

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

dnia 15 luty 2018 roku

**Sąd Okręgowy w Warszawie, III Wydział Cywilny**

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSO Mariusz Solka
Protokolant:	sekretarz sądowy Tamara Oktaba

po rozpoznaniu w dniu 01 lutego 2018 roku w Warszawie na rozprawie

sprawy z powództwa (...) **sp. z o.o. w L.**;

przeciwko **pożwanemu (...) w W.**

o zapłatę

**orzeka:**

- zasądza od pozwanego (...) **w W.** na rzecz powoda (...) **sp. z o.o. w L., kwotę 9.594,00 (dziewięć tysięcy, pięćset dziewięćdziesiąt cztery) złotych** wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 22 kwietnia 2016 roku do dnia zapłaty;
- w pozostałym zakresie powództwo oddala;
- zasądza od powoda (...) **sp. z o.o. w L.** na rzecz pozwanego (...) **w W., kwotę 5.299,00 (pięć tysięcy dwieście dziewięćdziesiąt dziewięć) złotych** kosztów procesu .---

/-/ SSO Mariusz Solka

**Sygn. akt III C 817/16**

## UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 10 czerwca 2016 r. skierowanym przeciwko (...) w W., powód (...) Sp. z o.o. z siedzibą w L., reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika, wniósł o zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kwoty 94.218 zł brutto wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie liczonymi od dnia 22 kwietnia 2016 r. do dnia zapłaty z tytułu bezpodstawnego unieważnienia postępowania przetargowego z winy pozwanego i zaniechania podpisania umowy z powodem, w którym to postępowaniu przed jego unieważnieniem oferta powoda została wybrana jako najkorzystniejsza i został on zaproszony do podpisania umowy, co w konsekwencji spowodowało znaczną szkodę majątkową u powoda. Powód wniósł ponadto o zasądzenie kosztów procesu według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego oraz kosztów tłumaczenia dowodów. W uzasadnieniu powyższych żądań powód wyjaśnił, że w lipcu 2015 r. jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonym przez pozwanego. W konsekwencji powyższego w dniu 20 lipca 2015 r. powód został zaproszony do zawarcia umowy na dzień 23 lipca 2015 r. oraz na wezwanie pozwanego w dniu 22

lipca 2015 r. wniósł wymagane zabezpieczenie należytego wykonania umowy. Powód dodał, że z uwagi na termin wykonania zamówienia ustalony na dzień 29 lipca 2015 r., powód miał 9 dni od dnia zaproszenia do zawarcia umowy, do jej realizacji. Z tego też względu niezwłocznie pozyskał oferowany sprzęt już bowiem w dniu 20 lipca 2015 r. skontaktował się z kontrahentami i zamówił odpowiednie urządzenia. Ostatecznie powód uścił należność za faktury w dniu 22 lipca 2015 r. i w tej właśnie dacie pozyskał zamówiony sprzęt od dwóch dostawców, od trzeciego zaś w dniu 24 lipca 2015 r. Powód dodał, że wartość zamówienia nie przekraczała kwoty 207.000 euro, a zatem zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych, żaden z oferentów nie miał prawa do złożenia odwołania na wybór oferty do Krajowej Izby Odwoławczej, nie istniało więc zagrożenie, że wybór oferty zostanie zaskarżony. Powód wskazał, że w dniu 23 lipca 2015 r. przedstawiciel powoda stawiał się u pozwanego w celu podpisania umowy, dowiedział się jednak, że pozwany unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej co uzasadnił „uwzględnieniem zasadności informacji o rzekomej niezgodności sprzętu oferowanego przez powoda z wymaganiami pozwanego”. Informacje te były jednak nieprawdziwe, lecz pomimo wyjaśnień pismem z dnia 28 lipca 2015 r. pozwany poinformował o unieważnieniu postępowania w zakresie części 1 zamówienia, powołując się na „nieusuwalny błąd w dokonanych przez zamawiającego szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia” na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 prawa zamówień publicznych, co zdaniem powoda było bezpodstawne. Powód złożył u pozwanego informację w trybie art. 181 ust. 1 prawo zamówień publicznych, pozwany nie zmienił jednak swojego stanowiska. W ocenie powoda unieważnienie postępowania nastąpiło z przyczyn leżących po stronie pozwanego jako zamawiającego, powód jest więc uprawniony do dochodzenia uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty na zasadzie art. 93 ust. 4 prawo zamówień publicznych. Powód wskazał, że poniósł znaczne koszty związane z przygotowaniem oferty i uczestniczeniem w postępowaniu, w tym obsługi prawnej związanej z ubieganiem się o udzielenie zamówienia publicznego w wysokości 9.594 zł brutto. Zdaniem powoda do poniesionych kosztów należy również dodać koszt tłumaczenia przysięgłego niektórych dowodów załączonych do pozwu w kwocie 601,41 zł brutto (o ich zasądzenie powód wnosił jednak w ramach kosztów procesu). W ocenie powoda jest on również uprawniony do żądania odszkodowania na zasadach ogólnych z uwagi na poniesioną w wyniku działań pozwanego realną szkodę w wysokości równej poniesionym kosztom na zakup sprzętu będącego przedmiotem zamówienia oraz kwocie utraconych korzyści, które miał nadzieję uzyskać wykonując zamówienie publiczne. Kwota ta wynosi zatem 84.624 zł brutto i stanowi ona kwotę oferty złożonej w postępowaniu przetargowym w dniu 26 czerwca 2015 r. W ocenie powoda, żadna z przesłanek wskazanych w treści art. 93 ust. 1 pkt 6 lub 7 ustawy prawo zamówień publicznych, nie wystąpiła. Pozwany miał zatem obowiązek dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej i zawrzeć umowę z powodem. Pozwany podjął również próbę odwołania się do art. 387 § 1 k.c. podnosząc, że nie można było zawrzeć umowy ze względu na zaistnienie tzw. świadczenia niemożliwego, co pozwany uzasadnił brakiem możliwości przewidzenia, że termin wykonania zamówienia stanowiący jedno z kryteriów oceny ofert stanie się nierealny. Zdaniem powoda, argumentacja ta pozbawiona była jakichkolwiek podstaw. Nie mogło bowiem być mowy o nierealności terminu, gdy powód był w posiadaniu zamawianego sprzętu. Nawet jednak dostarczenie sprzętu z opóźnieniem co najwyżej prowadziło do naliczenia kar umownych. Realizacja umowy była zatem możliwa. W ocenie powoda powoływanie się na niemożliwość świadczenia jest rażącym naruszeniem prawa i nadużyciem uprawnień przysługujących pozwanemu. W celu bowiem sprostowania wymaganiami pozwanego co do terminu wykonania świadczenia, powód zaplanował, przygotował i zabezpieczył cały przedmiot dostawy, poniósł nieodwracalne koszty z tym związane, tj. koszt towaru, przyspieszonego transportu i jego ubezpieczenia, powód był też gotowy do dostawy w dniu 24 lipca 2015 r. Poinformowanie zaś powoda o unieważnieniu przetargu w dniu, w którym stawiał się na podpisanie umowy było jego zdaniem sprzeczne z dobrymi obyczajami w obrocie rynkowym i jednocześnie wskazujące na uchylanie się od zawarcia umowy przez pozwanego. Powód określając podstawę prawną wywiedzionego powództwa wskazał na art. 417 § 1 k.c. dodając, że pozwany działając jako zamawiający na etapie postępowania przetargowego wykonuje władzę publiczną. Powód wyjaśnił, że ma roszczenie do pozwanego o zapłatę kwoty odpowiadającej kosztowi zakupu sprzętu na potrzeby zamówienia oraz zaplanowanemu zyskowi wraz z ustawowymi odsetkami. Koszty te zaś wynikają wprost z oferty wykonawcy tj. koszt zakupu sprzętu i transportu w kwocie 31.821,64 zł oraz pozostała część ceny oferty jako zaplanowany zysk. Na łączną kwotę dochodzoną pozwem składała się więc suma 84.624 zł oraz kwota 9.594 zł. Z kolei datą początkową żądania odsetek ustawowych stanowił dzień następujący po bezskutecznym upływie terminu wyznaczonego w wezwaniu do zapłaty (pозew – k. 3-28).

W odpowiedzi na wywiedzione powództwo, pozwane (...) w W., reprezentowane przez profesjonalnego pełnomocnika, wniosło w dniu 02 sierpnia 2016 r. o jego oddalenie w całości, a nadto o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Pozwany za okoliczność bezsporną uznał, że jako zamawiający w rozumieniu przepisów ustawy prawo zamówień publicznych prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy zakupu pomocy zwiększających dostępność dla osób z niepełnosprawnością słuchu, wzroku oraz ruchową – nr postępowania (...). Postępowanie to było prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego. Pozwany dodał, że jednym z kryteriów oceny ofert był termin wykonania zamówienia. Wskazał, że dokonał wyboru oferty powoda jako najkorzystniejszej w zakresie części 1 przedmiotu zamówienia, w związku z czym w dniu 20 lipca 2015 r. powód został zaproszony do zawarcia umowy na dzień 23 lipca 2015 r., zaś w dniu 22 lipca 2015 r. wniósł o zabezpieczenie należytego wykonania umowy. W dniu 21 lipca 2015 r. drugi z wykonawców – (...) Fundacja (...) złożyła protest do postępowania nr (...) informując, że w ofercie powoda wskazane urządzenia nie spełniają wymagań postanowionych w postępowaniu przetargowym. Pozwany informacje te uwzględnił w związku z czym w dniu 23 lipca 2015 r. postanowiono unieważnić czynność z dnia 16 lipca 2015 r. dotyczącą wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej w przedmiotowym postępowaniu. Następnie w dniu 28 lipca 2015 r. pozwany dokonał unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr (...) w zakresie części 1 zamówienia, jako podstawę wskazując art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy prawo zamówień publicznych. W ocenie pozwanego opis przedmiotu zamówienia uniemożliwił porównanie i ocenę ofert, gdyż ujawniono w treści opisu nieusuwalną wadę, która powstała w sposób nieumyślny, polegającą na braku wyczerpującego i jednoznacznego opisu wszystkich niezbędnych informacji wskazujących na potrzeby i wymagania zamawiającego. W ocenie pozwanego roszczenie powoda uznać należy za całkowicie bezzasadne, zaciągnięcie bowiem zobowiązania przez strony takiej umowy tj. przez zamawiającego i wykonawcę następuje z chwilą zawarcia umowy. Na mocy także art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy prawo zamówień publicznych, zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia. Zdaniem pozwanego wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia winien liczyć się z możliwością braku dojścia do zawarcia umowy. W związku więc z tym, że między stronami nie doszło do zawarcia umowy, żądanie naprawienia szkody w reżimie odpowiedzialności kontraktowej mogłoby być oceniane wyłącznie przez pryzmat normy prawnej art. 70<sup>(4)</sup> § 2 k.c. w zw. z art. 14 ustawy prawo zamówień publicznych, co nie może mieć miejsca z uwagi na skuteczne unieważnienie przetargu. Pozwany dodał, że w przedmiotowej sprawie nie zostało wzruszone rozstrzygnięcie o unieważnieniu przetargu, o czym orzec może wyłącznie Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych, ewentualnie sąd powszechny na skutek wniesienia skargi. W opinii pozwanego zaprezentowana w pozwie podstawa faktyczna roszczenia z art. 417 § 1 k.c. nie pozwala na przypisanie pozwanemu deliktu. Pozwany dodał, że kwestionowanie czynności unieważnienia postępowania zostało już wyczerpane na etapie środków ochrony prawnych przewidzianych przez ustawodawcę w ustawie prawo zamówień publicznych czyli tzw. zastrzeżenia. Zastrzeżenie złożone przez powoda nie zostało uwzględnione przez pozwanego, a od decyzji tej nie ma drogi odwoławczej. Wobec tego, że powód wykorzystał przysługujące mu środki ochrony prawnej dochodzenie naprawienia szkody jest bezzasadne. W ocenie pozwanego w sprawie spełnione zostały przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest także uchylaniem się od zawarcia umowy, każda odmowa jej zawarcia. Pozwany podniósł, że nie mieści się w granicach normalnego związku przyczynowego szkoda, której poszkodowany mógł uniknąć, wykorzystując swoje możliwości zapobieżenia jej powstaniu albo nie wykorzystując swoich możliwości prowadzących do jej usunięcia. W tym kontekście niezrozumiałym jest więc pospieszne działanie powoda, podjęte na jego ryzyko. Powód nie wykazał również, by dla wykonania zamówienia w terminie, niezbędnym było sfinalizowanie nabycia urządzeń elektronicznych przed zawarciem umowy. Strata wynikająca z nabycia urządzeń stanowiących przedmiot zamówienia nie jest normalnym następstwem unieważnienia postępowania. Na podstawie art. 93 ust. 4 ustawy prawo zamówień publicznych, roszczenie które przysługuje w razie unieważnienia postępowania nie obejmuje wszystkich kosztów uczestnictwa w postępowaniu, lecz jedynie koszty uzasadnione. Złożenie zaś samych faktur bez szczegółowego zestawienia i charakterystyki podjętych działań, które umożliwiałyby identyfikację oraz koszt czynności zlecanych, a następnie wykonanych w celu przygotowania oferty i uczestniczenia w postępowaniu, nie sposób uznać za wykazanie poniesienia rzekomo uzasadnionych kosztów. Pozwany zwrócił również uwagę, że faktura wystawiona przez firmę (...) jako miejsce dostawy wskazywała (...) Sp. z o.o. a także została wystawiona z datą 18 sierpnia 2015 r. czyli zarówno

po terminie realizacji zamówienia zadeklarowanym przez powoda (29 lipca 2015 r.) jak i po ostatecznym terminie realizacji zamówienia wskazanym przez zamawiającego (05 sierpnia 2015 r.). Powód jako podmiot prowadzący działalność profesjonalną powinien być także zdolny do samodzielnego sporządzania pism wnoszonych w toku tych postępowań, bez potrzeby angażowania firm z zewnątrz. Nie były to więc „koszty uzasadnione”. Pozwany zanegował by szkoda wystąpiła, a nawet przy założeniu przeciwnym, pozwany nie ponosi za nią odpowiedzialności z uwagi na brak normalnego związku przyczynowego pomiędzy działaniami/zaniechaniami pozwanego, a szkodą, Pozwany zarzucił, że powód nie przedstawił dowodów na przeprowadzenie kalkulacji zaoferowanej przez siebie ceny i nie określił jaka jej część miałaby przypadać na pokrycie kosztów stałych. Powód nadal także dysponuje zakupionym sprzętem i może nimi rozporządzać, może więc je zbyć. W ocenie pozwanego, dochodzenie odsetek ustawowych od dnia 22 kwietnia 2016 r. jest nieuprawnione, ewentualne zasądzenie odsetek winno nastąpić od dnia wyrokowania (odpowiedź na pozew – k. 150-167).

W piśmie złożonym w dniu 10 listopada 2016 r. powód zaznaczył, że to pozwany ustalił termin wykonania zamówienia jako jedno z kryteriów oceny ofert. Brak jest także podstaw by zarzucać powodowi brak profesjonalizmu. Powód podkreślił, że w ustawie prawo zamówień publicznych nie istnieje tryb określony przez pozwanego jako „protest”, a (...) przesłał do pozwanego jedynie wiadomość e-mail, w której zawarł nieprawdziwe informacje. Powód zwrócił uwagę, że gdyby niezgodności jakie podnosił pozwany rzeczywiście miały miejsce, pozwany odrzuciłby ofertę powoda w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy prawo zamówień publicznych. W ocenie powoda nie może być mowy o pozostawieniu wykonawcom dowolności interpretacji zapisów SIWZ w sposób rzutuujący na wynik postępowania, tj. w taki sposób, który w jakikolwiek sposób byłby dla któregoś z wykonawców dyskryminujący. Rozwiązania obu wykonawców były prawidłowe, należało więc jedynie wybrać ofertę najkorzystniejszą zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert. W ocenie powoda zamawiający nie zawarł wymogu jednoczesnego, automatycznego ustawiania kanałów, nie mógł więc w sposób zgodny z prawem wprowadzić go na etapie oceny ofert. Zdaniem powoda istotą sprawy jest to, że pozwany mógł i powinien był rozstrzygnąć postępowanie i zawrzeć umowę z jednym z oferentów gdyż obie oferty były prawidłowe, porównywalne i umożliwiały zawarcie ważnej umowy. Powód zajął więc stanowisko, że unieważnienie postępowania z powodów dotyczących rzekomo niejednoznacznego opisanego małego fragmentu przedmiotu zamówienia w żadnym razie nie było uzasadnione. W sprawie nie wystąpiła także istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leżało w interesie publicznym czego nie było wcześniej przewidzieć oraz nie doszło do sytuacji w której postępowanie obarczone było wadą niemożliwą do usunięcia uniemożliwiającą zawarcie umowy. W ocenie powoda w zakresie dotyczącym naprawienia szkody wynikającej z działania pozwanego zastosowanie znajdują przepisy kodeksu cywilnego w tym art. 70<sup>(4)</sup> § 2 zd. 3 k.c. Powód zanegował, by w sprawie przysługiwało mu prawo odwołania się od decyzji zamawiającego, to pozwany był samodzielnym decydentem w sprawie i nie było możliwości rozstrzygnięcia jej przez obiektywny podmiot. Powód może więc dochodzić swoich roszczeń na zasadach ogólnych. Powód zarzucił, że pozwany celowo nie odrzucił jego oferty gdyż wtedy przysługiwałoby mu prawo odwołania do KIO. Powód odwołał się także do stanowiska Sądu Najwyższego z dnia 22 kwietnia 2010 r. (V CSK 321/09) wedle którego unormowanie art. 46 prawo zamówień publicznych należy uznać za niepełne, co powoduje potrzebę przyjęcia, że do wadium w postępowaniu dotyczącym zamówień publicznych ma zastosowanie art. 70<sup>(4)</sup> § 2 zd. 3 k.c. Podstawę zaś tego zbiegu stanowi art. 14 prawa zamówień publicznych. Nie jest także prawdą że powód mógł uniknąć szkody, powód podjął również próbę zwrotu zakupionego sprzętu, jednak była ona bezskuteczna. Ponadto z uwagi na specyfikę zakupionego sprzętu, nadaje się on wyłącznie do zastosowania w placówkach tj. muzea, sprzęt ten nie ma więc de facto żadnej wartości. Powód zadeklarował przy tym, że w przypadku uzyskania kwoty, której się domaga, jest skłonny przekazać sprzęt pozwanemu. Powód zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 90 ustawy prawo zamówień publicznych nie miał obowiązku przedstawiać kalkulacji cenowej. Dalej wyjaśnił, że faktura wystawiona przez (...) wskazuje miejsce dostawy (...) Sp. z .o. ponieważ podmiot ten jest współnikiem (właścicielem) (...) Sp. z o.o. W pozostałym zakresie, powód podtrzymał dotychczasowe stanowisko (pismo procesowe powoda z dnia 10 listopada 2016 r. – k. 213-229).

Z kolei pozwany twierdził, że wobec spełnienia przesłanek, miał nie tylko prawo ale także obowiązek unieważnienia postępowania. Wykonawca zaś biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia winien liczyć się z możliwością zaistnienia przesłanki do unieważnienia postępowania. Według pozwanego termin realizacji dostawy

stał się nierealny i był taki w momencie unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Bez natomiast podpisania umowy nie sposób podjąć decyzji o realizacji zamówienia. Pozwany dodał, że bezspornym jest, iż jednym z kryteriów oceny ofert był termin wykonania zamówienia. W ocenie pozwanego powód składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu zaakceptował warunki Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w szczególności treść postanowień rozdziału XIII pkt 9 zgodnie z którym „wykonawca ponosi wszelkie koszty związane z przygotowaniem i złożeniem oferty”. Pozwany zwrócił także uwagę na brzmienie art. 27 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie objętej sporem, a wskazującego, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje mogą być przekazywane także drogą elektroniczną. Okoliczność więc, że informacja złożona w trybie art. 181 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych została przekazana drogą elektroniczną nie może stanowić podstaw do podnoszenia jakichkolwiek zarzutów. Pozwany podkreślił, że w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nie została przewidziana możliwość składania ofert wariantowych w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych tj. ofert przewidujących, zgodnie z warunkami określonym w SIWZ odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego. Nie jest więc uprawniony wniosek powoda, że postanowienia specyfikacji były na tyle szerokie, że umożliwiały złożenie dwóch porównywalnych ofert różniących się co do sposobu osiągnięcia niektórych funkcji urządzeń. Pozwany odwołał się przy tym do brzmienia art. 29 ust. 1 ustawy. Zarzucił również, że powód nie udowodnił rzekomego braku istotności ustawienia kanałów czy dostępu do akumulatora. Według pozwanego elementy te mają duże znaczenie dla funkcjonalności sprzętu stanowiącego przedmiot zamówienia, funkcjonalność zaś jest miernikiem stopnia zaspokojenia potrzeb publicznych, a więc również efektywności wydatkowania środków publicznych. Pozwany powielił twierdzenia, że z uwagi na spełnienie przesłanek miał obowiązek unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i z ryzykiem tym powód powinien był się liczyć. Procedura zaś wzruszania decyzji zamawiającego o unieważnieniu postępowania została ustanowiona w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych. Pozwany dodał, że brak zawarcia przez pozwanego umowy z jakimkolwiek podmiotem był wynikiem uczynienia zadość obowiązkom wynikającym z ustawy Prawo zamówień publicznych, powód zaś nie wykazał, że pozwany rzeczywiście nie miał zamiaru umowy tej zawrzeć, a wniosek taki byłby nieracjonalny. Pozwany zajął także stanowisko, że w nie można domagać się zawarcia umowy w sprawie zamówień publicznych w drodze wniesienia powództwa. W ocenie pozwanego w postępowaniu o zawarcie umowy w trybie zamówienia publicznego nie znajdują zastosowania przepisy art. 70<sup>1</sup> § 3 i 4 k.c. Pozwany dodał, że deklaracja powoda o możliwości przekazanie sprzętu nie ma znaczenia w sprawie, powód zaś nie podejmuje bardziej aktywnych działań celem zbycia tego sprzętu. W podsumowaniu zajętego stanowiska pozwany wskazał, że sprzęt powoda nie mógłby zostać wykorzystany do terminowej realizacji zamówienia gdyż nie odpowiadał w pełni wymaganiom postawionym w SIWZ, jego dostarczenie nie mogłoby być przedmiotem nie podlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, został także pozyskany w wyniku faktycznej próby rozpoczęcia realizacji świadczenia mającego być przedmiotem umowy przed zawarciem samej umowy (pismo pozwanego z dnia 30 stycznia 2017 r. – k. 259-272).

W odpowiedzi powód podtrzymał argumentację, że jego zdaniem strona pozwana naruszyła ustawę Prawo zamówień publicznych unieważniając postępowanie – ryzyko unieważnienia postępowania, choć cały czas istniejące, to jednak musi wynikać z ustawy. W ocenie powoda nie było obiektywnego ryzyka unieważnienia postępowania, powód nie brał przy tym pod uwagę możliwości podjęcia przez pozwanego działań niezgodnych z prawem w celu unieważnienia przetargu. Zdaniem powoda czym innym jest stwierdzenie, że wykonawca ponosi wszelkie koszty związane z przygotowaniem i złożeniem oferty, a czym innym roszczenie z art. 93 ust. 4 ustawy, które ustanawia roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty w przypadku jego unieważnienia z przyczyn obciążających zamawiającego. Analogicznie w żaden sposób nie można wyłączyć możliwości domagania się odszkodowania na zasadach ogólnych prawa cywilnego. Powód przypomniał, że wykonawcom nie przysługiwało odwołanie do KIO na treść SIWZ, a jedynie poinformowanie pozwanego, że postępuje niezgodnie z prawem w trybie art. 181 ust. 1 ustawy. W opinii powoda istotną kwestią jest to, że sposób określenia terminu wykonania zamówienia, w tym zwłaszcza biorąc pod uwagę, że pozwany był informowany w trybie art. 38, obciąża pozwanego. Zdaniem powoda wbrew twierdzeniom pozwanego przesłanie „zwykłego e-maila” zatytułowanego „protest” nie spełnia wymogów ustawy z trybu art. 181 ust. 1 Prawo zamówień publicznych. Zarzuty zaś sformułowane w treści tej wiadomości były inne, niż powody unieważnienia postępowania (z wyjątkiem kwestii akumulatorów).

Powód zarzucił, że gdyby rzeczywiście istniały podstawy do odrzucenia jego oferty, pozwany był zobowiązany to uczynić. Tymczasem pozwany unieważnił postępowanie w sposób swobodny wskazując na popełnione przez siebie błędy w SIWZ, mając wiedzę, że na unieważnienie postępowania przetargowego odwołanie nie przysługuje. Powód wskazał, że pozwany mylnie rozumiał pojęcie oferty wariantowej – bezspornie w sprawie pozwany takiej możliwości nie dopuścił, a gdyby powód złożył ofertę wariantową, podlegałaby ona odrzuceniu. Powód odwołał się do orzeczenia KIO z dnia 11 kwietnia 2017 r. KIO (...) odnoszącego się do unieważnienia postępowania, w którym podniesiono, że „jeżeli zamawiający popełnił w toku postępowania jakieś błędy, za które ponosi on odpowiedzialność, nie może następnie unieważnić postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Podstawą unieważnienia mogą być bowiem jedynie sytuacje wynikające ze zmiany okoliczności” oraz orzeczeń KIO z dnia 12 lutego 2016 r. sygn. KIO (...); KIO (...). Powód dodał, że wyczerpanie procedur z ustawy Pzp zgodnie z treścią art. 14 oznacza, że w sprawach nieuregulowanych zastosowanie znajdują zasady ogólne prawa cywilnego, w związku z czym powód wystąpił z niniejszym roszczeniem. Nie jest jednak jego celem rozstrzygnięcie postępowania przetargowego i wybór oferty, lecz roszczenie odszkodowawcze oraz odrębne roszczenie z art. 93 ust. 4 ustawy. Powód zwrócił również uwagę, że pozyskany przez niego sprzęt nie ma dla niego wartości – nie może go wykorzystać we własnej działalności. Z uwagi na specyfikę zamówień tego typu sprzętu, w zasadzie brak jest możliwości zbycia go w ramach innego postępowania, choć powód podejmował aktywne próby jego sprzedaży. W pozostałym zakresie, powód podtrzymał dotychczasowe stanowisko (pismo powoda z dnia 18 września 2017 r. – k. 304-323).

Pozwany ponownie podkreślił, że to powód w ofercie wskazał termin wykonania umowy, dlatego też to on ponosi odpowiedzialność za podjęcie decyzji o nabyciu i sprowadzeniu tych urządzeń jeszcze przed zawarciem umowy. W odniesieniu do powołanego przez powoda orzeczenia KIO, pozwany wskazał na treść art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, w którym zawarte jest wskazanie wady samego postępowania o udzielenie zamówienia skutkującej nieważnością, czy unieważnieniem umowy na podstawie art. 146 ustawy, a nie samej nieważności umowy na podstawie odrębnych przepisów niezależnych od regulacji ustawy. Były więc podstawy do unieważnienia postępowania – w ocenie pozwanego unieważnienie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodów dotyczących niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia, było w pełni uzasadnione. Fakt zaś, że obecnie powód nie może sprzedać zakupionego sprzętu, nie może obciążać pozwanego. Brak ponadto racjonalnego uzasadnienia dla ponoszenia przez pozwanego negatywnych skutków decyzji gospodarczych powoda, podjętych bez uwzględnienia rzeczywistego ryzyka (pismo przygotowawcze strony pozwanej z dnia 11 października 2017 r. – k. 357-360).

Do czasu zamknięcia rozprawy, stanowiska stron w powyższym kształcie nie uległy zmianie.

### **Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:**

(...) w W., zostało utworzone jako instytucja kultury na mocy zarządzenia nr 12 Ministra Kultury i Sztuki z dnia 17 marca 1995 r. w sprawie podziału (...) w W. i zmiany jego statutu (Dz.Urz. MKiS nr 3, poz. 4). (...) w W. zwanej dalej „(...)” jest państwową instytucją kultury (§ 1 ust. 1 statutu). Organizatorem (...) jest minister właściwy do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego (§ 2 statutu). (...) posiada osobowość prawną (§ 3 ust. 3 statutu) (zarządzenie Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 10 września 2013 r. w sprawie zmiany nazwy (...) w W. i nadania statutu – k. 41-42; statut (...) w W. – k. 43-47).

W dniu 17 czerwca 2015 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod pozycją 146166-2015 ukazało się ogłoszenie (...) w W. jako zamawiającego o postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego „Zakup pomocy zwiększających dostępność dla osób z niepełnosprawnością słuchu, wzroku oraz ruchową”, sygn. (...) (m.in. pismo z dnia 29 lipca 2015 r. – k. 49-53, okoliczność niesporna).

Zgodnie ze Specyfikacją istotnych warunków zamówienia w przetargu nieograniczonym na „Zakup pomocy zwiększających dostępności dla osób z niepełnosprawnością słuchu, wzroku oraz ruchową” do sprawy (...) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy dotyczyło wartości poniżej 207.000 euro. Postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego prowadzone było w trybie przetargu

nieograniczonego na podstawie art. 39 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 t.j. ze zm.) oraz przepisów wykonawczych wydanych na jej podstawie. W cz. I opisu przedmiotu zamówienia wskazano, że przedmiotem zamówienia był „Zakup pomocy zwiększających dostępność dla osób z niepełnosprawnością słuchu, wzroku oraz ruchową” pętli indukcyjnej naszyjnej w ilości 25 sztuk, z minimalnym wymaganym okresem gwarancji co najmniej 24 miesiące, pętli indukcyjnej okienkowej w ilości 1 sztuki, z minimalnym okresem gwarancji co najmniej 24 miesiące, kompletnej pętli indukcyjnej w ilości 1 sztuki, z minimalnym okresem gwarancji co najmniej 60 miesięcy w przypadku wzmacniacza oraz co najmniej 24 miesiące na okablowanie i instalacje oraz przenośnego systemu FM (walizkoładowarki) w ilości 1 sztuki z minimalnym okresem gwarancji wynoszącym co najmniej 24 miesiące. Jedyнным z kryteriów, którymi miał się kierować zamawiający przy wyborze oferty miał być termin wykonania zamówienia, z maksymalną możliwą do uzyskania ilością punktów w liczbie 20. Zamawiający wymagał realizacji przedmiotu zamówienia w maksymalnym terminie do dnia 05 sierpnia 2015 r. Za wykonanie zamówienia w terminie do dnia 29 lipca 2015 r. przewidziano 20 pkt, do dnia 30 lipca 2015 r. 16 pkt, do dnia 31 lipca 2015 r. 12 pkt, do dnia 03 sierpnia 2015 r. 8 pkt, do dnia 04 sierpnia 2015 r. 4 pkt oraz do dnia 05 sierpnia 2015 r. 0 pkt (Specyfikacja istotnych warunków zamówienia w przetargu nieograniczonym na „Zakup pomocy zwiększających dostępność dla osób z niepełnosprawnością słuchu, wzroku oraz ruchową” – k. 78-82; wzór umowy w sprawie zamówienia publicznego załącznik nr 6 do SIWZ – k. 135-143).

Załącznik nr 7 do SIWZ zawierał szczegółowy opis przedmiotu zamówienia „Zakup pomocy zwiększających dostępność dla osób z niepełnosprawnością słuchu, wzroku oraz ruchową”, w podziale na części. Cz. I dotyczyła pomocy dla osób z niepełnosprawnością słuchu (załącznik nr 7 do SIWZ – k. 83-88).

W dniu 25 czerwca 2015 r. w odpowiedzi na pytania postawione przez wykonawcę w związku z postępowaniem o nr (...), w tym m.in. dotyczących terminu wykonania dostawy, zamawiający poinformował, że termin wykonania zamówienia pozostaje bez zmian (pismo z dnia 25 czerwca 2015 r. – k. 134).

W dniu 26 czerwca 2015 r. (...) Sp. z o.o. w L. skierował do (...) w W. ofertę w odpowiedzi na postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na „Zakup pomocy zwiększających dostępność dla osób z niepełnosprawnością słuchu, wzroku oraz ruchową”. Wykonawca oświadczył, że zapoznał się z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) oraz wszystkimi załącznikami stanowiącymi integralną część SIWZ, nie wnosząc do ich treści żadnych zastrzeżeń. Wykonawca zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia w pełnym zakresie zgodnie z SIWZ, załącznikami do SIWZ oraz zgodnie z postanowieniami zawartymi we wzorze umowy w sprawie zamówienia publicznego za kwotę 84.624 zł brutto, tj. 68.800 zł netto oraz 15.824 zł podatek VAT. Wykonawca zobowiązał się zrealizować zamówienie w terminie do 29 lipca 2015 r. (oferta (...) Sp. z o.o. z dnia 26 czerwca 2015 r. – k. 74-77).

W opracowaniu oferty brał udział cały zespół powoda, spółka współpracowała także z prawnikami i korzystała z doradztwa technicznego (zeznania świadka M. K., protokół rozprawy z dnia 05 października 2017 r. – k. 346-348, zeznania A. K. w charakterze powoda k. 364-365).

Usługa doradztwa w zakresie postępowania przetargowego na zakup pomocy zwiększających dostępność dla osób z niepełnosprawnością słuchu, wzroku oraz ruchową stanowił koszt 2.460 zł brutto, który został poniesiony przez (...) Sp. z o.o. w L. (faktura VAT nr (...)) – k. 64 oraz k. 131).

Kwota ta dotyczyła początkowej fazy przetargu, w tym weryfikacji parametrów, przygotowania dokumentów, weryfikacji technicznych aspektów postępowania (zeznania A. K. przesłuchanego w charakterze strony, protokół rozprawy z dnia 01 lutego 2018 r. – k. 364-366).

Koszt obsługi prawnej postępowania prowadzonego przez (...) S. w W. na zakup pomocy zwiększających dostępność dla osób z niepełnosprawnością słuchu, wzroku oraz ruchową poniesiony przez (...) Sp. z o.o. wyniósł 7.134 zł brutto (faktura VAT nr (...)) – k. 65 oraz k. 132).

Koszt ten związany był z przygotowaniem pism, w tym także przed unieważnieniem przetargu, obejmował również wystosowane do pozwanego odpowiedzi na wezwania do wyjaśnień oraz ostateczne wezwanie do podpisania umowy (zeznania A. K. przesłuchanego w charakterze strony, protokół rozprawy z dnia 01 lutego 2018 r. – k. 364-366).

Koszt usługi tłumaczenia przysięgłego z języka szwedzkiego, niemieckiego i angielskiego na język polski wyniósł 601,41 zł (faktura VAT nr (...) – k. 133).

W dniu 16 lipca 2015 r. (...) w W. zawiadomiło (...) Sp. z o.o. w L. o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego „Zakup pomocy zwiększających dostępność dla osób z niepełnosprawnością słuchu, wzroku oraz ruchową”, za którą uznano ofertę złożoną przez (...) Sp. z o.o. w L.. Oferta uzyskała najwyższą ilość punktów zgodnie z kryteriami ocen (zawiadomienie z dnia 16 lipca 2015 r. – k. 89).

W dniu 20 lipca 2015 r. (...) w W. wystosowało do (...) Sp. z o.o. zaproszenie do zawarcia umowy w związku z postępowaniem o nr (...). Zawarcie umowy w sprawie realizacji zamówienia publicznego „Zakup pomocy zwiększających dostępność dla osób z niepełnosprawnością słuchu, wzroku oraz ruchową”, cz. I zostało wyznaczone na dzień 23 lipca 2015 r. na godz. 10:00 w siedzibie zamawiającego. Jednocześnie wezwano wykonawcę do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy zgodnie z SIWZ (zaproszenie do zawarcia umowy z dnia 20 lipca 2015 r. – k. 90).

Urządzenia objęte przedmiotem zamówienia, zostały zamówione po zaproszeniu powoda do zawarcia umowy. Decyzja w tym przedmiocie została podjęta z uwagi na bliski termin wykonania zamówienia (zeznania świadka M. K., protokół rozprawy z dnia 05 października 2017 r. – k. 346-348; zeznania A. K. przesłuchanego w charakterze strony, protokół rozprawy z dnia 01 lutego 2018 r. – k. 364-366).

Kwota 4.231,20 zł tytułem zabezpieczenia wykonania umowy została przelana z rachunku (...) Sp. z o.o. w L. na rachunek pełnomocnika zamawiającego w dniu 22 lipca 2015 r. (wydruk – szczegóły transakcji – k. 91).

W dniu 21 lipca 2015 r. w drodze elektronicznej, (...) Fundacja (...) złożyła protest do postępowania (...), w którym zarzucono, że w urządzenia objęte ofertą (...) nie spełniają postawionych wymogów w postępowaniu przetargowym: urządzenia serii (...) (nadajniki i odbiorniki) nie posiadały wbudowanych akumulatorów, urządzenia serii (...) nie posiadały wbudowanych mikrofonów (nadajniki), nie posiadały wbudowanych głośników (odbiorniki), nie złożono dokumentacji w języku polskim dla wzmacniacza pętli indukcyjnej (...)1 i (...), w specyfikacji oferowanych urządzeń nie było informacji na temat kąta propagacji oraz zysku kierunkowego (wydruk wiadomości e-mail z dnia 21 lipca 2015 r. – Protest do postępowania – k. 177-178).

W dniu 22 lipca 2015 r. (...) Sp. z o.o. nabył od spółki (...) Sp. z o.o. we W. część urządzeń będących przedmiotem zamówienia nr (...) na kwotę 1.967,69 zł oraz 5.872,02 zł. Termin dostawy został określony na dzień 24 lipca 2015 r. (faktura VAT (...) – k. 92-93; faktura VAT (...) – k. 94-95; potwierdzenie uiszczenia ceny z dnia 22 lipca 2015 r. – k. 96).

W tej samej dacie (...) Sp. z o.o. nabył od (...) M. S. cyfrowy procesor głośnikowy oraz mikser rackowy, za łączną cenę wraz z usługą kurierską 2.338,97 zł (faktura nr (...) – k. 97; potwierdzenie uiszczenia ceny z dnia 22 lipca 2015 r. – k. 98).

(...) Sp. z o.o. pozostałą część zamówienia nabył od firmy (...) z siedzibą w Szwecji za kwotę 46.494 koron. Adres dostawy określono jako (...) Sp. z oo. w W.. Cena nabycia w walucie polskiej wynosiła 21.642,96 zł i została uiszczona w dniu 17 września 2015 r. (faktura nr (...) z dnia 18 sierpnia 2015 roku r. – k. 99; tłumaczenie przysięgłe FV – k. 100; potwierdzenie uiszczenia ceny – k. 101).

Kontakt w sprawie realizacji zamówienia został nawiązany z firmą (...) z siedzibą w Szwecji w dniu 20 lipca 2015 r. i w tej dacie zaakceptowano cenę oraz warunki zgodnie z ofertą. Zakupiony sprzęt został przesłany na adres odbiorcy w dniu 22 lipca 2015 r. Przesyłka została doręczona w dniu 24 lipca 2015 r. (wydruk korespondencji e-mail – k. 102-107;



tłumaczenie przysięgłe – k. 108-112; oznaczenie przesyłki – k. 113; informacja z dnia 03 września 2015 r. – k. 114; tłumaczenie poświadczony z języka niemieckiego – k. 115).

Ze względu na specjalistyczne przeznaczenie, towary zamówione przez (...) Sp. z o.o. w firmie (...) z siedzibą w Szwecji nie podlegały zwrotowi (informacja z dnia 25 sierpnia 2015 r. – k. 116; tłumaczenie uwierzytelnione z języka angielskiego – k. 117).

W dniu 23 lipca 2015 r. po stawieniu się powoda na umówiony termin podpisania umowy, został on poinformowany o unieważnieniu wyboru oferty (zeznania A. K. przesłuchanego w charakterze strony, protokół rozprawy z dnia 01 lutego 2018 r. – k. 364-366).

W tej samej dacie, (...) w W. zawiadomiło o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego „Zakup pomocy zwiększających dostępność dla osób z niepełnosprawnością słuchu, wzroku oraz ruchową” o nr postępowania (...) w związku ze złożeniem w dniu 21 lipca 2015 r. przez wykonawcę (...) Fundację (...) w W. informacji o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez zamawiającego lub zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz uwzględnieniem zasadności wzmiankowanej informacji. W związku z powyższym unieważniono czynność z dnia 16 lipca 2015 r. dotyczącą wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę (...) Sp. z o.o. w L. (zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 23 lipca 2015 r. – k. 118).

W dniu 23 lipca 2015 r. (...) w W. wezwało (...) Sp. z o.o. w L. do wyjaśnienia czy nadajniki i odbiorniki oferowanego urządzenia (urządzenie serii (...)) posiadają zasilanie zgodnie z treścią SIWZ tj. zasilanie wbudowanego akumulatora lub przez zewnętrzny zasilacz. Wyjaśnienia należało złożyć w nieprzekraczalnym terminie drogą elektroniczną do dnia 24 lipca 2015 r. (wezwanie z dnia 23 lipca 2015 r. – k. 119).

W odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień, w dniu 24 lipca 2015 r. (...) Sp. z o.o. poinformował, że zaoferowane urządzenia spełniają postawione wymogi odnośnie zasilania dla przenośnego systemu FM. Urządzenia (...) mogły być zasilane zarówno przez zewnętrzny zasilacz w postaci walizkoładowarki jak i za pomocą wbudowanych akumulatorów (odpowiedź na wezwanie z dnia 24 lipca 2015 r. – k. 120-121).

Kolejnym pismem z dnia 24 lipca 2015 r. zamawiający wezwał powoda do wyjaśnienia czy urządzenie walizkoładowarki O. H. (...) spełnia wymóg zgodnie z treścią SIWZ tj. posiada możliwość nastawienia wszystkich podłączonych urządzeń na dany kanał za pomocą jednego przycisku, kółka. Wyjaśnienia należało złożyć w nieprzekraczalnym terminie drogą elektroniczną do dnia 27 lipca 2015 r. do godz. 10:00 (wezwanie z dnia 24 lipca 2015 r. – k. 122).

W odpowiedzi złożonej w dniu 27 lipca 2015 r. powód wyjaśnił, że zaoferowane urządzenie spełniało postawiony wymóg w tym zakresie, tj. posiadało możliwość nastawienia wszystkich podłączonych urządzeń na dany kanał za pomocą jednego przycisku, kółka (odpowiedź na wezwanie z dnia 27 lipca 2015 r. – k. 123).

W dniu 27 lipca 2015 r. zamawiający uzyskał informację od producenta, że zgodnie z oryginalną instrukcją obsługi urządzenia (...), urządzenie to nie posiadało funkcji równoczesnego ustawiania jednakowego kanału. W. H. (...) firmy (...) umożliwiała ładowanie 3 różnych modeli urządzeń (...) G. poprzez bezpośrednie osadzenie ich do gniazd łączących zasilanie ładujące. W. nie posiadała funkcji jednoczesnego ustawiania i zmieniania kanałów w urządzeniach nadawczo-odbiorczych (wydruk wiadomości e-mail – k. 179-180; zeznania świadka B. G., protokół rozprawy z dnia 05 października 2017 r. – k. 348).

W dniu 27 lipca 2015 r. zamawiający wezwał (...) Sp. z o.o. do wyjaśnienia z czego wynika, że zaoferowane urządzenie (walizkoładowarka H. (...)) spełnia wymóg zgodnie z SIWZ tj. posiada możliwość nastawienia wszystkich podłączonych urządzeń na dany kanał za pomocą jednego przycisku – kółka. Wyjaśnienia należało złożyć do dnia 27 lipca 2015 r. do godz. 16:00 (wezwanie z dnia 27 lipca 2015 r. – k. 124).

W odpowiedzi wystosowanej w dniu 27 lipca 2015 r. powód poinformował, że przycisk umożliwiający wymaganą funkcjonalność tj. możliwość nastawienia wszystkich podłączonych urządzeń na dany kanał za pomocą jednego przycisku, kółka, stanowił dodatkowe wyposażenie walizkoładowarki i w istocie nie stanowił jej standardowego wyposażenia (odpowiedź z dnia 27 lipca 2015 r. – k. 125).

Zaoferowany przycisk można było nazwać dostosowaniem (zeznania A. K. przesłuchanego w charakterze strony, protokół rozprawy z dnia 01 lutego 2018 r. – k. 364-366).

W dniu 27 lipca 2015 r. zamawiający wezwał (...) Sp. z o.o. do wyjaśnienia, jakie rozwiązanie zapewni wykonawca w ramach dodatkowego wyposażenia walizkoładowarki, aby zaoferowana walizkoładowarka, która standardowo nie posiada takiego wyposażenia, posiadała możliwość nastawienia wszystkich podłączonych urządzeń na dany kanał za pomocą jednego przycisku, kółka. Wyjaśnienia należało złożyć do dnia 28 lipca 2015 r. do godz. 10:00 (wezwanie z dnia 27 lipca 2015 r. – k. 126).

W dniu 27 lipca 2015 r. kwota 4.231,20 zł została przelana na rachunek (...) tytułem zwrotu zabezpieczenia (wydruk potwierdzenia operacji – k. 197).

W odpowiedzi na wezwanie z dnia 27 lipca 2015 r. wykonawca poinformował, że w ramach dodatkowego wyposażenia walizkoładowarki dostarczy jeden przycisk, kółko, umożliwiający nastawienie wszystkich podłączonych urządzeń na dany kanał. Wykonawca podkreślił, że zaoferowana walizkoładowarka w zaoferowanej konfiguracji i wyposażeniu posiadała możliwość nastawienia wszystkich podłączonych urządzeń na dany kanał za pomocą jednego przycisku kółka (odpowiedź na wezwanie z dnia 28 lipca 2015 r. – k. 127).

W dniu 28 lipca 2015 r. (...) w W. zawiadomiło wykonawców, którzy złożyli oferty o unieważnieniu postępowania w zakresie części I zamówienia „Zakup pomocy zwiększających dostępność dla osób z niepełnosprawnością słuchu, wzroku oraz ruchową”, nr postępowania (...), na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy. W uzasadnieniu powyższego wskazano, że w toku oceny ofert został ujawniony nieusuwalny błąd w dokonanym przez zamawiającego w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 7 do SIWZ) poprzez nieprecyzyjne, niejednoznaczne i niewyczerpujące opisanie parametrów technicznych dotyczących dostawy urządzenia tj. przenośnego systemu FM (walizkoładowarki), pozostawiające dowolność interpretacji wykonawcy. W ocenie zamawiającego błędny opis przedmiotu zamówienia miał wpływ na wynik postępowania, skoro w przedmiotowym postępowaniu zaoferowano przedmiot dostawy o różnym zakresie i sposobie działania. Postępowanie było więc obciążone błędem zamawiającego, mającym wpływ na jego wynik, w szczególności przez brak możliwości jednakowej oceny przedmiotu dostawy w złożonych ofertach, gdyż każdy z wykonawców interpretował zapisy SIWZ inaczej. Zamawiający wskazał ponadto, że zgodnie z art. 387 §1 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna gdyż w chwili wszczęcia postępowania tj. w dniu 17 czerwca 2015 r. zamawiający nie przewidywał, że termin wykonania zamówienia stanowiący jedno z kryterium oceny ofert stanie się nierealny, wykonawca nie przewidział ponadto, że w związku z powtórzeniem czynności badania i oceny ofert zostanie ujawniona wada w opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał, że nierealność wyznaczonych terminów przemawia za przyjęciem, iż występuje pierwotna niemożność świadczenia, a zawarcie umowy czy też dalsze prowadzenie przedmiotowego postępowania nie leży w interesie publicznym (zawiadomienie o unieważnieniu postępowania w zakresie części I zamówienia z dnia 28 lipca 2015 r. – k. 128-130; zeznania świadka B. G., protokół rozprawy z dnia 05 października 2017 r. – k. 348; zeznania świadka M. W., protokół rozprawy z dnia 01 lutego 2018 r. – k. 364).

Błąd w przygotowaniu SIWZ był po stronie zamawiającego. Sprzęt oferowany przez powoda nie odpowiadał opisowi gdyż nie zapewniał możliwości jednoczesnego ładowania wszystkich elementów. Przyjęcie oferty powoda wynikało z przeoczenia (zeznania świadka B. G., protokół rozprawy z dnia 05 października 2017 r. – k. 348; zeznania świadka M. W., protokół rozprawy z dnia 01 lutego 2018 r. – k. 363-364).

W dniu 29 lipca 2015 r. (...) Sp. z o.o. w L. jako zawiadamiający skierował do (...) S. informację w trybie art. 181 ust. 1 Pzp, zarzucając naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp polegające na bezpodstawnym

i nieuzasadnionym unieważnieniu postępowania z uwagi na wadę postępowania uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, pomimo braku zaistnienia przesłanek do jego unieważnienia, a także z uwagi na to, że wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu czynności wyboru oferty zawiadamiającego jako najkorzystniejszej i zawarcia z nim umowy. Zamawiający wniósł o unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, wybór oferty zawiadamiającego jako najkorzystniejszej oraz zawarcie umowy z zawiadamiającym. W piśmie tym wykonawca oświadczył, iż jest gotowy do natychmiastowej realizacji zamówienia (pismo z dnia 29 lipca 2015 r. – informacja dla zamawiającego w trybie art. 181 ust. 1 Pzp – k. 49-53; pełnomocnictwo – k. 54; fotografia przedstawiająca przedmiot zamówienia – k. 55).

W odpowiedzi na zawiadomienie, zamawiający nie znalazł podstaw do zmiany stanowiska (odpowiedź na zawiadomienie z dnia 31 lipca 2015 r. – k. 198-200).

W dniu 16 września 2015 r. (...) Sp. z o.o. wezwał (...) S. w W. do zawarcia umowy i zapłaty uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu w kwocie 9.594 zł brutto tytułem kosztów obsługi prawnej związanej z ubieganiem się o udzielenie zamówienia. Wzywający domagał się również zapłaty kwoty 20.000 zł tytułem utraconych korzyści (wezwanie do zawarcia umowy i zapłaty z dnia 16 września 2015 r. – k. 56-63).

W odpowiedzi zamawiający nie znalazł podstaw do zmiany dotychczasowego stanowiska, wskazując, że została ujawniona nieusuwalna wada w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 7 do SIWZ). W ocenie zamawiającego wada ta była na tyle istotna, iż powodowała brak możliwości dokonania w pełni rzetelnej kalkulacji ceny oraz podjęcia w pełni obiektywnej decyzji o udziale lub braku udziału danego podmiotu w przedmiotowym postępowaniu, w charakterze wykonawcy (pismo zamawiającego z dnia 29 września 2015 r. – k. 66-68).

W dniu 14 kwietnia 2016 r. (...) Sp. z o.o. w L. wezwał (...) S. w W. do zapłaty kwoty 9.594 zł brutto tytułem poniesionych kosztów związanych z przygotowaniem oferty i uczestnictwem w postępowaniu na podstawie art. 93 ust. 4. Wzywający domagał się również zapłaty kwoty 84.624 zł tytułem odszkodowania. Łączna kwota objęta wezwaniem do zapłaty wynosiła 94.218 zł i miała ona zostać uiszczona do dnia 21 kwietnia 2016 r. na wskazany nr rachunku bankowego (wezwanie do zapłaty z dnia 14 kwietnia 2016 r. – k. 69-70; potwierdzenie nadania korespondencji – k. 71).

Wyznaczony do zapłaty termin upłynął bezskutecznie. Zamawiający odmówił spełnienia żądań wzywającego (pismo stanowiące odpowiedź na wezwanie do zapłaty z dnia 22 kwietnia 2016 r. – k. 72-73).

Urządzenia będące w posiadaniu powoda, zakupione w związku z postępowaniem nr (...) nie spełniały wymagań innych ukazujących się ogłoszeń o zamówienia publiczne (opis przedmiotu zamówienia KUL – k. 324-327; opis przedmiotu zamówienia UE we W. – k. 328-331).

Powód składał ponadto zapytania o możliwość złożenia oferty dotyczącej pętli indukcyjnych jako systemu wspomagania słuchu, za połowę ceny rynkowej wraz z bezpłatnym montażem i kompleksowym doradztwem technicznym. Działania te nie doprowadziły jednak do sprzedaży posiadanych urządzeń (zapytanie o możliwość złożenia oferty dotyczącej pętli indukcyjnych jako systemu wspomagania słuchu z dnia 28 czerwca 2016 r. – k. 334; wydruki wiadomości e-mail – k. 335-336; zeznania świadka M. K., protokół rozprawy z dnia 05 października 2017 r. – k. 346-348).

Powód nadal jest w posiadaniu sprzętu objętego zamówieniem nr (...). Próby jego zwrotu producentom nie przyniosły efektu (zeznania świadka M. K., protokół rozprawy z dnia 05 października 2017 r. – k. 346-348; zeznania A. K. przesłuchanego w charakterze strony, protokół rozprawy z dnia 01 lutego 2018 r. – k. 364-366).

Stan faktyczny w powyższym kształcie został przez Sąd ustalony w oparciu o całokształt materiału dowodowego zgromadzonego na potrzeby niniejszego postępowania, w tym przedłożoną dokumentację oraz wydruki (art. 309 k.p.c.), zeznania świadków oraz zeznania przesłuchanego w charakterze strony powodowej, A. K..

Zauważyć należy, że prawdziwość przedłożonej dokumentacji oraz wydruków nie była kwestionowana przez żadną ze stron, Sąd zaś nie znalazł podstaw by czynić to z urzędu.

Za w pełni wiarygodne Sąd uznał także zeznania przesłuchanych w sprawie świadków: M. K. oraz B. G. przesłuchanych na rozprawie w dniu 05 października 2017 r. (k. 346-349), a także M. W. przesłuchanej na rozprawie w dniu 01 lutego 2018 r. (k. 363-364).

W ocenie Sądu zeznania świadków były zbieżne, spójne, odpowiadały także pozostałym dowodom ujawnionym w sprawie. Jedyną okolicznością rozbieżną w relacji przez świadków przedstawionych, była kwestia oceny zgodności sprzętu powoda z SIWZ i w zależności od tego, z którą stron niniejszego procesu świadkowie pozostawali w stosunkach zawodowych, relacja ta była różna. I tak świadek M. K. twierdziła, że urządzenia spełniały warunki zamawiającego, z kolei świadek M. W. zeznała, że sprzęt nie był zgodny z przedmiotem przetargu. W ocenie Sądu ocena, czy rzeczywiście sprzęt ten spełniał wymogi SIWZ czy też nie, winna zostać zweryfikowana poprzez zasięgnięcie wiadomości specjalnych, a okoliczność, że świadkowie reprezentujący stanowiska w tej kwestii odmienne, nie wpływała na ocenę ich zeznań jako wiarygodnych.

Analogicznie Sąd ocenił zeznania A. K. przesłuchanego w charakterze strony na rozprawie w dniu 01 lutego 2018 r. Jakkolwiek oceny tej Sąd dokonał z ostrożnością, mając na uwadze zarówno subsydiarny charakter dowodu w tym zakresie płynący z dyspozycji art. 299 k.p.c. oraz fakt, że powód niewątpliwie był stroną zainteresowaną uzyskaniem konkretnego rozstrzygnięcia sprawy, Sąd nie dopatrywał się by wpłynęło to na obiektywizm relacji przez niego przedstawionej. Sąd nie oparł się jedynie o tę część zeznań powoda, w której twierdził, że urządzenia przez niego zaoferowane były zgodne z SIWZ. W tym zakresie bowiem miarodajnym źródłem ustaleń winna być opinia biegłego sądowego (o który to dowód nie wnioskowano).

#### ***Sąd Okręgowy zważył, co następuje:***

Powództwo zasługiwało na uwzględnienie jedynie w niewielkim zakresie wywiedzionych przez powoda żądań.

W rozpoznawanej sprawie powód (...) Sp. z o.o. z siedzibą w L. domagał się zasądzenia od pozwanego kwoty 94.218 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 22 kwietnia 2016 r. do dnia zapłaty. Na łączną kwotę dochodzoną pozwem składała się suma 84.624 zł tytułem odszkodowania za poniesioną w wyniku działań pozwanego szkodę w wysokości równej poniesionym kosztom na zakup sprzętu będącego przedmiotem zamówienia oraz kwocie utraconych korzyści, które powód miał nadzieję uzyskać wykonując zamówienie publiczne, żądana na podstawie art. 417 § 1 k.c. oraz kwota 9.594 zł tytułem kosztów związanych z przygotowaniem oferty i uczestniczeniem w postępowaniu, w tym obsługi prawnej związanej z ubieganiem się o udzielenie zamówienia publicznego, żądana na podstawie art. 93 ust. 4 Prawo zamówień publicznych (dalej także: p.z.p., ustawa).

Prawo zamówień publicznych jest aktem prawnym określającym, stosownie do art. 1 p.z.p. zasady, tryb udzielania zamówień publicznych, środki kontroli udzielania zamówień oraz organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie. Przewiduje ono szczególny tryb zawierania odpłatnych umów cywilnoprawnych, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, w drodze postępowania o udzielenie zamówienia (art. 2 pkt 13 p.z.p.) pomiędzy podmiotami ustawowo określonymi - zamawiającym (art. 2 pkt 12 i art. 3 p.z.p.) i -wykonawcą (art. 2 pkt 11 p.z.p.). Zawarcie umowy mogło nastąpić w drodze przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania ocenę, licytacji elektronicznej. Prawo to stanowi część prawa cywilnego, na co wskazuje odesłanie do stosowania przepisów Kodeksu cywilnego (art. 14 p.z.p.) do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jeśli przepisy tej ustawy nie stanowią inaczej, a zatem jest ustawą szczególną w stosunku do ogólnych norm Kodeksu cywilnego (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 marca 2011 r., I CSK 448/10).

W pierwszej kolejności Sąd odniesienie się do żądania opartego o treść art. 93 ust. 4 ustawy, wedle którego w przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z przyczyn leżących po stronie zamawiającego,

wykonawcom, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przysługuje roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty.

Odpowiedzialność na podstawie art. 93 ust. 4 p.z.p. jest odpowiedzialnością na zasadzie ryzyka. Dochodzenie roszczeń na podstawie art. 93 ust. 4 p.z.p. nie wymaga więc wykazania winy zamawiającego - wystarczy wystąpienie przyczyn leżących po jego stronie. Zatem dla oceny roszczeń opartych na treści art. 93 ust. 4 p.z.p. istotne jest ustalenie czy konkretna przyczyna unieważnienia postępowania należy do kategorii przyczyn leżących po stronie zamawiającego, a zatem czy zamawiający miał wpływ na jej powstanie. Odpowiedzialność ponoszona według art. 93 ust. 4 p.z.p. przez zamawiającego stanowi dolegliwość przewidzianą za sam skutek w postaci unieważnienia przetargu na zamówienie publiczne. Podobnie jak każdy dłużnik, który może zwolnić się z odpowiedzialności opartej na zasadzie ryzyka, zamawiający może uwolnić się od odpowiedzialności przez wykazanie jednej z tzw. przyczyn egzoneracyjnych, w tym przez wykazanie, że unieważnienie przetargu na zamówienie publiczne nastąpiło z przyczyn nieleżących po jego stronie (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 07 grudnia 2016 r., I ACa 2025/15).

Poza sporem stron niniejszego procesu pozostawała kwestia odpowiedzialności za unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, leżącej po stronie pozwanej, jak również nie ulegało wątpliwości, iż oferta złożona przez powoda, nie została odrzucona w trybie przewidzianym w ustawie. W piśmie z dnia 28 lipca 2015 r. stanowiącym zawiadomienie wykonawców o unieważnieniu postępowania, pozwany wprost przyznał, że postępowanie było obciążone błędem zamawiającego, mającym wpływ na jego wynik, w szczególności przez brak możliwości jednakowej oceny przedmiotu dostawy w złożonych ofertach. Okoliczność ta znalazła także potwierdzenie w zeznaniach świadka B. G. (k. 348).

W toku działań poprzedzających złożenie oferty oraz mających na celu jej przygotowanie, powód korzystał z pomocy profesjonalistów zarówno oferujących pomoc od strony technicznej, jak i prawnej. Usługa doradztwa w zakresie postępowania przetargowego na zakup pomocy zwiększających dostępność dla osób z niepełnosprawnością słuchu, wzroku oraz ruchową stanowiła koszt 2.460 zł. Kwota ta dotyczyła początkowej fazy przetargu, w tym weryfikacji parametrów, przygotowania dokumentów, weryfikacji technicznych aspektów postępowania. Z kolei koszt obsługi prawnej postępowania na zakup pomocy zwiększających dostępność dla osób z niepełnosprawnością słuchu, wzroku oraz ruchową poniesiony przez (...) Sp. z o.o. wyniósł 7.134 zł i był on związany z przygotowaniem pism, w tym także przed unieważnieniem przetargu, obejmował również wykosowane do pozwanego odpowiedzi na wezwania do wyjaśnień oraz ostateczne wezwanie do podpisania umowy.

Powód przedłożył do akt sprawy stosowne rachunki, przeprowadzony zaś w sprawie dowód z zeznań A. K. przesłuchanego za stronę powodową, ujawnił na co sumy te zostały wydatkowane.

W ocenie Sądu w sprawie nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut pozwanego podnoszący, że powód jako profesjonalista powinien we własnym zakresie przygotować ofertę i nie było potrzeby ponoszenia żądanych przez niego kosztów. Sąd stanowiska tego nie podzielił. Okoliczność bowiem, iż powód prowadzi działalność gospodarczą w zakresie sprzedaży aparatów słuchowych oraz sprzedaży sprzętu medycznego do badania słuchu (k. 347) nie przekłada się w sposób oczywisty na posiadanie przez niego specjalistycznej wiedzy technicznej każdego z oferowanych przez siebie urządzeń, czy wiedzy prawniczej. Powód twierdził, że dostawa tego typu urządzeń jak te objęte przedmiotem zamówienia, nie są częste w jego działalności i znalazło to potwierdzenie w zeznaniach świadka M. K. (k. 347). Już tylko na marginesie należy zauważyć, iż pozwany w toku postępowania o zamówienie publiczne, był zastępowany przez profesjonalny podmiot – Centrum (...) s.c. w W. (k. 78). Brak jest więc podstaw by uznać zasadność twierdzeń, że wykonawca pozbawiony jest możliwości korzystania ze wsparcia profesjonalistów, zamawiający zaś prawo to zachowuje.

Sąd zważył, że powód w celu przygotowania prawidłowej oferty w trybie zamówień publicznych był w pełni uprawniony do korzystania z wsparcia czy to technicznego, czy prawnego, a poniesione w związku z tym koszty, winny mu zostać zwrócone na podstawie art. 93 ust. 4 ustawy. Niewątpliwie bowiem w sprawie zaktualizowały się wszystkie przesłanki umożliwiające uwzględnienie powództwa w tym zakresie, a powód sprostał ciężarowi jego wykazania zgodnie z

wymogami art. 6 k.c. w zw. z art. 232 k.p.c. Z tych też względów Sąd uwzględnił powództwo co do kwoty 9.594 zł tytułem kosztów związanych z przygotowaniem oferty i uczestnictwem w postępowaniu.

Na uwzględnienie zasługiwało także roszczenie uboczne, żądane od dnia 22 kwietnia 2016 r. do dnia zapłaty. Stosownie bowiem do przepisu art. 481 § 1 k.c., stanowiącego – zgodnie z dyspozycją art. 359 § 1 k.c. – formalne, ustawowe źródło odsetek, jeżeli dłużnik opóźnia się ze spełnieniem świadczenia, wierzyciel może żądać odsetek za czas opóźnienia, choćby nie poniósł żadnej szkody i chociażby opóźnienie było następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Istotne jest więc ustalenie momentu, w którym dłużnik opóźnił się ze spełnieniem świadczenia.

Termin spełnienia świadczenia z art. 93 ust. 4 p.z.p. nie ma oznaczonego terminu płatności, dlatego też kierować należało się dyspozycją art. 455 k.c. wedle której jeżeli termin spełnienia świadczenia nie jest oznaczony ani nie wynika z właściwości zobowiązania, świadczenie powinno być spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do wykonania.

W sprawie powód w dniu 14 kwietnia 2016 r. wezwał pozwanego do zapłaty kwoty 9.594 zł brutto tytułem poniesionych kosztów związanych z przygotowaniem oferty i uczestnictwem w postępowaniu na podstawie art. 93 ust. 4. (wzywający domagał się również zapłaty kwoty 84.624 zł tytułem odszkodowania k. 69-70). Łączna kwota objęta wezwaniem do zapłaty wynosiła 94.218 zł i miała ona zostać uiszczona do dnia 21 kwietnia 2016 r. na wskazany nr rachunku bankowego.

Sąd uznał więc, iż od dnia następującego po bezskutecznym upływie terminu do spełnienia świadczenia, pozwany pozostawał w opóźnieniu. Z tych wszystkich względów, żądanie powoda obejmujące kwotę 9.594 zł wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 22 kwietnia 2016 r. do dnia zapłaty jako uzasadnione, podlegało uwzględnieniu w całości (pkt 1 wyroku).

Odnosząc się zaś do żądania odszkodowania dochodzonego przez powoda w oparciu o przepis art. 417 § 1 k.c. wskazać należy, że zgodnie z zasadą *da mihi factum, dabo tibi ius*, wynikającą w prawie procesowym z nałożenia na powoda jedynie obowiązku przytoczenia okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie (art. 187 § 1 pkt 2 k.p.c.), konstrukcja podstawy prawnej rozstrzygnięcia należy do sądu. Wskazanie przez powoda reprezentowanego przez profesjonalnego pełnomocnika przepisów prawa materialnego mających stanowić podstawę prawną orzeczenia niewątpliwie ukierunkowuje sprawę i nie pozostaje bez wpływu na jej przebieg o ile w danych okolicznościach można uznać, że w sposób pośredni określa ona także okoliczności faktyczne uzasadniające żądanie. Trafnie jednak podnosi skarżący, że co do zasady - odmiennie niż można to odczytywać z motywów zaskarżonego wyroku - sąd nie jest związany podaną w pozwie kwalifikacją prawną dochodzonego roszczenia. Przyjęcie przez sąd innej, niż podana przez powoda, kwalifikacji prawnej jego roszczenia nie narusza art. 321 k.p.c. Sąd nie może natomiast wyjść poza faktyczną podstawę pozwu, nie jest bowiem uprawniony do zamiany podstawy faktycznej powództwa (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2008 r., II CSK 524/07, Sip Legalis).

W pozwie, niezależnie od tego, czy wnosi go sama strona, czy też reprezentujący ją profesjonalny pełnomocnik, nie ma konieczności powoływania podstawy prawnej żądania, a gdyby została powołana, nie wiąże sądu, który może badać jej prawidłowość. Zgodnie zaś z treścią art. 417 § 1 k.c. za szkodę wyrządzoną przez niezgodne z prawem działanie lub zaniechanie przy wykonywaniu władzy publicznej ponosi odpowiedzialność Skarb Państwa lub jednostka samorządu terytorialnego lub inna osoba prawna wykonująca tę władzę z mocy prawa.

W orzecznictwie zauważono, że realizacja funkcji władzy publicznej łączy się co do zasady z możliwością władczego kształtowania sytuacji jednostki. Jednocześnie wskazuje się, że tylko wówczas mamy do czynienia z wykonywaniem władzy publicznej, gdy brak jest formalnej równości stron. Wykonywanie władzy w tym sensie może mieć postać nie tylko wydania decyzji (orzeczenia), lecz także faktycznej ingerencji w sferę praw jednostki, np. użycia przymusu zarówno w stosunku do majątku, jak i osoby (wyr. SA w Łodzi z 2.4.2014 r., I ACa 1272/13, Legalis, oraz z 2.2.2017 r., I ACa 990/16, Legalis). Regulacje zawarte w obowiązujących art. 417–421 k.c. powróciły do zatartego na gruncie poprzedniej wersji art. 417 k.c. rozróżnienia aktów władzy (*imperium*) oraz aktów gospodarczych (*dominium*), czyniąc znowelizowane przepisy podstawami naprawienia szkody wyrządzonej wyłącznie aktami pierwszej grupy. Co do

pozostałych zdarzeń pozostawiono właściwość ogólnych reguł odpowiedzialności z tytułu czynów niedozwolonych. Również w judykaturze podkreślono, że odpowiedzialność przewidziana w art. 417–417<sup>2</sup> k.c. odnosi się jedynie do działań publicznoprawnych wymienionych w tych przepisach. W przypadkach określanych jako sfera dominium, podmioty wymienione w art. 417 § 1 k.c. odpowiadają na takich samych zasadach jak inne osoby fizyczne i prawne (wyr. SA w Katowicach z 12.10.2006 r., I ACa 838/06, OSA 2007, Nr 1, poz. 5; wyr. SA w Krakowie z 14.10.2016 r., I ACa 735/16, Legalis) (Kodeks cywilny. Komentarz 2017, wyd. 8, Art. 417 KC red. Gniewek 2017, wyd. 8/Kremis/Dubis, Sip Legalis).

Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 12 października 2006 r. (I ACa 838/06) podkreślił, że skoro po wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 04.12.2001 norma zawarta w art. 417 k.c. uzyskała nowe znaczenie w odniesieniu jedynie do deliktu związanego ze sferą imperium, a tak rozumianej normy art. 417 k.c. nie można stosować do odpowiedzialności Skarbu Państwa za szkodę wyrządzoną czynem niedozwolonym w obszarze dominium, to trzeba przyjąć, że z dniem wejścia w życie Konstytucji przepis ten przestał regulować odpowiedzialność Skarbu Państwa w tym zakresie. Odpowiedzialność ta została poddana regulacji ogólnej, odnoszącej się do czynów niedozwolonych popełnianych przez wszystkie pozostałe podmioty prawa cywilnego. Taka wykładnia jest zgodna z obecnie obowiązującymi unormowaniami. Obecnie Kodeks Cywilny przewiduje szczególną odpowiedzialność Skarbu Państwa jedynie w odniesieniu do działań publicznoprawnych wymienionych w art. 417-417<sup>2</sup> k.c. W pozostałych przypadkach, określanych jako sfera dominium, Skarb Państwa odpowiada na takich samych zasadach jak inne osoby fizyczne i prawne. Reasumując należy stwierdzić, że wejście w życie Konstytucji z 1997 r. spowodowało, że Skarb Państwa zaczął odpowiadać na tych samych zasadach co pozostali uczestnicy obrotu cywilnoprawnego z wyjątkiem odpowiedzialności za szkody wyrządzone działaniami w sferze imperium.

W sprawie pozwany jest państwową instytucją kultury, organizatorem (...) był Minister właściwy ds. kultury i ochrony dziedzictwa narodowego. (...) posiada osobowość prawną, a nadzór nad nim sprawuje Minister, co bezpośrednio wynika z przedłożonego do akt statutu pozwanego (k. 43-47).

Sąd nie podzielił stanowiska powoda, iż podstawą prawną ewentualnej odpowiedzialności pozwanego za unieważnienie postępowania o zamówienie publiczne przeprowadzone w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 t.j.) stanowić będzie przepis art. 417 § 1 k.c., brak było bowiem podstaw by uznać, iż w sprawie zaktualizowała się przesłanka działania lub zaniechania przy wykonywaniu władzy publicznej. Co już bowiem sygnalizowano, ustawa przewiduje szczególny tryb zawierania odpłatnych umów cywilnoprawnych, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, w drodze postępowania o udzielenie zamówienia, nie może być więc mowy o władczym kształtowaniu sytuacji jednostki, a więc działania w sferze imperium.

W konsekwencji, odpowiedzialność pozwanego należało rozważyć w oparciu o reguły ogólne, tj. przepis art. 415 k.c. statuujący, że kto z winy swej wyrządził drugiemu szkodę, obowiązany jest do jej naprawienia.

Z art. 415 k.c. wynika, że przesłankami odpowiedzialności odszkodowawczej na zasadzie winy są: zachowanie człowieka, szkoda oraz wina człowieka, którego zachowanie wyrządziło szkodę; przesłanki te uzupełniane są przez art. 361 k.c., w którym ustawodawca dodaje do nich adekwatny związek przyczynowy między zachowaniem sprawczym i naruszeniem dobra, z którego wynikła szkoda. Żadna z przesłanek odpowiedzialności wynikających z art. 415 k.c. nie jest objęta domniemaniem. W przypadku zatem gdy poszkodowany dochodzi roszczenia o naprawienie szkody na podstawie art. 415 k.c., musi wykazać wszystkie przesłanki odpowiedzialności adresata jego roszczeń (art. 6 k.c.) (Kodeks cywilny. Komentarz 2017, wyd. 17, komentarz do art. 415 kc. red. Osajda 2017, wyd. 17/B. Lackoroński/M. Raczkowski, Sip Legalis).

W sprawie okolicznością pozostającą poza sporem stron było prowadzenie przez pozwanego postępowania w trybie zamówień publicznych w przetargu nieograniczonym na „Zakup pomocy zwiększających dostępności dla osób z niepełnosprawnością słuchu, wzroku oraz ruchową” do sprawy (...), w toku którego oferta powoda została uznana

za najkorzystniejszą. Nie było także okolicznością kwestionowaną przez pozwanego, że po zaproszeniu do zawarcia umowy, postępowanie zostało ostatecznie unieważnione z uwagi na przyczyny występujące po stronie pozwanej.

Ustawodawca w art. 93 ustawy Prawo zamówień publicznych przewidział możliwość unieważnienia postępowania. Przepis wymienia przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ust. 1 wyliczone zostały okoliczności, których wystąpienie powoduje konieczność unieważnienia postępowania przez zamawiającego. W ust. 1b i 1d określono natomiast przypadki, w których zamawiający może unieważnić postępowanie. Jednocześnie zamawiający nie ma prawa unieważnienia postępowania, jeśli nie wystąpi którakolwiek z wymienionych w tych przepisach przesłanek. Unieważnienie postępowania wywiera skutek *ex tunc* i znosi wszystkie czynności dokonane w postępowaniu przez zamawiającego. Katalog przesłanek wymienionych w tym przepisie ma charakter katalogu zamkniętego. Z uwagi na to, że celem prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór najkorzystniejszej oferty (zob. art. 2 pkt 7a Pzp), instytucja unieważnienia postępowania ma charakter wyjątkowy. Zatem przesłanki wymienione w art. 93 Pzp nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Podlegają one wykładni ścisłej, a ciężar udowodnienia ich zaistnienia, tak w zakresie okoliczności faktycznych i prawnych, spoczywa na zamawiającym (por. wyr. KIO z 12.2.2016 r.: KIO(...), KIO(...), Legalis; wyr. z 3.6.2014 r.: KIO (...), KIO (...), Legalis). Jeżeli zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, na podstawie ust. 2 komentowanego przepisu, do unieważnienia w części postępowania o udzielenie zamówienia stosuje się odpowiednio przesłanki wymienione w ust. 1 (Komentarz do art. 93 PZP red. Jaworska 2018, wyd. 4/M. Jaworska, Sip Legalis).

W rozpoznawanej sprawie pozwany unieważnił postępowanie w zakresie części I zamówienia „Zakup pomocy zwiększających dostępność dla osób z niepełnosprawnością słuchu, wzroku oraz ruchową” na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy.

Przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy przewiduje, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Z kolei w myśl ust. 1 pkt 7 zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Artykuł 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p. odnosi się do sytuacji, w której wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Aby unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie powyżej określonych okoliczności, zamawiający musi wykazać kumulatywne spełnienie następujących przesłanek (wyr. KIO z: 8.6.2009 r., (...); 8.4.2008 r., (...)):

- 1) wystąpiła istotna zmiana okoliczności;
- 2) nie można było przewidzieć tych okoliczności;
- 3) prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym.

Zmiana okoliczności powinna być istotna, a ponadto musi rzeczywiście wystąpić, co oznacza, że nie spełnia tej przesłanki jedynie możliwość jej wystąpienia (por. wyr. ZA z 21.1.2005 r., (...), (...) wyr. KIO z 27.2.2009 r., (...); wyr. KIO z 18.2.2008 r., (...); wyr. ZA z 29.12.2006 r., (...) Legalis; wyr. KIO z 18.4.2013 r., (...) (Komentarz do art. 93 PZP Granecki 2016, wyd. 5, Sip Legalis).

Na co zwróciła uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 czerwca 2016 r. (KIO(...)), istotna zmiana okoliczności, której nie można było wcześniej przewidzieć, musi mieć charakter okoliczności trwałej, nieodwracalnej, a także zewnętrznej wobec stron postępowania odwoławczego. Nie może być uznana za okoliczność nieprzewidywalną taka zmiana sytuacji, która została wywołana przez jedną ze stron. Istotna zmiana okoliczności musi wystąpić w dacie podejmowania czynności unieważnienia postępowania, na co wskazuje posłużenie się przez ustawodawcę czasem przeszłym („nastąpiła”). Nie można zatem powoływać się na okoliczność, która ulegnie zmianie dopiero w przyszłości.



Wreszcie to owa zmieniona okoliczność musi powodować, że dalsze prowadzenie postępowania lub zawarcie umowy nie leży w interesie publicznym.

Naruszeniem interesu publicznego nie będą zdarzenia powstałe wskutek niedbalstwa zamawiającego. Zamawiający musi także wykazać, że przy zachowaniu należytej staranności nie mógł wcześniej przewidzieć istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, przy czym interes publiczny nie może być utożsamiany z interesem zamawiającego (zob. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 28 stycznia 2005 r., (...) oraz wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 31 marca 2005 r., (...)). Interes publiczny powinien być postrzegany jako cel dla którego zaspokojenia miało być realizowane zamówienie, który to cel zaspokajają konkretnie wskazane potrzeby społeczne (wyrok z dnia 22 marca 2011 r., sygn. akt KIO (...)). Interes publiczny jest potrzebą ogółu, określonej społeczności czy grupy mieszkańców, zawodowej, charakteryzującej się wspólną cechą (wyrok z dnia 8 kwietnia 2008 r., sygn. akt (...)).

Przesłanką unieważnienia postępowania, określoną w art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p., jest obarczenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Do jej zastosowania konieczne jest ustalenie, że:

1) w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie (wada postępowania), przy czym błędy w postępowaniu o marginalnym znaczeniu, pozostające bez wpływu na możliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, nie są wystarczającą podstawą do unieważnienia postępowania (por. wyr. KIO z 22.9.2017 r., (...), Legalis);

2) naruszenie to stanowi wadę niemożliwą do usunięcia; (jeśli wada jest usuwalna – konieczne jest jej usunięcie, w takim przypadku nie ma możliwości unieważnienia postępowania);

3) wada postępowania skutkuje brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy (konieczne jest zatem ustalenie związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy wystąpieniem wady a brakiem możliwości zawarcia umowy) (Komentarz do art. 93 PZP red. Jaworska 2018, wyd. 4/M. Jaworska, Sip Legalis).

Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 p.z.p. jest instytucją wyjątkową i winno być stosowane w ostateczności, w związku z następczymi konsekwencjami. Ogłoszenie o zamówieniu publicznym jest swoistym przyrzeczeniem publicznym polegającym w uproszczeniu na tym, że w przypadku spełnienia określonych warunków przez oferenta (specyfikacji) z ogłoszenia o zamówieniu, oferent może spodziewać się wyboru swojej oferty i zawarcia umowy. Konsekwencją jest nawet możliwość żądania przez wykonawcę po spełnieniu warunków, wydania przez sąd powszechny zastępczego oświadczenia woli w celu wykonania umowy, bowiem procedura zamówienia publicznego opiera się na przepisach prawa cywilnego. Stąd wszelkie odstępstwa od pewności prawa co do unieważnienia postępowania winny być stosowane niezwykle wyjątkowo i z dużą rozważą (wyrok KIO z dnia 20 marca 2013 r., sygn. akt KIO (...)).

W sprawie pozwany jako uzasadnienie unieważnienia postępowania wskazał, że w toku oceny ofert został ujawniony nieusuwalny błąd w dokonanym przez zamawiającego Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 7 do SIWZ) poprzez nieprecyzyjne, niejednoznaczne i niewyczerpujące opisanie parametrów technicznych dotyczących dostawy urządzenia tj. przenośnego systemu FM (walizkoładowarki), pozostawiając dowolność interpretacji wykonawcy. W ocenie zamawiającego błędny opis przedmiotu zamówienia miał wpływ na wynik postępowania, skoro w przedmiotowym postępowaniu zaoferowano przedmiot dostawy o różnym zakresie i sposobie działania. Postępowanie było więc obarczone błędem zamawiającego, mającym wpływ na jego wynik, w szczególności przez brak możliwości jednakowej oceny przedmiotu dostawy w złożonych ofertach, gdyż każdy z wykonawców interpretował zapisy SIWZ inaczej. Zamawiający wskazał ponadto, że zgodnie z art. 387 §1 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna gdyż w chwili wszczęcia postępowania tj. w dniu 17 czerwca 2015 r. zamawiający nie przewidywał, że termin wykonania zamówienia stanowiący jedno z kryterium oceny ofert stanie się nierealny, wykonawca nie przewidział ponadto, że w związku z powtórzeniem czynności badania i oceny ofert zostanie ujawniona wada w opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał,

że nierealność wyznaczonych terminów przemawia za przyjęciem, iż występuje pierwotna niemożność świadczenia, a zawarcie umowy czy też dalsze prowadzenie przedmiotowego postępowania nie leży w interesie publicznym.

W sprawie poza sporem stron pozostawała kwestia, że unieważnienie postępowania było spowodowane wyłącznie przyczyną leżącą po stronie zamawiającego, spór natomiast oscylował wokół oceny zasadności jego unieważnienia. Powód konsekwentnie bowiem twierdził, że oferowany przez niego sprzęt był zgodny ze specyfikacją przetargu, a warunki zamówienia były w jego ocenie sformułowane jednoznacznie – skoro urządzenia zachowywały swoje funkcje, mogły być oferowane w przetargu. Powód przyznał jednak, że zaproponowane przez niego rozwiązania, można było nazwać "dostosowaniem".

W ocenie Sądu, bez przeprowadzenia dowodu z zasięgnięcia wiadomości specjalnych, brak było możliwości weryfikacji, czy przedstawiona przez powoda oferta faktycznie była zgodna ze Specyfikacją istotnych warunków zamówienia, jednakże dowód w tym zakresie nie został przez stronę powodową powołany.

Proces cywilny jest procesem kontradiktoryjnym, a co za tym idzie strony zobowiązane są do przedstawiania okoliczności związanych z toczącym się postępowaniem oraz dowodów na ich poparcie. Strony muszą mieć świadomość, że w razie nie sprostania ciężarowi dowodowemu, to na nich spadają wszelkie negatywne konsekwencje, związane w szczególności z oddaleniem powództwa i obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania stronie przeciwnej. Stosownie bowiem do treści art. 6 k.c. ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu wywodzi skutki prawne. Reguła ta została również powtórzona w kodeksie postępowania cywilnego w art. 232 k.p.c., który stanowi iż strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Należy zatem przyjąć, że strona ma obowiązek wyraźnego powołania konkretnego środka dowodowego. Powiązanie tej regulacji z art. 6 k.c. prowadzi do wniosku, że ciężar udowodnienia twierdzenia o istnieniu określonego faktu spoczywa na tej stronie, która podnosi takie twierdzenia, a nie na tej, która im zaprzecza. Tak ukształtowana instytucja ciężaru dowodu spełnia dwie funkcje: dynamizuje postępowanie dowodowe oparte na zasadzie kontradiktoryjności oraz określa wynik merytoryczny sprawy w sytuacji, gdy strona nie udowodni faktów istotnych dla jej rozstrzygnięcia. Wiąże się ona również z obowiązkiem twierdzenia i obowiązkiem dowodzenia tych wszystkich okoliczności, które mogą być stosownie do art. 227 k.p.c. przedmiotem dowodu. Zatem, gdy twierdzenia istotne dla rozstrzygnięcia sprawy nie zostaną udowodnione, to o merytorycznym rozstrzygnięciu sprawy decyduje rozkład ciężaru dowodu. Procesową konsekwencją reguły wyrażonej w art. 6 k.c. jest przepis art. 232 k.p.c. wyżej cytowany. Stanowi on wprawdzie, że Sąd może dopuścić dowód nie wskazany przez stronę. Sformułowanie tego przepisu nie pozostawia jednak żadnych wątpliwości, że polska procedura cywilna, opierająca się o zasadę kontradiktoryjności i równości stron, właśnie stronom pozostawia inicjatywę dowodową i na nie wkłada obowiązek prezentowania sądowi orzekającemu wniosków dowodowych. Sąd nadal posiada, zgodnie ze zdaniem drugim przytoczonego przepisu, inicjatywę dowodową, jednak obwarowana jest ona dwoma istotnymi zastrzeżeniami. Po pierwsze, dopuszczenie dowodu z urzędu nie wskazanego przez stronę jest prawem, nie zaś obowiązkiem sądu, co sprawia, iż w razie gdy sąd z prawa tego nie skorzysta, strona nie może w tych okolicznościach konstruować uzasadnionego zarzutu błędnego rozstrzygnięcia sprawy. Jeśli zaś strona nie przedstawia dowodów, to uznać należy, iż dany fakt nie został wykazany – udowodniony (por. wyrok SN z dnia 24.10.1996 r., III CKN 6/96, OSNC 1997/3/29, wyrok SN z dnia 25.03.1998 r., II CKN 656/97, OSNC 1998/12/208, wyrok SN z dnia 05.11.1997 r., III CKN 244/97, OSNC 1998/3/52, postanowienie SN z dnia 07.12.2000 r., II CKN 1322/00, nie publ., wyrok SN z dnia 14.12.2000 r., I CKN 661/00, nie publ., wyrok SN z dnia 11.07.2001 r., V CKN 406/00, Prok. i Prawo 2002/4/45). Po drugie, inicjatywa dowodowa Sądu może przejawiać się jedynie w okolicznościach szczególnych, a wynika to z wyjątkowego charakteru przepisu tę inicjatywę dopuszczającego. W doktrynie i orzecznictwie wyrażany jest pogląd, w całości podzielany przez sąd orzekający w niniejszej sprawie, iż jedynie w trzech wypadkach dopuszczalne jest dopuszczenie dowodów z urzędu przez sąd, a mianowicie: jeżeli strony zmierzają do obejścia prawa, w razie rażącej nieporadności strony działającej bez adwokata lub radcy prawnego, której – wobec niepodjęcia przez nią właściwych czynności, mimo stosownych pouczeń Sądu – grozi naruszenie interesu podlegającego szczególnej ochronie oraz gdy zachodzi podejrzenie prowadzenia przez strony procesu fikcyjnego (por. uzasadnienie uchwały 7 sędziów SN z dnia 19.05.2000 r., III CZP 4/00, OSNC 2000/11/195).

Sąd nie znalazł w sprawie żadnych podstaw, by podejmować inicjatywę dowodową za strony procesu, w sytuacji gdy zarówno powód jak i pozwany byli w sprawie reprezentowani przez profesjonalnych pełnomocników. W braku możliwości jednoznacznej weryfikacji, czy oferta złożona w toku postępowania faktycznie spełniała wymogi określone w SIWZ, brak było możliwości ustalenia czy postępowanie zostało w sposób niebudzący wątpliwości, zasadnie unieważnione.

Faktem jest, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy, objęte sporem w toku niniejszej sprawy, nie przedstawiało wartości wyższej niż 207.000 euro (k. 78). Zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy p.z.p., jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; 2) określenia warunków udziału w postępowaniu; 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; 4) odrzucenia oferty odwołującego; 5) opisu przedmiotu zamówienia; 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.

W myśl § 1 pkt 2 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz.2013.1735) ogłoszenia dotyczące zamówień publicznych przekazuje się Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, jeżeli wartość zamówień udzielanych przez zamawiających innych niż określonych w pkt 1, z wyjątkiem zamówień, o których mowa w pkt 3 i 4, jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 207 000 euro - dla dostaw lub usług. Rozporządzenie to zostało uchylone przez Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz.U.2017.1880), było jednak obowiązujące na gruncie niniejszej sprawy.

Okoliczność ta jednak nie wpływa na ocenę decyzji powoda o wcześniejszym zakupie sprzętu objętego zamówieniem z tych względów, że mając świadomość braku możliwości odwołania od decyzji w przedmiocie wyboru oferty, powód nie liczył się z możliwością unieważnienia przetargu.

Powodowi nie przysługiwało więc prawo odwołania od unieważnienia postępowania, z uwagi na jego wartość nie przekraczającą kwoty 207.000 euro. Powód twierdził natomiast, że jego oferta była prawidłowa, a pozwany bezpodstawnie uchylił się od zawarcia umowy. Powód odwoływał się również do treści art. 70<sup>4</sup> § 2 zd. 3 k.c.

Zgodnie więc z tym przepisem jeżeli organizator aukcji albo przetargu uchylił się od zawarcia umowy, ich uczestnik, którego oferta została wybrana, może żądać zapłaty podwójnego wadium albo naprawienia szkody.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 22 kwietnia 2010 r. (V CSK 321/09) stwierdził, że nie ma podstaw do uznania, że charakter i specyfika zamówień publicznych powodują, iż w postępowaniu ich dotyczącym nie znajduje zastosowania taka sama zasada. Unormowanie art. 46 p.z.p. należy zatem uznać za niepełne, co powoduje potrzebę przyjęcia, że do wadium w postępowaniu dotyczącym zamówień publicznych ma zastosowanie art. 70<sup>4</sup> § 2 zd. trzecie k.c. Podstawę tego zabiegu stanowi art. 14 p.z.p. Pozwala nań szeroka formuła tego przepisu, stanowiącego, że „do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego” stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy Prawa zamówień publicznych nie stanowią inaczej. Przez czynności, o których mowa w art. 14 p.z.p., należy bowiem rozumieć wszelkie czynności faktyczne i prawne podejmowane przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym dotyczące wniesienia oraz zwrotu wadium.

Za uchylanie się uznać należy kwalifikowaną postacią odmowy, a jej podstawowym elementem jest bezpodstawność takiego oświadczenia woli. Uchylanie się jest świadomym działaniem lub zaniechaniem, zmierzające do bezpodstawnego nie zawarcia umowy (Wyrok SN z dnia 26 września 2001 r., IV CKN 461/00, LEX nr 52767.). Nie będzie więc uchylaniem się każda odmowa zawarcia umowy. Każdorazowo przy dokonaniu kwalifikacji odmowy należy wziąć pod uwagę konkretne okoliczności sprawy.

W sprawie pozwany nie uchylił się jednak od zawarcia umowy, lecz unieważnił postępowanie i z tej właśnie przyczyny umowa nie została zawarta.

Zgodnie z treścią art. 64 k.c. prawomocne orzeczenie sądu stwierdzające obowiązek danej osoby do złożenia oznaczonego oświadczenia woli zastępuje to oświadczenie. Przepis ten znajduje zastosowanie do przetargu na podstawie art. 70<sup>2</sup> § 3 k.c. w zw. z art. 70<sup>3</sup> § 3 k.c. W myśl art. 70<sup>2</sup> § 3 k.c. jeżeli ważność umowy zależy od spełnienia szczególnych wymagań przewidzianych w ustawie, zarówno organizator przetargu, jak i jego uczestnik, którego oferta została przyjęta, mogą dochodzić zawarcia umowy. W związku z tym wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest uprawniony do wystąpienia do sądu powszechnego z roszczeniem o zawarcie z nim umowy o treści odpowiadającej warunkom określonym w SIWZ oraz złożonej przez niego ofercie (tak: Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 16 lipca 2009 r. w sprawie o sygn. akt XVI GC 682/o8, niepubl.).

Sąd stoi na stanowisku, iż w sytuacji gdy powód konsekwentnie twierdził, że jego oferta w pełni odpowiadała wymaganiom postawionym w SIWZ, winien on wystąpić z powództwem wydania przez sąd powszechny zastępczego oświadczenia woli w celu zawarcia umowy. Tymczasem w sprawie niniejszej powód z jednej strony twierdził, że jego oferta była prawidłowa i zgodna z wymogami SIWZ, z drugiej zaś nie żądał zawarcia umowy, lecz skierował względem pozwanego roszczenie odszkodowawcze.

W sprawie powód wykazał, iż w związku z postępowaniem nr (...) poniósł wymierną szkodę w postaci kosztów zakupu sprzętu objętego zamówieniem publicznym i transportu w kwocie 31.821,64 zł oraz kosztów przygotowania oferty w kwocie 9.594 zł, nie osiągnął ponadto planowanego zysku w kwocie 52.802,36 zł.

Z ustaleń poczynionych w sprawę wynikało, że już od momentu zaproszenia powoda do zawarcia umowy przez pozwanego, powziął on kroki celem pozyskania sprzętu objętego zamówieniem. Do akt sprawy powód przedstawił faktury za zakup sprzętu na kwoty: 1.967,69 zł (k. 92), 5.872,02 zł (k. 94) wraz z potwierdzeniem uiszczenia ceny (k. 96), fakturę na kwotę 2.338,97 zł (k. 97) wraz z potwierdzeniem uiszczenia ceny (k. 98), oraz fakturę wystawioną przez szwedzką firmę na kwotę 46.949 SEK (k. 99) wraz z tłumaczeniem przysięgłym (k. 100) oraz potwierdzeniem uiszczenia ceny w przeliczeniu na PLN w kwocie 21.642,96 zł (k. 101).

Zwrócić należy uwagę, że faktura wystawiona przez szwedzką firmę została opatrzona datą 18 sierpnia 2015 r. Złożone jednak do akt wydruki wiadomości e-mail potwierdzały, że pertraktacje dotyczące zamówienia były prowadzone od dnia 20 lipca 2015 r. (k. 109) i w tej dacie zaakceptowano cenę i warunki oferty. Ostateczne sprzęty objęte zamówieniem zostały doręczone w dniu 24 lipca 2015 r., co potwierdzał dokument wystawiony przez dostawę - (...) (k. 113-115). W ocenie Sądu nie miał znaczenia zarzut pozwanego, że faktura ta jako adres dostawy wskazywała (...) Sp. z o.o. w W. - w jej treści wskazano jednak, że „adresem faktury” jest (...) Sp. z o.o. z siedzibą w L..

Powód wykazał również, że aktywnie poszukiwał nabywców posiadanego sprzętu, w tym oferując go po cenie niższej niż rynkowa, z uwagi jednak na specyfikę tych urządzeń, działania te pozostały bezskuteczne.

W rozumieniu art. 361 k.c. szkoda może występować w dwojakiej postaci, tj. może ona obejmować straty, które poszkodowany poniósł (*damnum emergens*), albo też utratę korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono (*lucrum cessans*). Zobowiązany do odszkodowania ponosi jednak odpowiedzialność tylko za normalne następstwa swego działania lub zaniechania. Przepis ten odnosi się do jednej z koniecznych przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej, jaką jest związek przyczynowy. Wypowiedziano w nim zasadę adekwatnej przyczynowości. Bez spełnienia warunku, iż między określonym zdarzeniem obciążającym (przypisanym przez przepis prawny) zobowiązanego do odszkodowania a powstałą szkodą istnieje związek przyczynowy, roszczenie odszkodowawcze nie powstanie. Skonstruowanie na potrzeby odpowiedzialności właściwego związku przyczynowego jest więc zagadnieniem nader istotnym, ponieważ wpływa na kształt roszczenia odszkodowawczego, a w konsekwencji decyduje o prawach poszkodowanego wierzyciela i obowiązkach dłużnika (Komentarz do art. 361 k.c. red. Gniewek 2017, wyd. 8/Zagrobelny, Sip Legalis).

Na co słusznie zwróciła uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 04 sierpnia 2017 r. (KIO (...)) błędne jest przekonanie, że w systemie zamówień publicznych najważniejsza jest pewność obrotu prawnego i trwałość stosunków prawnych, a więc w momencie gdy oferta powinna być wybrana jako najkorzystniejsza wykonawca może zakładać, że zostanie z nim zawarta umowa i będzie ją wykonywać za odpowiednią, zaoferowaną kwotę. Otóż w systemie zamówień publicznych istnieje choćby instytucja unieważnienia postępowania (art. 93 p.z.p.), a także unieważnienia umowy (art. 146 p.z.p.) czy odstąpienia od umowy (art. 145 p.z.p.). Choćby dlatego nie można utożsamiać prowadzenia procedury zamówieniowej z zawartą już umową i bezwzględnie wiązać z oczekiwaniem wyboru najkorzystniejszej oferty skutków, które niesie ze sobą zawarcie umowy. Jeżeli wykonawca uznaje to za odpowiednie w danym postępowaniu, wykonawca może skorzystać z uprawnienia zawartego w art. 93 ust. 4 p.z.p.

Stanowisko to jest w pełni akceptowane przez tut. Sąd Orzekający.

Zauważyć należy, że decyzja powoda o zakupie sprzętu objętego zamówieniem przed datą podpisania umowy, stanowiła ryzyko po jego stronie nieodłącznie związane z prowadzoną przez niego działalnością gospodarczą. Okoliczność jednak, iż powód ryzyko to zdecydował się podjąć, nie może obciążać pozwanego poprzez przerwienie na niego kosztów przedwczesnego przystąpienia powoda do realizacji zamówienia. Pamiętać należy, że to powód zdecydował się wskazać taki, a nie inny termin realizacji zamówienia i jako podmiot profesjonalnie działający na rynku tego typu usług, z pewnością miał wiedzę na temat czasu oczekiwania na zamówiony sprzęt. Zgodnie z warunkami SIWZ zamawiający wymagał realizacji przedmiotu zamówienia w maksymalnym terminie do dnia 05 sierpnia 2015 r. Za wykonanie zamówienia w terminie do dnia 29 lipca 2015 r. przewidziano 20 pkt, do dnia 30 lipca 2015 r. 16 pkt, do dnia 31 lipca 2015 r. 12 pkt, do dnia 03 sierpnia 2015 r. 8 pkt, do dnia 04 sierpnia 2015 r. 4 pkt oraz do dnia 05 sierpnia 2015 r. 0 pkt. Zobowiązanie się więc powoda do zrealizowania zamówienia w terminie do 29 lipca 2015 r. było jego arbitralną decyzją, z pewnością popartą chęcią uzyskania możliwie najwyższej liczby punktów za tak szybkie wykonanie zamówienia.

W ocenie Sądu pochojne przystąpienie do realizacji zamówienia przed terminem faktycznego podpisania umowy, nie mogło zostać usprawiedliwione presją czasu po stronie wykonawcy, czy też przeświadczeniem, że w związku z brakiem możliwości odwołania, zawarcie umowy można traktować jako pewnik. Pozwany miał bowiem możliwość unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 p.z.p., z czego skorzystał, a fakt, iż powód takiej sytuacji nie przewidział, nie może obciążać w skutkach finansowych pozwanego. Brak jest zatem adekwatnego związku przyczynowego pomiędzy szkodą, jaką poniósł powód w związku z działaniem pozwanego polegającym na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a tym działaniem. W tej sytuacji wyznacznikiem możliwości przystąpienia do realizacji zamówienia powinna być data zawarcia umowy, a działanie w obawie o terminowe wykonanie zamówienia, oceny tej nie zmieniało. Działanie powoda i ryzyko przez niego podjęte mieściło się w granicach wykonywania przez powoda działalności gospodarczej, a szkoda, jaką niewątpliwie poniósł, nie pozostawała w adekwatnym związku przyczynowym z działaniem pozwanego.

Z tych też względów, Sąd powództwo oddalił w zakresie, w jakim powód domagał się zasądzenia na jego rzecz kwoty 84.624 zł tytułem odszkodowania za poniesioną w wyniku działań pozwanego szkodę w wysokości równej poniesionym kosztom na zakup sprzętu będącego przedmiotem zamówienia oraz kwocie utraconych korzyści (pkt 2 wyroku).

W konsekwencji podjętego rozstrzygnięcia orzeczenie o kosztach procesu oparto o treść normy prawnej art. 100 k.p.c. w części, w jakiej przewiduje ona, że w razie częściowego tylko uwzględnienia żądań koszty będą wzajemnie zniesione lub stosunkowo rozdzielone.

Mając na uwadze, iż żądania powoda zostały uwzględnione jedynie w części tj. co do kwoty 9.594 zł z żądanej przez powoda sumy 94.218 zł, wygrana powoda stanowiła wymiar 10%. Na koszty poniesione przez powoda w toku procesu składał się: koszt uiszczony opłaty sądowej w kwocie 4.741 zł (k. 48), opłata skarbową od pełnomocnictwa w kwocie 17 zł (k. 30) oraz wynagrodzenie pełnomocnika ustalone zgodnie z § 2 pkt 6 rozporządzenia Ministra

Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U.2015.1804, w brzmieniu obowiązującym w dacie wniesienia powództwa, 10.06.2016 r.), w stawce 7.200 zł.

Z kolei koszty poniesione przez pozwanego sprowadzały się do opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w kwocie 17 zł (k. 169) oraz wynagrodzenia pełnomocnika, ustalonego według stawki przewidzianej w § 2 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz.u.2015.1800, w brzmieniu obowiązującym w dacie wniesienia powództwa, 10.06.2016 r.), w stawce 7.200 zł.

Mając na uwadze, iż powód przegrał proces w wymiarze 90% należało zasądzić od powoda na rzecz pozwanego kwotę 5.299 zł tytułem kosztów procesu (pkt 3).

W związku z powyższym, orzeczono jak w sentencji wyroku.---

/-/ SSO Mariusz Solka

## ZARZĄDZENIE

1. (...)

2. (...)

(...)

(...)

(...)

(...)

(...)

1. (...)

2. (...)

(...)

(...)

(...)

(...)

(...)

(...)

(...)

(...)