

Sygn. akt I C 188/16

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 grudnia 2016 roku

Sąd Okręgowy w Elblągu Wydział I Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Dorota Zientara

Protokolant: stażysta Joanna Michaliszyn

po rozpoznaniu w dniu 15 grudnia 2016 r. w Elblągu

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Spółki Akcyjnej w W.

przeciwko Skarbowi Państwa - 21 (...) Oddziałowi (...) w E.

o zapłatę

1. oddała powództwo;

2. zasądza od powoda (...) Spółki Akcyjnej w W. na rzecz pozwanego Skarbu Państwa – Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa kwotę 7.200 zł /siedem tysięcy dwieście złotych/ tytułem zwrotu kosztów procesu.

Sygn. akt I C 188/16

UZASADNIENIE

Powód (...) Spółka Akcyjna w W. domagał się zasądzenia od pozwanego Skarbu Państwa - 21 (...) Oddziału (...) w E. kwoty 76.800 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 23 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty, tytułem zwrotu wadium oraz zasądzenia zwrotu kosztów procesu.

W uzasadnieniu wskazał, że wygrał ogłoszony przez pozwanego przetarg, ale z uwagi na zbyt krótki okres między dniem podpisania umowy, to jest 29 grudnia 2015 r. i dniem rozpoczęcia jej wykonywania – 1 stycznia 2016 r., nie był w stanie przygotować się do realizacji obowiązków. Wskazał, że dokonał wszelkich niezbędnych czynności, które mogły być podjęte przed podpisaniem umowy. Podkreślił równocześnie, że dopiero po zawarciu umowy mógł podjąć starania o odbiór magazynu broni, procedura odbioru trwa do 30 dni. Warunkiem wykonania umowy było uzyskanie odbioru magazynu. Z tych przyczyn, jego zdaniem, wykonywanie umowy w terminie do 1 stycznia 2016 r. było obiektywnie niemożliwe. Zarzucił również pozwanemu, że odmawiając zmiany terminu rozpoczęcia wykonywania umowy, naruszył treść art. 354 § 2 k.c., a jako profesjonalista powinien zdawać sobie sprawę z tego, że w zaistniałych warunkach wykonywanie umowy poczynając od dnia 1 stycznia 2016 r. nie było możliwe.

W ocenie powoda, okoliczności sprawy nie pozwalają na przyjęcie, że uchylał się od zawarcia umowy, względnie uchybił obowiązkowi złożenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Tym samym zatrzymanie wadium przez pozwanego było bezpodstawne.

Pozwany wniósł o oddalenie powództwa i przyznanie zwrotu kosztów procesu. Wskazał, że żądanie powoda jest niezasadne, ponieważ nie sprostął on wymaganiom przetargu określonym w Specyfikacji Istotnych Warunków

Zamówienia (dalej SIWZ), odmówił zawarcia umowy oraz nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zarzucił też brak legitymacji czynnej powoda, ponieważ ofertę w ramach przetargu złożyło konsorcjum, w skład którego wchodził powód oraz (...) – OCHRONA sp. z o.o. w C.. Zdaniem pozwanego, spółki te zawiązały spółkę cywilną, co oznacza, że powód jako wspólnik spółki cywilnej nie jest samodzielnie legitymowany do dochodzenia wierzytelności wchodzącej w skład majątku wspólnego spółki. Podkreślił ponadto, że powód jest profesjonalistą, stąd znane są jemu skutki związania się ofertą w ramach postępowania przetargowego oraz zakazu wprowadzania istotnych zmian w umowie, ciężających na pozwanym jako zamawiającym.

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

Pozwany Skarb Państwa - 21 (...) Oddział (...) w E. ogłosił przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne „Usługę ochrony fizycznej osób i mienia oraz nadzór nad funkcjonowaniem systemów alarmowych z (...) Centrów (...) w kompleksach jednostek wojskowych w E., B. i M. świadczoną przez (...) Uzbrojone Formacje Ochronne w 2016 r.”.

(bezsporne)

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wskazano, że termin wykonania zamówienia dla zakresu podstawowego obejmuje okres od dnia zawarcia umowy, jednak nie wcześniej niż od dnia 1 stycznia 2016 r. godz. 00:00 do dnia 31 sierpnia 2016 r. godz. 24:00 (pkt IV. SIWZ). Zamawiający wymagał wniesienia wadium w kwocie 76.800 zł (pkt IX. ppkt 1.1 SIWZ). Na mocy pkt X. ppkt. 1 i 2 SIWZ wykonawca był związany ofertą przez okres 60 dni od upływu terminu składania ofert. Zamawiający żądał wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy przed jej podpisaniem (pkt XVI. ppkt. 1 SIWZ). Zabezpieczenie miało być złożone w siedzibie zamawiającego w budynku nr (...), w kasie w pokoju nr (...), w określonych w SIWZ godzinach (pkt XVI. ppkt. 4 w zw. z pkt IX ppkt. 9 i 10 SIWZ).

(dowód: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia k. 19-29, załącznik do SIWZ k. 30-54)

W dniu 13 listopada 2015 r. (...) Spółka Akcyjna w W. (lider konsorcjum) zawarła z (...) – OCHRONA spółką z ograniczoną odpowiedzialnością w C. (członkiem konsorcjum) umowę konsorcjum celem realizacji powyższego zamówienia (dalej konsorcjum (...)).

(dowód: umowa konsorcjum k. 265)

Powód jako lider konsorcjum ustanowił ubezpieczeniową gwarancję zapłaty wadium.

(dowód: gwarancja zapłaty wadium Nr (...) k. 76)

W dniu 16 listopada 2015 r. konsorcjum przedsiębiorstw (...) złożyło ofertę w ramach przetargu ogłoszonego przez pozwanego.

(bezsporne, a nadto dowód: oferta k. 54-58)

W dniu 17 listopada 2015 r. nastąpiło otwarcie ofert.

(bezsporne)

W dniu 25 listopada 2015 r. pozwany wybrał jako najkorzystniejszą ofertę konsorcjum (...). Wyrokiem z dnia 16 grudnia 2015 r. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie o sygn. akt KIO (...) nakazała pozwanemu unieważnienie pierwotnie dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części 1. postępowania, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie części 1. postępowania, wykluczenie pierwotnie wybranego wykonawcy.

(bezsporne, a nadto dowód: kserokopia odpisu wyroku k. 189-212)

W dniu 17 grudnia 2015 r. pozwany wybrał ofertę konsorcjum (...) jako najkorzystniejszą i poinformował o tym powoda pocztą elektroniczną.

(bezsporne, a nadto dowód: pismo z dnia 17 grudnia 2015 r. k. 213-258)

W okresie od 21 grudnia 2015 r. do 28 grudnia 2015 r. powód dokonał zakupu sprzętu niezbędnego do wykonania umowy, w postaci m. in. pałek, kamizelek kuloodpornych, sejfów, latarek, hełmów, kajdanek i ubrań.

(dowody: faktury k. 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71)

W dniu 21 grudnia 2015 r. na terenie siedziby pozwanego miało miejsce spotkanie, w którym uczestniczyli przedstawiciele powoda, pozwanego, dotychczasowego podmiotu świadczącego usługę ochronę osób i mienia – konsorcjum (...) oraz przedstawiciele innych podmiotów, które brały udział w przetargu. Spotkanie to miało charakter organizacyjny.

(dowody: zeznania świadka H. S. 00:07:45-00:34:49, 00:35:41-00:56:05 z rozprawy z dnia 15 września 2016 r. oraz z rozprawy z dnia 27 października 2016 r. 00:30:51-00:41:45, zeznania świadków z rozprawy z dnia 15 grudnia 2016 r.: Z. D. 00:23:10-00:39:34, R. G. 00:34:39-00:48:34, W. K. (1) 00:48:34-01:12:16, zeznania słuchanej w charakterze strony pozwanej G. T. z rozprawy z dnia 15 grudnia 2016 r. 02:50:34-03:06:56)

Pozwany wyznaczył powodowi, jako liderowi konsorcjum, na dzień 29 grudnia 2015 r. termin podpisania umowy. Z ramienia konsorcjum nie zgłosiła się tego dnia żadna osoba umocowana do podpisania umowy.

Powód wystosował pismo do pozwanego, w którym wskazano, że zawarcie umowy w dniu 29 grudnia 2015 r. nie daje możliwości odbioru magazynu broni do dnia 1 stycznia 2016 r., godz. 00:00. Złożono jednocześnie propozycję zawarcia umowy ze wskazaniem późniejszej daty rozpoczęcia jej realizacji. Pozwany wyznaczył kolejny termin podpisania umowy na dzień 30 grudnia 2015 r. Tego dnia także nie doszło do podpisania umowy. Powód konsekwentnie wnioskował o zmianę terminu rozpoczęcia wykonywania umowy.

(bezsporne, a nadto dowody: pismo pozwanego z dnia 21 grudnia 2015 r. oraz z dnia 29 grudnia 2015 r. k. 218-219 i k. 221, pismo powoda z dnia 29 grudnia 2015 r. k. 72-73, pismo powoda z dnia 30 grudnia 2015 r. k. 74, oświadczenie k. 79)

W dniu 30 grudnia 2015 r. pozwany uznał, że powód zrezygnował z zawarcia umowy i wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez konsorcjum (...) sp. z o.o., jako lidera konsorcjum.

(dowód: pismo pozwanego z dnia 30 grudnia 2015 r. k. 224-225)

Powód jako lider konsorcjum ustanowił ubezpieczeniową gwarancję należytego wykonania kontraktu, która była ważna w okresie od 29 grudnia 2015 r. do dnia 30 grudnia 2016 r. Gwarancji tej jednak nie złożył.

(dowód: gwarancja Nr (...) k. 75)

Pismem z dnia 11 stycznia 2016 r. pozwany poinformował powoda o zatrzymaniu wadium z uwagi na odmowę zawarcia umowy oraz niewniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W dniu 12 stycznia 2016 r. pozwany wystąpił do ubezpieczyciela z żądaniem zapłaty kwoty 76.800 zł tytułem wadium.

(dowód: pismo pozwanego z dnia 11 stycznia 2016 r. k. 229, pismo pozwanego z dnia 12 stycznia 2016 r. k. 81)

W dniu 28 kwietnia 2016 r. konsorcjum (...) zostało rozwiązane na mocy porozumienia stron. Tego samego dnia strony (...) – OCHRONA sp. z o.o. w C. przeniosła na (...) S.A. w W. wszelkie wierzytelności, jakie przysługiwały jej wobec 21 (...) Oddziału (...) w E. związane z wyżej wymienionym przetargiem nieograniczonym, w tym ze zwrotem wadium.

(dowód: porozumienie k. 266)

Wydział Postępowań Administracyjnych Komendy Wojewódzkiej Policji w O. uznaje wnioski o protokolarne stwierdzenie wymagań technicznych magazynu i sposobu zabezpieczenia broni i amunicji złożone przed zawarciem

właściwej umowy o wykonanie usługi, o ile poparte są jakimkolwiek oświadczeniem zleceniodawcy. Na wykonanie czynności protokolarnego stwierdzenia takich wymagań potrzeba od 2 do 14 dni. Czas takich czynności wykonywanych przez funkcjonariuszy z Komendy Miejskiej Policji w E. nie przekraczał 10 dni, jeżeli nie występowały problemy po stronie wnioskującego o sprawdzenie. W grudniu 2015 r. i styczniu 2016 r. realizacja wniosku trwała maksymalnie 14 dni. Funkcjonariusze Policji z K. w E. w grudniu 2015 r. nie wykonali żadnych czynności zleconych przez Wydział Postępowań Administracyjnych KWP w O..

(dowód: pismo Kierownika Sekcji Ochrony Osób i Mienia (...) w O. k. 346)

Sąd zważył, co następuje:

Powyższy stan faktyczny w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia został ustalony na podstawie przedłożonych przez strony dokumentów, które nie były kwestionowane i których autentyczność nie budziła wątpliwości z urzędu. Ponadto Sąd ustalając podstawę faktyczną wyroku oparł się na zeznaniach świadków H. S., Z. D., R. G., W. K. (1) oraz słuchanej w charakterze strony pozwanej G. T.. Dowody te korelowały ze sobą i z pozostałym wiarygodnym materiałem zebrany w sprawie. Były jasne, logiczne i niesprzeczne wewnętrznie, dlatego uznano je za wiarygodne.

Sąd nie dał wiary zeznaniom świadka R. K. w części, w której zeznaje on, że nie było możliwe wcześniejsze przygotowanie magazynów broni, czyli przed podpisaniem umowy, ponieważ twierdzenie to pozostaje w oczywistej sprzeczności ze stanowiskiem organu dokującego odbioru magazynu (k. 346). Niewiarygodne z tych samych względów i w tej samej części były również zeznania świadków T. K., W. K. (2), D. R. i A. K.. Ponadto Sąd nie dał im wiary także w tym zakresie, w którym świadkowie ci zeznawali, że na spotkaniu w dniu 21 grudnia 2015 r. powód sygnalizował pozwanemu, iż nie spełni świadczenia w terminie, z uwagi na niewystarczającą ilość czasu na przygotowanie do realizacji umowy, a także odnośnie rozmów z przedstawicielami S. (...) w kwestii przedłużenia okresu sprawowania ochrony przez to przedsiębiorstwo w styczniu 2016 r. Zeznania te są nielogiczne i nie znajdują potwierdzenia w pozostałym materiale dowodowym, stanowią jedynie poparcie strategii procesowej powoda.

Zauważyć trzeba, że rozmowie o przedłużeniu terminu rozpoczęcia wykonywania zobowiązania przeczą świadkowie H. S., W. K. (1) i Z. D., który brali udział w tym spotkaniu jako przedstawiciele pozwanego. Ponadto świadek R. G., który był podczas spotkania w dniu 21 grudnia 2015 r. przedstawicielem (...) wyraźnie zaprzecza, aby rozmawiano z przedstawicielami powoda o przedłużeniu okresu świadczenia usług. Stanowisko to jest wiarygodne tym bardziej, że (...) nie miało żadnego interesu gospodarczego w świadczeniu przysługi konsorcjum (...), które było jego konkurentem gospodarczym. Podkreślić trzeba, że zarówno przedstawiciele konsorcjum (...) jak i konsorcjum (...) wiedzieli, że w razie niepodpisania kontraktu przez to pierwsze, najprawdopodobniej dojdzie do podpisania umowy z drugim z nich, skoro oferta tego drugiego podmiotu była kolejną, najkorzystniejszą.

Okoliczność tę również potwierdza słuchany w charakterze powoda J. Ł., który wskazał nawet, że konsorcjum (...) utrudniało konsorcjum (...) podjęcie obowiązków wiedząc, że ich oferta jest następną w kolejności. Podkreślić przy tym trzeba, że tego konsorcjum nie ograniczały żaden termin i związane z tym niedogodności, ponieważ realizowało ono usługę w trakcie trwania procedury przetargowej.

Nieprzekonujące jest również stanowisko świadków R. K., T. K. i W. K. (2), wedle którego powodowa spółka już 21 grudnia 2015 r. zgłaszała ustnie, że nie uda się jej rozpocząć świadczenia usług w dniu 1 stycznia 2016 r. Pisemnie problem ten zgłoszono pozwanemu dopiero w dniu 29 grudnia 2015 r., tj. w dniu, w którym miała zostać podpisana umowa.

Za nieistotne uznano zeznania świadków K. P. i R. J., ponieważ nie mieli on wiedzy co do istotnych okoliczności sprawy.

Powództwo podlegało oddaleniu.

W rozpoznawanej sprawie istotne dla rozstrzygnięcia było ustalenie, czy konsorcjum (...), reprezentowane przez powoda, jako jego lidera, mogło podjąć się wykonywania umowy od dnia 1 stycznia 2016 r., czy podjęło wszelkie możliwe środki w celu realizacji obowiązków wynikających z umowy. Innymi słowy, należało ustalić, czy wymienione konsorcjum nie uchylało się od zawarcia umowy nadto czy powódka jako lider nieistniejącego w dacie wytoczenia powództwa konsorcjum może samodzielnie dochodzić zwrotu wadium.

Powód swoje roszczenie wywodzi z art. 70⁴ § 2 k.c. w zw. z art. 14 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1020 ze zm. – dalej p.z.p.). Jeżeli uczestnik aukcji albo przetargu, mimo wyboru jego oferty, uchyla się od zawarcia umowy, której ważność zależy od spełnienia szczególnych wymagań przewidzianych w ustawie, organizator aukcji albo przetargu może pobraną sumę zachować albo dochodzić zaspokojenia z przedmiotu zabezpieczenia. W pozostałych wypadkach zapłacone wadium należy niezwłocznie zwrócić, a ustanowione zabezpieczenie wygasa. Jeżeli organizator aukcji albo przetargu uchyla się od zawarcia umowy, ich uczestnik, którego oferta została wybrana, może żądać zapłaty podwójnego wadium albo naprawienia szkody (art. 70⁴ § 2 k.c.).

Zarzut braku legitymacji czynnej powoda wywodzony jest z tego, że do przetargu przystępowało konsorcjum, będące w istocie spółką cywilną, w skład której wchodziła powodowa spółka oraz (...) – OCHRONA sp. z o. o. w C.. Okoliczność ta, zdaniem pozwanego, świadczy o współuczestnictwie koniecznym jednolitym, skutkiem czego jest obligatoryjne uczestnictwo w procesie w charakterze powoda również drugiej spółki tworzącej konsorcjum.

Zarzut ten nie jest zasadny. Zgodzić się należy z powodem, że konsorcjum (...) nie było spółką cywilną w rozumieniu art. 860 § 1 k.c., który stanowi, że przez umowę spółki wspólnicy zobowiązują się dążyć do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przez działanie w sposób oznaczony, w szczególności przez wniesienie wkładów. Zgodnie z art. 23 ust. 1 p.z.p. wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Pełnomocnikiem konsorcjum był powód (art. 23 ust. 2 p.z.p.).

Umowa konsorcjum nie jest uregulowana w polskim prawie, stanowi zatem umowę nienazwaną. W orzecznictwie i doktrynie uznaje się, że umowa taka jest zbliżona do umowy spółki cywilnej. Podobnie jak w przypadku spółki cywilnej uczestnicy konsorcjum zobowiązują się do wspólnego działania dla osiągnięcia założonego celu, w związku z tym twierdzi się w doktrynie, że konsorcjum stanowi tzw. spółkę okazjonalną. Pogląd ten uzasadnia odpowiednie stosowanie do umowy konsorcjum przepisów KC o spółce cywilnej, w tym w szczególności przepisów dotyczących wspólności łącznej. Sięganie do tych przepisów uzasadnione jest szczególnie w przypadku, gdy zobowiązanie konsorcjum wobec drugiej strony umowy ukształtowane zostało wyraźnie nie jako oddzielne zobowiązania poszczególnych uczestników, lecz jako jedno wspólne zobowiązanie wszystkich podmiotów tworzących konsorcjum. Tak jest w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 13 maja 2014 r., sygn. akt I ACa 1621/13, opubl. Legalis 1062431).

Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 6 marca 2015 r., sygn. akt III CZP 113/14 (opubl. Biuletyn SN - IC 2015 nr 4, OSNC - Zb. dodatkowy 2016 nr C, poz. 44, str. 42), wyjaśnił, że w postępowaniu o udzielenie zamówień publicznych konsorcjum działa w formie spółki cywilnej tylko wtedy, gdy taka jest wola stron oraz gdy istnieje przedsiębiorstwo, majątek wspólny oraz więzi organizacyjne i majątkowe wspólników. Zwraca się uwagę również na to, że nie ma podstaw do automatycznego kwalifikowania wszystkich umów o współdziałanie (lub podobnie nazywanych), w tym także zawieranych w postępowaniu zmierzającym do udzielenia i wykonania zamówienia publicznego, jako umów spółki cywilnej. Uznanie konkretnej umowy konsorcjalnej za umowę spółki cywilnej jest możliwe wtedy, gdy można w niej dostrzec wszystkie cechy konstrukcyjne umowy spółki cywilnej (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 lipca 2015 r., sygn. akt I CSK 353/14, opubl. MonPrBank 2016 nr 10, str. 43).

Sąd rozpoznający tę sprawę podziela wyrażone powyżej poglądy. Zauważyć trzeba jednak, że przeciwko uznaniu konsorcjum (...) za spółkę cywilną przemawia to, że porozumieniu tych spółek brak wszystkich cech niezbędnych do uznania jej za taką spółkę. Co prawda, wchodzące w jego skład spółki zobowiązały się do dążyć do osiągnięcia

wspólnego celu gospodarczego jakim była realizacja zamówienia przetargowego. Do tego celu spółki te miały dążyć samodzielnie w odrębny sposób oznaczony w umowie konsorcjum w § 5 (k. 265). Konsorcjum to nie posiadało wspólnego majątku, a jego przedstawicielem był lider konsorcjum, który samodzielnie zarządzał jego sprawami. Między spółkami nie doszło również do nawiązania więzi organizacyjnych i majątkowych. Nie można też mówić o tym, że spółki te stworzyły wspólne przedsiębiorstwo w znaczeniu przedmiotowym. Tę umowę konsorcjum należy zatem uznać za umowę obejmującą współpracę gospodarczą, w ramach której podmioty ją zawierające zobowiązują się do oznaczonego, odrębnego współdziałania w celu realizacji określonego założenia gospodarczego.

Nawet uznanie konsorcjum (...) za spółkę cywilną nie przesądza o braku legitymacji czynnej powoda. Niesporne jest bowiem to, że doszło do rozwiązania tej spółki, na mocy porozumienia stron (k. 266), tym samym nastąpiło przekształcenie stosunków majątkowych wspólników. Ustała między nimi wspólność majątkowa, która została zastąpiona przez współwłasność w częściach ułamkowych. Zgodnie z art. 875 § 1 k.c. od chwili rozwiązania spółki stosuje się odpowiednio do wspólnego majątku wspólników przepisy o współwłasności w częściach ułamkowych z zachowaniem dalszych przepisów. Zastosowanie znajdują więc w szczególności przepisy art. 198 k.c., 199 k.c., 202 k.c., 203 k.c., 204 k.c. i 205 k.c. Na podstawie art. 198 k.c. w zw. z art. 875 § 1 k.c. były wspólnik spółki cywilnej może rozporządzać swoim udziałem bez zgody pozostałych współwłaścicieli. Do takiego rozporządzenia doszło na podstawie umowy z dnia 28 kwietnia 2016 r. (k. 266). Dokonując wykładni oświadczeń zawartych w § 3 ust. 2 tej umowy stwierdzić trzeba, że (...) – OCHRONA sp. z o.o. w C. przeniósł na (...) S.A. w W. wierzytelność przysługującą mu wobec pozwanego z tytułu zwrotu wadium. Doszło zatem do przelewu wierzytelności, o którym stanowi art. 509 § 1 k.c. Również dlatego można wywodzić, że powód posiada samodzielną legitymację czynną.

Przechodząc do rozważań dotyczących skuteczności zatrzymania wadium przez pozwanego, podkreślić należy, że konsorcjum (...) było związane swoją ofertą, a także postanowieniami SIWZ. Za istotne postanowienie SIWZ uznać trzeba termin rozpoczęcia wykonywania zobowiązania, co wprost wynika z treści specyfikacji, a także z okoliczności faktycznych znanych stronom. Powód niewątpliwie wiedział, że dla pozwanego termin rozpoczęcia wykonywania zobowiązania jest istotny, ponieważ chodziło o zapewnienie ciągłości ochrony obiektów wojskowych. Ponadto istotnym postanowieniem SIWZ był obowiązek złożenia przed zawarciem umowy zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Powództwo podlega oddaleniu już tylko z tego względu, że konsorcjum (...) nie złożyło powyższego zabezpieczenia zgodnie z postanowieniami SIWZ. Nie ma przy tym znaczenia, czy zabezpieczenie to było ustanowione oraz czy przedstawiciel powoda miał ze sobą to zabezpieczenie w dniu 30 grudnia 2015 r. Istotne jest to, że zabezpieczenie to nie zostało złożone zgodnie z SIWZ, co upoważniało pozwanego do zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 5 pkt 2 p.z.p.

W ocenie Sądu, pozwany miał również uprawnienie do zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 5 pkt 1 p.z.p., ponieważ zamawiający odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie.

Po pierwsze, nieuzasadnione są zarzuty powoda co do wadliwości przebiegu postępowania przetargowego. Nie znajduje uzasadnienia w okolicznościach sprawy i obowiązujących przepisach przekonanie powoda, że pozwany wybierze najkorzystniejszą ofertę już w dniu 17 listopada 2015 r., a ofertą tą będzie złożona przez powoda, co pozwoli na podpisanie umowy na przełomie listopada – grudnia 2015 r. Te twierdzenia mają na celu jedynie uprawdopodobnienie wersji powoda, że niezbędny był okres aż 30 dni na przygotowanie do wykonania umowy.

Zauważyć trzeba, że powód jest profesjonalistą, który brał udział w wielu przetargach. Musiał więc zdawać sobie sprawę z tego, że proces wyboru oferty nie zakończy się tego samego dnia, w którym nastąpiło zamknięcie terminu do ich składania. Zamawiający potrzebuje bowiem czasu niezbędnego na porównanie ofert, jeśli jest zatem kilku oferentów, wybór nie może nastąpić tego samego dnia. Nie można zasadnie wywodzić, że doszło do nadzwyczajnego przedłużenia postępowania przetargowego. Pozwany już w dniu 25 listopada 2015 r. dokonał wyboru oferty. Ponadto pamiętać trzeba o uprawnieniu podmiotów biorących udział w przetargu do zaskarżania wyboru oferty, co powoduje

wdrożenie procedury odwoławczej i wiąże się z upływem czasu. W rozpoznawanej sprawie takie postępowanie zostało zainicjowane przez powoda. Podejmując decyzję o złożeniu odwołania, konsorcjum "S." musiało liczyć się z tym, że do zawarcia umowy nie dojdzie wcześniej niż w połowie grudnia. Procedura odwoławcza trwała dłużej jednakże pozwany nie miał na to żadnego wpływu, nie dopuścił się nadto uchybień, z których można by wywodzić jego odpowiedzialność.

Z uwagi na charakter postępowania przetargowego powód nie mógł mieć pewności, że to jego oferta zostanie uznana od razu za najkorzystniejszą, powinien zatem liczyć się z tym, że może wygrać przetarg w późniejszym terminie, ale nadal w okresie związania ofertą, który wynosił 60 dni.

Powód przystępując do przetargu powinien rozważyć, czy jest w stanie sprostać jego wymogom, także z uwagi terminy określone w SIWZ. Konsorcjum (...) złożyło ofertę 16 listopada 2015 r., więc już wtedy do dnia realizacji zamówienia pozostało około półtora miesiąca. Skoro powód zakładał, że będzie potrzebował na przygotowanie się około 30 dni od czasu podpisania umowy do rozpoczęcia jej realizacji, to za ryzykowne uznać należy przystąpienie przez niego do przetargu.

Zdaniem Sądu, powód jedynie na potrzeby procesu twierdzi, że od zawarcia umowy niezbędny czas do rozpoczęcia jej realizacji to około 30 dni. Procedura odbioru magazynu broni regulowana jest przepisami kodeksu postępowania administracyjnego.

Z art. 35 § 1 kpa wynika, że organy administracji publicznej obowiązane są załatwiać sprawy bez zbędnej zwłoki. Niezwłocznie powinny być załatwiane sprawy, które mogą być rozpatrzone w oparciu o dowody przedstawione przez stronę łącznie z żądaniem wszczęcia postępowania lub w oparciu o fakty i dowody powszechnie znane albo znane z urzędu organowi, przed którym toczy się postępowanie, bądź możliwe do ustalenia na podstawie danych, którymi rozporządza ten organ (art. 35 § 2 kpa). Natomiast załatwienie sprawy wymagającej postępowania wyjaśniającego powinno nastąpić nie później niż w ciągu miesiąca, a sprawy szczególnie skomplikowanej - nie później niż w ciągu dwóch miesięcy od dnia wszczęcia postępowania, zaś w postępowaniu odwoławczym - w ciągu miesiąca od dnia otrzymania odwołania (art. 35 § 3 kpa). Z powyższych przepisów wynika, że zasadą jest rozpoznawanie sprawy bez zbędnej zwłoki i dopiero w razie konieczności przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego termin ten może ulec przedłużeniu maksymalnie do 30 dni. Z materiału zebranego w sprawie wynika, że w grudniu 2015 r. funkcjonariusze z K. w E. byli w stanie przeprowadzić odpowiednie czynności w okresie od 2 do 14 dni.

Po czwarte, nie można zgodzić się z powodem, że konsorcjum (...) dokonało wszelkich niezbędnych czynności przygotowawczych, których podjęcie możliwe było przed podpisaniem umowy. Wbrew twierdzeniom powoda, warunkiem wszczęcia procedury odbioru magazynu broni (w trybie § 8 ust. 3 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 21 października 2011 r. w sprawie zasad uzbrojenia specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych i warunków przechowywania oraz ewidencjonowania broni i amunicji – t. j. Dz. U. z 2015 r. poz. 922), nie jest podpisanie umowy o świadczenie usług ochrony. W ramach tej procedury konsorcjum (...) mogło złożyć wniosek o protokolarne stwierdzenie spełnienia wymagań magazynu broni przed zawarciem umowy z pozwanym. Powód ostatecznie dowiedział się o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej w dniu 17 grudnia 2015 r. Od tego dnia miał on interes prawny (art. 28 kpa) do zainicjowania postępowania administracyjnego (art. 61 § 1 kpa). Mógł już następnego dnia złożyć wniosek; procedura administracyjna mogłaby zatem zakończyć się przed dniem 31 grudnia 2015 r., skoro termin realizacji wynosił od 2 do 14 dni, a w grudniu 2015 r. w E. nie toczyły się żadne postępowania tego typu.

Podsumowując, powód starał się wykazać, że nie był w stanie sprostać terminowi i to w związku z okolicznościami niezależnymi od niego, a mianowicie zbyt późno wyznaczonym terminem podpisania umowy. Pozwany prawidłowo prowadził przetarg oraz zadbał, aby postępowanie to toczyło się jak najszybciej. Wybór oferty trwał 8 dni, następnie konsorcjum (...) zaskarżyło do Krajowej Izby Odwoławczej wybór pozwanego. Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok w dniu 16 grudnia 2015 r., następnego dnia pozwany poinformował konsorcjum (...) o wyborze jego oferty. Podpisanie umowy możliwe było po uprawomocnieniu się wyboru.

Pozwany wyznaczył termin podpisania umowy na 29 grudnia 2015 r., czyli na 12 dni po wyborze oferty. Nie można tym samym uznać, że z winy pozwanego doszło do przedłużenia procedury przetargowej. Konsorcjum (...) nie podjęło we właściwym momencie starań o uzyskanie odbioru magazynów broni, bez takiego odbioru faktycznie nie było w stanie podjąć się wykonywania obowiązków wynikających z umowy stąd nie przystąpiło do jej podpisania. W konsekwencji nie jest możliwe przyjęcie istnienia obiektywnej niemożliwości świadczenia (art. 495 § 1 k.c.), przy zachowaniu należytej staranności powód mógł przystąpić do realizacji umowy z dniem 1 stycznia 2016 r.

Odnosnie do niewyrażenia zgody przez pozwanego na zmianę terminu rozpoczęcia wykonywania umowy, podkreślić trzeba, że zarówno pozwany nie mógł swobodnie dokonać jego zmiany, zgodnie z wnioskiem powoda, co wynika z art. 144 ust. 1 p.z.p. W świetle tego przepisu zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

- 1) zmiany zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian;
- 2) zmiany dotyczą realizacji dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych od dotychczasowego wykonawcy, nieobjętych zamówieniem podstawowym, o ile stały się niezbędne i zostały spełnione łącznie następujące warunki bliżej w przepisie określone.

W przywołanym przepisie mowa jest o zakazie dokonywania zmian istotnych. Ustawodawca za zmianę istotną uznał m. in. zmianę wprowadzającą warunki, które, gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści (art. 144 § 1e pkt 2a p.z.p.). Wbrew twierdzeniom powoda, możliwość zmiany terminu rozpoczęcia wykonywania umowy mogłaby wpłynąć na złożenie innych ofert. Jak wskazywano wcześniej, okres od zakończenia składania ofert do rozpoczęcia wykonywania umowy wynosił około półtora miesiąca. Był to więc stosunkowo krótki czas na przygotowanie do realizacji zamówienia, co mogło zniechęcić niektóre podmioty od wzięcia udziału w przetargu. Dlatego też zamawiający nie mógł zmienić, zgodnie z żądaniem powoda, tego terminu. Nieuprawnione jest więc twierdzenie, że pozwany dopuścił się naruszenia art. 354 § 2 k.c., czyli niełojalnie współdziałał z dłużnikiem w wykonaniu zobowiązania.

Mając na uwadze wcześniejsze rozważania powództwo należało oddalić.

O kosztach procesu orzeczono na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c., art. 99 k.p.c., § 2 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz. U. z 2015 r. 1080). Pozwany wygrał sprawę w całości co oznacza, że należy mu się zwrot kosztów procesu w wysokości 7.200 zł od powoda.