

*Sygn. akt II Ca 111/14*

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 października 2014 roku

Sąd Okręgowy w Szczecinie II Wydział Cywilny Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący:	SSO Dorota Gamrat - Kubeczak
Sędziowie:	SO Marzenna Ernest (spr.) SO Małgorzata Grzesik
Protokolant:	sekr. sądowy Małgorzata Idzikowska-Chrzęszczewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 października 2014 roku w S.

sprawy z powództwa (...) **Spółki Akcyjnej w S.**

przeciwko **Powiatowi (...)**

o zapłatę

na skutek apelacji wniesionych przez powódkę i pozwanego od wyroku Sądu Rejonowego w Goleniowie z dnia 24 września 2013 r., sygn. akt I C 997/12

**1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:**

**a. w punkcie II zasądza od pozwanego Powiatu (...) na rzecz powódki (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w S. kwotę 5.300 (pięć tysięcy trzysta) złotych wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 15 maja 2012 r. do dnia zapłaty;**

**b. w punkcie III zasądza od pozwanego na rzecz powódki kwotę 2.947 (dwa tysiące dziewięćset czterdzieści siedem) złotych tytułem kosztów procesu, w tym kwotę 2.400 (dwa tysiące czterysta) złotych kosztów zastępstwa procesowego;**

**2. oddala apelację pozwanego;**

**3. zasądza od pozwanego na rzecz powódki kwotę 865 (osiemset sześćdziesiąt pięć) złotych tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.**

Sygn. akt II Ca 111/14

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 24 września 2013 r. Sąd Rejonowy w Goleniowie zasądził od pozwanego Powiatu (...) na rzecz powódki (...) spółki akcyjnej z siedzibą w S. kwotę 5.300 złotych wraz z odsetkami ustawowymi liczonymi od dnia 15

maja 2012 r. do dnia zapłaty (pkt I), oddalił powództwo w pozostałym zakresie (pkt II) oraz zniósł wzajemnie koszty procesu (pkt III).

Sąd I instancji oparł swoje rozstrzygnięcie na następujących ustaleniach faktycznych i rozważaniach prawnych:

Powiat (...) w styczniu 2012 roku ogłosił o zamiarze udzielenia zamówienia publicznego pod nazwą „Remonty częściowe emulsją i grysem na terenie Powiatu (...)”. Z. przewidział możliwość składania ofert częściowych, tj.: część nr 1 „Obwód drogowy w G.”, część 2 „Obwód drogowy w N.”.

Zgodnie z zapisami części XIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ), warunkiem uczestnictwa w przetargu było wniesienie wadium w wysokości: dla części nr 1 - 5.400,00 zł, dla części nr 2 - 5.200,00 zł.

Zwrot wadium Zamawiający miał dokonać z chwilą upływu terminu związania ofertą oraz w pozostałych przypadkach wymienionych w art. 46 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zatrzymanie zaś wadium wraz z odsetkami zgodnie z SIWZ, przewidziano w przypadku między innymi, jeżeli Wykonawca, którego oferta została wybrana:

- odmówi podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
- nie wniesie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

Część XIX SIWZ wskazywała, iż Zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego:

- w terminie nie krótszym niż 5 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zostało ono przesłane faksem,
- w terminie 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zostało ono przesłane pisemnie.

Zamawiający wskazał w pkt XII SIWZ, iż osobami upoważnionymi przez niego do kontaktów z wykonawcami są:

- B. Z. - Naczelnik Wydziału (...) Powiatowych (tel. 091 407-10-80 wew. 233, faks 091 407-17-90) oraz
- A. R. w Wydziale (...) Powiatowych (tel. (...) wew. 223, faks (...) -17-90, e-mail: a.kujawa@powiat- (...) .pl).

Oferty należało składać do dnia 6 lutego 2012 roku, godz. 10:00. Termin związania ofertą wynosił 30 dni i rozpoczynał się wraz z upływem terminu składania ofert.

Część XI SIWZ dotyczący (...) o sposobie przekazywania oświadczeń i dokumentów w pkt 1 i 2 wskazywał, iż oświadczenia lub dokumenty, wnioski, zawiadomienia oraz informacje Zamawiający oraz Wykonawcy przekazują pisemnie lub faksem, przy czym jeżeli Zamawiający lub Wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje faksem, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania.

W postępowaniu przetargowym oferty na wymienione wyżej części przedmiotu zamówienia złożyła między innymi firma (...) i (...) spółka akcyjna z siedzibą w S..

W formularzu ofertowym ww. spółka podała między innymi następujące swoje

dane:

- adres poczty elektronicznej: biuro@transmasz.pl,

- numer (...),
- numer faksu: 91 577-28-52.

W odniesieniu do każdej części zamówienia ww. spółka wniosła wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowych, które obowiązywały od dnia 6 lutego 2012 roku do dnia 7 marca 2012 roku włącznie. Tylko zatem wezwanie do zapłaty doręczone gwarantowi do dnia 7 marca 2012 roku na adres w W. mogło skutkować obowiązkiem zapłaty z tytułu gwarancji.

W dniu 6 lutego 2012 roku Komisja Zamawiającego dokonała otwarcia ofert.

Pismami z dnia 7 lutego 2012 roku spółka (...) drogą faksu została wezwana do przedłożenia brakujących dokumentów. Każda przesyłka została odebrana.

Pismem z dnia 14 lutego 2012 roku wykonawcy, w tym spółka (...) zostali zawiadomieni o wyborze najkorzystniejszej oferty. Zawiadomienie również zostało przesłane do spółki (...) faksem, a przesyłka została odebrana.

W zawiadomieniu zawarto informację, że podpisanie umowy z wykonawcą nastąpi „po 1 marca 2012 roku”. W tym celu należy zaś skontaktować się z A. K. (1) pod numerem (...) wew. 233, jak również bezpośrednio w siedzibie zamawiającego w pokoju nr (...) w godz. 7.30-15.30.

Wskazany w zawiadomieniu termin na „po 1 marca 2012 roku” pracownicy Zamawiającego zajmujący się przetargiem traktowali jak umówienie się z Wykonawcą na termin podpisania umowy. Termin ten został zakreślony po pierwszym marca, albowiem jeden z wykonawców był informowany pisemnie pocztą, i zgodnie z SIWZ należało termin podpisania umowy wyznaczyć na 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, a nie na 5 dni, co nastąpiłoby, gdyby zawiadomienie miało miejsce faksem. Istotne było, aby zmieścić się w czasie pomiędzy terminem związania ofertą, a zakończonym terminem na odwołania.

Potwierdzenia odbioru zawiadomienia ze strony spółki (...) dokonała asystentka prezesa zarządu - R. P..

Ze strony Wykonawcy w celu podpisania umowy nie kontaktował się nikt.

W dniu 29 lutego A. K. (1) (pracownik (...) zajmująca się przedmiotowym przetargiem) skontaktowała się telefonicznie z nieustalonym pracownikiem spółki (...) pod numerem (...), który został podany przez wykonawcę w ofercie. Kontakt miał na celu ustalenie daty podpisania umów w sprawie zamówienia publicznego. Rozmawiano o dacie 5 marca 2012 roku, poniedziałek, godz. 11:00. Na okoliczność rozmowy telefonicznej żadna ze stron nie sporządziła notatki służbowej. Drogą wskazaną w SIWZ, tj. pocztą pisemnie lub faksem nie przesłano do Wykonawcy żadnej informacji dotyczącej uzgodnionego i wyznaczonego terminu podpisania umów w siedzibie Zamawiającego. B. J., nadzorujący sprawę przetargową u Wykonawcy nie uzyskał od pracownika biura wykonawcy żadnej informacji na temat terminu zawarcia umowy uzgodnionego telefonicznie. O terminie tym nie powziął wiedzy również Prezes Zarządu P. D..

W dniu 5 marca 2012 roku do godziny 11:00, ani później ze strony spółki (...) nikt się nie stawił, kto byłby upoważniony do podpisania umów na poszczególne części zamówienia. W tym samym dniu, A. K. (1) uzyskała informację od B. Z. (pracownika (...) zajmującego się przedmiotowym przetargiem), że nikt ze strony wykonawcy nie przyjedzie podpisać umów. B. Z. rozmawiał w dniu 5 marca 2012 roku o godz. 13:27:55 i 13:53:56 z pracownikiem wykonawcy spółki (...), dzwoniąc na posiadany przez siebie prywatnie numer komórkowy 603-781-801, pod który to numer zadzwonił w związku z nieprzybyciem nikogo ze strony spółki na podpisanie umów do siedziby spółki. Z rozmowy nie sporządzono notatki urzędowej.

W związku z niestawieniem się przedstawicieli wykonawcy na podpisanie umów, A. K. (1) wystraszyła się zaistniałą sytuacją, z jaką nigdy wcześniej nie miała do czynienia, albowiem to wykonawcy zawsze zabiegali o podpisanie umowy i sporządziła w dniu 5 marca 2012 roku dwa pisma stanowiące zaproszenie dla upoważnionych przedstawicieli wykonawcy do podpisania umów, po to, aby dopełnić wszystkich formalności i zrobić wszystko, aby do podpisania

umowy mogło dojść. Ostateczny termin zawarcia umów wyznaczyła na dzień 6 marca 2012 roku, który stanowił ostatni dzień związania ofertą.

Ani Zamawiający, ani Wykonawca nie występowali o przedłużenie terminu związania ofertą.

Niezależnie od powyższego, ww. pisma zostały jednak wysłane z (...) w dniu 5 marca 2012 roku za pośrednictwem poczty oraz na wskazany adres e-mail spółki (...), bo na wysłanie faksem było już w tym dniu zbyt późno (Wykonawca miał otwarte biuro jedynie do 15.00) - wysłano zatem:

- zaproszenie ujęte w piśmie z dnia 5 marca 2012 roku dotyczące części 1 zamówienia; wiadomość e-mail wysłano z (...) o godz. 15:28, przy czym wiadomość została odczytana w biurze wykonawcy w dniu 6 marca 2012 roku o godz. 6:59;
- zaproszenie ujęte w piśmie z dnia 5 marca 2012 roku dotyczące części 2 zamówienia; wiadomość e-mail wysłano z (...) o godz. 15:30, przy czym wiadomość została odczytana w biurze wykonawcy w dniu 6 marca 2012 roku o godz. 6:59.

Przedmiotowe zaproszenia do zawarcia umów, w których wyznaczono ostateczny termin do podpisania umów na dzień 6 marca 2012 roku wysłane pocztą zostały doręczone Wykonawcy w dniu 14 marca 2012 roku.

A. K. (1), nadto w dniu 6 marca 2012 roku, w godzinach porannych (7:34:49, 8:18:22) kontaktowała się telefonicznie z pracownikiem biura wykonawcy nie sporządzając na okoliczność treści rozmowy żadnej notatki służbowej. Po tych kontaktach A. K. (1) usiłowała przesłać wskazane zaproszenie wykonawcy faksem o godzinie 8:29. Ani wówczas, ani w dalszej części dnia w biurze wykonawcy nie odbierano telefonów, a faks nie odbierał wiadomości.

W dniu 6 marca o godz. 15:00 ze strony wykonawcy nie stawił się nikt upoważniony do podpisania umów w sprawie zamówienia publicznego, nie było ze strony wykonawcy żadnego kontaktu.

W konsekwencji nieprzybycia przedstawicieli wykonawcy i niepodpisania umów w dniu 6 marca 2012 roku, Zamawiający wezwał gwaranta do zapłaty z tytułu udzielenia gwarancji ubezpieczeniowych wadium z uwagi na fakt, iż zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie oferenta. Gwarantowane kwoty zostały zapłacone Zamawiającemu tytułem wadium w łącznej wysokości 10.600,00 zł. Wypłacone przez gwaranta kwoty, na wezwanie do zapłaty, zostały zaś zwrócone przez spółkę (...) gwarantowi na jego wezwanie.

Pismem z dnia 9 marca 2012 roku, które zostało doręczone Wykonawcy pocztą tradycyjną w dniu 14 marca 2012 roku, Zamawiający zawiadomił wykonawców, iż postępowanie przetargowe zostało zamknięte bez dokonania czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Nadto, pismem z dnia 12 marca 2012 roku, które dotarło do kancelarii (...) w dniu 15 marca 2012 roku, Powiat poinformował, że wystąpił do gwaranta o wypłacenie sum z gwarancji.

Pismem z dnia 2 kwietnia 2012 roku Zamawiający poinformował zaś o przyczynie zatrzymania wadium, tj. iż zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

Wykonawca spółka (...) pismem z dnia 23 kwietnia 2012 roku wezwała Powiat do zwrotu kwoty 10.600,00 zł wraz z odsetkami za bezzasadnie wyegzekwowane wadium z gwarancji do dnia 10 maja 2012 roku pod rygorem wszczęcia postępowania sądowego. Powyższe wezwanie zostało doręczone Zamawiającemu w dniu 27 kwietnia 2012 roku.

W odpowiedzi z dnia 9 maja 2012 roku Powiat poinformował spółkę (...), iż nie znaleziono podstaw do zwrotu na rzecz wykonawcy zatrzymanego wadium.

W kolejnych pismach strony nie doszły do porozumienia.

Przy tak ustalonym stanie faktycznym sprawy Sąd Rejonowy stwierdził, iż powództwo okazało się zasadne w 50%, tj. co do kwoty 5.300,00 zł zasądzonej na rzecz powoda wraz z odsetkami, w pozostałej części podlegało zaś oddaleniu jako nieuzasadnione.

Powód, żądając od pozwanego zwrotu kwoty 10.600,00 zł wskazał, iż pozwany Powiat, jako Zamawiający w ramach przetargu publicznego bezzasadnie wyegzekwował wadium z gwarancji ubezpieczeniowej udzielonej przez (...) S.A., albowiem spółka nie posiadała od Zamawiającego informacji o wyznaczonym terminie podpisania umów, która doszłaby do spółki w sposób przewidziany w SIWZ przed wyznaczonym terminem na podpisanie umów, a zatem to nie z przyczyn leżących po stronie powodowej spółki nie doszło do podpisania umów.

Pozwany Powiat twierdził zaś, iż w przedmiotowej sprawie istniała podstawa faktyczna i prawna do tego, aby Zamawiający skorzystał z gwarancji albowiem zawarcie obu umów, jakie złożyły się na ogłoszony i wygrany przez powodową spółkę przetarg publiczny, stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Oferenta, czyli spółki (...).

W tym miejscu Sąd Rejonowy wskazał, iż w treści SIWZ oraz art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zastrzeżono, że Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Zdaniem pozwanego Powiatu, w opisanych w odpowiedzi na pozew okolicznościach sprawy, nie może budzić wątpliwości, iż powód mimo wygrania przetargu, nie chciał zawrzeć umów w sprawie zamówienia publicznego. Powód miał wyraźną informację, że umowy zostaną podpisane po 1 marca 2012 roku i że w tym celu należy kontaktować się z A. K. (1). Kontakt takiego jednak nie podjął. Dlatego też ustalenie terminu zawarcia umowy zainicjowała A. K. (1); do ustalenia terminu doszło podczas kontaktu telefonicznego w dniu 29 lutego 2012 roku. Na ustalony termin nikt upoważniony do zawarcia umów w imieniu powoda nie stawiał się. Do dnia 5 marca 2012 roku pozwany miał podstawy zakładać, że zgodnie z ustaleniem, stawiają się osoby upoważnione do podpisania umów. Powód, będący przedsiębiorcą, podmiotem, któremu z natury należy przypisywać wyższe mierniki staranności, w ogóle nie interesował się sprawą zawarcia umów. Niezależnie od powyższego, powód miał wiedzę o terminie zawarcia umowy i o terminie związania ofertą, wiedział, że końcowy termin związania ofertą przypada na dzień 6 marca 2012 roku. Nawet jeśli miałyby wystąpić jakieś przeszkody po stronie powoda, mógł on zwrócić się do pozwanego o przedłużenie terminu związania ofertą. Staranny przedsiębiorca, rzeczywiście zainteresowany zawarciem umów, powinien wykazywać aktywność w tym kierunku. Tymczasem po stronie powoda nie tylko zabrakło tej aktywności. Przy końcu terminu związania ofertą powód podjął działania destrukcyjne (problem kontaktu, niemożność wysłania faksu, nieobieranie telefonu).

Na wstępie rozważań Sąd I instancji wskazał na dopuszczalność drogi sądowej o zwrot zatrzymanego wadium. W tym zakresie Sąd I instancji podzielił w pełni wywody i argumentację orzecznictwa sądu powszechnego zawarte np. w wyroku Sądu Najwyższego z dnia z dnia 11 maja 2012 r., II CSK 491/11, gdzie podkreślono, iż dopuszczalna jest droga sądowa o zwrot zatrzymanego wadium wprost, bez potrzeby wykorzystywania środków ochrony prawnej przewidzianych w prawo zamówień publicznych.

Sąd pierwszej instancji zaznaczył, iż ustalony przez niego w sprawie stan faktyczny różnił się od tego, jaki został przytoczony w uzasadnieniu przez stronę pozwaną. Konsekwencją powyższego była odmienna nieco ocena dokonana przez Sąd postawy Oferenta (powoda), jak i postawy Zamawiającego (pozwanego), którego staranność również została oceniona przez Sąd przez pryzmat należytej staranności jaką winien wykazać się przedsiębiorca. Sąd Rejonowy dokonał bowiem odmiennej interpretacji charakteru niniejszej sprawy niż Sąd Gospodarczy w Szczecinie i przyjął, iż sprawa ma charakter sprawy gospodarczej i oba podmioty występujące w niniejszym postępowaniu są przedsiębiorcami.

Jak wskazał Sąd Rejonowy, spór oparty był głównie na tym, po pierwsze, jakie skutki należy wywieść z zapisów SIWZ, co do sposobu porozumiewania się stron postępowania po wyborze najkorzystniejszej oferty; po drugie zaś, spór sprowadzał się do ustalenia stanu faktycznego, co do przebiegu zdarzeń jakie miały miejsce po wyborze najkorzystniejszej oferty. Zdarzenia te miały bowiem zmierzać do zawarcia umów, w tym sporna była ocena, w

kontekście tych zdarzeń, zachowania obu podmiotów i wpływu tegoż zachowania na niemożliwość zawarcia umów, tj. czy Oferentowi można było przypisać w okolicznościach sprawy, że zawarcie umów w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po jego stronie. Przesłanka ta warunkowała bowiem możliwość skorzystania przez Zamawiającego z gwarancji i uzasadniała zatrzymanie wadium.

Po pierwsze, Sąd I instancji zauważył, iż w treści SIWZ strony zastrzegły wprost, że między innymi zawiadomienia oraz informacje (czym niewątpliwie było zaproszenie do zawarcia umowy, czy ustalenie terminu zawarcia umów) Zamawiający oraz Wykonawcy przekazują pisemnie lub faksem. Powyższa zasada wynika również wprost z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, gdzie ustawodawca w treści art. 27 ust. 1 zastrzegł, iż w postępowaniach o udzielenie zamówienia oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują, zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną. Art. 27 u.p.z.p. jest przepisem szczególnym w stosunku do art. 9 ust. 1, który wprowadza zasadę pisemności do postępowania o udzielenie zamówienia. W świetle art. 27 u.p.z.p. należy stwierdzić, że zasada pisemności podlega ograniczonemu zastosowaniu w przypadku odmiennej woli zamawiającego. Jeżeli jednak zamawiający nie określi sposobu porozumiewania się, zawsze właściwą formą będzie forma pisemna. Również w sytuacji, w której zamawiający wprawdzie określi sposób porozumiewania się, wybierając formę inną niż pisemna, lecz zawiadomienia, wnioski lub informacje zostaną przekazane w formie pisemnej, nie można uznać wadliwości takiej czynności ze względu na regulację art. 27 ust. 3 u.p.z.p., w którym wyraźnie dopuszcza się zastosowanie tej formy, bez względu na inne okoliczności. Regulacje art. 27 u.p.z.p. znajdują zastosowanie do wszelkich oświadczeń, zawiadomień i informacji przekazywanych w toku postępowania, chyba że przepis szczególny stanowi inaczej. Takim przepisem szczególnym jest art. 82 ust. 2, w którym wyraźnie wskazano, że ofertę składa się pod rygorem nieważności w formie pisemnej. Innymi słowy nie jest możliwe złożenie oferty w innej, wybranej przez zamawiającego, formie, niż pisemna (tak wyrok SN z 7.07.2011 r., II CSK 675/10).

Sąd Rejonowy stwierdził, iż z przepisów ustawy nie wynika, by ustawodawca zastrzegł rygor nieważności dla przypadku, w którym Zamawiający porozumiewa się z Wykonawcą (Oferentem) w innej formie, niż zastrzeżona w SIWZ, tj. tak jak to miało miejsce w niniejszej sprawie, kiedy Zamawiający telefonicznie zmierzał do umówienia się z Wykonawcą na termin podpisania umów, którą to czynność Sąd zakwalifikował do czynności objętych regulacjami ustawy i SIWZ; brak bowiem jakichkolwiek argumentów, aby podzielić w tym zakresie stanowisko pozwanego, że ten etap nie zawiera się już w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Nie może budzić wątpliwości, w ocenie Sądu pierwszej instancji, iż Zamawiający nie powinien kontaktować się z wykonawcą w formie elektronicznej, lecz w formie pisemnej lub jednej z form dopuszczonych w SIWZ na podstawie art. 27 ust. 1 u.p.z.p. Takie działania Zamawiającego oceniane są jako naruszenie zasady pisemności postępowania wynikającej z art. 9 ust. 1 u.p.z.p. jak i zasady jawności wynikającej z art. 8 ust. 1 u.p.z.p.

Przepisy u.p.z.p. nie regulują szczegółowo kwestii doręczania pism pomiędzy stronami postępowania, ocenę tej kwestii należy zatem dokonać za pomocą przepisów k.c., poprzez art. 14 u.p.z.p. Wykonawca biorący udział w postępowaniu i wskazując w ofercie, czy za pomocą np. materiałów reklamowych swoje dane teleadresowe, winien liczyć się z faktem, iż na te urządzenia mogą mu być przekazywane informacje czy wezwania, których niezrealizowanie może negatywnie skutkować dla jego dalszego udziału w tym postępowaniu (przy zastrzeżeniu dopuszczalności jednak takiej formy przewidzianej w SIWZ).

W przedmiotowej sprawie strony zastrzegły możliwość porozumiewania się pisemnie i za pomocą faksu.

Zamawiający zaś, w dniu 29 lutego 2012 roku podjął próby telefonicznego uzgodnienia terminu podpisania umowy (na dzień 5 marca 2012 roku). Fakt rozmowy telefonicznej, ani jej przebieg nie został jednak w żaden sposób ujawniony w protokole postępowania, czy choćby notatce urzędowej. Fakt poczynionych ustnie uzgodnień nie został też przez żadną ze stron potwierdzony w formie pisemnej czy faksem.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu, na dowód przebiegu rozmowy z tego dnia nie przedłożył żadnego dowodu stanowiącego o utrwalonej treści tejże rozmowy. Pracownik (...), A. K. (1), która rozmowę przeprowadzała, nie była

nawet w stanie wskazać z kim rozmawiała ze strony Wykonawcy, przyznała, że sama przed przystąpieniem do rozmowy przedstawiła się, jednak nie zapytała nawet z kim rozmawia ze strony przeciwnej. Powyższe w ocenie Sądu, uczyniło zeznania ww. świadka w tym zakresie niewiarygodnymi, tj. w zakresie samego przebiegu rozmowy i poczynionych w jej trakcie uzgodnień co do ostatecznego uzgodnienia konkretnego terminu spotkania w celu podpisania umów. Zeznania w tym zakresie nie znajdowały odzwierciedlenia w żadnym dowodzie z dokumentu jaki został dopuszczony w sprawie, strona przeciwna zaś kwestionowała, że rozmowa o takiej treści miała miejsce.

Sąd Rejonowy nie oparł dlatego stanu faktycznego w powyższym zakresie na zeznaniach świadka A. K., która na co dzień zajmuje się w Urzędzie sprawami zamówień publicznych i powinna znać zasady procedowania - poprzestając jedynie na tym, iż rozmowy pomiędzy stronami w dniu 29 lutego miały miejsce i dotyczyły uzgodnienia terminu podpisania umów, jaki to wniosek należało wyciągnąć z okoliczności sprawy. Z zasad logiki i doświadczenia życiowego bowiem wynika, iż jedynie w tej sprawie pracownik nadzorujący przetarg miał cel w kontaktowaniu się w tym czasie z Oferentem, który wygrał przetarg, tj. przed upływem terminu związania ofertą i przed zbliżającym się terminem podpisania umów określonym na „po 1 marca”, tym bardziej, iż później (tj. do dnia 5 marca 2012 roku) pomiędzy stronami nie było już żadnych kontaktów.

Zdaniem Sądu, na podstawie tak ustalonego przebiegu zdarzeń mających zmierzać do wyznaczenia terminu podpisania umowy, nie można przypisywać jedynie Oferentowi negatywnych konsekwencji.

Sąd mając na uwadze powyższe, znalazł zatem usprawiedliwienie dla Wykonawcy, który nie stawił się w dniu 5 marca 2012 roku na podpisanie umów albowiem w toku postępowania również nie potwierdziło się, że fakt umówienia się na konkretny termin podpisania umów z osobą kompetentną ze strony Wykonawcy miał miejsce i dotarł w związku z tym do osób reprezentujących spółkę. Gdyby treść rozmowy choćby została potwierdzona na piśmie, gdyby strony faksem potwierdziły datę i godzinę spotkania, nie byłoby wówczas wątpliwości, co do tego, że oświadczenia stron o ustalonej treści dotarły do drugiej strony w taki sposób, by mogła się z nimi zapoznać (art. 60 k.c.).

Sąd Rejonowy dostrzegł jednocześnie w ustalonym postępowaniu Wykonawcy, a właściwie zaniechaniu po stronie Oferenta i zawinienie, które przyczyniło się do tego, iż nie zawarto umów po 1 marca 2012 roku. Sąd zauważył bowiem, iż Wykonawca nie interesował się wcale przystąpieniem do zawarcia umowy, pomimo, iż miał świadomość tego, że przetarg wygrał, a na dzień po 1 marca 2012 roku został wskazany termin podpisania umów, przy jednoczesnej jego świadomości, że w dniu 6 marca 2012 roku kończył się termin związania ofertą. Najistotniejsza jednak dla Sądu Rejonowego w tym zakresie była negatywnie oceniona postawa Wykonawcy ustalona na dzień 5 i 6 marca 2013 roku, kiedy to niedostępny był faks, Wykonawca nie reagował na wysyłane maile i telefony. Zdaniem Sądu Rejonowego stanowisko procesowe powoda było pokrętne albowiem z jednej strony Wykonawca tłumaczył, że był zainteresowany przystąpieniem do podpisania umowy, z drugiej zaś strony, na potrzeby jedynie w ocenie Sądu już tylko niniejszego postępowania wskazuje, że na pisemną informację gotów był stawić się w wyznaczonym terminie na podpisanie umowy, nie stawił się zaś jedynie dlatego, że pisma nie było. Sąd nie dał wiary zatem twierdzeniom powódki, że zależało jej na zawarciu umowy i przyjął, iż taka postawa Oferenta, który wygrał przetarg, a wykorzystując brak zachowania wymogów formalnych przez Zamawiającego w porozumieniu się, również przyczyniła się do tego, że do zawarcia umów nie doszło.

Jednocześnie jednak, Sąd I instancji nie upatrywał zawinienia po stronie Wykonawcy w tym, że nie doszło do podpisania umowy w drugim wyznaczonym przez Zamawiającego terminie tj. w dniu 6 marca 2012 roku, albowiem nie może budzić żadnych wątpliwości, iż zaproszenia na ww. termin dotarły do Wykonawcy zbyt późno, nawet przy przyjęciu, iż Wykonawca zapoznał się z treścią wiadomości mailowych i miał możliwość zapoznania się z faksem rano w dniu 6 marca 2012 roku.

Sąd Rejonowy nie dał wiary do końca, ani świadkowi B. Z. (pracownik (...)), ani pracownikowi Oferenta B. J., co do rozmów telefonicznych i ich przebiegu (treści) na jakie powoływały się strony, a jakie miały mieć miejsce w dniu 5 i 7 marca 2012 roku. Świadek B. Z. bowiem, jak i świadek B. J., jako pracownicy odpowiedzialni u obu podmiotów za przetarg, mieli interes aby zeznawać na korzyść strony, u której pracują i zeznawać w taki sposób, by umniejszyć winie

strony, którą reprezentowali. Sąd Rejonowy nie dał wiary zatem zeznaniom B. J. w zakresie, w którym zaprzeczył, że nikt nie rozmawiał z biura Wykonawcy z B. Z. w sprawie podpisania umów, albowiem były dowody na wykonane połączenia, tym bardziej, że świadek przyznał, iż rozmowa taka miała miejsce, jednakże dopiero w dniu 7 marca 2012 roku; na okoliczność takiej rozmowy nie przedłożono bowiem żadnego dowodu. Z tych samych względów Sąd I instancji dał wiarę zeznaniom świadka B. Z. jedynie w części, tj. co do jego rozmowy z B. J. w dniu 5 marca 2012 roku, tj. jedynie w zakresie tego, że rozmowa telefoniczna miała miejsce, z tym, że nie wiadomo z jakim pracownikiem Wykonawcy i że dotyczyła tego, że w dniu 5 marca nikt nie przyjedzie na podpisanie umowy. Zdaniem Sądu Rejonowego rozmowa taka musiała mieć bowiem miejsce, skoro są raporty połączeń, a pracownica (...) zajmująca się przetargiem, wystraszyła się zaistniałą sytuacją i zaczęła sporządzać na piśmie zaproszenia do zawarcia umów usiłując natychmiast poformować spółkę o terminie podpisania umów, tym razem w sposób przewidziany w SIWZ, aby zrobić wszystko w sposób formalno-prawny by do zawarcia umów mogło dojść. W pozostałym zakresie ww. zeznania były w ocenie Sądu niewiarygodne, właśnie dlatego, że świadek był pracownikiem bezpośrednio zainteresowanym w wyniku postępowania, jako nadzorujący prace wydziału zajmującego się zamówieniami publicznymi. Świadek nie sporządził na okoliczność rozmowy żadnej notatki, choć co do istoty tej rozmowy podzielił się z pracownikiem A. K. (1), która potwierdziła w swoich zeznaniach, co zostało w rozmowie zakomunikowane przez Wykonawcę B. Z., tj. że nikt nie przyjedzie, i w tym zakresie Sąd ujął ww. zeznania w ustalonym w sprawie stanie faktycznym.

Sąd podkreślił, iż wskazany w zawiadomieniu termin na „po 1 marca 2012 roku” pracownicy Zamawiającego zajmujący się przetargiem w sposób chybiony, i jak się okazało dla nich zgubny w rutynie wykonywanych zazwyczaj czynności traktowali jak umówienie się z Wykonawcą na termin podpisania umowy.

W ocenie Sądu I instancji nie sposób podzielić stanowiska strony pozwanej, iż powyższy zapis, sam w sobie wyznaczał termin podpisania umowy, a brak zainteresowania po stronie Wykonawcy podpisaniem umowy w ww. terminie świadczy o tym, iż po stronie Oferenta leży przyczyna niepodpisania umów. Tak ujęty termin podpisania umowy nie jest bowiem konkretny i nie obliuguje żadnej ze stron do stawienia się w celu zawarcia umowy, tym samym brak stawiennictwa jednej ze stron, nie może rodzić negatywnych dla niej konsekwencji.

Istotą gwarancji ubezpieczeniowej jest zobowiązanie ubezpieczyciela do świadczenia pieniężnego w sytuacji zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 46 p.z.p. W razie ich wystąpienia zapłata następuje nieodwołalnie, bezwarunkowo, na pierwsze żądanie zamawiającego. Taka konstrukcja prawa wadium daje zamawiającemu pewność zaspokojenia roszczenia na wypadek zaistnienia powołanych na wstępie okoliczności ustawowych. Wadium zabezpieczone w formie gwarancji ubezpieczeniowej zastępuje w istocie to świadczenie, które zostałyby wniesione w formie pieniężnej.

Przepis art. 46 u.p.z.p. nie pozwala na zatrzymanie wadium w sytuacji, kiedy Wykonawca udowodni, że niepodpisanie umowy wynikało z przyczyn nieleżących po stronie Wykonawcy. W art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zastrzeżono, że Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Powyższy przepis jest restrykcyjny i wskazuje na sankcję wobec Wykonawcy w postaci zatrzymania wadium. Aby prawidłowo stosować ten przepis Zamawiający musi stworzyć Wykonawcy szczególnie dogodne warunki do wypełnienia zobowiązania polegającego na przystąpieniu do zawarcia umowy, aby móc zastosować sankcję w postaci zatrzymania wadium. Ustawodawca wyraźnie określił, że przesłanka zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 5 pkt 3 p.z.p. związana jest z Wykonawcą, z jego określonymi działaniami, jak i zaniechaniami, które doprowadziły do sytuacji, w której niemożliwe jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Jak przypomniał Sąd pierwszej instancji, zarówno po stronie powoda, jak i pozwanego należyta staranność dłużnika określić i ocenić należało przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej przez te podmioty działalności gospodarczej, co uzasadnia zwiększone oczekiwania, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej. Zarówno zatem po stronie Wykonawcy,



jak i Powiatu w okolicznościach sprawy pojawiły się: brak skrupulatności i rzetelności po stronie pracowników zajmujących się przetargiem, którzy nie uzgodnili w sposób jednoznaczny i pewny terminu podpisania umowy, a następnie doprowadzili do sytuacji, w której jakkolwiek kontakt był niemożliwy oraz należytego zainteresowania i zapobiegliwości w dążeniu do zawarcia umów przed upływem terminu związania ofertą, a po 1 marca 2012 roku wskazanym w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Jeżeli zaś - tak jak to miało miejsce zdaniem Sądu Rejonowego w niniejszej sprawie, umowa nie doszła do skutku z przyczyn, za które obie strony ponoszą odpowiedzialność, uczestnikowi przetargu służy roszczenie o zwrot połowy wpłaconego wadium na podstawie art. 405 k.c. w związku z art. 410 k.c. Zatrzymanie całego wadium przez organizatora przetargu, klóciłoby się z poczuciem sprawiedliwości, w sytuacji gdy nie poniósł on z tytułu niezawarcia umowy żadnej szkody (tak wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 8 marca 2006 r., I ACa 1018/05).

Mając zatem wszystko powyższe na uwadze, Sąd Rejonowy zasądził na rzecz powódki połowę z dochodzonej kwoty tytułem zwrotu wadium oddalając powództwo w pozostałym zakresie.

Sąd I instancji zasądził ww. należność na rzecz powódki z odsetkami ustawowymi liczonymi od dnia 15 maja 2012 roku albowiem powód pismem z dnia 23 kwietnia 2012 roku wzywał pozwanego Powiat do dobrowolnej zapłaty zakreślając w tym celu ostateczny termin do dnia 10 maja 2012 roku pod rygorem skierowania sprawy na drogę sądową. Wezwanie to zostało doręczone pozwanemu w dniu 27 kwietnia 2012 roku, przy czym powód odpowiedź na wezwanie otrzymał dopiero w dniu 15 maja 2012 roku. Zasadnym było zatem przyjęcie, iż pozwany pozostawał w opóźnieniu od dnia 15 maja 2012 roku (art. 455 k.c.).

O kosztach niniejszego postępowania Sąd Rejonowy orzekł na podstawie art. 100 zd. 1 k.p.c., stosując zasadę stosunkowego rozdziału kosztów, która jest w istocie dostosowaniem zasady odpowiedzialności za wynik sprawy do sytuacji, w której proces przegrywa nie jedna strona w całości, ale obie częściowo przegrywają i wygrywają jednocześnie.

Apelację od powyższego wyroku złożyły obie strony.

Strona pozwana w apelacji z dnia 15 października 2013 r. zaskarżyła wyrok w zakresie punktu I oraz III i wniosła o jego zmianę poprzez oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powódki na rzecz pozwanego kosztów postępowania za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa prawnego - według norm przepisanych.

Pozwany podniósł następujące zarzuty:

- 1) naruszenie prawa materialnego - art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na przyjęciu, że zawarcie umów w sprawie zamówienia publicznego w niniejszej sprawie stało się niemożliwe również z przyczyn leżących po stronie Powiatu (...), w sytuacji gdy zgromadzony w sprawie materiał dowodowy wskazuje, że przyczyny leżały wyłącznie po stronie powódki, która nie była zainteresowana zawarciem umów ze względu na fakt, iż zaoferowała wykonanie poszczególnych części zamówienia według stawki istotnie odbiegającej od stawek oferowanych przez innych wykonawców na rynku;
- 2) naruszenie prawa materialnego - art. 405 k.c. w zw. z art. 410 k.c. poprzez zastosowanie tych przepisów w sytuacji, gdy zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie stanowił do tego podstawy;
- 3) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku, polegający na przyjęciu, że do zawarcia umów nie doszło z przyczyn leżących również po stronie Powiatu (...), w sytuacji gdy ustalone w postępowaniu fakty, w tym brak możliwości kontaktowania się z powódką za pomocą faksu w dniu 6 marca 2012 r. oraz brak odpowiedzi na przesłane pocztą elektroniczną zaproszenia do zawarcia umów, prowadziły do wniosku, że przyczyny leżały wyłącznie po stronie powódki, która nie była zainteresowana zawarciem umów;
- 4) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku, polegający na przyjęciu, że A. K. (1) naruszyła zasady kontaktowania się z wykonawcą uzgadniając termin zawarcia umów w ramach rozmowy

telefonicznej, w sytuacji, gdy norma zakazująca wymienionego uzgodnienia w tej formie nie istnieje, nie wynika ani z obowiązujących przepisów, ani z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

5) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku polegający na przyjęciu, że Powiat (...) w stosunku z powódką działał, jako przedsiębiorca i przy uwzględnieniu tej kwalifikacji należy oceniać staranność zamawiającego, w sytuacji gdy rodzaj przedmiotu zamówienia i działalność w zakresie zarządzania drogami publicznymi nie pozwalają na przyjęcie, że Powiat (...) jest w tym zakresie przedsiębiorcą;

6) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku polegający na przyjęciu, iż w dniu 29 lutego 2012 r. A. K. (1) jedynie podjęła próbę uzgodnienia terminu zawarcia umowy na dzień 5 marca 2012 r., godz. 11:00, nie zaś dokonała uzgodnienia z osobą czynną w przedsiębiorstwie powódki, podczas gdy zgromadzony w sprawie materiał dowodowy prowadzi do przeciwnego wniosku.

W uzasadnieniu apelacji pozwany rozwinął ww. zarzuty. Wskazał, że Sąd I instancji nie uwzględnił znaczenia wadium, jako instrumentu, który ma zabezpieczać przed niesolidnymi wykonawcami. Podkreślił raz jeszcze, że do zawarcia umowy nie doszło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, natomiast pozwany nie naruszył żadnych reguł dotyczących procedury zmierzającej do zawarcia umowy.

Skarżący pozwany podważył odniesienie się przez Sąd I instancji do orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej dotyczącego sposobu kontaktowania się zamawiającego z wykonawcami, jako niemającego odniesienia do niniejszego stanu faktycznego.

Pozwany nie zgodził się również z przyjętą przez Sąd Rejonowy kwalifikacją pozwanego jako przedsiębiorcy w stosunku z powódką.

Zdaniem pozwanego nieustalenie przez A. K. (1) imienia i nazwiska rozmówcy telefonicznego sam w sobie nie wyłącza ustalenia, że w rozmowie nie doszło do uzgodnienia terminu zawarcia umowy. Po wskazanej rozmowie pozwany oczekiwał na stawiennictwo osób upoważnionych do podpisania umów w dniu 5 marca 2012 roku. Mając ustalony termin A. K. (1), ani nikt inny ze strony pozwanego do wskazanej daty nie kontaktował się z powódką. Gdyby termin nie był uzgodniony, bierność A. K. (1) byłaby całkowicie nieracjonalna.

Pozwany zakwestionował zasadność recypowania przez Sąd Rejonowy na grunt niniejszej sprawy stanowiska wyrażonego w wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 8 marca 2006 r., sygn. akt I ACa 1018/05.

W odpowiedzi na apelację strony pozwanej powódka wniosła o jej oddalenie oraz zasądzenie od pozwanego na rzecz powódki kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym według norm przepisanych. Powódka zauważyła w szczególności, że zarzuty pozwanego sprowadzają się do polemiki z zasadną oceną Sądu Rejonowego dotyczącą postępowania zamawiającego, które nie było właściwe ani też nacechowane starannością.

Pismem, które nadane zostało w dniu 21 października 2013 r., apelację od ww. wyroku złożyła strona powodowa. Zaskarżyła wyrok w części oddalającej powództwo, zarzucając mu:

1. naruszenie prawa materialnego, tj. art. 46 ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych poprzez bezpodstawne uznanie, że stronie pozwanej należy się połowa zatrzymanego przez nią wadium, w sytuacji nieudowodnienia przez pozwanego Powiat okoliczności wskazanych w art. 46 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, przy naruszeniu także przepisów ww. ustawy zawartych w art. 7 ust. 1, 15 ust. 1, 9 ust. 1, 27 ust. 1 i 3 oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ),

2. naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dowolną i wybiórczą ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności uznanie, że powód nie chciał zawrzeć z pozwanym umów w sprawie zamówienia publicznego oraz podejmował destrukcyjne działania skutkujące brakiem możliwości kontaktu, niemożliwością wysyłania faksu, nieodbieraniem telefonów w braku wykazania w tym zakresie właściwych dowodów,

3. naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 328 § 2 k.p.c. poprzez brak wskazania w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia podstawy faktycznej i prawnej wyroku, w szczególności wyjaśnienia kwalifikacji prawnej postępowania stron po rozstrzygnięciu przetargu, a także przyjętych kryteriów oceny faktów i dowodów w sprawie występujących, w tym w szczególności w odniesieniu do przyjęcia w połowie zasadności roszczeń powoda,

4. sprzeczność ustaleń Sądu z zebraniem w sprawie materiałem poprzez przyjęcie, że pozwany podjął właściwe działania w celu zawarcia z powodem umów i w równej części ponosi winę za jej niezawarcie, w sytuacji wykazania w toku postępowania, iż do zawarcia umowy nie doszło z wyłącznej winy pozwanego z uwagi na naruszenie przez niego postanowień SIWZ dotyczących formalności po wyborze oferty, a w szczególności właściwego zawiadomienia o terminie zawarcia umów przy uwzględnieniu także wyżej wskazanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

W oparciu o powyższe zarzuty powódka wniosła o zmianę zaskarżonego orzeczenia i zasądzenie od pozwanego na rzecz powódki kwoty 10.600 zł wraz z odsetkami w ustawowej wysokości od dnia 15 maja 2012 r. do dnia zapłaty oraz kosztów zastępstwa procesowego za obie instancje według norm przepisanych, ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w Goleniowie z rozstrzygnięciem o kosztach procesu także w postępowaniu apelacyjnym.

W uzasadnieniu powódka wskazała m.in., że w sprawie nie wystąpiła żadna z trzech okoliczności zatrzymania wadium, określonych w art. 46 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności powódka, jako wykonawca nie uchyliła się od zawarcia przedmiotowej umowy. Zaznaczyła, że co prawda zamawiający Powiat w dniu 29 lutego 2012 r. podjął próby telefonicznego uzgodnienia terminu podpisania umowy na dzień 5 marca 2012 r., jednakże było to niezgodne z trybem postępowania uregulowanym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zdaniem powódki to po stronie zamawiającego leżał obowiązek zawarcia umowy w określonym terminie i to z uwagi na jego zaniebdania do zawarcia umowy nie doszło. Nieuzasadnione jest w ocenie powódki stanowisko Sądu I instancji, że powódka w połowie ponosi odpowiedzialność za brak zawarcia umów między stronami sporu, przy czym nie wskazał w tym zakresie ani faktycznych ani prawnych podstaw.

Na rozprawie apelacyjnej pozwany wniósł o oddalenie apelacji powódki.

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

Jedynie apelacja powódki zasługiwała na uwzględnienie.

Na wstępie przede wszystkim wskazać należy, iż w orzecznictwie Sądu Najwyższego wielokrotnie wyjaśniano, że postępowanie apelacyjne, choć jest postępowaniem odwoławczym, stanowi kontynuację postępowania przeprowadzonego przez Sąd I instancji. Z tego powodu, uwzględniając treść art. 382 k.p.c., sąd odwoławczy ma nie tylko uprawnienie, ale wręcz obowiązek rozważenia na nowo całego zebranego w sprawie materiału oraz jego własnej samodzielnej oceny, przy uwzględnieniu zasad wynikających z art. 233 § 1 k.p.c. Mając na uwadze te założenia Sąd Okręgowy po analizie dowodów, prawidłowo zgromadzonych przez Sąd Rejonowy stwierdził, iż stan faktyczny ustalony przez ten Sąd na podstawie dowodów należało ocenić jednak nieco inaczej, ze zmianami i uzupełnieniami w dalszych wywodach. Dla rozstrzygnięcia sprawy należało też dokonać częściowo odmiennej oceny prawnej przedstawionego przez strony materiału procesowego.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 328 § 2 k.p.c., określającego wymagania, jakim powinno odpowiadać uzasadnienie wyroku, może być ono ocenione jako mające wpływ na wynik sprawy w sytuacjach wyjątkowych, do których można zaliczyć takie, w których braki uzasadnienia w zakresie poczynionych ustaleń faktycznych i oceny prawnej są tak znaczne, że sfera motywacyjna orzeczenia pozostaje nieujawniona bądź ujawniona w sposób uniemożliwiający poddanie jej ocenie instancyjnej. Taka sytuacja w niniejszej sprawie nie zachodzi. Uzasadnienie zaskarżonego wyroku spełnia wszystkie wymagania konstrukcyjne. Natomiast, dla wypełnienia przez Sąd obowiązku wynikającego z art. 328 § 2 k.p.c. bez znaczenia pozostaje, czy wskazana przez ten

Sąd podstawą faktyczną i prawną rozstrzygnięcia oraz ocena stanowisk stron są prawidłowe. Dokonanie wadliwych bądź niepełnych ustaleń faktycznych oraz ocen prawnych uzasadnia bowiem podniesienie zarzutów naruszenia właściwych przepisów prawa procesowego lub materialnego.

Sąd Okręgowy podziela stanowisko Sądu Rejonowego, iż zawarcie umowy kończy postępowanie w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego, a co za tym idzie, czynności zamawiającego dokonywane przed tą datą stanowią czynności podejmowane w toku tegoż postępowania. W uchwale z dnia 17 grudnia 2010 r. sygn. akt III CZP 103/10 Sąd Najwyższy jednoznacznie wskazał, że postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wbrew stanowisku apelującego pozwanego, pogląd ten jest również jednolicie wyrażony w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (wyroki w sprawach KIO 2591/13 oraz KIO 2773/13 i (...)).

W uzasadnieniu uchwały z dnia 17 grudnia 2010 r. Sąd Najwyższy stwierdził, iż postępowanie "o udzielenie zamówienia publicznego" na gruncie ustawy, zgodnie z treścią art. 2 ust. 7a ustawy w brzmieniu obowiązującym od dnia 29 stycznia 2010 r. (ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. Nr 223, poz. 1778), da się zdefiniować jako ciąg czynności faktycznych i prawnych rozpoczynający się z chwilą ogłoszenia o zamówieniu, przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy. Przepis nie określa chwili zakończenia tego postępowania, ale treść ustawy nie pozostawia wątpliwości, że postępowanie to kończy się z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W tym też kontekście aktualny także na etapie wyznaczenia terminu zawarcia umów pozostaje zapis SIWZ dotyczący sposobu przekazywania oświadczeń lub dokumentów, wniosków, zawiadomień oraz informacji – w formie pisemnej lub faksem. Słusznie zauważył Sąd pierwszej instancji, iż odpowiada on treści art. 27 ust. 1 p.z.p., zgodnie z którym w postępowaniach o udzielenie zamówienia oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują, zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną. A zatem art. 27 p.z.p. dotyczy sposobu przekazywania oświadczeń, zawiadomień i informacji składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, czyli porozumiewania się uczestników postępowania. Artykuł 27 p.z.p. jest przepisem szczególnym w stosunku do art. 9 ust. 1, który wprowadza zasadę pisemności do postępowania o udzielenie zamówienia. W świetle art. 27 p.z.p. należy stwierdzić, że zasada pisemności podlega ograniczonemu zastosowaniu w przypadku odmiennej woli zamawiającego.

Jak wskazano już wyżej, w przedmiotowej sprawie zamawiający określił sposób porozumiewania się i do tego sposobu winien zastosować się.

Dlatego też przytaczana rozmowa telefoniczna z dnia 29 lutego 2012 r. nie może być brana pod uwagę, szczególnie, że jej treść, jak trafnie zauważył Sąd Rejonowy, nawet nie została odnotowana chociażby w formie notatki służbowej. Także z treści zaproszenia z dnia 5 marca 2012 r. nie wynika, aby jego sporządzenie właśnie w przeddzień upływu terminu związania ofertą było spowodowane niestawiennictwem wykonawcy na wcześniej ustalony termin. W ocenie Sądu Okręgowego ewentualne telefoniczne ustalenie konkretnego terminu zawarcia umowy winno być niezwłocznie potwierdzone pocztą lub faksem. W konsekwencji stwierdzić należy, iż dokonana przez Sąd Rejonowy ocena zeznań świadka A. K. (1), która nie potrafiła wskazać z kim rozmawiała telefonicznie w dniu 29 lutego 2012 r., była prawidłowa.

Podkreślić w tym miejscu wypada, iż zgodnie z art. 233 § 1 k.p.c. sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów, według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Jak słusznie zauważył Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z dnia 19 czerwca 2008 r. (I ACa 180/08, LEX nr 468598), jeżeli z określonego materiału dowodowego sąd wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów i musi się ostać, choćby w równym stopniu, na podstawie tego materiału dowodowego, dawały się wysnuć wnioski odmienne. Nawet dla skuteczności zarzutu naruszenia ww. przepisu nie wystarcza samo stwierdzenie o wadliwości dokonanych ustaleń faktycznych, odwołujące się do stanu faktycznego, który w przekonaniu apelującego odpowiada rzeczywistości. Konieczne jest tu wskazanie przyczyn dyskwalifikujących postępowanie Sądu w tym zakresie. W szczególności skarżący powinien wskazać, jakie kryteria

oceny naruszył Sąd przy ocenie konkretnych dowodów, uznając brak ich wiarygodności i mocy dowodowej lub niesłusznie im je przyznając. Nie jest wystarczające przekonanie strony o innej niż przyjął Sąd wadze (doniosłości) poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie niż ocena sądu. Zwalczenie swobodnej oceny dowodów nie może więc polegać tylko na przedstawieniu własnej, korzystnej dla skarżącego wersji zdarzeń, ustaleń stanu faktycznego opartej na własnej ocenie, lecz konieczne jest przy tym posłużenie się argumentami wyłącznie jurydycznymi, wykazywanie, że wskazane w art. 233 § 1 k.p.c. kryteria oceny wiarygodności i mocy dowodów zostały naruszone, co miało wpływ na wyrok sprawy (tak Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 10 lipca 2008 r., VI ACa 306/08).

Przygotowanie dopiero w dniu 05 marca 2012 r. zaproszenia w ustalonej formie, nawet jeżeli następnego dnia były trudności z wysłaniem go faksem, nie może obciążać wykonawcy. Nie ulega wątpliwości, iż termin ten był zbyt krótki, wręcz nierealny.

Celem instytucji związania ofertą oraz wzmacniającej ją instytucji wadium jest zabezpieczenie zamawiającemu pewności co do zawarcia umowy na warunkach przedstawionych w ofercie. Po okresie związania ofertą wykonawca nie musi zawrzeć umowy i nie grożą mu z tego tytułu żadne negatywne konsekwencje. Dlatego też zamawiający powinien dążyć do zawierania umowy w okresie związania ofertą.

Zamawiający w zawiadomieniu może określić dokładny termin zawarcia umowy. Może to uczynić też później, w zaproszeniu (wezwanie) do podpisania umowy. Określenie dokładnego terminu daje możliwość, w przypadku uchylania się wykonawcy od zawarcia umowy skorzystania z przepisów art. 46 ust. 5 p.z.p. Zamawiający powinien dochować należytej staranności przy wzywaniu wykonawcy do zawarcia umowy.

W art. 46 ust. 5 p.z.p., odpowiadającym punktowi 8 części XIII SIWZ, zawarty został zamknięty katalog okoliczności, w jakich powstaje obowiązek zatrzymania wadium przez zamawiającego. Zamawiający zatrzymuje wadium, gdy:

1. wykonawca odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
2. wykonawca nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
3. zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

W kontekście formułowanych przez stronę pozwaną zarzutów, że powódka nie chciała podpisać umów, ponieważ w rachubę wchodziło wbudowanie setek ton grysu, a powódka zaoferowała bardzo niską stawkę w odniesieniu do każdej części zamówienia, wskazania wymaga, iż odmowa, o której stanowi pkt 1, powinna być rzeczywista i stanowcza, a nie być wynikiem domysłów ze strony zamawiającego, ponieważ może to stać się powodem licznych komplikacji. Zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego z dnia 9 maja 2001 r. za uchylanie się od zawarcia umowy należy rozumieć tylko bezpodstawną odmowę jej zawarcia. Za odmowę podpisania umowy uznać można tylko oświadczenie wykonawcy zawierające negatywne stanowisko w przedmiocie zaproszenia go przez zamawiającego.

Za odmowę podpisania umowy nie można uznać samego faktu niestawienia się wykonawcy w wyznaczonym dniu i miejscu jej podpisania. W wyroku z dnia 6 października 2005 r., II Ca 460/05, Sąd Okręgowy w Białymstoku stwierdził, że „za odmowę podpisania umowy uznać można tylko oświadczenie woli wykonawcy, zawierające negatywne stanowisko w przedmiocie zaproszenia go przez zamawiającego, ewentualnie takie działanie wykonawcy, z którego wynikałoby dla zamawiającego informacja, iż takiego rodzaju oświadczenie woli skarżący rzeczywiście złożył. Odmowa podpisania umowy jest tożsama ze stanowiskiem podjętym świadomie przez wykonawcę i przekazanym do wiadomości zamawiającego. W konsekwencji brak stawiennictwa w siedzibie zamawiającego pracownika wykonawcy, spowodowany zaniedbaniem przez niego obowiązków, nie jest tożsamy z uchyleniem się wykonawcy od zawarcia umowy” (zob. wyrok (...) z dnia 9 stycznia 2009 r., (...)).

Z kolei „uchylanie się” nie jest tym samym co każda odmowa zawarcia umowy. Według poglądów Sądu Najwyższego powstających na gruncie art. 390 § 1 k.c., posługującego się pojęciem uchylania się od zawarcia umowy przyrzeczonej po zawarciu umowy przedwstępnej sprzedaży, to: „Tylko bezpodstawną odmowa zawarcia umowy przyrzeczonej.

Uchylenie się od zawarcia umowy przyrzeczonej, będące przejawem niewykonania umowy przedwstępnej, powinno więc być rozumiane jako świadome działanie lub zaniechanie, zmierzające do bezpodstawnego niezawarcia umowy przyrzeczonej, a przynajmniej godzenie się z takim skutkiem”. W wyroku z dnia 26 września 2001 r., IV CKN 461/00, Sąd Najwyższy uznał brak uchylenia się, w sytuacji gdy niewykonanie zobowiązania zawarcia umowy przyrzeczonej w określonym terminie nastąpiło na skutek konieczności dopełnienia przez jedną ze stron formalności uniemożliwiających zawarcie umowy definitywnej.

Strona pozwana informując powódkę o wystąpieniu do gwaranta o zapłatę wadium celem jego zatrzymania wskazała, iż zawarcie umów stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Przedsiębiorstwa.

W art. 46 ust. 5 pkt 3 p.z.p. chodzi o sytuacje, w których za niezawarcie umowy winę ponosi sam wykonawca i to na skutek okoliczności pierwotnych (powstałych przed wyborem oferty, a ujawnionych po wyborze) oraz następczych (powstałych po wyborze oferty). Treść przepisu, który sięga wyłącznie po przyczyny leżące po stronie wykonawcy oznacza, że nie znajdują zastosowania przypadki niezawinionej niemożliwości, a co za tym idzie nie spowodują utraty przez niego wadium. Podobne unormowanie znaleźć można w prawie cywilnym i art. 475 § 1 k.c., który stanowi, że jeżeli świadczenie stało się niemożliwe skutkiem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi, zobowiązanie wygasa. Jest to związane z niemożliwością o charakterze obiektywnym i jeśli jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi wygasa ex nunc.

W okolicznościach sprawy, na które wskazał także Sąd Rejonowy, brak jest podstaw do przyjęcia, aby to wyłącznie z przyczyn leżących po wykonawcy nie doszło do zawarcia umów. Jak wskazano już wyżej to pozwany nie spełnił warunków, które zostały określone w SIWZ z dnia 16 stycznia 2012 r. Ponadto z zeznań świadka B. J. wynika, że powódka była gotowa do podpisania umów, co potwierdzają zeznania świadka B. Z., w których wskazał, iż B. J. sugerował, że umowę podpisze Prezes po terminie jak wróci i będzie antydatowana umowa czyli w nagłówku będzie data wcześniejsza, a podpis zostanie złożony później, po terminie związania ofertą. B. Z. nie wyraził zgody na takie rozwiązanie.

Mając zatem na uwadze, iż przepisy prawa zamówień publicznych nie wykluczają możliwości zawarcia umowy po okresie związania ofertą, trudno uznać, aby w przedmiotowej sprawie zawarcie umów w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Stwierdzić też należy, że zasadą jest zwrot wadium, zatrzymanie zaś - wyjątkiem. Dlatego też, niezależnie od postawy wykonawcy, który jedynie oczekiwał na zaproszenie w celu zawarcia umów, brak jest podstaw do jakiegokolwiek miarkowania wysokości wadium. Podzielić zatem trzeba jedynie zarzut apelującego pozwanego, iż recypowanie na grunt niniejszej sprawy stanowiska wyrażonego w wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 8 marca 2006 r., sygn. akt I ACa 1018/05 nie jest trafne.

Z tych też względów Sąd Okręgowy na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. zmienił zaskarżony przez powódkę pkt II wyroku i zasądził od pozwanego Powiatu na rzecz powódki dodatkową kwotę 5.300 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 15 maja 2012 r., dzieląc wskazaną przez Sąd Rejonowy podstawę prawną dochodzonego przez powódkę roszczenia art. 410 § 1 k.c. w zw. z art. 405 k.c., a nadto art. 481 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 455 k.c.

Konsekwencją opisaną wyżej zmiany była konieczność zmiany rozstrzygnięcia Sądu pierwszej instancji o kosztach postępowania przed tym Sądem. Mając na uwadze, iż w ostatecznym wyniku powódka wygrała w całości to postępowanie, Sąd Okręgowy zasądził od pozwanego na rzecz powódki na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c. oraz § 6 pkt 5 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radów prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (j.t. Dz. U. z 2013 roku poz. 490) kwotę 2.947 zł, obejmującą uiszczoną opłatę od pozwu – 530 zł, opłatę od pełnomocnictwa – 17 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika – 2.400 zł.

Apelacja pozwanego jako bezzasadna podlegała oddaleniu na podstawie art. 385 k.p.c., o czym orzeczono w punkcie 2.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono w punkcie 3. na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c. oraz art. 108 § 1 k.p.c. Powódka wygrała postępowanie apelacyjne, dlatego też pozwany obowiązany jest zwrócić jej poniesione koszty w tym postępowaniu. Do kosztów tych zalicza się wynagrodzenie pełnomocnika powódki obliczone stosownie do § 12 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 6 pkt 4 przywołanego już wyżej rozporządzenia w kwocie 600 zł oraz opłata od apelacji w kwocie 265 zł.