

ODPIS

Sygn. akt V Ca 1469/12

KRAJOWA IZBA ODWOŁAWCZA

11. 01. 2013

1A / Ci V \> m- l z-x

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 listopada 2012 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie V Wydział Cywilny Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący -
Sędziowie

Protokolant

SSO Waldemar Beczek (spr.)
SSO Beata Gutkowska
SSR del. Anna Strączyńska
sekr. sądowy Anna Misiejuk

po rozpoznaniu w dniu 13 listopada 2012 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy ze skargi Solid Security Sp. z o.o. w Warszawie

przeciwko zamawiającemu Ośrodkowi Reprezentacyjnemu Ministerstwa Obrony Narodowej
o zamówienie publiczne
od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej
z dnia 22 maja 2012 r., sygn. akt KIO 942/12

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że nakazuje zamawiającemu Ośrodkowi

Reprezentacyjnemu Ministerstwa Obrony Narodowej unieważnienie czynności wykluczenia Solid Security Sp. z o.o. w Warszawie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz nakazuje zamawiającemu Ośrodkowi Reprezentacyjnemu Ministerstwa Obrony Narodowej powtórne dokonanie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Solid Security Sp. z o.o. w Warszawie w przedmiotowym postępowaniu,

II. zasądza od Ośrodka Reprezentacyjnego Ministerstwa Obrony Narodowej na rzecz

Solid Security Sp. z o.o. w Warszawie kwotę 50.080 (pięćdziesiąt tysięcy

osiemdziesiąt) złotych tytułem kosztów postępowania.

Sygnatura akt V Ca 1469/12

DPIS

UZASADNIENIE

Zamawiający Ośrodek Reprezentacyjny Ministerstwa Obrony Narodowej, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 roku, Nr 113, poz. 759 ze zm., zwanej dalej „pzp”, prowadził w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie w celu zawarcia umowy „na wykonanie usługi ochrony terenów, obiektów, urządzeń oraz osób, mienia i porządku na terenie chronionym, realizowanej na rzecz OR MON w całodobowym systemie zmianowym”.

W dniu 27 kwietnia 2012 roku zamawiający działając na podstawie art. 92 ust. 1 ustawy pzp poinformował odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum firm z liderem Konsalnet Holding S.A. oraz o wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp i o uznaniu jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 tej ustawy.

Zamawiający w uzasadnieniu tego stanowiska wyjaśnił, że powodem wykluczenia odwołującego jest wyrządzenie przez niego szkody, która została stwierdzona prawomocnym orzeczeniem sądu.

Odwołujący zakwestionował wykluczenie jego z postępowania, uznanie jego oferty za odrzuconą oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez inny podmiot, zarzucając 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 oraz art. 91 ust. 1 ustawy pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty tej, która nie jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W konsekwencji odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności polegających na wykluczeniu go z postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą, dokonania ponownej oceny ofert, wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Wyrokiem z dnia 22 maja 2012 r. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie Solid Security Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i rozstrzygnęła o kosztach postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp wskazała, iż zarzut powyższy nie zasługuje na uwzględnienie, a kwestia wykluczenia wykonawcy Solid Security Spółka z o.o. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp w związku z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 7 września 2011 r. o sygn. akt I ACa 330/11 była już przedmiotem orzekania Krajowej Izby Odwoławczej w ramach postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 2630/11, KIO 2631/11, KIO 2632/11, KIO 2695/11 oraz KIO 848/12, w ramach których doszło do oddalenia odwołań.

Krajowa Izba Odwoławcza podniosła również, że wyżej wymieniona podstawa prawna czynności wykluczenia odwołującego z postępowania została wskazana przez zamawiającego, który wskazał ponadto na fakt umieszczenia odwołującego w wykazie wykonawców prowadzonym przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza ustosunkowując się z kolei do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 7 września 2011 r. (I ACa 330/11), na który powoływał się odwołujący stwierdziła, że pozwała on na uznanie za zasadne wykluczenie go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp. W tym zakresie zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, wykluczenie wykonawcy mogło nastąpić tylko wtedy, gdy nie wykonał on lub nienależycie wykonał zamówienie publiczne.

Według tej Izby wbrew twierdzeniom odwołującego, ustawodawca nie precyzuje, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy musi być przez wykonawcę zawinione, ponieważ podstawą odpowiedzialności kontraktowej ukształtowanej przede wszystkim w art. 471 k.c. jest to, 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.

Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza miała na względzie przepis art. 473 § 1 kc, na podstawie którego 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 ocenie Izby umowne rozszerzenie ustawowego zakresu odpowiedzialności dłużnika odnosi ten skutek, że okoliczności takie wchodzą w zakres jego odpowiedzialności kontraktowej i tym samym przekładają się na ocenę należytego wykonania zobowiązania. Ocena wykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, nie może abstrahować jednak od odpowiedzialności wykonawcy.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, zaistnienie wskazanych okoliczności oznacza

bowiem, że 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 wyraziła pogląd, że dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp jest konieczne stwierdzenie, iż wykonawca nie wykonał lub nienależyte wykonał zobowiązanie z powodu przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi choćby na zasadzie ryzyka.

W konsekwencji, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, jeżeli wykonawca przyjął na siebie odpowiedzialność na zasadzie ryzyka i zostanie stwierdzona okoliczność umowna uzasadniająca tę odpowiedzialność, to należy uznać, że przesłanka zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp w zakresie odnoszącym się do nie wykonania lub nienależytego wykonania zamówienia zaktualizowała się.

Następną przesłanką wykluczenia wykonawcy od udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne na podstawie an. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp, na którą wskazała Krajowa Izba Odwoławcza, było wyrządzenie szkody, które musiało być konsekwencją

niewykonania lub nienależytego wykonania umowy zawartej w sprawie takiego zamówienia.

W tym zakresie wskazano także, że 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 przyczyn niewykonania, czy nienależytego zrealizowania zobowiązania.

W tej sytuacji według Krajowej Izby Odwoławczej, dopuszczalne na podstawie art. 473 § 1 k.c. rozszerzenie zakresu odpowiedzialności wykonawcy kształtujące treść jego zobowiązania wynikającego z konkretnej umowy, nie pozostaje bez wpływu na ocenę, czy wykonuje on kontrakt należyście, czy też nieprawidłowo, w konsekwencji wyrządzając kontrahentowi szkodę.

Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła także, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp 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, czyli tak, jak to nastąpiło ww. sprawie zawisłej przed Sądem Apelacyjnym w Katowicach.

W ocenie Izby wbrew poglądom odwołującego zamawiający był zobligowany do wykluczenia Solid Security Spółka z o.o. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp uznając słusznie, iż doszło do spełnienia się hipotezy normy prawnej uregulowanej w powyższym przepisie, tj. odwołujący wyrządził szkodę realizując umowę o zamówienia publiczne, zaś szkoda ta została stwierdzona prawomocnym orzeczeniem sądu, które uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem niniejszego postępowania.

Uznanie przez Izbę za zasadne wykluczenie odwołującego z postępowania powoduje zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, że nie doszło również do naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 4 oraz art. 91 ust. 1 ustawy pzp.

Skargę od powyższego wyroku złożył Solid Security spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie, który zaskarżył orzeczenie w całości. Skarżący zarzucił zaskarżonemu wyrokowi:

1. naruszenie prawa materialnego przez jego błędną wykładnię tj. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp poprzez uznanie, że przyjęcie przez wykonawcę odpowiedzialności na zasadzie ryzyka, a następnie zaistnienie okoliczności uzasadniających tę odpowiedzialność stanowi podstawę wykluczenia wykonawcy jako tego, który wyrządził szkodę nie wykonując lub nienależyście wykonując zamówienie;
2. naruszenie prawa materialnego poprzez jego niewłaściwe zastosowanie tj. naruszenie art. 24 ust 1 pkt 1 ustawy pzp poprzez uznanie, że Skarżący wyrządził szkodę nie wykonując lub nienależyście wykonując zamówienie;
3. naruszenie prawa materialnego poprzez jego niewłaściwe zastosowanie tj. naruszenie art. 365 kodeksu postępowania cywilnego poprzez uznanie, że wyrok Sąd Apelacyjny w Katowicach z dnia 7 września 2011 roku o sygnaturze I ACa 330/11 jest prawomocnym orzeczeniem stwierdzającym szkodę;
4. sprzeczność ustaleń faktycznych, na których oparto rozstrzygnięcie z treścią zabranego w sprawie materiału dowodowego poprzez bezpodstawne przyjęcie, że wyrok Sąd Apelacyjny w Katowicach z dnia 7 września 2011 roku o sygnaturze I ACa 330/11 stwierdza nie wykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia przez Skarżącego;
5. sprzeczność ustaleń faktycznych, na których oparto rozstrzygnięcie z treścią zabranego w sprawie materiału dowodowego poprzez bezpodstawne przyjęcie, że wyrok Sąd Apelacyjny w Katowicach z dnia 7 września 2011 roku o sygnaturze I ACa 330/11 jest prawomocnym orzeczeniem stwierdzającym szkodę wyrządzoną przez Skarżącego.

Wskazując na powyższe skarżący wniósł o:

1. uwzględnienie skargi w całości oraz zmianę zaskarżonego wyroku Krajowej Izby

Odwoławczej poprzez uwzględnienie odwołania, a co za tym idzie:

- a) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia skarżącego z postępowania;
- b) nakazanie zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert, a w konsekwencji wyboru oferty Skarżącego jako najkorzystniejszej,

2. obciążenie przeciwnika skargi kosztami postępowania przed Sądem Okręgowym oraz przed Krajową Izbą Odwoławczą wg norm prawem przepisanych.

W uzasadnieniu wniesionej skargi skarżący podał, że zgodnie z art. 45 ust 2 lit c] i d] dyrektywy klasycznej (Koordynacja procedur udzielania zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi - dyrektywa z dnia 31 marca 2004 r. Parlamentu Europejskiego. Rady Unii Europejskiej. Dz.U.UE.L.2004.134.114] z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który:

- został skazany prawomocnym wyrokiem, zgodnie z krajowymi przepisami, za przestępstwo związane z jego działalnością zawodową:

- jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające.

Mając to na uwadze skarżący podał, że przepis art. 24 ust 1 pkt 1 ustawy pzp uznać należy za odzwierciedlenie przesłanki określonej w art. 45 ust 2 lit d] dyrektywy klasycznej. W związku z tym również interpretacja polskiego przepisu powinna zostać dokonana przez pryzmat dyrektywy.

Dalej skarżący wskazał, że nie została spełniona pierwsza przesłanka dotycząca niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia, ponieważ przepis art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp wskazuje na obiektywne niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia. Według skarżącego, przesłanka ta musi być interpretowana w kontekście obowiązków wykonawcy wynikających z umowy, w sprawie zamówienia publicznego oraz zakresu świadczenia, którego umowa ta dotyczy. Przedmiotem umowy z dnia 5 kwietnia 2007r. zawartej pomiędzy Śląską Akademią Medyczną w Katowicach i skarżącym było świadczenie usług w formie ochrony mienia na terenie tej Akademii, zgodnie z opracowaną przez wykonawcę i zaakceptowaną przez zamawiającego „Instrukcją Ochrony”. Umowa ta z uwagi na charakter świadczenia jest umową starannego działania.

Zdaniem skarżącego, oznacza to, że w umowie tej ważna była wykonywana praca (wykonywanie czynności ochrony zgodnie z przepisami prawa i Instrukcją Ochrony) na rzecz zleceniodawcy, która niekoniecznie będzie prowadzić do określonego rezultatu. Wynagrodzenie zaś z umowy zlecenia przysługuje za samo - staranne działanie, nie zaś za jego rezultat.

Skarżący wskazał także, że z treści tamtej umowy wynikało, iż „wykonawca odpowiada materialnie za szkodę spowodowaną kradzieżą, włamaniem bądź uszkodzeniem lub dewastacją mienia” (§ 1 ust. 2 umowy). Odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia, sankcjonowana karami umownymi została natomiast zastrzeżona jedynie na okoliczności braku pełnej obsady pracowników ochrony na zmianie (§ 6 ust. 1 umowy).

Według skarżącego, z systematyki samej umowy wynika to, że strony wyraźnie oddzieliły nienależyte wykonywanie umowy od odpowiedzialności za szkodę wywołaną kradzieżą. To pierwsze zostało zdefiniowane jako niepełna obsada pracowników na stanowiskach, druga natomiast została określona jako odpowiedzialność czysto materialna - niezależna od prawidłowego bądź nieprawidłowego wykonywania umowy.

Odnosnie tej drugiej kwestii zdaniem skarżącego przyjęcie odpowiedzialności za kradzież dokonane na obiekcie (ukształtowane na zasadzie ryzyka) nie mogło być utożsamiane z rozszerzeniem odpowiedzialności za nie wykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia. Odpowiedzialność ta była bowiem niezależna od należytego wykonywania zamówienia.

Ponadto skarżący podał, że Krajowa Izba Odwoławcza słusznie zauważyła w wyroku z dnia 21 grudnia 2011 r. (sygn. akt KIO 2632 11), iż informacje o zakresie niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia oraz szkody można powziąć jedynie poprzez analizę uzasadnienia orzeczenia stanowiącego podstawę ewentualnego wykluczenia.

Skarżący powołał się na fragmenty uzasadnienia zawarte w wyroku z dnia 7 września 2011 r. Sądu Apelacyjnego u Katowicach, w którym wskazano, że (...) co do zasady należy uznać zarzuty apelacji, iż pozwany nie udowodnił, aby doszło do nienależytego wykonania umowy przez powódkę, uzasadniającego naliczenie kar umownych w kwocie dochodzonej pozwem.

Według skarżącego Sąd Apelacyjny w Katowicach uznał, zatem, że nie doszło do nienależytego wykonania zamówienia przez skarżącego, ergo szkoda, która została przez sąd stwierdzona nie mogła wynikać z nienależytego wykonania zamówienia.

W związku z tym skarżący wywodzi, że pierwsza przesłanka konieczna do zastosowania art. 24 ust 1 pkt 1 ustawy pzp nie zachodzi w niniejszym stanie faktycznym i chociażby z tego powodu wykluczenie wykonawcy z postępowania przez zamawiającego nie było prawidłowe.

Odnośnie drugiej przesłanki wynikającej z dyspozycji w/w przepisu, która sprowadza się de facto do zaistnienia związku przyczynowego pomiędzy niewykonaniem lub

nienależytym wykonaniem zamówienia a szkodą, to skarżący uważa, że skoro nienależyte wykonanie zamówienia nie zostało udowodnione, trudno, zatem mówić o jakimkolwiek związku przyczynowym. Niemniej jednak w zaistniałym stanie faktycznym nawet udowodnienie nienależytego wykonania zamówienia nie ma związku ze szkodą powstałą w wyniku kradzieży dokonanej przez osobę trzecią.

W ocenie skarżącego brak jest spełnienia również kolejnej z przesłanek wynikających z art. 2-4 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp, a mianowicie istnienie prawomocnego orzeczenia stwierdzającego wyrządzenie szkody.

W tym zakresie skarżący wskazuje, że wyrokiem z dnia 7 września 2011 roku Sąd Apelacyjny w Katowicach zasądził na rzecz Solid Security Sp. z o. o. od Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach kwotę 253.458,08 złotych, oddalił zaś powództwo w pozostałym zakresie, tj. co do kwoty 10.169,66 złotych. Podstawą powództwa była zawarta pomiędzy stronami umowa z dnia 5 kwietnia 2007r. i wykonanie przez Solid Security Sp. z o. o. usługi ochrony osób i mienia na rzecz Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach. Powództwo w zakresie kwoty 10.169,66 złotych zostało oddalone z uwagi na podniesienie przez tego zamawiającego zarzutu potrącenia wzajemnych wierzytelności, które to oświadczenie złożone zostało przez zamawiającego w fazie przedprocesowej.

Zdaniem skarżącego, przedmiotowy wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach nie jest orzeczeniem stwierdzającym wyrządzenie szkody poprzez niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia, ponieważ wymaga analizy jego uzasadnienia.

Dalej skarżący podaje, że 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 nie wykonując lub nienależycie wykonując umowę wyrządził zamawiającemu szkodę.

W konsekwencji w ocenie skarżącego podstawę wykluczenia na podstawie tego przepisu może być jedynie wyrok, który prawomocnie rozstrzyga o szkodzie (art. 365 k.p.c.) i korzysta w tym zakresie z powagi rzeczy osądzonej (art. 366 k.p.c.) a takich wymagań nie spełnia sporny wyrok Sądu Apelacyjnego.

Podsumowując, skarżący podał, że w art. 24 ust. 1 pkt. 1 ustawy pzp przewidziano podstawy wykluczenia wykonawców, którzy zawinili w wykonywaniu zawartej umowy i

swoim działaniem lub zaniechaniem wyrządzili szkodę w majątku zamawiającego, a nie wykonawców, którym nie można zarzucić nienależytego wykonywania umowy, a których

odpowiedzialność za szkodę wynika z okoliczności obiektywnej, w tym przypadku przyjęcia surowszego od winy reżimu odpowiedzialności.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga podlega uwzględnieniu, gdyż zasadnie skarżący zarzucił naruszenie art. 24 ust. 1 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (l.j. Dz. U. z 2010 roku, Nr 113, poz. 759) przy wyrokowaniu w sprawie niniejszej przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Literalna - a więc podstawowa - wykładnia tego przepisu w sposób jednoznaczny wskazuje w jego ust. 1 pkt 1, że z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się tylko tych wykonawców, którzy wyrządzili szkodę nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, jeżeli szkoda została stwierdzona orzeczeniem sądu, które uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania.

Ustalenie przesłanek objętych regulacją tego przepisu spoczywa każdorazowo na zamawiającym, gdyż wykaz prowadzony przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i umieszczenie w nim wykonawcy w trybie art. 154 pkt 5a pzp, nie może stanowić samoistnej podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, gdyż ten dokument posiada charakter wyłącznie informacyjny.

Stanowisko w tym zakresie ma ugruntowany charakter i posiada potwierdzenie w orzecznictwie. Zamawiający wykluczając więc skarżącego z przedmiotowego postępowania, winien był wykazać zaistnienie wszystkich przesłanek wymaganych treścią ww. przepisu - art. 24 ust. 1 pkt 1 pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza oddalając odwołanie pozytywnie oceniła decyzję zamawiającego wskazując przede wszystkim, że odpowiedzialność za szkodę skarżącego wynika z łączącego wówczas strony kontraktu na wykonanie zamówienia publicznego, stwierdzając, że tym samym bez znaczenia jest okoliczność, czy jej podstawą jest wina, czy też zasada ryzyka, a więc inna okoliczność przewidziana regulacją art. 473 § 1 kc. W tym zakresie przywołany został wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 7 września 2011 roku, sygn. akt I ACa 330/11 i poprzedzający go wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 27 stycznia 2011 roku, sygn. akt II C 551/09.

Z takim poglądem nie sposób się zgodzić mając na uwadze jednoznacznie określoną regulację ww. przepisu - art. 24 ust. 1 pkt 1 pzp.

Przed wszystkim Sąd Okręgowy oceniał zasadność skargi w oparciu o regulację tego przepisu stwierdzając, że odpowiada ona wymogom przytoczonych, zarówno w odwołaniu jak i w skardze, regulacji prawa wspólnotowego Unii Europejskiej. Zarówno bowiem art. 45

ust. 2 lit. c i d dyrektywy klasycznej (Koordynacja procedur udzielania zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi - dyrektywa z dnia 31 marca 2004 roku Parlamentu Europejskiego Rady Unii Europejskiej, Dz. U. UE.L.2004.134.114), odnoszący się do zagadnienia wykluczenia wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne, jak również przepis art. 24 ust. 1 pkt 1 pzp, odnoszą się do wykonawców, którzy wyrządzili szkodę nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, a więc do wykonawców nierzetelnych. Nie można zaś za takiego wykonawcę uznać skarżącego, który poniósł odpowiedzialność na zasadzie ryzyka za szkodę, spowodowaną działaniem osoby trzeciej.

Uzasadnienie tej szkody regulacją kontraktową nie może przesądzać o zaistnieniu przesłanek wymaganych treścią art. 24 ust. 1 pkt 1 pzp, który stanowił podstawę decyzji zamawiającego.

Przepis ten bowiem nie wskazuje na szkodę wynikającą z umowy, lecz na szkodę powstałą z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania.

Rozumienie tej regulacji w sposób zaprezentowany w uzasadnieniu do zaskarżonego

wyroku, prowadziłby do paradoksalnej sytuacji wykluczania z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego także wykonawców, którzy przyjęli odpowiedzialność za szkody wywołane siłą wyższą, gdyż taką podstawę odpowiedzialności w świetle art. 473 § 1 kc mogą przewidywać zawierane przez strony kontrakty.

Wykładnia celowościowa art. 24 ust. 1 pkt 1 pzp również nie pozwala na interpretację tego przepisu dokonaną przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Zasadność dwóch pierwszych zarzutów skargi odnoszących się do naruszenia prawa materialnego skutkowałą jej uwzględnieniem w sposób wskazany w treści wyroku wydanego przez Sąd Okręgowy.

Wbrew zarzutom skarżącego Sąd Okręgowy stwierdza, że orzeczenie sądu, w którym został podniesiony i uwzględniony w całości lub w części zarzut potrącenia zapłaty należności wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, może być orzeczeniem stwierdzającym wyrządzenie szkody w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 1 pzp, o ile pisemne motywy takiego orzeczenia wskazują, że jest to szkoda spowodowana w warunkach wymaganych treścią tego przepisu.

W tym zakresie jednakże zarzuty skarżącego okazały się drugorzędne dla oceny jego skargi.

Mając na uwadze powyższe Sąd Okręgowy orzekł jak w sentencji wyroku na podstawie art. 198f ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 roku, Nr 113, poz. 759), w zakresie odnoszącym się do meritum, zaś w zakresie rozstrzygnięcia o kosztach postępowania na podstawie art. 1 OB § 1 kpc w zw. z art. 98 kpc i art. 198a ust. 2 pzp oraz art. 198f ust. 5 pzp, uwzględniając koszty postępowania wywołanego odwołaniem oraz skargą.

Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność

/□

s y s