

Sygn. akt V ACa 482/19

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 lutego 2020 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku, V Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	SSA Teresa Karczyńska - Szumilas (spr.)
----------------	---

Sędziowie: SA Hanna Rucińska

SA Barbara Rączka - Sekścińska

Protokolant : sekretarz sądowy Barbara Haska

po rozpoznaniu w dniu 12 lutego 2020 r. w G.

na rozprawie

sprawy z powództwa M. K.

przeciwko Przedsiębiorstwu (...) spółce akcyjnej z siedzibą w T. i (...) spółce akcyjnej z siedzibą w W.

o ochronę dóbr osobistych

na skutek apelacji powódki

od wyroku Sądu Okręgowego w Toruniu

z dnia 21 czerwca 2019 r., sygn. akt I C 2485/17

I. oddala apelację;

II. zasądza od powódki na rzecz każdego z pozwanych kwoty po 1.215 (jeden tysiąc dwieście piętnaście) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

SSA Hanna Rucińska SSA Teresa Karczyńska – Szumilas SSA Barbara Rączka - Sekścińska

Na oryginale właściwe podpisy.

Sygn. akt V ACa 482/19

UZASADNIENIE

Powódka M. K. wniosła o nakazanie pozwanym Przedsiębiorstwu (...) S.A. z siedzibą w T. oraz (...) S.A. z siedzibą w W., by na swój koszt złożyli oświadczenie o następującej treści: „PRZEPROSINY Przepraszamy panią M. K., pracownika (...) w T. za (...) ul. (...) w T.. (...) M. K. (...)”, sporządzonego jako jedyna treść na papierze firmowym pozwanych, czcionką Arial o rozmiarze 12, natomiast tytuł czcionką Arial, pogrubioną, o rozmiarze 20 i doręczone

listem poleconym do (...) w T. i wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia „Rozbudowa ul. (...) w T. (...)” oraz o zasądzenie solidarnie od pozwanych kwoty 5.000 zł na rzecz Schroniska (...) w T. i kosztów postępowania. W uzasadnieniu pozwu powódka wskazała, że pozwani w treści odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przedstawili nieprawdziwe i szkalujące powódkę tezy dotyczące rzekomego związku pomiędzy wyborem wykonawcy (...) S.A., a faktem że mąż powódki jest pracownikiem tej spółki; powódce przypisano udział w zmowie przetargowej, przy czym pominięto fakt, że wyłączyła się ona od udziału w tym postępowaniu.

W odpowiedzi na pozew pozwani wnieśli o oddalenie powództwa i zasądzenie od powódki na rzecz każdego z nich kosztów procesu.

Pozwani podnieśli, że byli dyskryminowani w postępowaniu przetargowym „Rozbudowa ul. (...) w T. (...)”, co potwierdziła Krajowa (...) uwzględniając ich odwołanie, powódka z uwagi na związek małżeński z pracownikiem wykonawcy (...) S.A. niewątpliwie powinna być wyłączona z tego postępowania, jednakże jej wyłączenie miało charakter pozorny, a zamawiający nie przekazał pozwany oświadczenia złożonego przez powódkę na podstawie art. 17 ust.2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Pozwani przyznali, że przedstawili pełnomocnikowi sporządzającemu odwołanie informacje dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym o relacji powódki z pracownikiem (...) S.A., jednakże przed Prokuraturą Rejonową T. (...) w T. działał on bez takiego pełnomocnictwa.

Sąd Okręgowy w Toruniu wyrokiem z dnia 21 czerwca 2019 r. oddalił powództwo w całości oraz zasądził od powódki na rzecz pozwanych kwoty po 1.637 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Sąd Okręgowy ustalił, że powódka jest pracownikiem (...) T. - (...) zatrudnionym na stanowisku starszego specjalisty w sekcji ds. zamówień publicznych; do jej obowiązków należy w szczególności przygotowywanie dokumentów przetargowych i prowadzenie dokumentacji przetargowej.

Mąż powódki P. K. jest zatrudniony w (...) S.A. gdzie pełni funkcje kierownika (...), bierze udział w zespołach kalkulujących ceny ofert w przetargach, przy czym prace te wykonuje pod nadzorem przełożonych, którzy podejmują ostateczne decyzje; P. K. nigdy nie był upoważniony do reprezentowania spółki w postępowaniach przetargowych. (...) S.A.. Pozwani wielokrotnie na przestrzeni ostatnich lat stawali do udziału w przetargach publicznych organizowanych przez (...)T.; w około 50% przypadków zamawiający wybierał oferty składane przez pozwanych.

Zarządzeniem z dnia 20 września 2016 r. nr (...) Dyrektor (...) w T. powołał pięcioosobową komisję przetargową do przeprowadzenia procedury przetargowej zmierzającej do udzielenia zamówienia publicznego dotyczącego robót budowlanych w ramach zadania „Rozbudowa ul. (...) w T.”, w której powódce powierzono funkcję sekretarza.

Zgodnie z treścią § 15 Zakładowego Regulaminu Udzielania Zamówień Publicznych (...) w T., sekretarz komisji przetargowej odpowiada m.in. za formalno-prawne aspekty postępowania, prowadzenie rejestru zamówień publicznych, prowadzenie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przygotowywanie projektów wyjaśnień dotyczących treści SIWZ, przygotowywanie projektów umów o zamówienia publiczne i uzyskanie dla nich akceptacji prawnej.

W ogłoszeniu o wszczęciu postępowania przetargowego dotyczącego inwestycji „Rozbudowa ul. (...) w T. (...)”, wskazano, że każdy z wykonawców może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ na adres poczty elektronicznej powódki (...)

Zainteresowanie udziałem w postępowaniu przetargowym wyraziło, poprzez złożenie zapytań odnośnie SIWZ, 11 podmiotów; powódka prowadziła z nimi korespondencję mailową.

Po otwarciu ofert w dniu 14 listopada 2016 r. stwierdzono, że do udziału w procedurze przetargowej zgłosiło się pięciu wykonawców, w tym pozwani, działający jako konsorcjum, oraz spółka (...) S.A. Powódka uczestniczyła w czynności otwarcia ofert, a następnie, w tym samym dniu złożyła oświadczenie w trybie art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, z treści którego wynikało, że pozostaje ona w takim stosunku prawnym lub faktycznym

z wykonawcą, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do jej bezstronności; jej miejsce w komisji zajęła, jeszcze w dniu 14 listopada 2016 r., E. M..

Powódka wyjaśniła E. M. oraz swemu mężowi, że złożenie przez nią oświadczenia o wyłączeniu się z udziału w przedmiotowym postępowaniu było skutkiem ujawnienia, że do udziału w nim przystąpiła pozwana spółka Przedsiębiorstwo (...) S.A. w T., której pracownik M. S., znany powódce osobiście, pod koniec października 2016 r., zadzwonił do niej wskazując, że musi przesunąć termin otwarcia ofert. Wcześniej zdarzało się, że kontaktował się on z powódką prosząc o przesunięcie terminu otwarcia ofert; powódka nigdy nie zwracała mu uwagi na niewłaściwość takiego postępowania.

W toku postępowania przetargowego zamawiający dwukrotnie wzywał pozwanych do złożenia wyjaśnień; terminy, które im wyznaczono były krótsze niż 7 dni.

Zamawiający odrzucił ofertę przetargową złożoną przez pozwanych, przyjmując, że p nie udzieli oni oczekiwanych wyjaśnień; jako najkorzystniejszą wybrano ofertę złożoną przez spółkę (...) S.A.

Po dniu 14 listopada 2016 r. (po złożeniu przez powódkę oświadczenia dotyczącego wyłączenia) korespondencja w sprawie przetargu w dalszym ciągu nadsyłana była na adres poczty elektronicznej powódki; powódka przekazywała korespondencję do sekretariatu, gdzie była ona rejestrowana i przekazywana odpowiednim osobom.

Dnia 2 grudnia 2016 r. (...) w T. poinformował oferentów, drogą elektroniczną, o wybraniu oferty złożonej przez (...) S.A. oraz o odrzuceniu oferty pozwanych; termin do wniesienia odwołania wynosił 5 dni od 2 grudnia 2016 r.

W dniu 2 grudnia 2016 r. zastępca dyrektora Przedsiębiorstwa (...) S.A. A. Z. zwrócił się do (...) w T., kierując wiadomość także na adres poczty elektronicznej powódki, o udostępnienie dokumentacji zebranej w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia i wyrażenie zgody na wykonanie fotokopii dokumentów przez pracownika pozwanego J. K. (1).

Prośbę o dostęp do dokumentacji przetargowej ponowił A. Z.

w dniu 5 grudnia 2016 r. domagając się udostępnienia ofert, wezwań zamawiającego skierowanych do wykonawców oraz odpowiedzi na wezwania.

Wcześniej, jeszcze przed ogłoszeniem wyników przetargu, pracownicy pozwanego Przedsiębiorstwa (...) S.A. występowali o udostępnienie dokumentacji przetargowej, zaznaczając, że wniosek dotyczy ofert oraz wezwań wystosowanych przez zamawiającego i odpowiedzi na nie.

Pismem z dnia 6 grudnia 2016 r. pozwani zostali poinformowani m.in. o braku zgody zamawiającego na samodzielne wykonanie przez pozwanych fotokopii dokumentacji przetargowej.

W dniach 5 i 6 grudnia 2016 r. J. K. (1) stawiał się w siedzibie (...) w T., by zapoznać się z treścią dokumentów przetargowych. W dniu 5 grudnia 2016 r. uzyskał on informację, że nie może on zapoznać się z dokumentacją, albowiem powódka przebywa na urlopie, a E. M. znajduje się poza siedzibą (...) w T..

W dniu 6 grudnia 2016 r. J. K. (1) rozmawiał osobiście z powódką na temat dostępu do akt; poinformowała go ona, że pozwany winien oczekiwać na nadesłanie dokumentacji, którą przygotowuje. Powódka rozmawiała z J. K. (1) w obecności E. M. i nie poinformowała go jest wyłączona z udziału w komisji przetargowej.

Zamawiający nigdy wcześniej nie odmówił pracownikom pozwanego wglądu do dokumentacji przetargowej po otwarciu ofert.

W dniu 6 grudnia 2016 r. pozwani udzielili M. T. i D. B. – pracownikom Kancelarii (...)

pełnomocnictwa do samodzielnego podpisywania i wnoszenia w imieniu pozwanych odwołań i pism procesowych do Prezesa Krajowej (...), zgłaszania przystąpień do postępowania odwoławczego, opozycji do Prezesa Krajowej

(...), zgłaszania opozycji przeciw przystąpieniu innego wykonawcy do postępowania odwoławczego oraz sprzeciwów wobec uwzględniania w całości zarzutów przedstawionych przez zamawiającego, złożenia oświadczenia o cofnięciu odwołania, dokonywania przez pracowników wglądu w akta sprawy odwoławczej oraz do udzielania dalszych pełnomocnictw.

W dniu 7 grudnia 2016 r. w siedzibie (...) w T. stawił się A. Z., prosząc o umożliwienie wykonania fotokopii wszystkich dokumentów; powódka odmówiła udostępnienia akt i nie wyraziła zgody na stwierdzenie tej okoliczności na piśmie.

W dniu 7 grudnia 2016 r. pozwani otrzymali pocztą elektroniczną skany załączników do protokołu przetargu, z zastrzeżeniem, że udostępnieniu podlega wyłącznie część załączników, która nie została skutecznie zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa; wśród dostarczonych pozwanym dokumentów nie było oświadczenia powódki z dnia 14 listopada 2016 r.

Pismem datowanym na dzień 7 grudnia 2016 r., reprezentujący pozwanych pełnomocnik D. B. wniósł odwołanie do Krajowej (...)

w W.. W treści odwołania zakwestionowano następujące czynności zamawiającego: czynność odrzucenia oferty, zaniechanie czynności zwrócenia się do odwołującego o udzielenie wyjaśnień z wyznaczeniem realnego terminu na złożenie wyjaśnień, czynność wyboru oferty złożonej przez wykonawcę (...) S. A, zaniechanie czynności odrzucenia oferty (...) S.A, zaniechanie czynności wyłączenia osoby wykonującej czynności w postępowaniu, zaniechanie czynności udostępnienia odwołującemu wglądu w dokumentację postępowania. Czynnościom i zaniechaniom zamawiającego odwołujący postawili między innymi zarzut naruszenia art. 7 ust 1 i 3 w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych związku z naruszeniem art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w związku z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez (...) S.A. mimo, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na zмовie przetargowej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą (...) S.A. Wskazano na szereg nieprawidłowości w prowadzeniu postępowania: nierówne traktowanie pozwanych względem innych wykonawców (np. poprzez wyznaczenie pozwanym krótszego terminu do złożenia wyjaśnień) i dążenie do wyboru (...) S.A., mimo, że pozwani złożyli w toku postępowania ofertę korzystniejszą, które pośrednio dowodzić miały, że pomiędzy zamawiającym, a (...) S.A. występowało niedozwolone porozumienie naruszające uczciwą konkurencję. Odwołujący wskazał, że pozwanym utrudniono dostęp do rynku mimo świadomości faktycznych powiązań podmiotu, którego ofertę wybrano z osobą prowadzącą postępowanie przetargowe oraz zarzucił zaniechanie wyłączenia M. K. wykonującej czynności w postępowaniu, mimo pozostawiania przez nią z wykonawcą (...) S.A. w takim stosunku faktycznym, który mógł budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tej osoby, co miało wpływ na wynik postępowania.

W uzasadnieniu odwołania podano, że mąż powódki pełni funkcję kierownika budowy i jest menadżerem projektów (...) S.A., a tym samym część dochodu powódki i jej męża pochodzi od firmy (...) S.A. i może być uzależniona od ilości wygranych przez (...) S.A. projektów.

Zawarte w treści odwołania stwierdzenie o zмовie przetargowej nie pochodziło od pracowników pozwanego, stanowiło zwrot wypracowany przez autora odwołania, na podstawie informacji dotyczących okoliczności faktycznych związanych z przetargiem, przedstawionych przez stronę pozwaną.

Treść wniesionego w imieniu pozwanych odwołania była komentowana przez pozostałych oferentów oraz pracowników (...) w T.. Odnoszono się do zawartego w treści pisma wątku o wpływaniu przez powódkę na wynik przetargu i jej rodzinnych powiązań ze spółką (...) S.A. Współpracownicy powódki żartowali z niej, była ona adresatem uszczypliwości – „nasza zмова idzie”, określano ją mianem „prominentnej koleżanki”; zdarzyło się powódce usłyszeć komentarz: „ładna bluzka, chyba ze zмовy przetargowej”.

Powódka, uważana w miejscu pracy za formalistkę, czuła się dotknięta treścią odwołania; uraziły ją stwierdzenia dotyczące rzekomej zмовы przetargowej, braku dostępu pozwanych do protokołu przetargu, jak również wskazujące na zależność stanu budżetu domowego powódki od wygranych przez spółkę (...) S.A. przetargów.

W związku z zaistniałą sytuacją powódka doznała problemów emocjonalnych, korzystała z pomocy psychiatry, do dziś zażywa leki; nie poniosła ona na skutek twierdzeń zawartych w odwołaniu żadnych służbowych konsekwencji.

W odpowiedzi na odwołanie, pełnomocnik (...) T. wniósł o oddalenie odwołania kwestionując jakikolwiek wpływ powódki na wynik przetargu i zaznaczając, że pozwani w czasie sporządzania odwołania nie dysponowali wiedzą co do osób, które wyłączyły się z postępowania przetargowego.

Wyrokiem z dnia 22 grudnia 2016 r. Krajowa (...) uwzględniła odwołanie pozwanych i nakazała zamawiającemu między innymi unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty pozwanych, wskazując, że rozpoznaniu podlegały wyłącznie zarzuty pozwanych dotyczące niezasadnego odrzucenia złożonej przez nich oferty i towarzyszący im zarzut zaniechania wezwania ich do złożenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny w realnym terminie; stwierdzono, że wyznaczony pozwanym termin do złożenia jednych z wyjaśnień w toku procedury przetargowej był zbyt krótki.

W związku z wyrokiem zamawiający unieważnił wybór oferty (...) S.A. oraz czynność odrzucenia oferty pozwanych, przeprowadził ponowne badanie i ocenę oferty oraz ponownie podjął decyzję o odrzuceniu oferty pozwanych, jako niezgodnej z SIWZ, stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji i złożonej z rażąco niską ceną; za najkorzystniejszą ponownie uznana została oferta złożona przez (...) S.A.

Pismem z dnia 18 stycznia 2017 r., skierowanym do D. B., powódka wezwała go do usunięcia skutków naruszenia jej dóbr osobistych; w piśmie powódka zawarła informację, że adresat pominął fakt, że wyłączyła się ona z udziału w postępowaniu niezwłocznie po uzyskaniu informacji, że spółka (...) S.A. ubiega się o udzielenie

zamówienia. Analogiczne wezwanie powódka skierowała ona także do pozwanych.

D. Z., prowadzący kancelarię, w której zatrudniony był D. B., nie informując o tym pozwanych oraz nie posiadając od nich w tym zakresie pełnomocnictwa, złożył zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstw przez pracowników (...) w T., w tym przez powódkę, w związku z przedmiotowym postępowaniem o udzielenie zamówienia w trybie przetargu.

Postanowieniem z 7 marca 2017r. w sprawie sygn. akt PR (...). odmówiono wszczęcia dochodzenia.

Dnia 21 lutego 2017 r. pozwani wypowiedzieli pełnomocnictwo udzielone M. T. i D. B., wobec utraty zaufania, spowodowanej złożeniem przez D. Z. zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa.

Powódka co do zasady nie wyłączała się od udziału w postępowaniach, do których przystępowała spółka (...) S.A.

W ciągu ostatnich 10 lat trzy lub czterokrotnie zdarzyło się, że kierownik zamawiającego wybrał inną ofertę, złożoną w toku postępowania przetargowego, od tej zarekomendowanej przez komisję przetargową.

Podstawę ustaleń Sądu Okręgowego stanowiły dokumenty oraz zeznania uznanych za wiarygodnych świadków P. L., R. W., P. K., Z. K., E. M., J. K. (1), B. K., A. K., M. W., R. R., M. S.. Przesłuchanie powódki w niektórych kwestiach, w ocenie Sądu Okręgowego, pozostaje niespójne z pozostałym materiałem dowodowym i niejasne, w pewnym zakresie stanowiło też subiektywną ocenę; dotyczy to wskazania przez nią przyczyny wyłączenia się z postępowania przetargowego, uznania, że już po wyłączeniu z postępowania przetargowego powinna rozmawiać z J. K. (1) na temat dostępu do dokumentacji i że nie miała obowiązku poinformować pracowników pozwanych o złożeniu oświadczenia o wyłączeniu się z postępowania przetargowego.

Sąd Okręgowy, mając na uwadze treść przepisów art. 24 k.c. i 448 k.c., wskazał, że powódka dochodzi w rozpoznawanej sprawie roszczeń, które wywodzi ze swojego przekonania o naruszeniu jej dóbr osobistych w postaci dobrego imienia i zaufania do pełnionej funkcji do czego doszło przede wszystkim w związku z wskazywanymi przez pozwanych w odwołaniu do Krajowej (...) działaniami o charakterze kryminalnym i nierzetelnym.

Niesporne jest, że odwołanie to sporządził w imieniu pozwanych pełnomocnik D. B. z Kancelarii (...) D. Z. (...).

Wskazując na przepisy art. 180 i 185 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 86-97 k.p.c., Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że materiał dowodowy zgromadzony w sprawie nie pozwala na przyjęcie, by na gruncie zakreślonego przez powódkę stanu faktycznego doszło do bezprawnego naruszenia dóbr osobistych powódki w treści odwołania. Pełnomocnik pozwanych działając na podstawie pełnomocnictwa i składając odwołanie działał w ramach porządku prawnego, zaś zgodnie z art. 180 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych był zobowiązany wskazywać czynności lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zwięźle przedstawić zarzuty, określić żądanie oraz wskazać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

Sąd Okręgowy podkreślił, że okoliczności faktyczne sprawy nie były jasne dla pozwanych; mogli oni mieć wątpliwości co do prawidłowości prowadzenia postępowania przetargowego. Powódka z niewiadomych powodów (jak sama przyznała) już po złożeniu oświadczenia o wyłączeniu się z postępowania rozmawiała z pracownikiem pozwanego na temat dostępu do akt, pomimo że w pokoju była obecna E. M., członek komisji przetargowej. Z niezrozumiałych przyczyn powódka nie przekazała pracownikom pozwanych informacji, że złożyła oświadczenie dotyczące wyłączenia się z postępowania. Także figurowanie adresu poczty elektronicznej powódki jako miejsca właściwego do przesyłania informacji i dokumentów dotyczących tego postępowania mogło powodować mylne wyobrażenia o faktycznej roli powódki w tym postępowaniu. Nie bez znaczenia pozostaje również okoliczność, że Krajowa (...) w wyroku z dnia 22 grudnia 2016 r. stwierdziła nieprawidłowości w prowadzonym postępowaniu przetargowym, wskazując na wyznaczenie pozwanym zbyt krótkiego terminu do złożenia wyjaśnień.

Sąd Okręgowy stwierdził, że oświadczenia składane w sprawach karnych i cywilnych na uzasadnienie roszczenia bądź na uzasadnienie obrony mogą być uznane za bezprawne tylko wtedy, gdy przedmiotowo nie służą obronie prawnej osoby działającej, a podmiotowo nie są podyktowane wolą działającego wystąpienia w obronie swego prawa. O bezprawnym naruszeniu dóbr osobistych powódki na gruncie okoliczności faktycznych zawartych w analizowanym odwołaniu można by mówić tylko wówczas, gdyby powódka wykazała, że pozwani celowo doprowadzili do zamieszczenia w tym odwołaniu informacji niezgodnych z prawdą bądź takich, które nie zmierzałyby do obrony ich prawnie chronionych interesów. W ocenie Sądu Okręgowego powódka nie udowodniła, że okoliczności faktyczne podnoszone w odwołaniu miały inny cel niż obrona interesów pozwanych.

Zawarte w odwołaniu informacje dotyczące powódki, jej niewyłączenia się z postępowania, rodzinnych powiązań, trudności z dostępem do dokumentacji przetargowej, czy terminów do dokonywania czynności w postępowaniu przetargowym mogą zostać uznane za przedstawione w celu ochrony praw pozwanych w trybie prowadzonego postępowania, a jednocześnie stanowiły odzwierciedlenie stanu wiedzy pozwanych w chwili sporządzenia odwołania.

Zachowania powódki polegające na prowadzeniu rozmów o dostępie do akt z pracownikami pozwanych (już po złożeniu oświadczenia o wyłączeniu się z postępowania), zaniechaniu poinformowania w rozmowie z pracownikami pozwanego o złożeniu oświadczenia o wyłączeniu się z postępowania, przyjmowaniu korespondencji z postępowania na adres poczty elektronicznej powódki (po złożeniu oświadczenia) wydatnie przyczyniły się do powstania u pozwanych subiektywnego przekonania o celowym nierównym traktowaniu pozwanych w postępowaniu przetargowym.

Pozwani mieli podstawy by założyć, że powódka mogła mieć wpływ na wybór oferty (...) S.A., gdy weźmie się pod uwagę rolę komisja przetargowej wskazaną w art. 20 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W ciągu ostatnich 10 lat Dyrektor

(...) w T. nie zaaprobował wyboru oferty zarekomendowanej przez komisję zaledwie 3 lub 4 razy na kilkadziesiąt postępowań przetargowych prowadzonych rocznie.

W ocenie Sądu I instancji brak jest również podstaw do przypisania pozwanym dopuszczenia się ewentualnego naruszenia dóbr osobistych powódki w związku z zawiadomieniem złożonym w lutym 2017 r. przez radcę prawnego D. Z. w Prokuraturze Rejonowej T. (...)w T. oraz pismem z dnia 8 lutego 2017 r. skierowanym do Prezydenta Miasta T., albowiem D. Z. nie podejmował tych działań jako pełnomocnik pozwanych.

O kosztach procesu Sąd I instancji orzekł zgodnie z art. 98 k.p.c., uwzględniając okoliczność, że między pozwanymi zachodziło współuczestnictwo materialne, w myśl art. 72 § 1 pkt 1 k.p.c., przy czym brak było podstaw, przy uwzględnieniu treści art. 366 i 369 k.c., do solidarnego zasądzenia kosztów na rzecz współuczestników. Sąd I instancji wskazał nadto, że gdyby nie podzielić poglądu, że każdemu ze współuczestników sporu reprezentowanych przez tego samego pełnomocnika należy się zwrot kosztów zastępstwa procesowego uznać należy, że nakład pracy pełnomocnika pozwanych uzasadniał zasądzenie wynagrodzenia w wysokości dwóch stawek minimalnych rozdzielonych w częściach równych na rzecz obu współuczestników.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego w Toruniu wywiodła powódka, zaskarżając go w całości i zarzucając:

1. nierozpoznanie istoty sprawy wyrażające się w:

a. odstąpieniu od ustaleń w zakresie istnienia bądź nieistnienia zмовы przetargowej w (...) w T., w której miałyby uczestniczyć powódka oraz ograniczeniem ustaleń do kwestii przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podczas gdy zarzut naruszenia dóbr osobistych opierał się na ferowaniu kategoriycznych i jednoznacznych oskarżeń o działania przestępcze, sprzeczne z zasadami obiektywnego i rzetelnego wykonywania obowiązków, wyrażające się w uczestniczeniu przez powódkę w zмовie przetargowej,

b. ograniczeniu się do badania irrelevantnych w zaistniałych okolicznościach faktycznych podstaw wyłączenia się powódki od udziału w postępowaniu, a w konsekwencji uznanie, że sama wizyta pracownika pozwanych J. K. (1) w siedzibie (...) w T. uprawniała pozwanych do złożenia odwołania, zawierającego treści naruszające dobra osobiste powódki;

2. błędy w ustaleniach faktycznych mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, a wyrażające się:

a. błędnym ustaleniem decyzyjności powódki w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co stało się podstawą bezzasadnego i bezpodstawnego uznania, że pozwani jedyne od powódki mogli oczekiwać udostępnienia dokumentacji przetargowej, podczas gdy powódka nie była w żaden sposób uprawniona do podejmowania jakiegokolwiek decyzji w postępowaniu, nie dysponowała tą dokumentacją i nie wykonywała żadnych czynności w postępowaniu po dniu 14 listopada 2016 r.,

b. pominięciu zeznania świadka M. W., który zeznał, że na decyzjach zamawiającego nie widział podpisów powódki,

c. błędnym ustaleniu, co do osób rzeczywiście wykonujących czynności w postępowaniu przetargowym, które decydowały o formie, czasie i trybie udostępnienia dokumentacji przetargowej i braku uwzględnienia tego, że pismo z dnia 6 grudnia 2016 r., odebrane przez J. K. (1) z rąk E. M., nie mogło spowodować u pozwanych, mylnego wyobrażenia o roli powódki w tym postępowaniu, a pracownicy pozwanych, z pominięciem drogi służbowej, nachodzili powódkę w miejscu wykonywania przez nią obowiązków służbowych, d. apriorycznym przyjęciu, że jakiegokolwiek zaniechania lub działania zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, można przypisać powódce ze względu na pozostawanie w związku małżeńskim z pracownikiem jednego z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia,

e. ustaleniu, że wykonywanie przez powódkę obowiązków służbowych w siedzibie (...) w T. podczas wizyt pracowników pozwanych oraz ogólne pouczenie J. K. (1) o procedurze i trybie udostępniania dokumentacji przetargowej - pomimo

uznania za wiarygodny dowodu w postaci postanowienia o odmowie wszczęcia śledztwa z dnia 7 marca 2017 r. (z którego jednoznacznie wynika, że po dniu wyłączenia się z udziału w postępowaniu, tj. po dniu 14 listopada 2016 r., powódka nie wykonywała w nim żadnych czynności) i nieposzlakowanej opinii o pracy powódki na przestrzeni 11 lat potwierdzonej zeznaniami świadków, mogło spowodować u pozwanych poczucie dyskryminacji, a w konsekwencji wpłynąć na sformułowanie wobec powódki zarzutu pozostawania w zmowie przetargowej,

f. ustaleniu, że wskazana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego skrzynka poczty elektronicznej oznaczała, że powódka brała udział w postępowaniu przetargowym, pomimo jednoznacznego dowodu w postaci postanowienia o odmowie wszczęcia śledztwa z dnia 7 marca 2017 r., z którego wynika, że ze służbowego adresu poczty elektronicznej powódki nie była kierowana żadna korespondencja w związku z prowadzonym postępowaniem po dniu 14 listopada 2016 r.,

g. błędnym ustaleniu co do stanu wiedzy pozwanych odnośnie treści odwołania oraz sformułowanego w nim zarzutu z umowy przetargowej, pomimo że treść tego odwołania była zaakceptowana przez Dyrektora Działu Prawnego pozwanych adwokat M. M., co potwierdza postanowienie o umorzeniu dochodzenia rzecznika dyscyplinarnego (...) w W. z dnia 30 maja 2017 r., w którym D. Z. przyznał tę okoliczność, popierając ją stosowną korespondencją mailową,

h. nieuprawnionym ustaleniu, że w treści wezwań przedsądowych kierowanych do pozwanych i D. B. wskazana została przyczyna wyłączenia się powódki z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;

3. naruszenie norm prawa procesowego mające istotny wpływ na wynik sprawy, a mianowicie:

a. art. 224 § 1 k.p.c. poprzez nieudzielenie przed zamknięciem rozprawy głosu stronom, co uniemożliwiło zaprezentowanie istotnych okoliczności podsumowujących proces,

b. art. 233 § 1 k.p.c. polegające na przekroczeniu zasady swobodnej oceny dowodów i dokonanie dowolnej oceny zebranego materiału dowodowego, w szczególności poprzez ocenę wybiórczą i niespójną, a także z pominięciem dowodów, które nie odpowiadały założonej przez Sąd Okręgowy tezie, a którym to dowodom jednocześnie Sąd I instancji dał wiarę nie dokonując wszakże ich wszechstronnej oceny, co wyrażało się w:

- odmowie oceny znaczenia dowodu w postaci notatki służbowej z dnia 7 grudnia 2016 r. co do faktycznego przebiegu i znaczenia wizyty pracownika pozwanego J. K. (1) w siedzibie (...) w T., z której wynika, że pismo w sprawie dostępu do dokumentacji przetargowej przekazała J. K. (1) E. M., pouczając go, że należy czekać na oficjalne stanowisko, a z przesłuchania powódki wynikało, że pouczyła jedynie J. K. (1) o określonej przepisami procedurze udostępniania dokumentacji postępowania, co nie stanowi podejmowania czynności w ramach postępowania,

- błędne uznanie za wiarygodne zeznań świadka J. K. (1) będącego pracownikiem pozwanych oraz pozostałych pracowników w osobie A. Z., M. W., B. K., A. K., którzy nie byli świadkami wizyty J. K. (1), a wiedzę w tym zakresie mogli czerpać jedynie od J. K. (1), przy jednoczesnym zignorowaniu treści notatki służbowej i znaczenia (z formalnego punktu widzenia) przekazanej świadkowi przez powódkę ustnej informacji,

- dokonaniu oceny przyjmowania przez powódkę korespondencji postępowania na adres poczty elektronicznej powódki, jako czynności, która mogła wywołać u pozwanych subiektywne przekonanie o celowym nierównym traktowaniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo jednoznacznego dowodu w postaci postanowienia o odmowie wszczęcia śledztwa z dnia 7 marca 2017 r., z którego wynika, że ze służbowego adresu poczty elektronicznej powódki nie była kierowana żadna korespondencja w związku z prowadzonym postępowaniem po dniu 14 listopada 2016 r.,

- uznaniu za wiarygodne i spójne zeznań B. K. oraz A. Z. w zakresie nieudostępnienia pozwanym dokumentacji postępowania, zakresu oraz formy składania żądań w tym zakresie, osób władnych do jej udostępnienia, a w szczególności co do twierdzenia, że pozwani żądali dostępu do całej dokumentacji, przy jednoczesnym uznaniu za wiarygodne zeznań J. K. (1), który jako osoba odpowiedzialna u pozwanych za pozyskiwanie dokumentacji

przetargowej zeznał, że udzielanie dokumentacji odbywa się na pisemny wniosek, w którym należy wskazać na całość dokumentacji lub jej określoną część, a z wniosków pozwanych o udostępnienie oraz zeznań świadka M. S. wynika, że pozwani do dnia złożenia odwołania, pomimo ustalonej praktyki, nie wnosili o udostępnienie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, gdzie znajdowały się oświadczenia osób wykonujących w nim czynności,

- błędnym ustaleniu, że wizyta pracownika pozwanego J. K. (1) w siedzibie (...) w T. mogła uzasadniać subiektywne przekonanie pozwanych o celowym nierównym traktowaniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, podczas gdy z notatki służbowej z dnia 7 grudnia 2016 r. sporządzonej przez E. M. i powódkę jednoznacznie wynika, że pismo w sprawie dostępu do dokumentacji przetargowej przekazała J. K. (1) E. M., pouczając go jedynie, że należy czekać na oficjalne stanowisko, co jest spójne z przesłuchaniem powódki, z

którego wynikało, że pouczyła jedynie J. K. (1) o procedurze udostępniania dokumentacji postępowania, co nie stanowi podejmowania czynności w ramach postępowania,

- wywiedzeniu związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy czynnościami podejmowanymi w postępowaniu przez zamawiającego, na które pozwani mogli wnosić środki ochrony prawnej, a uprawnieniem do sformułowania wobec powódki zarzutu zmywu przetargowej z samego tylko faktu pozostawania powódki w związku małżeńskim z pracownikiem jednego z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, przebywania powódki w siedzibie zamawiającego, gdzie wykonywała swoją pracę oraz faktu rzekomej rozmowy powódki z J. K. (1), podczas gdy z pisma z dnia 2 grudnia 2016 r. o wyborze oferty (...) S.A. i odrzuceniu oferty pozwanych wynikają przyczyny faktyczne i prawne decyzji zamawiającego, a mianowicie niezłożenie przez pozwanych wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, a dla skutecznego wniesienia środka ochrony prawnej przez pozwanych wystarczyło jedynie wykazać, że pozwani złożyli żądane wyjaśnienia lub że otrzymali w tym zakresie zbyt mało czasu,

- uznaniu, że powódka nie wykazała, że działania pozwanych miały celowy charakter, były nakierowane na zdyskredytowanie powódki, a pośrednio i zamawiającego, poprzez sformułowanie nieprawdziwych tez o zmywie przetargowe, podczas gdy działania te były celowo ukierunkowane na upublicznienie nieprawdziwych tez o rzekomej przestępczych działaniach powódki, czego dowodzi ponowna wizyta pracownika pozwanych A. Z. po przekazaniu przez E. M. oficjalnego stanowiska zamawiającego dnia 7 grudnia 2016 r., o wyraźnie prowokacyjnym charakterze, w trakcie, której zażądał on od powódki złożenia oświadczenia na piśmie o odmowie udostępnienia dokumentacji przetargowej,

- uznaniu za niewiarygodne podanych przez powódkę przyczyn wyłączenia w trybie art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, jako sprzecznych z treścią dokumentu z dnia 18 stycznia 2017 r., a w konsekwencji wywiedzenie z tego ustalenia, wniosków i ocen, co do faktycznego przebiegu i znaczenia wizyty J. K. (1) oraz rzekomej rozmowy powódki z J. K. (1), podczas gdy nie miała miejsca żadna rozmowa, a z wezwania z dnia 18 stycznia 2017 r. nie wynika, że powódka podała tam faktyczne powody wyłączenia się z udziału w postępowaniu, przy jednoczesnym uznaniu za wiarygodne i spójne zeznań świadków P. K. i E. M., co do powodów wyłączenia się powódki z postępowania oraz zeznań M. S., który potwierdził, że mógł dzwonić do powódki w sprawie przesunięcia terminu otwarcia ofert w postępowaniu, a tym samym wpływać na przebieg postępowania, a pozwanym na przetargu zależało w sposób szczególny,

- błędnej ocenie treści przedsądowego wezwania skierowanego przez powódkę do pozwanych i D. B. nieuwzględniającej faktu, że wezwanie to odnosiło się do zarzutów stawianych powódce przez pozwanych, a nie stanowiło wskazania okoliczności i podstawy faktycznej wyłączenia się z postępowania przetargowego przez powódkę oraz uznaniu, że powódka wskazałaby pozwanym inną podstawę faktyczną wyłączenia się z postępowania, gdyby taka istniała,

- odmowie wiarygodności przesłuchaniu powódki w zakresie dotyczącym przyczyn i obowiązku poinformowania stron o fakcie wyłączenia się z postępowania, w sytuacji gdy

obowiązek taki nie wynika z żadnych przepisów prawa, ani nie istnieje utrwalony zwyczaj, który nakładał by taki obowiązek na osobę wyłączającą się z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;

4. naruszenie norm prawa materialnego:

a. art. 23 i 24 k.c. polegające na uznaniu, że zarzucenie powódce przez pozwanych uczestniczenia w zмовie przetargowej nie było bezprawne i nie naruszyło jej dóbr osobistych, podczas gdy z okoliczności sprawy, przeprowadzonych dowodów i treści przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych jednoznacznie wynika, że do naruszenia doszło, i że naruszenie to miało charakter bezprawny,

b. art. 24 § 1 k.c. poprzez uznanie, że pozwani skutecznie wykazali istnienie okoliczności wyłączających bezprawność ich działania, podczas gdy pozwani w toku postępowania wykazali wyłącznie to, że zamawiający (zatem nie powódka) w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego naruszył ich interes wyznaczając zbyt krótki termin na udzielenie wyjaśnień oraz usiłowali wykazać, że wyłączenie się powódki od udziału w postępowaniu miało charakter fikcyjny, a jego przyczyną było pozostawanie w związku małżeńskim z pracownikiem jednego z wykonawców, nie wykazali zaś, by u zamawiającego istniała zмова przetargowa, w której uczestniczyła powódka i jej mąż,

c. art. 24 § 1 k.c. poprzez uznanie, że to powódka powinna wykazać, że pozwani celowo doprowadzili do zamieszczenia w odwołaniu informacji niezgodnych z prawdą, podczas gdy ciężar dowodowy w tym zakresie spoczywał na pozwanych,

d. art. 180 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych przez jego błędną wykładnię i niezastosowanie wskutek uznania, że pozwani składając odwołanie, w którym sformułowali wobec powódki zarzut zмовy przetargowej i w którym domagali się jej wyłączenia z udziału w postępowaniu, pomimo że powódka już 14 listopada 2016 r. wyłączyła się z udziału w postępowaniu (czego pozwani nie zweryfikowali przed złożeniem odwołania), było działaniem w ramach porządku prawnego, mimo że przepis ten wyraźnie stanowi, że w tzw. postępowaniach podprogowych, jakim było przedmiotowe postępowanie przetargowe ograniczony jest zakres przedmiotowy, na który wykonawcy mogą wnosić środki ochrony prawnej, skutkiem czego było uznanie, że pozwani wzruszyli domniemanie prawne o bezprawności swoich działań ustanowione w art. 24 k.c.,

d) art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego zastosowanie w sytuacji, w której przepis ten nie miał zastosowania do odwołania złożonego przez pozwanych w dniu 7 grudnia 2016 r.,

e) art. 17 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez jego błędną wykładnię i niezastosowanie wskutek uznania, że powódka obowiązana była informować pracowników pozwanych o wyłączeniu się z udziału w postępowaniu, podczas gdy przepis ten wyraźnie stanowi, iż osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia składają, oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia, do którego pozwani mogli żądać wglądu przed złożeniem odwołania, dochowując należytej staranności przed sformułowaniem zarzutów pod adresem powódki, czego jednak nie uczynili,

f) art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych przez jego błędną wykładnię i niezastosowanie wskutek uznania, że powódka składając oświadczenie o wyłączeniu się z

postępowania i wskazując na przesłankę ustanowioną tym przepisem, nie mogła kierować się subiektywną oceną, co do zaistniałych okoliczności, tj. co do prób wpływania przez M. S. na przebieg postępowania za pośrednictwem powódki, co czyni ją w tym zakresie niewiarygodną, podczas gdy przepis ten ma charakter wyłącznie subiektywny,

g. art. 18 w zw. z art. 20 ustawy Prawo zamówień publicznych przez jego błędną wykładnię i niezastosowanie wskutek uznania, że pozwani mogli pozostawać w przekonaniu, że powódka działając w ramach komisji przetargowej mogła mieć wpływ na wybór oferty, podczas gdy przepis ten stanowi, iż za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiada kierownik zamawiającego, i to on decydował o wyborze najkorzystniejszej oferty,

za którą dwukrotnie została uznana oferta (...) S.A. a który to wybór, ostatecznie potwierdziła wyrokiem z dnia 6 marca 2017 r. Krajowa (...),

h. art. 9 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z § 4 ust. 1 rozporządzenia w sprawie udostępnienia protokołu postępowania, przez jego błędną wykładnię i niezastosowanie polegające na uznaniu, że pozwani domagając się udostępnienia dokumentacji przetargowej osobiście od powódki, przez swoich pracowników, działali zgodnie z prawem, podczas gdy przywołane przepisy stanowią, że postępowanie za wyjątkiem sytuacji ustawą przewidzianych, prowadzi się w formie pisemnej, a protokół postępowania wraz załącznikami udostępnia zamawiający po złożeniu wniosku w tym zakresie, przy czym okoliczność ta dowodzi także celowego działania pozwanych obliczonego na wywołanie wrażenia jakoby to powódka uniemożliwiła udostępnienie dokumentacji, wpływała na wynik postępowania i dyskryminowała pozwanych, co ostatecznie znalazło odzwierciedlenie w treści przedmiotowego odwołania,

i. art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych przez jego błędną wykładnię i niezastosowanie wskutek uznania, że adres służbowej poczty elektronicznej powódki wskazany w SIWZ po dniu 14 listopada 2016 r. mógł zostać skutecznie zmieniony, podczas gdy zmiana taka nie mogła zostać dokonana, ponieważ przepis ten stanowi, iż w uzasadnionych przypadkach zamawiający może zmienić treść SIWZ przed upływem terminu składania ofert, a powódka bezsprzecznie wyłączyła się z postępowaniu już po otwarciu ofert.

j. art. 305 k.k. poprzez uznanie, że czynności przedsiębrane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które mogły naruszać interes pozwanych, mogły równocześnie świadczyć o wypełnieniu przez powódkę znamion przestępstwa zмовы przetargowej;

5. naruszenie art. 98 § 3 k.p.c. poprzez przyznanie kosztów zastępstwa procesowego na rzecz obu uczestników pozwanych osobno, podczas gdy zgodnie z treścią tego przepisu i ustaloną jego wykładnią, wysokość zasądzonych kosztów zastępstwa procesowego powinna odpowiadać wysokości jednego wynagrodzenia, a nadto przez brak wskazania w uzasadnieniu wyroku jednoznacznych przyczyn takiego rozstrzygnięcia.

Skarżąca domagała się zmiany zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie powództwa w całości, ewentualnie uchylenia go i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania oraz zasądzenia kosztów zastępstwa procesowego.

W odpowiedzi na apelację pozwani wnieśli o jej oddalenie jako niezasadnej i zasądzenie na rzecz każdego z nich kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja powódki nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności odnieść się należy do najdalej idącego zarzutu skarżącej dotyczącego nie rozpoznania istoty sprawy, który, w ocenie Sądu Apelacyjnego, pozostaje niezasadny. Sąd Okręgowy, w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia, poczynił prawidłowe ustalenia stanu faktycznego sprawy, które Sąd Apelacyjny w pełni podziela i uznaje za własne, zatem nie zachodzi potrzeba ich ponownego przytaczania.

Wbrew zarzutowi skarżącej brak ustaleń w zakresie istnienia bądź nieistnienia w przedmiotowym postępowaniu przetargowym zмовы przetargowej, w której miałyby uczestniczyć powódka nie wskazuje na nierozpoznanie istoty sprawy, zaś ustalone przez Sąd I instancji okoliczności dotyczące przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym wyłączenia się z udziału w komisji przetargowej powódki, nie pozostawały irrelewantne dla rozstrzygnięcia sporu. Istota przedmiotowej sprawy w kwestionowanym przez skarżącą zakresie polegała na ocenie, czy treść i sposób sformułowania odwołania złożonego przez pozwanych do Krajowej (...) narusza dobre imię powódki, przy uwzględnieniu charakteru środka wniesionego przez pozwanych oraz czy mogli oni, przy zachowaniu należytej staranności, mieć przekonanie o konieczności stosownego zbadania stawianych zarzutów.

Odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 7 grudnia 2016r. pozwani oparli przede wszystkim na merytorycznej przesłance błędnego uznania przez zamawiającego, że nie złożyli oni żądanych wyjaśnień, zakreśleniu na ich udzielenie nie adekwatnego terminu, a wreszcie stwierdzeniu, że szereg nieprawidłowości w prowadzeniu przedmiotowego postępowania przetargowego pośrednio wskazuje, w ocenie odwołującego, że pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, którego oferta została wybrana w przetargu, występuje niedozwolone porozumienie naruszające uczciwą konkurencję. Odwołujący stwierdzili również, że w ich ocenie są oni traktowani nierówno względem innych wykonawców, zamawiający dążył do wyboru oferty (...) S.A., przy czym mężem osoby wskazanej do kontaktów po stronie zamawiającego M. K. jest P. K., pracownik wybranego wykonawcy, pełniący funkcje kierownika budowy i menadżera projektu, zatem w sytuacji kiedy część dochodów powódki uzależniona być może od ilości wygranych projektów winna ona złożyć oświadczenie o wyłączeniu się z komisji przetargowej w trybie art. 17 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. wskazać należy, iż zarzut taki może zostać skutecznie przedstawiony przez wykazanie, że Sąd I instancji popełnił błędy w ocenie dowodów, naruszył zasady logicznego rozumowania czy doświadczenia życiowego; konieczne pozostaje przy tym jednocześnie wskazanie konkretnych dowodów, których zarzut taki dotyczy. Zgodnie bowiem z dyspozycją art. 233 § 1 k.p.c. sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału dowodowego. Taka ocena dokonywana jest na podstawie przekonań sądu, jego wiedzy i posiadanego doświadczenia życiowego, a ponadto powinna uwzględniać wymagania prawa procesowego oraz reguły logicznego myślenia, według których sąd w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy jako całość, dokonuje wyboru

określonych środków dowodowych i – wążąc ich moc oraz wiarygodność - odnosi je do pozostałego materiału dowodowego. Zarówno w literaturze jak i orzecznictwie zgodnie przyjmuje się także, że powyższa ocena musi być oparta na wszechstronnym rozważeniu zgromadzonego materiału dowodowego, przez co należy rozumieć uwzględnienie wszystkich dowodów przeprowadzonych w postępowaniu oraz wszystkich okoliczności towarzyszących przeprowadzeniu poszczególnych środków dowodowych, mających znaczenie dla ich mocy i wiarygodności.

Zgłoszony w apelacji zarzut naruszenia przepisu art. 233 § 1 k.p.c może zostać uwzględniony jedynie w przypadku wykazania jakie kryteria oceny naruszył sąd przy ocenie konkretnych dowodów, uznając brak ich wiarygodności i mocy dowodowej lub niesłuszne im je przyznając, a także w przypadku, gdy brak jest logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami lub gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo, wbrew zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych praktycznych związków przyczynowo - skutkowych. Natomiast nie czyni zarzutu tego skutecznym przedstawianie przez skarżącego własnej wizji stanu faktycznego w sprawie, opartej na dokonanej przez siebie odmiennej ocenie dowodów, a nawet możliwość w równym stopniu wyciągnięcia na podstawie tego samego materiału dowodowego odmiennych wniosków (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2002 r. sygn. akt II CKN 817/00, publ. LEX nr 56906, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2001 r. sygn. akt IV CKN 970/00, publ. LEX nr 52753).

Skarżąca zarzuca błędną ocenę treści notatki służbowej z dnia 7 grudnia 2016r. sporządzonej przez nią oraz E. M., jednakże jej treść pozostaje sprzeczna z treścią przesłuchania samej powódki. Z treści tej notatki wynika, że powódka udzieliła odpowiedzi jedynie w dniu 7 grudnia 2016r. A. Z., podczas gdy z przesłuchania powódki wynika, że odpowiadała ona również J. K. (1), albowiem zwracał się on bezpośrednio do niej i udzieliła mu pouczenia, że należy czekać na oficjalne stanowisko zamawiającego, przy czym miało to miejsce w obecności E. M..

Skarżąca nie wskazuje jakie konkretnie okoliczności zostały ponadto przez Sąd I instancji ustalone zgodnie z treścią zeznań świadków J. K. (1), A. z., M. W., B. K., A. K., a niezgodnie z treścią przedmiotowej notatki, jednakże te okoliczności, które Sąd I instancji uznał zasadnie za mające znaczenie dla rozstrzygnięcia, znalazły potwierdzenie w treści przesłuchania powódki.

Sąd I instancji ustalił, że pozwane Przedsiębiorstwo (...) S.A. w T. po dokonaniu przez zamawiającego wyboru oferty zwracało się do zamawiającego o udostępnienie dokumentacji zebranej w postępowaniu o udzielenie zamówienia

publicznego w dniach 2 grudnia 2016r. i 5 grudnia 2016r., przy czym Sąd I instancji w istocie nie ustalił wprost, wbrew twierdzeniom skarżącej, czy wnioski dotyczyły całej dokumentacji zgromadzonej w postępowaniu przetargowym. Z treści dokumentu z 2 grudnia 2016r., wskazującego na pismo z 29 listopada 2016r., wynika, że żądana dokumentacja dotyczyć miała wezwań zamawiającego skierowanych do wykonawców oraz ich odpowiedzi, jednakże w mailach z dnia 5 grudnia 2016r. A. Z. działający w imieniu pozwanego Przedsiębiorstwo (...) S.A. w

T. wskazuje na ofertę złożoną przez (...), ale i na udostępnienie dokumentacji, choć jednocześnie powołuje się na dotychczasowe wnioski o udostępnienie części dokumentacji, ale i odmowę dostępu pracownika wykonawcy do dokumentacji w celu wykonania jej kserokopii. Co prawda z zeznań świadków J. K. (2), A. Z., B. K. wynika, że wnioski pozwanych o wydanie dokumentacji dotyczyły całej dokumentacji przetargowej, na częściowe wnioski nie wskazuje także i świadek A. K., jednakże brak jest jednoznacznego potwierdzenia dla takiej tezy w treści dokumentów, które odwołują się również do określonej części tej dokumentacji. Treść zeznań świadka M. S. zezwala zaś na ustalenie, że pozwany Przedsiębiorstwo (...) S.A. w T. nigdy nie miał trudności w uzyskaniu dokumentacji przetargowej poza przedmiotowym przypadkiem.

Nie można zarzucić Sądowi I instancji błędnej oceny dokumentu w postaci wezwania D. B. do usunięcia skutków naruszenie dóbr osobistych powódki, skoro z jego treści jednoznacznie wynika, że powódka wyłączyła się z udziału w postępowaniu przetargowym niezwłocznie po uzyskaniu informacji, że o udzielenie zamówienia ubiega się (...) S.A.; w istocie brak w treści tego dokumentu sporządzonego przed wszczęciem postępowania sądowego jakiegokolwiek odniesienia do okoliczności związanych z pozwanymi, które mogły skłonić powódkę do wyłączenia się od udziału w komisji przetargowej; również zeznania świadka M. S. nie wskazują, aby powódka jego zachowanie uważała za problematyczne, a i brak dowodów, aby skłoniło ono już powódkę wcześniej do wyłączenia się od udziału w komisji przetargowej. Jednocześnie na podstawie zeznań świadków P. K. oraz E. M. można sformułować wyłącznie tezę o jakiej przyczynie wyłączenia się z postępowania przetargowego powódka ich poinformowała, nie zaś jakie okoliczności faktycznie skłoniły ją do podjęcia takiej decyzji.

Sam fakt, że ustawa nie nakłada na zamawiającego czy osobę, która wyłącza się od udziału w komisji przetargowej obowiązku poinformowania o tym przystępujących do przetargu wykonawców nie oznacza, że wskazywane obecnie przez powódkę przyczyny wyłączenia się z komisji przetargowej pozostają wiarygodne.

Pozostałe zarzuty sformułowane przez skarżącą jako odnoszące się do przekroczenia zasad swobodnej oceny dowodów dotyczyły oceny stwierdzonych okoliczności faktycznych w odniesieniu do żądania pozwu.

Skarżąca zarzuciła, że Sąd I instancji błędnie ocenił, że przyjmowanie przez powódkę na jej służbowym adresie mailowym korespondencji dotyczącej postępowania przetargowego już po wyłączeniu się powódki z komisji przetargowej, skoro z tego adresu nie były udzielane żadne odpowiedzi oraz przebieg wizyty J. K. (1) w siedzibie (...) w T. mogły wywołać u pozwanych błędne przekonanie, że powódka nadal bierze udział w pracach komisji przetargowej. O ile uwzględni się okoliczność, że powódka wcześniej nie wyłączała się z postępowań przetargowych z udziałem (...) S.A., a jednocześnie niewątpliwie mając okazje poinformowania pracownika pozwanego o swej decyzji tego zaniechała, a jej zachowanie, wedle jej własnych twierdzeń nie odbiegało w sposób istotny od zachowania w sytuacji, gdy nie składała oświadczenia o wyłączeniu się z prac komisji przetargowej, należy dojść do przekonania, że pozwani nie mieli podstaw do przypuszczania, że powódka wyłączyła się od udziału w postępowaniu przetargowym.

Wyjaśnić też należy, że Sąd I instancji nie dokonywał oceny, czy wskazany do kontaktów adres może być zmieniony po upływie terminu do składania ofert, a jedynie słusznie stwierdził, że istniejąca w tym zakresie sytuacja mogła, wraz z innymi okolicznościami, skutkować błędnym przekonaniem pozwanych, że powódka nadal pozostaje członkiem komisji przetargowej, zatem niezasadny zarzut skarżącej w zakresie naruszenia art. 38 ust.4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nie można również zgodzić się ze skarżącą, że Sąd I instancji ustalił istnienie związku przyczynowego pomiędzy czynnościami podejmowanymi przez powódkę a ostatecznym wynikiem postępowania przetargowego; Sąd I instancji nie stwierdził także, aby istniały rzeczywiste podstawy do formułowania zarzutu zmywu przetargowej. Nie ulega

też wątpliwości, że z wyroku Krajowej (...) rozpoznającej odwołanie wniesione przez pozwanych wynika, że dla jego skuteczności wystarczającym było powołanie się na kwestie związane z terminem zakreślonym pozwanym przez zamawiającego do udzielenia wyjaśnień, jednakże przepis art. 180 ust.2 ustawy Prawo zamówień publicznych ograniczając czynności i zaniechania, od których przysługuje odwołanie nie stwarza ograniczeń w charakterze podnoszonych zarzutów w odniesieniu do tych czynności i zaniechań.

W zgromadzonym materiale dowodowym w istocie brak podstaw do stwierdzenia, aby po wyłączeniu się z komisji przetargowej powódka podejmowała nadal czynności jako jej członek, Sąd I instancji takiego ustalenia też nie dokonał; nie świadczy o tym sama okoliczność braku zmiany adresu mailowego służącego do kontaktów z wykonawcami, choć wskazane powyżej okoliczności mogły skutkować u pozwanych takim właśnie błędnym przekonaniem. Sąd Apelacyjny podziela ustalenia Sądu I instancji odnośnie roli komisji przetargowej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak i roli jaką pełniła w niej powódka przed złożeniem przez nią oświadczenia o wyłączeniu się z komisji przetargowej; ustalenia te nie pozostają sprzeczne z wskazywaną treścią zeznań świadka M. W., który zeznał, że na decyzjach nie widział podpisów powódki oraz z przepisem art. 18 w zw. z art. 20 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zasadnie Sąd I instancji stwierdził, że ocena treści odwołania do Krajowej (...) wniesionego przez pozwanych musi uwzględniać okoliczność, że pozostawało ono środkiem quasi procesowym zmierzającym do uzyskania orzeczenia korzystnego dla skarżących. Podzielić należy także ocenę Sądu Okręgowego, że oświadczenia zawarte zarówno w środkach procesowych, a i odpowiednio w odwołaniu do Krajowej (...) mogą być uznane za bezprawne tylko wtedy gdy nie służą obronie prawnej osoby działającej, zaś ich motywacją nie jest obrona własnego interesu prawnego. W okolicznościach sprawy słuszny pozostaje wniosek Sądu I instancji, że brak jest dowodów wykazujących, że działania pozwanych nakierowane były na zdyskredytowanie powódki i zamawiającego i upublicznienie tych fałszywych tez, a zatem bezprawne. Na taką okoliczność nie wskazuje przytaczana przez skarżącą ponowna wizyta w (...) w T. wizyta A. Z. i zażądanie przez niego pisemnego oświadczenia o odmowie udostępnienia dokumentacji; pozwani przedstawili we wniesionym odwołaniu własne oceny sytuacji, nie podjęli jakichkolwiek działań mających na celu ich upowszechnienie, a co więcej po uzyskaniu wiadomości o zgłoszeniu przez ich pełnomocnika o możliwości popełnienia w toku postępowania przetargowego przestępstwa przez

zamawiającego wypowiedzieli mu pełnomocnictwo.

Nieprawidłowe działania organów publicznych zwykle związane są z nieprawidłowościami dotyczącymi poszczególnych osób, zaś ujawnienie ich, o ile istnieją jakiegokolwiek przesłanki nakazujące, choćby hipotetyczne rozważenie takiej ewentualności, nie może być co do zasady połączone z ryzykiem naruszenia dóbr osobistych.

Wyjaśnić należy, że słusznie skarżąca wskazuje, że ciężar wykazania bezprawności działań podjętych przez pozwanych nie spoczywał na niej, jednakże pozwani zdołali wykazać, że działania te nie pozostawały bezprawne.

Pozwani nie kwestionowali okoliczności, że treść odwołania opierała się na okolicznościach przekazanych przez nich pełnomocnikowi, jednakże pełna i profesjonalna analiza sporządzonego odwołania w istocie nie była możliwa choćby z uwagi na otrzymanie od zamawiającego dokumentów w ostatnim dniu terminu do złożenia odwołania; korzystanie z pomocy profesjonalnego pełnomocnika zakłada przy tym brak konieczności ponownej analizy prawnej sporządzonego dokumentu.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu skarżącej w zakresie naruszenia prawa procesowego stwierdzić należy, że w okolicznościach sprawy nie udzielenie głosu stronom bezpośrednio przed zamknięciem rozprawy nie miało znaczenia dla rozstrzygnięcia; stanowiska stron zostały w sposób dostateczny wyjaśnione.

We wskazanych okolicznościach ustalenia, że treść odwołania wniesionego przez pozwanych nie narusza dóbr osobistych powódki nie stanowi naruszenia art. 23 i 24 k.c. Zbędną pozostaje ocena w zakresie zarzutu naruszenia art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, skoro niewątpliwie spór pomiędzy stronami powstał w związku ze złożeniem przez pozwanych odwołania, które zostało rozpoznane przez Krajową Izbę Odwoławczą oraz art. 17 ust. 1 i 2 ustawy Prawo o zamówieniach publicznych w zakresie wskazywanym przez skarżącą, skoro Sąd I instancji

nie stwierdził, że powódka miała ustawowy obowiązek poinformowania pozwanych o wyłączeniu się z komisji przetargowej, ani też, że składając oświadczenie o wyłączeniu się z komisji przetargowej nie mogła kierować się subiektywną oceną zaistniałych okoliczności.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 9 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z § 4 ust. 1 rozporządzenia w sprawie udostępnienia protokołu postępowania przez jego błędną wykładnię i niezastosowanie polegające na uznaniu, że pozwani domagając się udostępnienia dokumentacji przetargowej osobiście od powódki, przez swoich pracowników, działali zgodnie z prawem, wskazać należy, że pozwani kierowali do zamawiającego również wnioski w formie mailowej, a przy stosowaniu dotychczasowej praktyki nigdy nie mieli problemów z uzyskaniem dokumentacji o jaką wnioskowali.

Niezasadny pozostaje także zarzut skarżącej w zakresie naruszenia przez Sąd I instancji art. 305 k.k., albowiem Sąd ten poczynił ustalenia, aby zachowanie zamawiającego mogły świadczyć w sposób obiektywny o zaistnieniu przestępstwa; ocena ta została potwierdzona odmową wszczęcia dochodzenia w sprawie sygn. akt PR (...) przez Prokuraturę Rejonową T. (...) w T., przy czym powyższy wniosek nie jest, w okolicznościach sprawy, jednoznaczny ze stwierdzeniem, że pozwani wskazując na taką możliwość w treści odwołania dopuścili się naruszenia dóbr osobistych powódki.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 98 § 3 k.p.c. Sąd Apelacyjny stwierdził, że pozostaje on niezasadny; dostrzegając rozbieżność judykatury w zakresie analizowanego zagadnienia Sąd Apelacyjny podziela stanowisko Sądu I instancji, zgodnie z którym współuczestnictwo materialem uprawnia do zasądzenia kosztów postępowania na rzecz każdego ze współuczestników nawet w sytuacji gdy reprezentował ich jeden pełnomocnik. Przepis art. 105 k.p.c. dotyczy wyłącznie współuczestnictwa po stronie przegrywającej, zaś w przypadku współuczestnictwa po stronie wygrywającej zastosowanie znajdują ogóle zasady rozstrzygania o kosztach procesu i każda ze stron wygrywających proces ma prawo żądać zwrotu kosztów niezbędnych do celowej obrony (vide: postanowienie Sądu Najwyższego w sprawie sygn. akt I CZ (...) z 10 października 2012r.).

Przepis art. 109 § 2 k.p.c. odnosi się do poszczególnych współuczestników jako stron, a nie do wszystkich współuczestników jako łącznej strony postępowania; orzeczenie o kosztach dotyczy kosztów należnych każdemu ze współuczestników, a nie kosztów należnych pełnomocnikowi.

Wobec powyższych okoliczności apelacja na mocy art. 385 k.p.c. podlegała oddaleniu, zaś o kosztach postępowania apelacyjnego Sąd Apelacyjny orzekł stosownie do § 2 ust. 3, § 8 ust.1 pkt 2 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz.U. poz. 1800 z późn. zm.).