

Sygn. akt I ACa 530/19

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 października 2019 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Beata Wojtasiak
Sędziowie	:	SSA Elżbieta Borowska SSA Elżbieta Kuczyńska (spr.)
Protokolant	:	Monika Jaroszko

po rozpoznaniu w dniu 17 października 2019 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa(...) **w B.**

przeciwko **Gminie S.**

**o zapłatę**

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku

z dnia 3 czerwca 2019 r. sygn. akt I C 1069/18

**I. zmienia zaskarżony wyrok i oddala powództwo oraz zasądza od powódki na rzecz pozwanej kwotę 10.817 złotych tytułem zwrotu kosztów procesu;**

**II. zasądza od powódki na rzecz pozwanej kwotę 10.072 zł tytułem zwrotu kosztów w II Instancji.**

(...)

## UZASADNIENIE

Powódka (...)w B. wniosła o zasądzenie od pozwanej Gminy S. na swoją rzecz kwoty 280.000 zł tytułem odszkodowania oraz utraconych korzyści w związku z nie zawarciem umowy o wykonywanie usług przewozu uczniów do i ze szkół z terenu tej gminy wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 10 stycznia 2017 r. do dnia zapłaty, jak również kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych. Podniosła, że żądana kwota stanowi równowartość poniesionej przez powódkę szkody w wyniku niezgodnego z prawem działania pozwanego

w postaci unieważnienia przetargu w przedmiocie przewozu uczniów, mimo braku zaistnienia do tego podstaw faktycznych, wynikających z wiążących strony zapisów SIWZ oraz jakichkolwiek podstaw prawnych (art. 415 k.c.).

W odpowiedzi na pozew pozwana wniosła o oddalenie powództwa oraz o zasądzenie od powódki na swoją rzecz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych. Zakwestionowała roszczenie co do zasady i co do wysokości.

Wyrokiem z dnia 3 czerwca 2019 r. Sąd Okręgowy w Białymstoku zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 120.434,08 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 11 stycznia 2017 r. do dnia zapłaty (pkt I), oddalił powództwo w pozostałym zakresie (pkt II), zasądził od powódki na rzecz pozwanej kwotę 1.514,38 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego (pkt III), zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 6.450 zł tytułem zwrotu kosztów procesu od uwzględnionej części powództwa (pkt IV), nakazał pobrać od powódki na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Białymstoku kwotę 537,73 zł tytułem brakujących w sprawie wydatków od oddalonej części powództwa (pkt V) i nakazał pobrać od pozwanej na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Białymstoku kwotę 405,66 zł tytułem brakujących wydatków od uwzględnionej części powództwa (pkt VI).

Orzeczenie to oparto o następujące ustalenia faktyczne i ocenę prawną:

Powódka (...) w B. świadczy m.in. usługi w zakresie transportu lądowego. W latach 2012-2015, w wyniku przetargu publicznego, w sposób ciągły dowoziła dzieci do szkół w Gminie S..

W dniu 9 czerwca 2016 r., wraz z upływem okresu realizacji przez powódkę umowy, pozwana Gmina S. zainicjowała postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem był przewóz uczniów do i ze szkół Gminy S. do (...)w roku szkolnym 2016/2017 oraz roku szkolnym 2017/2018. Wartość zamówienia ustalono na kwotę 20.833,33 zł miesięcznie, przez okres 20 miesięcy, tj. na sumę 416.666,60 zł netto (450.000 zł brutto). Warunkami udziału w postępowaniu było:

- posiadanie licencji lub zezwolenia na wykonywanie krajowego transportu drogowego osób zgodnie z ustawą z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym,

- wykazanie wykonanych przynajmniej dwóch zamówień z zakresu zorganizowanego regularnego transportu osób w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał lub wykonuje usługi zorganizowanego regularnego transportu osób o wartości minimum 350.000 zł (wykaz będzie zawierał wartość, przedmiot, daty wykonania u podmiotów, na rzecz których usługi te zostały wykonane, potwierdzone stosownymi dokumentami),

- wykaz autobusów niezbędnych do wykonania zamówienia oraz odpowiednią ilość kierowców i opiekunów niezbędną do realizacji zamówienia, przy czym kierowcy muszą posiadać stosowne uprawnienia do przewozu osób,

- opłacenie polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Kryterium oceny ofert stanowiły: cena za wykonanie całości zamówienia – 95% oraz czas podstawienia autobusu zastępczego w razie awarii – 5%. Termin składania ofert upływał w dniu 20 czerwca 2016 r. Do przetargu przystąpiła powódka oraz (...) S.A. (obecnie (...) S.A.). Dokumentacja ofertowa obejmowała formularz oraz wzory załączników o nr 1A, 1B, 1C i 1D do formularza.

Przygotowując dokumentację przetargową, Gmina omyłkowo pominęła w formularzu kryterium czasu podstawienia autobusu zastępczego w razie awarii, aczkolwiek obaj oferenci w swoich wnioskach, w pozycji „inne informacje wykonawcy” samodzielnie odnieśli się do tego kryterium w ten sposób, że wskazali czas podstawienia pojazdu – (...) S.A. na 30 minut, powódka na czas poniżej 30 minut.

(...) S.A. opiewała na kwotę 51.722,22 zł netto (55.860 zł brutto) miesięcznie, zawierała błędy w obliczeniach wartości (nie odnosiła się do całego okresu wymaganego w SIWZ, obejmowała cenę jedynie za część usługi); po prawidłowym jej przeliczeniu okazało się, że przekracza kwotę przewidzianą przez pozwaną w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Oferta powódki opiewała zaś na kwotę 376.126,39 zł netto (406.216,50 zł brutto) łącznie, pozbawiona była błędów, mieściła się w granicach zakreślonych SIWZ.

W dniu 20 czerwca 2016 r., przewidzianym na datę otwarcia ofert, powołując się na treść art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, pozwana unieważniła postępowanie przetargowe wskazując, iż na druku „formularz ofertowy” brak było zapisu kryterium czas podstawienia autobusu zastępczego w razie awarii – znaczenie 5%. Zawiadomienie o unieważnieniu zostało przesłane oferentom drogą mailową jeszcze tego samego dnia, natomiast dnia kolejnego przesyłką priorytetową (...). Po tej dacie obaj oferenci mieli możliwość zapoznania się z ofertami konkurentów i z prawa tego skorzystali.

W dniu 21 czerwca 2016 r. pozwana ogłosiła kolejny przetarg nieograniczony na świadczenie usług przewozu uczniów do i ze szkół z terenu Gminy S., do którego ponownie przystąpili ci sami oferenci. Pismem z dnia 27 czerwca 2016 r. powódka zwróciła się do pozwanego z prośbą o unieważnienie czynności zamawiającego dokonanej w dniu 20 czerwca 2016 r., pismo pozostawiono jednak bez rozpoznania. Również w dniu 27 czerwca 2016 r. do pozwanej wpłynął wniosek o udostępnienie załączników do protokołu z postępowania poprzez wgląd w siedzibie zamawiającego. W dniu kolejnym, wspólnik w osobie P. R. zapoznał się z treścią oferty złożonej przez (...) S.A., co potwierdziła notatka służbowa pracownika pozwanej – I. K..

Termin składania ofert w drugim przetargu upływał w dniu 30 czerwca 2016 r. Złożone zostały dwie oferty, z których korzystniejszą okazała się (...) S.A. ((...) S.A.), opiewająca na kwotę o 1.123,33 zł niższą od złożonej przez powódkę, a jednocześnie znacząco niższa niż złożona przez zwycięzcę w pierwszym przetargu – wartość oferty opiewała na kwotę 375.003,06 zł netto (405.003,30 zł brutto) łącznie.

Formularz ofertowy wzbogacony został o pkt 2 „Czas podstawienia autobusu zastępczego w razie awarii”, który obaj oferenci wypełnili, wskazując analogiczne, jak w przetargu pierwszym wartości czasowe: 30 minut (...) S.A., 30 minut – powódka.

Oferta powódki opiewała na kwotę łączną jak dotychczas. W konsekwencji, do realizacji usług wybrano (...) S.A. z uzasadnieniem zgodności oferty z SIWZ oraz najkorzystniejszej ceny. Zawiadomienie o wyborze przesłano stronom postępowania przetargowego w dniu 24 sierpnia 2016 r. drogą mailową.

Pismem z dnia 4 lipca 2016 r. powódka zwróciła się do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z wnioskiem o przeprowadzenie kontroli postępowania przetargowego. W odpowiedzi, w dniu 17 sierpnia 2016 r., Dyrektor Departamentu Kontroli Doraźnej Urzędu Zamówień Publicznych poinformował, że wskutek podjętych czynności stwierdzono nieuzasadnione unieważnienie przetargu na usługi przewozu uczniów – działanie Zamawiającego z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zaś wskazane okoliczności faktyczne oraz podstawa prawna unieważnienia postępowania nie kwalifikują się do sytuacji objętych normą art. 146 Pzp.

Wobec tak poczynionych ustaleń, powódka podtrzymała swoją ofertę o kolejne 90 dni i wezwała pozwaną do zawarcia umowy zgodnie z pierwszym wygranym przetargiem, następnie – w dniu 15 grudnia 2016 r. wystosowała wezwanie do zapłaty z tytułu poniesionej wskutek nie zawarcia umowy szkody. W odpowiedzi pozwana zakwestionowała stan faktyczny przedstawiony przez powodową spółkę podnosząc, że w obu przetargach wzięli udział ci sami uczestnicy przy niezmiennym jego przedmiocie i tożsamy, co dotychczas, kryteriach, co dało szansę obu podmiotom zweryfikowania oferty.

Pozwana poddała się samokontroli Urzędu Zamówień Publicznych, zakończonej skierowaniem do Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych stosownego wniosku o ukaranie. Nieprawomocnym orzeczeniem z dnia 9 maja

2019 r. Wójt Gminy S. został upomniany za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w związku z unieważnieniem przetargu w sposób niezgodny z prawem.

Pomiędzy stronami, przed Sądem Rejonowym w Białymstoku, sygn. I Co 517/17, prowadzone było postępowanie z wniosku powódki o zawezwanie do próby ugodowej, które ostatecznie nie przyniosło pożądanego rezultatu.

Ze sporządzonej w sprawie opinii biegłego z zakresu rachunkowości w osobie S. Z. wynikało, że powódka nieprawidłowo ustaliła kwotę utraconego dochodu na poziomie 280.000 zł; w szczególności narzut na pozostałe koszty eksploatacyjne w wysokości 28.721 zł (0,20 zł/1 km) został zaniżony, a powinien wynosić co najmniej 154.430 zł. Wobec zaś prowadzenia przez powódkę jedynie ewidencji podatkowych, nie zaś ksiąg handlowych, a także z uwagi na konieczność indywidualnego identyfikowania każdego wypadku w celu ustalenia czy miał on bezpośredni związek z umową, biegły jako niemożliwe ocenił bezpośrednio szczegółowe ustalenie zysku na sprzedaży usług z poprzednich umów. Utracony dochód biegły określił jako nie większy niż 120.434,08 zł.

W tak ustalony stanie faktycznym Sąd Okręgowy uznał powództwo za uzasadnione co do zasady, jednak w wysokości niższej niż dochodzona treścią pozwu.

W pierwszej kolejności Sąd ten rozważał zasadność unieważnienia przez pozwaną postępowania o udzielenie zamówienia z dnia 20 czerwca 2016 r. W tym kontekście powołał orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 kwietnia 2013 r. (sygn. KIO 741/13) oraz treść art. 146 ust. 1 Prawa Zamówień Publicznych, po czym przyjął, że powołana przez Zamawiającego okoliczności w postaci braku w formularzu ofertowym zapisu dotyczącego kryterium czasu podstawienia autobusu zastępczego w razie awarii nie mogła być podstawą do unieważnienia przetargu.

Przechodząc następnie do merytorycznej oceny roszczeń powódki, Sąd Okręgowy wywiódł, że unieważniając postępowanie w sprawie zamówienia publicznego, pozwana naruszyła dyspozycję art. 97 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, co potwierdziło wystąpienie Dyrektora Departamentu Kontroli Doraźnej Urzędu Zamówień Publicznych oraz treść zeznań Wójta Gminy S., który powołał się na otrzymane upomnienie za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w związku z unieważnieniem przetargu, niezgodnie z obowiązującymi przepisami. Takie działania pozwanej spowodowały, w ocenie Sądu Okręgowego, zachwianie kondycji finansowej powódki, albowiem brak dochodu, na który powódka liczyła podchodząc do przedmiotowego przetargu, spowodował duże trudności przy realizacji zaciągniętych zobowiązań na rozwój działalności oraz brak możliwości podejmowania dalszych czynności w celu dalszego rozwoju firmy.

Sąd Okręgowy przyjął przy tym, że podstawę prawną roszczeń powódki w części dotyczącej zapłaty na jej rzecz odszkodowania wskutek unieważnienia pierwszego przetargu, stanowi przepis art. 415 k.c. Uznał, że pozwany unieważnił przetarg nr I pomimo braku zaistnienia do tego podstaw faktycznych, uwarunkowanych wiążącymi strony zapisami SIWZ oraz prawnych. Warunki postępowania o udzielenie zamówienia nie przewidywały bowiem takiej możliwości z przyczyny, na którą powołała się Gmina. W rezultacie, Sąd ten stanął na stanowisku, że powodowa spółka została pozbawiona realizacji przedmiotu zamówienia i poniosła szkodę w postaci utraconych korzyści. W ocenie Sądu Okręgowego, działanie pozwanej było przy tym zawinione i stanowiło przyczynę powstania szkody w majątku powódki (art. 361 k.c.) Przetarg został unieważniony niezgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, zaś powódka mogła zakładać, że jej oferta zostanie wybrana, jako że była zdecydowanie korzystniejsza aniżeli drugiego oferenta.

Oceniając kolejno wartość utraconego przez stronę powodową dochodu, Sąd Okręgowy oparł się na wnioskach wynikających ze sporządzonej w sprawie opinii biegłego, ocenionej przez ten Sąd jako prawidłowa, rzetelna a przy tym wiarygodna. W efekcie przyjął, że dochód ten wyniósł 120.434,08 zł. Sąd Okręgowy uznał jednocześnie, że powódka nie wywiązała się z ciążącego na niej obowiązku udowodnienia wysokości zgłoszonego w sprawie roszczenia (art. 6 k.c.).

Przyjmując zatem, że w sprawie spełnione zostały wszystkie przesłanki odpowiedzialności deliktowej pozwanej, Sąd Okręgowy zasądził na rzecz powódki odszkodowania w ustalonej w toku procesu wysokości.

O odsetkach orzekł na podstawie art. 481 k.c., zobowiązując pozwaną do zapłaty odsetek ustawowych w stosunku rocznym od dnia 11 stycznia 2017 r., tj. od daty następującej po upływie terminu zakreślonego skierowanym do Gminy wezwaniem do zapłaty określonej kwoty pieniężnej.

O kosztach procesu Sąd Okręgowy rozstrzygnął na zasadzie art. 100 k.p.c., przy uwzględnieniu stosunku wygranej powódki (43%) oraz pozwanej (57%), zaś o brakujących kosztach sądowych orzekł na podstawie art. 113 ust. 1 i 2 u.k.s.c.

Apelację od tego wyroku wywiodła pozwana, która zaskarżyła go w części uwzględniającej powództwo, tj. w punktach I, III-Vi i zarzuciła:

1) naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

a) art. 415 k.c. w zw. z art. 361 k.c. poprzez ich zastosowanie i uznanie, że w sprawie zostały spełnione wszelkie przesłanki odpowiedzialności deliktowej pozwanej, uzasadniającej zasądzenie na rzecz powódki odszkodowania za utracone korzyści, w sytuacji gdy kwestię tę regulują przepisy szczególne,

b) art. 361 § 2 k.c. w zw. z art. 93 ust. 4 p.z.p. i art. 14 p.z.p. poprzez ich niezastosowanie i uznanie, że pozwana ponosi odpowiedzialność za ewentualne utracone korzyści, w sytuacji gdy przepis ten ma zastosowanie w braku odmiennego przepisu szczególnego, którym w przedmiotowym przypadku są ww. przepisy p.z.p.,

2) naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 6 k.c. w zw. z art. 232 k.p.c. i art. 233 § 1 k.p.c. poprzez wyprowadzenie wniosku, wbrew zgromadzonemu w sprawie materiałowi dowodowemu, że powódka „niechybnie wygrałaby przetarg” i poniosła szkodę w wysokości nieprecyzyjnie wskazanej w opinii, sporządzonej ponad zakreśloną przez Sąd tezę dowodową, w sytuacji gdy kwestia wyboru oferty nie była w ogóle badana przez Sąd, a sam fakt złożenia oferty najkorzystniejszej pod względem ceny w świetle p.z.p. jest niewystarczający do przyjęcia założenia, że zostanie zawarta i realizowana umowa, a ponadto powódka nie sprostowała ciężącemu na niej obowiązкови udowodnienia wysokości roszczenia.

Wskazując na tak sformułowane zarzuty pozwana wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części i oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie od powódki na jej rzecz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego za postępowanie pierwszoinstancyjne, według norm przepisanych. Domagała się ponadto zasądzenia od powódki na swoją rzecz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego za postępowanie apelacyjne.

W odpowiedzi powódka wniosła o oddalenie apelacji pozwanej oraz o zasądzenie od pozwanej na jej rzecz kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego za postępowanie odwoławcze.

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

**Apelacja pozwanej jest zasadna.**

Stan faktyczny sprawy w zasadniczym, niezbędnym do rozstrzygnięcia sprawy zakresie, nie jest przedmiotem kontrowersji. Nie jest sporne, że strona powodowa była uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jednym z dwóch oferentów, złożyła w tym postępowaniu ofertę korzystniejszą od konkurenta, oferta ta nie została odrzucona. Jest też rzeczą niewątpliwą, że na etapie po otwarciu ofert, lecz przed oceną ofert Zamawiający – pozwana Gmina unieważniła przetarg powołując się na przepis art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej także p.z.p.). Powodowa spółka wywodząc, że jej oferta była najkorzystniejsza i nie podlegała odrzuceniu twierdziła, że gdyby nie unieważnienie przetargu, w jej ocenie nie znajdujące uzasadnienia, to doszłoby do zawarcia z Gminą umowy o przewóz uczniów do i ze szkół Gminy S. w trybie ustawy o zamówieniach publicznych. Z twierdzeń pozwu wynika, że dochodzi odszkodowania z tytułu utraconych korzyści, jakie mogłaby uzyskać, gdyby umowa została zawarta i wykonana. Jako podstawę odpowiedzialności pozwanej Gminy wskazała przepis art. 415 k.c.

Wprawdzie już w toku procesu przed Sądem pierwszej instancji strona pozwana odwoływała się do art. 93 ust. 4 ustawy p.z.p. jako przepisu szczególnego, to Sąd Okręgowy do jej twierdzeń w tym zakresie w ogóle się nie odniósł, podzielając stanowisko powódki, że pozwana Gmina winna odpowiadać za delikt na podstawie art. 415 k.c., bo unieważnienie przetargu było nieuzasadnione. Tymczasem, odpowiedzi na pytanie czy pozwana może ponosić w związku z niezasadnym unieważnieniem przetargu odpowiedzialność deliktową według przepisów Kodeksu cywilnego należało w pierwszej kolejności poszukiwać na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych tj. przepisów szczególnych. Zgodnie z art. 14 tej ustawy do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Niewątpliwie zatem z tego uregulowania wynika, że zachodzi tu relacja *lex specialis* (p.z.p.) i *lex generalis* (Kodeks cywilny), co oznacza też, że jeżeli niektóre regulacje w ustawie modyfikują rozwiązania przyjęte w Kodeksie czy regulują je samodzielnie, to stosuje się przepisy ustawy. W tym kontekście, nie ulega np. żadnej wątpliwości, że na gruncie tej ustawy ograniczona została zasada swobody umów i art. 353<sup>1</sup> k.c. nie znajduje zastosowania. Oznacza to również, że w ustawie trzeba w pierwszej kolejności szukać przepisów dotyczących odpowiedzialności zamawiającego.

W ustawie Prawo zamówień publicznych nie ma odrębnej, ogólnej regulacji odnośnie do odpowiedzialności odszkodowawczej zamawiającego za naruszenie przepisów prawa na etapie poprzedzającym zawarcie umowy, z jednym wyjątkiem. Słusznie podnosi skarżący, że w art. 93 ustawy uregulowano wyczerpująco kwestie związane z unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym kwestię odpowiedzialności zamawiającego w przypadku unieważnienia postępowania z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Uregulowana w art. 93 ust. 4 p.z.p. odpowiedzialność zamawiającego za unieważnienie postępowania o zamówienie publiczne stanowi reżim samodzielny, szczególny i wyłącza stosowanie ogólnych zasad odpowiedzialności wynikających z Kodeksu cywilnego.

Nie jest sporne, że pozwana Gmina unieważniła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego po otwarciu ofert, ale przed ich oceną powołując się na podstawę z art. 93 ust. 1 pkt 7). O ile istnieją pewne podstawy, na które wskazano w motywach zaskarżonego wyroku, że to unieważnienie nie było prawidłowe, bo przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 7) w rzeczywistości nie zachodziły, to tym niemniej okoliczność ta nie ma decydującego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Istotne jest bowiem, że ustawodawca w ust. 4 art. 93 p.z.p. uregulował kompleksowo odpowiedzialność zamawiającego w każdym przypadku, gdy unieważniono postępowanie z przyczyn leżących po jego stronie, niezależnie od tego czy unieważnienie przetargu nastąpiło z winy zamawiającego, czy bez jego winy i czy było uzasadnione. Jednocześnie ustawodawca zakres obowiązku odszkodowawczego ograniczył do zwrotu uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty. Nasuwa się tu na pierwszy rzut oka podobieństwo do uregulowanej w Kodeksie cywilnym odpowiedzialności za to, że strona liczyła na zawarcie umowy przyrzeczonej (art. 390 § 1 k.c.).

W ustawie Prawo zamówień publicznych ustawodawca przewidział dla uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego także inne środki ochrony prawnej (art. 179 i nast.), jednak nawet one nie mogłyby doprowadzić do nakazania zamawiającemu zawarcia umowy docelowej (art. 192 ust. 6), a co najwyżej do nakazania wykonania lub powtórzenia czynności, unieważnienia czynności, unieważnienia umowy, nałożenia kary finansowej, stwierdzenia naruszenia prawa. W stanie faktycznym sprawy, z uwagi na treść art. 180 ust. 2 ustawy, środki ochrony uczestników postępowania były istotnie ograniczone z uwagi na wartość przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji, strona powodowa mogła dochodzić tylko odszkodowania na podstawie art. 93 ust. 4 ustawy, ograniczonego do zwrotu uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu. Nawet uznając, że w odszkodowaniu o którym mowa w tym przepisie mieszczą się utracone korzyści (wobec braku regulacji i odmiennie zasady wynikającej z Prawa zamówień publicznych, do określonej normą art. 93 ust. 4 szkody należałoby stosować ogólną zasadę z art. 361 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 p.z.p.), trzeba stwierdzić, że brak jest podstaw do dochodzenia korzyści, które uczestnik postępowania uzyskałby, gdyby zawarł z nim umowę. Ustalenie zakresu szkody na gruncie tego przepisu (podobnie, jak przy art. 390 § 1 k.c.) powinno nastąpić bowiem przez porównanie stanu majątku poszkodowanego, powstałego na skutek podjęcia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z hipotetycznym stanem majątku, jaki

istniałby, gdyby w ogóle nie przystępował do tego postępowania. Ustawodawca tylko przykładowo wskazuje tu koszty przygotowania oferty. Do takich kosztów zalicza się też przykładowo koszty zakupu SIWZ, uzyskania niezbędnych zaświadczeń czy dokumentów, koszty gwarancji wadialnej itp. Nie ulega jednak wątpliwości, że to odszkodowanie nie może obejmować uszczerbku poniesionego wskutek działań takich, jak niewykonanie umowy, do której zawarcia przecież nie doszło, czy inaczej ujmując – niezyskanych korzyści, na które powodowa spółka mogłaby liczyć, gdyby doszło do udzielenia jej zamówienia publicznego i zawarcia umowy.

Powodowa spółka tymczasem niewątpliwie takiego odszkodowania, jak określone w art. 93 ust. 4 nie dochodziła i nie powoływała się w toku sprawy na żadne okoliczności, które wskazywałyby jej szkodę w takim zakresie, o jakim mowa w tym przepisie.

Z tego względu Sąd Apelacyjny podzielił zarzuty apelacji dotyczące naruszenia przez Sąd pierwszej instancji przepisów prawa materialnego, a w konsekwencji na mocy art. 386 § 1 k.p.c. zmienił zaskarżony wyrok i powództwo oddalił, jednocześnie zmieniając rozstrzygnięcie o kosztach procesu poniesionych przed Sądem pierwszej instancji zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu wyrażoną w art. 98 § 1 k.p.c.

O kosztach procesu instancji odwoławczej orzeczono na podstawie art. 98 § 1 k.p.c. W związku z powyższym, od powodowej Spółki jako strony przegrywającej zasądzono na rzecz pozwanej Gminy zwrot kosztów instancji odwoławczej obejmujących opłatę od apelacji (6 022 zł) i wynagrodzenie pełnomocnika (4 050 zł - § 2 pkt 6) w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2) rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych, t.j. Dz.U. 2018, poz. 265).

(...)