

UZASADNIENIE

Pozwem wniesionym w dniu 26 lutego 2015 roku powódka (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowo-akcyjna z siedzibą w K. (poprzednio: (...) z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowo-akcyjna z siedzibą w K.) (dalej: (...)) wniosła o zasądzenie od pozwanej (...) Miejskich spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. (dalej: Inwestycje Miejskie) kwoty 500.000,00 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 26 sierpnia 2014 roku do dnia zapłaty oraz kosztami procesu, w tym kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych. W uzasadnieniu wskazała, że dochodzi od pozwanej naprawienia szkody obejmującej poniesione straty i utracone korzyści, powstałej z tytułu niezawarcia umowy, która miała stanowić rezultat postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164-j.t.; dalej: u.p.z.p.) pn. „Budowa Przedszkola Miejskiego przy ul. (...) w P.”. Powódka podała, że złożyła swoją ofertę w ww. postępowaniu, która następnie została wybrana do realizacji wskazanego zadania, wobec uznania jej za najkorzystniejszą. W związku z tym, powódka miała poczynić, przy zachowaniu procedur przewidzianych w Prawie zamówień publicznych, szereg czynności zmierzających bezpośrednio do zawarcia umowy na wykonanie rzeczowego zadania (np. wniesienie wadium, złożenie odpowiednich polis ubezpieczeniowych itp.). Powódka podniosła także, że według informacji otrzymanych od pozwanej, jako termin podpisania przedmiotowej umowy wyznaczono dzień 26 sierpnia 2013 roku, a z działań podejmowanych przez pozwaną wynikała w ocenie powódki wola zawarcia tej umowy. Tymczasem, jeszcze do listopada 2013 roku trwały rozmowy i negocjacje, natomiast w dniu 28 listopada 2013 roku pozwana poinformowała powódkę o unieważnieniu postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego pn. „Budowa Przedszkola Miejskiego przy ul. (...) w P.”, ze względu na to, że cena najkorzystniejszej oferty (powódki) przewyższała kwotę, która pozwana jako zamawiający mogła przeznaczyć na sfinansowanie tego zamówienia. Zdaniem powódki, działanie pozwanej nosi znamiona winy w kontraktowaniu (culpa in contrahendo), albowiem od początku miała ona wiedzę o cenie zaproponowanej przez powódkę w ofercie, a mimo to ofertę tę skutecznie wybrała, prowadząc następnie rozmowy negocjacyjne w celu zawarcia umowy. Powódka wyjaśniła, że w związku z powyżej opisanym zachowaniem pozwanej poniosła szkodę przekraczającą 800.000,00 zł, na którą złożyły się m.in. wartość kontraktu oraz koszty udziału powódki w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W opinii powódki, dochodzona niniejszym pozwem kwota jedynie w stopniu minimalnym mogłaby naprawić poniesioną przez nią szkodę spowodowaną świadomym nieuczciwym postępowaniem pozwanej (pozew, k. 2-12).

W odpowiedzi na pozew z dnia 3 czerwca 2015 roku pozwana wniosła o oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powódki kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. W uzasadnieniu pozwana wskazała, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego było prowadzone na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych, której przepisy mają charakter szczególny w stosunku do norm Kodeksu cywilnego, dlatego też znajdują zastosowanie w przedmiotowej sprawie. Wedle dyspozycji art. 93 ust. 1 pkt 4 u.p.z.p., zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie tego zamówienia i taka sytuacja miała miejsce w przypadku omawianego postępowania przetargowego. Wobec powyższego, w ocenie pozwanej, unieważniając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa Przedszkola Miejskiego przy ul. (...) w P.”, wykonywała ona jedynie przysługujące jej prawo podmiotowe. Nadto, pozwana zaprzeczyła twierdzeniu powódki, jakoby do listopada 2013 roku toczyły się jakiegokolwiek negocjacje w rozumieniu art. 72 k.c., dotyczące zawarcia umowy pomiędzy stronami. Potwierdziła jednocześnie, że jedynie do dnia 30 sierpnia 2013 roku strony czyniły uzgodnienia w zakresie harmonogramu robót oraz treści polisy ubezpieczeniowej i gwarancji dobrego wykonania przedmiotu umowy. W ocenie pozwanej, powódka nie udowodniła tak faktu wystąpienia szkody, jak i jej rzeczywistego rozmiaru, a także związku przyczynowego pomiędzy zachowaniem pozwanej a rzekomym pogorszeniem sytuacji majątkowej powódki (odpowiedź na pozew, k. 188-191).

Na rozprawie w dniu 8 marca 2016 roku oraz 9 sierpnia 2016 roku strony poparły dotychczasowe stanowiska w sprawie (protokół z rozprawy, k. 244, 272).

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

Powódka prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowo-akcyjna z siedzibą w K., której przedmiot obejmuje głównie działalność w zakresie wykonawstwa robót budowlanych związanych ze wznoszeniem budynków mieszkalnych i niemieskalnych (bezsporne – wydruk z KRS powódki, k. 219-222).

Pozwana prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą (...) Miejskie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P., obejmującą swym zakresem m.in. wykonawstwo specjalistycznych robót budowlanych (bezsporne – wydruk z KRS pozwanej).

W dniu 29 marca 2013 roku pozwana jako zamawiający ogłosiła w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem (...)(...) przetarg ograniczony na realizację zadania pod nazwą: „Budowa Przedszkola Miejskiego przy ul. (...) w P.”. Postępowanie przetargowe przebiegało dwuetapowo. Pierwszy etap obejmował zaproszenie potencjalnych wykonawców do składania wniosków kwalifikujących do drugiego etapu. Zainteresowane pomioty przechodziły wstępną weryfikację w oparciu o spełnienie wymogów ustawy – Prawo zamówień publicznych (dowód: zeznania świadka E. R. e-protokół (...):59:48-01:02:40, k. 245; zeznania świadka K. R. e-protokół (...):32:04-00:33:00, k. 273-274; zeznania świadka I. P. e-protokół (...):01:54-00:03:11, k. 273; zeznania świadka R. K. e-protokół (...):02:14-00:05:12, k. 245).

Pismem datowanym na dzień 28 czerwca 2013 roku zamawiający zawiadomił podmioty, które zgłosiły swój udział w procedurze kwalifikacyjnej o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu oraz zaprosił do składania ofert pięciu wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu, którzy zdobyli największą liczbę punktów w kryterium „wiedza i doświadczenie”. W gronie zaproszonych znalazła się m.in. powodowa spółka (dowód: pismo pozwanej z zaproszeniem do składania ofert, k. 52-53).

Zgodnie ze Specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) opracowaną dla przedmiotowej inwestycji, zamawiający dopuścił możliwość zatrudnienia przez wykonawcę podwykonawców, przy czym wykonawca w ofercie winien wskazać część zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom (rozdział III pkt. 8 SIWZ) (dowód: SIWZ, k. 36-39).

Terminem rozpoczęcia realizacji przedmiotu zamówienia miał być dzień podpisania umowy, natomiast jako termin zakończenia realizacji przedmiotu zamówienia wskazano upływ 14 miesięcy od daty podpisania umowy (rozdział V pkt. 1 i 2 SIWZ).

Przy wyborze oferty zamawiający miał się kierować kryterium ceny, tj. za najkorzystniejszą miała zostać uznana oferta z najniższą ceną (rozdział XIV SIWZ).

Zamawiający wymagał także, aby wykonawca zawarł z nim umowę na warunkach określonych we wzorze umowy (rozdział XV ust. 3 SIWZ).

Z kolei harmonogram rzeczowo-finansowy miał zostać opracowany przez wykonawcę i uzgodniony z zamawiającym, a następnie stanowić załącznik nr 2 do umowy (rozdział XV ust. 3 SIWZ).

Dodatkowo wykonawca był zobligowany do dostarczenia zamawiającemu aktualnej polisy OC w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę co najmniej 3.000.000,00 zł, najpóźniej w dniu podpisania umowy (rozdział XV ust. 4 SIWZ).

Ogólne warunki umów o roboty budowlane mające stanowić załącznik A do umowy nakładały na wykonawcę również obowiązek zawarcia dedykowanego ubezpieczenia na przedmiot umowy w zakresie wszelkich ryzyk

budowlanych i montażowych obejmującego roboty budowlane, urządzenia, materiały i dokumenty wykonawcy oraz odpowiedzialność cywilną typu (...), na kwotę nie niższą niż wartość netto umowy, przy czym ubezpieczonymi w ramach tej umowy ubezpieczenia miały być wszystkie strony biorące udział w realizacji inwestycji (tj. zamawiający, wykonawca, podwykonawcy itp.), a z zakresu odpowiedzialności ubezpieczyciela nie mogły zostać wyłączone katastrofa budowlana oraz inne ryzyka budowlane (dowód: ogólne warunki umów o roboty budowlane, k. 46-49).

Powodowa spółka przygotowała i złożyła ofertę na realizację przedmiotowego zadania inwestycyjnego, proponując za jego wykonanie cenę w wysokości 12.055.062,26 zł brutto (9.800.863,63 zł netto). Jednocześnie powódka oświadczyła, że akceptuje zawarty w SIWZ wzór umowy oraz wskazała, iż zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie następującego zakresu zamówienia: robót ziemnych, konstrukcyjnych, prac wykończeniowych, instalacji sanitarnych, instalacji elektrycznych, wyposażenie kuchni, zagospodarowanie terenu, drogi, instalacji telekomunikacyjnych i niskoprądowych (dowód: formularz oferty powódki, 194-195; zeznania świadka R. K. e-protokół (...):06:07-00:07:35, k. 245; zeznania świadka I. P. e-protokół (...):03:28-00:04:09, k. 273; zeznania świadka E. K. e-protokół (...):48:54-00:49:27, k. 245).

Bezpośrednio przed dokonaniem publicznego otwarcia złożonych ofert komisja przetargowa, podała do wiadomości poprzez ustne ogłoszenie uzgodnioną przez zarząd zamawiającego kwotę, jaką ten zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia tj. 11.070.000,00 zł brutto, stanowiącą limit wydatków na ten cel (dowód: zawiadomienie o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, k. 59; zeznania świadka E. R. e-protokół (...):05:14-01:06:35, k. 245).

W piśmie z dnia 14 sierpnia 2013 roku pozwana poinformowała powódkę o wyborze jej oferty jako najkorzystniejszej, w uzasadnieniu podając, że wykonawca ten nie podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego oraz złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu. Nadto, oferta ta prezentowała najniższą cenę w jedynym kryterium oceny ofert „cena” (dowód: informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty, k. 56; zeznania świadka R. K. e-protokół (...):11:19-00:11:25, k. 245; zeznania świadka E. K. e-protokół (...):47:08-00:47:12, k. 245; zeznania świadka E. R. e-protokół (...):09:06-01:09:11, k. 245; zeznania świadka I. P. e-protokół (...):07:38-00:08:41, k. 273; zeznania świadka K. R. e-protokół (...):32:04-00:33:00, k. 273-274).

Pozwana nie określiła przewidywanego terminu zawarcia umowy z powódką, wskazując jedynie, iż termin ten zostanie uzgodniony po dniu 26 sierpnia 2013 roku (dowód: wydruk z korespondencji elektronicznej, k. 32; zeznania świadka R. K. e-protokół (...):17:53-00:18:28, k. 245; zeznania świadka I. P. e-protokół (...):09:22-00:10:32, k. 273; zeznania świadka E. R. e-protokół (...):14:36-01:14:42, k. 245).

W okresie od połowy sierpnia 2013 roku do około połowy września 2013 roku strony prowadziły wymianę korespondencji, przebiegającą tak za pośrednictwem poczty elektronicznej, jak i tradycyjnej, której przedmiotem były uzgodnienia w zakresie złożenia przez powódkę wymaganych do zawarcia umowy polis i gwarancji należytego wykonania umowy oraz ustalenia dotyczące harmonogramu robót (dowód: wydruki z korespondencji elektronicznej, k. 19-32; zeznania świadka R. K. e-protokół (...):17:12-00:17:26 i 00:22:56-00:23:09, k. 245; zeznania świadka E. K. e-protokół (...):49:51-00:53:43, k. 245; zeznania świadka I. P. e-protokół (...):19:04-00:19:44, k. 273; zeznania świadka K. R. e-protokół (...):33:00-00:33:25 i 00:48:06-00:49:34, k. 273-274).

Na początku października 2013 roku nastąpiły zmiany personalne w składzie zarządu pozwanej spółki (dowód: zeznania świadka E. R. e-protokół (...):11:00-01:11:33, k. 245).

Od połowy października 2013 roku powódka, z uwagi na obawę co do dojścia do skutku zawarcia umowy z pozwaną, co najmniej kilkakrotnie zwracała się do pozwanej o wyznaczenie terminu podpisania kontraktu (dowód: pisma powódki, k. 54-55 i 66-68; zeznania świadka R. K. e-protokół (...):19:17-00:20:08, k. 245; zeznania świadka E. R. e-protokół (...):14:26-01:14:31, k. 245; zeznania świadka E. K. e-protokół (...):55:21-00:55:49, k. 245).

Jeszcze w połowie listopada 2013 roku pozwana zwróciła się do powódki z prośbą o przedłużenie wadium wniesionego do przetargu do końca stycznia 2014 roku (dowód: wydruki z korespondencji elektronicznej, k. 15-17).

Pismem z dnia 28 listopada 2013 roku pozwana zawiadomiła powódkę o unieważnieniu postępowania pn. „Budowa Przedszkola Miejskiego przy ul. (...) w P.”, w związku z faktem, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższała o 985.062,26 zł kwotę, którą zamawiający mógł przeznaczyć na realizację przedmiotowej inwestycji, a którą zadeklarował bezpośrednio przed otwarciem złożonych ofert na podstawie szacunkowego kosztorysu inwestorskiego. Jednocześnie wyjaśniono, iż przeprowadzona analiza możliwości finansowych zamawiającego doprowadziła do wniosku, iż nie może on zwiększyć kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty, wobec czego podjęto decyzję o unieważnieniu tegoż postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 u.p.z.p. Przedmiotowy obiekt inwestycyjny nie został ostatecznie wybudowany (dowód: zawiadomienie o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, k. 59-60; zeznania świadka R. K. e-protokół (...):18:35-00:19:05, k. 245; zeznania świadka E. R. e-protokół (...):13:38-01:14:07, k. 245).

Decyzję o unieważnieniu przedmiotowego postępowania podjął już nowy zarząd pozwanej spółki, powołany w październiku 2013 roku. Wydanie takiego rozstrzygnięcia przeciągnęło się do końca listopada 2013 roku z uwagi na fakt, iż nowi członkowie zarządu musieli zapoznać się z sytuacją finansową podmiotu zarządzanego oraz skalkulować je z przedmiotową inwestycją, a także przeprowadzić rozpoznanie, czy zadanie to może uzyskać dofinansowanie do ceny wybranej oferty od Gminy M. P.. Zabiegi te odniosły jednak negatywny rezultat i z tego względu należało ostatecznie zdecydować o unieważnieniu postępowania (dowód: zeznania świadka K. R. e-protokół (...):44:22-00:45:25 i 00:54:04-00:54:09, k. 273-274).

W piśmie z dnia 13 sierpnia 2014 roku powódka wezwała pozwaną do zapłaty kwoty 907.585,55 zł wraz z ustawowymi odsetkami liczonymi od dnia 29 listopada 2013 roku tytułem odszkodowania w związku z unieważnieniem postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia pomimo dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty (dowód: wezwanie do zapłaty, k. 62-65).

W odpowiedzi na powyższe, pozwana, pismem z dnia 25 sierpnia 2014 roku, uznała powyższe roszczenie powódki za bezzasadne i odmówiła zapłaty żądanej kwoty odszkodowania (dowód: odpowiedź na wezwanie, k. 61).

Powyższy stan faktyczny Sąd Okręgowy ustalił w oparciu o zgromadzone w sprawie dokumenty prywatne, a także zeznania świadków R. K., E. K., E. R., I. P. oraz K. R., które spójnie uzupełniły materiał dowodowy w postaci dokumentów. Sąd oddalił wniosek strony powodowej o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa oraz funkcjonowania przedsiębiorstw budowlanych, uznając określenie przez biegłego wartości szkody poniesionej przez powódkę w związku z unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – zwłaszcza w zakresie poniesionych kosztów związanych z przygotowaniem oferty – za zbędne, bowiem nie wymaga wiadomości specjalnych, a tym samym prowadzące jedynie do wydłużenia postępowania w niniejszej sprawie. Ponadto przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność wysokości szkody (abstrahując już od tak nieprecyzyjnie i nieprawidłowo wskazanej tezy dowodowej) było w niniejszej sprawie zbędne z uwagi na ustawowe ograniczenie wysokości dochodzonego odszkodowania , o czym niżej w niniejszym uzasadnieniu .

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Powództwo nie zasługiwało na uwzględnienie, przez co podlegało oddaleniu w całości.

Pomimo że w rozpatrywanej sprawie finalnie nie doszło do zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa Przedszkola Miejskiego przy ul. (...) w P.”, to bezsprzecznie znajduje do niej zastosowanie ustawa z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164-j.t.). Stroną pozwaną w sporze jest bowiem podmiot komunalny – (...) Sp. z o.o. z siedzibą w P., w której jedynym udziałowcem jest Gmina M. P. i która zgodnie z przepisami prawa, będąc osobą prawną, utworzoną w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego (art. 3 ust. 1 pkt 3 u.p.z.p.), może zawierać

umowy, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane właśnie w trybach określonych w powołanej ustawie.

Bezspornym jest, że pozwana jako zamawiający przeprowadziła postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego w drodze przetargu ograniczonego.

Zgodnie z art. 47 u.p.z.p, przetarg ograniczony – szczegółowo omówiony w rozdziale 3 oddziale 2 ustawy – to tryb udzielenia zamówienia, w którym, w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu, wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu, a oferty mogą składać wykonawcy zaproszeni do składania ofert.

W tak przeprowadzonym przez pozwaną postępowaniu doszło do wyboru oferty powódki jako najkorzystniejszej, przez co liczyła ona na zawarcie umowy.

Stosownie natomiast do treści art. 93 ust. 1 pkt 4 u.p.z.p., zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia m.in. jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.

Jak wynika z powyższego przepisu, pozwana jako zamawiający była zobligowana do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wobec zajścia jednej z przesłanek, dla których ustawodawca przewidział takie rozwiązanie prawne. Nie ulega bowiem wątpliwości, że cena najkorzystniejszej oferty – złożonej przez powódkę – przewyższała kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a którą zadeklarował bezpośrednio przed otwarciem ofert przez komisję przetargową. Powódka wskazała jako cenę wykonania przedmiotowego zadania kwotę 12.055.062,26 zł brutto, natomiast pozwana przeznaczyła na ten cel kwotę 11.070.000,00 zł brutto, tj. o 985.062,26 zł mniej niż zaoferowała powodowa spółka.

Przywołana regulacja zakłada jednak, że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Jej ratio legis zakłada uniknięcie unieważnienia postępowania w przypadku, gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a zamawiający posiada dodatkowe środki pieniężne na wykonanie zamówienia i może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Oznacza to zatem, że zamawiający nie jest zobowiązany do unieważnienia postępowania w każdym przypadku, gdy cena oferty najkorzystniejszej przekracza równowartość kwoty, którą planował przeznaczyć na realizację zamówienia. Dopiero gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty, unieważnia postępowanie (vide: Nowicki J. E., Komentarz do art. 93 ustawy – Prawo zamówień publicznych, Lex 2015).

Jednocześnie, zauważyć należy, że zamawiający nie ma obowiązku poszukiwania źródeł finansowania ponad kwoty, które pierwotnie zabezpieczył, w celu wyboru oferty najkorzystniejszej i zapobieżeniu unieważnienia postępowania, bowiem wskazanie kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia należy do jego dyskrecyjnej władzy, natomiast określenie szacunkowej wartości zamówienia ma na celu ustalenie wartości zamówienia, ale nie przekłada się to na obowiązek zamawiającego uwzględnienia tej wartości w określaniu budżetu dla danego zadania. Powyższe utwierdza w przekonaniu, że w konsekwencji bezpodstawnym jest oczekiwanie, że zamawiający będzie udowadniał, iż jego możliwości finansowe nie pozwalają na zwiększenie środków finansowych. Nie znajduje bowiem oparcia w przepisach badanie budżetu zamawiającego, nakazywanie dokonania mu jakichkolwiek przesunięć w budżecie, dokonania jednych zakupów kosztem drugich albo nakazywanie wydania na dane zamówienie kwoty, którą zamierzał wydać na inne zamówienie. Zatem, z treści art. 93 ust. 1 pkt 4 u.p.z.p. nie sposób wywieść jakichkolwiek podstaw prawnych, które pozwalałyby na zobowiązanie zamawiającego, do zwiększenia środków na sfinansowanie zamówienia. To zamawiający, nie wykonawca, ponosi wyłączną odpowiedzialność za gospodarowanie środkami publicznymi w sposób celowy i oszczędny, i skoro według jego oceny nie ma obecnie możliwości zwiększenia środków na realizację zamówienia, to nie można mu robić z tego powodu zarzutu (vide: wyrok

KIO z dnia 12 czerwca 2015 roku, KIO 1132/15; wyrok KIO z dnia 22 maja 2015 roku, KIO 961/15; wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2015 roku, KIO 622/15).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, stwierdzić należy, że pozwana, dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty pomimo że przewyższała ona kwotę, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia publicznego, musiała przewidywać dokapitalizowanie tej inwestycji z środków innych niż własne, najprawdopodobniej z środków Gminy M. P., jednakże brak wiążącej decyzji w tym zakresie ze strony władz miasta niejako wstrzymywał podpisanie umowy z wykonawcą. Natomiast fakt, że pozwana ostatecznie takiego dofinansowania nie otrzymała doprowadził do unieważnienia postępowania, co jednak było zgodne z obowiązującym prawem – nie sposób zakwestionować bowiem, że wystąpiła przesłanka z art. 93 ust. 1 pkt 4 u.p.z.p., obligująca zamawiającego do unieważnienia przetargu, co zostało wskazane w uzasadnieniu tejże decyzji zamawiającego.

Oczywiście w stanie faktycznym rozpoznawanej sprawy może budzić wątpliwości długość okresu, przez jaki wybrany zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych wykonawca de facto trwał w zawieszeniu, oczekując na wyznaczenie przez zamawiającego terminu zawarcia umowy. Wydłużenie tego okresu z przyczyn leżących po stronie zamawiającego (tj. od około połowy września 2013 roku, kiedy to strony poczyniły już ostateczne ustalenia dotyczące złożenia wymaganych polis ubezpieczeniowych i harmonogramu prac) może usprawiedliwiać jedynie okoliczność, iż po dokonaniu przez zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty doszło do zmian personalnych w składzie zarządu pozwanej, a nowy zarząd przed podjęciem wiążących decyzji, takich jak np. zawarcie umowy z wykonawcą na realizację przedmiotowego zamówienia, musiał dokonać analizy sytuacji finansowej spółki oraz ewentualnego rozeznana w zakresie przewidywanego wcześniej (przez ustępujący zarząd) dokapitalizowania tego zadania z funduszy Gminy M. P..

Ponadto, podkreślenia wymaga, że bez znaczenia z punktu widzenia wyniku niniejszego postępowania pozostaje, czy poza podaną przez zamawiającego w uzasadnieniu rozstrzygnięcia o unieważnieniu przetargu „oficjalną” ustawową przesłanką z art. art. 93 ust. 1 pkt 4 u.p.z.p. istniały jeszcze inne dodatkowe okoliczności przemawiające za podjęciem tej decyzji. Mowa choćby o napływających do zamawiającego informacjach o zajęciach komorniczych ewentualnych wierzytelności powódki, które rzekomo miały wywołać u niego dezorientację i niepokój do co sytuacji finansowej powodowej spółki, a także obawy o ewentualną solidarną odpowiedzialność zamawiającego z wykonawcą w stosunku do podwykonawców, przy kompleksowej pomocy których powódka zamierzała zrealizować omawianą inwestycję.

Powołane wyżej twierdzenia zdaje się jednak podważać fakt, że ostatecznie w ogóle nie doszło do realizacji przedmiotowego zamówienia, co czyni bardziej prawdopodobnym, iż to jednak brak środków finansowych był rzeczywistą przyczyną unieważnienia postępowania przetargowego.

Jednakże, niezależnie od powyższego, bezsprzecznie nie może być mowy o szkodzie wynikłej z culpa in contrahendo pozwanej, tj. prowadzenia przez nią negocjacji z naruszeniem dobrych obyczajów, rozumianej jako *lucrum cessans* i obejmującej potencjalny przewidywany zysk z realizacji inwestycji stanowiącej przedmiot umowy, do której zawarcia finalnie nie doszło.

Zgodnie z art. 72 § 2 k.c., strona, która rozpoczęła lub prowadziła negocjacje z naruszeniem dobrych obyczajów, w szczególności bez zamiaru zawarcia umowy, jest obowiązana do naprawienia szkody, jaką druga strona poniosła przez to, że liczyła na zawarcie umowy.

Powyższa regulacja stanowi samodzielną podstawę odpowiedzialności w prawie cywilnym (tj. niezależną od art. 415 k.c.), kwalifikowaną jako „szczególny typ deliktu”. Przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej przewidzianej w art. 72 § 2 k.c. obejmują: rozpoczęcie lub prowadzenie negocjacji z naruszeniem dobrych obyczajów, szkodę, związek przyczynowy między zachowaniem strony a powstałą szkodą.

Abstrahując na ten moment od oceny, czy powyższe przesłanki zostały spełnione, zdaniem Sądu przepis ten nie może mieć zastosowania w niniejszej sprawie co najmniej z kilku powodów.

Po pierwsze, choć umowa o roboty budowlane, zawierana przez jednostkę sektora publicznego po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pozostaje umową, o której mowa w art. 647 i nast. k.c., albowiem ustawa – Prawo zamówień publicznych nie kształtuje nowych typów umów nazwanych (vide: wyrok SN z dnia 5 grudnia 2006 roku, II CSK 327/2006), to jednak zauważyć należy, iż poszczególne postanowienia umowy, a zwłaszcza essentialia negotii, jaka miała zostać zawarta pomiędzy stronami w niniejszej sprawie, nie były przedmiotem negocjacji, z uwagi na fakt, iż zamawiający przedłożył wykonawcy gotowy wzór umowy, który ten zaakceptował bez zastrzeżeń. Stronom do uzgodnienia pozostały jedynie kwestie poboczne, dotyczące np. sporządzenia harmonogramu robót. Jednakże, postawa wykonawcy w zakresie obowiązku złożenia do umowy polis ubezpieczeniowych wyszczególnionych w umowie i SIWZ, wymusiła dodatkowo negocjacje stron także i na tym polu, bowiem powódka jawnie zmierzała do złagodzenia nałożonych wymogów, a w konsekwencji do redukcji kosztów związanych z uzyskaniem tych dokumentów. Wziąwszy jednocześnie pod uwagę, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy zmierzającej do realizacji określonego zadania, trudno przypuszczać, że zamawiający będący spółką komunalną, a więc – jak już wspomniano – podmiotem utworzonym w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, prowadziłby z powódką jakiegokolwiek ustalenia w zakresie polis ubezpieczeniowych czy harmonogramu robót, z góry przyjmując założenie, iż do zawarcia umowy nie dojdzie.

Po drugie, odpowiedzialność na zasadzie winy w kontraktowaniu zasadniczo nie przekracza tzw. ujemnego interesu umownego. Natomiast, zgodnie z poglądami doktryny oraz ugruntowanym i jednoznacznym stanowiskiem Sądu Najwyższego i sądów powszechnych, szkoda w granicach negatywnego interesu jest pojęciem określającym powstanie szkody w następstwie tego, że poszkodowany podjął określone działania zmierzające do zawarcia umowy, ale umowa ta nie została zawarta z przyczyn obciążających drugą stronę. Jest to szkoda wynikająca z niedojścia umowy do skutku. Należy ją przeciwstawić szkodzie będącej następstwem niewykonania zawartej umowy (w ramach tzw. dodatniego interesu umowy). Szkoda w granicach negatywnego interesu umownego obejmuje w konsekwencji to, co strona by miała, gdyby nie podejmowała działań zmierzających do zawarcia niedoszłej do skutku umowy. Nie ulega wątpliwości, że obejmuje ona te wszystkie koszty, jakie poniósł poszkodowany, licząc na zawarcie umowy (np. koszty przygotowania oferty, koszty przejazdu lub analiz finansowych itp.), przy czym ciężar udowodnienia szkody spoczywa na poszkodowanym (vide: wyrok SA w Katowicach z dnia 17 stycznia 2001 roku, sygn. akt I ACa 1094/00; wyrok SO w Szczecinie z dnia 21 lutego 2013 roku, VIII GC 392/12).

Tymczasem powódka w niniejszym postępowaniu, pomimo powoływania się na culpa in contrahendo pozwanej oraz szkodę powstałą w jej majątku w ramach ujemnego interesu umowy domagała się – obok naprawienia szkody w granicach ww. interesu umownego (tj. kosztów związanych z przygotowaniem oferty), także naprawienia szkody w postaci lucrum cessans, obejmującego korzyści możliwe do uzyskania przez powódkę w wyniku wykonania umowy, które bezsprzecznie stanowią składnik dodatniego interesu umowy (vide: Kaliński M., glosa 2009/2/54-58 do wyroku SN z dnia 14 października 2005 roku, III CK 103/05).

Z tych względów, żądanie przez powódkę odszkodowania z tytułu utraconych korzyści należało uznać za całkowicie pozbawione podstaw prawnych.

Po trzecie, pomimo że zgodnie z art. 14 ust. 1 u.p.z.p., do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się (wprost) przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2014 r. poz. 121, ze zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, to jednak źródeł ewentualnych roszczeń strony powodowej, zamiast w art. 72 § 2 k.c., należałoby upatrywać raczej w art. 93 ust. 4 u.p.z.p., który stanowi swego rodzaju odpowiednik ww. uregulowania Kodeksu cywilnego w zakresie możliwości dochodzenia naprawienia szkody powstałej w ramach ujemnego interesu umownego, ale pozostającej w związku z zastosowaniem ustawy – Prawo zamówień publicznych, i który – w opinii Sądu – jako lex specialis w stosunku do przepisów Kodeksu cywilnego winien być wzięty pod uwagę w niniejszym postępowaniu.

Zgodnie bowiem z art. 93 ust. 4 u.p.z.p., w przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, do których należy zaliczyć także brak środków na realizację zamówienia,

wykonawcom, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przysługuje roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty, a o zasadności takiego roszczenia – z powodztwa zainteresowanego wykonawcy – może orzekać w odrębnym postępowaniu sąd powszechny (vide: wyrok KIO z dnia 5 listopada 2015 roku, KIO 2304/15).

Jednakże, niezależnie od przyjęcia, który z tych przepisów – art. 72 § 2 k.c. czy art. 93 ust. 4 u.p.z.p. – miałby stanowić podstawę do rozpatrzenia kwestii zasadności roszczenia powódki w przedmiocie zwrotu kosztów przygotowania oferty, należało stwierdzić, że nie sprecyzowała ona żądania pozwu w tym zakresie, ani też nie przedstawiła żadnego dowodu na okoliczność wysokości tych kosztów.

Powódka w toku procesu powoływała, iż oczekiwanie na zawarcie przedmiotowej umowy przez niemal 4 miesiące od dokonania wyboru jej oferty do realizacji zadania wygenerowało olbrzymie koszty, na które złożyły się m.in. „zabezpieczenie” i utrzymanie przez ten czas w gotowości niezbędnego sprzętu oraz wykwalifikowanej kadry pracowniczej, zaangażowanie pracowników powodowej spółki do przygotowania oferty, dojazdu tak do siedziby zamawiającego, jak do miejsca planowanej inwestycji, a także złożenie (i później przedłużenie) wadium oraz wymaganych przez zamawiającego polis ubezpieczeniowych.

Zauważyć jednak należy, że art. 93 ust. 4 u.p.z.p., ku zastosowaniu którego skłania się Sąd na gruncie niniejszej sprawy, dopuszcza roszczenie określonego kręgu wykonawców nie o zwrot wszystkich kosztów uczestnictwa w postępowaniu, ale o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty. Zdaniem Sądu, z pewnością nie stanowią uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu np. wspomniane koszty „zabezpieczenia” i utrzymania w gotowości niezbędnego sprzętu oraz wykwalifikowanej kadry pracowniczej, albowiem powódka nie została zobligowana do takiej „mobilizacji” przez zamawiającego. Do ww. kosztów nie można zakwalifikować również tych rzekomo poniesionych przez powódkę w związku z zaangażowaniem jej pracowników do przygotowania oferty, wobec faktu, że – jak wynika z zeznań świadka I. P. – pracownicy powodowej spółki przygotowywali ofertę w ramach swoich podstawowych obowiązków pracowniczych.

Jakkolwiek Sąd co do zasady nie kwestionuje, iż powódka poniosła koszty związane stricte z przygotowaniem przedmiotowej oferty w ogólności, to jednak poniesienie tych kosztów udokumentowała sporządzonym na własne potrzeby spisem (wykazem kosztów przedstawionym w formie tabeli), błędnie uznając, iż stanowi on samoistny i wystarczający dowód rzeczywistego poniesienia tych kosztów we wskazanej wysokości.

Tym samym, powódka w istocie nie udowodniła, jakie koszty w związku z przedmiotowym postępowaniem poniosła oraz w jakiej konkretnie wysokości, przez co jej roszczenie należało uznać za niezasadne także w zakresie żądania zwrotu kosztów sporządzenia oferty. Formułując żądanie pozwu powódka nie wskazała, jakiej kwoty dochodzi z tytułu odszkodowania w zakresie tzw. ujemnego interesu umownego, nie sprecyzowała, które koszty z ujętych w powołanym wykazie należy zaliczyć do kosztów bezpośrednio związanych z przygotowaniem oferty.

Zgodnie z regułą dowodową wynikającą z treści art. 6 k.c., ciężar udowodnienia faktu spoczywa na stronie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. W przedmiotowej sprawie ciężar dowodu spoczywał na stronie powodowej, której obowiązkiem, stosownie do zasady kontradiktoryjności sporu, było wykazanie, że poniosła ona szkodę, a także precyzyjne ustalenie jej wysokości. Należy wskazać, iż kontradiktoryjność procesu cywilnego wymaga, aby to strony wskazywały dowody dla wykazania swoich twierdzeń. Zasada kontradiktoryjności ma związek ze sposobem gromadzenia materiału procesowego, to jest twierdzeń faktycznych i służących ich weryfikacji wniosków dowodowych. Do tzw. ciężarów procesowych należą w szczególności: ciężar twierdzenia (onus proferendi) i ciężar dowodzenia (onus probandi). Zasada kontradiktoryjności pozostaje w ścisłym związku ze skargowym charakterem procesu, a więc jego uruchamianiem wyłącznie z inicjatywy podmiotu poszukującego ochrony sądowej z uwagi na własny interes prawny. Postępowanie cywilne ma charakter sporu o prawo prowadzonego przed sądem przez podmioty o przeciwstawnych interesach, zajmujące w postępowaniu sądowym pozycję równoprawnych przeciwników. Bierność strony nie zobowiązuje Sądu – poza wyjątkowymi przypadkami – do prowadzenia dowodów z urzędu (vide: m.in. wyrok SN z dnia 15 grudnia 1998 roku, I CKN 944/97). W sytuacji, gdy stronami procesu są przedsiębiorcy nie

istnieją podstawy do tego, by Sąd uprzywilejowywał jedną ze stron poprzez przeprowadzenie z urzędu dowodów uzasadniających jej roszczenia lub zarzuty. Obowiązek wskazywania dowodów obciąża strony (art. 232 k.p.c.). Sąd podzielił pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 17 grudnia 1996 r., iż nie jest zarówno zobowiązany jak i uprawniony do przeprowadzenia dochodzenia w celu uzupełnienia lub wyjaśnienia twierdzeń stron i wykrycia środków dowodowych pozwalających na ich udowodnienie ani też do przeprowadzenia z urzędu dowodów zmierzających do wyjaśnienia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy (art. 232 k.p.c.). Obowiązek przedstawienia dowodów spoczywa bowiem na stronach (art. 3 k.p.c.), a ciężar udowodnienia faktów mających dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie (art. 227 k.p.c.) spoczywa na stronie, która z faktów tych wywodzi skutki prawne zgodnie z art. 6 k.c. (vide: wyrok SN z dnia 17 grudnia 1996 roku, I CKU 45/96).

Z tych wszystkich względów powództwo podlegało oddaleniu w całości jako nieuzasadnione.

O kosztach postępowania Sąd orzekł na podstawie art. 98 k.p.c., zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu, jednakże biorąc pod uwagę fakt, iż powódka uzyskała zwolnienie od kosztów sądowych w przedmiotowym postępowaniu, koszty w postaci poniesionych wydatków zostały przejęte w ciężar wydatków Skarbu Państwa na podstawie art. 113 ust. 4 u.k.s.c. Na koszty procesu w kwocie 7.217,00 zł złożyły się: koszty zastępstwa procesowego określone na podstawie § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. z 2013 r. poz. 490 oraz z 2015 r. poz. 617 i 1078) w wysokości 7.200,00 zł oraz opłata skarbową od pełnomocnictwa w kwocie 17,00 zł.