

Sygn. akt: KIO 2632/11

**WYROK**

**z dnia 21 grudnia 2011 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący : Justyna Tomkowska**

Członkowie:           **Marek Szafraniec**  
                                  **Bogdan Artymowicz**

**Protokolant :           Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 grudnia 2011 roku** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **9 grudnia 2011 roku** przez Odwołującego wykonawcę **Solid Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawę – Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie**

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

**2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego Solid Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Odwołującego się Solid Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania

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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

### Uzasadnienie

Dnia 9 grudnia 2011 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), - zwanej dalej „ustawą Pzp”, odwołanie złożył wykonawca **Solid Security Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie** wobec czynności Zamawiającego, którym jest **Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie**.

Odwołanie wniesiono w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zamówienia p.n. „Ochrona fizyczna osób i mienia, ochrona przeciwpożarowa oraz ochrona osób i mienia w komunikacji miejskiej”; (nr ref. zamówienia: 63/2011).

Kwestionowane w postępowaniu czynności Zamawiającego to wykluczenie Odwołującego z postępowania, uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą, wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Agencji Ochrony Osób i Mienia „Zubrzycki” Sp. o.o.

Opisanym czynnościom Zamawiającego zarzucono naruszenie: art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie; art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez uznanie za odrzuconą oferty wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu; art. 91 ust. 1 ustawy poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”); art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez niepodanie uzasadnienia faktycznego zastosowania tego przepisu.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie przedmiotowego odwołania poprzez nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności oceny ofert oraz czynności polegających na wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz uznaniu jego oferty za odrzuconą; dokonania ponownej oceny ofert; wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Wskazano, że niezgodne z przepisami ustawy Pzp działania Zamawiającego naruszyły interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, ponieważ oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołanie zostało wniesione z dochowaniem ustawowego terminu, ponieważ Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i o uznaniu jego oferty za odrzuconą w dniu 30 listopada 2011 roku.

W uzasadnień odwołania Odwołujący wskazał, że jak wynika z treści pisma – informacji o wyborze i wykluczeniu wykonawcy, powodem wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy było powzięcie przez Zamawiającego w dniu 28.11.2011 r. informacji o umieszczeniu Odwołującego w prowadzonym przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych - na podstawie art. 154 pkt 5a ustawy - wykazie wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie

wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, jeżeli szkoda ta została stwierdzona prawomocnym orzeczeniem sądu.

Odwołujący zaznaczył, że 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, ani nie powołał się na żaden prawomocny wyrok potwierdzający ten fakt. Tym samym Zamawiający nie podjął nawet próby wykazania zaistnienia przesłanki wykluczenia Odwołującego określonej w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ani tym bardziej nie podał, jakie były faktyczne powody wykluczenia Odwołującego z postępowania, czym naruszył art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Zauważono, że wykluczenie wykonawcy z postępowania możliwe jest wyłącznie w przypadku zaistnienia jednej z przesłanek enumeratywnie wymienionych w art. 24 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. W przypadku przesłanki, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy 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.

Sam fakt zamieszczenia przez Prezesa UZP jakiegoś wykonawcy w wykazie, o którym mowa w art. 154 pkt 5a ustawy Pzp nie stanowi jeszcze przesłanki by uznać, że zaistniały okoliczności określone w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy. Te bowiem winny być każdorazowo weryfikowane przez Zamawiającego, a wykluczenie takiego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może mieć miejsce dopiero w sytuacji, gdy Zamawiający będzie w stanie wykazać, że przesłanka ta miała miejsce. Wykazanie tego - co do zasady - powinno być oparte na prawomocnym wyroku, o którym mowa w tym przepisie. To właśnie z takiego sądowego orzeczenia powinno niezbitnie wynikać, że szkoda została wyrządzona w wyniku niewłaściwego zachowania wykonawcy w trakcie realizacji zamówienia. Tym samym wykaz prowadzony przez Prezesa UZP ma jedynie charakter uzupełniająco-pomocniczy, a umieszczenie wykonawcy w tym wykazie nie może w żadnym wypadku stanowić samostnej przesłanki do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania. Na potwierdzenie powyższego przywołano orzecznictwo, w tym 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: SA/Wa 1628/09).

Odwołujący podniósł, że również Prezes UZP przyznaje, 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.

A zatem samo umieszczenie wykonawcy w wykazie, o którym mowa w art. 154 pkt 5a ustawy Pzp nie jest jeszcze wystarczające do uznania, że wyrządził on szkodę nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, a szkoda została stwierdzona prawomocnym orzeczeniem sądu. Materialnoprawną podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania powinno być właśnie takie prawomocne orzeczenie sądu, z którego wynikać będzie niezbicie fakt wyrządzenia szkody w wyniku niewykonania bądź nienależytego wykonania zamówienia przez tego wykonawcę.

Tymczasem, jak zaznaczył Odwołujący, w przedmiotowej sprawie Zamawiający nawet nie powołał się na takie prawomocne orzeczenie, nie próbując tym samym choćby uprawdopodobnić zaistnienia przesłanki wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Z informacji podanych na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych (<http://www.uzp.gov.pl/cmsws/paqe/?D;994>) wynika, że powodem dla którego Prezes UZP umieścił Odwołującego w wykazie, o którym mowa w art. 154 pkt 5a ustawy, jest wyrok z dnia 7 września 2011 r., wydany przez Sąd Apelacyjny w Katowicach, I Wydział Cywilny, sygn. akt I ACa 330/11, prawomocny od dnia 7 września 2011 r.

W tym miejscu zwrócono uwagę, że wyrok, który zdaniem Prezesa UZP miałby rzekomo świadczyć o zaistnieniu przesłanki wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, został wydany w wyniku powództwa Odwołującego i w zdecydowanej mierze uwzględnia powództwo uznając roszczenia Odwołującego. Ustalenia Sądu Apelacyjnego w tym wyroku są wiążące i stanowią podstawę do prawomocnego orzeczenia w niniejszej sprawie. Przy czym istotne dla sprawy postanowienia Sądu są zawarte począwszy od strony nr 9 uzasadnienia wyroku. Na stronie 11 uzasadnienia wyroku Sąd stwierdza, iż „za zasadny należało uznać zarzut apelacji, iż pozwany nie udowodnił aby doszło do nienależytego wykonania umowy przez powódkę uzasadniającego naliczanie kar umownych w kwocie dochodzonej pozwem.” Innymi słowy Sąd nie podzielił stanowiska, iż Solid Security Sp. z o.o. nienależycie wykonywała umowę, a contrario wykonywała ją należycie. Owszem, Sąd Apelacyjny uznał rację Zamawiającego (pozwanego), iż na obiekcie powstała szkoda i że została ona udowodniona w wysokości 10.169,66 złotych, oraz że odpowiedzialność w tym zakresie należy przypisać Solid Security Sp. z o.o., jednakże z innych powodów niż wina, a tym samym innych niż wykonanie umowy w sposób nienależyty.

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

udowodnione. Odpowiedzialność Solid Security Sp. z o.o. w przedmiotowej sprawie kształtuje na zasadzie ryzyka, a nie na zasadzie winy, bowiem umowa o takiej konstrukcji łączyła strony tj. powoda i pozwanego - wykonawcę i zamawiającego (vide strona 13 in fine uzasadnienia). Solid Security Sp. z o.o. była zobowiązana do zapłaty Zamawiającemu kwoty 10.169.66 złotych, co zostało uwzględnione przy orzekaniu w sprawie objętej wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Katowicach, jednak bezwzględnie nie można się zgodzić, iż wynikało to z nienależytego wykonania umowy.

Ustalenia Sądu wskazują, iż szkoda powstała oraz udowodniono jej wysokość, a Solid Security

Sp. z o.o. jest za nią odpowiedzialna niezależnie od prawidłowości wykonania umowy, niezależnie od winy i jej stopnia, bowiem odpowiedzialność została ukształtowana na zasadzie ryzyka (vide strona 13 in fine uzasadnienia).

Solid Security Sp. z o.o. jako profesjonalnie działający podmiot na rynku usług ochrony osób i mienia wziął na siebie taką odpowiedzialność, wpisując to właśnie w ryzyko prowadzonej działalności. Niezależnie od jakości świadczonych usług oraz wykonywania umowy w sposób jak najbardziej należyty, należy zauważyć, iż w trakcie realizacji usług ochrony zawsze może dojść do powstania szkody, bowiem nie ma systemów ochrony idealnych, doskonałych. Za szkoda zaistniała w wyniku działania osób trzecich wykonawca nie ponosi winy.

W przedmiotowej sprawie, pomimo że umowa wykonywana była przez Odwołującego w sposób należyty, powstała szkoda. Jednakże Zamawiający został w tym zakresie (roszczeń finansowych będących wynikiem szkody) w całości zaspokojony poprzez dokonanie potrącenia w trybie art. 498 § 1 kodeksu cywilnego.

Przesłanka wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy tymczasem stanowi jednoznacznie, iż przedmiotowa szkoda, stwierdzona nadto w prawomocnym orzeczeniu, musi być związana z niewykonaniem zamówienia, bądź wykonania jego nienależycie przez wykonawcę. Ratio legis tego przepisu jest oczywiste - chodzi o wykluczenie wykonawców nierzetelnych, nie dających gwarancji prawidłowego wykonania zamówienia publicznego. Z tych względów z przedłożonego prawomocnego orzeczenia, w myśl przywoływanego przepisu, winno wynikać, iż wykonawca przyczynił się do powstania szkody w sposób zawiniony poprzez niewykonanie bądź nienależyte wykonanie umowy. Z treści załączonego orzeczenia w niniejszej sprawie wynika jedynie, iż Solid Security Sp. z o.o. ponosi odpowiedzialność w zakresie powstałej szkody, ale tylko dlatego, że tak się umówiła z Zamawiającym, kształtując swoją odpowiedzialność na zasadzie ryzyka. Ponadto, co szczególnie należy podkreślić - 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.

Mimo braku wskazanych elementów w przedłożonym orzeczeniu, Solid Security Sp. z o.o. została umieszczona w wykazie, o którym mowa w art. 154 pkt 5a ustawy Pzp. 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 świetle powyższych wskazywanych okoliczności należy uznać, że w przedmiotowej sprawie w odniesieniu do Odwołującego nie zachodzi przesłanka wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, a wskazane na wstępie działania Zamawiającego były bezpodstawne. W związku z tym odwołanie powinno zostać uwzględnione w całości.

Na rozprawie Zamawiający przedłożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Zamawiający nie podzielił opinii Odwołującego co do charakteru wykazu prowadzonego przez Prezesa UZP i samej czynności umieszczenia w rzeczonym wykazie wykonawcy. Powołał się na brzmienie art. 154 ust. 5a ustawy Pzp i stwierdził, że w jego ocenie z powyższego wynika, że na liście mogą znaleźć się tylko wykonawcy, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, jeżeli szkoda ta została stwierdzona prawomocnym orzeczeniem sądu. Dodano, że to na Prezesie UZP spoczywa obowiązek stwierdzenia, czy przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zostały spełnione.

Mając powyższe na uwadze, Zamawiający po powzięciu informacji o umieszczeniu Odwołującego na liście, wykluczając Odwołującego, był przekonany, że decyzja Prezesa UZP poparta została głęboką analizą prawną i jest bezsporna. W ocenie Zamawiającego Prezes UZP umieszczając jakiegoś wykonawcę na wykazie bez dokładnego zbadania zaistnienia przesłanek ustawowych złamałby przepisy ustawy Pzp.

Jednocześnie Zamawiający stwierdził, że jego stanowisko nie jest odosobnione i przywołał poglądy doktryny odwołując się do komentarza autorstwa Jerzego Pieroga. Prawo zamówień publicznych. Komentarz. C.H. Beck, 2010.

Na rozprawie strony podtrzymały stanowiska wyrażone pisemnie.

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

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił także, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w jego złożeniu. Izba z urzędu, w każdym rozpatrywanym przypadku zobowiązana jest do badania interesu wykonawcy we wnoszeniu środków ochrony prawnej. Jedną z przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp jest interes w uzyskaniu zamówienia. Stanowi on materialnoprawną przesłankę, co oznacza, że odwołanie w przypadku braku takiego interesu nie zostaje przez Izbę odrzucone, ale brak istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia (braku legitymacji do wniesienia odwołania) powoduje oddalenie odwołania. Zatem środki ochrony prawnej przysługują wyłącznie podmiotom, które w momencie skorzystania ze ścieżki odwoławczej mają ściśle skonkretyzowany w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp interes w ich wnoszeniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że wypełniono przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Uznano, że interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp, ponieważ złożył on ofertę najtańszą i był wykonawcą pierwotnie wybranym. Odwołujący wykazał także, że nieuwzględnienie odwołania może skutkować poniesieniem przez niego szkody. Tym samym, wypełnione zostały materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono również, że w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym nie zgłosił przystąpienia po którejkolwiek ze stron żaden wykonawca.

**Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zamówienia p.n. „Ochrona fizyczna osób i mienia, ochrona przeciwpożarowa oraz ochrona osób i mienia w komunikacji miejskiej”; (nr ref. zamówienia: 63/2011).

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 26 października 2011 r. pod numerem: 2011/S 206-335971

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

W dniu 29 listopada 2011 roku, przed podpisaniem umowy z Zamawiającym, Odwołujący zawiadomił go o fakcie wpisania firmy Odwołującego na listę wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, jeżeli szkoda ta została stwierdzona prawomocnym orzeczeniem sądu.

Zamawiający, w dniu 30 listopada 2011 roku, powziął decyzję o wykluczeniu pierwotnie wybranego wykonawcy, uzasadniając powyższe art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W związku z tak zaistniałą sytuacją, Odwołujący skorzystał z przysługujących mu środków ochrony prawnej w postaci odwołania i podniósł argumentację przedstawioną powyżej w niniejszym uzasadnieniu.

**Izba odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdza, że:**

Zarzuty zawarte w odwołaniu nie zasługiwały na uwzględnienie.

Wykluczenie wykonawcy, jako instytucja funkcjonująca od początku ustanowienia przepisów Prawa zamówień publicznych, następuje z mocy prawa i jest obowiązkiem, a nie uprawnieniem Zamawiającego. Zamawiający w każdym prowadzonym postępowaniu nie może zaniechać sprawdzenia, czy wykonawcy nie podlegają wykluczeniu.

Zmianą ustawy Pzp dokonaną w 2009 roku znowelizowano przesłankę wykluczenia wykonawcy związaną z istnieniem potwierdzenia (w postaci prawomocnego orzeczenia sądu) wyrządzenia szkody z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia. Przepis ten miał chronić Zamawiających przed zawieraniem kontraktów z nierzetelnymi wykonawcami. Zastosowanie przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp obwarowane jest łącznym zaistnieniem kilku okoliczności. W pierwszej kolejności wykazać należy, że wykonawca nie wykonał lub wykonał nienależycie przynajmniej jedno zamówienie publiczne. Kolejną przesłanką wymagającą wykazania jest wystąpienie szkody po stronie Zamawiającego oraz zaistnienie związku przyczynowego między szkodą a niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia. Ciężar dowodu, że wykonawca nie wykonał lub wykonał nienależycie zamówienie oraz wyrządził szkodę, spoczywa na Zamawiającym, jako instytucji która podejmuje decyzję o wykluczeniu. Niezbędną przesłanką wykluczenia wykonawcy z powodu zaistnienia okoliczności wynikających z art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jest konieczność istnienia prawomocnego orzeczenia sądu w tym zakresie, co spowodować

miało jednoznaczność oraz przejrzystość sytuacji wykluczenia. Obecne brzmienie przepisu stanowiącego podstawę wykluczenia abstrahuje od czasu, w jakim nastąpiło wyrządzenie szkody. Istotna staje się data uprawomocnienia się orzeczenia w danej sprawie. Nie ma znaczenia także wielkość szkody.

Sformułowanie użyte w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nakazuje wykluczyć wykonawcę, jeżeli sąd prawomocnym orzeczeniem stwierdził wyrządzenie szkody. Oznacza to, iż podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania jest nie tyle umieszczenie wykonawcy na liście prowadzonej przez Prezesa UZP, ile orzeczenie sądu stwierdzające wyrządzenie szkody. W tym zakresie podzielono i przyłączono się do stanowiska zajętego przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w orzeczeniach przywołanych przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania, które stwierdziły, że umieszczenie w wykazie jest jedynie czynnością materialno-techniczną, nie ma ono charakteru konstytutywnego, zaś sam wykaz jest informacją i wskazówką dla Zamawiających. Aby zatem wykluczenie wykonawcy uznać można było za skuteczne, zaistnieć muszą przede wszystkim przesłanki określone w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Oznacza to, iż Zamawiający zobowiązany był do zbadania, czy ziściły się wszystkie niezbędne przesłanki do podjęcia decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania. Nieuprawnionym działaniem jest poleganie tylko i wyłącznie na informacji wynikającej z wykazu prowadzonego przez Prezesa UZP.

W konsekwencji stwierdzić należy, iż Zamawiający zobowiązany jest każdorazowo zbadać, czy w okolicznościach danej sprawy przesłanki zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp ziściły 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 obliuguje zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W zakresie zaistnienia koniecznych przesłanek do obowiązkowego wykluczenia na podstawie przywołanego przepisu, Prawo zamówień publicznych odwołuje się do pojęć używanych i zdefiniowanych w prawie cywilnym, w przepisach Kodeksu cywilnego (dalej „KC”) dotyczących zobowiązań.

W art. 355 KC zdefiniowano pojęcie „należytej staranności”. Zachowanie należytej staranności podlega ocenie według miary staranności ogólnie wymaganej od dłużnika w stosunkach danego rodzaju. W zakresie prowadzonej działalności gospodarczej należyta staranność określa się przy uwzględnieniu profesjonalnego charakteru tej działalności.

Niewykonanie zamówienia publicznego ma miejsce wówczas, gdy świadczenie wykonawcy określone w umowie nie zostało w ogóle spełnione, natomiast nienależyte

wykonanie zamówienia – gdy świadczenie nie zostało spełnione w terminie, w całości i gdy przedmiot świadczenia nie odpowiada treści zamówienia.

Pojęcie „szkody” nie posiada swojej legalnej definicji, tym niemniej na gruncie przepisów prawa cywilnego, na podstawie stanowiska wypracowanego przez doktrynę i orzecznictwo sądowe, przyjmuje się, że szkoda oznacza uszczerbek majątkowy (różnica między obecnym stanem majątkowym a stanem, jaki zaistniałby, gdyby nie nastąpiło zdarzenie wywołujące szkodę).

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

Po pierwsze więc 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. Bez znaczenia zatem pozostaje fakt, czy działania lub zaniechanie wykonawcy, na podstawie którego stwierdzono niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia nosiło cechy działania bądź zaniechania zawinionego, czy pozbawione jest tej cechy.

Istotnie natomiast, 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. 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. 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.

Następną przesłanką wykluczenia jest wyrządzenie szkody, która jest konsekwencją niewykonania lub nienależytego wykonania umowy zawartej w sprawie zamówienia publicznego.

Kolejną okolicznością wskazującą na zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp jest wydanie przez sąd orzeczenia stwierdzającego wyrządzenie szkody. 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 ukształtowania. 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 stanie faktycznym, iż wykonawca niewykonując lub nienależycie wykonując umowę wyrządził zamawiającemu szkodę.

Ostatnią okolicznością, którą należy wziąć pod uwagę 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.

Analiza kluczowego dla niniejszego rozstrzygnięcia wyroku z dnia 7 września 2011 r. wydanego przez Sąd Apelacyjny w Katowicach (sygn. akt I ACa 330/11) uzasadnia wykluczenie odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Sąd Apelacyjny w Katowicach uznał bowiem, że „(...) pozwany udowodnił w wystarczający sposób (...) szkodę doznaną z powodu kradzieży w budynku przy ul. Jedności 8 w Sosnowcu projektorów marki Epson. To, iż były to rzeczy należące do pozwanego i posiadały określoną wartość pozwany udowodnił fakturami złożonymi do akt sprawy. Ponieważ łączna wartość zakupu tego sprzętu wynosiła 10 169,66 złotych Sąd Apelacyjny uznał, że pozwany udowodnił doznanie szkody w tej wysokości. Sąd Apelacyjny podziela też, dzielając argumentację Sądu pierwszej instancji, że za tego rodzaju szkodę powódka zobowiązała się odpowiadać na zasadzie ryzyka”. To w ocenie składu jednoznacznie wskazuje, że mamy do czynienia po pierwsze z orzeczeniem stwierdzającym wyrządzenie szkody, a także wyrządzenie szkody mogło być spowodowane nienależytym wykonywaniem

zawartej między stronami umowy. Zarówno Sąd pierwszej instancji, jak i Sąd drugiej instancji uznały, że Odwołujący ponosił odpowiedzialność za szkodę w postaci stwierdzonych kradzieży na zasadzie ryzyka, ponieważ tak ukształtowane zostały prawa i obowiązki stron umowy, z której wynikał rozszerzony zakres odpowiedzialności, jaki przyjął na siebie wykonawca będący profesjonalistą w obrocie gospodarczym. Sąd Apelacyjny uznał i w tym zakresie podzielił stanowisko Sądu pierwszej instancji, że pozwany (czyli Śląski Uniwersytet Medyczny) udowodnił doznanie szkody w określonej wysokości, a powód (czyli Odwołujący) zobowiązany był za tego rodzaju szkodę odpowiadać na zasadzie ryzyka. Nie poczynił w tym zakresie odmiennych ustaleń od Sądu Okręgowego i co warto podkreślić, a czego zdaje się nie zauważać Odwołujący, w tej części Sąd Apelacyjny apelację oddalił. Uznał zatem wyrządzenie szkody rozumianej jako dokonanie kradzieży o udowodnionej wysokości. Odwołujący przyjął na siebie na podstawie § 2 zawartej 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. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp implikuje konieczność wykluczenia wykonawcy z postępowania zawsze, gdy szkoda wynika z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, niezależnie od przyczyny niewykonania czy nienależytego zrealizowania zobowiązania.

Wbrew stanowisku Odwołującego nie znajduje potwierdzenia w treści analizowanego przepisu ustawy Pzp teza, iż podstawą do zakwalifikowania wyroku do kategorii „orzeczenia stwierdzającego szkodę” może być wyłącznie orzeczenie sądu wydane w wyniku powództwa o zasądzenie odszkodowania czy ustalenie szkody. Ustalenie, czy szkoda została wyrządzona, zawsze będzie, jak już Izba podkreślała, elementem ustaleń faktycznych. Skoro zatem przepis art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nie wprowadza w tej kwestii żadnych ograniczeń, bowiem nie precyzuje, iż orzeczenie o szkodzie może zostać wydane tylko w wyniku sformułowania określonych roszczeń, należy zająć stanowisko, iż wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 7 września 2011 r. zaliczyć należy do kategorii orzeczeń stwierdzających szkodę. Jak sam podkreślał Odwołujący, za orzecznictwem Sądu Najwyższego, że motywy rozstrzygnięcia istotne są dla określenia granic powagi rzeczy osądzonej, co ma szczególne znaczenie, gdy powództwo zostało choćby w części oddalone. Z takim właśnie stanem mamy do czynienia w przypadku analizowanego orzeczenia Sądu Apelacyjnego. W innym zakresie niż kary umowne, a więc w zakresie rozstrzygającym o

wyrządzeniu szkody w mieniu Zamawiającego pod postacią kradzieży, apelacja została oddalona.

Co do 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.

Za nieznaną uzasadnienia w treści art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp uznać należy poglądy Odwołującego wyrażone w piśmie procesowym z dnia 19 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 ustawy Pzp wymagane jest wyłącznie rozstrzygnięcie (orzeczenie) o szkodzie objętej żądaniem pozwu. Brzmienie komentowanego przepisu wskazuje, iż za wystarczające należy uznać podanie w podstawie faktycznej rozstrzygnięcia wyrządzenia przez wykonawcę szkody niezależnie od rodzaju kierowanego powództwa, niezależnie od podstawy roszczenia i przedmiotu wyrokowania, ponieważ ma być to orzeczenie stwierdzające, nie zaś orzekające o szkodzie.

Mając na względzie powyższe, uznano, że prawidłowo wykluczono wykonawcę Odwołującego się z powodu ziszczenia się dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego nie potwierdziły się. Biorąc zatem pod uwagę powyższe, skład orzekający stanął na stanowisku, że Odwołujący nie udowodnił też zaprezentowanych w odwołaniu. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, zatem że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust 3 pkt 1 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....