

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 marca 2012 r.

Sąd Okręgowy w Olsztynie IX Wydział Cywilny Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Mirosław Wieczorkiewicz (spr.)

Sędziowie: SO Renata Bandosz, Dorota Ciejek

Protokolant: stażysta Małgorzata Błażewicz
po rozpoznaniu w dniu 23 lutego 2012 r. w Olsztynie
na rozprawie

sprawy ze skargi Solid Security spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie
z udziałem zamawiającego Jednostki Wojskowej 3674 w Olsztynie
o zamówienie publiczne
na skutek skargi Solid Security spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie
od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie
z dnia 20 grudnia 2011 r., sygn. akt KIO UZP 2630/11,

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

- a) nakazuje zamawiającemu Jednostce Wojskowej 3674 w Olsztynie unieważnienie czynności wykluczenia Solid Security spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- b) nakazuje zamawiającemu Jednostce Wojskowej 3674 w Olsztynie powtórnego dokonania czynności badania i oceny wniosków, z uwzględnieniem wniosku Solid Security spółki z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego;

II. zasądza od zamawiającego na rzecz skarżącego kwotę 10.851,-zł (dziesięć tysięcy osiemset pięćdziesiąt jeden) tytułem kosztów procesu.

#4a5eiwś podpisy
i oryginał

ŚĄDOWY

UZASADNIENIE

Zamawiający, Jednostka Wojskowa 3674 w Olsztynie, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej „Pzp”, prowadziła w trybie przetargu ograniczonego postępowanie w celu zawarcia umowy na usługi SUFO i monitoringu przez oddalone centra obsługi.

W dniu 30 listopada 2011 r. zamawiający zawiadomił za pośrednictwem faksu odwołującego Solid Security spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie o wykluczeniu go z postępowania (dotyczy części I-III) na podstawie art. 24 ust.

1 pkt 1 ustawy Pzp. Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym podjętej decyzji wyjaśnił, że był zobowiązany do wykluczenia skarżącej z postępowania, bowiem realizując umowę o zamówienie publiczne wyrządziła ona szkodę, co zostało stwierdzone prawomocnym orzeczeniem sądu.

Skarżąca zakwestionowała wykluczenie jej z postępowania oraz nie zaproszenie do składania ofert zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie oraz art. 51 ust. 1 cyt. ustawy poprzez uniemożliwienie odwołującemu złożenia oferty.

W konsekwencji skarżąca wniosła o uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegających na wykluczeniu jej z postępowania oraz zaproszeniu do składania ofert.

Wyrokiem z dnia 20 grudnia 2011 r. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie Solid Security spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie i rozstrzygnęła o kosztach postępowania.

W uzasadnieniu zaskarżonego wyroku Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że umieszczenie przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w prowadzonym na podstawie art. 154 pkt 5a ustawy Pzp wykazie wykonawców, którzy wyrządzili szkodę nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, jeśli szkoda ta została stwierdzona prawomocnym orzeczeniem sądu, nie stanowi samoistnej przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne, ponieważ ma wyłącznie walor informacyjny.

W tej sytuacji Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła, że ocena zasadności wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jest niezależna od umieszczenia wykonawcy w wykazie.

W konsekwencji Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zamawiający zobowiązany jest każdorazowo zbadać, czy w okolicznościach danej sprawy przesłanki zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp spełniły się kumulatywnie się. Zamawiający, zatem zobowiązany był 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.

Według Krajowej Izby Odwoławczej, łączne wystąpienie wymienionych przesłanek obliży zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania, przy czym ciężar udowodnienia okoliczności uzasadniających wykluczenie wykonawcy z postępowania spoczywa na zamawiającym.

Mając powyższe na uwadze Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że analiza spornego wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 7 września 2011 r.

(I ACa 330/11) i jego uzasadnienia pozwala na uznanie za zasadne wykluczenie skarżącego 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 skarżącej, ustawodawca nie precyzuje, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy musi być przez wykonawcę zawinione, ponieważ podstawą odpowiedzialności kontraktowej ukształtowanej przede wszystkim w art. 471 kc 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. Według Krajowej Izby Odwoławczej, zasadnym było, przy ocenie należytej staranności wykonawcy, odwołanie się do treści art. 355 kc, zgodnie, z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju {należyta staranność}.

Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza miała na względzie przepis art. 355 § 2 kc, definiujący należyłą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności, przy czym zakres odpowiedzialności może być przez strony modyfikowany w ramach określonych m.in. art. 473 § 1 kc, gdzie 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.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, zaistnienie wskazanych okoliczności oznacza, 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

nienależycie 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 art. 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.

Dalej podano, że skoro skarżąca w zawisłej sprawie przed Sądem Apelacyjnym w Katowicach, odpowiadała za szkodę na zasadzie ryzyka (art. 473 kc), to szkoda ta niewątpliwie wynikała z nienależytego wykonania umowy, bowiem gdyby odwołujący w sposób prawidłowy wykonał zobowiązanie, nie

doszłoby do kradzieży, a tym samym do powstania szkody.

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 przyczyny niewykonania, czy nienależytego zrealizowania zobowiązania.

W tej sytuacji, według Krajowej Izby Odwoławczej, 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 kontrakt należycie, 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 w sprawie zawisłej przed Sądem Apelacyjnym w Katowicach.

Biorąc powyższe wywody pod uwagę Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie skarżącej.

Skargę od powyższego wyroku złożyła Solid Security spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie, która zaskarżyła orzeczenie w całości.

Skarżąca zarzuciła 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 nienależycie wykonując zamówienie;
2. naruszenie prawa materialnego poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, tj. naruszenie art. 24 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez uznanie, że skarżąca wyrządziła szkodę nie wykonując lub nienależycie wykonując zamówienie;
3. naruszenie prawa materialnego poprzez jego niewłaściwe zastosowanie tj. naruszenie art. 365 kodeksu postępowania cywilnego poprzez uznanie, że wyrok Sądu Apelacyjnego 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 zebranego w sprawie materiału dowodowego poprzez

bezpodstawne przyjęcie, że wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 7 września 2011 roku o sygnaturze I ACa 330/11 stwierdza nie wykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia przez skarżącą;

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 skarżącą.

Mając powyższe na uwadze 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 wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z uwzględnieniem wniosku Skarżącego a w konsekwencji zaproszenia Skarżącego do składania ofert

2. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania wg norm prawem przepisanych.

W uzasadnieniu odwołujący 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 2004r. 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 skarżąca podała, 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 skarżąca wskazała, że nie została spełniona pierwsza przesłanka dotyczą niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia, ponieważ przepis art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wskazuje na obiektywne niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia.

Według skarżącej, 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 skarżącą 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 skarżącej, 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.

Skarżąca wskazała 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 skarżącej, 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 skarżącej, przyjęcie odpowiedzialności na kradzieże 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 skarżąca podała, 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.

Skarżąca powołała się na fragmenty uzasadnienia zawarte w wyroku z dnia 7 września 2011 r. Sądu Apelacyjnego w 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 skarżącej, Sąd Apelacyjny w Katowicach uznał, zatem, że nie doszło do nienależytego wykonania zamówienia przez skarżącą, ergo szkoda, która została przez sąd stwierdzona nie mogła wynikać z nienależytego wykonania zamówienia.

W związku z tym skarżąca 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.

Odnosnie 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 skarżąca 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 skarżącej brak jest spełnienia również kolejnej z przesłanek wynikających z art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, a mianowicie istnienie prawomocnego orzeczenia stwierdzającego wyrządzenie szkody.

W tym zakresie skarżąca 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 przed procesowej.

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

Dalej skarżąca 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 skarżącej, podstawę wykluczenia na podstawie tego przepisu może być jedynie wyrok, który prawomocnie rozstrzyga o szkodzie (art. 365 kpc) i korzysta w tym zakresie z powagi rzeczy osądzonej (art. 366 kpc), a takich wymagań nie spełnia sporny wyrok Sądu Apelacyjnego.

Podsumowując, skarżąca podała, 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 jest zasadna.

Nie negując prawidłowości przeprowadzonego postępowania dowodowego i przytoczonych - w niezbędnym zakresie - ustaleń, Sąd Okręgowy uznaje, że z powyższych ustaleń Krajowa Izba Odwoławcza wyprowadziła błędny wniosek, jakoby skarżąca nie wykonała lub nienależycie wykonała zamówienie publiczne będące przedmiotem postępowania w sprawie rozstrzygniętej przez Sąd Apelacyjny w Katowicach, sygn. akt I Ca 330/11 oraz aby na skutek wykonania umowy z 5 kwietnia 2007r. łączącej skarżącego ze Śląską Akademią Medyczną w Katowicach doszło do wyrządzenia szkody przez

skarżącą, jak również, aby pomiędzy szkodą a zachowaniem się skarżącej w wykonaniu kontraktu istniał adekwatny związek przyczynowy.

Na początku należy wskazać, że wdrożenie do krajowego porządku prawnego 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 2004r. Parlamentu Europejskiego, Rady Unii Europejskiej, Dz.U.U.E.L.2004.134.114) zostało przeprowadzone prawidłowo, dlatego treść

art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp uwzględniająca uwarunkowania powyższej dyrektywy, w spornym zakresie, pozwala na stosowanie polskiego prawa zamówień publicznych.

Odnosząc się do zasadniczej kwestii sprawy trzeba zauważyć, że w toku postępowania przetargowego i przed Krajową Izbą Odwoławczą nie ustalono, iż Solid Security spółka z o. o. wyrządziła, jak wymaga tego przepis art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, szkodę, tzn. aby swoim działaniem lub swoim zaniechaniem wyrządziła szkodę w majątku zamawiającego, wykonując zamówienie publiczne.

Wykluczeniu podlegają, bowiem wykonawcy, którzy wyrządzili szkodę nie wykonując lub nienależycie wykonując zamówienie publiczne. Ustawodawca, zatem jednoznacznie określił, że chodzi o taką szkodę, która jest następstwem nienależytego wykonania zamówienia przez wykonawcę.

W realiach niniejszej sprawy, szkoda powstała w skutek kradzieży, jednakże nie została wyrządzona przez nienależyte wykonywanie umowy przez skarżącą. W ogóle nie została wyrządzona przez wykonawcę, bo brak jest w tym zakresie dowodów, co jest niezbędnym i jednoznacznym elementem przesłanki wykluczenia wykonawcy w postępowaniu przetargowym.

W tej sytuacji, skoro szkoda powstała wskutek działania osoby trzeciej, która dokonała kradzieży, to należy przyjąć, że mogło do niej dojść nawet w przypadku należytego wykonywania zamówienia.

W tej części rozważań należy wskazać również na to, że zgodnie z tą umową Solid Security spółka z o. o. zobowiązana była do wykonywania usługi polegającej na całodobowej fizycznej ochronie osób i mienia zgodnie z opracowaną przez wykonawcę i zaakceptowaną przez Zamawiającego „Instrukcją Ochrony” (§ 1 pkt 2 umowy).

W tych warunkach, obowiązek zapłaty kwoty 10.169,66 złotych, co podkreślił Sąd Apelacyjny, wynika nie z faktu nie wykonania lub nienależytego wykonania przyjętych obowiązków, ale z ponoszenia przez skarżącą spółkę odpowiedzialności na zasadzie ryzyka. Zakres tej odpowiedzialności wynikał, bowiem z treści § 2 umowy, który stanowi, że „wykonawca odpowiada materialnie za szkodę spowodowaną kradzieżą, włamaniem bądź uszkodzeniem lub dewastacją”.

Reasumując należy wskazać, że obowiązek naprawienia szkody uzależniony był nie od faktu nie wykonania lub nienależytego wykonania umowy, a więc okoliczności uzasadniających wykluczenie, a tylko z racji powstałego skutku, okoliczności faktycznych, nie wynikających z jakości świadczonych usług.

W konsekwencji Sąd Okręgowy przyjął, że w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przewidziano podstawy wykluczenia wykonawców, którzy swoim zachowaniem 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, zachowania się osób trzecich, niezależnych od wykonawcy kontraktu, w tym przypadku przyjęcia surowszego od winy reżimu odpowiedzialności (art. 473 § 1 kc).

W tym miejscu należy wskazać, że uchronienie od kradzieży nie było

r

obowiązkiem umownym ustalonym przez zamawiający Śląski Uniwersytet, a

Solid Security spółką z o. o. Obowiązkiem skarżącej Spółki było dokonywanie czynności udaremniających powstanie szkody, a szczegółowo wskazanych w

umowie i załącznikach nie zaś zobowiązanie się, że określone zdarzenia nigdy nie będą miały miejsca.

W tych warunkach Sąd odwoławczy uznał, że zaistnienie kradzieży nie rzutuje na ocenę wykonania kontraktu przez skarżącą Spółkę, jako podmiotu, który należycie wykonywał umowę łączącą ją ze Śląskim Uniwersytetem Medycznym.

Rozwijając wykładnię prawa materialnego, które jest przedmiotem sporu, trzeba zauważyć także, że przepis art. 24 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp wskazuje na zakres związku przyczynowego, jaki musi zaistnieć pomiędzy nienależytym wykonaniem zamówienia a szkodą.

W tym zakresie należy zauważyć, że szkoda w majątku zamawiającego bezsprzecznie powstała (choć nie została wyrządzona przez skarżącą), ale brak jest związku przyczynowego, który pozwalałby ustalić, że zdarzenie (kradzież), było wywołane zachowaniem się skarżącej lub jej zaniechaniem było przyczyną wyrządzenia szkody i to w ramach koncepcji przyczynowości adekwatnej, przy założeniu, że kryterium selekcji stanowi normalność następstw /art. 361 § 1 kc/.

Odnosząc się do tej materii trzeba podkreślić, że zgodnie z tą teorią, związek przyczynowy zachodzi tylko wtedy, gdy w zestawie wszystkich przyczyn i skutków mamy do czynienia jedynie z takimi przyczynami, które normalnie powodują określone skutki. Ocena, czy skutek jest normalny-adekwatny, powinna przy tym opierać się na całokształcie okoliczności sprawy oraz wynikać z zasad doświadczenia życiowego i zasad wiedzy naukowej, specjalnej (por. orzeczenie Sądu Najwyższego z 2 czerwca 1956r., 3 CR 515/56, LexPolonica nr 365229, OSN 1957, nr 1, poz. 24). Trafnie, zatem stwierdza Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 10 grudnia 1952r., C 584/52 (PiP 1953, nr 8-9, s. 366), że związek przyczynowy może występować, jako normalny również w sytuacji, gdy pewne zdarzenie stworzyło warunki powstania innych zdarzeń, z których dopiero ostatnie stało się bezpośrednią przyczyną szkody.

Takiego związku przyczynowego pomiędzy szkodą a zachowaniem się skarżącej przy wykonywaniu spornego kontraktu nie przedstawiał również Sąd Apelacyjny w Katowicach, ponieważ z treści tego wyroku i jego uzasadnienia nie można wywieść, aby skarżąca Spółka nie wykonała lub nienależycie wykonała umowę łączącą ją ze Śląskim Uniwersytetem Medycznym w zakresie ochrony mienia.

Sąd Okręgowy podkreśla równocześnie, że zamawiający, decydując się na wykluczenie skarżącej spółki z udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne, powinien był wszechstronnie rozważyć wszelki dostępny materiał, a przede wszystkim, czy zasadnie można zarzucić skarżącej Spółce uchybienia jakimkolwiek obowiązkom umownym wynikającym z wykonywania zamówienia publicznego, czy też zobowiązanie do wyrównania poniesionej przez zamawiający Uniwersytet szkody wynikał z danego zdarzenia - rezultatu (kradzież, włamanie), a więc okoliczności niezwiązanych z należyтым wykonywaniem umowy przez Solid Security spółką z o. o.

Odnosząc się również do ogólniejszej kwestii postępowania w niniejszej sprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą, trzeba zauważyć, że zamawiający w tamtym postępowaniu ograniczył się jedynie do wskazania istnienia orzeczenia Sądu Apelacyjnego w Katowicach, znajdującego się w wykazie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W konsekwencji należy uznać, że tylko taka inicjatywa dowodowa nie była wystarczająca, tym bardziej, kiedy strony znały treść wyroku i jego uzasadnienia tego orzeczenia.

Ma to zasadnicze znaczenie w niniejszej sprawie, ponieważ ciężar zaistnienia niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia publicznego przez uczestnika postępowania, wyrządzenia przez niego szkody oraz pozostałych przesłanek wymienionych w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, spoczywa na zamawiającym, podejmującym decyzję o wykluczeniu /por. Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. S. Babiarz, 2010r., s. 187,

Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. J. Pieróg, Wyd. C.H. Beck 2004, s. 84/.

W tym zakresie należy wskazać, w ślad za Krajową Izbą Odwoławczą, że umieszczenie wykonawcy przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w wykazie w prowadzonym na podstawie art. 154 pkt 5a ustawy Pzp nie stanowi przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania. Wykaz ten ma wyłącznie walor informacyjny, a powołane przez Krajową Izbę Odwoławczą orzecznictwo w tym zakresie wskazuje jednoznacznie na prawidłowość takiego poglądu, dlatego odmienne stanowisko zamawiającego, podniesione dopiero w postępowaniu odwoławczym, nie zasługuje na uwzględnienie.

W tych warunkach, skoro nie zostały spełnione dwie pierwsze przesłanki określone w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp (przy konieczności zaistnienia wszystkich przesłanek) umożliwiające wykluczenie skarżącej z udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne, należy uznać, że rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej jest mylne, dlatego należało je zmienić i orzec, co do istoty sprawy.

Na marginesie należy zauważyć, że nie ma racji skarżąca, iż orzeczenie sądu, w którym został podniesiony i uwzględniony, w całości lub w części, zarzut potrącenia zapłaty należności wynikającej z nie wykonania lub nienależytego wykonania umowy, nie może być orzeczeniem stwierdzającym wyrządzenie szkody.

Postawiony przez stronę pozwaną zarzut potrącenia pozwala, bowiem na merytoryczne rozpoznanie sprawy np. pod względem wykonania lub nie kontraktu, na podstawie ustalonego w toku postępowania dowodowego stanu faktycznego i przyjęcie, czy wykonawca nie wykonując lub nienależycie wykonując umowę wyrządził zamawiającemu szkodę.

W tej sytuacji ustalenie zasadności zarzutu potrącenia strony pozwanej we wskazanym zakresie, prawomocnie rozstrzyga o szkodzie i korzysta z

merytorycznej oceny stosunku prawnego łączącego strony i ich wzajemnych roszczeń, także odszkodowawczych.

W konsekwencji, takie rozstrzygnięcie sądu nie wymaga zawarcia w sentencji orzeczenia wskazania takiego zarzutu potrącenia, gdyż jest to wynikiem matematycznego rozliczenia wzajemnych roszczeń stron i oddalenia powództwa lub zasądzenia odpowiednio mniejszej należności na rzecz strony powodowej, zaś stanowisko sądu w tym zakresie może wynikać z analizy sprawy lub treści uzasadnienia wyroku, jeżeli było sporządzone.

Powyższe wywody nie zmieniają jednak ogólnej oceny stanu faktycznego i prawnego sprawy.

Biorąc pod uwagę wnioski skarżącej i stan sprawy, Sąd Okręgowy, jako instancja kontrolna i merytoryczna rozstrzygnął na podstawie art. 198f ust. 2

ustawy Pzp, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono na zasadzie art. 98 kpc.