

**WYROK**

**z dnia 16 maja 2012 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**  
**Członkowie: Agnieszka Trojanowska**  
**Renata Tubisz**

**Protokolant: Przemysław Łaciński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 maja 2012 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 kwietnia 2012 roku przez **Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm: SOLID SECURITY Sp. z o.o. (Lider konsorcjum) i SOLID MCG Sp. z o.o. (Partner konsorcjum) z siedzibą dla lidera w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Wojskowy Instytut Medyczny w Warszawie**

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm: SOLID SECURITY Sp. z o.o. (Lider konsorcjum) i SOLID MCG Sp. z o.o. (Partner konsorcjum) z siedzibą dla lidera w Warszawie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego się wykonawcy Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm: SOLID SECURITY Sp. z o.o. (Lider konsorcjum) i SOLID MCG Sp. z o.o. (Partner konsorcjum) z siedzibą dla lidera w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 **Warszawie-Praga**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## UZASADNIENIE

W dniu **30 kwietnia 2012 roku** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 roku, nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum - **Solid Security Sp. z o.o. (lider) i Solid MCG Sp. z o.o. (partner) z siedzibą dla lidera w Warszawie.**

Odwołanie wniesiono wobec czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu, polegających na: wykluczeniu Odwołującego z postępowania; uznaniu oferty Odwołującego za odrzuconą; unieważnieniu przedmiotowego postępowania.

Opisanym czynnościom Zamawiającego zarzucono naruszenie:

- art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie;
- art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez uznanie za odrzuconą oferty wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu;
- art. 93 ust. 1 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia mimo braku zaistnienia ku temu przesłanek.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania przez nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności badania warunków podmiotowych wykonawców 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.

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

Odwołanie wniesiono z dochowaniem ustawowego terminu, tj. w terminie 10 dni od dnia **20 kwietnia 2012 roku**, kiedy to Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i o uznaniu jego oferty za odrzuconą oraz unieważnieniu postępowania.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający działając na podstawie art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, poinformował Odwołującego o wykluczeniu go 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 oraz o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Powodem wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy jest istnienie, według Zamawiającego, okoliczności, iż „*Solid Security Sp. z o.o. wyrządziła*

*szkodą, 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”.*

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 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. 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.

Odwołujący odwołał się do prowsólnotowej wykładni ustawy Pzp, podnosząc, 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”. 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. 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).

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).

Prawo wspólnotowe może ustanawiać również granice dla pewnych metod wykładni stosowanych w krajowym systemie prawnym (opinia rzecznika generalnego van Gerven w sprawie 262/88 Barber, pkt 50) a wymaganie spójnej wykładni wyklucza interpretację prawa krajowego w sposób odmienny od wykładni zgodnej z dyrektywą (wyrok z dnia 13 listopada 1990 roku w sprawie C-106/89 Marleasing SA przeciwko La Comercial Inetrnacional de Alimentacion SA, Rec. 1990, str. I-4135). 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.

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 (wyrok z dnia 22 września 1998 roku w sprawie C-185/97 *Belinada Jane Coote przeciwko Granada Hospitality Ltd.*, Rec 1998, str. I-5199).

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 stricto (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.

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.” Sąd krajowy powinien zatem w wykładni prawa krajowego uwzględniać, o ile jest to możliwe, przepisy dyrektyw. 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, 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.

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.U.E.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 na uwagę zasługuje opinia rzecznika generalnego M. Poiarsa 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 rzeczonej 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 (wyrok z dnia 10 lutego 1982 r., w sprawie 76/81 *Transporoute et travaux*, Rec. Str. 417). 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 (wyrok z dnia 26 kwietnia 1994 r., w sprawie C-272/91 *Komisja przeciwko Włochom*, Rec. Str. I-1409, pkt 35).

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" (wyrok z dnia 9 lutego 2006 r., w sprawach połączonych C-226/04 i C-228/04 La Casicina i In.).

Dlatego też „w ramach wspólnych zasad, które ustanawia, państwowym członkowskim 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". 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. Jedyny 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.

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 przywołana powyżej sprawa Fabricom.

Należy pamiętać, 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, uznać należy, 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 9 lutego 2006, sprawa C-226/04 oraz C-228/04, La Cascina, lub wyrok ETS z 16 grudnia 2008, sprawa C-213/07, Michaniki AE), natomiast wprowadzone do krajowych porządków prawnych przesłanki powinny być interpretowane w duchu dyrektyw.

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 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) 16 dyrektywy klasycznej. W związku z tym również interpretacja polskiego przepisu powinna zostać dokonana przez pryzmat dyrektywy.

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, 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. 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 szczególny 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.

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 postępowania 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.

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 rozstrzygnięcie 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.

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 zawodowego 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.

Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 grudnia 2011 r. (sygn. akt KIO 2632/11) 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.

Dowód: umowa z dnia 5 kwietnia 2007 r.

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).

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 na kradzież dokonane na obiekcie (ukształtowane na zasadzie ryzyka) nie może być utożsamiane z rozszerzeniem odpowiedzialności za nie wykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia. Odpowiedzialność ta jest bowiem niezależna należytego wykonywania zamówienia.

Jak słusznie podkreśla Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 grudnia 2011 r. (sygn. akt KIO 2632/11) 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.

Dowód: wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach

W związku z tym uznać należy, 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.

Na uwagę zasługuje również fakt, że przepis art. 24 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp wyraźnie wskazuje na zakres związku przyczynowego jaki musi zaistnieć pomiędzy 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 w skutek 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.

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 szkodzi 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.

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.

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

Dowód: wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 8 marca 2012 r.

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 Pzp, a wskazane na wstępie działania Zamawiającego były bezpodstawne. W związku z tym odwołanie powinno zostać uwzględnione w całości.

Odwołujący na rozprawie podtrzymał w całości swoje stanowisko.

Zamawiający na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania w całości, wskazując, że decyzja o wykluczeniu konsorcjum z postępowania była prawidłowa, z uwagi na umieszczenie jednego z członków konsorcjum na liście wykonawców prowadzonej przez Prezesa UZP.

**Skład orzekający Izby, na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, biorąc pod uwagę stanowiska i oświadczenia stron oraz pozostałej dokumentacji postępowania, a także stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych pisemnie i ustnie w toku posiedzenia i rozprawy, ustalił i zważył, co następuje:**

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się zarzutów i naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp poprzez niewłaściwe wykluczenie wykonawcy, co w konsekwencji doprowadziło do unieważnienia postępowania. W przeciwnym przypadku Odwołujący miałby możliwość uzyskania zamówienia ze względu na złożenie jedynej oferty w postępowaniu. Odwołujący wykazał także, że nieuwzględnienie odwołania może skutkować poniesieniem przez niego szkody. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

**Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „usługę ochrony fizycznej, ochronę ppoż., oraz konwojowanie walorów pieniężnych” prowadzi Zamawiający: Wojskowy Instytut Medyczny w Warszawie.

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 10 marca 2012 roku pod numerem 2012/S 49– 080371.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia złożyli jedyną ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający, w dniu 20 kwietnia 2012 roku poinformował wykonawcę o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ponieważ jeden z członków konsorcjum wpisany jest na listę wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, jeżeli szkoda ta została stwierdzona prawomocnym orzeczeniem sądu, prowadzoną przez Prezesa UZP. Na podstawie art. 24 ust. 4 ofertę wykonawcy uznano za odrzuconą, a całe postępowanie unieważniono na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Wykonawca nie zgodził się z decyzją Zamawiającego, wniósł odwołanie i podniósł argumentację przedstawioną powyżej w niniejszym uzasadnieniu.

Ustalono także, że wpisanie wykonawcy na listę nastąpiło z następujących przyczyn:

W dniu 5 kwietnia 2007 r. pomiędzy Zamawiającym – Śląską Akademią Medyczną w Katowicach (obecnie przekształconą w Śląski Uniwersytet Medyczny - ŚUM), a Solid 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.

Pismem z dnia 08.05.2009 r. ŚUM 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. ŚUM uznał, że dokonane kradzieże były wynikiem zaniedbań wykonawcy i nienależytego wykonywania umowy (twierdzenia pozwu, str. 1 uzasadnienia wyroku, Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 27 stycznia 2011 r. sygn. akt II C 551/09/4 *in fine*).

Wobec powyższego Solid wniosła 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 Ca 330/11, zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że zasądził od SUM 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.

**Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w uprzednio rozpoznawanych odwołaniach i zapadłych w tych sprawach wyrokach o następujących sygnaturach: wyrok z dnia 20 grudnia 2011 r. sygn. akt 2630/11, wyrok z dnia 21 grudnia 2011 sygn. akt 2631/11, wyrok z dnia 21 grudnia 2011 sygn. akt 2632/11, wyrok z dnia 28 grudnia 2011 r. sygn. akt. KIO 2695/11 w identycznym stanie faktyczno-prawnym potwierdziło, iż obowiązkowymi przesłankami zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp są następujące okoliczności, które należy ustalić w postępowaniu, mianowicie:

- czy wykonawca nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie publiczne;
- czy nie wykonując lub nienależycie wykonując zamówienie wyrządził szkodę;
- czy szkoda została stwierdzona orzeczeniem sądu.

Z powyższym zgadzał się także Odwołujący.

Skład orzekający Izby w przedmiotowej sprawie popiera i podziela argumentację wyrażoną w przywołanych powyżej rozstrzygnięciach KIO, iż orzeczeniem stwierdzającym szkodę jest w tym przypadku wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 7 września 2011



roku, sygn. akt I ACa 330/11, w którym Sąd II instancji oddalił powództwo Odwołującego się w części dotyczącej zasądzenia wynagrodzenia w wysokości 10.169,66 zł, którą to kwotę pozwany Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach potrącił z wynagrodzenia Odwołującego się tytułem naprawienia szkody spowodowanej nienależytym wykonaniem przez niego umowy usługi polegającej na całodobowej fizycznej ochronie osób i mienia na terenie działalności pozwanego. Z uzasadnienia wyroku (str. 13) wynika, iż 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. Sąd Apelacyjny podzielił argumentację Sądu pierwszej instancji, że za tego rodzaju szkodę powódka (Solid Security Sp. z o.o.) zobowiązała się odpowiadać na zasadzie ryzyka.

To właśnie rozstrzygnięcie Sądu Apelacyjnego w Katowicach zestawione z wyrokiem z dnia 27 stycznia 2011 roku Sądu Okręgowego w Katowicach, sygn. akt 551/09/4, w części w której Sąd II instancji wyrok ten utrzymał, przesądza o wypełnieniu okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Odwołujący się w treści odwołania podnosił, iż szkoda powstała w wyniku kradzieży mającej miejsce na obiekcie przez niego chronionym nie wynikała z przyczyn przez niego zawinionych, a zatem nie może być mowy o jego odpowiedzialności kontraktowej. Odpowiedzialność za kradzież była odpowiedzialnością czysto materialną - niezależną od prawidłowego bądź nieprawidłowego wykonywania umowy. Zauważyć jednak należy, że z ustaleń Sądu I instancji, podzielonych następnie przez Sąd Apelacyjny wynika, iż Odwołujący się jest odpowiedzialny za powstałą szkodę nie z powodu zawinienia, lecz na zasadzie ryzyka. Sąd Okręgowy I instancji w uzasadnieniu wprost stwierdził, że wykonawca nie wykonał należycie zamówienia, czyli przedmiotu umowy (strona 8 uzasadnienia) stwierdzając, iż przy tak ukształtowanym stosunku prawnym powód (czyli Odwołujący) ponosi odpowiedzialność, co do zasady, za szkodę powodowaną kradzieżą. (...), co uprawniało nawet do tezy o niezachowaniu należytej staranności przy wykonywaniu usługi, w czasie, kiedy do kradzieży dochodziło.

Ze stanowiskiem Odwołującego się nie można zgodzić się także z tego powodu, że w granicach zakreślonych ramami swobody umów strony mają możliwość innego uregulowania odpowiedzialności i to zarówno w kierunku jej zaostrenia, jak i złagodzenia. W wyniku zawarcia umowy pomiędzy Odwołującym się a Śląskim Uniwersytetem Medycznym Odwołujący się zgodził się na odpowiedzialność na zasadzie ryzyka, chociaż wedle ustawy powinien odpowiadać za okoliczności przez niego zawinione (art. 471 Kc). Wobec przyjęcia na siebie tego rodzaju odpowiedzialności Odwołujący odpowiada za nienależyte wykonanie zobowiązania również z powodu określonych w umowie okoliczności, bez względu na ich zawinienie. W polskim porządku prawnym możliwe jest bowiem przyjęcie na siebie

odpowiedzialności na zasadzie zawinienia (zasada) lub też na zasadzie ryzyka (wyjątek od zasady). Nie ma innej możliwości ukształtowania odpowiedzialności kontraktowej wykonawcy.

Odnośnie przesłanki wyrządzenia przez wykonawcę szkody przez nienależyte wykonanie zamówienia odnieść należy się do uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego (str. 13 uzasadnienia), z którego wynika, iż w ocenie Sądu pozwany udowodnił w wystarczający sposób szkodę doznaną z powodu kradzieży w budynku przy ul. Jedności 8 w Sosnowcu projektorów marki Epson. Ponadto istnienie szkody potwierdził Sąd Okręgowy w Olsztynie w wyroku z dnia 8 marca 2012 roku, sygn. akt IX Ca 23/12.

Powyższe przesądza o tym, iż wobec Solid Security Sp. z o.o. orzeczono nie tylko odpowiedzialność za szkodę, ale również fakt, iż była to szkoda powstała w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia. W świetle regulacji zarówno art. 471, jak i 473 Kc, nie ma i być nie mogło w tym przypadku innej szkody oraz odpowiedzialności za nią, jak tylko wynikającej z określonego wykonania świadczenia (o innej szkodzie nie orzekano w wyrokach Sądów I i II Instancji).

Skoro zatem istnieje wyrok stwierdzający szkodę wyrządzoną nienależytym wykonaniem łączącej strony umowy, który uprawomocnił się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w ramach którego wykonawca ubiega się o zamówienie, to ziszczyły się wszystkie przesłanki warunkujące zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Wyrok ten nie został wzruszony w trybie procedury nadzwyczajnej, której zastosowanie przewiduje i umożliwia Kodeks postępowania cywilnego, zatem obowiązkiem wszystkich organów państwowych i instytucji, w tym także Krajowej Izby Odwoławczej, jest respektowanie powyższego wyroku i wynikających z niego konsekwencji.

Odnośnie stosowania wykładni prowspólnotowej i interpretowania przepisów ustawy Pzp w duchu dyrektyw wspólnotowych, w szczególności art. 45 ust. 2 dyrektywy 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. L 134 z 30.4.2004, str. 114), zauważyć należy, że państwa członkowskie były uprawnione do wprowadzenia regulacji dotyczącej przesłanek wykluczenia wykonawców do porządków prawnych w kształcie przez poszczególne państwa określonym uwzględniającym przepisy prawa krajowego. Nie ma więc potrzeby interpretowania przesłanek wykluczenia wykonawcy w duchu dyrektyw, a jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy w Olsztynie wdrożenie do krajowego porządku prawnego było prawidłowe, treść art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp uwzględnia uwarunkowania dyrektyw i możliwe jest stosowanie polskiego prawa w tym zakresie. Ponadto, wykładni prowspólnotowej należy dokonywać z uwzględnieniem polskiego porządku prawnego, który dopuszczając możliwość rozszerzenia odpowiedzialności kontraktowej na działania i zaniechania osoby trzeciej, nawet takiej, na którą wykonawca nie

ma wpływu, a działania i zaniechania takiej osoby są niezależne od wykonawcy, kształtuje możliwość zaistnienia szkody i uznania tej szkody w wyniku nienależytego wykonania lub niewykonania zamówienia.

Reasumując, stwierdzić należało, iż Solid Security Sp. z o.o. nie wykonała należycie zamówienia na rzecz ŚUM, wynikiem czego była szkoda, co zostało stwierdzone przywołanymi wyżej wyrokami Sądów I i II Instancji sądów w Katowicach. Podstawą wykluczenia nie było i nie jest orzeczenie Sądu Okręgowego w Olsztynie, ale orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Katowicach, który także potwierdził istnienie szkody, kwestionując jedynie ustalenia Sądu Okręgowego w Katowicach w zakresie ustalenia jej wysokości. Skoro zaś Sąd Apelacyjny w Katowicach nie odnosił się do pozostałych przesłanek wyroku I instancji, to uznać można, iż w pozostałym zakresie podzielił ustalenia Sądu Okręgowego w Katowicach, których zaś stwierdził wyraźnie, że poniesiona i stwierdzona szkoda była wynikiem nienależytego wykonania zamówienia, które odnieść można do przycięcia na siebie rozszerzonej odpowiedzialności kontraktowej na zasadzie ryzyka.

Tym samym Izba potwierdza zasadność wykluczenia Odwołującego się konsorcjum z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp, w związku z zaistnieniem przesłanek tam opisanych w stosunku do jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Solid Security Sp. z o.o., na zasadzie art. 23 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (w tym również przepisy dotyczące wykluczenia wykonawcy). Skoro zaś oferta konsorcjum była jedyną w postępowania, to w przypadku wykluczenia wykonawcy i uznania jego oferty za odrzuconą, Zamawiający zobligowany był do unieważnienia postępowania.

Odwołanie, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wskazanej ustawy podlegało więc oddaleniu. W ocenie Izby zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego nie potwierdziły się i podjęte decyzje nie miały wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....