

**WYROK**  
z dnia 4 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Ewa Rzońca  
**Członkowie:** Przemysław Dzierzędzki  
Justyna Tomkowska

**Protokolant:** Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 grudnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 grudnia 2011 r. przez **Solid Security Sp. z o.o., ul. Postępu 17, 02-676 Warszawa** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Centrum Wsparcia Teleinformatycznego i Dowodzenia Marynarki Wojennej RP, ul. Sobieskiego 277, 84 – 200 Wejherowo,**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Solid Security Sp. z o.o., ul. Postępu 17, 02-676 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Solid Security Sp. z o.o., ul. Postępu 17, 02-676 Warszawa** 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 **Gdańsku**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## **Uzasadnienie**

Centrum Wsparcia Teleinformatycznego i Dowodzenia Marynarki Wojennej RP, ul. Sobieskiego 277, 84 – 200 Wejherowo (dalej „zamawiający”), działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie w celu zawarcia umowy na usługę całodobowej ochrony fizycznej i mienia świadczonej na rzecz JW 3936 przez Specjalistyczną Uzbrojoną Formację Ochronną (SUFO).

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 9 listopada 2011 r. pod numerem 2011/S 215 – 350826.

W dniu 30 listopada 2011 r. (pismo nr 183) zamawiający zawiadomił w formie elektronicznej Solid Security sp. z o.o. w Warszawie przy ul. Postępu 17 (dalej: „Solid” lub „odwołujący”) o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz o wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp i uznaniu jego oferty za odrzuconą. Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym podjętej decyzji wyjaśnił, iż był zobowiązany do wykluczenia odwołującego z postępowania, bowiem wyrządził on szkodę realizując umowę o zamówienie publiczne, a szkoda ta została potwierdzona prawomocnym orzeczeniem sądu.

Dnia 15 grudnia 2011 r. odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, zaś jego kopię przekazał w tej samej dacie za pośrednictwem faksu zamawiającemu.

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu, polegających na:

1. wykluczeniu odwołującego z postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą,
2. wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez G4S Security Sp. z o. o., ul. Prosta 69, 00-838 Warszawa.

Powyższym czynnościom zamawiającego Solid zarzucał naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie;
2. art. 24 ust. 4 Pzp poprzez uznanie za odrzuconą oferty wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu;
3. art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
4. art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy poprzez niepodanie uzasadnienia faktycznego zastosowania tego przepisu.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie przedmiotowego odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert oraz czynności polegających na wykluczeniu odwołującego z postępowania oraz uznaniu jego oferty za odrzuconą;
2. dokonania ponownej oceny ofert;
3. wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu do podniesionych zarzutów odwołujący wskazał, iż zamawiający nie wskazał żadnych okoliczności, które jego zdaniem wskazywałyby na wyrządzenie przez odwołującego szkody w wyniku nienależytego wykonania zamówienia lub nie wykonania go w ogóle. W ocenie Solid zamawiający nie wykazał należycie zaistnienia przesłanki wykluczenia odwołującego określonej w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy oraz nie podał, jakie były faktyczne powody wykluczenia odwołującego z postępowania, czym naruszył art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Podnosił, 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 Pzp 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. Podkreślał, że sam fakt umieszczenia przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes UZP”) w wykazie, o którym mowa w art. 154

pkt 5a ustawy danego wykonawcy nie stanowi przesłanki do uznania, że zaistniały okoliczności określone w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy. Każdorazowo zamawiający winien weryfikować spełnienie się ww. przesłanek, a wykluczenie wykonawcy z postępowania może mieć miejsce wówczas, gdy zamawiający będzie w stanie wykazać, że przesłanka ziściła się. Odwołujący wskazywał, że wykazanie powyższego, co do zasady, powinno być oparte na prawomocnym wyroku, o którym mowa w omawianym przepisie. Z sądowego orzeczenia powinno niezbicie wynikać, że szkoda została wyrządzona w wyniku niewłaściwego zachowania wykonawcy w trakcie realizacji zamówienia. Tym samym zdaniem odwołującego wykaz prowadzony przez Prezesa UZP ma jedynie charakter uzupełniająco-pomocniczy, a umieszczenie wykonawcy w tym wykazie nie może w żadnym wypadku stanowić samostnej przesłanki do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania. Na potwierdzenie powyższych twierdzeń Solid powołał postanowienie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 7 lipca 2009 r. (sygn. akt V SA/WA 658/09), który uznał, że „samo zamieszczenie skarżącego w wykazie, o którym mowa w art. 154 pkt 5a PZP nie powoduje skutku w postaci obowiązku wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przesłanka do wykluczenia go z postępowań o udzielenie zamówienia wynika bowiem z samego prawa, tj. 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 PZP nie ma charakteru konstytutywnego.” Podobne stanowisko w zakresie braku konstytutywnego charakteru przez wpis do przedmiotowego wykazu zajął również Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w postanowieniu z dnia 16 listopada 2009 r. (sygn. akt: SA/Wa 1628/09).

Solid wskazywał, że Prezes UZP przyznaje również, że wpis wykonawcy do wykazu jest jedynie czynnością materialno-techniczną, nie mającą charakteru konstytutywnego, a przedmiotowy wykaz został ustanowiony wyłącznie w celach informacyjnych, stanowiąc swojego rodzaju bazę wiedzy dla zamawiających o wyrokach, które mogą stanowić podstawę do wykluczenia wykonawców z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Prezes UZP wskazuje przy tym, że jeżeli wykonawca zostaje wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na stwierdzenie przez zamawiającego zaistnienia przesłanki określonej w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy, ma on możliwość kwestionowania rozstrzygnięć zamawiającego poprzez wnoszenie środków ochrony prawnej, w tym odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wyjaśniał, że z informacji podanych na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych (<http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;994>) wynika, że powodem dla jakiego Prezesa 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 Ca 330/11, prawomocny od dnia 7 września 2011 r.

Odnosząc się do powyższego Solid zwracał uwagę, że wyrok, który zdaniem Prezesa UZP miałby rzekomo świadczyć o zaistnieniu przesłanki wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy, został wydany w wyniku powództwa Solid 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. W uzasadnieniu ww. wyroku Sąd stwierdził, 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.” Z powyższego odwołujący wywodził, że sąd nie podzielił stanowiska, iż Solid Security Sp. z o.o. nienależycie wykonywała umowę, zatem zdaniem odwołującego a contrario wykonywała ją należycie. Solid zgodził się ze stwierdzeniem Sądu Apelacyjnego, który uznał, rację Zamawiającego (pозwanego), iż na obiekcie powstała szkoda i że została ona udowodniona w wysokości 10.169,66 złotych, oraz że odpowiedzialność w tym zakresie należy przypisać Solid, jednakże z innych powodów niż wina, a tym samym innych niż wykonanie umowy w sposób nienależyty.

Zdaniem odwołującego w ustaleniach Sądu Apelacyjnego nie ma mowy o wykonywaniu umowy w sposób nienależyty. Wręcz przeciwnie - Sąd wskazał, iż nie zostało to udowodnione. Podkreślał, że odpowiedzialność Solid 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 był zobowiązany do zapłaty zamawiającemu kwoty 10.169.66 zł, co zostało uwzględnione przy orzekaniu w sprawie objętej wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Katowicach, jednak w ocenie odwołującego nie można się zgodzić, iż wynikało to z nienależytego wykonania umowy. Ustalenia Sądu wskazują, iż szkoda powstała oraz udowodniono jej wysokość, a Solid jest za nią odpowiedzialny niezależnie od prawidłowości wykonania umowy, niezależnie od winy i jej stopnia, bowiem odpowiedzialność została ukształtowana na zasadzie ryzyka (strona 13 uzasadnienia).

Odwołujący podnosił, że Solid jako profesjonalnie działający podmiot na rynku w zakresie 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 szkodą zaistniałą w wyniku działania osób trzecich wykonawca nie ponosi winy.

Solid zwracał uwagę, że w rozpoznawanej sprawie, pomimo że umowa wykonywana była przez 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.

Odwołując się do przesłanki wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zawartej w art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp wskazywał, że szkoda winna być stwierdzona prawomocnym orzeczeniem i musi być związana z niewykonaniem zamówienia, bądź wykonania jego nienależycie przez wykonawcę. W opinii odwołującego 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. Podczas gdy z treści załączonego orzeczenia w niniejszej sprawie wynika jedynie, iż Solid ponosi odpowiedzialność w zakresie powstałej szkody, ale tylko dlatego, że tak się umówił z zamawiającym, kształtując swoją odpowiedzialność na zasadzie ryzyka.

Ponadto, podkreślał, że wszelkie roszczenia finansowe zamawiającego wynikające z tego tytułu zostały zaspokojone na etapie realizacji umowy poprzez skuteczne oświadczenie o potrąceniu wierzytelności (czynność materialno prawna) co Sąd Apelacyjny jedynie potwierdził.

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

W ocenie Solid w świetle przywołanych okoliczności należy uznać, że w przedmiotowej sprawie w odniesieniu do odwołującego nie zachodzi przesłanka wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy, a wskazane działania zamawiającego były bezpodstawne.

Pismem z dnia 28 grudnia 2011 r., które wpłynęło do Izby w tej samej dacie zamawiający odpowiedział na odwołanie wskazując, że zarzuty podniesione w odwołaniu są bezzasadne. Wobec powyższego zamawiający wnosil o oddalenie odwołani a w całości. W treści pisma zamawiający podał, że dokonał wykluczenia po ustaleniu, że odwołujący znajduje się w wykazie wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub

wykonując je nienależycie prowadzonym przez Prezesa UZP na podstawie art. 154 pkt 5a ustawy Pzp i zapoznaniu się z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 7 września 2011 r., w którym sąd jednoznacznie stwierdził, że Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach udowodnił doznanie szkody w wysokości 10.169,66 zł. Jednocześnie Sąd Apelacyjny podzielił argumentację Sądu pierwszej instancji, że za tego rodzaju szkodę odwołujący zobowiązał się odpowiadać na zasadzie ryzyka.

Zdaniem zamawiającego w rozpoznawanej sprawie nie ma znaczenia czy odwołujący zobowiązał się odpowiadać na zasadzie ryzyka za powyższą szkodę czy też nie. W ocenie zamawiającego opartej na treści wyroku Sądu Apelacyjnego, odwołujący wyrządził szkodę, która została potwierdzona prawomocnym wyrokiem sądu i jest za nią odpowiedzialny. Zatem zamawiający był zobowiązany do wykluczenia w niniejszego postępowania Solid z uwagi na spełnienie się przesłanek zawartych w art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp.

W dniu 29 grudnia 2011 r. do Izby wpłynęło pismo procesowe ze strony odwołującego. Podczas rozprawy odwołujący złożył kolejne pismo procesowe datowane na 30 grudnia 2011 r. W treści obu pism odwołujący zawarł dodatkową argumentację popierającą zasadność zarzutów zgłoszonych w odwołaniu.

Na posiedzeniu i rozprawie w dniu 30 grudnia 2011 r. odwołujący oraz zamawiający podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

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

Izba w poczet materiału dowodowego włączyła akta spraw o sygn. akt: KIO 2630/11, KIO 2631/11, KIO 2632/11, KIO 2695/11.

W dniu 5 kwietnia 2007 r. pomiędzy zamawiającym – Śląską Akademią Medyczną w Katowicach (obecnie przekształconą w Śląski Uniwersytet Medyczny - ŚUM), a Solid zawarto umowę na wykonanie usługi polegającej na całodobowej ochronie fizycznej osób i mienia na terenie działalności zamawiającego.

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

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

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Po dokonaniu oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Rozpatrując przedmiotowe odwołanie wskazać należy, iż kwestia wykluczania Solid 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, z dnia 28 grudnia 2011 r. sygn. akt. KIO 2695/11 oddalała odwołania ww. wykonawcy w tym przedmiocie.

W rozpoznawanej sprawie rozstrzygnięcie sporu wymaga odpowiedzi na pytanie, czy w omówionym powyżej stanie faktycznym sprawy ziściła się przesłanka zobowiązująca zamawiającego do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp, biorąc pod uwagę, że Solid został umieszczony przez Prezesa UZP w prowadzonym na podstawie art. 154 pkt 5a Pzp wykazie wykonawców, którzy wyrządzili szkodę nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, jeśli szkoda ta została stwierdzona prawomocnym orzeczeniem sądu (dalej: „wykaz wykonawców, którzy wyrządzili szkodę”).

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy 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 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.

Izba stoi na stanowisku, że dyspozycja art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp jest zamkniętą i samoistną regulacją ustanawiającą przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zatem podstawę wykluczenia wykonawcy stanowi wystąpienie okoliczności opisanych w

powyższym przepisie, a nie umieszczenie danego wykonawcy w prowadzonym przez Prezesa UZP w wykazie, o którym mowa w art. 154 pkt 5a Pzp.

Wobec powyższego zgodzić się należy z odwołującym, który podnosił, że wykaz wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, posiada wyłącznie walor informacyjny i nie może stanowić samoistnej przesłanki do wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp. W niniejszej kwestii należy zwrócić uwagę, że powyższe stanowisko podzielił również Prezes UZP w piśmie z dnia 23 listopada 2011 r. (nr pisma UZP/DP/O-ŁA/34300/11327/11), a także znajduje ono odzwierciedlenie w piśmiennictwie (komentarz do art. 24 Pzp, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV) oraz orzecznictwie (postanowienie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 7 lipca 2009 r., sygn. akt V SA/Wa 658/09 oraz postanowienie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 16 listopada 2009 r., sygn. akt V SA/Wa 1628/09).

Tym samym ocena zasadności wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp jest niezależna od umieszczenia wykonawcy w wykazie. Izba wskazuje, że w innym stanie faktycznym możemy mieć do czynienia z sytuacją w której wykaz wykonawców, którzy wyrządzili szkodę nie będzie obejmował danego wykonawcy, podczas gdy w stosunku do tego wykonawcy wystąpią okoliczności opisanej w art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp obligujące zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zatem ocena słuszności wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp jest niezależna od umieszczenia wykonawcy w wykazie.

Wobec powyższego dla orzeczenia o prawidłowości skarżonej czynności zamawiającego, konieczne było ustalenie przez Izbę, czy Solid 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, bowiem taką podstawę prawną wykluczenia odwołującego z postępowania podał zamawiający wskazując przy tym, oprócz faktu umieszczenia odwołującego w wykazie wykonawców prowadzonym przez Prezesa UZP, również orzeczenie sądu, w związku z którym uznano wypełnienie przesłanki wykluczenia w przepisie opisanej.

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.

W zakresie wypełnienia przesłanki art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp Izba w pełni podzieliła stanowisko wyrażone w wyroku Izby z dnia 20 grudnia 2011 r. o sygn. akt KIO 2630/11. W uzasadnieniu powyższego wyroku Izba stwierdziła, że *„zamawiający zobowiązany jest każdorazowo zbadać, czy w okolicznościach danej sprawy przesłanki zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp spełniły się kumulatywnie się. Zamawiający zatem zobowiązany jest ustalić:*

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

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

*Jak wynika z powyższego wykluczenie wykonawcy może nastąpić tylko wtedy, gdy nie wykonał on lub nienależycie wykonał zamówienie publiczne. Zauważyć w tym miejscu trzeba, iż wbrew twierdzeniom odwołującego ustawodawca nie precyzuje, iż niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy musi być przez wykonawcę zawinione. Istotnie, podstawą odpowiedzialności kontraktowej ukształtowanej przede wszystkim w art. 471 kc jest, iż dłużnik zobowiązany jest do naprawienia szkody wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Zasadnym jest, przy ocenie należytej staranności wykonawcy, odwołanie się do art. 355 kc, zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Ponadto należy mieć na względzie przepis art. 355 § 2 kc, definiujący należyłą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Nie mniej jednak w praktyce zakres odpowiedzialności może być przez strony modyfikowany w ramach określonych m.in. art. 473 § 1 kc. Stosownie do powołanego przepisu dłużnik może przez*

umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Zaistnienie wskazanych okoliczności oznacza, iż w razie naruszenia zobowiązania, mającego swoje źródło w tych okolicznościach, następują wszelkie skutki, jakie kodeks cywilny uzależnia od naruszenia zobowiązania, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Pozostaje to odpowiedzialnością *ex contractu* wykonawcy za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Tym samym Izba wyraża pogląd, iż dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp jest konieczne stwierdzenie, iż wykonawca nie wykonał lub nienależycie wykonał zobowiązanie z powodu przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi, choćby na zasadzie ryzyka. Jeśli zatem przyjął na siebie odpowiedzialność na zasadzie ryzyka i zostanie stwierdzona okoliczność umowna uzasadniająca tę odpowiedzialność, należy uznać, iż przesłanka zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp w zakresie odnoszącym się do nie wykonania lub nienależytego wykonania zamówienia zaktualizowała się” (wyrok z dnia 20 grudnia 2011 r. sygn. akt KIO 2630/11).

Kolejną z przesłanek wykluczenia - zgodnie z omawianym przepisem - jest wyrządzenie szkody, która powstała w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy zawartej w sprawie zamówienia publicznego. Przede wszystkim wskazać należy, że w Kodeksie cywilnym brak jest bliższego określenia pojęcia szkody, lecz z doktryny i orzecnictwa 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.

Przechodząc do kolejnej okoliczności wskazującej na zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 4 Pzp, tj. wydania przez sąd orzeczenia stwierdzającego wyrządzenie szkody należy zwrócić uwagę, że „w polskim systemie prawa nie funkcjonuje pojęcie orzeczenia stwierdzającego wyrządzenie szkody, zatem ustalenie, czy dane orzeczenie jest orzeczeniem stwierdzającym wyrządzenie szkody poprzez niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia, wymaga analizy jego uzasadnienia. Stwierdzenie szkody będzie elementem ustalonego przez sąd stanu faktycznego przyjętego za podstawę orzeczenia. W obrocie nie funkcjonują wyroki w swojej sentencji rozstrzygające o stanie faktycznym. Zawsze orzeczenie sądu dotyczy stanu prawnego i sprowadza się bądź do ustalenia stanu prawnego, bądź do jego ukształtowaniu. Stan faktyczny jest przez sąd ustalany – w zakresie mającym znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy - w toku postępowania dowodowego. Zatem za orzeczenie stwierdzające wyrządzenie szkody niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia uznać należy orzeczenie, w którym rozstrzygnięto, na podstawie ustalonego w toku postępowania dowodowego stanu faktycznego, iż wykonawca niewykonująca lub nienależycie wykonująca

umowę wyrządził zamawiającemu szkodę” (patrz: wyrok z dnia 20 grudnia 2011 r. sygn. akt KIO 2630/11).

Ostatnią okolicznością uzasadniającą wykluczenie wykonawcy jest czas wydania orzeczenia - zamawiający zobowiązany jest wykluczyć wykonawcę, gdy uprawomocnienie orzeczenia sądu nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w ramach którego wykonawca ubiega się o zamówienie.

Przenosząc powyższe rozważania Izby na grunt rozpatrywanej sprawy, zważyć należało, że potwierdziły się i zaistniały wszystkie niezbędne elementy warunkujące konieczność wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Izba stoi na stanowisku, że orzeczeniem stwierdzającym szkodę jest w tym przypadku wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 7 września 2011 roku sygn. akt I Ca 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.

Podkreślić należy, że szkoda ta niewątpliwie wynikała z nienależytego wykonania umowy, bowiem gdyby odwołujący w sposób prawidłowy wykonał zobowiązanie wynikające z wiążącej go ze Śląskim Uniwersytetem Medycznym w Katowicach umowy, nie doszłoby do kradzieży. Odwołujący przyjął na siebie na podstawie umowy odpowiedzialność za szkodę spowodowaną kradzieżą, włamaniem lub dewastacją mienia. Zatem dokonanie kradzieży w chronionym obiekcie, w sytuacji rozszerzonego w umowie łączącej Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach i odwołującego na podstawie art. 473 §1 kc zakresu odpowiedzialności odwołującego za szkodę, prowadzi do stwierdzenia, iż odwołujący wyrządził szkodę nie wykonując należycie zobowiązania z powodu okoliczności, za które na podstawie umowy odpowiada. Zatem powołane powyżej 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.

Z uwagi na treść rozstrzygnięcia Sądu Apelacyjnego w Katowicach oraz brzmienie art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp Izba oddaliła odwołanie, ponieważ treść powołanego przepisu nie pozwala na przyjęcie postulowanego przez odwołującego ograniczenia jego stosowania wyłącznie do sytuacji, gdy szkoda wynika z okoliczności, za które wykonawca odpowiada na podstawie art. 471 kc w zw. z art. 355 kc. Dopuszczalne na podstawie art. 473 § 1 kc rozszerzenie zakresu odpowiedzialności wykonawcy kształtujące treść jego zobowiązania wynikającego z konkretnej umowy nie pozostaje bez wpływu na ocenę, czy wykonuje on umowę należycie, czy też nieprawidłowo, w konsekwencji wyrządzając kontrahentowi szkodę.

W rozpoznawanej sprawie w zakresie prawomocnego orzeczenia sądu stwierdzającego szkodę Izba popiera w pełni stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 21 grudnia 2011 sygn. akt KIO 2695/11 opartym na argumentacji Izby w sprawie o sygn. akt. KIO 2631/11. W uzasadnieniu ww. wyroku Izba uznała, że orzeczeniem takim – jak już wyżej wskazano – jest wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 7 września 2011 roku sygn. akt I Ca 330/11. W uzasadnieniu wyroku Izba stwierdziła: *„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”.*

Wobec powyższego zdaniem Izby nie znajduje uzasadnienia w treści art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp poglądy odwołującego wyrażony w piśmie procesowym z dnia 30 grudnia 2011 r., iż podstawą wykluczenia może być tylko orzeczenie, którego przedmiotem rozstrzygnięcia było dochodzenie należności z tytułu powstałej szkody, a nie wynagrodzenia za wykonaną usługę. Ustawodawca przesądził, iż wyrok musi być prawomocny i stwierdzać szkodę. Brak jest natomiast podstaw, aby twierdzić, iż w art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp wymagane jest wyłącznie rozstrzygnięcie (orzeczenie) o szkodzie objętej żądaniem pozwu. Brzmienie komentowanego przepisu wskazuje, iż za wystarczające należy uznać stwierdzenie w podstawie faktycznej rozstrzygnięcia wyrządzenia przez wykonawcę szkody niezależnie od rodzaju kierowanego powództwa, niezależnie od podstawy roszczenia i przedmiotu wyrokowania.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego zawartego w piśmie procesowym z dnia 29 grudnia 2011 r. oraz argumentacji prezentowanej na rozprawie dotyczącej niezgodności przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp z dyrektywami oraz nakazu interpretowania przepisów ustawy Pzp w świetle tychże dyrektyw wspólnotowych.

Zgodnie z art. 45 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134 z 30.4.2004, str. 114), zwanej dalej „dyrektywą klasyczną”, z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który:

- a) jest w stanie upadłości lub likwidacji, którego działalność jest objęta zarządem sądowym, zawarł umowę z wierzycielami, zawiesił działalność gospodarczą albo znajduje się w analogicznej sytuacji, wynikającej z podobnej procedury zgodnej z krajowymi przepisami ustawowymi i wykonawczymi,
- b) jest przedmiotem postępowania o ogłoszenie upadłości, o wydanie nakazu przymusowej likwidacji, o ustanowienie zarządu sądowego, postępowania

- układowego z wierzycielami lub innego podobnego postępowania zgodnego z krajowymi przepisami ustawowymi i wykonawczymi;
- c) został skazany prawomocnym wyrokiem, zgodnie z krajowymi przepisami, za przestępstwo związane z jego działalnością zawodową;
  - d) jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające;
  - e) nie wypełnił zobowiązań dotyczących opłacania składek na ubezpieczenie społeczne, zgodnie z przepisami prawnymi kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub zgodnie z przepisami prawnymi kraju instytucji zamawiającej;
  - f) nie wypełnił zobowiązań dotyczących płatności podatków, zgodnie z przepisami prawnymi kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub zgodnie z przepisami prawnymi kraju instytucji zamawiającej;
  - g) jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, wymaganych na mocy niniejszej sekcji dyrektywy.

Zgodnie z przepisami prawa krajowego oraz uwzględniając przepisy prawa wspólnotowego, Państwa Członkowskie określają warunki wykonania przepisów niniejszego ustępu.

Analiza treści art. 45 ust. 2 dyrektywy klasycznej, przy uwzględnieniu stwierdzenia „z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę”, pozwala z całą pewnością na stwierdzenie, że przesłanki wykluczenia z postępowania wskazane w powyższym przepisie mają charakter fakultatywnych. Z zupełnie odmienną regulacją mamy do czynienia w ust. 1 ww. artykułu, która nakazuje wykluczenie z postępowania każdego kandydata lub oferenta w sytuacji ziszczenia się przesłanek zawartych w ust. 1 analizowanego przepisu. Zatem ustawodawca krajowy nie był zobowiązany do wprowadzenia przesłanek wynikających z art. 45 ust. 2 dyrektywy klasycznej do porządku prawnego prawa krajowego.

Jednakże należy zwrócić uwagę, że w niniejszym przepisie uregulowano sytuację implementacji którejkolwiek z przesłanek przez państwa członkowskie objęte stosowaniem dyrektywy klasycznej. W opinii Izby ostatnie zdanie zawarte w art. 45 ust. 2 dyrektywy klasycznej - „zgodnie z przepisami prawa krajowego oraz uwzględniając przepisy prawa wspólnotowego, Państwa Członkowskie określają warunki wykonania przepisów niniejszego ustępu” – przesądza o tym, że państwa członkowskie były uprawnione do wprowadzenia powyższej regulacji do porządków prawnych w kształcie przez poszczególne państwa określonym. Wobec powyższego zdaniem Izby nie można mówić o niezgodności art. 24 ust. 1 pkt. 1 Pzp z treścią art. 45 ust. 2 dyrektywy klasycznej.

Dodatkowo Izba wskazuje, że zmianą ustawy Pzp dokonaną w 2009 roku, a więc już po wejściu w życie dyrektywy klasycznej w obecnym kształcie art. 45 ust. 2 dyrektywy, znowelizowano przesłankę wykluczenia wykonawcy zawartą w art. 24 ust. 1 pkt. 1 Pzp. W stanie prawnym sprzed nowelizacji powyższy przepis posiadał następujące brzmienie: „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy w ciągu ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania wyrządzili szkodę nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, a szkoda ta nie została dobrowolnie naprawiona do dnia wszczęcia postępowania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności”.

Analiza porównawcza przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp, tj. wersji sprzed nowelizacji i brzmienia obecnie obowiązującego wykazuje, że okoliczności związane z niewykonaniem czy też z nienależyty wykonaniem zamówienia zostały oderwane od zachowania wykonawcy noszącego znamiona winy. Zatem skoro ustawodawca zrezygnował z tego rodzaju uregulowania to nie sposób uznać za prawidłową i słuszną argumentację zamawiającego, która sprowadzała się tego, że wyrządzona szkoda powinna wynikać z zawinionego działania wykonawcy.

Biorąc pod uwagę stanowisko przedstawione powyżej Izba uznała odwoływanie się przez odwołującego do treści art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy klasycznej w zakresie zgodności z nim art. 24 ust.1 pkt. Pzp oraz interpretacji tego przepisu w świetle powoływanego postanowienia dyrektywy, w celu wykazania, że odpowiedzialność wykonawcy została oparta o przesłankę winy, za nieuzasadnione.

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

Podsumowując Izba nie dopatryła się naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu.

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

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt. 2, § 3, § 5 ust. 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). Izba nie uwzględniła kosztów zamawiającego związanych z wynagrodzeniem pełnomocnika w kwocie 2000 zł, ponieważ pełnomocnik zamawiającego do zamknięcia rozprawy nie przedstawił w tym zakresie dokumentów w postaci rachunku lub faktury VAT wymaganych § 3 ust. 2 powyższego rozporządzenia.

.....

.....

.....