

Sygn. akt: KIO 1117/12

WYROK

z dnia 14 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwiłk

Członkowie: Barbara Bettman

Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 czerwca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 maja 2012 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Konsalnet Holding S.A. (Lider Konsorcjum), Konsalnet Security Sp. z o.o., Konsalnet Skorpion Sp. z o.o., Konsalnet Inowopol Sp. z o.o., Konsalnet Monitoring Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Przasnyska 6A, 01-756 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Centrum Usług Logistycznych „Lotnisko Warszawa Babice”, ul. gen. S. Kaliskiego 57, 01-476 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **SOLID SECURITY Sp. z o.o., ul. Postępu 17, 02-676 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz nakazuje mu dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu i dokonanie czynności wykluczenia wykonawcy **SOLID SECURITY Sp. z o.o.** z postępowania**
- 2. kosztami postępowania obciąża Centrum Usług Logistycznych „Lotnisko Warszawa Babice”, ul. gen. S. Kaliskiego 57, 01-476 Warszawa i:**

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Konsalnet Holding S.A. (Lider Konsorcjum), Konsalnet Security Sp. z o.o., Konsalnet Skorpion Sp. z o.o., Konsalnet Inowopol Sp. z o.o., Konsalnet Monitoring Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Przasnyska 6A, 01-756 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania

2.2 zasądza od **Centrum Usług Logistycznych „Lotnisko Warszawa Babice”, ul. gen. S. Kaliskiego 57, 01-476 Warszawa** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Konsalnet Holding S.A. (Lider Konsorcjum), Konsalnet Security Sp. z o.o., Konsalnet Skorpion Sp. z o.o., Konsalnet Inowopol Sp. z o.o., Konsalnet Monitoring Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Przasnyska 6A, 01-756 Warszawa** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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. 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 1085/12

U z a s a d n i e

Centrum Usług Logistycznych „Lotnisko Warszawa Babice” w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Świadczenie usługi ochrony fizycznej obiektów, osób i mienia należącego do Centrum Usług Logistycznych „Lotnisko Warszawa – Babice””. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 30 marca 2012 r. pod nr 2012/S 63-102314.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Konsalnet Holding S.A. (Lider Konsorcjum), Konsalnet Security Sp. z o.o., Konsalnet Skorpion Sp. z o.o., Konsalnet Inowopol Sp. z o.o., Konsalnet Monitoring Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 31 maja 2012 r. złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Odwołanie dotyczyło czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i w tym zakresie zaniechania wykluczenia wykonawcy, którego ofertę Zamawiający wybrał w postępowaniu. Informacja o dokonaniu tych czynności została przekazana Odwołującemu w dniu 22 maja 2012 r.

Do przedmiotowego odwołania w dniu 4 czerwca 2012 r. na skutek wezwana Zamawiającego z dnia 31 maja 2012 r. zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca Solid Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący”). Kopie przystąpienia zostały przekazane stronom postępowania odwoławczego.

Biorąc pod uwagę pisma złożone w sprawie odwołania oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania odwoławczego:

I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący w swoim odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp w zakresie:

- 1) wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego;

- 2) art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez niewykluczenie 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;
- 3) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez odstąpienie od zasady równości i uczciwej konkurencji podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie.

Według Odwołującego Zamawiający naraził Odwołującego na poniesienie kosztów związanych z postępowaniem, zamknięcie dostępu do rynku i straty związane z przedłużającą się procedurą udzielenia zamówienia publicznego.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i wydanie orzeczenia obejmującego:

- 1) uchylenie decyzji Zamawiającego o wyborze oferty Przystępującego;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności w postaci wyboru oferty uznanej w postępowaniu za najkorzystniejszą;
- 3) nakazanie Zamawiającemu ponownego przeprowadzenia czynności związanych z badaniem i oceną ofert oraz wyborem oferty najkorzystniejszej w ramach ofert złożonych zgodnie z prawem, w tym oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podkreślił, że Przystępujący na mocy wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach I Wydział Cywilny z dnia 7 września 2011 r. został wykluczony z udziału w postępowaniach o zamówienie publiczne. Wskazał, że podstawą wykluczenia tego wykonawcy z postępowania jest art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Odwołujący podniósł, że informacja o wykluczeniu Przystępującego jest również dostępna na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych i na jej podstawie Zamawiający powinien był dokonać czynności wykluczenia Przystępującego z postępowania. Odwołujący podkreślił także, że jego stanowisko znajduje swoje uzasadnienie zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie, tu wskazał na wyroki KIO w sprawach: KIO 2630/11, 2631/11 i 2695/11.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko w pełnym zakresie dodatkowo wskazując na dwa orzeczenia KIO w sprawach KIO 848/12 i KIO 942/12 wydanych w tożsamych stanach faktycznych i wskazujących na konieczność wykluczenia Przystępującego z postępowania o zamówienie publiczne

II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający podtrzymał w toku rozprawy swoje stanowisko co do zasadności dokonanego przez siebie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i wniósł o oddalenie odwołania. Podkreślił, że Odwołujący w swoim odwołaniu nie udowodnił 4 przesłanek wynikających z art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp wskazujących na konieczność wykluczenia wykonawcy z postępowania. Wskazał też, że w jednym z orzeczeń Sądów Okręgowych rozstrzygających analogiczne sprawy związane z wykluczeniem Przystępującego z postępowania w oparciu o wskazaną przesłankę, sąd nie podzielił stanowiska KIO.

III. Stanowisko Przystępującego

Przystępujący w swoim zgłoszeniu przystąpienia wniósł o oddalenie odwołania w całości. Podkreślił także, że wskazany jako podstawa do wykluczenia Przystępującego z postępowania wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach nie wskazuje w jaki sposób wyrok ten miałby wpłynąć na niespełnienie przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Przystępujący podkreślił, wskazując na dyspozycję art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, że czynności wykluczenia z postępowania dokonuje Zamawiający w odniesieniu do wykonawcy, co do którego zachodzą przesłanki określone w przywołanym przepisie ustawy Pzp, niezależnie od tego, czy podmiot ten został wpisany na listę, o której mowa w art. 154 pkt 5a ustawy Pzp. Podkreślił, że Odwołujący w swoim odwołaniu nie wykazał istnienia przesłanek wykluczenia, o których mowa we wskazanym przepisie. Powołując się na orzeczenie KIO w sprawie KIO 2632/11, podniósł, że dyspozycja art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wskazuje na konieczność każdorazowego zbadania czterech okoliczności, których łączne zaistnienie uzasadnia wykluczenie wykonawcy z postępowania, tj.:

- 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.

Stwierdził, że sam fakt powoływania się przez Odwołującego na wyrok Sądu w Katowicach nie świadczy o wypełnieniu w/w przesłanek wynikających z art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Według niego jedynie zbadanie zaistnienia tych przesłanek i ich stwierdzenia przez samego Zamawiającego mogłoby stanowić podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania. W postępowaniu tym jednak Zamawiający nie stwierdził takich przesłanek wobec Przystępującego. Zdaniem Odwołującego powoływanie się przez Odwołującego na wykluczanie Przystępującego z postępowania w innych bliżej nieskonkretyzowanych postępowaniach uznać

należy za nietrafne. Wskazał także na niezasadność zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W toku rozprawy Przystępujący podtrzymał swoje stanowisko w przedmiotowej sprawie. Dodatkowo wniósł o rozważenie przez Izbę skierowania zapytania do ETS w sprawie interpretacji przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp, co do jego zgodności z dyrektywą zamówieniową oraz w celu ustalenia, czy w orzeczeniu sądu powszechnego, które ma być podstawą wpisu na listę nierzetelnych wykonawców, jak również będącego podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania ma być zbadane nienależyte wykonanie zamówienia, czy orzeczenie takie może poprzestawać jedynie na stwierdzeniu odpowiedzialności wykonawcy. Pełnomocnik Przystępującego podkreślił, że w tym zakresie chodziłoby o ustalenie, czy wyrok ma wyłącznie zasądzać określoną kwotę, czy też z uzasadnienia tej decyzji powinno wynikać nienależyte wykonanie zamówienia, bądź nie wykonanie zamówienia w ogóle.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 7 września 2011 r. (sygn. akt: I ACa 330/11) oraz stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W odwołaniu podnosi on zarzuty dotyczące wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, która to czynność Zamawiającego w sposób bezpośredni pozbawiła go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego w związku z usytuowaniem Odwołującego na drugiej pozycji listy rankingowej wykonawców. Powyższe także naraziło Odwołującego na poniesienie w tym zakresie szkody. Przywołane okoliczności wskazują na wypełnienie materialnoprawnej przesłanki skutecznego wniesienia odwołania ocenianej w oparciu o dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za zasadne.

W tym zakresie Izba ustaliła, co następuje.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej i uznał za taką ofertę złożoną przez Przystępującego. Odwołujący nie zgodził się z tą decyzją Zamawiającego i wniósł odwołanie, wskazując na konieczność wykluczenia Przystępującego z postępowania w oparciu o przepis art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła także okoliczności istotne z punktu widzenia rozpatrzenia niniejszego sporu odwoławczego, a dotyczące przywoływanego jako podstawa wykluczenia Przystępującego z postępowania wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 7 września 2011 r. (sygn. akt: I ACa 330/11).

W dniu 5 kwietnia 2007 r. pomiędzy Śląską Akademią Medyczną w Katowicach (obecnie przekształconą w Śląski Uniwersytet Medyczny – ŚUM – podmiot zamawiający), a firmą Solid Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawarto umowę na wykonanie usługi polegającej na całodobowej ochronie fizycznej osób i mienia na terenie działalności wskazanego zamawiającego. W § 2 pkt 2 umowy zastrzeżono, iż wykonawca odpowiada materialnie za szkodę spowodowaną kradzieżą, włamaniem bądź uszkodzeniem lub dewastacją mienia. W związku z tym postanowieniem umownym ŚUM pismem z dnia 8 maja 2009 r. 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.

Wobec powyższego firma Solid Security Sp. z o.o. wniosła pozew o zapłatę potrąconych należności. Sąd I Instancji, tj. Sąd Okręgowy w Katowicach wyrokiem z dnia 27 stycznia 2011 r. (sygn. akt II C 551/09/4) 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 stwierdzono, że 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, zaś w prawie cywilnym wina jest postacią niedbalstwa, co wiąże się z regulacją art. 355 Kc.

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 Security Sp. z o.o. 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 Security Sp. z o.o. zobowiązała się odpowiadać na zasadzie ryzyka.

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

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia faktyczne Izba stwierdziła, iż Zamawiający niezasadnie dokonał w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego. Wykonawca ten – w ocenie Izby – podlega wykluczeniu z postępowania na zasadzie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Przywołany przepis przewiduje obligatoryjne wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego takiego wykonawcy, który wyrządził 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. Przywołana przesłanka materialna stanowiąca podstawę czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania odnosi się do określonych okoliczności wskazanych tym przepisem ustawy Pzp, które podlegają ustaleniu każdorazowo przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Te okoliczności, które muszą być wypełnione łącznie, to ustalenie, czy:

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

W tym zakresie Izba podzieliła stanowisko prezentowane przez Przystępującego oraz Zamawiającego. Izba, uwzględniając w tej mierze orzecznictwo sądów administracyjnych (Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie postanowienie z dnia 7 lipca 2009 r.; sygn. akt V SA/Wa 658/09), nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że wpis wykonawcy do wykazu prowadzonego przez Prezesa UZP w oparciu o dyspozycję art. 154 pkt 5a ustawy Pzp stanowi samodzielną przesłankę do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zgodnie z przywołanym orzecznictwem sądów administracyjnych wpis do tego wykazu ma jedynie charakter informacyjny, zaś samodzielną przesłanką wykluczenia wykonawcy z postępowania jest ocena przywołanych powyżej okoliczności, na które wskazuje art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Niezależnie od oceny racjonalności takiego, przyjętego przez ustawodawcę rozwiązania, to nie wpis na tzw. „czarną listę” prowadzoną przez Prezesa UZP nierzetelnych wykonawców lecz weryfikacja wskazanych okoliczności stanowi o podstawie do wykluczenia wykonawcy z konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dokonując zatem tej oceny i opierając się w tym zakresie na przywołanym przez Odwołującego wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 7 września 2011 r. (sygn. akt: I ACa 330/11), a także odnosząc się do orzeczenia zapadłego w tej sprawie w I instancji (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 27 stycznia 2011 r.; sygn. akt: II C 551/00) Izba stwierdziła w pierwszej kolejności, że Zamawiający w ogóle nie dokonał w przedmiotowym postępowaniu oceny okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w oparciu o wskazane orzeczenia sądowe. W toku rozprawy Zamawiający oświadczył, że nie dysponował przywołanym orzeczeniem Sądu Apelacyjnego. W aktach sprawy Izba stwierdziła jedynie opinię prawną sporządzoną przez Radcę prawnego Tadeusza Nidzińskiego w dniu 18 maja 2012 r., z której wynika - w powołaniu się na wskazane orzeczenie Sądu - konieczność wykluczenia Przystępującego z postępowania. Pełnomocnik Zamawiającego w toku rozprawy oświadczył, że sporządzając wskazaną opinię prawną dla Zamawiającego korzystał z treści wskazanego orzeczenia Sądu, ale komisja przetargowa, która podejmowała decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej, nie była w dyspozycji wskazanego wyroku. Powyższe ustalenia potwierdzają już, iż Zamawiający nie przeprowadził w sposób formalny badania okoliczności skutkujących koniecznością wykluczenia wykonawcy z postępowania wynikających z art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zamawiający powinien takiego rodzaju badanie przeprowadzić w oparciu o informację znajdującą się na stronie internetowej Prezesa UZP (wykaz nierzetelnych wykonawców, a w poz. 9 figuruje Przystępujący), gdzie wskazuje się na w/w orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Katowicach.

Niezależnie od powyższego Izba, dokonując analizy wskazanego orzeczenia Sądu Apelacyjnego w Katowicach i oceniając w oparciu o jego treść wszystkie wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp okoliczności stwierdziła ich wypełnienie.

Niewątpliwe wskazane orzeczenie Sądu Apelacyjnego jest orzeczeniem stwierdzającym szkodę. Sąd Apelacyjny w Katowicach będąc sądem II instancji oddalił powództwo Przystępującego w części dotyczącej zasądzenia wynagrodzenia w wysokości 10.169,66 zł, którą to kwotę pozwany Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach potrącił z wynagrodzenia Przystępującego tytułem naprawienia szkody spowodowanej nienależytym wykonaniem przez niego umowy usługi polegającej na całodobowej fizycznej ochronie osób i mienia na terenie działalności pozwanego. Z uzasadnienia tego wyroku (str. 13) wynika, iż 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. Sąd Apelacyjny podzielił argumentację Sądu pierwszej instancji, że za tego rodzaju szkodę powódka (Przystępujący) zobowiązała się odpowiadać na zasadzie ryzyka. Odpowiedzialność na zasadzie ryzyka natomiast jest niezależna od winy wykonawcy przy realizacji kontraktu. Od przesłanki zawinionego działania po stronie wykonawcy, które prowadzi do wyrządzenia szkody, nie uzależnia także podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania przepis art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Warto podkreślić, że w wyniku zawarcia umowy pomiędzy Przystępującym, a Śląskim Uniwersytetem Medycznym Przystępujący zgodził się na odpowiedzialność na zasadzie ryzyka, chociaż wedle ustawy powinien odpowiadać za okoliczności przez niego zawinione (art. 471 Kc). W związku z przyjęciem na siebie tego rodzaju odpowiedzialności, w granicach określonych ramami swobody umów, (inny sposób uregulowania odpowiedzialności także w kierunku jej zaostrzenia), Przystępujący ponosi odpowiedzialność za powstanie szkody w związku z nienależytym wykonaniem zobowiązania również z powodu określonych w umowie okoliczności, bez względu na ich zawinienie. Na zaistnienie w tym konkretnym przypadku - w związku z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Katowicach - szkody związanej z nienależytym wykonaniem zamówienia wskazywał także Sąd Okręgowy w Olsztynie w wyroku z dnia 8 marca 2012 r. (sygn. akt: IX Ca 23/12). Co prawda wskazanym orzeczeniem Sąd Okręgowy w Olsztynie zmienił orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej wydane w podobnej do niniejszej sprawie odwoławczej, w której Izba stwierdziła konieczność wykluczenia z postępowania o zamówienie publiczne Przystępującego, jednak w uzasadnieniu swojego stanowiska Sąd Okręgowy wyraźnie potwierdził zaistnienie w omawianym przypadku szkody. Sąd ten nie stwierdził tylko, aby szkodę wyrządził Przystępujący w związku z nienależytym

wykonywaniem zamówienia publicznego (brak związku przyczynowego, który pozwoliłby ustalić, że zdarzenie – kradzież było wywołane działaniem Przystępującego lub jego zaniechaniem). W tym zakresie Izba podtrzymuje swoje stanowisko co do braku konieczności wykazywania winy przy wyrządzeniu szkody przez wykonawcę dla wypełnienia przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Stwierdzenie szkody w ogóle w tym zakresie nie jest jednak w tym przypadku co do zasady kwestią problematyczną.

Izba stwierdziła także, że brak jest podstaw do stwierdzenia w oparciu o wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach, że przy wykonywaniu zamówienia na rzecz Śląskiego Uniwersytetu Medycznego nie doszło do nienależytego wykonania zamówienia przez Przystępującego. W przedmiotowej sprawie 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 Przystępujący) 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. Przywołane orzeczenie Sądu Okręgowego w Katowicach, a przede wszystkim orzeczenie Sądu II instancji stwierdza odpowiedzialność Przystępującego za szkodę, ale także okoliczność, 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).

Tym samym zatem wszystkie okoliczności, na które wskazuje art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w tym przypadku znalazły swoje wypełnienie. Stwierdzenie, iż przywołane orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Katowicach stwierdzające szkodę związaną z nienależytym wykonaniem zamówienia publicznego przez Przystępującego uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem danego postępowania (orzeczenie jest prawomocne i zapadło w 2011 r. natomiast niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte w bieżącym roku) nie wymaga szczególnego dowodzenia. W związku z powyższym Izba stwierdziła konieczność wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Przystępującego.

Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko Izby dotychczas jednolicie prezentowane w orzeczeniach dotyczących podmiotu Przystępującego występującego w analogicznej sytuacji jak w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w związku z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Katowicach (wyroki KIO zapadłe w sprawach: KIO 2630/11, KIO 2631/11, KIO 2676/11, KIO 2695/11, KIO 880/12 i KIO 942/12). Podkreślenia wymaga także okoliczność, że podobny pogląd prezentowany przez Izbę został podzielony przez Sąd Okręgowy w Gdańsku, który oddalił skargę na orzeczenie Izby w sprawie KIO 2676/12 (wyrok z dnia 24 maja 2012 r. w sprawie XII Ga 46/12).

Izba w przedmiotowej sprawie oddaliła wniosek Przystępującego o wystąpienie do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości na okoliczność zgodności tego przepisu z dyrektywą zamówieniową oraz w celu ustalenia, czy w orzeczeniu sądu powszechnego, które ma być podstawą wpisu na listę nierzetelnych wykonawców, jak również będącego podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania ma być zbadane nienależyte wykonanie zamówienia czy orzeczenie takie może poprzestawać jedynie na stwierdzeniu odpowiedzialności wykonawcy.

Izba nie stwierdziła co do przywołanego przepisu takiej potrzeby, uznając jednocześnie, że takowe działanie doprowadziłoby do zbędnej zwłoki w postępowaniu odwoławczym. Podkreślić należy, że przedmiotem wniosku Przystępującego jest co do zasady kwestia zgodności art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z przepisami dyrektyw zamówieniowych. Warto podkreślić, że w tym aspekcie sprawy wypowiadała się tak Krajowa Izba Odwoławcza (np. KIO 880/2), jak i Sąd Okręgowy w Łodzi (IX Ca 23/12), stwierdzając prawidłowość wdrożenia do krajowego porządku prawnego art. 45 ust. 2 lit. c) i d) dyrektywy klasycznej (2004/17/WE), co pozwala na stosowanie polskiego Prawa zamówień publicznych, a konkretnie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp, tj. stosowanie do wyniku postępowania, obciążając nimi Odwołującego. Izba uwzględniła w ramach orzeczonych kosztów postępowania odwoławczego – stosownie do § 3 pkt 1 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 (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) – kwotę wpisu uiszczanego od odwołania.

Przewodniczący:

Członkowie :

.....