

Sygn. akt: KIO 2630/11

WYROK
z dnia 20 grudnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Ronikier-Dolańska
Członkowie: Małgorzata Rakowska
Ewa Rzońca

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 grudnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2011 r. przez **Solid Security sp. z o.o. w Warszawie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Jednostkę Wojskową 3674 Olsztyn w Olsztynie**

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Solid Security sp. z o.o. w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Solid Security sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 2630/11

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

Jednostka Wojskowa 3674 Olsztyn w Olsztynie zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie w celu zawarcia umowy na usługi SUFO i monitoringu przez oddalone centra obsługi.

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 19 października 2011 r. pod numerem 2011/S 201 – 327443.

W dniu 30 listopada 2011 r. (pismo nr 183) zamawiający zawiadomił za pośrednictwem faksu Solid Security sp. z o.o. w Warszawie (dalej „odwołujący”) o wykluczeniu go z postępowania (dotyczy części I-III) na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp. Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym podjętej decyzji wyjaśnił, iż był zobowiązany do wykluczenia odwołującego z postępowania, bowiem wyrządził on szkodę realizując umowę o zamówienie publiczne, a szkoda ta została potwierdzona prawomocnym orzeczeniem sądu.

Dnia 9 grudnia 2011 r. odwołujący wniósł do Prezesa Izby odwołanie jego kopię przekazując w tym samym dniu za pośrednictwem faksu zamawiającemu.

Odwołujący zakwestionował wykluczenie go z postępowania oraz niezaproszenie do składania ofert zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez jego

błędne zastosowanie oraz art. 51 ust. 1 ustawy poprzez uniemożliwienie odwołującemu złożenia oferty.

W konsekwencji odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegających na wykluczeniu odwołującego go z postępowania oraz zaproszeniu do składania ofert.

W uzasadnieniu do podniesionych zarzutów odwołujący wskazał, iż zamawiający pismem nr 183 z dnia 30 listopada 2011 r. poinformował odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Jak wynika z treści tego pisma, powodem wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy było wpisanie odwołującego do prowadzonego przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych - na podstawie art. 154 pkt 5a ustawy - wykazu wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, jeżeli szkoda ta została stwierdzona prawomocnym orzeczeniem sądu. Odwołujący podniósł, iż zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia odwołującego z postępowania wprowadził przytoczył wyrok, który w ocenie Prezesa UZP był wystarczającą podstawą do umieszczenia odwołującego w wykazie, o którym mowa w art. 154 pkt 5a ustawy, jednakże 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. Tym samym zdaniem odwołującego zamawiający nie podjął nawet próby wykazania zaistnienia przesłanki wykluczenia odwołującego określonej w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Odwołujący argumentował, iż wykluczenie wykonawcy z postępowania możliwe jest wyłącznie w przypadku zaistnienia jednej z przesłanek enumeratywnie wymienionych w art. 24 ust. 1 i 2 ustawy. W przypadku przesłanki, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy zamawiający musi wykazać, że w odniesieniu do konkretnego wykonawcy można mówić o wyrządzeniu przez niego szkody poprzez nie wykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia, a szkoda ta została stwierdzona prawomocnym orzeczeniem sądu, które uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania. Sam fakt zamieszczenia przez Prezesa UZP jakiegoś wykonawcy w wykazie, o którym mowa w art. 154 pkt 5a ustawy nie stanowi jeszcze przesłanki by uznać, że zaistniały okoliczności określone w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy. Te bowiem winny być każdorazowo weryfikowane przez zamawiającego, a wykluczenie takiego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może mieć miejsce dopiero w sytuacji, gdy zamawiający będzie w stanie wykazać, że przesłanka ta miała miejsce. Wykazanie tego - co do zasady - powinno być oparte na prawomocnym wyroku, o którym mowa w tym przepisie.

To z sądowego orzeczenia powinno niezbitnie wynikać, że szkoda została wyrządzona w wyniku niewłaściwego zachowania wykonawcy w trakcie realizacji zamówienia. Tym samym wykaz prowadzony przez Prezesa UZP ma jedynie charakter uzupełniająco-pomocniczy, a umieszczenie wykonawcy w tym wykazie nie może w żadnym wypadku stanowić samoistnej przesłanki do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania. W celu potwierdzenia prezentowanego stanowiska powołał postanowienie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 7 lipca 2009 r. (sygn. akt V SA/Wa 658/09) oraz postanowienie Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie z dnia 16 listopada 2009 r. (sygn. akt: SA/Wa 1628/09). Dodał, iż Prezes UZP stoi również na stanowisku, że wpis wykonawcy do wykazu jest jedynie czynnością materialno-techniczną, nie mającą charakteru konstytutywnego, a przedmiotowy wykaz został ustanowiony wyłącznie w celach informacyjnych, stanowiąc swojego rodzaju bazę wiedzy dla zamawiających o wyrokach, które mogą stanowić podstawę do wykluczenia wykonawców z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Powyższe świadczy w opinii odwołującego o tym, że samo umieszczenie wykonawcy w wykazie, o którym mowa w art. 154 pkt 5a ustawy nie jest jeszcze wystarczające do uznania, że wyrządził on szkodę nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, a szkoda została stwierdzona prawomocnym orzeczeniem sądu. Materialno prawną podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania powinno być prawomocne orzeczenie sądu, z którego wynikać będzie niezbitnie fakt wyrządzenia szkody w wyniku niewykonania bądź nienależytego wykonania zamówienia przez tego wykonawcę. Tymczasem w przedmiotowej sprawie zamawiający nie wskazał żadnych przesłanek, z których wynikać mogłoby zaistnienie okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy, nie próbując tym samym choćby uprawdopodobnić zaistnienia przesłanki wykluczenia odwołującego z postępowania.

Z informacji podanych na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych wynika, że powodem dla którego Prezes UZP umieścił odwołującego w wykazie, o którym mowa w art. 154 pkt 5a ustawy, jest wyrok z dnia 7 września 2011 r., wydany przez Sąd Apelacyjny w Katowicach, I Wydział Cywilny, sygn. akt I ACa 330/11, prawomocny od dnia 7 września 2011 r.

Odwołujący zwrócił uwagę, że wyrok, który zdaniem Prezesa UZP miałby rzekomo świadczyć o zaistnieniu przesłanki wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy, został wydany w wyniku powództwa odwołującego i w zdecydowanej mierze uwzględnia te powództwo uznając roszczenia odwołującego. Ustalenia Sądu Apelacyjnego w tym wyroku są wiążące i stanowią podstawę do prawomocnego orzeczenia w niniejszej sprawie. Przy czym istotne dla sprawy postanowienia Sądu są zawarte począwszy od strony nr

9 uzasadnienia wyroku, po słowach: „Sąd Apelacyjny w Katowicach zważył co następuje:” Na stronie 11 uzasadnienia wyroku Sąd stwierdza, iż „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.” Innymi słowy Sąd nie podzielił stanowiska, iż odwołujący nienależycie wykonywał umowę, a contrario wykonywał ją należycie. Odwołujący wskazał, iż Sąd Apelacyjny uznał rację zamawiającego (pозwanego), iż na obiekcie powstała szkoda i że została ona udowodniona w wysokości 10 169,66 złotych, oraz że odpowiedzialność w tym zakresie należy przypisać odwołującemu, jednakże z innych powodów niż wina, a tym samym innych niż wykonanie umowy w sposób nienależyty.

Odwołujący podnosił, iż w ustaleniach Sądu Apelacyjnego nie ma mowy o wykonywaniu umowy przez odwołującego w sposób nienależyty. Wręcz przeciwnie - Sąd wskazuje, iż nie zostało to udowodnione. Odpowiedzialność odwołującego w przedmiotowej sprawie kształtuje na zasadzie ryzyka, a nie na zasadzie winy, bowiem umowa o takiej konstrukcji łączyła strony tj. powoda i pozwanego - wykonawcę i zamawiającego (vide strona 13 in fine uzasadnienia). Odwołujący był zobowiązany do zapłaty zamawiającemu kwoty 10 169,66 złotych, co zostało uwzględnione przy orzekaniu w sprawie objętej wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Katowicach, jednak bezwzględnie nie można w opinii odwołującego zgodzić się, iż wynikało to z nienależytego wykonania umowy.

Odwołujący dalej stwierdził, iż ustalenia Sądu wskazują, iż szkoda powstała oraz udowodniono jej wysokość, a odwołujący jest za nią odpowiedzialna niezależnie od prawidłowości wykonania umowy, niezależnie od winy i jej stopnia, bowiem odpowiedzialność została ukształtowana na zasadzie ryzyka (vide strona 13 in fine uzasadnienia). Odwołujący jako profesjonalnie działający podmiot na rynku usług ochrony osób i mienia wziął na siebie taką odpowiedzialność, wpisując to właśnie w ryzyko prowadzonej działalności. Odwołujący argumentował, iż niezależnie od jakości świadczonych usług oraz wykonywania umowy w sposób jak najbardziej należyty, w trakcie realizacji usług ochrony zawsze może dojść do powstania szkody, bowiem nie ma systemów ochrony idealnych, doskonałych. Za szkodę zaistniałą w wyniku działania osób trzecich wykonawca nie ponosi winy. W przedmiotowej sprawie, pomimo że umowa wykonywana była przez odwołującego w sposób należyty, powstała szkoda. Jednakże zamawiający został w tym zakresie (roszczeń finansowych będących wynikiem szkody) w całości zaspokojony poprzez dokonanie potrącenia w trybie art. 498 § 1 kodeksu cywilnego.

Przesłanka wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy tymczasem stanowi jednoznacznie, iż przedmiotowa szkoda,

stwierdzona nadto w prawomocnym orzeczeniu, musi być związana z niewykonaniem zamówienia bądź wykonania jego nienależycie przez wykonawcę. Ratio legis tego przepisu jest wykluczenie wykonawców nierzetelnych, nie dających gwarancji prawidłowego wykonania zamówienia publicznego. Z tych względów z przedłożonego prawomocnego orzeczenia, w myśl przywoływanego przepisu, winno wynikać, iż wykonawca przyczynił się do powstania szkody w sposób zawiniony poprzez niewykonanie bądź nienależyte wykonanie umowy. Z treści orzeczenia w niniejszej sprawie wynika jedynie, iż odwołujący odpowiedzialność w zakresie powstałej szkody ponosi, ale tylko dlatego, że tak się umówił z zamawiającym, kształtując swoją odpowiedzialność na zasadzie ryzyka. Ponadto wszelkie roszczenia finansowe zamawiającego wynikające z tego tytułu zostały zaspokojone na etapie realizacji umowy poprzez skuteczne oświadczenie o potrąceniu wierzytelności (czynność materialno prawna), co Sąd Apelacyjny jedynie potwierdził.

Zdaniem odwołującego mimo braku wskazanych elementów w przedłożonym orzeczeniu, odwołujący został umieszczony w wykazie, o którym mowa w art. 154 pkt 5a ustawy. Prezes UZP dokonując tej czynności nie zbadał wszechstronnie sprawy, a jego działania spowodowały daleko idące utrudnienia w prowadzeniu działalności przez odwołującego. Dlatego też, w związku z pochopnym i bezzasadnym działaniem Prezesa UZP, odwołujący podjął niezbędne środki prawne, zarówno na drodze cywilnej jak i administracyjnej, zmierzające do wykreślenia go z wykazu, o którym mowa w art. 154 pkt 5a ustawy i naprawienia szkód, które odwołujący poniósł w związku z umieszczeniem go w tym wykazie.

Podsumowując odwołujący wskazał, iż w przedmiotowej sprawie w odniesieniu do niego 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.

Zamawiający zawiadomił w dniu 12 grudnia 2011 r. wykonawców o odwołaniu wzywając do przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz przesyłając kopię odwołania.

Pismem z dnia 15 grudnia 2011 r. do Prezesa Izby (wpływ bezpośredni tego samego dnia potwierdzony prezentatą) przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Impel Security Polska sp. z o.o. we Wrocławiu oraz Impel Security Provider sp. z o.o. we Wrocławiu.

Pismem datowanym na 15 grudnia 2011 r. (wpływ do Prezesa Izby w tym samym dniu potwierdzony prezentatą) zamawiający odpowiedział na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. Zamawiający argumentował, iż udzielone odwołującemu przez Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach zamówienie odwołujący wykonał nienależycie, wyrządził szkodę, która była konsekwencją nienależytego wykonania umowy, szkoda doznana z powodu kradzieży projektorów na kwotę 10 169,66 złotych, została – w ocenie Sądu Apelacyjnego – udowodniona. Dalej dodał, iż wyrządzenie szkody zostało potwierdzone wyrokiem (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 7 września 2011 r., sygn. akt I ACa330/11), a wyrok uprawomocnił się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania. Powyższe, zdaniem zamawiającego, przemawiało za koniecznością wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Zamawiający wniósł ponadto o odrzucenie odwołania argumentując, iż zapoznał się z treścią odwołania w dniu 12 grudnia 2011 r. (poniedziałek) - odwołanie przesłano faksem 9 grudnia 2011 r. (piątek) po godzinach urzędowania zamawiającego, zatem zamawiający nie miał możliwości zapoznania się z treścią odwołania w ustawowym terminie (termin na wniesienie odwołania upływał 10 grudnia 2011 r.).

Na posiedzeniu i rozprawie w dniu 19 grudnia 2011 r. odwołujący oraz zamawiający podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

W szczególności Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego, iż warunkiem wypełnienia przez odwołującego obowiązku opisanego w art. 180 ust. 5 Pzp (przekazanie kopii odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia) jest przesłanie kopii odwołania przed upływem terminu na jego wniesienie w

godzinach pracy zamawiającego. Jak wynika bowiem z art. 180 ust. 5 zdanie 2 Pzp domniemywa się, iż zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia za pomocą jednego ze sposobów określonych w art. 27 ust. 2 Pzp. Zatem na gruncie rozpoznawanej sprawy odwołujący przekazał za pośrednictwem faksu zamawiającemu kopię odwołania w dniu 9 grudnia 2011 r. tj. przed upływem terminu na wniesienie odwołania, który mijał 10 grudnia 2011 r.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Przymiotu uczestnika postępowania odwoławczego nie uzyskali wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Impel Security Polska sp. z o.o. we Wrocławiu oraz Impel Security Provider sp. z o.o. we Wrocławiu. Do zgłoszenia przystąpienia nie został dołączony dowód przekazania kopii zgłoszenia przystąpienia odwołującemu. Okoliczność przekazania kopii zgłoszenia przystąpienia odwołującemu nie została także wykazana w toku posiedzenia przed Izbą, bowiem nikt za wykonawców zgłaszających przystąpienie na posiedzenie Izby się nie stawił.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba orzekła o oddaleniu odwołania.

Osią sporu pomiędzy zamawiającym a odwołującym jest ocena, czy w stanie faktycznym sprawy zaktualizowała się przesłanka obligująca zamawiającego do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp uwzględniając fakt, iż odwołujący – co jest bezsporne – został dnia 24 listopada 2011 r. umieszczony przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w prowadzonym na podstawie art. 154 pkt 5a Pzp wykazie wykonawców, którzy wyrządzili szkodę nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, jeśli szkoda ta została stwierdzona prawomocnym orzeczeniem sądu (dalej „wykaz”).

Odnosząc się do tak zakreślonych ram sporu za pierwszorzędne uznać należy dokonanie wykładni art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp. Zgodnie z powołanym przepisem 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.

Analiza przywołanego postanowienia Pzp prowadzi do wniosku, iż umieszczenie wykonawcy w wykazie nie stanowi przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania. Wykaz – jak podnosili zgodnie odwołujący i zamawiający – ma wyłącznie walor informacyjny. Pogląd ten, wyrażony także przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w piśmie z dnia 23 listopada 2011 r. (nr pisma UZP/DP/O-IŁA/34300/11327/11), znajduje akceptację w piśmiennictwie (komentarz do art. 24 Pzp, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV) oraz orzecznictwie (postanowienie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 7 lipca 2009 r., sygn. akt V SA/Wa 658/09 oraz postanowienie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 16 listopada 2009 r., sygn. akt V SA/Wa 1628/09).

Skoro tak, to ocena zasadności wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp jest niezależna od umieszczenia wykonawcy w wykazie. Przesłanka opisana w art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp może zaktualizować się również mimo niezamieszczenia wykonawcy w wykazie, o ile okoliczności warunkujące zastosowanie powołanego przepisu na gruncie konkretnego stanu faktycznego zostaną przez zamawiającego stwierdzone. Wymaga zatem podkreślenia, iż podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania jest wyłącznie stosowne orzeczenie, nie zaś fakt zamieszczenia wykonawcy w wykazie.

W konsekwencji stwierdzić należy, iż zamawiający zobowiązany jest każdorazowo zbadać, czy w okolicznościach danej sprawy przesłanki zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 1 spełniły się kumulatywnie się. Zamawiający zatem zobowiązany jest ustalić:

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

Łączne wystąpienie wymienionych przesłanek obliguje zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Ciężar udowodnienia okoliczności uzasadniających wykluczenie wykonawcy z postępowania spoczywa na zamawiającym.

Jak wynika z powyższego wykluczenie wykonawcy może nastąpić tylko wtedy, gdy nie wykonał on lub nienależycie wykonał zamówienie publiczne. Zauważyć w tym miejscu

trzeba, iż wbrew twierdzeniom odwołującego ustawodawca nie precyzuje, iż niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy musi być przez wykonawcę zawinione. Istotnie, podstawą odpowiedzialności kontraktowej ukształtowanej przede wszystkim w art. 471 kc jest, iż dłużnik zobowiązany jest do naprawienia szkody wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Zasadnym jest, przy ocenie należytej staranności wykonawcy, odwołanie się do art. 355 kc, zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Ponadto należy mieć na względzie przepis art. 355 § 2 kc, definiujący należyłą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Nie mniej jednak w praktyce zakres odpowiedzialności może być przez strony modyfikowany w ramach określonych m.in. art. 473 § 1 kc. Stosownie do powołanego przepisu dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Zaistnienie wskazanych okoliczności oznacza, iż w razie naruszenia zobowiązania, mającego swoje źródło w tych okolicznościach, następują wszelkie skutki, jakie kodeks cywilny uzależnia od naruszenia zobowiązania, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Pozostaje to odpowiedzialnością *ex contractu* wykonawcy za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Tym samym Izba wyraża pogląd, iż dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp jest konieczne stwierdzenie, iż wykonawca nie wykonał lub nienależycie wykonał zobowiązanie z powodu przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi, choćby na zasadzie ryzyka. Jeśli zatem przyjął na siebie odpowiedzialność na zasadzie ryzyka i zostanie stwierdzona okoliczność umowna uzasadniająca tę odpowiedzialność, należy uznać, iż przesłanka zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp w zakresie odnoszącym się do nie wykonania lub nienależytego wykonania zamówienia zaktualizowała się.

Następną przesłanką wykluczenia jest wyrządzenie szkody, która jest konsekwencją niewykonania lub nienależytego wykonania umowy zawartej w sprawie zamówienia publicznego. Na gruncie prawa cywilnego szkodę definiuje się jako uszczerbek w sferze interesów majątkowych (różnica między obecnym stanem majątkowym a stanem, jaki zaistniałby, gdyby nie nastąpiło zdarzenie wywołujące szkodę). Szkada obejmuje zarówno stratę (*damnum emergens*), jak i utratę korzyści (*lucrum cessans*)

Kolejną okolicznością wskazującą na zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 4 Pzp jest wydanie przez sąd orzeczenia stwierdzającego wyrządzenie szkody. W polskim systemie prawa nie

funkcjonuje pojęcie orzeczenia stwierdzającego wyrządzenie szkody, zatem ustalenie, czy dane orzeczenie jest orzeczeniem stwierdzającym wyrządzenie szkody poprzez niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia, wymaga analizy jego uzasadnienia. Stwierdzenie szkody będzie elementem ustalonego przez sąd stanu faktycznego przyjętego za podstawę orzeczenia. W obrocie nie funkcjonują wyroki w swojej sentencji rozstrzygające o stanie faktycznym. Zawsze orzeczenie sądu dotyczy stanu prawnego i sprowadza się bądź do ustalenia stanu prawnego, bądź do jego ukształtowania. Stan faktyczny jest przez sąd ustalany – w zakresie mającym znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy - w toku postępowania dowodowego. Zatem za orzeczenie stwierdzające wyrządzenie szkody niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia uznać należy orzeczenie, w którym rozstrzygnięto, na podstawie ustalonego w toku postępowania dowodowego stanu faktycznego, iż wykonawca niewykonująca lub nienależycie wykonując umowę wyrządził zamawiającemu szkodę.

Ostatnią okolicznością, którą należy wziąć pod uwagę jest czas wydania orzeczenia. Zamawiający zobowiązany jest wykluczyć wykonawcę, gdy uprawomocnienie orzeczenia sądu nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w ramach którego wykonawca ubiega się o zamówienie.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy należy podkreślić, iż wbrew poglądom prezentowanym przez odwołującego, zamawiający prawidłowo wykluczył go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp (pismo nr 183 z dnia 30 listopada 2011 r.) argumentując, iż odwołujący wyrządził szkodę realizując umowę o zamówienie publiczne, a szkoda ta została potwierdzona prawomocnym orzeczeniem sądu.

Izba wyraża pogląd, iż analiza kluczowego dla rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania wyroku z dnia 7 września 2011 r. wydanego przez Sąd Apelacyjny w Katowicach (sygn. akt I ACa 330/11) uzasadnia wykluczenie odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp. Oceny tej nie zmieniają przedłożone przez wykonawcę na rozprawie wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 27 stycznia 2011 r. (sygn. akt II C 551/09/4) oraz umowa z dnia 5 kwietnia 2007 r. zawarta pomiędzy odwołującym a Śląską Akademią Medyczną w Katowicach.

Sąd Apelacyjny orzekł o odpowiedzialności odwołującego za szkodę z tytułu kradzieży stwierdzając, iż „pozwany udowodnił w wystarczający sposób (...) 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”. Szkada ta niewątpliwie wynikała z nienależytego wykonania umowy, bowiem – jak trafnie podniósł zamawiający na rozprawie – gdyby odwołujący w sposób prawidłowy wykonał zobowiązanie wynikające z wiążącej go ze Śląskim Uniwersytetem Medycznym w Katowicach umowy, nie doszłoby do kradzieży. Innymi słowy, nie wyrządziłby Śląskiemu Uniwersytetowi Medycznemu w Katowicach szkody w wysokości 10 169,66 złotych. Odwołujący przyjął na siebie na podstawie umowy odpowiedzialność za szkodę spowodowaną kradzieżą, włamaniem lub dewastacją mienia. Zatem dokonanie kradzieży w chronionym obiekcie, w sytuacji rozszerzonego w umowie łączącej Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach i odwołującego na podstawie art. 473 §1 kc zakresu odpowiedzialności odwołującego za szkodę, prowadzi do stwierdzenia, iż odwołujący wyrządził szkodę nie wykonując należycie zobowiązania z powodu okoliczności, za które na podstawie umowy odpowiada. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 1 implikuje konieczność wykluczenia wykonawcy z postępowania zawsze, gdy szkoda wynika z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, niezależnie od przyczyny niewykonania czy nienależytego zrealizowania zobowiązania.

Sąd Apelacyjny w uzasadnieniu wskazując, iż „zamawiający w wystarczający sposób udowodnił szkodę doznaną z powodu kradzieży w budynku przy ul. Jedności 8 w Sosnowcu” (str. 13 uzasadnienia), przesądził o tym, iż przedmiotowe orzeczenie stwierdza wyrządzenie szkody. Szkada polegała na kradzieży projektorów marki Epson z chronionego przez odwołującego obiektu przy ulicy Jedności w Sosnowcu. Okoliczność ta legła u podstaw orzeczenia Sądu Apelacyjnego. Wbrew stanowisku odwołującego nie znajduje potwierdzenia w treści komentowanego przepisu teza, iż podstawą do zakwalifikowania wyroku do kategorii „orzeczenia stwierdzającego szkodę” może być wyłącznie orzeczenie sądu wydane w wyniku powództwa o zasądzenie odszkodowania czy ustalenie szkody. Ustalenie, czy szkoda została wyrządzona, zawsze będzie, jak już Izba podkreślała, elementem ustaleń faktycznych. Skoro zatem przepis art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp nie wprowadza w tej kwestii żadnych ograniczeń, bowiem nie precyzuje, iż orzeczenie o szkodzie może

zostać wydane tylko w wyniku sformułowania określonych roszczeń, należy przychylić się do oceny zamawiającego uznając, iż wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 7 września 2011 r. zaliczyć należy do kategorii orzeczeń stwierdzających szkodę.

Co do daty wydania wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 7 września 2011 r. nie jest sporne, iż uprawomocnił się w okresie 3 lat przed wszczęciem przedmiotowego postępowania.

Zważywszy zatem treść rozstrzygnięcia Sądu Apelacyjnego w Katowicach oraz brzmienie art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp Izba oddaliła odwołanie. Brzmienie powołanego przepisu nie pozwala na przyjęcie postulowanego przez odwołującego ograniczenia jego stosowania wyłącznie do sytuacji, gdy szkoda wynika z okoliczności, za które wykonawca odpowiada na podstawie art. 471 kc w zw. z art. 355 kc. Dopuszczalne na podstawie art. 473 § 1 kc rozszerzenie zakresu odpowiedzialności wykonawcy kształtujące treść jego zobowiązania wynikającego z konkretnej umowy nie pozostaje bez wpływu na ocenę, czy wykonuje on umowę należycie, czy też nieprawidłowo, w konsekwencji wyrządzając kontrahentowi szkodę. Za nieznajdujące uzasadnienia w treści art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp uznać należy poglądy odwołującego wyrażone w piśmie procesowym z dnia 19 grudnia 2011 r., iż podstawą wykluczenia może być tylko orzeczenie, którego przedmiotem rozstrzygnięcia było dochodzenie należności z tytułu powstałej szkody, a nie wynagrodzenia za wykonaną usługę. Ustawodawca przesądził, iż wyrok musi być prawomocny i stwierdzać szkodę. Brak jest natomiast podstaw, aby twierdzić, iż w art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp wymagane jest wyłącznie rozstrzygnięcie (orzeczenie) o szkodzie objętej żądaniem pozwu. Brzmienie komentowanego przepisu wskazuje, iż za wystarczające należy uznać stwierdzenie w podstawie faktycznej rozstrzygnięcia wyrządzenia przez wykonawcę szkody niezależnie od rodzaju kierowanego powództwa, niezależnie od podstawy roszczenia i przedmiotu wyrokowania.

W tym stanie rzeczy, Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli 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).

.....

.....

.....