jako niepełna obsada pracowników na stanowiskach, druga natomiast została określona jako odpowiedzialność czysto materialna - niezależna od prawidłowego bądź nieprawidłowego wykonywania umowy. Przyjęcie zatem odpowiedzialności za kradzieże dokonane na obiekcie (ukształtowane na zasadzie ryzyka) nie może być utożsamiane z rozszerzeniem odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia. Odpowiedzialność ta jest bowiem niezależna od należytego wykonywania zamówienia.

W ocenie Odwołującego słusznie podkreśla Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 grudnia 2011 r. (sygn. akt KIO 2632/11), że informacje o zakresie niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia oraz szkody można powziąć jedynie poprzez analizę uzasadnienia orzeczenia stanowiącego podstawę ewentualnego wykluczenia. W wyroku z dnia 7 września 2011 r. Sąd Apelacyjny w Katowicach wskazał, że „(...) co o zasady należy uznać zarzuty apelacji, iż pozwany nie udowodnił aby doszło do nienależytego wykonania umowy przez powódkę, uzasadniającego naliczenie kar umownych w kwocie dochodzonej pozwem.” W tym zakresie Odwołujący jako dowód przywołał wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach.

W związku z tym uznać należy, zdaniem Odwołującego, że pierwsza przesłanka konieczna do zastosowania art. 24 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp nie zachodzi w niniejszym stanie faktycznym, i chociażby z tego powodu wykluczenie wykonawcy z postępowania przez Zamawiającego jest nieprawidłowe.

Druga przesłanka sprowadza się de facto do zaistnienia związku przyczynowego pomiędzy niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia a szkodą. Jak już wcześniej wspomniano Sąd Apelacyjny uznał, że nienależyte wykonanie zamówienia nie zostało udowodnione, trudno zatem mówić o jakimkolwiek związku przyczynowym, nie mniej jednak w zaistniałym stanie faktycznym nawet udowodnienie nienależytego wykonania zamówienia nie ma związku ze szkodą powstałą w wyniku kradzieży dokonanej przez osobę trzecią.

W ocenie Odwołującego na uwagę zasługuje również fakt, że przepis art. 24 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp wyraźnie wskazuje na zakres związku przyczynowego jaki musi zaistnieć

między nienależytym wykonaniem zamówienia a szkodą. Wykluczeniu podlegają bowiem wykonawcy, którzy wyrządzili szkodę nie wykonując lub nienależycie wykonując zamówienie. Ustawodawca jednoznacznie określił zatem, że chodzi o taką szkodę, która jest następstwem nienależytego wykonania zamówienia przez wykonawcę. W związku z tym nie może stanowić przesłanki wykluczenia wykonawcy wyrządzenie szkody przez podmiot inny niż wykonawca - w tym przypadku, osobę dokonującą kradzieży. Nie ma tu bowiem mowy ani o związku przyczynowym pomiędzy działaniem wykonawcy a powstaniem szkody, co więcej nie zachodzą okoliczności wskazane wprost w ustawie czyli wyrządzenie szkody przez wykonawcę. Szkada powstała wskutek kradzieży nie została wyrządzona przez nienależyte wykonywanie umowy i w ogóle nie została wyrządzona przez wykonawcę, co jest niezbędnym i jednoznacznym elementem przesłanki. Powstała wskutek działania osoby trzeciej (która dokonała kradzieży) i mogło do niej dojść nawet w przypadku należytego wykonywania zamówienia.

Następnie Odwołujący podniósł, że pomimo tego, że Sąd Apelacyjny w Katowicach uznał, że Odwołujący obowiązany jest do naprawienia szkody (powstałej z przyczyn obiektywnych - na zasadzie ryzyka) nie można mówić o szkodzie powstałej w wyniku nie wykonania lub nienależytego wykonania zamówienia. Do naprawienia szkód powstałych w wyniku kradzieży Odwołujący obowiązany był również w sytuacji prawidłowego wykonywania zamówienia, a samo powstanie szkody mogło być również następstwem kradzieży dokonanych przez osoby trzecie czy nawet pracowników Akademii Medycznej.

W dalszej części uzasadnienia wskazano, iż nie ma zatem znaczenia dla zaistnienia podstaw wykluczenia ziszczenie się dwóch kolejnych przesłanek, mianowicie stwierdzenie szkody prawomocnym orzeczeniem oraz uprawomocnienie się orzeczenia w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania.

Odwołujący wskazał, że w jednej ze spraw rozpatrywanych dotychczas przed Krajową Izbą Odwoławczą (sygn. akt KIO UZP 2630/11) została złożona skarga do Sądu Okręgowego będącego instancją odwoławczą od orzeczeń KIO przewidzianą przez przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Sąd Okręgowy w Olsztynie w wyroku z dnia 8 marca 2012 r. zmienił wyrok KIO uznając (strony 10 i następne), iż skarga Solid Security Sp. z o.o. była zasadna a Krajowa Izba Odwoławcza wyprowadziła błędny wniosek, jakoby skarżąca nie wykonała lub nienależycie wykonała zamówienie publiczne będące przedmiotem postępowania w sprawie rozstrzygniętej przez Sąd Apelacyjny w Katowicach, sygn. akt. I ACa 330/11. Jako dowód Odwołujący przywołał wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 8 marca 2012 r. (doręczony Zamawiającemu na etapie składania oferty).

W świetle powyższych okoliczności należy uznać, że w przedmiotowej sprawie w odniesieniu do Odwołującego nie zachodzi przesłanka wykluczenia z postępowania, o której

mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy, a wskazane na wstępie działania Zamawiającego były bezpodstawne. W związku z tym odwołanie powinno zostać uwzględnione w całości.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności korespondencją prowadzoną w ramach przedmiotowego postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący złożył w postępowaniu ofertę z najkorzystniejszą ekonomicznie, zatem w przypadku uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ oraz korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, jak również dowody zawnioskowane przez Odwołującego z treści odwołania.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia Odwołujący złożył w dniu 16.04.2012 r. ofertę z całkowitą ceną ofertową wynoszącą 661.764,60 złotych brutto.

W dniu 27.04.2012 r. Zamawiający poinformował Odwołującego w piśmie zatytułowanym „Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty” m.in. o wykluczeniu Solid Security Spółka z o.o. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz o uznaniu jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym czynności wykluczenia Zamawiający wskazał, że „Sąd Apelacyjny w Katowicach wyrokiem z dnia 7 września 2011 r. o sygn. akt I ACa 330/11 orzekł, że Solid Security Sp. z o. o. wyrządził szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie. Wykonawca Solid Security sp. z o.o. został wpisany przez Prezesa UZP na listę wykonawców prowadzoną na podstawie art. 154 pkt 5a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.).

Na powyższą czynność Odwołujący w dniu 7 maja 2012 r. wniósł odwołanie.

Izba uwzględniając podstawę faktyczną wykluczenia Odwołującego z postępowania wskazuje, że w dniu 5 kwietnia 2007 r. pomiędzy zamawiającym – Śląską Akademią Medyczną w Katowicach, a wykonawcą – Solid Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zawarto umowę na wykonanie usługi polegającej na całodobowej ochronie fizycznej osób i mienia na terenie działalności zamawiającego.

W § 2 pkt 2 umowy zastrzeżono, iż wykonawca odpowiada materialnie za szkodę spowodowaną kradzieżą, włamaniem bądź uszkodzeniem lub dewastacją mienia.

Ponadto w § 6 pkt 1 powyższej umowy zostało wskazane, że wykonawca zapłaci zamawiającemu karę w wysokości 300% stawki za jedna roboczo godzinę za niepełne wykonanie usługi, tj. brak pełnej obsady pracowników ochrony na zmianie.

Jak wynika z uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 27 stycznia 2011 r. sygn. akt II C 551/09, pismem z dnia 08.05.2009 r. Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach poinformował o potrąceniu z należności za wykonanie ww. umowy i nie zapłacił wykonawcy kwoty 263 627,74 zł tytułem poniesionej szkody majątkowej oraz kar umownych. W szczególności z dokonanego potrącenia kwota w wysokości 20 939,10 zł

dotyczyła licznych kradzieży dokonanych w obiekcie przy ul. Jedności 8 w Sosnowcu. ŚSUM uznał, że dokonane kradzieże były wynikiem zaniedbań wykonawcy i nienależytego wykonywania umowy (twierdzenia pozwu, str. 1 uzasadnienia wyroku SO w Katowicach, *in fine*). Wobec powyższego Odwołujący wniósł pozew o zapłatę potrąconych należności.

Sąd I Instancji ww. wyrokiem powództwo oddalił. W uzasadnieniu wyroku wskazano na umowne rozszerzenie odpowiedzialności powoda na zasadzie art. 473 Kodeksu cywilnego oraz stwierdzono, iż przy tak ukształtowanym stosunku umownym powódka ponosiła odpowiedzialność za szkody powodowane kradzieżą. Ponadto powódka miała pełną świadomość takiej odpowiedzialności, skoro po zaistnieniu kradzieży podjęła wysiłki zmierzające do poprawy jakości świadczonych usług, co uprawnia nawet do twierdzenia o niezachowaniu należytej staranności, przy wykonywaniu usługi w czasie gdy do kradzieży dochodziło. W prawie cywilnym wina jest postacią niedbalstwa, co wiąże się z regulacją art. 355 Kc (str. 8 uzasadnienia wyroku Sądu I Instancji).

W wyniku apelacji powódki Sąd Apelacyjny w Katowicach wyrokiem z dnia 7 września 2011 r. sygn. akt I ACa 330/11, zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że zasądził od Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach na rzecz Solid kwotę 253.458,08 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 8 czerwca 2009 roku i oddalił powództwo w pozostałej części. Z uzasadnienia wyroku wynika, że podstawą uwzględnienia apelacji/pozwu we wskazanym zakresie były głównie braki w wykazaniu przez pozwanego wysokości czy podstaw jego roszczeń, natomiast oddalenie części powództwa dotyczyło kwoty 10.169,66 zł. W ocenie Sądu Apelacyjnego pozwany udowodnił w wystarczający sposób szkodę doznaną z powodu kradzieży w budynku przy ul. Jedności 8 w Sosnowcu projektorów marki Epson, w wysokości 10.169,66 zł. Sąd Apelacyjny podzielił argumentację Sądu I instancji, że za tego rodzaju szkodę Solid zobowiązała się odpowiadać na zasadzie ryzyka.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

I. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Izba uznała, iż zarzut powyższy nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, w ramach rozpoznania przedmiotowego odwołania, że kwestia wykluczenia wykonawcy Solid Security Spółka z o.o. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w związku z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 7 września 2011 r. o sygn. akt I ACa 330/11 była już przedmiotem orzekania Krajowej Izby Odwoławczej w ramach postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 2630/11, KIO 2631/11, KIO 2632/11, KIO 2695/11 oraz KIO 848/12, w ramach których doszło do oddalenia odwołań.

W ramach przedmiotowego odwołania spór pomiędzy Stronami sprowadza się do kwestii, czy w stanie faktycznym sprawy zaktualizowała się przesłanka uregulowana w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp obligująca Zamawiającego do wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Należy bowiem wskazać, iż instytucja wykluczenia wykonawcy z postępowania uregulowana w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp stanowi normę prawną o charakterze bezwzględnie obowiązującym, co sprowadza się do twierdzenia, iż w przypadku ziszczenia się łącznie przesłanek określonych w powyższym przepisie zamawiający jest zobligowany do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Tym samym nie zasługuje na uwzględnienie, przedstawiona w toku rozprawy przez Odwołującego argumentacja, zmierzająca do uwzględnienia w ramach tej przesłanki przez Izbę kwestii związanej z aspektami finansowymi czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Wskazana przez Zamawiającego przesłanka wykluczenia Odwołującego z postępowania unormowana w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się 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. Taka podstawa prawna czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania została wskazana przez Zamawiającego, który wskazał ponadto na fakt umieszczenia Odwołującego w wykazie wykonawców prowadzonym przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz wskazał na orzeczenie sądu, które przesądziło, w jego ocenie, o wypełnieniu przesłanki uregulowanej w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy należy wskazać, iż wbrew poglądom Odwołującego Zamawiający był zobligowany do wykluczenia Solid Security Spółka z o.o. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp uznając słusznie, iż doszło do spełnienia się hipotezy normy prawnej uregulowanej w powyższym przepisie, tj. Odwołujący wyrządził szkodę realizując umowę o zamówienia publiczne, zaś szkoda ta została stwierdzona prawomocnym orzeczeniem sądu, które uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem niniejszego postępowania.

Należy podnieść, iż Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wskazał na konieczność zastosowania „pro unijnej” wykładni art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp na etapie stosowania powyższej przesłanki. W tym miejscu wskazać należy, iż tego rodzaju interpretacja normy prawnej miałaby zastosowanie w przypadku wadliwej implementacji przepisów właściwej dyrektywy do krajowego porządku prawnego. Jednakże z tego rodzaju sytuacją nie mamy do czynienia w niniejszym przypadku. Odwołujący nie wykazał, aby norma prawna uregulowana w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp została wadliwie implementowana przez polskiego ustawodawcę, w szczególności nie wykazał, aby fakt stwierdzenia w prawomocnym

orzeczeniu sądu szkody będącej następstwem nie wykonania lub nienależytego wykonania zamówienia wykraczał poza ramy zakreślone w art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy klasycznej, który stanowi, że z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające. Jak wynika z przywołanego w treści odwołania wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 8 marca 2012 r. o sygn. akt IX Ca 23/12 Sąd stwierdził, iż: „Na początku należy wskazać, że wdrożenie do krajowego porządku prawnego art. 45 ust. 2 lit. c) i d) dyrektywy klasycznej (Koordynacja procedur udzielania zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi – dyrektywa z dnia 31 marca 2004 r. Parlamentu Europejskiego, Rady Unii Europejskiej. Dz. U. UE.I.2004.113.114) została przeprowadzona prawidłowo, dlatego treść art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp uwzględniająca uwarunkowania powyższej dyrektywy w spornym zakresie, pozwala na stosowanie polskiego prawa zamówień publicznych”. Biorąc pod uwagę powyższe bezpośrednio zastosowanie ma norma prawa polskiego, i ze względu na brak wykazania jej sprzeczności z przepisami wspólnotowymi, w tym w szczególności z implementowaną dyrektywą klasyczną, brak jest podstaw do stosowania wykładni zawężającej jej oddziaływanie na sytuację prawną wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności odnoszącą się do wysokości szkody lub podstaw związanych z odpowiedzialnością odszkodowawczą wykonawcy.

W przeciwieństwie do przesłanki uregulowanej w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania, wskazana w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, nie uprawnia zamawiającego, jak również Krajowej Izby Odwoławczej do samodzielnej analizy okoliczności związanych z realizacją umowy oraz okoliczności związanych ze szkoda ograniczając podmiot dokonujący kwalifikacji prawnej w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp do oparcia się na ustaleniach prawnych i faktycznych w prawomocnym orzeczeniu sądu.

Jak słusznie zostało wskazane w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 maja 2012 r. (sygn. akt KIO 848/12) „Izba rozpoznając zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp nie jest uprawniona do samodzielnego badania wywiązania się przez wykonawcę z przyjętych na siebie zobowiązań umownych, ani tym bardziej do wykładni postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego (ustalenia treści oświadczeń woli stron umowy). Skoro przepis wymaga, aby wyrządzenie szkody skutkiem niewykonania lub nienależytego wykonania umowy zostało stwierdzone prawomocnym orzeczeniem sądu, Izba zobligowana jest do uwzględnienia przy badaniu zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp ustaleń i ocen prawnych przyjętych przez sąd, który owo prawomocne orzeczenie wydał”.

Tym samym badając spełnienie hipotezy normy prawnej uregulowanej w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp należy oprzeć się na ustaleniach faktycznych oraz kwalifikacji prawnej dokonanej przez sąd, który wydał orzeczenie, od którego nie przysługuje wykonawcy środek

odwoławczy. Należy również wskazać, iż przedmiotem analizy może być jedynie orzeczenie stwierdzające istnienie odpowiedzialności odszkodowawczej wykonawcy, za które nie sposób uznać przywołanego przez Odwołującego orzeczenia w postaci wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 8 marca 2012 r. o sygn. akt IX Ca 23/12, które zostało wydane w ramach skargi wniesionej na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej. Uwzględnienie tego orzeczenia, o co wnosił Odwołujący w toku rozprawy, w ramach badania spełnienia przesłanki wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp stanowiłoby wyjście poza hipotezę normy prawnej uregulowanej w powyższym przepisie. Tym samym przedmiotem analizy w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp może być tylko to orzeczenie, które rozstrzyga o odpowiedzialności odszkodowawczej Odwołującego.

Biorąc pod uwagę fakt, iż w polskim systemie prawnym sentencja orzeczeń sądowych nie zawiera wskazania podstawy rozstrzygnięcia konieczna jest, w ramach oceny spełnienia przesłanki uregulowanej w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, analiza uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach o sygn. akt I ACa 330/11. Zarówno orzecznictwo, jak również doktryna stoją na stanowisku, iż powagę rzeczy osądzonej ma w zasadzie rozstrzygnięcie zawarte w sentencji wyroku. Jednakże brak wskazania w sentencji ustaleń co do okoliczności faktycznych i prawnych, które są podstawą danego rozstrzygnięcia pozwala na uznanie, iż te motywy stanowią istotny element służący określeniu granic powagi rzeczy osądzonej w rozumieniu art. 366 ustawy Kodeks postępowania cywilnego. Jak słusznie zostało wskazane w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 grudnia 2011 r. o sygn. akt KIO 2695/11 „Motywy rozstrzygnięcia są zatem istotne dla określenia granic powagi rzeczy osądzonej, co ma szczególne zwłaszcza wtedy, gdy powództwo zostało w całości lub w części oddalone, jak miało to miejsce w przypadku wyrokowania przez Sąd Apelacyjny w Katowicach”. Kwestią bezsporną pomiędzy Stronami jest fakt, iż orzeczenie to ma status orzeczenia prawomocnego, które uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem niniejszego postępowania. Oznacza to, iż okoliczność ta pozwala na uznanie, iż został wypełniona przesłanka związana z prawomocnością orzeczenia i terminem uprawomocnienia określonymi w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Analizując uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach (sygn. akt I ACa 330/11) na szczególną uwagę zasługuje fragment uzasadnienia powyższego orzeczenia znajdujący się na str. 13, w który Sąd wskazał, że: „W ocenie Sądu Apelacyjnego pozwany udowodnił w wystarczający sposób jedynie szkodę doznaną z powodu kradzieży w budynku przy ul. Jedności 8 w Sosnowcu projektorów marki Epson. To, iż były to rzeczy należące do pozwanego i posiadały określoną wartość pozwany udowodnił fakturami złożonymi do akt sprawy. Ponieważ łączna wartość zakupu tego sprzętu wynosiła 10 169,66 złotych Sąd Apelacyjny uznał, że pozwany udowodnił doznanie szkody w tej wysokości. Sąd Apelacyjny podziela też, dzielając argumentację Sądu pierwszej instancji, że za tego rodzaju szkodę

powódka zobowiązała się odpowiadać na zasadzie ryzyka”. Analiza tego fragmentu uzasadnienia prowadzi do wniosku, iż Sąd drugiej instancji ograniczył odpowiedzialność odszkodowawczą Odwołującego jedynie do wartości projektorów marki Epson, gdyż uznał za udowodniony przez pozwanego rozmiar szkody w tym zakresie. Odnosząc powyższą konstatację sądu drugiej instancji do kwalifikacji prawnej odpowiedzialności odszkodowawczej dokonanej przez sąd pierwszej instancji, która nie została zakwestionowana w ramach postępowania drugo-instancyjnego, wskazać należy, iż art. 473 § 1 ustawy Kodeks cywilny stanowi o nienależytym wykonaniu zobowiązania i rozszerzonym zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej – a zatem, przy uwzględnieniu § 2 pkt 2 umowy łączącej Odwołującego ze Śląskim Uniwersytetem Medycznym w Katowicach pozwala na uznanie, iż sam fakt kradzieży w obiektach będących przedmiotem usług przesądza o nienależytym wykonaniu zobowiązania.

Odwołujący w ramach powództwa wszczętego przed sądem pierwszej instancji wniósł o zasądzenie od pozwanego – Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach należności z tytułu wynagrodzenia. Zarówno sąd pierwszej, jak również sąd drugiej instancji dopatrzył się podstaw do odpowiedzialności odszkodowawczej Odwołującego wynikającej z nienależytego wykonania umowy, jednakże sąd drugiej instancji nie potwierdził z tego tytułu zasadności naliczenia kar umownych przez pozwanego oraz uznał za udowodnioną jedynie w części szkodę będącą następstwem kradzieży mienia, tj. szkodę odpowiadającą wartości projektorów marki Epson. Jak wynika z ustaleń poczynionych przez Sąd drugiej instancji (str. 3) „Zakres odpowiedzialności materialnej powódki obejmował szkodę spowodowaną kradzieżą, włamaniem bądź uszkodzeniem lub dewastacją mienia”. O powyższej odpowiedzialności stanowił § 2 pkt 2 umowy zawartej pomiędzy Odwołującym a Śląskim Uniwersytetem Medycznym w Katowicach. W ramach ustaleń poczynionych przez Sąd drugiej instancji zostało ustalone również, że: „W § 6 umowy strony uregulowały kwestię kar umownych – w punkcie 1 ustaliły, że powódka – wykonawca zapłaci pozwanemu – zamawiającemu karę w wysokości 300% stawki za jedna roboczo godzinę za niepełne wykonanie usługi, tj. brak pełnej obsady pracowników ochrony na zmianie”. Na str. 6 ustaleń poczynionych przez Sąd Apelacyjny czytamy, że: „Odnosząc się do wierzytelności z tytułu zapłaty odszkodowania za szkody wynikające z kradzieży Sąd pierwszej instancji podkreślił, że zgodnie z umową łączącą strony za tego rodzaju straty powódka zobowiązała się odpowiadać na zasadzie ryzyka. Tego rodzaju zastrzeżenia umowne Sąd uznał za dopuszczalne. (...) Uzasadnia to odpowiedzialność powódki za szkody wynikające z kradzieży także na zasadzie winy kontraktowej”.

Tym samym, uwzględniając postanowienia § 6 pkt 1 umowy łączącej Odwołującego ze Śląskim Uniwersytetem Medycznym w Katowicach oraz charakter kar umownych, zawarte na str. 11 uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 7 września 2011 r. o

sygn. akt I ACa 330/11, stwierdzenie, że: „Z tych względów za zasadny należało uznać zarzut apelacji, iż pozwany nie udowodnił aby doszło do nienależytego wykonania umowy przez powódkę uzasadniającego naliczanie kar umownych w kwocie dochodzonej pozwem” należy odnieść jedynie do określonej w umowie przesłanki nienależytego wykonania umowy obejmującej niepełne wykonanie usługi, tj. brak pełnej obsady pracowników ochrony na zmianie. Wszakże dochodzona pozwem przez Odwołującego wierzytelność została potrącona przez pozwanego w oparciu o dwa tytuły - na poczet kar umownych oraz na poczet odszkodowania. W odniesieniu do kar umownych Sąd Apelacyjny uznał potrącenie za pozbawione podstaw w całości, zaś w zakresie odszkodowania uznał, iż pozwany (Śląski Uniwersytet Medyczny) udowodnił w wystarczający sposób jedynie w części, co poskutkowało oddaleniem apelacji Odwołującego w pozostałym zakresie, tj. co do kwoty 10.169,66 zł.

W ocenie Izby za wyczerpującą hipotezę normy prawnej uregulowanej w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp należy uznać okoliczności związane i ustalone w orzeczeniu Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 7 września 2011 r. o sygn. akt I ACa 330/11, tj. ustalenia prawne oraz faktyczne poczynione w ramach tego orzeczenia. Należy bowiem uznać, iż powyższe orzeczenie wskazuje na wyrządzenie przez Odwołującego szkody będącej następstwem nienależytego wykonania zamówienia. Wypełniona została ponadto przesłanka samej prawomocności tego orzeczenia oraz terminu jego uprawomocnienia, która to okoliczność nie była sporna pomiędzy Stronami. Powyższe orzeczenie, będące następstwem apelacji Odwołującego, oddaliło w części powództwo w zakresie odnoszącym się do wynagrodzenia w wysokości 10.169,66 zł, którą to kwotę pozwany – Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach potrącił z wynagrodzenia Odwołującego jako rekompensatę z tytułu wyrządzonej szkody będącej następstwem nienależytego wykonania przez tego ostatniego umowy, której przedmiotem była usługa całodobowej ochrony osób i mienia na terenie działalności pozwanego - Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach. Z uzasadnienia powyższego orzeczenia wynika bowiem, że sąd uznał za udowodnione w wystarczający sposób przez pozwanego powstanie w jego majątku szkody spowodowanej kradzieżą w budynku położonym przy ul. Jedności 8 w Sosnowcu projektorów marki Epson oraz wskazał, iż podziela argumentację sądu pierwszej instancji (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 27 stycznia 2011 r. o sygn. akt II C 551/09), że za tego rodzaju szkodę powódka (Odwołujący – Solid Security Spółka z o.o.) zobowiązała się odpowiadać na zasadzie ryzyka.

Jedynie na marginesie należy wskazać, iż powód – Odwołujący w obu sprawach cywilnych nie kwestionował, co do zasady faktu, iż ponosił w oparciu o zawartą umowę kontraktową odpowiedzialność odszkodowawczą na zasadzie ryzyka. Jak wynika z ustaleń faktycznych poczynionych przez Sąd drugiej instancji wskazał, że „Powódka odmówiła

pokrycia szkody, albowiem wskazała pozwanemu, że w trakcie trwania umowy powódka nie otrzymała pisemnej lub ustnej informacji dotyczącej wyposażenia poszczególnych pomieszczeń oraz wykazu sprzętu rzekomo skradzionego bądź zdewastowanego” (str. 6 uzasadnienia wyroku o sygn. akt I ACa 330/11).

Izba wskazuje, iż na podstawie art. 14 ustawy Pzp do czynności zamawiającego oraz wykonawców zastosowanie mają przepisy ustawy Kodeks cywilny, a więc również w tym przedmiocie do oceny przez zamawiającego spełnienia hipotezy normy prawnej uregulowanej w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Jak wynika bowiem z art. 471 ustawy Kodeks cywilny dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. W dalszej kolejności należy wskazać, iż art. 472 ustawy Kodeks cywilny stanowi, że jeżeli ze szczególnego przepisu ustawy albo czynności prawnej nie wynika nic innego, dłużnik odpowiedzialny jest za zachowanie należytej staranności.

Analizując orzeczenie Sądu pierwszej instancji, tj. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 27 stycznia 2011 r. o sygn. akt II C 551/09, wskazać należy na przywołany w uzasadnieniu, jako podstawa prawna odpowiedzialności kontraktowej, art. 473 § 1 ustawy Kodeks cywilny, który stanowi, iż dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Biorąc pod uwagę zasadę swobody umów strony stosunku cywilnoprawnego mogą rozszerzyć odpowiedzialność, w tym o odpowiedzialność na zasadzie ryzyka, obok przewidzianej ustawą odpowiedzialności za okoliczności zawinione przez stronę umowy. Na powyższe wskazuje treść § 2 pkt 2 umowy zawartej pomiędzy Odwołującym a Śląskim Uniwersytetem Medycznym w Katowicach z którego wynika, iż Odwołujący przyjął na siebie odpowiedzialność za nienależyte wykonanie zobowiązania również z powodu określonych w umowie okoliczności (np. kradzieży, dewastacji) bez względu na ich zawinienie. Nie ulega wątpliwości, iż zarówno art. 471, jak również art. 473 § 1 ustawy Kodeks cywilny odnoszą się do szkody będącej następstwem niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. W ocenie Izby przyjąć bowiem należy, iż umowne rozszerzenie ustawowego zakresu odpowiedzialności dłużnika odnosi ten skutek, że okoliczności takie wchodzą w zakres jego odpowiedzialności kontraktowej i tym samym przekładają się na ocenę należytego wykonania zobowiązania. Biorąc pod uwagę treść art. 471 ustawy Kodeks cywilny należy wskazać, że ocena wykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie może abstrahować od odpowiedzialności wykonawcy. Pojęcia te są ze sobą ściśle powiązane i stosując argumentację a *contrario* tylko wtedy następuje niewykonanie lub nienależyte wykonanie, gdy jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiada. W przedmiotowej sprawie bezsporne jest, że Odwołujący, w oparciu o § 2 pkt 2

umowy, ponosił odpowiedzialność za kradzież dokonaną przez dowolną osobę, tym samym szkoda jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiada, a zatem jest szkoda wynikającą z nienależytego wykonania zamówienia, co potwierdził Sąd Apelacyjny w Katowicach wskazując, że: „Odnosząc się do wierzytelności z tytułu zapłaty odszkodowania za szkody wynikające z kradzieży Sąd pierwszej instancji podkreślił, że zgodnie z umową łącząca strony za tego rodzaju straty powódka zobowiązała się odpowiadać na zasadzie ryzyka. Tego rodzaju zastrzeżenia umowne Sąd uznał za dopuszczalne. (...) Uzasadnia to odpowiedzialność powódki za szkody wynikające z kradzieży także na zasadzie winy kontraktowej”.

Należy również wskazać, iż to właśnie zestawienie orzeczeń obu instancji pozwala jednoznacznie uznać, jakie były motywy rozstrzygnięcia sądu drugiej instancji. Sąd Apelacyjny w Katowicach w orzeczeniu o sygn. akt I ACa 330/11 utrzymał w części wyrok sądu pierwszej instancji, co oznacza również, iż podzielił kwalifikację prawną i faktyczną dokonaną w ramach tego rozstrzygnięcia. Nie sposób bowiem uznać, iż w przypadku zaskarżenia przez Odwołującego w drodze apelacji wyroku pierwszej instancji zarówno co do zasady, tj. samej okoliczności związanej z wyrządzeniem szkody na skutek kradzieży wyposażenia chronionych budynków, jak również co wysokości szkody sąd drugiej instancji stwierdziłby i podzielił argumentację sądu pierwszej instancji gdyby uznał, iż zarówno kwalifikacja prawna oraz ustalenia faktyczne zawarte w orzeczeniu Sądu Okręgowego w Katowicach co do samego faktu wyrządzenia szkody były nieprawidłowe (wadliwe).

Tym samym za w pełni zasadne należy uznać, iż Sąd Apelacyjny w Katowicach podzielił kwalifikację prawną dokonaną przez sąd pierwszej instancji, co do samego faktu wyrządzenia przez Odwołującego szkody na skutek kradzieży wyposażenia budynku położonego w Sosnowcu przy ul. Jedności 8.

Powyższe pozwala uznać, iż wobec Odwołującego orzeczono o odpowiedzialności za szkodę będącej wynikiem nienależytego wykonania zobowiązania, w granicach określonych przez strony stosunku zobowiązaniowego. Zarówno sąd pierwszej instancji, jak również sąd drugiej instancji orzekł o szkodzie mającej swoje źródło w postanowieniach łączącej strony umowy (stosunku zobowiązaniowych), tj. odpowiedzialności *ex contractu*. Brak jest bowiem w analizowanych orzeczeniach mowy o jakiegokolwiek innej podstawie odpowiedzialności odszkodowawczej Odwołującego, w tym wynikającej z czynu niedozwolonego *ex delicto*. Biorąc pod uwagę powyższe sąd pierwszej instancji, w zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej Odwołującego za kradzież wyposażenia budynku uznał tą odpowiedzialność na podstawie art. 473 § 1 ustawy Kodeks cywilny i oddalił powództwo w całości, zaś sąd drugiej instancji nie podważył ustaleń sądu pierwszej instancji, co do kwalifikacji prawnej oraz samego faktu wystąpienia szkody, będącej następstwem nienależytego wykonania zobowiązania, a jedynie ograniczył tą odpowiedzialność do

wysokości odpowiadającej wartości projektorów Epson znajdujących się w budynku położonym w Sosnowcu przy ulicy Jedności 8.

W ocenie Izby powyższe w sposób jednoznaczny wskazuje, iż wypełniona została przesłanka uregulowana w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Katowicach o sygn. akt I ACa 330/11 stanowi wystarczającą podstawę do uznania, iż Odwołujący wyrządził szkodę, będącą następstwem nienależytego wykonania zamówienia, gdyż z ustaleń dokonanych przez Sąd pierwszej oraz drugiej instancji wynika jednoznacznie źródło tej szkody, jej wysokość, oraz podstawa prawna odpowiedzialności Odwołującego. Zgodnie z treścią art. 366 ustawy Kodeks postępowania cywilnego wyrok prawomocny ma powagę rzeczy osądzonej tylko co do tego, co w związku z podstawą sporu stanowiło przedmiot rozstrzygnięcia, ponadto tylko pomiędzy tymi samymi stronami. Tym samym, jeżeli w ramach powództwa o zapłatę należnego powodowi wynagrodzenia, które zostało potrącone przez pozwanego, sąd uznał częściową zasadność potrącenia oraz wskazał, w ramach ustaleń prawnych i faktycznych rozstrzygnięcia, źródło odpowiedzialności odszkodowawczej oraz podstawę normatywną tejże odpowiedzialności powyższe stanowi ustalenie o wzajemnych roszczeniach stron, w tym ustala zakres i podstawę odpowiedzialności odszkodowawczej Odwołującego stanowiące podstawę częściowego oddalenia powództwa.

Biorąc pod uwagę powyższe, wskazane przez Zamawiającego w uzasadnieniu faktycznym czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp orzeczenie, w postaci wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 7 września 2011 r. o sygn. akt I ACa 330/11, wskazuje na niezasadność roszczenia Odwołującego o zapłatę w części potrąconej przez Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach ze względu na fakt wyrządzenia szkody, która to okoliczność był podstawą częściowego oddalenia powództwa. Orzeczenie stwierdza zatem zaistnienie szkody spowodowanej przez Odwołującego nienależytym wykonaniem zobowiązania, w oparciu o § 2 pkt 2 łączącej strony umowy w związku z art. 473 § 1 ustawy Kodeks cywilny, i stwierdza zasadność potrącenia przez pozwanego – Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach kwoty 10.169,66 zł stanowiącej wartość projektorów marki Epson, stanowiących przedmiot kradzieży mienia w budynku położonym w Sosnowcu przy ulicy Jedności 8.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, iż jeżeli Odwołujący uważa za budzącą wątpliwość okoliczność, że Sąd Apelacyjny w Katowicach w ramach orzeczenia o sygn. akt I ACa 330/11 podzielił kwalifikację prawną odpowiedzialności odszkodowawczej Odwołującego dokonaną przez Sąd pierwszej instancji może, w ramach instytucji wykładni

orzeczeń uregulowanej w art. 352 ustawy Kodeks postępowania cywilnego, zwrócić się o rozstrzygnięcie wątpliwości, co do treści wyroku.

II. Biorąc pod uwagę powyższe, uznanie przez Izbę za zasadne wykluczenie Odwołującego z postępowania powoduje, iż nie doszło również do naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 4 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego brak stwierdzenia przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w treści odwołania przepisów ustawy Pzp powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

