

Sygn. akt II Ca 517/14

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 czerwca 2014 r.

Sąd Okręgowy w Kielcach II Wydział Cywilny Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący: **SSO Teresa Kołbuc**

Sędziowie: **SSO Beata Piwko**

**SSO Marek Boniecki (spr.)**

Protokolant: protokolant sądowy Iwona Cierpikowska

po rozpoznaniu w dniu 18 czerwca 2014 r. w Kielcach

na rozprawie

sprawy z powództwa G. P.

przeciwko Gminie J.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Rejonowego w Jędrzejowie

z dnia 22 stycznia 2014 r., sygn. I C 414/13

oddala apelację i zasądza od G. P. na rzecz Gminy J. kwotę 1200 (jeden tysiąc dwieście) złotych tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

**II Ca 517/14**

## UZASADNIENIE

Powód G. P. w pozwie skierowanym przeciwko Gminie J. domagał się zasądzenia od strony pozwanej na swoją rzecz kwoty 45.766,66 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 21 lutego 2012 r. tytułem odszkodowania za utracone przez powoda korzyści w związku z odmową zawarcia przez pozwaną z powodem umowy będącej przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mimo wybrania oferty powoda.

Strona pozwana wniosła o oddalenie powództwa, zarzucając, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało unieważnione, o czym powód został powiadomiony jednocześnie z informacją o wyborze oferty. Unieważnienie postępowania wiązało się z nieprzeznaczeniem w budżecie gminy kwoty odpowiedniej do sfinansowania inwestycji.

Wyrokiem z dnia 22 stycznia 2014 r. Sąd Rejonowy w Jędrzejowie oddalił powództwo oraz orzekł o kosztach procesu.

Sąd pierwszej instancji ustalił stan faktyczny szczegółowo zaprezentowany w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia, z którego wynika, że w dniu 30 listopada 2011 r. strona pozwana ogłosiła przetarg na budowę parkingu i odwodnienia terenu przy Urzędzie Miejskim w J. z terminem składania ofert do 15 grudnia 2011 r. Dnia następnego Rada Miejska

w J. podjęła uchwałę w sprawie zmian w budżecie gminy na 2011 r., przeznaczając na ww. inwestycję 220.000 zł. Wpłynęły 23 oferty. Komisja przetargowa wezwała 17 oferentów do uzupełnienia dokumentacji, a czterech do złożenia wyjaśnień. Na posiedzeniu komisji przetargowej w dniu 28 grudnia 2011 r. komisja wezwała jednego z oferentów do złożenia dodatkowych wyjaśnień, co nastąpiło do 30 grudnia 2011 r. W dniu 30 grudnia 2011 r. Rada Miejska w J. na ostatniej w tym roku sesji podjęła uchwałę w sprawie ustalenia wydatków niewygasających z upływem roku budżetowego 2011 oraz określenia ostatecznego terminu dokonania tych wydatków. Ww. inwestycja nie została ujęta w uchwale z uwagi na niedokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty i w związku z tym niezawarcie umowy na realizację inwestycji. W dniu 2 stycznia 2012 r. komisja przetargowa wybrała ofertę powoda jako najkorzystniejszą, stwierdzając jednocześnie istnienie podstaw do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 prawa zamówień publicznych z uwagi na brak środków finansowych w budżecie gminy. Zawiadomieniem z dnia 4 stycznia 2012 r. powód został poinformowany o wyborze oferty oraz o unieważnieniu postępowania. Dnia 16 stycznia 2012 r. powód wezwał pozwaną gminę do zawarcia umowy, a wobec odpowiedzi odmownej – do zapłacenia sumy dochodzonej pozwem. Powód w kosztorysie ofertowym wykazał zysk na 5%.

W ustalonym przez siebie stanie faktycznym Sąd Rejonowy uznał powództwo za bezzasadne. W ocenie Sądu pierwszej instancji powód, wbrew obowiązkowi ciążącemu na nim z mocy art. 6 k.c., nie wykazał, aby poniósł szkodę, w szczególności, żeby podjął jakiejkolwiek czynności, zaciągnął zobowiązania, zmierzające do realizacji zleconej pracy w przypadku wyboru jego oferty. Sąd wskazał przy tym, że powód został poinformowany jednocześnie o wyborze jego oferty oraz unieważnieniu przetargu. Ponadto zysk wskazany przez powoda w kosztorysie ofertowym wyniósłby 10.603 zł, a zatem czterokrotnie mniej, niż kwota dochodzona pozwem. Sąd Rejonowy przyjął również, że zaistniały przewidziane w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm., dalej: p.z.p.), albowiem przeznaczona pierwotnie przez stronę pozwaną na realizację inwestycji uległa obniżeniu, wskutek czego na datę wyłonienia najlepszej oferty Gmina J. nie miała dostatecznych środków finansowych. Podkreślono przy tym związanie gminy przepisami regulującymi zasady gospodarowania środkami finansowymi, w szczególności ustawą z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych. W ocenie Sądu pierwszej instancji strona pozwana zobligowana była także przed unieważnieniem przetargu do wyboru najkorzystniejszej oferty.

Wyrok powyższy w całości zaskarżył apelacją powód, zarzucając:

I. obrazę przepisów prawa procesowego, która miała istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia, poprzez rażące naruszenie art. 233 §1 k.p.c. przez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na niedokonaniu oceny dowodów na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału, wyciągnięciu błędnych wniosków, niedokonaniu prawidłowych ustaleń na podstawie tegoż materiału dowodowego;

II. naruszenie prawa materialnego przez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, poprzez:

a) rażące naruszenie art. 471 k.c. w zw. z art. 389 k.c. przez jego niezastosowanie i brak przyjęcia, że strony łączył stosunek zobowiązania do zawarcia umowy przyrzeczonej i jeśli jedna ze stron zobowiązana do zawarcia umowy przyrzeczonej uchyla się od jej zawarcia, druga może żądać naprawienia szkody, którą poniosła, gdyż liczyła na zawarcie umowy przyrzeczonej;

b) rażące naruszenie art. 70<sup>1</sup> §3 i 4 k.c. poprzez jego niezastosowanie, skutkujące brakiem przyjęcia, że ogłoszenie, a także warunki aukcji lub przetargu mogą być zmienione lub odwołane tylko wtedy, gdy zastrzeżono to w ich treści, a także, że organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji lub przetargu, są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji lub przetargu;

c) rażące naruszenie art. 389 §1 k.c. poprzez jego niezastosowanie i brak przyjęcia, że po wyborze przez pozwaną oferty powoda jako najkorzystniejszej, między stronami doszło do zawarcia umowy przyrzeczonej, przez którą jedna ze stron lub obie zobowiązują się do zawarcia oznaczonej umowy;

d) rażąco naruszenie art. 70<sup>4</sup> k.c. w zw. z art. 46 ust. 5 p.z.p. poprzez całkowite pominięcie i jego niezastosowanie, skutkujące brakiem orzeczenia od pozwanej na rzecz powoda kwoty podwójnego wadium;

III. nierozpoznanie istoty sprawy wyrażające się w nieprzeprowadzeniu wystarczającego postępowania dowodowego, nierozpoznanie zgłoszonych przez powoda żądań, w tym nieprzeprowadzeniu dowodu z opinii biegłego.

W konkluzji skarżący wniósł o zmianę wyroku poprzez uwzględnienie powództwa, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji.

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

Apelacja nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie wskazać należy, iż Sąd pierwszej instancji w zakresie niezbędnym dla rozstrzygnięcia dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych, które Sąd Okręgowy podzielił i przyjął za własne jako poczynione z poszanowaniem reguł określonych przepisem art. 233 §1 k.p.c.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 233 §1 k.p.c., przypomnieć należy, że zgodnie z utrwalonymi w tej mierze poglądami doktryny i judykatury, skuteczne jego podniesienie wymaga wykazania, że sąd uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego. Nie jest natomiast wystarczające przekonanie strony o innej niż przyjął sąd wadze poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie niż ocena sądu (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 kwietnia 2009 r., II PK 261/08, LEX nr 707877). Jeśli sądowi nie można wytknąć błędnego z punktu widzenia logiki i doświadczenia życiowego rozumowania, nie dochodzi do obrazy powoływanego przepisu, nawet jeśli z dowodu można wywieść wnioski inne niż przyjęte przez sąd. W rozpoznawanej sprawie Sąd pierwszej instancji dokonał dogłębnej analizy zaferowanych przez strony dowodów, zaś apelacji nie udało się wykazać nielogicznego czy sprzecznego z zasadami doświadczenia życiowego wnioskowania przy ich ocenie. Znamienne jest przy tym, że skarżący nie wskazuje w uzasadnieniu apelacji, na czym miałyby polegać wadliwa ocena dowodów, a jedynie kwestionuje wnioski prawne wyciągnięte z poczynionych przez Sąd Rejonowy ustaleń.

W żadnym wypadku nie można także podzielić najdalej zasadniczo idącego zarzutu nierozpoznania istoty sprawy. Zgodnie z ugruntowaną linią orzecznictwa, zarzut taki jest uzasadniony w sytuacji, gdy sąd pierwszej instancji nie zbada materialnej podstawy powództwa, przykładowo oddali powództwo na skutek wadliwego uznania istnienia przesłanki unicestwiającej roszczenie. Co do zasady, samo nieuwzględnienie części wniosków dowodowych nie uzasadnia zarzutu z art. 386 §4 k.p.c., o ile sąd nie zaniechał zbadania materialnoprawnej podstawy roszczenia wynikającego z okoliczności faktycznych przytoczonych w pozwie, co miało miejsce w rozpoznawanej sprawie. Sąd Okręgowy nie dopatrywał się także, aby Sąd Rejonowy nie rozpoznał któregokolwiek z żądań zgłoszonych w toku postępowaniu pierwszoinstancyjnym. Wskazać w tym miejscu należy, iż wobec stwierdzenia braku podstaw do uznania roszczenia powoda za usprawiedliwione co do zasady, jak najbardziej prawidłowe było zaniechanie prowadzenia postępowania dowodowego na okoliczność wysokości ewentualnej szkody.

Sąd Rejonowy nie dopuścił się również obrazy prawa materialnego.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż przepisy art. 70<sup>1</sup> i nast. k.c. dotyczące umów zawieranych w drodze aukcji lub przetargu mają charakter ogólny, co oznacza, że stosuje się jedynie wtedy, gdy normy szczególne nie zawierają uregulowań odmiennych. Takim aktem normatywnym, zawierającym uregulowania szczególne względem Kodeksu cywilnego jest powoływana wyżej ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Orzecznictwo dopuszcza wprawdzie możliwość stosowania uregulowań Kodeksu cywilnego do umów zawieranych w trybie tejże ustawy, ale jedynie w wypadkach w niej nie uregulowanych (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 kwietnia 2010 r., V CSK 321/09). W ocenie Sądu Okręgowego w postępowaniu o zawarcie umowy w trybie zamówienia publicznego nie znajdują zastosowania przepisy art. 70<sup>1</sup> §3 i 4 k.c., a to wobec uregulowania kwestii zmiany i odwołania warunków przetargu w prawie zamówień publicznych, przekładowo w art. 38 p.z.p.

Za nieskuteczne uznać należało także zarzuty zasadzające się na przepisach regulujących umowę przedwstępną, które w rozpoznawanej sprawie zastosowania mieć nie mogły. Za ugruntowany w judykaturze i doktrynie uznać należy pogląd, zgodnie z którym wybór w trybie przetargu jednej z ofert, w sytuacji gdy do zawarcia umowy wymagane jest spełnienie szczególnych warunków, rodzi między oferentem a organizatorem przetargu stosunek zobowiązaniowy, do którego zwykle się stosować termin „umowa przetargowa”. Z uwagi na odrębne uregulowanie ustawowe tej kwestii, umowa ta nie może być utożsamiana z umową przedwstępną. Z tych względów zarzuty obraży przepisów art. 389 k.c. nie mogły się ostać.

Całkowicie chybiony okazał się również zarzut naruszenia art. 70<sup>4</sup> k.c. poprzez nieorzeczenie zwrotu na rzecz powoda kwoty stanowiącej równowartość podwójnego wadium. Żądanie takie bowiem zostało zgłoszone dopiero w postępowaniu apelacyjnym. Zatem gdyby rozpoznał je Sąd Rejonowy, dopuściłby się obraży art. 321 §1 k.p.c. Z kolei objęciu tego żądania kognicją Sądu odwoławczego sprzeciwiał się przepis art. 383 k.p.c. Pamiętać należy, iż powód w pozwie domagał się zasądzenia odszkodowania w zakresie *lucrum cessans*, związanego z niezawarciem z nim umowy przez stronę pozwaną. Nie może przy tym budzić żadnych wątpliwości odmiennosc obu żądań, wynikająca przede wszystkim z braku tożsamości podstawy faktycznej poszczególnych roszczeń. Ubocznie zauważyć należy, że powód nie zaprzeczył podniesionej na rozprawie apelacyjnej okoliczności zwrotu na jego rzecz wadium.

Nie mógł się także ostać zarzut naruszenia art. 471 k.c. Wobec faktu, że między stronami nie doszło do zawarcia umowy, żądanie naprawienia szkody w reżimie odpowiedzialności kontraktowej mogłoby być oceniane wyłącznie poprzez pryzmat art. 70<sup>4</sup> §2 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p. W kontekście tych przepisów kluczowe znaczenie miałyby okoliczność, czy zamawiający miał podstawy do odmowy zawarcia umowy. Jako że wybór oferty nastąpił w trybie zamówienia publicznego, rozstrzygnięcia tej kwestii należało poszukiwać w art. 86 ust. 3 i art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p. Aktualnie po zmianie tego ostatniego przepisu dokonanej nowelizacją z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) za dominujący w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych Obecnie uznać należy pogląd, zgodnie z którym nie istnieje już dyferencja pojęciowa między art. 86 ust. 3 a art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p. sprowadzająca się do rozróżnienia sformułowań użytych w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy „zamawiający może przeznaczyć” i w art. 86 ust. 3 ustawy „zamawiający zamierza przeznaczyć” powodująca dopuszczalność zmniejszenia przez zamawiającego przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia kwoty w okresie między datą otwarcia ofert a datą unieważnienia postępowania. W obecnym brzmieniu ustawy ustawodawca posługuje się pojęciami tożsamymi, co potwierdza tezę, że przesłankę unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy p.z.p. odnosić należy do kwoty podanej przez zamawiającego przed otwarciem ofert, na podstawie art. 86 ust. 3 ustawy p.z.p. (tak m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 20 września 2011 r., KIO 1943/11). Judykatura nie wyklucza przy tym możliwości obniżenia pierwotnie podanej kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, jednakże ogranicza to do wypadków szczególnie uzasadnionych, wystąpienie których musi zostać udowodnione przez zamawiającego (por. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 18 grudnia 2013 r., KIO 2804/13; KIO 2821/13 oraz z dnia 8 października 2010 r., KIO/UZP 2091/10). W realiach rozpoznawanej sprawy możliwość unieważnienia przetargu z powodu przekroczenia zmniejszonej kwoty, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie była oczywista, zważywszy w szczególności na termin, w którym przetarg miał zostać rozstrzygnięty. Faktem pozostaje jednak, że przetarg został unieważniony, zaś rozstrzygnięcie to nie zostało zaskarżone w sposób przewidziany prawem. Bez znaczenia jest przy tym okoliczność, że przetarg został unieważniony jednocześnie z wyborem oferty, albowiem żaden przepis prawa sytuacji takiej nie wyklucza (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 6 sierpnia 2012 r., KIO 1582/12). Prawo zamówień publicznych w art. 179 i nast. przewiduje szczególne środki ochrony prawnej przysługujące wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Powód z drogi tej bezspornie nie skorzystał. W tej sytuacji, 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 całości przychylić

należy się do prezentowanego w orzecznictwie poglądu, zgodnie z którym wykonawca nie może pomijać procedur przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych, a następnie w procesie, w którym domaga się odszkodowania na podstawie przepisów kodeksu cywilnego, pośrednio kwestionować niezaskarżone czynności zamawiającego (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 13 maja 2011 r., I ACa 250/11, OSAŁ 2011/2/14). Wprawdzie judykatura dopuściła możliwość bezpośredniego dochodzenia zwrotu bezpodstawnie zatrzymanego wadium bez konieczności wyczerpania ww. procedury, jednakże pogląd ten wyrażony został w całkowicie odmiennym stanie faktycznym, a nadto nie dotyczył roszczeń odszkodowawczych. Zważyć należy, iż kwestia wystąpienia ewentualnej szkody stanowi, zgodnie z art. 179 ust. 1 p.z.p., przesłankę odwołania m.in. od rozstrzygnięcia o unieważnieniu przetargu.

W konkluzji powyższych rozważań dojść należało do przekonania, że wobec skutecznego unieważnienia przetargu powód nie mógł skutecznie domagać się naprawienia szkody na podstawie art. 70<sup>4</sup> §2 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p.

Sąd Okręgowy wziął także pod uwagę możliwość konstruowania odpowiedzialności strony pozwanej na podst. art. 417 §1 k.c. Zaprezentowana jednak w pozwie podstawa faktyczna roszczenia nie pozwala na przypisanie pozwanej gminie deliktu. Wobec bowiem nieskorzystania przez powoda ze środków ochrony prawnej przewidzianych w prawie zamówień publicznych, rozstrzygnięcie o unieważnieniu przetargu uznać należało za korzystające z domniemania zgodności z prawem. Niezależnie od tego działanie organów gminy znajdowało uzasadnienie w przepisach ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 885 ze zm.), w szczególności w jej art. 263 ust. 1.

Mając na uwadze powyższe argumenty, Sąd Okręgowy na podst. art. 385 k.p.c. oddalił apelację jako bezzasadną.

Za podstawę rozstrzygnięcia o kosztach postępowania apelacyjnego, które po stronie pozwanej ograniczyły się do wynagrodzenia radcy prawnego, orzeczono na podst. art. 98 §1 k.p.c. w zw. z art. 391 §1 k.p.c. oraz §6 pkt 5 w zw. z §12 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. Nr 163, poz. 1349 ze zm.).

(...)