

**Sygn. akt: KIO 2695/11**

**WYROK**

**z dnia 28 grudnia 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Sylwester Kuchnio**

**Izabela Kuciak**

**Honorata Łopianowska**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 grudnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 grudnia 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Solid Security Sp. z o.o. w Warszawie oraz Agencja Ochrony Osób i Mienia Basma Security Sp. j. Adam Mianecki i Marek Wyszkowski w Warszawie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Skarb Państwa - Jednostkę Wojskową nr 4809 w Zegrzu,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Agencja Ochrony JUWENTUS P.U.H. Sp. j, Kalińska M.B., Kaliński R. Michalski J. w Warszawie oraz „Ochrona Juwentus” Sp. z o.o. w Warszawie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Solid Security Sp. z o.o. w Warszawie oraz Agencja Ochrony Osób i Mienia Basma Security Sp. j. Adam Mianecki i Marek Wyszowski w Warszawie i 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 udzielenie zamówienia: Solid Security Sp. z o.o. w Warszawie oraz Agencja Ochrony Osób i Mienia Basma Security Sp. j. Adam Mianecki i Marek Wyszowski w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

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

.....

.....

.....

sygn. akt KIO 2695/11

## UZASADNIENIE

Zamawiający, Skarb Państwa - Jednostka Wojskowa nr 4809 w Zegrzu, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług ochrony fizycznej osób i mienia przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne (SUFO).

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

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 22.10.2011 r. w Dz.U. UE pod numerem 2011/S 204-332418.

W dniu 07.12.2011 r. zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wyborze najkorzystniejszych ofert w poszczególnych częściach zamówienia oraz o wykluczeniu z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Solid Security Sp. z o.o. w Warszawie oraz Agencja Ochrony Osób i Mienia Basma Security Sp. j. Adam Mianecki i Marek Wyszkowski w Warszawie (w informacji o wykluczeniu oznaczeni jako Solid Security Sp. z o.o.) na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z wpisaniem Solid Security Sp. z o.o. na listę wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, jeżeli szkoda ta została stwierdzona prawomocnym orzeczeniem sądu (art. 154 pkt 5a Pzp), prowadzoną przez Prezesa UZP oraz w związku z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 7 września 2011 r., sygn. akt IACa330/11.

W dniu 16.12.2011 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia: Solid Security Sp. z o.o. w Warszawie oraz Agencja Ochrony Osób i Mienia Basma Security Sp. j. Adam Mianecki i Marek Wyszkowski w Warszawie (dalej „odwołujący”) wnieśli odwołanie względem ww. czynności, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy przez wykluczenie odwołującego z postępowania, pomimo, że spełnia on warunki udziału i nie podlega wykluczeniu z postępowania.

W związku z powyższymi zarzutami wniesiono o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert i uznania oferty odwołującego za najkorzystniejszą w zakresie części 1, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 11 zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in., że Odwołujący (w rzeczywistości powódką oraz stroną umowy, której wykonania powództwo dotyczyło była tylko Solid Security Sp. z o.o. w Warszawie, zwana „Odwołującym”, a nie odwołujący w niniejszej sprawie – przypis Izby) wniósł pozew przeciwko Śląskiemu Uniwersytetowi Medycznemu w Katowicach (wcześniej Śląska Akademia Medyczna w Katowicach - „SUM”) o zasądzenie na jego rzecz kwoty 263.627,74 zł wraz z ustawowymi odsetkami tytułem zwrotu bezzasadnie potrąconych wierzytelności (tj. wynikających z naliczenia kar umownych oraz odszkodowania z tytułu naprawienia szkody). Wyrokiem z dnia 27 stycznia 2011 r. Sąd Okręgowy w Katowicach, II Cywilny (sygn. akt 551/09/4) oddalił powództwo w całości. Odwołujący zaskarżył ww. wyrok. W konsekwencji, wyrokiem z dnia 7 września 2011 r. (sygn. akt I ACa 330/11) Sąd Apelacyjny w Katowicach, I Wydział Cywilny („Sąd II Instancji”) uwzględnił powództwo w zakresie 253.458,08 zł wraz z ustawowymi odsetkami. Sąd II Instancji uznał, że SUM doznał szkody z tytułu kradzieży ww. projektorów w budynku przy ul. jedności 8 w Sosnowcu w wysokości 10.169,66 zł. Sąd II Instancji ustalił też, że Odwołujący odpowiadał wobec SUM z tytułu doznanej przez niego szkody na zasadzie ryzyka. Wobec powyższego Sąd II Instancji uznał roszczenie SUM tylko w wysokości 10 169,66 zł.

W dniu 17 listopada 2011 roku odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, a pismem Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 23 listopada 2011 roku został poinformowany, iż z uwagi na wyrok z dnia 7 września 2011 r. wydany przez Sąd II Instancji, Odwołujący został umieszczony w wykazie, o którym mowa w art. 154 pkt 5a Pzp. Następnie, w związku z powyższym, w dniu 7 grudnia 2011 r. odwołujący został przez zamawiającego wykluczony z postępowania.

Następnie, kwestionując zasadność decyzji zamawiającego, w uzasadnieniu odwołania wskazano, iż przesłanki wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp, zgodnie z brzmieniem tego przepisu są następujące:

- wyrządzenie szkody przez niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia,
- stwierdzenie szkody prawomocnym orzeczeniem sądu,
- wydanie orzeczenia w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia.

Wszystkie wymienione powyżej przesłanki muszą się ziścić kumulatywnie, aby skutecznie wykluczyć wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto zgodnie z orzeczeniem KIO z dnia 19 grudnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1447/08) w celu dokonania interpretacji przesłanek wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp należy uwzględnić przepisy KC dotyczące wykonywania zobowiązań. „Zamówienie należy rozumieć jako zobowiązanie, a wobec tego niewykonanie zamówienia - jako niewykonanie zobowiązania w znaczeniu

wynikającym z art. 471 Kc. O niewykonaniu zamówienia można mówić wówczas, gdy świadczenie wykonawcy nie zostało w ogóle spełnione, natomiast o nienależytym wykonaniu zamówienia - gdy świadczenie nie zostało spełnione w terminie bądź w całości, albo gdy przedmiot świadczenia nie odpowiada przedmiotowi zamówienia. W ocenie Izby, aby uznać, że wyrok sądu powszechnego potwierdza wyrządzenie szkody, jako przesłankę wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp, przedmiotem orzeczenia sądu musi być przede wszystkim obowiązek zapłaty odszkodowania z tytułu powstałej szkody, wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia publicznego. Konieczne jest zatem, aby w przypadku orzeczenia zasądzającego określoną sumę pieniędzy przez sąd wyrok odnosił się do szkody - a zatem, aby podstawę prawną zobowiązania stanowił art. 471 Kc".

Odnosnie niespełnienia przesłanki „niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia” wskazano, iż bezsporne jest, że Odwołujący wykonał zamówienie na rzecz SUM. Nie ma zatem podstaw do twierdzenia, iż szkoda doznana przez SUM powstała na skutek niewykonania przez Odwołującego zamówienia publicznego.

Z uwagi na poniżej wskazane okoliczności bezzasadne jest również uznanie, iż Odwołujący nienależycie realizował zamówienie publiczne i w związku z tym SUM doznał szkody. Należy bowiem wyjaśnić, iż „w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej należyta staranność ocenia się przy uwzględnieniu profesjonalnego charakteru tej działalności. Niezachowanie należytej staranności oznacza winę dłużnika (art. 472 Kc)” (vide: ww. wyrok KIO). Zatem do okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność zalicza się w szczególności wynikające z niezachowania należytej staranności, tj. okoliczności zawinione przez dłużnika (wina umyślna lub nieumyślna). Za winę należy uznać umyślne działanie lub zaniechanie dłużnika mające na celu naruszenie interesów wierzyciela albo niedbalstwo, którego skutki powinien przewidzieć w węższym znaczeniu.

Podstawą roszczenia pomiędzy SUM a Odwołującym była umowa zawarta pomiędzy ww. podmiotami w dniu 5 kwietnia 2007 r. na wykonanie usługi ochrony osób i mienia („Umowa”). Zgodnie z § 2 ust. 2 Umowy „Wykonawca odpowiada materialnie za szkodę spowodowaną kradzieżą, włamaniem bądź uszkodzeniem lub dewastacją mienia”. Z przedmiotowego postanowienia wynika, iż za szkody, jakie mogły powstać podczas realizacji umowy Odwołujący będzie odpowiadał na zasadzie ryzyka (a nie na zasadzie winy).

Takie samo stanowisko zajął Sąd Okręgowy w Katowicach, II Wydział Cywilny oraz Sąd II Instancji stwierdzając w uzasadnieniu prawomocnego wyroku, iż za tego rodzaju szkodę, jaką poniósł SUM odwołujący przyjął na siebie odpowiedzialność na zasadzie ryzyka.

Na okoliczność powyższego odwołujący przedstawił dowody załączone do odwołania:

- ✓ umowę z dnia 5 kwietnia 2007 roku zawartą pomiędzy ŚUM a Solid Security Sp. z o.o. w Warszawie,
- ✓ wyrok Sądu Okręgowy w Katowicach, II Wydział Cywilnych z dnia 27 stycznia 2011 r., sygn. akt II C 551/09/4,
- ✓ wyrok Sądu II Instancji z dnia 7 września 2011 r., sygn. akt I ACa 330/11.

Według odwołującego odpowiedzialność na zasadzie ryzyka wyłącza w ogóle możliwość badania winy po stronie wykonawcy. Tym samym, jeżeli strony umowy w sprawie zamówienia publicznego postanowiły, iż wykonawca jest odpowiedzialny za szkodę na zasadzie ryzyka, to ponosi tę odpowiedzialność pomimo tego, że szkoda ta została spowodowana okolicznościami przez wykonawcę niezawinionymi.

Tym samym niniejszym stanie faktycznym nie można mówić o niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu Umowy przez Odwołującego, bowiem odpowiedzialność Odwołującego wynikająca z zawartej umowy oparta została na zasadzie ryzyka a nie winy. Istotne jest przy tym, że w powoływanym wyroku Sąd II Instancji wyraźnie stwierdził, że pozwany (SUM) doznał szkody, a nie, że Odwołujący wyrządził pozwanemu szkodę. Podstawą wykluczenia wykonawcy, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp jest natomiast wyrządzenie szkody przez wykonawcę.

W przedmiocie uznania przez ŚUM, iż Umowa była wykonywana należycie odwołujący wskazał, iż w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach, II Wydział Cywilny (strona 5 wyroku) stwierdzono, iż w związku z kradzieżami w budynku przy ul. Jedności 8 w Sosnowcu, SUM przeprowadzał wewnętrzne postępowania wyjaśniające. Postępowanie to wykazało, iż pracownicy Odwołującego wypełnili swoje obowiązki.

Jako dowód na powyższą okoliczność powołano załączony do odwołania wyrok Sądu Okręgowy w Katowicach, II Wydział Cywilnych z dnia 27 stycznia 2011 r., sygn. akt II C 55110914.

Według odwołującego z powyższego miało wynikać, iż w ocenie SUM Odwołujący wykonał Umowę należycie. Nie ma zatem podstaw, aby inny podmiot (tj. Zamawiający prowadzący przedmiotowe postępowanie) oceniał realizację Umowy w sposób odmienny. Wobec tego odwołujący nie może ponosić negatywnych konsekwencji z tego powodu, iż zamawiający odmiennie niż podmiot, dla którego były wykonywane usługi (tj. SUM) ocenił, że zostały one wykonane nienależycie.

Na poparcie twierdzenia o uznaniu przez Sąd II Instancji, iż Umowa była wykonywana należycie odwołujący wskazał, iż z wyroku Sądu II Instancji wynika, iż SUM doznał szkody z powodu kradzieży w budynku przy ul. Jedności 8 w Sosnowcu projektorów marki Epson. Jednakże ani z treści sentencji ani uzasadnienia wyroku nie wynika, iż szkoda powstała na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Nie ma zatem jakichkolwiek podstaw do

twierdzenia, iż Odwołujący nie zachował należytej staranności czy też realizował umowę nienależycie.

Wręcz przeciwnie - treść orzeczenia ww. wyroku prowadzi do wniosku, iż Odwołujący wykonywał umowę w sposób należyty. Sąd II Instancji zasądził na rzecz Odwołującego kwotę 253 458,08 zł, w tym zwrotu bezzasadnie naliczonych kwot przez SUM z tytułu kar umownych za brak pełnej obsady pracowników Odwołującego na poszczególnych posterunkach. Tym samym Sąd II Instancji nie uznał, iż Odwołujący realizował umowę w sposób nienależyty.

Konieczne jest również wskazanie, iż zarzut SUM dotyczący braku całodobowej fizycznej ochrony osób i mienia na terenie, do którym doszło do powstania szkody, dotyczył okresu od maja do sierpnia 2007 roku (vide: 4 strona wyroku Sądu II Instancji).

Natomiast do powstania szkody doszło w okresie od kwietnia 2008 roku — do sierpnia 2008 roku (vide: 5 strona wyroku Sądu II Instancji). Ponadto, w wyroku z dnia 7 września 2011 r. Sąd II Instancji wskazał, iż „[...] za zasadny należy uznać zarzut apelacji, że pozwany nie udowodnił, aby doszło do nienależytego wykonania umowy przez powódkę uzasadniającego naliczanie kar umownych w kwocie dochodzonej pozwem”(strona 11 uzasadnienia wyroku).

Dowód powyższego: wyrok Sądu II Instancji z, dnia 7 września 2011 r., sygn. akt I ACa 330/11 w załączeniu do odwołania

Nie ma podstaw, aby orzeczenie Sądu II Instancji interpretować w sposób odmienny i uznać, iż kradzież jest związana z nienależytym wykonaniem Umowy przez Odwołującego.

Odwołujący podkreślił również brak związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy powyższymi okolicznościami (tj. związku pomiędzy kradzieżą a błędnym uznaniem przez Zamawiającego, iż Odwołujący nienależycie wykonał Umowę).

Zgodnie bowiem z opinią Urzędu Zamówień Publicznych pt. Wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy (wydanej w poprzednim reżimie prawnym, jednakże znajdującej zastosowanie w omawianym zakresie) „Ustawa Prawo zamówień publicznych dla powstania obowiązku wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia wymaga, aby wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania Zamówienia wyrządzona została szkoda. Wystąpienie szkody jest więc elementem decydującym o spełnieniu pierwszej z wymienionych powyżej przesłanek, uzasadniających wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy, jednocześnie, wyrządzenie szkody ma nastąpić w skutek niewykonania lub nienależytego wykonaniem zamówienia - pomiędzy faktem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia a powstaniem szkody musi więc zachodzić związek przyczynowo-skutkowy ”.

Ponadto w uzasadnieniu odwołania wskazano, iż nie doszło do wypełnienia przesłanki „wyrządzenia szkody” przez Odwołującego.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp szkoda powinna być wyrządzona (faktycznie) przez wykonawcę (lub podmiot wykonujący w jego imieniu umowę w sprawie zamówienia publicznego). Taką sytuacją będzie np. niedochowanie terminu realizacji zamówienia przez wykonawcę, na skutek którego zamawiający poniósł szkodę. O wyrządzeniu szkody w przedmiotowym przepisie prawa nic można zatem mówić w przypadku, gdy szkoda powstanie na skutek okoliczności niezależnych od wykonawcy (np. z uwagi na siłę wyższą lub - jak w tym przypadku - z tytułu odpowiedzialności na zasadzie ryzyka).

Z uwagi na fakt, iż odpowiedzialność Odwołującego względem SUM kształtowała się na zasadzie ryzyka, Odwołujący był odpowiedzialny za powstanie szkody niezależnie od podmiotu i okoliczności powodujących jej powstanie. Stwierdzenie ponoszenia przez Odwołującego odpowiedzialności za szkodę w żadnym razie nie pozwala na uznanie, iż wyrządził ją Odwołujący. Tym samym nie ma podstaw do wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Doznanie szkody z powodu kradzieży projektorów nie było skutkiem niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy, co jest warunkiem wykluczenia wykonawcy zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp. O niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu Umowy nie przesądza fakt zapłacenia odszkodowania z tytułu kradzieży, ponieważ obowiązek zapłaty oparty został na ustaleniu przez Sąd II Instancji odpowiedzialności Odwołującego na zasadzie ryzyka za doznaną przez pozwanego szkodę, a nie na ustaleniu, że Odwołujący wyrządził! pozwanemu szkodę niewykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie. Odwołujący był bowiem obciążony ryzykiem uiszczenia odszkodowania m.in. w przypadku kradzieży (§ 2 ust. 2 Umowy). Ponadto. Odwołujący nie wyrządził osobiście lub poprzez podmioty, za które był odpowiedzialny szkody SUM.

Odwołujący wskazał również, iż umieszczenie wykonawcy w wykazie, o którym mowa w art. 154 pkt 5a Pzp nie oznacza, iż wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp, co potwierdza stanowisko organu prowadzącego ww. wykaz, który wskazuje, iż ma wykaz ten charakter jedynie informacyjny i nie przesądza o zastosowaniu art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp. Na dowód powyższego do odwołania załączono pismo Wiceprezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 6 grudnia 2011 r. skierowane do Odwołującego.

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia uczestników postępowania zwarte**

**w pismach procesowych oraz złożone na rozprawie, a także dowody załączone do odwołania, Izba ustaliła, co następuje.**

W dniu 5 kwietnia 2007 r. pomiędzy zamawiającym – Śląską Akademią Medyczną w Katowicach (obecnie przekształconą w Śląski Uniwersytet Medyczny - ŚUM), a wykonawcą – Solid Security Sp. z o.o. w Warszawie (dalej „Solid”) zawarto umowę na wykonanie usługi polegającej na całodobowej ochronie fizycznej osób i mienia na terenie działalności zamawiającego (w związku z brakiem przedstawienia przez odwołującego załączników do umowy, w szczególności „Instrukcji ochrony”, o której mowa w § 1 pkt 2 umowy, niemożliwe było pełne ustalenie przedmiotu umowy, w szczególności wymaganego sposobu jej wykonania, co nie uznano jednak za niezbędne dla rozstrzygnięcia sprawy).

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

Jak wynika z uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 27 stycznia 2011 r. sygn. akt II C 551/09/4, 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 SO w Katowicach, *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 ACa 330/11, zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że zasądził od ŚUM 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.

### **Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

W dalszej kolejności, podając materialną podstawę prawną rozstrzygnięcia należy wskazać na regulację art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy, według którego 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.

Izba zaznacza, iż dyspozycja art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp jest zamkniętą i samoistną regulacją ustanawiającą przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, która nie referuje do jakiegokolwiek wykazu podmiotów, o których mowa w tym przepisie. Podstawę wykluczenia wykonawcy stanowi więc wystąpienie okoliczności w ww. przepisie opisanych, a nie wpisanie podmiotu do wykazu, o którym mowa w art. 154 pkt 5a Pzp prowadzonego przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Tym samym powołany wykaz może mieć jedynie znaczenie informacyjne, wynikające z faktu, iż ww. przesłanka wykluczenia wykonawcy oraz przesłanka wpisania wykonawcy na ww. listę są tożsame, dodatkowo wsparte autorytetem organu administracji, który ów wykaz prowadzi.

W związku z powyższym, dla orzeczenia o prawidłowości skarżonej czynności zamawiającego, konieczne było ustalenie czy jeden z podmiotów tworzących odwołujące się konsorcjum (Solid Security Sp. z o.o.) wyrządził szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, która to szkoda została stwierdzona orzeczeniem sądu uprawomocnionym w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, o czym stanowi art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp. Taką podstawę prawną

wykluczenia odwołującego z postępowania podał zamawiający wskazując przy tym, oprócz faktu umieszczenia Solid w wykazie wykonawców prowadzonym przez Prezesa UZP, również orzeczenie sądu, w związku z którym uznano wypełnienie przesłanki wykluczenia w przepisie opisanej.

Rozpatrując przedmiotowe odwołanie wskazać należy, iż kwestia wykluczenia Solid Security Sp. z o.o. z postępowań o udzielenie zamówienia w związku z zapadłym wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Katowicach była już przedmiotem orzekania Krajowej Izby Odwoławczej, która konsekwentnie, wyrokami: z dnia 20 grudnia 2011 r. sygn. akt 2630/11, z dnia 21 grudnia 2011 sygn. akt 2631/11, z dnia 21 grudnia 2011 sygn. akt 2632/11 oddalała odwołania ww. wykonawcy w tym przedmiocie.

W szczególności Izba w pełni popiera i podziela stanowisko i argumentację wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 21 grudnia 2011 sygn. akt 2631/11 i uznając je za własne. W ślad za uzasadnieniem ww. orzeczenia Izby powtórzyć należy, 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 r. 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.

Dla ziszczenia się przesłanki wykluczenia wykonawcy ustanowionej w pkt 1 ust. 1 art. 24 Pzp konieczne jest zaistnienie niewykonania lub nienależytego wykonania przez wykonawcę zamówienia, którego wynikiem powstała szkoda, stwierdzona orzeczeniem sądu, które uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania.

Dla właściwej wykładni ww. przepisu należy odwołać się do regulacji Kodeksu cywilnego (Kc), do którego instytucji i pojęć interpretowany przepis się odwołuje. Ponadto przepisy Kc znajdują zastosowanie do czynności zamawiających i wykonawców na podstawie odesłania zawartego w art. 14 Pzp oraz przede wszystkim znajdują generalnie zastosowanie w sprawach zamówień publicznych w związku z art. 2 pkt 13 ustawy definiującym zamówienia publiczne jako umowy zawierane pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami, a więc stosunki cywilnoprawne, ze wszystkimi tego konsekwencjami, w tym rozciągnięciem instytucji i siatki pojęciowej prawa cywilnego na zamówienia publiczne.

Zgodnie z art. 471 Kodeksu cywilnego 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 nienależytego wykonania zobowiązania oraz szkody. Jednakże z doktryny prawa cywilnego oraz orzecznictwa generalnie wynika, że z nienależyty wykonaniem zobowiązania mamy do czynienia wtedy gdy świadczenie jest wprawdzie spełnione, ale nie jest ono prawidłowe, gdyż odbiega w mniejszym albo większym stopniu od świadczenia wymaganego, a pojęcie to jest tak ogólne i pojemne, iż nie sposób określić wszystkich sytuacji, do których może się odnosić (tak: Komentarz do Kodeksu Cywilnego, Księga Trzecia, Zobowiązania, Tom I, Wyd. LexisNexis, Warszawa 2011, str. 771). Natomiast szkodą jest powstała wbrew woli poszkodowanego różnica pomiędzy obecnym jego stanem majątkowym a tym stanem, jaki zaistniałby, gdyby nie nastąpiło zdarzenie wywołujące szkodę (tamże, str. 80). Z ww. przepisu 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. Zgodnie bowiem z art. 472 Kc jeżeli ze szczególnego przepisu ustawy albo z czynności prawnej nie wynika nic innego, dłużnik odpowiedzialny jest za niezachowanie należytej staranności (podobnie regulacje art. 355 § 1 i 2 Kc).

Tak też wywodził i podnosił odwołujący, iż szkoda powstała w wyniku kradzieży mającej miejsce na obiekcie przez niego chronionym nie wynikała z przyczyn przez niego zawinionych. Z ustaleń

Sądu I Instancji, podzielonych następnie przez Sąd Apelacyjny wynika bowiem, iż Solid była odpowiedzialna za powstałą szkodę nie z powodu zawinienia, lecz na zasadzie ryzyka.

Tymczasem zgodnie z art. 473 § 1 Kc dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. W granicach zakreślonych ramami swobody umów strony mają więc możliwość innego uregulowania odpowiedzialności i to zarówno w kierunku jej zaostrzenia, jak i złagodzenia. W wyniku zawarcia umowy pomiędzy Solid Security a Śląskim Uniwersytetem Medycznym wykonawca zgodził się na odpowiedzialność na zasadzie ryzyka, chociaż wedle ustawy odpowiadałby tylko 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 (np. kradzież), bez względu na ich zawinienie.

Odnosnie przesłanki wyrządzenia przez wykonawcę (tu: Solid Security Sp. z o.o.) szkody przez nienależyte wykonanie zamówienia (w tym przypadku na rzecz ŚUM), odwołujący podkreślał brak nienależytego wykonania zamówienia, a tym samym brak wyrządzenia szkody, która byłaby wynikiem takiego wykonania zamówienia (brak związku przyczynowego pomiędzy nienależytym wykonywaniem umowy a powstałą szkodą, za którą wykonawca odpowiadał na zasadzie ryzyka a nie zawinienia). Odwołujący wskazywał, że rozpatrywane w wyrokach obu Sądów kary umowne dotyczyły co prawda pewnych nieprawidłowości w wykonywaniu umowy – w postaci niepełnej obsady stanowisk – które jednak miały miejsce w innym okresie, niż dokonana kradzież w budynku przy ul. Jedności 8 w Sosnowcu, która z kolei była źródłem szkody doznanej przez zamawiającego lecz w takiej sytuacji przez wykonawcę niewyrządzonej.

Jednocześnie odwołujący na rozprawie sam przyznawał, iż w § 2 pkt 2 umowy strony, Solid i ŚUM, uzgodniły rozszerzenie odpowiedzialności wykonawcy na zasadzie art. 473 § 1 Kc. Przyznawał ponadto, że ŚUM poniósł szkodę w wyniku dokonanej kradzieży w wysokości 10.169,66 zł, a szkoda ta została stwierdzona w orzeczeniu Sądu II Instancji. Odwołujący twierdząc, iż szkoda ta została co prawda doznana, ale przez Solid niewyrządzona, zdaje się zapominać o podstawie prawnej rozszerzenia odpowiedzialności kontraktowej, którą na siebie Solid przyjęła oraz podstawie prawnej i kształcie zapadłego rozstrzygnięcia Sądku I Instancji, a tym samym i wyroku Sądu II Instancji utrzymującego to rozstrzygnięcie w określonym zakresie.

Przepis art. 471 Kc odnosi się do szkody będącej skutkiem niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, również przepis art. 473 § 1 Kc odnosi się do rozszerzenia odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania za które

normalnie dłużnik by nie odpowiadał, a nie jakiegokolwiek inne okoliczności z wykonaniem zobowiązania niezwiązane.

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). Jak słusznie wskazano w piśmie Wiceprezesa UZP załączonym do odwołania sąd nie może wydać orzeczenia uwzględniającego roszczenie odszkodowawcze na podstawie art. 471 Kc w sytuacji, gdy szkoda spowodowana niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia nie wystąpiła. Nie może uznać za zasadne roszczenia opartego o rozszerzenie odpowiedzialności kontraktowej z art. 473 § 1 Kc, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, z którym jest związane, nie miało miejsca. Tymczasem właśnie na tej zasadzie i z tego względu Sąd I Instancji oddalił powództwo Solid uznając zasadność dokonanego potrącenia, a Sąd II Instancji utrzymał je w mocy w zakresie szkody powstałej w związku z kradzieżą projektorów marki Epson w budynku przy ul. Jedności 8 w Sosnowcu.

Powyższa konstatacja, co do kształtu i podstawy zapadłych wyroków jest właściwie wystarczająca dla stwierdzenia, iż same wyroku przesądzają szkodę i źródło jej powstania, czyli nienależyte wykonanie zamówienia, za którego powstanie Solid odpowiadał nawet bez swojego zawinienia. Można ją jedynie wesprzeć wskazaniem, iż w związku z przyjętą na siebie przez Solid w umowie zaostrzoną odpowiedzialnością oraz celem umowy, w którym była zawierana (art. 65 § 2 Kc) nienależyte wykonanie umowy polegało w tym przypadku na braku zapobieżenia kradzieży, do których w czasie wykonywania umowy doszło. Jakkolwiek powyższe nie wynika wprost z treści umowy, której część została przedstawiona Izbie, to jednak biorąc pod uwagę cel umowy, w szczególności znaczenie § 2 pkt 2 tej umowy, oceniany w kontekście regulacji art. 355 § 2 Kc i regulacji ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (Dz.U. Nr 114 poz. 740 ze zm.), nie sposób przyjąć, iż w rzeczywistości nie stanowiła ona zobowiązania do zapobiegania kradzieżom i innym przestępstwom popełnianym na mieniu zamawiającego. Zgodnie z definicją art. 2 pkt 5 ww. ustawy, regulującej działalność zawodową Solid Security Sp. z o.o., ochrona mienia to właśnie działania zapobiegające przestępstwom i wykroczeniom przeciwko mieniu, a także przeciwdziałające powstawaniu szkody wynikającej z tych zdarzeń oraz niedopuszczające do wstępu osób nieuprawnionych na teren chroniony. Nie sposób § 2 ust. 2 umowy interpretować w ten sposób, że Solid przyjęła na siebie, w zamian za płaconą składkę, odpowiedzialność za straty w mieniu powstałe z jakiegokolwiek przyczyny (np.

siły wyższej). Umowa pomiędzy ŚUM a Solid dotyczyła ochrony mienia, a nie jego ubezpieczenia, a tylko w takim przypadku odpowiedzialność za szkodę „odrywałaby się” od sposobu wykonania umowy przez Solid. Na podstawie interpretowanej w oparciu o dyrektywy wykładni oświadczeń woli zawarte w art. 65 Kc umowy, nie można przyjąć, że na podstawie § 2 ust. 2 umowy Solid miała odpowiadać materialnie za np. jakiegokolwiek uszkodzenia mienia, a nie tylko uszkodzenia i straty spowodowane zdarzeniami, którym w ramach umowy miała zapobiegać (np. kradzieżom i innym przestępstwom dokonywanym na mieniu). W rozpatrywanym przypadku Solid Security nie zapobiegła kradzieży będącej źródłem stwierdzonej przez Sądy szkody, a w związku z rozszerzeniem odpowiedzialności kontraktowej za nienależyte wykonanie zobowiązania na podstawie art. 473 § 1 Kc nie miało znaczenia czy brak zapobieżenia ww. okolicznościom był przez nią zawiniony.

Następną z przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp, a którą wyczerpujący sposób omówiła Izba w uzasadnieniu wyroku z dnia 21 grudnia 2011 sygn. akt 2631/11 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, 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 Sądy obu instancji musiał zatem ocenić zasadność dokonanego potrącenia, czyli orzec o szkodzie. Z ustaleń Sądów wynika w sposób niepozostawiający wątpliwości, iż szkoda istotnie miała miejsce, w związku z czym Sąd II Instancji oddalił w tej części powództwo. Ustalenia Sądu II Instancji 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.

Ewentualne argumentacja, 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 orzecznictwie 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 Solid. Tym samym rozstrzygnął o zaistnieniu szkody spowodowanej przez powoda 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. Solid 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.

Chybione będzie również wskazanie, iż wyrok nie korzysta z powagi rzeczy osądzonej, ponieważ pozwany bronił się zarzutem potrącenia, a treść wyroku nie zawiera rozstrzygnięcia o

zarzucie potrącenia. Należy w tym przypadku rozróżnić instytucję potrącenia z art. 498 i n. Kc a zarzutem potrącenia podnoszonym w trakcie procesu. W sprawie rozpoznawanej przez Sąd Apelacyjny w Katowicach powód 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. Natomiast 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. Tego typu zarzut procesowy przed Sądami I i II Instancji nie został podniesiony.

Ostatnią przesłankę wykluczenia wykonawcy jest wymóg, aby orzeczenie sądu stwierdzające szkodę uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, która to okoliczność jest pomiędzy stronami niesporna. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach wydany został w dniu 7 września 2011 roku. Jest to wyrok sądu II instancji, a zatem według art. 363 § 1 K.p.c. jest prawomocny – orzeczenie sądu staje się prawomocne, jeżeli nie służy co do niego środek odwoławczy lub inny środek zaskarżenia.

Reasumując stwierdzić należało, iż Solid Security Sp. z o.o. nie wykonała należycie zamówienia na rzecz SUM, wynikiem czego była nieodłącznie związana z powyższym szkoda, co zostało z kolei stwierdzone przywołanymi wyżej wyrokami Sądów I i II Instancji. 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., a to na zasadzie art. 23 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (także przepisy dotyczące wykluczenia wykonawcy).

W związku z powyższym zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp podniesiony w odwołaniu uznano za niezasadny.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....

.....

.....