

Sygn. akt: KIO 2631/11

WYROK

z dnia 21 grudnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Robert Skrzyszewski

Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 grudnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2011 r. przez **Solid Security Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **Solid Security Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Solid Security Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością 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. 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**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi w zakresie ochrony osób i mienia w obiektach administracyjnych Urzędu miasta stołecznego Warszawy.

Postępowanie jest prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 9 grudnia 2011 roku wykonawca Solid Security Sp. z o.o. w Warszawie (dalej: odwołujący się) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegających na:

- wykluczeniu odwołującego się z postępowania;
- uznaniu oferty odwołującego się za odrzuconą;
- przeprowadzeniu aukcji elektronicznej bez udziału odwołującego się, w wyniku której została wybrana jako najkorzystniejsza oferta złożona przez Konsorcjum firm: SAT-GUARD DEFENCE Sp. z o. o. oraz SAT-GUARD DEFENCE Sp. z o. o. Sp. Komandytowa.

Opisanym czynnościom zamawiającego odwołujący się zarzucił 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. 91 b ust. 1 ustawy Pzp poprzez uniemożliwienie odwołującemu się, pomimo prawidłowego zaproszenia go do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej, faktycznego udziału w tejże aukcji;
- art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez niepodanie uzasadnienia faktycznego zastosowania tego przepisu.

Odwołujący się wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności oceny ofert oraz czynności polegających na wykluczeniu odwołującego się z postępowania oraz uznaniu jego oferty za odrzuconą;

2) unieważnienia przeprowadzonej aukcji elektronicznej, w wyniku której wybrana została oferta złożona przez Konsorcjum firm: SAT-GUARD DEFENCE Sp. z o.o. oraz SAT-GUARD DEFENCE Sp. z o.o. Sp. Komandytowa, i przeprowadzenia kolejnej aukcji elektronicznej z udziałem Odwołującego;

3) wyboru jako najkorzystniejszej oferty z najniższą ceną zaproponowaną w aukcji elektronicznej z udziałem wszystkich wykonawców prawidłowo zaproszonych do udziału w niej.

W uzasadnieniu w dniu 24.11.2011 r. zamawiający pismem znak: BO.254.6.1.2011.EKA poinformował odwołującego, że zgodnie z zasadami i kryteriami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jego oferta została sklasyfikowana na 1 pozycji, i jednocześnie, na podstawie art. 91 b ust. 1 ustawy, zapraszając odwołującego do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej, wyznaczonej na dzień 29.11.2011 r., godz. 13:30.

W wyznaczonym terminie odwołujący podjął bezskuteczną próbę udziału w ww. aukcji. W dniu 30.11.2011 r. Zamawiający pismem znak: ZTM-NZ-2210-378-1-11/AMO, działając na podstawie art. 92 ust. 1 ustawy, poinformował Odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum firm: SAT-GUARD DEFENCE Sp. z o.o. oraz SAT-GUARD DEFENCE Sp. z o.o. Sp. Komandytowa oraz o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy i o uznaniu jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy.

Jak wynika z treści tego pisma, powodem wykluczenia odwołującego się na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp 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.

Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia odwołującego się z postępowania wprowadził przytoczył wyrok, który w ocenie Prezesa UZP był wystarczającą podstawą do umieszczenia odwołującego się 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 się szkody w wyniku nienależytego wykonania zamówienia lub nie wykonania go w ogóle. Tym samym zamawiający nie podjął nawet próby wykazania zaistnienia przesłanki wykluczenia odwołującego się określonej w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy, ani tym bardziej nie podał, jakie były faktyczne powody wykluczenia odwołującego się z postępowania, czym naruszył art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący się zauważył, że 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 właśnie z takiego sądowego orzeczenia powinno niezbicie 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 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 (<http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D:994>) 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 się podniósł, że wyrok, który zdaniem Prezesa UZP miałby rzekomo świadczyć o zaistnieniu przesłanki wykluczenia odwołującego się na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, 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 Solid Security Sp. z o.o. nienależycie wykonywała umowę, a contrario wykonywała ją należycie. Owszem, Sąd Apelacyjny uznał rację Zamawiającego (pozwanego), iż na obiekcie powstała szkoda i że została ona udowodniona w wysokości 10.169,66 złotych, oraz że odpowiedzialność w tym zakresie należy przypisać Solid Security Sp. z o.o., jednakże z innych powodów niż wina, a tym samym innych niż wykonanie umowy w sposób nienależyty.

W ustaleniach Sądu Apelacyjnego nie ma mowy o wykonywaniu umowy przez Solid Security w sposób nienależyty. Wręcz przeciwnie - Sąd wskazuje, iż nie zostało to udowodnione. Odpowiedzialność Solid Security Sp, z o.o. 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).

Solid Security Sp. z o.o. była zobowiązana 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 się zgodzić, iż wynikało to z nienależytego wykonania umowy.

Ustalenia Sądu wskazują, iż szkoda powstała oraz udowodniono jej wysokość, a Solid Security Sp. z o.o. 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).

Solid Security Sp. z o.o. jako profesjonalnie działający podmiot na rynku usług ochrony osób i mienia wziął na siebie taką odpowiedzialność, wpisując to właśnie w ryzyko prowadzonej działalności. Niezależnie od jakości świadczonych usług oraz wykonywania umowy w sposób jak najbardziej należyty, należy zauważyć, iż w trakcie realizacji usług ochrony zawsze może dojść do powstania szkody, bowiem nie ma systemów ochrony idealnych, doskonałych. Za szkoda 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 oczywiste - chodzi o 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 załączonego orzeczenia w niniejszej sprawie wynika jedynie, iż Solid Security Sp. z o.o. ponosi odpowiedzialność w zakresie powstałej szkody, ale tylko dlatego, że tak się umówiła 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 materialnoprawna) co Sąd Apelacyjny jedynie potwierdził.

Mimo braku wskazanych elementów w przedłożonym orzeczeniu, Solid Security Sp. z o.o. została umieszczona 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 się poniósł w związku z umieszczeniem go w tym wykazie.

Zamawiający na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, iż podstawą wykluczenia odwołującego się z postępowania nie był fakt umieszczenia go w wykazie, o którym mowa w art. 154 pkt 5a ustawy Pzp. Zamawiający był bowiem w posiadaniu wyroku, na podstawie którego Prezes UZP dokonał wpisu do wykazu i sam zbadał przesłanki wykluczenia odwołującego się z postępowania.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu o udzielenie zamówienia publicznego zostało opublikowane dniu 8 listopada 2011 roku.

Pismem z dnia 24 listopada 2011 roku zamawiający zaprosił odwołującego się do udziału w aukcji elektronicznej informując jednocześnie, że oferta odwołującego się zajmuje 1 pozycję. Zgodnie z informacją zawartą w piśmie aukcja miała rozpocząć się w dniu 29 listopada 2011 roku o godz. 11.00.

Przewidziana na dzień 29 listopada 2011 roku aukcja nie odbyła się, o czym zamawiający poinformował wykonawców pismem z dnia 29 listopada 2011 roku wskazując jako powód przyczyny formalne leżące po stronie zamawiającego.

Pismem z dnia 30 listopada 2011 roku zamawiający poinformował odwołującego się o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia; SAT-GUARD DEFENCE Sp. z o.o. w Warszawie, SAT-GUARD DEFENCE Sp. z o.o. Sp. Komandytowa w Warszawie. W tym samym piśmie zamawiający zawiadomił o wykluczeniu odwołującego się z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp podając treść art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 154 pkt 5a ustawy Pzp. W piśmie zamieścił również następującą informację:

„W związku z tym, że wykonawca Solid Security Sp. z o.o. został wpisany przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do powyższego wykazu, zamieszczonego na stronie internetowej: <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D:994> jako wykonawca, który wyrządził szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, co zostało stwierdzone prawomocnym wyrokiem sądu z dnia 7 września 2011 roku, wydanym przez Sąd Apelacyjny w Katowicach, I Wydział Cywilny, zamawiający postanowił jak na wstępie.

Izba ustaliła, że Prezes UZP wpisał odwołującego się do wykazu prowadzonego na podstawie art. 154 pkt 5a ustawy Pzp na podstawie wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach I Wydział Cywilny z dnia 7 września 2011 roku. W postępowaniu przed Sądem odwołujący się domagał się zapłaty kwoty potrąconej przez Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach tytułem kar umownych, korekty not obciążeniowych oraz naprawienia szkody wynikającej z kradzieży dokonanych w obiekcie pozwanego położonym w Sosnowcu przy ul. Jedności 8 oraz w Zabrze przy ul. Kaszubskiej 3.

Z uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego wynika, iż powód przegrał sprawę przed Sądem I instancji. Sąd Apelacyjny zmienił wyrok w ten sposób, że zasądził od Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach na rzecz odwołującego się 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 oddalenie części powództwa dotyczyło kwoty 10.169,66 zł. W ocenie Sądu Apelacyjnego pozwany (Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach) udowodnił w wystarczający sposób szkodę doznaną z powodu kradzieży w budynku przy ul. Jedności 8 w Sosnowcu projektorów marki Epson. Ponieważ łączna wartość ceny zakupu projektorów wynosiła 10.169,66 zł Sąd Apelacyjny uznał, że pozwany udowodnił doznanie szkody w tej wysokości. Sąd Apelacyjny podzielił argumentację Sądu I instancji, że za tego rodzaju szkodę odwołujący się zobowiązał się odpowiadać na zasadzie ryzyka.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Przedmiotem postępowania odwoławczego jest ocena czynności zamawiającego w postaci wykluczenia odwołującego się z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp i uznania jego oferty za odrzuconą. W tym celu Izba obowiązana była rozstrzygnąć następujące okoliczności: czy umieszczenie wykonawcy w wykazie prowadzonym przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 154 pkt 5a ustawy Pzp samo w sobie stanowi podstawę do wykluczenia z postępowania wykonawcy stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz czy istotnie odwołujący się podlega wykluczeniu z postępowania z powodu wyrządzenia szkody poprzez niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia, a szkoda ta została stwierdzona orzeczeniem sądu, które uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania.

Podstawą wykluczenia odwołującego się z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego był – zgodnie z informacją zamawiającego – art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W uzasadnieniu swojej decyzji zamawiający wskazał również na treść art. 154 pkt 5a ustawy Pzp oraz stwierdził, że wykonawca Solid Security Sp. z o.o. został wpisany przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do powyższego wykazu zamieszczonego na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych jako wykonawca, który wyrządził szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je należycie, co zostało stwierdzone wyrokiem sądu z dnia 7 września 2011 roku wydanym przez Sąd Apelacyjny w Katowicach, I Wydział Cywilny.

Zamawiający na rozprawie w dniu 20 grudnia 2011 roku podnosił, iż badał również samodzielnie przesłanki wykluczenia, gdyż był w posiadaniu przedmiotowego wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach, niemniej jednak w ocenie Izby fakt ten nie wynika z treści pisma z dnia 30 listopada 2011 roku. Zamawiający co prawda wskazał w piśmie na wyrok stanowiący podstawę wpisania wykonawcy do prowadzonego przez Prezesa UZP wykazu, lecz analiza treści pisma pozwala na wniosek, iż zamawiający poprzestał na stwierdzeniu, że odwołujący się został wpisany do wykazu na podstawie wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach i fakt legł u podstaw decyzji zamawiającego o wykluczeniu odwołującego się z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp 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. Z kolei art. 154 pkt 5a ustawy Pzp stanowi, że Prezes UZP prowadzi, ogłasza, aktualizuje na stronie internetowej Urzędu wykaz wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, jeżeli szkoda ta została stwierdzona prawomocnym orzeczeniem sądu oraz dokonuje wykreśleń wykonawców wykazu.

W ocenie Izby fakt wpisania wykonawcy do wykazu wykonawców, o którym mowa w art. 154 pkt 5a ustawy Pzp sam w sobie nie może stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Należy zwrócić uwagę, iż art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nie nakłada na zamawiającego obowiązku wykluczenia wykonawcy umieszczonego w wykazie, o którym mowa w art. 154 pkt 5a ustawy Pzp, lecz wykonawcy, który wyrządził szkodę nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, a szkoda ta jest stwierdzona prawomocnym orzeczeniem sądu. Zdaniem Izby taka redakcja przepisu zobowiązuje zamawiającego każdorazowo do badania, czy w stosunku do danego wykonawcy zachodzą przesłanki wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp bez względu na fakt, czy wykonawca znajduje się w wykazie, czy nie.

Izba podziela stanowisko Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie wyrażone w postanowieniu z dnia 7 lipca 2009 roku sygn. akt V SA/Wa 658/09, zgodnie z którym samo zamieszczenie skarżącego w wykazie, o którym mowa w art. 154 pkt 5a ustawy Pzp, nie powoduje skutku w postaci obowiązku wykluczania go z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Przesłanka do wykluczenia go z postępowań o udzielenie zamówienia wynika bowiem z samego prawa, tj. z art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, niezależnie od tego, czy został on umieszczony w tym wykazie, czy też nie (...).

Zamieszczenie wykonawcy w wykazie, o którym mowa w art. 154 pkt 5a, nie ma zatem charakteru konstytutywnego.

Wskazując na powyższe stwierdzić należy, że zamawiający powinien był zbadać, czy w przypadku odwołującego się zaszyły przesłanki, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów odwołania Izba uznała, że odwołujący się podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. z powodu wyrządzenia szkody poprzez nienależyte wykonanie zamówienia, a szkoda ta została stwierdzona orzeczeniem sądu, które uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania.

Orzeczeniem stwierdzającym szkodę jest wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 7 września 2011 roku sygn. akt I ACa 330/11, w którym Sąd 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 powód (odwołujący się) zobowiązał się odpowiadać na zasadzie ryzyka.

Rozstrzygnięcie Sądu Apelacyjnego w Katowicach w oparciu o dokonane ustalenia ma zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Wynikają z niego bowiem okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 471 Kodeksu cywilnego (K.c.) 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. Z przepisu tego wynika, iż odpowiedzialność dłużnika na gruncie tego przepisu wynika z faktu zaistnienia następujących okoliczności: niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, szkoda oraz istnienie normalnego związku przyczynowego pomiędzy naruszeniem przez dłużnika więzi zobowiązaniowej a szkodą wierzyciela. W Kodeksie cywilnym brak jest bliższego określenia pojęcia szkody, lecz z doktryny i orzecznictwa generalnie wynika, że szkodą jest powstała wbrew woli

poszkodowanego różnica pomiędzy obecnym jego stanem majątkowym a tym stanem, jaki zaistniałby, gdyby nie nastąpiło zdarzenie wywołujące szkodę.

Z treści art. 471 wynika, iż spełnienie i udowodnienie przez wierzyciela powyższych przesłanek nie zawsze pozwoli na ostateczne przypisanie dłużnikowi odpowiedzialności kontraktowej. W szczególności dłużnik może wykazać, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności. Konsekwencją udowodnienia takiego stanu rzeczy jest zwolnienie się dłużnika z odpowiedzialności za szkodę, czyli wykazanie niezawinienia.

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. Z ustaleń Sądu pierwszej instancji, podzielonych następnie przez Sąd Apelacyjny wynika bowiem, iż odwołujący się jest odpowiedzialny za powstałą szkodę nie z powodu zawinienia, lecz na zasadzie ryzyka.

Ze stanowiskiem odwołującego się nie można się zgodzić. W granicach zakreślonych ramami swobody umów strony mają bowiem możliwość innego uregulowania odpowiedzialności i to zarówno w kierunku jej zaostrzenia, 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. 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.

Powyższe potwierdza fakt wyrządzenia przez odwołującego się szkody z powodu nienależytego wykonania przez niego zobowiązania, a zatem zaistnienie pierwszej z przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Drugą z przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jest istnienie prawomocnego orzeczenia sądu stwierdzającego szkodę. Orzeczeniem takim – jak już wyżej wskazano – jest wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 7 września 2011 roku sygn. akt I ACa 330/11.

Izba nie zgadza się ze stanowiskiem odwołującego się, iż wskazane wyżej orzeczenie nie może być podstawą wykluczenia, ponieważ rozstrzyga ono o zasadności roszczeń odwołującego się wobec Śląskiego Uniwersytetu Medycznego tytułem

wynagrodzenia za wykonaną usługę, a nie o szkodzie poniesionej przez Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach.

Roszczenie powoda (odwołującego się) wynikało z faktu bezzasadnego – jego zdaniem – potrącenia przez Śląski Uniwersytet Medyczny z wynagrodzenia powoda należności z tytułu naprawienia szkody spowodowanej nienależytym wykonywaniem przez niego usługi ochrony mienia. Rozpoznając powództwo Sąd musiał zatem ocenić zasadność dokonanego potrącenia, czyli orzec o szkodzie. Z ustaleń Sądu wynika w sposób niepozostawiający wątpliwości, iż szkoda istotnie miała miejsce, w związku z czym Sąd oddalił w tej części powództwo. Ustalenia Sądu znalazły zatem wyraz w sentencji wyroku (*oddala powództwo w pozostałej części*) oraz w tej części uzasadnienia, w której Sąd uznaje za udowodnioną szkodę doznaną przez pozwanego.

Argumentacja odwołującego się, iż tylko wyrok zapadły w wyniku rozpoznawania powództwa, poprzez które strona dochodzić będzie odszkodowania, należy uznać za chybione. Bez znaczenia jest bowiem, czy Sąd będzie dokonywał ustaleń w kwestii zaistnienia szkody rozpoznając powództwo o zapłatę kwoty stanowiącej odszkodowanie za wyrządzoną szkodę, czy też o zapłatę części wynagrodzenia potrąconego przez jedną ze stron tytułem odszkodowania. W każdym przypadku Sąd musi bowiem zbadać, czy szkoda miała miejsce i w tym zakresie rozstrzygnięcie Sądu zawarte w prawomocnym wyroku objęte jest powagą rzeczy osądzonej.

Zgodnie z treścią art. 366 Kodeksu postępowania cywilnego (K.p.c.) wyrok prawomocny korzysta z powagi rzeczy osądzonej tylko co do tego, co w związku z podstawą sporu stanowiło przedmiot rozstrzygnięcia (które niekiedy różni się od treści rozpoznawanego roszczenia), a ponadto tylko między tymi samymi stronami. Artykuł ten wskazuje, że granice przedmiotowe powagi rzeczy osądzonej obejmują nie to, co stanowiło granice powództwa, ale to, co stanowiło przedmiot i podstawę faktyczną rozstrzygnięcia w chwili wyrokowania. Oczywistym jest przy tym, że powagę rzeczy osądzonej mają zarówno wyroki uwzględniające, jak i oddalające powództwo.

W orzecnictwie i doktrynie zasadnie przyjmuje się, iż powagę rzeczy osądzonej ma w zasadzie tylko rozstrzygnięcie zawarte w sentencji wyroku, a nie uzasadnienie. Niemniej jednak sentencje wyroków wydawanych przez polskie sądy nie zawierają ustaleń co do okoliczności faktycznych, które legły u podstaw takiego, a nie innego rozstrzygnięcia. Motywy rozstrzygnięcia są zatem istotne dla określenia granic powagi rzeczy osądzonej, co ma szczególne znaczenie zwłaszcza wtedy, gdy powództwo zostało w całości lub części oddalone, jak to miało miejsce w przypadku wyrokowania przez Sąd Apelacyjny w Katowicach.

Reasumując powyższe stwierdzić należy, iż Sąd Apelacyjny w Katowicach w prawomocnym wyroku stwierdził niezasadność roszczenia odwołującego się o zapłatę części wynagrodzenia potrąconej przez Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach tytułem naprawienia szkody i oddalił w tym zakresie powództwo odwołującego się. Tym samym rozstrzygnął o zaistnieniu szkody spowodowanej przez odwołującego się nienależytym wykonaniem zobowiązania i o zasadności dokonanego przez pozwanego potrącenia. Zawarte w sentencji wyroku rozstrzygnięcie Sądu oddalające w tej części powództwo objęte jest powagą rzeczy osądzonej, której granice wytyczają ustalenia Sądu Apelacyjnego zawarte w uzasadnieniu orzeczenia. Oznacza to, że pomiędzy tymi samymi stronami (tj. odwołującym się oraz Śląskim Uniwersytetem Medycznym w Katowicach) w tym samym przedmiocie i na podstawie tych samych okoliczności faktycznych oraz na tej samej podstawie prawnej nie jest dopuszczalny ponowne postępowanie przed sądem powszechnym. Taka konstatacja wynika między innymi z postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 9 czerwca 1971 roku II CZ 59/71, OSNC 1971 nr 12, poz. 226 czy postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 29 stycznia 1997 roku, I CKU 65/96, Prok. I Pr. – dod. 1997, nr 7-8, poz. 41.

Za chybione należy uznać dywagacje odwołującego się, iż wyrok nie korzysta z powagi rzeczy osądzonej, ponieważ pozwany bronił się zarzutem potrącenia, a treść wyroku nie zawiera rozstrzygnięcia o zarzucie potrącenia. Odwołujący się nie dokonuje rozróżnienia pomiędzy instytucją potrącenia z art. 498 i nast. K.c. a zarzutem potrącenia podnoszonym w trakcie procesu.

W sprawie rozpoznawanej przez Sąd Apelacyjny w Katowicach powód (odwołujący się) domagał się zasądzenia na jego rzecz należności, którą pozwany potrącił z wynagrodzenia powoda składając oświadczenie, stosownie do treści art. 499 K.c. Takie potrącenie jest jednostronną czynnością prawną o skutkach materialnoprawnych. Sąd rozstrzygając o żądaniu zawartym w pozwie oceniał zasadność dokonanego potrącenia. Oświadczenie o potrąceniu zostało złożone przed wniesieniem pozwu i samo w sobie stanowiło podstawę roszczenia odwołującego się.

Takie potrącenie należy odróżnić od procesowego zarzutu potrącenia, który powinien w procesie, a zatem po skutecznym wytoczeniu powództwa, przybrać postać stanowczego i jednoznacznego oświadczenia procesowego. Wywody odwołującego się dotyczą wyłącznie zarzutu potrącenia, a taki w postępowaniu przed sądem nie został przez pozwanego zgłoszony.

Ostatnią przesłankę wymagającą zbadania jest fakt, czy orzeczenie sądu stwierdzające szkodę uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach wydany został w dniu 7 września 2011 roku. Jest to wyrok sądu II instancji, a zatem według ustawy jest niezaskarżalny. Zgodnie zaś z art. 363 § 1 K.p.c. orzeczenie sądu staje się prawomocne, jeżeli nie służy co do niego środek odwoławczy lub inny środek zaskarżenia. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 8 listopada 2011 roku, czyli ostatnia z przesłanek koniecznych do wykazania podstaw wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp została udowodniona.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że odwołujący się podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp i orzekła jak w sentencji wyroku.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....
.....
.....