

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 lutego 2013 r.

Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie IV Wydział Cywilny Odwoławczy
w składzie:

Przewodniczący	Sędzia SO	Małgorzata Truskolaska-Żuczek
Sędziowie	SO	Iwona Wróblewska-Pokora
	SO	Wojciech Szcząska (sprawozdawca)
Protokolant		Martyna Perzyńska

po rozpoznaniu w dniu 30 stycznia 2013 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z odwołania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:
Grzegorz Ligman, Piotr Świdlicki, Stefan Gortatowicz SELEN Spółka Jawna w Grodzisku
Mazowieckim oraz Piotra Świdlickiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą
SELEN Piotr Świdlicki w Grodzisku Mazowieckim

przeciwko zamawiającemu Skarbowi Państwa - Prokuraturze Okręgowej Warszawa-Praga w
Warszawie

o udzielenie zamówienia publicznego

z udziałem po stronie zamawiającego interwenienta ubocznego Solid Security Sp. z o. o. z
siedzibą w Warszawie
na skutek skargi zamawiającego
na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej
z dnia 11 maja 2012 r., sygn. akt KIO 848/12

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że oddala odwołanie;

II. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:
Grzegorz Ligman, Piotr Świdlicki, Stefan Gortatowicz SELEN Spółka Jawna w
Grodzisku Mazowieckim oraz Piotra Świdlickiego prowadzącego działalność
gospodarczą pod nazwą SELEN Piotr Świdlicki w Grodzisku Mazowieckim
solidarnie

a. na rzecz Skarbu Państwa - Prokuratury Okręgowej Warszawa-Praga w Warszawie

kwotę 3567 (trzy tysiące pięćset sześćdziesiąt siedem) złotych tytułem zwrotu

kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą

oraz kwotę 1200 (tysiąc dwieście) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania

przed Sądem Okręgowym, „-”7 t

/< ----

b. na rzecz Solid Security Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie kwotę 31 186 (trzydzieści jeden tysięcy sto osiemdziesiąt sześć) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania przed Sądem Okręgowym

III. nakazuje pobrać na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Grzegorz Ligman, Piotr Świdlicki, Stefan Gortatowicz SELEN Spółka Jawna w Grodzisku Mazowieckim oraz Piotra Świdlickiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą SELEN Piotr Świdlicki w Grodzisku Mazowieckim solidarnie kwotę 149 930 (sto czterdzieści dziewięć tysięcy dziewięćset trzydzieści) złotych tytułem opłaty od skargi, której skarżący nie miał obowiązku uiścić.

Sygn. akt IV Ca 995/12

UZASADNIENIE

Zamawiający Skarb Państwa - Prokuratura Okręgowa Warszawa-Praga w Warszawie, działając w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. nr 113 poz. 759), powoływanej niżej jako pzp, prowadził w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługę ochrony osób i mienia w Prokuraturze Okręgowej Warszawa-Praga w Warszawie oraz podległych Prokuraturach Rejonowych. W dniu 17 kwietnia 2012 r. zamawiający zawiadomił odwołujących się wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Grzegorz Ligman, Piotr Świdlicki, Stefan Gortatowicz SELEN Spółka Jawna w Grodzisku Mazowieckim oraz Piotra Świdlickiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą SELEN Piotr Świdlicki w Grodzisku Mazowieckim, o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Solid Security Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie. W dniu 27 kwietnia 2012 r. odwołujący się wnieśli odwołanie od tego rozstrzygnięcia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący się zarzucili zamawiającemu naruszenie przepisów pzp:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 5 i art. 24 ust. 1 pkt. 1 poprzez nieodrzućenie oferty Solid Security Sp. z o. o. w Warszawie, który to wykonawca winien być wykluczony;
2. art. 90 przez niezastosowanie procedur przewidzianych do ustalenia przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 tj. ustalenia, czy oferta wybrana jako najkorzystniejsza nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. art. 26 ust. 3 ponieważ nie wezwał wykonawców, których oferty odrzucono na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 do uzupełnienia lub poprawienia, przez tych wykonawców, błędów w złożonych oświadczeniach lub dokumentach, o których mowa w art. 25 ust. 1, a wymaganych przez zamawiającego na podstawie SIWZ;
4. art. 92 ust. 2 poprzez nieuprawnione ujawnienie informacji, o których mowa w art. 92 ust. 1 pkt. 2, 3 i 4, zawartych w Zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, zamieszczonym na stronie internetowej zamawiającego, podczas gdy mogły to być jedynie informacje z art. 92 ust. 1 pkt. 1 pzp;

5. art. 7 ust. 1 przez niezastosowanie jednakowych kryteriów oceny złożonych ofert w zakresie spełnienia wymagań wynikających z SIWZ;
6. art. 8 z uwagi na niezastosowanie przez zamawiającego procedur badania zasadności zastrzeżenia przez wykonawcę niejawności dokumentów stanowiących zawartość jednej ze złożonych ofert.

Podnosząc powyższe zarzuty odwołujący się wniesli o nakazanie zamawiającemu dokonania prawnej oceny (tak w odwołaniu) złożonych ofert i odrzucenia oferty wykonawcy Solid Security Sp. z o. o. w Warszawie.

Wyrokiem z dnia 11 maja 2012 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz badania i oceny ofert i wykluczenie z postępowania Solid Security Sp. z o. o. w Warszawie, a ponadto obciążyła zamawiającego kosztami postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza (dalej KIO) uznała za zasadne zarzuty podniesione w punktach 1, 3, 4 i 6 odwołania, jednakże stwierdziła, iż tylko naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt. 1 pzp miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Pozostałe zarzuty nie mają znaczenia dla wyniku postępowania.

KIO miało na uwadze, iż wykonawca Solid Security Sp. z o. o. w Warszawie został wpisany na prowadzony przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do art. 154 pkt. 5a pzp, wykaz wykonawców, którzy wyrządzili szkodę nie wykonując zamówienia lub wykonując jej nienależycie. Wpis został dokonany na podstawie prawomocnego wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 07 września 2011 r., sygn. akt I ACa 330/11. KIO uznała, iż rozpoznając zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 1 pzp nie jest uprawniona do samodzielnego badania wywiązania się przez wykonawcę z przyjętych na siebie zobowiązań umownych, ani tym bardziej do wykładni postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego (ustalenia treści oświadczeń woli stron umowy), jest natomiast zobligowana do uwzględnienia ustaleń i ocen prawnych przyjętych przez sąd, który wydał prawomocne orzeczenie stwierdzające wyrządzenie szkody przez wykonawcę. Zdaniem KIO dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt. 1 pzp nie ma znaczenia, czy wykonawca ponosi odpowiedzialność na zasadzie winy, ryzyka czy słuszności. Przepis ten umożliwia wykluczenie wykonawcy, który wyrządził szkodę, nawet jeżeli odpowiedzialność za jej wyrządzenie zamawiającemu ponosił na zasadzie ryzyka. Istotne jest natomiast, by ustalone zasady odpowiedzialności wynikały wprost z umowy. Powołany wyżej wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach bezspornie stwierdza wyrządzenie szkody przez Solid Security Sp. z o. o. w Warszawie oraz to, że za szkodę powstałą z tytułu kradzieży wykonawca odpowiadał na zasadzie ryzyka. Zdaniem KIO o tym, że wykonawca ten nienależycie wykonał umowę łączącą go ze Śląskim Uniwersytetem Medycznym, świadczy stanowisko Sądu Okręgowego w Katowicach, zawarte w uzasadnieniu wyroku z dnia 27 stycznia 2011 r., sygn. akt II C 551/09/4 (powołany wyżej wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach zapadł po rozpoznaniu apelacji od tego wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach), iż odpowiedzialność za kradzież i dewastację wykonawca ponosi na zasadzie art. 473 kc, oraz że nie zachował on należytej staranności w czasie, kiedy do kradzieży dochodziło. Wykonawca ten w umowie ze Śląskim Uniwersytetem Medycznym przyjął odpowiedzialność z tytułu skutku działania osób trzecich, zgodnie z dyspozycją art. 473 § 1 kc. Skoro Sąd Apelacyjny w Katowicach nie odniósł się krytycznie do ustaleń Sądu Okręgowego w Katowicach co do zasad i podstawy prawnej odpowiedzialności Solid Security Sp. z o. o. w Warszawie, to (zdaniem KIO) nie podzielił jedynie oceny tego Sądu w zakresie rozmiarów szkody. Sąd Apelacyjny nie stwierdził, że nienależyte wykonanie umowy przez wykonawcę nie miało w ogóle miejsca. Wobec powyższego KIO uznała, iż w odniesieniu do Solid Security Sp. z o. o. w Warszawie ziściły się przesłanki wskazane w art. 24 ust. 1 pkt. 1 pzp.

Zamawiający wniósł skargę na wyrok KIO i zaskarżywszy go w całości żądał jego zmiany i oddalenia odwołania, oraz zasądzenia od przeciwników skargi (odwołujących się) kosztów postępowania. Zaskarżonemu wyrokowi zamawiający zarzucił naruszenie:

- a) art. 89 ust. 1 pkt. 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 1 pzp przez uznanie, że wykonawca Solid

Security Sp. z o. o. w Warszawie winien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 1 pzp pomimo, że nie spełniły się przesłanki, o których mowa w tym przepisie, a zatem przez uznanie, że pojęcie wyrządzenia szkody przez nie wykonanie zamówienia lub wykonanie go nienależycie obejmuje również przypadki przyjęcia przez wykonawcę odpowiedzialności za szkody wynikłe z okoliczności, za które na mocy ustawy wykonawca odpowiedzialności nie ponosi, a nadto, że podstawą wykluczenia może być stwierdzenie szkody w orzeczeniu sądu w postępowaniu, w którym powództwo wytoczył wykonawca, a nie zamawiający, a sprawa nie dotyczyła odpowiedzialności za szkodę, tylko żądania wykonawcy zapłaty na jego rzecz przez zamawiającego wynagrodzenia za wykonanie umowy;

b) art. 471 kc w zw. z art. 473 kc poprzez uznanie, że pojęcie wyrządzenia szkody poprzez nie wykonanie zamówienia lub wykonanie go nienależycie obejmuje również przypadki przyjęcia przez wykonawcę odpowiedzialności za szkody wynikłe z okoliczności, za które na mocy ustawy wykonawca nie odpowiada, w sytuacji, gdy wykonawca nie wyrządził szkody, a także nie udowodniono temu wykonawcy winy tak w tym postępowaniu, jak i w postępowaniach przed Sądem I instancji tj. Sądem Okręgowym w Katowicach (sygn. akt II C 551/09/4) oraz przed Sądem II instancji tj. Sądem Apelacyjnym w Katowicach (sygn. akt I ACa 330/11), ani też nie zachodzi adekwatny związek przyczynowy między działaniem lub zaniechaniem tego wykonawcy a szkodą powstałą wskutek kradzieży.

Przeciwnicy skargi (odwołujący się) wniesli o oddalenie skargi i o zasądzenie na ich rzecz od zamawiającego kosztów procesu.

Wykonawca Solid Security Sp. z o. o. w Warszawie zgłosił interwencję uboczną po stronie zamawiającego i poparł skargę oraz wniósł o zasądzenie na jego rzecz od odwołujących się kosztów postępowania.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga jest zasadna.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt. 1 pzp nakazuje wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, jeżeli szkoda ta została stwierdzona orzeczeniem sądu, które uprawomocniło się w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania. Przepis ten winien być wykładany z uwzględnieniem treści art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (dyrektywa klasyczna, Dz. Urz. UE. L. 04.134.1), który stanowi, iż z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające. Brak jest podstaw, by przepis art. 24 ust. 1 pkt. 1 pzp interpretować rozszerzająco, jak to czyni Krajowa Izba Odwoławcza, która przyjmuje, że stanowi on podstawę do wykluczenia wykonawcy nawet wówczas, jeśli przyjął on odpowiedzialność za szkodę poniesioną przez wykonawcę na zasadzie ryzyka.

Spśród czterech przesłanek, które muszą wystąpić łącznie, skutkujących w myśl art. 24 ust. 1 pkt. 1 pzp obligatoryjnym wykluczeniem wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia zaszyły jedynie dwie - stwierdzono (1.) poniesienie szkody przez zamawiającego (2.) wyrokiem sądu, który uprawomocnił się w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania. Prawomocny wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 07 września 2011 r. (sygn. I ACa 330/11) przesądził jedynie o tym, że Śląski Uniwersytet Medyczny, który jako zamawiający zawarł z wykonawcą Solid Security Sp. z o. o. w Warszawie umowę o świadczenie usług ochrony osób i mienia, wykazał, iż poniósł szkodę, za którą wykonawca odpowiada na zasadach ryzyka. Podstawą tej odpowiedzialności była umowa stron, w której wykonawca przyjął odpowiedzialność materialną za szkodę spowodowaną kradzieżą włamaniem bądź uszkodzeniem lub dewastacją. Tym samym wykonawca w trybie art. 473 § 1 kc rozszerzył swoją odpowiedzialność odszkodowawczą. Z treści uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach wynika, iż Sąd ten nie uznał, by wykonawca nie zachował należytej staranności przy wykonywaniu usługi i by wykonywał ją nienależycie. Powołany

wyżej przepis pzp ma na celu wyeliminowanie z postępowania nierzetelnych wykonawców, którzy nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie wyrządzili szkodę zamawiającemu. Przepis ten nie daje natomiast podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie wyrządził szkody zamawiającemu, ale poniósł wobec zamawiającego odpowiedzialność odszkodowawczą zastrzoną w stosunku do reguł

ogólnych. Brak jest podstaw do uznania, iż Solid Security Sp. z o. o. w Warszawie wyrządził jakąkolwiek szkodę zamawiającemu Uniwersytetowi Śląskiemu. Wykonawca był obowiązany do odszkodowania na rzecz zamawiającego, za szkodę wyrządzoną przez osoby trzecie, bowiem strony w umowie rozszerzyły jego odpowiedzialność odszkodowawczą. Obowiązek naprawienia szkody nie wynikał zatem z wyrządzenia szkody przez wykonawcę zamawiającemu na skutek nienależytego wykonania umowy lub jej niewykonania, czyli okoliczności uzasadniających wykluczenie.

Mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy z mocy art. 198 fust. 2 zd.2 pzp uwzględniając skargę zmienił zaskarżony wyrok i oddalił odwołanie, bowiem brak było podstaw do wykluczenia Solid Security Sp. z o. o. w Warszawie z postępowania o udzielenie zamówienia, zaś stwierdzone przez KIO uchybienia zamawiającego nie miały istotnego wpływu na wynik tego postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 198 a ust.2 pzp, art. 198 fust. 5 pzp, art. 98 § 1 i 3 kpc w zw. z art. 99 kpc (w stosunku do interwenienta ubocznego także art. 107 kpc) i art. 391 § 1 kpc. Kwota zasądzona od odwołujących się na rzecz zamawiającego obejmuje poniesione przez niego koszty zastępstwa prawnego w postępowaniu przed KIO, wykazane złożoną w tym samym postępowaniu fakturą VAT, oraz koszty zastępstwa prawnego w postępowaniu przed Sądem w wysokości 1 200 zł, określone w § 10 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. nr 163 poz. 1349 z późn. zm.). Kwota zasądzona na rzecz interwenienta ubocznego, działającego po stronie zamawiającego, obejmuje uiszczoną przez niego opłatę od interwencji oraz koszty zastępstwa prawnego w wysokości 1 200 zł, ustalonej na podstawie powołanych wyżej przepisów rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości. Ponieważ skarżący z mocy art. 94 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. nr 90 poz. 594 z późn. zm.) nie miał obowiązku uiścić opłaty od skargi, opłata ta, określona na podstawie art. 34 ust. 2 powołanej ustawy, z mocy jej art. 113 ust. 1 obciąża odwołujących się, którzy przegrali sprawę.