

I
Sygn. akt XII Ga 46/12

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 maja 2012 roku

Sąd Okręgowy w Gdańsku XII Wydział Gospodarczy Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Rafał Terlecki
Sędziowie : SSO Bożena Kachnowicz-Kokot

SSO Ewa Górniak (spr.)

Protokolant: sek. sąd. Edyta Treder

po rozpoznaniu w dniu 11 maja 2012 roku w Gdańsku

na rozprawie

sprawy ze skargi Solid Security spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie
przy udziale zamawiającego Centrum Wsparcia Teleinformatycznego i Dowodzenia
Marynarki Wojennej RP w Wejherowie

o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi Solid Security spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Wejherowie
od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 04 stycznia 2012r., sygn. akt KIO 2676/11

I. oddala skargę ,

II. zasądza od skarżącego Solid Security spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w
Warszawie na rzecz zamawiającego Centrum Wsparcia Teleinformatycznego

i Dowodzenia Marynarki Wojennej RP w Wejherowie kwotę 600,00 zł
(sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w
postępowaniu skargowym

Uzasadnienie

Wyrokiem z dnia 4 stycznia 2012 r. Krajowa Izba Odwoławcza w punkcie I oddaliła odwołanie, a punkcie II kosztami postępowania obciążyła Solid Security Sp. z o.o. ul. Postępu 17, 02-676 Warszawa i zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł. uiszczoną przez Solid Security Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania.

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

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

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

Powyższym czynnościom zamawiającego Solid zarzucał naruszenie:

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

Odwołujący wnosil o uwzględnienie przedmiotowego odwołania i nakazanie zamawiającemu:

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

Powyższy wyrok Krajowa Izba Odwoławcza oparła na następujących ustaleniach faktycznych:

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

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

Jak wynika z uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 27 stycznia 2011 r. sygn. akt II C 551/09/4, pismem z dnia 08.05.2009 r. ŚUM poinformował o potrąceniu z należności za wykonanie ww. umowy i nie zapłacił wykonawcy kwoty 263.627,74 zł. tytułem poniesionej szkody majątkowej oraz kar umownych. W szczególności z dokonanego w obiekcie przy ul. Jedności 8 w Sosnowcu. ŚUM uznał, że dokonane kradzieże były wynikiem zaniedbań wykonawcy i nienależytego wykonywania umowy.

Solid wniosła pozew o zapłatę potrąconych należności. Sąd I instancji ww. wyrokiem powództwo oddalił. W uzasadnieniu wskazał na umowne rozszerzenie odpowiedzialności powoda na zasadzie art. 473 k.c. oraz stwierdził, że przy tak ukształtowanym stosunku umownym powódka ponosiła odpowiedzialność za szkody spowodowane kradzieżą. Ponadto powódka miała pełną świadomość takiej odpowiedzialności, skoro po zaistnieniu kradzieży podjęła wysiłki zmierzające do poprawy jakości świadczonych usług, co uprawnia nawet do twierdzenia o niezachowaniu należytej staranności, przy wykonywaniu usługi w czasie, gdy do kradzieży dochodziło. W prawie cywilnym wina jest postacią niedbalstwa, co wiąże się z regulacją art. 355 k.c.

W wyniku apelacji powódki Sąd Apelacyjny w Katowicach wyrokiem z dnia 7 września 2011 r. sygn. akt I Ca 330/11 zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że zasądził od ŚUM na rzecz Solid kwotę 253.458,08 zł. z ustawowymi odsetkami od dnia 8 czerwca 2009 r. i oddalił powództwo w pozostałej części. Z uzasadnienia wyroku wynika, że podstawą uwzględnienia apelacji/pozwu we wskazanym zakresie były głównie braki w wykazaniu przez pozwanego wysokości czy podstaw jego roszczeń, natomiast oddalenie części powództwa dotyczyło kwoty 10.169,66 zł. W ocenie Sądu Apelacyjnego pozwany udowodnił w wystarczający sposób szkodę doznaną z powodu kradzieży w budynku przy ul. Jedności 8 w Sosnowcu projektorów marki Epson, w wysokości 10.169,66 zł. Sąd Apelacyjny podzielił argumentację Sądu I instancji, że za tego rodzaju szkodę Solid zobowiązała się odpowiadać na zasadzie ryzyka.

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

Rozpatrując przedmiotowe odwołanie wskazała, iż kwestia wykluczenia Solid z postępowań o udzielenie zamówienia w związku z zapadłym wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Katowicach była już przedmiotem orzekania Krajowej Izby Odwoławczej, która konsekwentnie, wyrokami: z dnia 20 grudnia 2011 r. sygn. akt 2630/11, z dnia 21 grudnia 2011 sygn. akt 2631/11, z dnia 21 grudnia 2011 sygn. akt 2632/11, z dnia 28 grudnia 2011 r. sygn. akt. KIO 2695/11 oddalała odwołania ww. wykonawcy w tym przedmiocie.

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

Izba stanęła na stanowisku, że dyspozycja art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp jest zamkniętą i samoistną regulacją ustanawiającą przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zatem podstawę wykluczenia wykonawcy stanowi wystąpienie okoliczności opisanych w powyższym przepisie, a nie umieszczenie danego wykonawcy w prowadzonym przez Prezesa UZP w wykazie, o którym mowa w art. 154 pkt 5a Pzp. Powyższe stanowisko podzielił również Prezes UZP w piśmie z dnia 23 listopada 2011 r. (nr pisma

UZP/DP/O-IŁA/34300/11327/1 1), a także znajduje ono odzwierciedlenie z piśmiennictwie (komentarz do art. 24 Pzp, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Lex, 2010, wyd. IV) oraz orzecznictwie (postanowienie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 7 lipca 2009 r., sygn. akt V S.A./Wa658/09 oraz postanowienie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 16 listopada 2009 r. sygn. akt V S.A./Wa 1628/09).

Wobec powyższego dla orzeczenia o prawidłowości skarżonej czynności zamawiającego, konieczne było ustalenie przez Izbę, czy Solid wyrządził szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, która to szkoda została stwierdzona orzeczeniem sądu

uprawnionym w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania o czym stanowi art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp, bowiem taką podstawę prawną wykluczenia odwołującego z postępowania podał zamawiający wskazując przy tym, oprócz faktu umieszczenia odwołującego w wykazie wykonawców prowadzonym przez Prezesa UZP, również orzeczenie sądu, w związku z którym uznano wypełnienie przesłanki wykluczenia w przepisie opisanej.

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

Oceniając istnie podstaw wykluczenia wykonawcy, KIO wskazała, że może ono nastąpić tylko wtedy, gdy wykonawca nie wykonał on lub nienależycie wykonał zamówienie publiczne. KIO zauważyła, iż wbrew twierdzeniom odwołującego ustawodawca nie precyzuje, iż niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy musi być przez wykonawcę zawinione. Istotnie, podstawą odpowiedzialności kontraktowej ukształtowanej jest przede wszystkim art. 471 k.c., niemniej jednak w praktyce zakres odpowiedzialności może być przez strony modyfikowany w ramach określonych m.in. art. 473 § 1 kc. Zaistnienie wskazanych okoliczności oznacza, iż w razie naruszenia zobowiązania, mającego swoje źródło w tych okolicznościach, następują wszelkie skutki, jakie kodeks cywilny uzależnia od naruszenia zobowiązania, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Pozostaje to odpowiedzialnością ex contractu wykonawcy za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Izba wyraziła pogląd, iż dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp jest konieczne stwierdzenie, iż wykonawca nie wykonał lub nienależycie wykonał zobowiązanie z powodu przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi, choćby na zasadzie ryzyka. Jeśli zatem przyjął na siebie odpowiedzialność na zasadzie ryzyka i zostanie stwierdzona okoliczność umowna uzasadniająca tę odpowiedzialność, należy uznać, iż przesłanka zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp w zakresie odnoszącym się do nie wykonania lub nienależytego wykonania zamówienia zaktualizowała się" (wyrok z dnia 20 grudnia 2011 r. sygn. akt KIO 2630/11).

Zdaniem Izby w rozpoznawanej sprawie potwierdziły się i zaistniały wszystkie niezbędne elementy warunkujące konieczność wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Izba stanęła na stanowisku, że orzeczeniem stwierdzającym szkodę jest w tym przypadku wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 7 września 2011 roku sygn. akt I Ca 330/11, w którym Sąd II Instancji oddalił powództwo odwołującego się w części dotyczącej zasądzenia wynagrodzenia w wysokości 10 169,66 zł, którą to kwotę pozwany Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach potrącił z wynagrodzenia odwołującego się tytułem naprawienia szkody spowodowanej nienależytym wykonaniem przez niego umowy usługi polegającej na całodobowej fizycznej ochronie osób i mienia na terenie działalności pozwanego. KIO wskazała, że z uzasadnienia wyroku (str. 13) wynika, iż w ocenie Sądu Apelacyjnego pozwany udowodnił w wystarczający sposób szkodę doznaną z powodu kradzieży w budynku przy ul. Jedności 8 w Sosnowcu projektorów marki Epson. Sąd Apelacyjny podzielił argumentację Sądu pierwszej instancji, że za tego rodzaju szkodę powódka (Solid Security Sp. z o.o.) zobowiązała się odpowiadać na zasadzie ryzyka.

W rozpoznawanej sprawie w zakresie prawomocnego orzeczenia sądu

stwierdzającego szkodę Izba poparła w pełni stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 21 grudnia 2011 sygn. akt KIO 2695/11 opartym na argumentacji Izby w sprawie o sygn. akt. KIO 2631/11. W uzasadnieniu ww. wyroku Izba uznała, że orzeczeniem takim -jak już wyżej wskazano - jest wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 7 września 2011 roku sygn. akt I Ca 330/11.

KIO powołując się na art. 366 k.p.c. wskazała, że granice przedmiotowe powagi rzeczy osądzonej obejmują nie to, co stanowiło granice powództwa, ale to, co stanowiło przedmiot i podstawę faktyczną rozstrzygnięcia w chwili wyrokowania. Oczwistym jest przy tym, że powagę rzeczy osądzonej mają zarówno wyroki uwzględniające, jak i oddalające powództwo.

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

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

Art. 45 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134 z 30.4.2004, str. 114), zwanej dalej „dyrektywą klasyczną” wymienia podstawy wykluczenia z udziału w zamówieniu. Analiza treści art. 45 ust. 2 dyrektywy klasycznej, przy uwzględnieniu stwierdzenia „z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę”, pozwala z całą pewnością na stwierdzenie, że przesłanki wykluczenia z postępowania wskazane w powyższym przepisie mają charakter fakultatywnych. Z zupełnie odmienną regulacją mamy do czynienia w ust. 1 ww. artykułu, która nakazuje wykluczenie z postępowania każdego kandydata lub oferenta w sytuacji ziszczenia się przesłanek zawartych w ust. 1 analizowanego przepisu. Zatem ustawodawca krajowy nie był zobowiązany do wprowadzenia przesłanek wynikających z art. 45 ust. 2 dyrektywy klasycznej do porządku prawnego prawa krajowego.

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

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

odpowiedzialności".

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

O kosztach postępowania KIO orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt. 2, § 3, § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r, w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, póź. 238).

Na powyższy wyrok skargę wniósł Solid Security Sp. z o.o., zaskarżając wyrok w całości oraz zarzucając mu:

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 Skarżący wyrządził szkodę nie wykonując lub nienależycie wykonując zamówienie;

3. naruszenie prawa materialnego poprzez jego niewłaściwe zastosowanie tj. naruszenie art. 365 k.p.c. poprzez uznanie, że wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 7 września 2011 r. o sygn. akt 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 r. o sygn. akt I ACa 330/11 stwierdza nie wykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia przez skarżącego;

5. 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 r. o sygn. akt I ACa 330/11 jest prawomocnym orzeczeniem stwierdzającym szkodę wyrządzoną przez skarżącego.

W konkluzji wniósł o 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; a nadto obciążenie Przeciwnika Skargi kosztami postępowania przed Sądem Okręgowym oraz przed Krajową Izbą Odwoławczą wg norm prawem przepisanych.

W uzasadnieniu wskazał, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych implementują do polskiego porządku prawnego szereg regulacji wspólnotowych dotyczących tematyki zamówień publicznych. Podstawowe akty prawa wspólnotowego, które powinny znaleźć odzwierciedlenie w polskiej ustawie to dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U.UE.L.04.134.114, dalej „dyrektywa klasyczna”) oraz dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE.L.04.134.1, dalej „dyrektywa sektorowa”). W związku z tym przepisy polskiej ustawy powinny być interpretowane w świetle i duchu dyrektyw, których przepisy przenoszą do polskiego porządku prawnego.

Zdaniem skarżącego przepis art. 24 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp stanowi 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.

Dyrektywa klasyczna zawiera zamkniętą listę obligatoryjnych przesłanek wykluczenia z zamówień publicznych. Znalazło to niedawno potwierdzenie w wyroku ETS, wedle którego Państwa członkowskie, zgodnie z utrwalonym orzecnictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, nie mogą wprowadzać jako obligatoryjnej podstawy wykluczenia dalej idących, bardziej restrykcyjnych ograniczeń dotyczących cech zawodowych wykonawcy niż te, które zostały przewidziane w dyrektywie (np. wyrok ETS z 9 lutego 2006, sprawa C-226/04 oraz C-228/04, La Cascina, lub wyrok ETS z 16 grudnia 2008, sprawa C-213/07, Michaniki AE), natomiast wprowadzone do krajowych porządków prawnych przesłanki powinny być interpretowane w duchu dyrektyw.

Tymczasem Krajowa Izba Odwoławcza w skarżonym orzeczeniu wskazała, że treść art. 45 ust 2 dyrektywy klasycznej wskazuje na fakultatywny charakter wymienionych w nim przesłanek wykluczenia, a jego ostatnie zdanie przesądza o możliwości wprowadzenia do polskiego porządku prawnego regulacji w kształcie przez poszczególne państwa określonym. Na tej podstawie Izba stwierdziła, że „nie można mówić o niezgodności art. 24 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp z art. 45 ust 2 dyrektywy klasycznej.”

W ocenie skarżącego po pierwsze, należy wskazać, że Krajowa Izba Odwoławcza nie jest organem władnym do orzekania o zgodności prawa krajowego z prawem wspólnotowym. Jako organ orzekający w sprawach z zakresu zamówień publicznych obowiązana jest jednak do interpretacji przepisów prawa polskiego w duchu dyrektyw. Izba w skarżonym wyroku z jednej strony wskazuje na treść ostatniego zdania art. 45 ust 2 dyrektywy klasycznej, z drugiej jednak Izba odrywa w zupełności treść art. 24 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp od postanowień dyrektywy.

W skardze Skarżący nie kwestionował zgodności art. 24 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp z prawem wspólnotowym, a jedynie jego wykładnię (prezentowaną przez KIO w skarżonym wyroku) prowadzącą do jego wykluczenia z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego i wobec tego uznał, że przepis ten powinien być interpretowany w duchu dyrektywy, która w tym przypadku mówi o poważnym wykroczeniu zawodowym z winy wykonawcy a nie jakiegokolwiek wykroczeniu. W związku z tym nie może ostać się pogląd zgodnie, z którym sam fakt powstania jakiegokolwiek szkody w związku z nienależytym wykonaniem zamówienia (stwierdzony prawomocnym wyrokiem sądu) zawsze stanowi podstawę wykluczenia wykonawcy.

W związku z tym uznanie przez Zamawiającego, że uszczerbek w majątku Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach wywołany kradzieżami, a stwierdzony prawomocnym wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Katowicach (sygn. akt I ACa 330/11) stanowi poważne wykroczenie zawodowe i może stanowić przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, stoi w sprzeczności z celem wprowadzenia przepisów dotyczących wykluczenia - jakim jest eliminowanie nierzetelnych wykonawców.

Analizując zastosowanie przesłanki wykluczenia wykonawcy wskazanej w art. 24 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp Izba odwołała się do obszernego fragmentu orzeczenia z dnia 20 stycznia 2011 r. (sygn. akt KIO 2630/11), uznając że w celu ustalenia ziszczenia się ww. przesłanki zamawiający zobowiązany jest każdorazowo zbadać 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.

Zdaniem skarżącego nieprawidłowe jest uproszczenie prowadzące do wniosku zaprezentowanego przez KIO, że każde rozszerzenie odpowiedzialności, o którym mowa w art. 473 k.c. utożsamione być powinno z nienależytym wykonaniem zamówienia, o którym mowa w art. 24 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zastosowania przesłanki wykluczenia będzie miało miejsce tylko w przypadku wyrządzenia szkody przez niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez wykonawcę.

Nie sposób zatem zgodzić się z zaprezentowaną przez Izbę w skarżonym wyroku tezą, jakoby przyjęcie przez wykonawcę odpowiedzialności (za na zasadzie ryzyka) za działanie osób trzecich, jest nienależytym wykonaniem zamówienia, o którym mowa w art. 24 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp. Przyjęcie takiej odpowiedzialności może prowadzić do konieczności wypłaty odszkodowania, w przypadku zaistnienia konkretnych okoliczności, nie jest jednak zawsze jednoznaczne z nienależytym wykonaniem zamówienia przez wykonawcę. W związku z tym uznał, 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 jest nieprawidłowe.

Co do kolejnej przesłanki, wskazał, że sprowadza się do zaistnienia związku przyczynowego pomiędzy niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia a szkodą. W zaistniałym stanie faktycznym nawet udowodnienie nienależytego wykonania zamówienia nie ma związku ze szkodą powstałą w wyniku kradzieży dokonanej przez osobę trzecią. Ustawodawca jednoznacznie określił, że chodzi o taką szkodę, która jest następstwem nienależytego wykonania zamówienia przez wykonawcę. W związku z tym nie może stanowić przesłanki wykluczenia wykonawcy wyrządzenie szkody przez podmiot inny niż wykonawca - w tym przypadku, osobę dokonującą kradzieży. Nie ma tu bowiem mowy ani o związku przyczynowym pomiędzy działaniem wykonawcy a powstaniem szkody, co więcej nie zachodzą okoliczności wskazane wprost w ustawie czyli wyrządzenie szkody przez wykonawcę. Szkoda powstała na skutek kradzieży nie została wyrządzona przez nienależyte wykonywanie umowy i w ogóle nie została wyrządzona przez wykonawcę, co jest niezbędnym i jednoznacznym elementem przesłanki. W niniejszym stanie faktycznym szkoda powstała wskutek działania osoby trzeciej (która dokonała kradzieży) i mogło do niej dojść nawet w przypadku należytego wykonywania zamówienia.

Nie bez znaczenia jest tu również wielkość szkody. Zgodnie z postanowieniami dyrektyw przesłanka wykluczenia ma miejsce w przypadku poważnego wykroczenia zawodowego, czyli wyłącza z zakresu zastosowania wykroczenia niepoważne inaczej mówiąc błahę. Pomimo tego, że Sąd Apelacyjny w Katowicach uznał, iż Odwołujący obowiązany jest do naprawienia szkody powstałej z przyczyn obiektywnych - na zasadzie ryzyka, przy której nie można mówić o szkodzie powstałej w wyniku nie wykonania lub nienależytego wykonania zamówienia. Do naprawienia szkód powstałych w wyniku kradzieży Odwołujący obowiązany był również w sytuacji prawidłowego wykonywania zamówienia, a samo powstanie szkody mogło być również następstwem kradzieży dokonanych przez osoby trzecie czy nawet pracowników Akademii Medycznej.

W ocenie Skarżącego 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 ocenie Skarżącego, wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 7 września

2011 roku nie stwierdza w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp, iż szkoda miała miejsce, to znaczy nie przesadza i nie zabrania dokonywania odmiennych ustaleń w przedmiocie istnienia szkody w innych postępowaniach sądowych. Zdaniem Skarżącego wyrok stwierdzający poniesienie szkody to wyrok prawomocny i korzystający w zakresie stwierdzenia szkody z powagi rzeczy osądzonej.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach odnosi się do podstawy sporu, jakimi są zawarte i wykonane między stronami umowy oraz przedmiotu rozstrzygnięcia, tj. należnego lub też nie, wynagrodzenia za usługę, a nie jak uznała Krajowa Izba Odwoławcza do szkody poniesionej przez ŚLUM, która to kwestia była tylko i wyłącznie zarzutem procesowym (potrącenie), w zakresie której Sąd nie dokonywał wiążący ustaleń, ale brał ją pod uwagę do oceny zasadności powództwa Solid Security Sp. z o. o. W związku z tym zapadły wyrok nie orzeka prawomocnie o poniesionej przez ŚLUM szkodzie.

Takie założenie prowadzi do wniosku, iż twierdzenia Sądu Apelacyjnego w Katowicach rozpatrującego podniesiony zarzut potrącenia, nie wiążą ŚLUM, Solid Security Sp. z o. o., ani innego Sądu w rozpatrywaniu powództwa opartego na tym samym stanie faktycznym i prawnym co zgłoszony zarzut potrącenia. Wyrok, w którym rozpatrywany jest zarzut potrącenia nie korzysta z prawomocności materialnej i powagi rzeczy osądzonej w tym zakresie. Nie jest zatem dopuszczalne założenie, iż stwierdzono określony fakt objęty zarzutem potrącenia (wyrządzenie szkody przez Solid Security Sp. z o. o.), skoro Sądy w innych postępowaniach mogą dokonywać odmiennych ustaleń faktycznych. Uzasadnienie wyroku jako nie korzystające z przymiotu prawomocności, w przeciwieństwie do sentencji, nie może być podstawą do wywodzenia określonych skutków prawnych, w tym przypadku uznania, iż zapadło prawomocne orzeczenie sądu dotyczące szkody poniesionej przez ŚLUM. Uzasadnienie wyroku pomocne być może do interpretacji powagi rzeczy osądzonej, w tym przypadku granicy uwzględnienia lub nie uwzględnienia roszczenia Solid Security Sp. z o. o., natomiast nie może być utożsamiane z sentencją wyroku stanowiącej o szkodzie zamawiającego tj. ŚLUM.

Potwierdzeniem powyższej tezy jest przytoczona przez skarżącego linia orzecznictwa dotycząca podnoszonego w trakcie procesu zarzutu potrącenia oraz doktryna.

Krajowa Izba Odwoławcza dokonując rozpatrzenia odwołania Solid Security Sp. z o. o., winna ustalić, czy istnieje prawomocne orzeczenie Sądu stwierdzającego szkodę, a nie dokonywać ustaleń w zakresie istnienia szkody. W ocenie Skarżącego Krajowa Izba Odwoławcza dokonała błędnej subsumpcji art. 24 ust. 1 pkt. 1 PZP, podpierając swoje stanowisko treścią uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach, którego ustalenia w zakresie szkody, opierając się na treści art. 365 KPC nie wiążą Sądu rozpatrującego sprawę w ewentualnym procesie z powództwa ŚLUM o zapłatę kwoty 10.169,66 złotych, Solid Security Sp. z o. o. i ŚLUM, innych Sądów, organów państwowych i organów administracji publicznej.

Brak powagi rzeczy osądzonej co do danych okoliczności w tym przypadku szkody poniesionej przez ŚLUM, uniemożliwia jednocześnie stwierdzenie, iż zostały „one” objęte prawomocnym wyrokiem, a tylko prawomocny wyrok, którego przedmiotem byłoby orzekanie o szkodzie poniesionej przez ŚLUM, a nie o wynagrodzeniu Solid Security Sp. z o. o, mógłby być podstawą wykluczenia.

Zdaniem Solid Security Sp. z o. o., brak jest również kolejnej przesłanki stanowiącej podstawę wpisu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 1 PZP, a mianowicie wyrządzenia szkody. Z uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach w żadnym razie nie wynika, iż Solid Security nie dopełniła ciężących na niej obowiązków umownych.

Z treści wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach w żaden sposób nie można wywieść, iż Solid Security na obiektach objętych zważnymi ze ŚLUM umowami nie wykonała bądź nienależycie wykonała swoje obowiązki.

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 Solid Security odpowiedzialności na nasadzie ryzyka, a więc za okoliczności, które całkowicie oderwane są od faktu należytego wykonywania umowy. Zakres odpowiedzialności wynika z § 2 umowy: „Wykonawca odpowiada materialnie za szkodę spowodowaną kradzieżą, włamaniem bądź uszkodzeniem lub dewastacją”. 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.

Z art. 24 ust. 1 pkt. 1 PZP wynika wyraźnie, iż podstawą do wykluczenia jest nie samo zaistnienie szkody, ale jej wyrządzenie poprzez niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy. Wykładnia normy wskazuje, iż podstawą do określonego skutku (wykluczenia) jest zawinione działanie lub zaniechanie wykonawcy w zakresie wykonania lub nienależytego wykonania obowiązków umownych.

W przedstawionym stanie faktycznym sprawy nie można doszukać się działania lub też zaniechania Solid Security Sp. z o. o., którego efektem mogłoby być wyrządzenie szkody, w tym przypadku dokonania kradzieży przez Solid Security Sp. z o. o. oraz poprzez nienależyte wykonanie obowiązków, dopuszczenie do kradzieży urządzeń. Innymi słowy, Solid Security Sp. z o. o. nie wyrządziła szkody w majątku ŚLUM niewykonaniem lub też nienależytym wykonaniem obowiązków umownych, gdyż nie zostało ustalone aby Spółka te obowiązki umowne naruszyła.

Wskazany art. 24 ust. 1 pkt. 1 PZP nie stanowi bowiem o wykluczeniu podmiotów, które są obowiązane do naprawienia z jakiegokolwiek powodu szkody poniesionej przez zamawiającego, ale o podmiotach (wykonawcach), którzy swoim działaniem lub zaniechaniem, a więc naruszając ogólne lub umowne zapisy, wyrządzili szkodę. Takich działań lub zaniechań wobec Solid Security Sp. z o. o. przypisać nie można.

Oceniając związek przyczynowy skarżący wskazał, że niemożność zarzucenia Solid Security Sp. z o. o. jakichkolwiek uchybień w wykonywaniu umowy, każde dojść do wniosku iż pomiędzy szkodą, a zachowaniem Solid Security Sp. z o. o. nie ma jakiegokolwiek związku. Powstaje odpowiedzialność odszkodowawcza, ale nie dlatego, iż Solid Security Sp. z o. o. nie wykonała umowy, ale dlatego, iż pomimo swojego zawinienia lub jego braku zgodziła się na rozszerzenie odpowiedzialności za zdarzenia od niej niezależne. Nie zostało, bowiem wskazane przez Sąd Apelacyjny w Katowicach, iż Solid Security Sp. z o. o. nienależycie wykonywała usługę. Wskazano jedynie, iż Spółka ponosi odpowiedzialność za kradzież, ale nie dlatego, że zawiniła w wykonywaniu

I

umowy, ale dlatego iż zgodziła się odpowiadać za określony skutek. Kwestia niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, a kwestia odpowiedzialności niezależnej od dwóch pierwszych przesłanek jest kwestią odrębną.

W art. 24 ust. 1 pkt. 1 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.

W odpowiedzi na skargę Centrum Wsparcia Teleinformatycznego i Dowodzenia Marynarki Wojennej w Wejherowie wnioś o oddalenie skargi w całości oraz o zasądzenie od skarżącego kosztów postępowania przed Sądem Okręgowym według norm przepisanych.

0 W uzasadnieniu wskazał, że skarga nie jest niezasadna. Zarówno KIO w skarżonym

wyroku a wcześniej zamawiający nie wyszli poza określoną w art. 24 ust. 1 pkt 1 UPZP przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne. W toku postępowania zamawiający uzyskał informację o wpisaniu wykonawcy na listę podmiotów, które wyrządziły szkodę i zweryfikował ją w oparciu o prawomocny wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 07.09.2011 r. (sygn. akt I A Ca 330/11, w którym *expressis verbis* stwierdzono, że Solid Security Sp. z o.o. w Warszawie wyrządził szkodę w mieniu Śląskiego Uniwersytetu Medycznego. Gdyby, zatem zamawiający nie zareagował to wówczas właśnie naruszyłby przepis art. 24 ust. 1 pkt 1 UPZP. Zdaniem zamawiającego wyrok Sądu Apelacyjnego stwarza przesłankę, o której mowa w tym przepisie. Rozumowanie to podzieliła w zgodzie z obowiązującym prawem, KIO w skarżonym wyroku jest również w kilku innych wydanych w grudniu 2011 r. w odrębnych sprawach wszczętych na podstawie

£ odwołań tego samego skarżącego. Można, więc uznać, że taką linię orzecniczą przyjęła KIO w tego rodzaju sprawach. Komisja Europejska sprawdzająca implementację prawa unijnego do prawa krajowego w tym zakresie, nie dopatrzyła się sprzeczności tego przepisu z prawem unijnym. Nowelizacja art. 24 UPZP dokonana ustawą z dnia 25.02.2011 r. o zmianie ustawy PZP (Dz. U. Nr 87, poz. 484), które weszła w życie w dniu 11.05.2011 r. pozostawiła treść art. 24 ust. 1 pkt 1 w brzmieniu dotychczasowym. Zamawiający nie tylko nie rozszerzył katalogu przesłanek wykluczenia wykonawcy, lecz ściśle trzymając się treści przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1 UPZP wypełnił jego dyspozycję. Dalej zauważył, że rozważania skarżącego przedstawione w skardze w kwestiach prawomocności orzeczeń *res iudicata*, winy umyślnej bądź nieumyślnej wykonawcy, czy różnych aspektów prawa unijnego są o tyle bezprzedmiotowe w tej sprawie, że wyrządzenie szkody w świetle prawomocnego wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach jest okolicznością nie budzącą żadnych wątpliwości. Przeciwnik skargi podniósł, iż sformułowane w *petitum* skargi zarzuty w pkt 3,4,5 nie zostały przedstawione w odwołaniu złożonym 15.12.2011 r. do Prezesa KIO. Również treść

wnioseków tejże skargi, w szczególności opisany pod lit. „b” różni się od wniosków zawartych w odwołaniu. Nie można, bowiem zaprosić wykonawcy do złożenia oferty, skoro ten już ofertę złożył. Zdaje się to wskazywać na rozszerzenie żądania odwołania lub wręcz wystąpienie z nowym żądaniem, co stanowi naruszenie art. 198d UPZP.

Uwzględniając treść art. 183 ust. 1 UPZP zamawiający zawarł już w styczniu 2012 r. umowę z następnym w kolejności wykonawcą, którego oferta nie została odrzucona. Uczyniono tak biorąc pod uwagę fakt, że nie można było pozostawić bez ochrony obiektów zamawiającego.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga jest niezasadna, a zarzuty w niej podniesione nie zasługują na uwzględnienie.

Zarówno ustalenia faktyczne poczynione przez Krajową Izbę Odwoławczą (dalej KIO), jak również wywiedzione na ich podstawie wnioski prawne zaprezentowane w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku są prawidłowe i stanowią podstawę dla oceny zarzutów zgłoszonych w skardze.

Spór określony treścią zarzutów skargi w niniejszym postępowaniu ogniskował się wokół dwóch zagadnień, a mianowicie tego, czy wykładnia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) (dalej UPZP), dokonana w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku KIO, jest zgodna z treścią przepisu art. 45 ust. 2 lit d dyrektywy klasycznej nr 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U.UE.L.04.134.114) (dalej dyrektywa), a pozytywne ustalenie tej okoliczności determinuje ocenę istnienia drugiego z podniesionych w zarzutach skarżącego zagadnienia istnienia w rozpoznawanej sprawie podstaw wykluczenia skarżącego wykonawcy z

postępowania zamówieniowego w świetle art. 24 ust. 1 pkt 1 UPZP.

Dyrektywy są podstawowymi aktami prawnymi, harmonizującymi prawo zamówień publicznych. W okolicznościach rozpoznawanej sprawy z uwagi na istotę sporu kluczowe znaczenie ma przepis art. 45 ust. 2 pkt d dyrektywy, zgodnie z którym z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające. Co prawda lista z art. 45 ust. 2 dyrektywy podstaw wykluczenia ma charakter zamknięty, co oznacza, że żaden z przedsiębiorców nie może być uznany za niewiarygodnego

i wykluczony w postępowaniu na innej podstawie, a zamawiający nie może żądać innych dowodów, niż te, które zostały przewidziane w stosownych przepisach dyrektywy, to jednak nie niweczy to przyznanego na mocy art. 45 ust. 2 in fine ww. dyrektywy państwom członkowskim uprawnienia do określenia warunków wykonania przepisów tego ustępu zgodnie z przepisami prawa krajowego przy uwzględnieniu przepisów prawa wspólnotowego. Wbrew argumentom apelacji taka koncepcja służyć ma pełniejszej realizacji wykluczenia z postępowania zamówieniowego niewiarygodnych uczestników gier rynkowych.

Dyrektywy są aktami pochodnego prawa wspólnotowego, a ich zastosowanie w krajowym porządku prawnym jest zasadniczo uzależnione od działań legislacyjnych podjętych przez państwa członkowskie. Dyrektywy wiążą państwa członkowskie co do celu i zobowiązują do implementacji ich postanowień w określonym czasie. Niektóre przepisy dyrektyw będą miały skutek bezpośredni, jeśli państwo nie implementuje dyrektywy w przewidzianym terminie lub implementacja nie będzie prawidłowa, a konkretne przepisy, z uwagi na ich precyzyjność i przyznane uprawnienia, będą się nadawać do bezpośredniego stosowania. Przepisy dyrektyw mają bardzo często charakter przepisów ogólnych, gwarantujących minimalne uprawnienia lub zobowiązujących do określonych obowiązków. Dlatego ich interpretacja musi się odbywać z uwzględnieniem celu przyjętej dyrektywy i zakresu swobodnej kompetencji, pozostawionej państwom członkowskim. Niektóre uregulowania mogą być wprowadzone przez ustawodawcę krajowego, w przypadku natomiast innych ustawodawca krajowy ma możliwość szerszego zastosowania przepisów dyrektywy, przy czym czy tak istotnie może być, wynika z treści dyrektywy (v. Europejskie Prawo zamówień publicznych, Komentarz pod redakcją Aleksandry Sołtysińskiej, Zakamycze 2006). Tym samym zgodnie z celem tego aktu prawnego, państwa członkowskie Unii zostają zobowiązane do wprowadzenia (implementacji) określonych regulacji prawnych, służących osiągnięciu wskazanego w dyrektywie, pożądanego stanu rzeczy, dlatego też dyrektywy w wielu kwestiach, a zatem poza tymi, które w sposób wyczerpujący regulują dany przedmiot, pozostawiają krajom członkowskim Unii znaczną swobodę wyboru rozwiązań.

Przepis art. 45 ust. 2 lit d dyrektywy, przy badaniu podstawy określonej tym przepisem wykluczenia z udziału w zamówieniu, wymaga jedynie, aby wina została stwierdzona jakimkolwiek orzeczeniem, albowiem okoliczność ta może być udowodniona przez zamawiającego za pomocą dowolnych środków, a także to, że wykroczenie musi mieć charakter poważny, budzący wątpliwość co do wiarygodności, wykonawcy, nie konkretyzuje natomiast samego pojęcia wykroczenia. Tak nieprecyzyjna i niestanowcza treść ww. przepisu, podlegała zatem swobodnej regulacji w porządku krajowym, co było wyrazem

przyznania takiego uprawnienia wprost polskiemu ustawodawcy na mocy art. 45 us. 2 in fine. W polskim porządku prawnym wyrazem implementacji tego przepisu do krajowego ustawodawstwa jest zapis art. 24 ust. 1 pkt 1 UPZP, na podstawie którego z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, jeżeli szkoda ta została stwierdzona orzeczeniem sądu, które uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania. Wobec tego, że sprzeczność implementacji dyrektywy w tej części do prawa krajowego nie zachodzi, Sąd Okręgowy rozpoznający niniejszą sprawę, przy ocenie przesłanek wykluczenia udziału wykonawcy w zamówieniu związany był treścią art. 24 ust. 1 pkt 1 UPZP.

Kontrowersję w niniejszej sprawie stanowiła wywodzona przez skarżącego okoliczność błędnej wykładni i niewłaściwego zastosowania przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1 UPZP, opartej na twierdzeniu, że zaistniała szkoda nie powstała na skutek zawnionego

nienależytego wykonania zobowiązania, a po wtóre nie została potwierdzona prawomocnym wyrokiem stwierdzającym wyrządzenie szkody zamawiającemu.

Odnosząc się do powyższego, oceniając w kontekście art. 24 ust. 1 pkt 1 UPZP, czy zachodzi okoliczność zobowiązująca do wykluczenia, należy wziąć pod uwagę cztery przesłanki, które muszą wystąpić łącznie, a ciężar udowodnienia tych przesłanek spoczywa na zamawiającym. Zamawiający zobowiązany jest mianowicie wykazać, że wykonawca nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie publiczne, że nie wykonując lub nienależycie wykonując zamówienie wyrządził szkodę, że szkoda została stwierdzona orzeczeniem sądu, wreszcie, że orzeczenie sądu uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania.

Dokonując analizy ww. podstaw wykluczenia podnieść należy, że wykluczenie wykonawcy może nastąpić tylko wtedy, gdy wykonawca nienależycie wykonał lub nie wykonał zamówienia, a przy ocenie należytej staranności wykonawcy należy odwołać się do art. 355 k.c., zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność), przy czym w zakresie prowadzonej przez dłużnika działalności gospodarczej należyta staranność określa się przy uwzględnieniu profesjonalnego charakteru tej działalności (art. 355 § 2 k.c.). Pojęcie niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia jest równoznaczne z pojęciem niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, co oznacza, że chodzi tu o odpowiedzialność za szkodę w rozumieniu art. 471 k.c. Dla zaistnienia odpowiedzialności odszkodowawczej, poza przesłankami szkody, naruszenia zobowiązania oraz związku przyczynowego pomiędzy nimi warunkiem *sine qua non* jest, by naruszenie zobowiązania było następstwem okoliczności, za

które dłużnik odpowiada (art. 471 k.c.). Co prawda art. 471 k.c. wprost nie wskazuje winy jako przesłanki odpowiedzialności dłużnika, jednakże zasady te wyprowadzić można z dalszych przepisów - z art. 472, 473 i 474 k.c. W konsekwencji niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia publicznego musi być następstwem okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, a także musi być skutkiem zawartej umowy, a ciężar dowodu zaistnienia tej okoliczności spoczywa na zamawiającym. Tak ukształtowany zakres odpowiedzialności może być jednak modyfikowany na mocy art. 473 § 1 k.c. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 27 czerwca 2003 r. w sprawie IV CKN 300/01 (LEX nr 251531), zaprezentował pogląd, że z art. 471 k.c. wynika, że dłużnik zobowiązany jest do naprawienia szkody spowodowanej nie tylko jego zawnionym zachowaniem, ale także innymi okolicznościami. Przepis art. 473 k.c. jednoznacznie pozwala na to, aby krąg okoliczności, o których mowa w art. 471 k.c. został przez ustawę lub umowę stron rozszerzony. Za jak najbardziej dopuszczalną, na tle wspomnianych przepisów, uznać więc należy możliwość, iż odszkodowanie za nienależyte wykonanie umowy może przysługiwać wierzycielowi jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie będzie następstwem innych okoliczności, niż tylko zawnione zachowanie dłużnika. Jeżeli zatem strony chcą skutecznie rozszerzyć zakres odpowiedzialności dłużnika - muszą oznaczyć w umowie okoliczności zastrzegające odpowiedzialność dłużnika poprzez wskazanie szerszego lub węższego, zamkniętego kręgu tych okoliczności (wyrok SN z dnia 29 listopada 2002 r., IV CKN 1553/2000, LEX nr 78326; M. Piekarski (w:) Kodeks..., s. 1167), a wola stron w tym przedmiocie musi wynikać z umowy w sposób niewątpliwy (wyrok SN z dnia 8 lipca 2004 r., IV CK 583/2003, niepubl.) i jednoznacznie wskazywać na zakres rozszerzenia odpowiedzialności dłużnika (W. Popiołek (w:) Kodeks..., s. 50). W rezultacie powyższego nie ma, więc żadnych przeszkód, aby strony rozszerzyły zakres odpowiedzialności na okoliczności, za które dłużnik odpowiada na zasadzie ryzyka.

W niniejszej sprawie skarżący wywodził, iż szkoda powstała w wyniku kradzieży mającej miejsce na obiekcie przez niego chronionym, nie wynikała z przyczyn przez niego zawnionych. Stanowisko skarżącego nie może być zaakceptowane. Zważyć przede wszystkim należy, że na mocy cytowanego wyżej przepisu art. 473 § 1 k.c. strony w sposób prawem przewidziany zmodyfikowały odpowiedzialność kontraktową poprzez obciążenie wykonawcy ryzykiem wystąpienia określonych w § 2 pkt 2 umowy stron zawartej w niniejszej sprawie odpowiedzialnością za szkodę spowodowaną kradzieżą, włamaniem bądź uszkodzeniem lub dewastacją mienia. Innymi słowy zawierając umowę tej treści skarżący zgodził się na odpowiedzialność na zasadzie ryzyka, pomimo tego, że na podstawie ustawy

odpowiadałaby tylko za okoliczności zawinione. Tym samym dyspozycja przepisu art. 24 ust.

1 pkt 1 UPZP w części dotyczącej nie wykonania przez wykonawcę lub nienależytego wykonania zobowiązania z powodu przyczyn, za które na podstawie zawartej umowy przyjął odpowiedzialność na zasadzie ryzyka, aktualizuje przesłankę stosowania art. 24 ust. 1 pkt 1 UPZP w części dotyczącej nie wykonania lub nienależytego wykonania zamówienia, albowiem skarżący odpowiada na nienależyte wykonanie zobowiązania również z powodu wymienionej w umowie kradzieży, bez względu na jej zawinienie. W konsekwencji nienależyte wykonanie zamówienia (z takim mamy do czynienia na kanwie rozpoznawanej sprawy), o którym mowa w treści art. 24 ust. 1 pkt 1 UPZP należy utożsamiać z nienależytym wykonaniem zobowiązania w zakresie obowiązków, za które wykonawca przyjął odpowiedzialność na zasadzie ryzyka, skoro stanowi to odpowiedzialność kontraktową wykonawcy za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania.

Konsekwencją tak ukształtowanej odpowiedzialności musi być uznanie na podstawie okoliczności faktycznych rozpoznawanej sprawy, że zaistniała szkoda wynikająca zaniechania przyjętego na siebie w umowie obowiązku ochrony mienia przed kradzieżą była efektem niewykonania lub nienależytego wykonania umowy zawartej w sprawie zamówienia publicznego. Pojęcie szkody należy rozumieć jako szkodę majątkową, definiowaną zgodnie z wykładnią prawa cywilnego w art. 361 § 2 k.c., jako uszczerbek w sferze interesów majątkowych zamawiającego. Skarżący odnosząc się do tej przesłanki podnosił, że szkoda powstała wskutek kradzieży nie została wyrządzona przez nienależyte wykonanie umowy i w ogóle nie została wyrządzona przez wykonawcę. Jednakże skoro skarżący przyjął na siebie ryzyko odpowiedzialności za szkodę spowodowaną kradzieżą mienia, to niewątpliwie dokonanie kradzieży w chronionym obiekcie przez osobę trzecią spowodowało szkodę, pozostającą w związku przyczynowym z nienależytym wykonaniem zobowiązania, do którego obowiązany był na podstawie umowy. Potwierdził to wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 7 września 2011 r. sygn. akt I Ca 330/11 w uzasadnieniu, którego, Sąd stwierdził, że zamawiający udowodnił w wystarczający sposób szkodę doznaną z powodu kradzieży w budynku przy ul. Jedności 8 w Sosnowcu projektorów marki Epson. Jednocześnie chybione jest stanowisko skarżącego oparte na twierdzeniu, że Sąd Apelacyjny uznał, że nie doszło do nienależytego wykonania zamówienia przez skarżącego, a zatem szkoda która została przez sąd stwierdzona nie mogła wynikać z nienależytego wykonania zamówienia, skoro Sąd Apelacyjny wskazał, że pozwany (zamawiający) nie udowodnił, aby doszło do nienależytego wykonania umowy przez powodkę uzasadniającego naliczenie kar umownych w kwocie dochodzonej pozwem. Na marginesie jednak podkreślić należy, że brak

jest podstaw do wykluczenia w przypadku zapłaty kary umownej, przede wszystkim, dlatego, że zapłata kary umownej oznacza, iż ewentualna szkoda została naprawiona, jak również, dlatego, że nie zawsze zapłata kary umownej jest efektem doznanej szkody przez wierzyciela. W mającej moc zasady prawnej uchwale z 6 listopada 2003 r. (III CZP 61/03) Sąd Najwyższy stwierdził, iż „zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody”. Oznacza to, iż zapłata kary umownej wcale nie oznacza, że zaistniała szkoda.

Trzecią przesłanką jest wydanie orzeczenia przez sąd, w którym stwierdzono wyrządzenie szkody, zaś czwartym badanym elementem - czas wydania tego orzeczenia. Wykluczenie uprawnione jest wtedy, gdy uprawomocnienie orzeczenia sądu nastąpiło w

Q okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w ramach którego wykonawca ubiega się o zamówienie. W przypadku wyroku niezbędne jest ustalenie, czy wyrok został wydany w sprawie dotyczącej szkody. Dla prawidłowego wykluczenia wykonawcy niezbędne jest, więc posiadanie wiedzy o wydaniu w stosunku do niego orzeczenia sądu powszechnego, w którym to orzeczono o szkodzie, jaką wykonawca wyrządził, nie wykonując lub nienależycie wykonując umowę w sprawie zamówienia publicznego, które to orzeczenie jest prawomocne. Ustawodawca uznał, że jedynie wykonawca, który po przeprowadzeniu postępowania sądowego uznany został za odpowiedzialnego za wyrządzenie szkody, będzie wykluczony z ubiegania się o zamówienia publiczne na okres 3 lat. Do orzeczeń sądowych, które powodują powstanie obowiązku wykluczenia wykonawcy, należy zaliczyć tylko takie, w których sąd orzekał o szkodzie (Komentarz do art. 24 Prawo zamówień publicznych, stan prawny

t 01.08.2010, Małgorzata Stachowiak).

Skarżący kwestionując istnienie tej przesłanki twierdził, że podstawę wykluczenia

może stanowić 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.), dlatego kwestia szkody musi być ostatecznie i w sposób nie budzący wątpliwości stwierdzona tym wyrokiem, a nie stanowić jedynie element stanu faktycznego na użytek konkretnej sprawy sądowej. Tylko, zatem prawomocny wyrok, którego przedmiotem byłoby orzekanie o szkodzie poniesionej przez Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach, a nie o wynagrodzeniu Solid Security Sp. z o.o. mógłby spełniać warunki przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1 UPZP. Innymi słowy wyrok wydany w postępowaniu o zapłatę wynagrodzenia, w którym zgłoszono tylko zarzut potrącenia z tytułu doznanej szkody nie wyczerpuje przesłanki istnienia prawomocnego

wyroku stwierdzającego szkodę. Skarżący uzasadniając swoje stanowisko przytoczył orzecznictwo Sądu Najwyższego oraz poglądy doktryny.

W ocenie Sąd Okręgowego argumentacja autora skargi nie może odnieść zamierzonego skutku. Wywody skarżącego opierają się na zgłoszonym w toku procesu zarzucie potrącenia, podczas gdy w okolicznościach niniejszej sprawy taka sytuacja nie miała miejsca. W rozpoznawanej sprawie oświadczenie o potrąceniu zostało złożone przed wniesieniem pozwu i samo w sobie stanowiło podstawę roszczenia odwołującego się. Takie potrącenie jest czynnością materialnoprawną dokonywaną przez jednostronne oświadczenie woli mające charakter prawo kształtujący (art. 498 i 499 k.c.). W aspekcie materialnoprawnym może być dokonane w każdym czasie. Granicą czasową skorzystania z uprawnienia potrącenia jest zakończenie fazy kompensacyjnej z powodu odpadnięcia przesłanek, w szczególności na skutek zapłaty jednej z wierzytelności czyjej wygaśnięcia na innej podstawie. Oświadczenie o potrąceniu może być złożone poza postępowaniem sądowym i podlega ogólnym przepisom co do sposobu i chwili złożenia (art. 60 i 61 k.c.). Jeżeli zostanie złożone skutecznie, ze względu na skutek umarzający, tworzy nową treść stosunku pozwanego pomiędzy stronami, wykraczającą, ze względu na konsekwencje umowy wstecznej, nawet poza treść zobowiązania z chwili złożenia oświadczenia. Jeżeli dojdzie do procesu o roszczenie wierzyciela wzajemnego, obrona pozwanego nie polega na podniesieniu zarzutu potrącenia, lecz zarzutu nieistnienia roszczenia z powodu umorzenia wierzytelności poza procesem (v: wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 09.07.2009 r. w sprawie o sygn. akt V ACa 245/09, LEX nr 551987). Taka sytuacja wymaga stosownego rozstrzygnięcia w sentencji wyroku i poczynienia w uzasadnieniu wyroku odpowiedniego ustalenia faktycznego.

Jakkolwiek, więc zarzut potrącenia nie korzysta z powagi rzeczy osądzonej, to niewątpliwie nieistnienie roszczenia z powodu umorzenia wierzytelności na skutek oświadczenia materialnoprawnego potrącenia dokonanego w trybie art. 498 i nast. k.c., o którym Sąd rozstrzyga w orzeczeniu sądowym, już tak. Wskazać należy, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 1 UPZP nie precyzuje, iż orzeczenie o szkodzie może zostać wydane tylko w wyniku sformułowania żądania odszkodowania bądź ustalenia szkody, dlatego nie może budzić wątpliwości, że wyrok rozstrzygający w zakresie żądania pozwu zapłaty wynagrodzenia, w którym elementem stanu faktycznego jest umorzenie wierzytelności dokonane wskutek oświadczenia o potrąceniu złożonego przed procesem z tytułu poniesionej przez zamawiającego szkody, którego odzwierciedleniem jest zawarte w sentencji wyroku oddalenie w tym zakresie powództwa objęte jest powagą rzeczy osądzonej. Inaczej mówiąc, bez znaczenia jest, czy Sąd będzie dokonywał ustaleń w kwestii zaistnienia szkody

rozpoznając powództwo o zapłatę wynagrodzenia potrąconego przez jedną ze stron tytułem odszkodowania, czy powództwo o zapłatę kwoty stanowiącej odszkodowanie za wyrządzoną szkodę, albowiem w każdym z tych przypadków, Sąd musi zbadać czy szkoda istotnie miała miejsce i w tym zakresie rozstrzygnięcie Sądu zawarte w prawomocnym wyroku objęte jest powagą rzeczy osądzonej i ma charakter orzeczenia stwierdzającego szkodę.

Powagą rzeczy osądzonej objęty jest przedmiot rozpoznania i rozstrzygnięcia sądu, czyli roszczenie powoda zgłoszone w pozwie bądź ukształtowane już w toku postępowania w wyniku dokonanych zmian i w takiej postaci, w jakiej zostało rozpoznane. Orzeczenie ma zatem powagę rzeczy osądzonej tylko co do tego, co w związku z podstawą sporu stanowiło przedmiot rozstrzygnięcia, z chwili wydania orzeczenia (art. 366 k.p.c.). Według klasycznej

koncepcji powagą rzeczy osądzonej objęta jest tylko sentencja orzeczenia, gdyż w niej zawarte jest orzeczenie sądu. Jeżeli treść roszczenia nie jest widoczna z sentencji, to należy sięgać do jego sprecyzowania, a tym samym oznaczenia przedmiotowych granic powagi rzeczy osądzonej, do uzasadnienia orzeczenia, a w jego braku do akt sprawy (pozwu, protokołów rozpraw, pism procesowych). Nie narusza to jednak zapatrywania, że powagą rzeczy osądzonej są objęte tylko te elementy orzeczenia co do istoty sprawy, w których sąd wypowiada się w sposób autorytatywny o żądaniu (v: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 maja 2004 r., sygn. akt V CK 528/03, Lex nr 188496).

Trzeba jednak zauważyć, że zarówno w literaturze, jak i w judykaturze funkcjonuje pogląd, i za takim stanowiskiem opowiada się Sąd rozpoznający sprawę w niniejszym składzie, że uzasadnienie orzeczenia może pełnić funkcję dopełniającą w takich sytuacjach, w których dla dokładniejszego określenia treści rozstrzygnięcia konieczne jest posłużenie się jego motywami i w związku z tym te jego elementy objęte są powagą rzeczy osądzonej (por. uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z dnia 17 września 1957 r., 1 CO 20/57, OSPiKA 1958, nr 10, poz. 261).

W tym stanie rzeczy nie budzi zastrzeżeń Sądu orzekającego w niniejszym składzie okoliczność, że wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach, oddalający powództwo skarżącego w zakresie niezasadności roszczenia odwołującego się o zapłatę wynagrodzenia potrąconego przez SUM tytułem poniesionej szkody, rozstrzygnął o szkodzie zamawiającego spowodowanej nienależytym wykonaniem zamówienia. Ujęte w sentencji orzeczenia rozstrzygnięcie w przedmiocie oddalenia w tej części powództwa objęte jest powagą rzeczy osądzonej, której granice wytyczają ustalenia Sądu Apelacyjnego zawarte w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku.

W konsekwencji powyższego skutki prawomocności określone w treści art. 365 k.p.c., wbrew zarzutowi skarżącego, dotyczą wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 7 września 2011 r. i wiążą nie tylko strony i sąd, który je wydał, lecz również inne sądy oraz inne organy państwowe i organy administracji publicznej, a w wypadkach w ustawie przewidzianych także inne osoby.

Mając na uwadze powyższe, zarzuty błędów w ustaleniach faktycznych z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego poprzez bezpodstawne przyjęcie, że wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 7 września 2011 r., sygn. akt I ACa 330/11 stwierdza nie wykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia przez skarżącego oraz, że jest prawomocnym orzeczeniem stwierdzającym szkodę wyrządzoną przez skarżącego, są chybione.

Ostatnia przesłanka wykluczenia wykonawcy z zamówienia na mocy art. 24 ust. 1 pkt 1 UPZP nie była przez strony kwestionowana, dlatego w ślad za KIO, uznać należy, że spełniona jest przesłanka uprawnocnienia wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 7 września 2011 r. się w okresie 3 lat przed wszczęciem przedmiotowego postępowania.

Konkludując w okolicznościach rozpoznawanej sprawy, nie można dojść do wniosków odniennych niż te, że przesłanki wykluczenia z zamówienia, o których mowa w treści przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1 UPZP stanowiąc odzwierciedlenie przepisu art. 45 ust. 2 lit d i zostały spełnione kumulatywnie. Dlatego wyrok KIO odpowiada prawu.

Zważyć jeszcze należy, na co trafnie zwraca uwagę zamawiający w odpowiedzi na skargę, że skarżący w petitum skargi rozszerzył żądanie w stosunku do tego, jakie sprecyzował w odwołaniu do Krajowej Izby Odwoławczej w sposób uchybiający dyspozycji art. 198 d UPZP, wedle której w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi nie można rozszerzyć żądania odwołania ani występować z nowymi żądaniami. Sąd Okręgowy badający skargę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej działa jako sąd drugiej instancji. Strona w postępowaniu skargowym nie może rozszerzyć żądania odwołania ani występować z nowymi żądaniami, ponieważ prowadziłoby to do rozpoznawania sprawy w zakresie nieobjętym postępowaniem pierwszoinstancyjnym, czyli postępowaniem przed Krajową Izbą Odwoławczą. Ponadto podkreślić należy, że odnosząc się do żądania określonego w pkt 1 .b petitum skargi nie można zaprosić wykonawcy do złożenia oferty, skoro wykonawca już ofertę złożył, tym bardziej, iż stosując dyspozycję art. 183 pkt 1 UPZP, że w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę

wyroku, zamawiający zawarł w styczniu 2012 r. umowę z następnym w kolejności wykonawcą, którego oferta nie została odrzucona.

Z tych przyczyn Sąd Okręgowy na mocy art. 198 f pkt 2 UPZP oddalił skargę jako bezzasadną.

O kosztach postępowania stosownie do jego wyniku Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 198 f pkt 5 UPZP.

"IzjT