

Sygn. akt V ACa 751/13

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 22 stycznia 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku – Wydział V Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Artur Lesiak
Sędziowie:	SA Irma Kul (spr.) SA Katarzyna Przybylska
Protokolant:	Sekr. sąd. Magdalena Tobiasz – Ignatowicz

po rozpoznaniu w dniu 15 stycznia 2014 r. w Gdańsku na rozprawie

sprawy z powództwa A. M.

przeciwko (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w T.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w T.

z dnia 26 lipca 2013 r. sygn. akt VI GC 97/13

I. zmienia zaskarżony wyrok:

a) w punkcie I (pierwszym) w ten sposób, że powództwo oddala,

b) w punkcie II (drugim) poprzez zasądzenie od powódki na rzecz pozwanego kwoty 3.600 (trzy tysiące sześćset) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu;

II. zasądza od powódki na rzecz pozwanego kwotę 7.969 (siedem tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt dziewięć) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu za instancję odwoławczą.

Na oryginale właściwe podpisy

## UZASADNIENIE

Powódka A. M. w pozwie przeciwko (...) sp. z o.o. w T. wniesionym w dniu 10 kwietnia 2013r. żądała od pozwanej kwoty 105.363,66 zł wraz z ustawowymi odsetkami od następujących kwot:

a) 9.509,40 zł od dnia 28 stycznia 2013r. do dnia zapłaty;

- b) 81.305,37 zł od dnia 8 lutego 2013r. do dnia zapłaty;
- c) 10.321,36 zł od dnia 15 marca 2013r. do dnia zapłaty;
- d) 4.227,53 zł od dnia wytoczenia powództwa do dnia zapłaty;

oraz zasądzenia od pozwanej na jej rzecz kosztów procesu.

W uzasadnieniu powódka wskazała, że przystąpiła do przetargu ogłoszonego przez pozwaną spółkę na zadanie pakietowe polegające m.in. na wyposażeniu oddziałów szpitalnych (...) w szafki przyłóżkowe, których wymiary określała Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). Powódka złożyła ofertę sprzedaży szafek produkcji firmy (...) i oświadczenie o możliwości dokonania zmian w produkcie mających zapewnić ich dostosowanie do warunków SIWZ; dostarczyła też katalogi producenta, które jednak nie były częścią oferty, a miały jedynie znaczenie poglądowe. W wyniku przetargu jako wykonawcę zadania wyłoniono powódkę i zawarto z nią dwie umowy: (...) (wyposażenie Oddziału (...)) oraz (...) (wyposażenie (...)). W umówionym terminie, tj. do dnia 8 grudnia 2012r. powódka nie dostarczyła części zamówienia, tj. szafek przyłóżkowych (dostawa opóźniona nie z jej winy), zaś pozwana odmówiła odbioru pozostałej części zamówienia.

W dniu 20 grudnia 2012r. powódka zgłosiła gotowość odbiorową na dzień 21 grudnia 2012r. Pozwana jednak określiła dzień odbioru na dzień 28 grudnia 2012r.; wówczas okazało się, że szafki przyłóżkowe mają niewłaściwą wysokość; wobec czego powódka, po uzyskaniu akceptacji producenta szafek, zdecydowała o dokonaniu zmian dostosowujących produkt do wymiarów wskazanych w SIWZ. Jednakże pozwana odmówiła odbioru podnosząc, że szafki przyłóżkowe nie spełniają warunków SIWZ. Pozwana wyznaczała terminy wykonania zobowiązania każdej z umów we wskazanym zakresie, a następnie odesłała powódce faktury, nie uiszczając zapłaty. Nie złożyła oświadczenia o odstąpieniu pod umów co do szafek przyłóżkowych, nadto obciążyła powódkę karami umownymi za odstąpienie od umów z jej winy w części obejmującej szafki przyłóżkowe, a także karami umownymi za opóźnienie w dostawie pozostałej części zamówienia od dnia 9 grudnia 2012r. do dnia 28 grudnia 2012r.

Zdaniem powódki nie było podstaw do naliczania kar umownych, zarówno w związku z odstąpieniem od umów, które było nieuzasadnione, jak i opóźnienie w okresie między zgłoszeniem gotowości odbiorowej do dnia odbioru wskazanego przez pozwaną, tj. od dnia 21 grudnia 2012r. do dnia 28 grudnia 2012r.

Na dochodzoną kwotę składają się: nieuzasadnione kary umowne w związku z odstąpieniem przez pozwaną od umów (pkt 1 ppkt a petitum pozwu), cena za szafki przyłóżkowe pomniejszona o kary umowne za opóźnienie między terminem umownym a datą dostarczenia szafek zgodnych z SIWZ (pkt 1 ppkt b), niezasadne kary umowne naliczone za opóźnienie w okresie od dnia 21 grudnia 2012r. do dnia 28 grudnia 2012r. (pkt 1 ppkt c) oraz skapitalizowane odsetki.

W odpowiedzi na pozew pozwana spółka wniosła o oddalenie powództwa i o zasądzenie na jej rzecz od powódki kosztów procesu. Twierdziła, że powódka nie dostarczyła szafek zgodnych z treścią oferty i zawartych umów. Dostarczone szafki miały być fabrycznie nowe, co zdaniem pozwanej, wykluczało możliwość zmiany jej komponentów (modyfikacji) już co do zasady, a szczególności przez inny podmiot niż wytwórca. Podkreślała też, że zawarcie przedmiotowych umów podlegało reżimowi Prawa zamówień publicznych, co oznacza, że umowy obejmowały m.in. dostarczenie szafek przyłóżkowych określonych precyzyjnie w ofercie, której treść była jednoznaczna i nie może podlegać modyfikacji, z wyjątkiem przewidzianym w art. 144 Prawa zamówień publicznych. Wedle pozwanej przerobienie przez powódkę we własnym zakresie szafek spowodowało utratę przymiotu produktu fabrycznie nowych, czego pozwana wymagała. Dlatego też, z uwagi na niedostarczenie szafek zgodnie z treścią oferty i umów, pozwana odstąpiła od każdej z umów w części obejmującej przedmiotowe szafki. Pozwana zwróciła też uwagę, że powódka odebrała pisma z oświadczeniem o odstąpieniu od umowy oraz zaakceptowała obciążenie jej karami umownymi; tym samym uznała dług, dokonała za niego zapłaty, a konsekwencje takiego stanu rzeczy pozostają nieodwracalne.

Natomiast w części nie obejmującej szafek ryzyko terminowego dostarczenia wyposażenia i wykonania innych obowiązków wynikających z umowy spoczywało na powódce. W toku procesu strony podtrzymały swoje stanowiska.

Wyrokiem z dnia 26 lipca 2013r. Sąd Okręgowy w T. zasądził od pozwanego (...) sp. z o.o. w T. na rzecz powódki A. M. kwotę 105.363,66 zł z ustawowymi odsetkami:

- 1) od kwoty 9.509,40 zł od dnia 28 stycznia 2013r. do dnia zapłaty;
- 2) od kwoty 81.305,37 zł od dnia 8 lutego 2013r. do dnia zapłaty;
- 3) od kwoty 10.321,36 zł od dnia 15 marca 2013r. do dnia zapłaty;
- 4) od kwoty 4.227,53 zł od dnia 10 kwietnia 2013r. do dnia zapłaty (pkt I)

oraz zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 9.110,40 zł tytułem kosztów procesu (pkt II).

Powyższy wyrok Sąd I instancji oparł na następujących ustaleniach faktycznych i rozważaniach prawnych:

Powódka prowadzi działalność gospodarczą pod firmą (...), której przedmiotem jest m.in. sprzedaż wyrobów medycznych. Z kolei przedmiotem działalności pozwanej spółki jest m.in. doradztwo w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej i zarządzanie. Jest poza sporem, iż pozwana spółka prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem była dostawa aparatury i sprzętu medycznego dla (...) we W.. Powyższe zamówienie obejmowało m.in. dostarczenie 30 sztuk szafek przyłóżkowych do Oddziału (...) i 36 sztuk szafek przyłóżkowych do (...). W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (daje SIWZ) zostały określone wymagane parametry szafek, w tym m.in. zewnętrzne wymiary: wysokość 800 mm (+/- 80 mm), szerokość 500 mm (+/- 60 mm), głębokość 500 mm (+/- 60 mm); podział na trzy części (szuflada górna, wolna przestrzeń i szafka dolna) bez sprecyzowania wymiarów tych przestrzeni; wykonanie z aluminium; wykonanie z płyty (...), ocynkowanej blachy i tworzywa (...), w tym narożniki – z profili aluminiowych anodowanych chroniących przed uszkodzeniami, zarysowaniami i korozją; zaopatrzenie podstawy szafki w 4 kółka. Powódka przystąpiła do przetargu. W części obejmującej szafki przyłóżkowe zaoferowała szafki firmy (...) model (...), rok produkcji 2012, o wymiarach: wysokość 760 mm, szerokość 513 mm, głębokość 495 mm, o pozostałych parametrach w pełni zgodnych z wymogami SIWZ. Szafki przyłóżkowe na (...) powódka wyceniła na 51.516 zł brutto, a na (...)– (...) na 43.578 zł brutto. Powódka dołączyła do oferty katalog firmy (...) zawierający m.in. zdjęcia i szczegółowe opisy szafek przyłóżkowych. Jednocześnie złożyła oświadczenie, w którym zastrzegła, że katalogi i zawarte w nich zdjęcia mają charakter poglądowy. W następstwie przetargu pozwana zawarła z powódką w dniu 29 października 2012r. dwie umowy nr (...).

Przedmiotem pierwszej z nich było dostarczanie na (...) m.in. 36 sztuk szafek przyłóżkowych. W § 1 pkt 3 umowy postanowiono, że jej przedmiot zostanie dostarczony zgodnie z zobowiązaniem wykonawcy określonym w jego ofercie. Termin do wykonania umowy określono na 40 dni od jej zawarcia (§ 3 pkt 1). Zamawiający był zobowiązany do wyznaczenia terminu odbioru w ciągu 5 dni roboczych od zawiadomienia przez wykonawcę o gotowości odbioru, nie później niż 10 dni od dnia zawiadomienia (§ 3 pkt 3). Zamawiający był uprawniony do odmowy przyjęcia dostawy niepełnej lub częściowo wadliwej (§ 3 pkt 5). Cenę netto całego zobowiązania strony określiły na kwotę 173.584,35 zł brutto. Termin płatności wynosił 30 dni od daty otrzymania prawidłowo wystawionej faktury VAT, zaś podstawą do wystawienia faktury VAT był podpisany przez strony bezusterkowy protokół odbioru (§ 4 pkt 1,2,3). W umowie strony zastrzegły kary umowne na wypadek m.in. opóźnienia wykonawcy w realizacji dostawy lub któregoś świadczenia określonego umową, lub opóźnienia wykonawcy w obowiązku wymiany rzeczy na nową – w wysokości 0,5% ceny brutto przedmiotu umowy za każdy dzień opóźnienia (§ 9 ust. 1 lit. A) oraz na wypadek odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy – w wysokości 10% ceny brutto przedmiotu umowy lub części wobec której nastąpiło odstąpienie (§ 9 ust. 1 lit.g). Przedmiotem drugiej umowy było dostarczenie m.in. 30 sztuk szafek

przyłóżkowych na (...) – (...) (§ 1 ust. 1 i 3), cenę całości zobowiązania ustalono na kwotę 179.544,60 zł brutto; poza tym warunki tej umowy były identyczne jak poprzedniej.

W dniu 7 grudnia 2012r. powódka poinformowała pozwaną o możliwości odbioru zamówienia proponując termin na dzień 14 grudnia 2012r., na co pozwana przystała. W tym dniu pozwana odmówiła jednak odbioru z uwagi na niepełną dostawę, w tym brak 66 sztuk szafek przyłóżkowych i jednego stolika przyłóżkowego. Wobec powyższego strony uzgodniły kolejny termin odbioru na dzień 19 grudnia 2012r., który jednak nie doszedł na skutku. W dniu 20 grudnia 2012r. powódka zwróciła się o możliwość odbioru w dniu 21 grudnia 2012r., a pozwana wyznaczyła termin na dzień 28 grudnia 2012r. Podczas odbioru w dniu 28 grudnia 2012r. okazało się, że szafki przyłóżkowe mają wysokość niezgodną z wymogami SIWZ, tj. 670 mm zamiast 760 mm. W związku z tym powódka zleciła modyfikację szafek podmiotowi wyspecjalizowanemu w produkcji tego typu mebli, tj. firmie (...) s.c. w R., z którym współpracowała od dłuższego czasu. Modyfikacja polegała na podwyższeniu szafek przez wstawienie odpowiedniej wysokości tulejki aluminiowej o długości 7 – 8 cm między kółkiem a dnem szafki i zamocowaniu jej odpowiednią śrubą, dopasowaną do otworów fabrycznych. Tulejki były wykonane z aluminium anodowanego (zabezpieczonego przed działaniem czynników zewnętrznych i wzmacniającego), z którego były wykonane pozostałe elementy konstrukcji szafki. Po modyfikacji szafki uzyskały wymiary zgodne z wymogami SIWZ. Powódka uzyskała od producenta – firmy (...) w (...) autoryzację na dokonanie modyfikacji i zmianę ich parametrów technicznych. Skutkiem modyfikacji była zmiana rozstaw szuflad wewnątrz szafek.

W kolejnym wyznaczonym terminie odbioru, tj. w dniu 7 stycznia 2013r. pozwana odmówiła odbioru co do całości obu umów twierdząc, że szafki przyłóżkowe nie są zgodne ze wskazaniami w ofercie, a przyjęcie ich byłoby równoznaczne ze zmianą treści oferty, co jest niedopuszczalne z świetle ustawy Prawo zamówień publicznych. Powódka podtrzymała stanowisko, że szafki są zgodne z umową i SIWZ, zatem nie ma przeszkód do ich odbioru. Wymiana korespondencji między stronami nie przyniosła rezultatu. Pismem z dnia 24 stycznia 2013r. pozwana w związku z niedotrzymaniem terminu wykonania umowy (...), wezwała powódkę na podstawie art. 491 § 1 kc do zrealizowania umowy w terminie do dnia 20 lutego 2013r. pod rygorem odstąpienia od umowy i dochodzenia roszczeń wynikających z opóźnienia. Powódka pozostała przy stanowisku, że dostarczone przedmioty są zgodne z umową. Analogicznie, pismem z dnia 7 lutego 2013r. pozwana, w związku z niedotrzymaniem terminu wykonania umowy (...), wezwała powódkę na podstawie art. 491 § 1 kc do zrealizowania umowy w terminie do dnia 28 lutego 2013r. pod rygorem odstąpienia od umowy i dochodzenia roszczeń wynikających z opóźnienia. W dniu 27 lutego 2013r. strony podpisały protokół odbioru dotyczący umowy (...), zaś w dniu 6 marca 2013r. dotyczący umowy (...). Oba protokoły obejmowały wszystkie elementy objęte umowami z wyjątkiem szafek przyłóżkowych. Powódka zamieściła w obu protokołach adnotacje wskazujące na niepodanie przez pozwaną przyczyn odmowy ich odbioru. W piśmie z dnia 27 lutego 2013r. pozwana, powołując się na niedostarczenie w terminie do dnia 20 lutego 2013r. szafek przyłóżkowych zgodnie z umową wskazała, że zasadne jest odstąpienie przez nią od umowy (...) w części dotyczącej dostawy w/w mebli. W piśmie z dnia 1 marca 2013r., z analogiczną argumentacją, złożyła takie samo oświadczenie co do umowy (...). Powódka wystawiła w dniu 8 stycznia 2013r. fakturę VAT nr (...) na kwotę 179.544,60 zł brutto z terminem płatności do dnia 7 lutego 2013r. obejmującą całość umowy (...) m.in. 30 szafek przyłóżkowych oraz fakturę nr (...) za obejmującą całość umowy na kwotę 173.584,35 zł brutto, z terminem płatności również na dzień 7 lutego 2013r. obejmującą umowę (...), w tym 36 szafek przyłóżkowych. Z uwagi na odmowę zapłaty, powódka, dążąc do otrzymania należności w celu uregulowania swoich zobowiązań wobec kontrahentów, skorygowała opisane wyżej faktury i przedstawiła pozwanej nowe faktury nieuwzględniające szafek przyłóżkowych; fakturę (...) na kwotę 122.068,35 zł brutto (umowa (...)) z terminem płatności do dnia 29 marca 2013r. oraz fakturę (...) na kwotę 135.966,60 zł umowa (...) z terminem zapłaty do dnia 5 kwietnia 2013r. Z kolei pozwana spółka wystawiła w dniu 6 marca 2013r. następujące noty księgowe: nr (...) na kwotę 5.151,60 zł tytułem odstąpienia od umowy zgodnie z § 9 ust. 1 ppkt g umowy nr (...) na kwotę 12.206,80 zł tytułem opóźnienia zgodnie z § 9 ust. 1 ppkt a umowy nr (...) za okres od dnia 9 grudnia do dnia 28 grudnia 2013r., nr (...) na kwotę 4.357,80 zł tytułem odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy zgodnie z § 9 ust. 1 ppkt g umowy nr (...) i nrr (...) na kwotę 13.596,60 zł tytułem opóźnienia zgodnie z § 9 ust. 1 ppkt a umowy nr (...) za okres od dnia 9 grudnia do dnia 28 grudnia 2013r. Powódka pokwitowała odbiór not podpisem w miejscu

opatrzonego słowem „akceptujący”. Ostatecznie pozwana zapłaciła powódce w dniu 15 marca 2013r. kwotę 118.012,20 zł (faktura (...), noty księgowo (...), faktura (...)) oraz 104.709,95 zł (faktura (...), noty (...), faktura korygująca (...)).

Sąd I instancji wskazał, że powyższy stan faktyczny ustalił w oparciu o dokumenty przedstawione przez strony.

W ocenie Sądu I instancji modyfikacja szafek dostarczonych przez producenta, a więc fabrycznie nowych, w celu dostosowania ich do wymiarów wymaganych przez SIWZ, nie oznaczała braku tożsamości z treścią oferty. Sąd I instancji stwierdził, że modyfikacje spornych szafek przyłóżkowych polegające na podwyższeniu ich do wymiarów wskazanych w SIWZ nie stanowiły istotnych zmian postanowień zawartych przez strony umów. Istnieje szereg argumentów przemawiających za tezą, że zmiana ta nie wpłynęła w żaden sposób na zgodność dostarczonych szafek z treścią oferty, a szafki ostatecznie zaoferowane przez powódkę w dniu 8 stycznia 2013r. w pełni odpowiadają postanowieniom umowy (a tym samym treści oferty i SIWZ). W rezultacie, w ocenie Sądu I instancji, uznać należało, że pozwana nie była uprawniona do odstąpienia od umów w częściach dotyczących szafek przyłóżkowych. Kary umowne naliczone w związku z odstąpieniem od umów w tym zakresie, wynikające z not księgowych nr (...) na łączną kwotę 9.509,40 zł były więc nienależne, a ich potrącenie z ceną za pozostałą niekwestionowaną część zamówienia bezpodstawne. Niezasadne były też kary umowne za opóźnienie w dostawie pozostałych elementów zamówienia za okres od dnia 21 grudnia 2012r. do dnia 28 grudnia 2012r. Dlatego też potrącenia wynikające z not księgowych nr (...), w ocenie Sądu I instancji, należało uznać za nieuzasadnione w części obejmującej okres od dnia 21 do dnia 28 grudnia 2012r., tj. w łącznej wysokości 10.321,36 zł. Zdaniem Sądu I instancji nie można podzielić stanowiska pozwanej, iż powódka uznała roszczenie z tytułu kar umownych zarówno z tytułu odstąpienia od przedmiotowych umów w zakresie szafek przyłóżkowych, jak i z tytułu opóźnienia. Wyliczenie poszczególnych pozycji składających się na petitum pozwu było prawidłowe. W konsekwencji, z tych wszystkich względów powództwo o zapłatę reszty ceny za dostarczone szafki przyłóżkowe i o zapłatę skapitalizowanych odsetek za opóźnienie w zapłacie faktur zasługiwało na uwzględnienie na podstawie art. 535 kc w zw. z art. 481 § 1 i 2 kpc. O kosztach procesu Sąd I instancji orzekł na podstawie art. 98 § 1 i 3 kpc.

Od powyższego wyroku apelację wniósł pozwany zaskarżając wyrok w całości, zarzucając Sądowi I instancji naruszenie przepisów prawa materialnego w postaci:

1/ art. 140 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2013, poz. 907 z późn. zm, zwana dalej: „PZP”) poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, w szczególności przyjęcie, iż dostarczenie przez powoda szafek przyłóżkowych przerobionych na bazie szafek (...), typ/model (...), rok produkcji 2012, w zamian wskazanych jednocześnie w ofercie konkretnych szafek przyłóżkowych (...) typ/model (...), rok produkcji 2012 roku, jest tożsamy ze zobowiązaniem powoda wynikającym z oferty obejmującym dostawę szafek przyłóżkowych (...) typ/model (...), rok produkcji 2012 roku o określonych cechach charakterystycznych, przy czym z art. 140 ust. 1 PZP jasno wynika, że zakres świadczenia wykonawcy (powoda) wynikający z umowy musi być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, tj. wyłącznie treść oferty (a nie wymogami Zamawiającego określone w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej także: (...)) jest punktem odniesienia przy ustalaniu zakresu (treści) świadczenia powoda i ocenie wykonania umowy (umowy nr (...) z dnia 29 października 2010 roku i umowy nr (...) z dnia 29 października 2012 roku, których przedmiotem było dostarczenie wyposażenia dla odpowiednich oddziałów (...) we W.);

2/ art. 65 § 1 i 2 kc (dalej także: „kc”) poprzez przyjęcie, iż w świetle postanowień umowy (umowy nr (...) z dnia 29 października 2010 roku i umowy nr (...) z dnia 29 października 2012r.) dostarczenie w zamian szafek (...) typ/model (...), rok produkcji 2012 roku wskazanych w ofercie powoda, szafek przerobionych na bazie szafek (...) typ/model (...), rok produkcji 2012 roku jest zgodne z umową (zob. § 1 ust. 4 umowy nr (...) z dnia 29 października 2010 roku oraz umowy nr (...) z dnia 29 października 2012 roku) i odpowiada wymogowi dostarczenia szafek „fabrycznie nowych”;

3/ art. 144 ust. 1 PZP w zw. z art. 139 ust. 1 (...) poprzez przyjęcie, że w przedmiotowej sprawie mogło dojść do zmiany umowy w stosunku do treści oferty powoda w zakresie dostarczenia szafek przyłóżkowych ( (...) typ/model (...), rok produkcji 2012 roku) polegającej na ustaleniu, że aby zwolnić się ze zobowiązania powód w miejsce szafek

(...) typ/model (...), rok produkcji 2012 roku może dostarczyć szafki przerobione na bazie szafek (...) typ/model (...), rok produkcji 2012 roku, podczas gdy pozwany nigdy nie zgodził się na przerobienie fabrycznie nowych szafek T. T. model (...), rok produkcji 2012 roku wskazanych w ofercie, nie wyraził akceptu na przerobienie szafek wskazanych w ofercie i pomiędzy powodem oraz pozwanym nie zawarto stosownych umów (aneksów) w formie pisemnej, podczas gdy dokonanie każdej (istotnej bądź nieistotnej) zmiany postanowień przedmiotowej umowy (umowy nr (...) z dnia 29 października 2010 roku oraz umowy nr (...) z dnia 29 października 2012 roku) wymagało zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności;

4/ 65 § 1 i 2 kc poprzez przyjęcie, że z oświadczenia powoda z dnia 28 sierpnia 2012 roku (s. 325 oferty) wynika, że powód skutecznie zastrzegł sobie możliwość dokonywania przeróbek w oferowanych przedmiotach, a katalogi dotyczące szafek przyłóżkowych (fabrycznie nowych, bez przeróbek szafek T. T. model (...), rok produkcji 2012 roku) załączone przez powoda do oferty miały li tylko znaczenie „poglądowe”, co oznacza w szczególności, że nie mogą one służyć jako materiał określający przedmiot oferty (szafki przyłóżkowe), podczas gdy były one wymagane przez Zamawiającego dokumentem na potwierdzenie spełnienia warunków dla szafek przyłóżkowych określonych w SIWZ i na ich podstawie Zamawiający uznał, że zaofertowane szafki przyłóżkowe (...) model (...), rok produkcji 2012 roku spełniają wymogi określone w SIWZ, a konsekwentnie powód po złożeniu ofert i zawarciu umów z pozwanym (umowy nr (...) z dnia 29 października 2010 roku oraz umowy nr (...) z dnia 29 października 2012r.), nie miał już możliwości swobodnego i dowolnego wprowadzania zmian w oferowanych przedmiotach pomimo próśb składania zastrzeżeń, ale był zobowiązany do dostarczania szafek przyłóżkowych jednoznacznie określonych w ofertach (umowach) i żadne inne szafki dostarczone w ich miejsce nie będą odpowiadały treści ofert złożonych przez powoda.

Podnosząc powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę wyroku poprzez oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie od powoda na jego rzecz kosztów procesu według norm przepisanych, z uwzględnieniem postępowania apelacyjnego oraz z kosztami zastępstwa procesowego w kwocie 6.300 zł i wydatku na opłatę skarbową od pełnomocnictwa w kwocie 17 zł.

W odpowiedzi na apelację, powód pismem z dnia 14 października 2013r. wniósł o jej oddalenie i o zasądzenie od pozwanego na jego rzecz kosztów zastępstwa adwokackiego za II instancję według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja jest w pełni uzasadniona.

Na wstępie trzeba powiedzieć wyraźnie, że umowę o zamówienie publiczne można uznać za wykonaną pod względem przedmiotowym jedynie wówczas gdy jej przedmiot ściśle odpowiada złożonej przez wykonawcę ofercie oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). Oznacza to, że pomiędzy przedmiotem zamówienia, przedmiotem oferty i przedmiotem umowy musi istnieć znak równości.

Powódka w swojej ofercie wskazała, że dostarczy szafki przyłóżkowe określonego producenta typu/modelu, wyprodukowane w określonym roku. Składając ofertę i zawierając w dalszej kolejności umowę z pozwanym powódka zobowiązała się do tego, że jej zakres świadczenia wynikający z umowy będzie tożsamy z zobowiązaniem zawartym w jej ofercie. (art. 140 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013/907)). Zobowiązała się mianowicie powódka do dostarczenia szafek przyłóżkowych (...), typ/model (...), rok produkcji 2012, spełniających ponadto dodatkowe wymogi (wysokość szafek, ich szerokość, materiały z których zostały wykonane, wygląd, konstrukcja ect), podane w katalogu (obowiązek złożenia katalogu wynikał wprost z pkt 6.7 ppkt 3 SIWZ – „w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą w odniesieniu do oferowanego przedmiotu dostawy m.in. katalogu, folderu, instrukcji obsługi opisujących oferowany przedmiot dostaw, potwierdzających spełnienie wymaganych przez zamawiającego rozwiązań i parametrów, ewentualnie opisu technicznego”) katalogi i foldery nie stanowiły zatem „materiału poglądowego” lecz były elementem oferty. Nadto w obu umowach z dnia 29.10.2012 r. nr (...) i (...), zawartych w wyniku wyboru oferty powódki zastrzeżono, że przedmiot umowy zostanie dostarczony zgodnie z

zobowiązaniem wykonawcy określonym w jego ofercie oraz że wykonawca oświadcza, że przedmiot umowy jest przedmiotem fabrycznie nowym (§ 1 pkt. 3 i 4 umów).

Naczelną zasadą obowiązującą w przetargach publicznych jest zasada równego traktowania wykonawców jak też zasada uczciwej konkurencji. Z tej racji od momentu złożenia oferty, oferta nie może być modyfikowana (zmieniana) i w swoim pierwotnym kształcie podlega ocenie zamawiającego dokonującego porównywania ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, zgodnej z SIWZ.

Nie ma sporu co do tego, że powódka otrzymała od swojego kontrahenta – firmy (...) w A., szafki przyłóżkowe nie spełniające pod względem wysokości ani warunków określonych w SIWZ ani w ofercie. Po porozumieniu z producentem powódka zdecydowała się na przerobienie szafek poprzez dodatkowe zamontowanie nóżek dzięki czemu produkt ten uzyskał wysokość wymaganą przez zamawiającego. Nie można się zgodzić z Sądem Okręgowym, że przerobione szafki – nawet za zgodą producenta – nadal stanowiły produkt fabrycznie nowy. Produkt fabrycznie nowy to nie tylko produkt nieużywany ale też oryginalny czyli mający postać w jakiej wytworzył je producent.

Firma (...) oferowała do sprzedaży szafki przyłóżkowe typu (...) w dwóch opcjach (szafki podzielone na trzy części – szuflada górna, wolna przestrzeń i szafka lub szuflada dolna oraz szafki podzielone na dwie części tj. bez wolnej przestrzeni między szufladami). Żadna z tych opcji nie posiadała nóżek, koła (z których dwa posiadały blokadę), mocowane były bezpośrednio do szafek. Powódka zaoferowała opcję szafki typu (...): szuflada górna, wolna przestrzeń oraz szafka dolna, posiadającą konkretne wymiary odpowiadające SIWZ i zaprezentowana w dołączonym katalogu. Dostarczyła szafki sprzecznie z ofertą (nieoryginalny produkt firmy (...)). Sąd Okręgowy przyjmując, że dostarczenie nieoryginalnego produktu firmy (...) nie oznacza braku tożsamości produktu z treścią oferty naruszył art. 140 Prawa zamówień publicznych.

Pozwany, którego wiążą przepisy dotyczące zamówień publicznych (i który gospodaruje środkami publicznymi) miał obowiązek dokonać oceny zgodności dostarczonych szafek z treścią oferty. Bez względu na to jaki zakres miały przeróbki dokonane przez powódkę dostarczone przez nią produkty utraciły przymiot fabrycznie nowych, proponowanych w ofercie.

Z uwagi na niezgodność dostarczonych szafek z treścią oferty, pozwany nie mógł dokonać ich odbioru i był nie tylko uprawniony ale i zobowiązany do odstąpienia od zawartych umów w częściach dotyczących szafek a w dalszej kolejności do naliczania kar umownych zastrzeżonych na wypadek odstąpienia od umowy a także do naliczenia kar za opóźnienie w dostawie.

Sąd Okręgowy bezpodstawnie nadał istotne znaczenie oświadczeniu powódki z dnia 28.08.2012 r. dołączonym do oferty iż katalogi i zawarte w nich zdjęcia oraz opisy produktów mają charakter poglądowy i że ze względu na możliwość wielu konfiguracji, wykonania specjalne oraz dostosowanie produktów do indywidualnych potrzeb użytkowników, nie ma możliwości zawarcia w folderze wszystkich informacji. Sąd uznał, że oświadczenie to zwalnia powódkę od dostarczenia szafek (...) zaprezentowanych w katalogu bo „ten ma wyłącznie znaczenie poglądowe”.

Po pierwsze, jakiegokolwiek oświadczenia oferenta mogące relatywizować złożoną ofertę należy traktować jako bezskuteczne, nie mające wpływu na przedstawioną ofertę. Przepisy o zamówieniach publicznych ustanawiają jednakowe reguły dla wszystkich oferentów. Przyjęcie, że jeden z nich mógłby dowolnie i skutecznie zastrzec sobie prawo do zmiany oferty ze względu na późniejsze okoliczności przekreśla zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji, którymi kieruje się prawo zamówień publicznych. W efekcie prowadziłoby to do niemożności prawidłowego porównania ofert.

Po drugie, o czym już była mowa, obowiązkiem powódki było złożenie wraz z ofertą katalogu lub folderu opisujących oferowany przedmiot dostawy (pkt 6.7 ppkt 3 SIWZ), co pozwoliło zamawiającemu ocenić czy oferowane szafki (...) typ/model (...), rok produkcji 2012 spełniają wymogi zamawiającego. Przedstawiony przez powódkę katalog firmy (...) był więc elementem oferty a nie „materiałem poglądowym”. Powódka zaoferowała dostawę fabrycznie nowych

szafek (...) typ/model (...) przedstawionych w katalogu tej firmy co jest równoznaczne z tym, że nie mogła dostarczyć szafek przerobionych.

Po trzecie, z punktu widzenia zamawiającego aprobowanego konkretną ofertę, bez znaczenia dla prawidłowej realizacji oferty jest zgoda producenta na dokonywanie przez powódkę zmian w oferowanym produkcie.

Po czwarte, zamawiający odstąpił częściowo od obu umów nie dlatego, że przeróbki produktów zostały dokonane nieprofesjonalnie bądź z niewłaściwych materiałów ale dlatego, że produkt stracił cechy oryginalności i przestał być produktem fabrycznie nowym, a stał się jedynie produktem nowym.

Reasumując, należy powiedzieć, że pozwany był uprawniony do częściowego odstąpienia od obu umów. Co zaś się tyczy kar umownych naliczonych przez zamawiającego z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, to ich naliczenie w sytuacji skutecznego i uzasadnionego częściowego odstąpienia od obu umów nie budzi wątpliwości (§§ 9 ust. 1 pkt. 9). Słuszne było również naliczenie kar umownych przez pozwanego z tytułu opóźnienia. Po pierwsze w §§ 3 pkt. 5 umów strony uzgodniły, że zamawiający ma prawo odmówić przyjęcia dostawy niepełnej. Po drugie w notach księgowych nr (...) pozwany wyraźnie wskazał, że domaga się kar umownych zgodnie z §§ ust. 1 ppkt. a umów, a w tych paragrafach wyraźnie strony uzgodniły, że powódka zapłaci kary umowne w przypadku zarówno opóźnienia w realizacji całej dostawy jak i w przypadku opóźnienia któregoś świadczenia określonego w § 1 ust. 2, odwołującego się do ust. 1. Pozwany mógł zatem skutecznie naliczyć i te kary umowne. Żądanie powódki zgłoszone w pozwie jest zatem nieuzasadnione.

W trakcie postępowania apelacyjnego powódka poinformowała, że (...) we W. użytkuje szafki będące przedmiotem sporu. Pozwany przyznał tę okoliczność i oświadczył, że stało się to bez jego wiedzy i że nie ma to wpływu na rozpoznawaną sprawę.

W tej sytuacji powództwo należało uznać za nieuzasadnione i dlatego na podstawie art. 386 § 1 kpc zaskarżony wyrok podlegał zmianie poprzez oddalenie powództwa.

O kosztach procesu za obie instancje orzeczono stosownie do wyniku sporu. (art. 98 kpc).