

Sygn. akt *I AGa 102/18*

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 2 lipca 2018 r.

Sąd Apelacyjny w Poznaniu I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący: SSA Małgorzata Mazurkiewicz-Talaga

Sędziowie: SA Jan Futro

SA Ewa Staniszevska (spr.)

Protokolant: starszy sekretarz sądowy Sylwia Woźniak

po rozpoznaniu w dniu 27 czerwca 2018 r. w Poznaniu

na rozprawie

sprawy z powództwa **Przedsiębiorstwo (...) spółka akcyjna w B.**

przeciwko **Miasto P.**

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu

z dnia 19 lipca 2017 r. sygn. akt IX GC 44/17

1. oddala apelację;
2. zasądza od pozwanego na rzecz powoda 4.590 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Jan Futro Małgorzata Mazurkiewicz – Talaga Ewa Staniszevska

Sygn. akt I A Ga 102/18

UZASADNIENIE

Po ostatecznym sprecyzowaniu żądania powód - Przedsiębiorstwo (...) spółka akcyjna w B. wniósł o zasądzenie od pozwanego kwoty 200 000 zł z odsetkami ustawowymi tytułem zwrotu wadium oraz nakazanie pozwanemu usunięcia skutków naruszenia dobrego imienia powoda poprzez przesłanie do gwaranta przez pozwanego stosownego oświadczenia i informacji o wyroku zapadłym w sprawie.

Pozwany Miasto P. domagał się oddalenia powództwa w całości na koszt powoda.

Wyrokiem z dnia 19 lipca 2017 roku Sąd Okręgowy w Poznaniu w punkcie 1 zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 200 000 zł (dwieście tysięcy złotych) wraz odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 5 sierpnia 2016 roku do dnia zapłaty; w punkcie 2 nakazał pozwanemu

przesłanie do gwaranta – (...) Towarzystwo (...) w W., na adres: ul. (...), (...)-(...) W., na koszt pozwanego, listem poleconym nadanym w terminie 7 dni od uprawomocnienia się wyroku, wraz z odpisem dla powoda na adres jego siedziby rejestrowej:

a) **informacji o treści wyroku zapadłego w niniejszej sprawie, tj. zasądającego od pozwanego na rzecz powoda kwotę 200 000 zł,**

b) **oświadczenia o następującej treści:**

Miasto P., jako Beneficjent gwarancji wadialnej (...) (...) z dnia 15.01.2016 r. wystawionej przez (...) Towarzystwo (...) z siedzibą w W. na zlecenie Przedsiębiorstwa (...) spółka akcyjna z siedzibą w B. na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę Sali Widowiskowo-Sportowej w P.”, oświadcza, że żądanie wypłaty kwoty 200.000,00 PLN z tytułu ww. gwarancji, z jakim Miasto P. wystąpiło do Gwaranta, było nieuzasadnione, a Zleceniodawca tej gwarancji nie dał powodów do skorzystania z niej przez Beneficjenta.

- a wszystko powyższe w następującej formie: czcionka Times New Roman, rozmiar minimum 12, styl normalny, kolor czarny, na standardowej, białej karcie papieru formatu A4; w punkcie 3 kosztami procesu obciążył w całości pozwanego i zasądził od niego na rzecz powoda kwotę 21420 zł.

W uzasadnieniu wyroku Sad powołał się na następujące ustalenia faktyczne i wnioski prawne.

Powódka jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą w zakresie m.in. robót budowlanych; pozwany również jest jednostką samorządu terytorialnego.

Pozwany, jako zamawiający, prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę Sali Widowiskowo-Sportowej w P.”. Otwarcie ofert nastąpiło 15 stycznia 2016 r. o godz. 11:00. Zakres prac określała dokumentacja projektowa oraz specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót. Załączony do SIWZ przedmiar robót miał wyłącznie charakter dokumentu pomocniczego.

Przystępując do przetargu każdy wykonawca zobowiązany był wnieść wadium w wysokości 200 000 zł, np. w formie gwarancji ubezpieczeniowej.

Zamawiający przewidywał rozliczenia za wykonane roboty budowlane wynagrodzeniem ryczałtowym, gdzie zestawieniem planowanych prac jest projekt budowlany, szczegółowa specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych oraz postanowienia zawarte w(...)

Zakres rzeczowy robót wymaganych przez pozwanego w przetargu obejmował w ramach branży instalacji sanitarnych m.in. następujące elementy: „wentylacja”, „przyłącze wody”, „zewnątrzna kanalizacja sanitarna” i „zewnątrzna kanalizacja deszczowa”.

Powód złożył ofertę w tym przetargu na łączną cenę ofertową 7 706 473,02 zł netto (9 478 961,84 zł brutto). Powód nie uwzględnił jednak części elementów branży instalacje sanitarne w swojej ofercie i kosztorysie.

To pozwany zwrócił uwagę - po otwarciu ofert - na niekompletność oferty powoda. Początkowo telefonicznie, a następnie pisemnie, zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień pismem z 18.1.2016 r. Działając na podstawie art. 87 ust. 1 PZP zamawiający prosił o udzielenie odpowiedzi, albowiem w toku badania oferty stwierdził, że w kosztorysie instalacji sanitarnych nie zostały wyszczególnione następujące elementy: „wentylacja”, „przyłącze wody”, „zewnątrzna kanalizacja sanitarna” i „zewnątrzna kanalizacja deszczowa”. W związku z tym, że cena ofertowa musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zadania zamawiający prosił o wyjaśnienia tej kwestii.

W odpowiedzi na pismo pozwanego z 18.1.2016, powód pismem z 19.1.2016 r. wskazał, że brak elementów kosztorysu branży instalacje sanitarne był niezamierzony przez powoda, który składając ofertę działał w błędnym przekonaniu,

że jest kompletna. Dopiero interwencja pozwanego uświadomiła powoda, że nastąpiło „obcięcie” kosztorysu na elemencie nr 6, co było wynikiem błędnego działania programu komputerowego. Powód potwierdził, że oferta w tym zakresie jest niezgodna z zapisem (...) Po uwzględnieniu brakujących elementów sanitarnych oferta powoda uległa zmianie, a wskazana w niej cena ofertowa wynosiła 10 427 576,13 zł.

Powód wraz z ofertą złożył wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej (...) (...) z 15.1.2016 r. od (...) Towarzystwo (...) w W. na kwotę 200 000 zł.

Mimo uzyskania wyjaśnień od powoda co do niekompletności oferty i jej skorygowania o wartość brakujących elementów sanitarnych, pozwany wybrał pierwotną ofertę powoda jako najkorzystniejszą i wezwał go do podpisania umowy, w której wysokość należnego wynagrodzenia miała odpowiadać kwocie wpisanej w błędnej ofercie.

Powód odmówił podpisania umowy o takiej treści i pismem z 25 stycznia 2016r. złożył pozwanemu oświadczenie o uchyleniu się od skutków prawnych oświadczenia woli w zakresie oferty uznanej przez pozwanego za najkorzystniejszą z powodu istotnego błędu co do treści czynności prawnej.

Pozwany oświadczył w odpowiedzi, że zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, albowiem wykonawca, którego oferta została wybrana odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie.

Gdyby powód wiedział o błędzie w swojej ofercie to podwyższyłby cenę o brakujące kosztorysy i nie złożyłby oferty na taką kwotę jaką wskazał w pierwotnej ofercie.

Standardowa marża przy robotach budowlanych wynosi do 5%, w związku z tym brak w kosztorysie wyceny robót o wartości co najmniej 10% kontraktu, spowodował, że realizacja tego kontraktu, na warunkach wynikających z oferty, nie kalkulowała się i powodowała stratę u powoda.

Nawet gdyby doliczyć do złożonej oferty brakujące pozycje kosztorysu, to i tak oferta powoda byłaby korzystniejsza od ofert złożonych przez innych oferentów.

W związku ze zrealizowaniem przez pozwanego gwarancji na kwotę wadium – 200.000 zł, powód miał przez kilka miesięcy problemy z uzyskaniem od ubezpieczycieli, przy okazji innych przetargów, gwarancji na warunkach, na których korzystał z nich dotychczas. Ubezpieczyciele niechętnie nawiązywali współpracę z powodem, podnosząc mu ceny.

Powód sformułował także roszczenia o ochronę dóbr osobistych.

W tych okolicznościach S ad I instancji wskazał, że dla rozstrzygnięcia sprawy, kluczowa okazała się wykładania przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.; wcześniej i później także jako PZP).

Wbrew twierdzeniom pozwanego omyłka w kalkulacji ceny, związana z ewidentnym i widocznym *prima vista* przez zamawiającego błędem wykonawcy, winna skutkować odrzuceniem oferty. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Przy czym to zastrzeżenie nie mogło w sprawie znaleźć zastosowania, skoro rzeczona omyłka powodowała istotną zmianę w treści oferty – przede wszystkim ostatecznej ceny ofertowej. Zgodnie zaś z przedłożonym przez stronę powodową (...)zakres rzeczowy robót wymaganych przez pozwanego w przetargu obejmował w ramach branży instalacji sanitarnych m.in. następujące elementy: „wentylacja”, „przyłącze wody”, „zewnątrzna kanalizacja sanitarna” i „zewnątrzna kanalizacja deszczowa”. Tych elementów pierwotna oferta powoda bezspornie nie zawierała. Skoro zgodnie z (...) zakres robót, który jest podstawą do określenia ceny ofertowej musi być zgodny z zakresem robót opisanym w projekcie budowlanym, (...) oraz (...)to niezgodność ta winna konsekwentnie prowadzić do odrzucenia oferty, której treść nie odpowiadała (...)

O istotności rzeczony omyłki świadczą 2 czynniki: kwota, której dotyczyła - tj. prawie milion złotych, stanowiąca 10% wartości kontraktu oraz zakres, którego dotyczył – znacznej części prac branży sanitarnej.

Co więcej, w ocenie Sądu, zaistniała także druga przesłanka do odrzucenia oferta powoda przez pozwanego – tj. wynikająca z art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Błąd w obliczeniu ceny jest bezsporny, istotny i negatywnie wpływający na sytuację oferenta. Gdyby oferta powoda uwzględniała brakujące elementy, to jej wartość byłaby wyższa o kwotę 948 614,29 zł brutto. Gdyby powód wiedział o błędzie w swojej ofercie to podwyższyłby cenę o brakujące kosztorysy i nie złożyłby oferty na taką kwotę jak w rzeczywistości.

Dokonanie wyboru oferty, o której zamawiający wiedział, że nie zawiera istotnego elementu cenotwórczego – jednej z branż widniejących w (...), nie zasługuje na ochronę i nie może być usprawiedliwiane dyscypliną finansów publicznych. Z niekwestionowanych zeznań świadków wynika bowiem, że nawet gdyby doliczyć do złożonej oferty brakujące pozycje kosztorysu, to i tak oferta powoda byłaby najkorzystniejsza ze złożonych w przetargu.

Na podstawie wyżej wskazanych argumentów należało stwierdzić, że brak było podstaw prawnych do domagania się zawarcia przez powoda umowy o roboty budowlane na warunkach wskazanych w pierwotnie złożonej ofercie.

Oferta ta została złożona pod wpływem błędu i nawet w przypadku braku jej odrzucenia przez pozwanego należało uznać, że powód skutecznie uchylił się od skutków jej zawarcia.

Zgodnie z art. 84 § 1 k.c. - w razie błędu co do treści czynności prawnej można uchylić się od skutków prawnych swego oświadczenia woli. Jeżeli jednak oświadczenie woli było złożone innej osobie, uchylenie się od jego skutków prawnych dopuszczalne jest tylko wtedy, gdy błąd został wywołany przez tę osobę, chociażby bez jej winy, albo gdy wiedziała ona o błędzie lub mogła z łatwością błąd zauważyć; ograniczenie to nie dotyczy czynności prawnej nieodpłatnej. Zgodnie z § 2 tego przepisu można powoływać się tylko na błąd uzasadniający przypuszczenie, że gdyby składający oświadczenie woli nie działał pod wpływem błędu i oceniał sprawę rozsądnie, nie złożyłby oświadczenia tej treści (błąd istotny).

Wobec jednoznacznych i niezaprzeczalnych twierdzeń świadków Sąd przyjął, że popełniony przez powoda błąd miał charakter błędu istotnego. Brak w kosztorysie wyceny robót o wartości mniej więcej 10% kontraktu spowodował, że realizacja tego kontraktu, na warunkach wynikających z oferty nie kalkulowała się powodowi ze względów ekonomicznych i powodowała u niego stratę. Standardowa marża przy robotach budowlanych wynosi bowiem do 5%. Jak widać błąd miał istotny wpływ na pozycję powoda jako uczestnika obrotu gospodarczego, a w konsekwencji możliwe do przyjęcia jest twierdzenie zeznających i powoda, że gdyby powód wiedział o błędzie w swojej ofercie to podwyższyłby cenę o brakujące kosztorysy i nie złożyłby oferty na taką kwotę jaką wskazał w pierwotnej ofercie.

Co najistotniejsze w sprawie – pozwana wiedziała o błędzie powoda, to ona jako pierwsza błąd ten zauważyła i zwróciła na niego uwagę powodowi - początkowo telefonicznie, a następnie w oficjalnym trybie – działając na podstawie art. 87 ust. 1 PZP – prosząc o wyjaśnienia, albowiem w toku badania oferty stwierdziła, że w kosztorysie instalacji sanitarnych nie zostały wyszczególnione następujące elementy: „wentylacja”, „przyłącze wody”, „zewnątrzna kanalizacja sanitarna” i „zewnątrzna kanalizacja deszczowa”.

Z uwagi na to złożone przez powoda oświadczenie o uchyleniu się od skutków prawnych złożonej oferty należało uznać za skuteczne.

Zgodnie z art. 46 ust. 5 pkt 1 PZP zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie.

W analizowanej sprawie nie dość, że odmowa ta była uzasadniona błędem co do czynności prawnej, to w dodatku wcześniej powinno nastąpić odrzucenie oferty. Przede wszystkim też z ustalonego stanu faktycznego sprawy wynika, że powód uzupełnił swoją ofertę o brakującą branżę, a odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w swojej nieprawidłowej ofercie, co do której złożył skuteczne oświadczenie o uchylenie

się od jej skutków prawnych. Zatem pozwany niesłusznie, powołując się na wspomniany przepis, zatrzymał wniesione przez powoda wadium.

Mając na uwadze powyższe, Sąd zasądził od pozwanej na rzecz powódki, wypłaconą stornie pozwanej tytułem wadium kwotę 200 000 zł, którą powód zwrócił ubezpieczycielowi.

O odsetkach Sąd orzekł na podstawie art. 455 k.c. i art. 481 §1 k.c. zasądzając je od dnia, następnego po dniu, w którym pozwany, przy upływie normalnego czasu na doręczenie przesyłek poleconych przez pocztę, winien otrzymać nadane w dniu 1 sierpnia 2016r. pismo procesowe powoda, w którym ostatecznie sformułowano roszczenia dochodzone pozwem.

Jeśli chodzi o drugie roszczenie zgłoszone w tym piśmie procesowym, to również znalazło ono pełną aprobatę Sądu. Dobra osobiste powódki chronione są na podstawie przepisów art. 23 i 24 k.c. z uwagi na odesłania zawarte w przepisach art. 43 k.c. Wprawdzie z przepisu art. 23 k.c. wynika ochrona dóbr osobistych człowieka, lecz art. 43 k.c. nakazuje stosować przepisy o ochronie dóbr osobistych osób fizycznych odpowiednio do osób prawnych.

Przesłankami odpowiedzialności z art. 24 k.c. jest istnienie dobra osobistego, jego naruszenie lub zagrożenie naruszenia oraz bezprawność działania sprawcy.

Poszkodowany nie ma natomiast obowiązku dowodzenia bezprawności działania sprawcy, gdyż w przepisie art. 24 §1 k.c. ustanowione zostało domniemanie bezprawności naruszenia dobra osobistego.

Biorąc pod uwagę skutek bezpodstawnego skorzystania z wadium, jednoznacznie należało uznać, że ewentualni, przyszli, kontrahenci powoda mogą powziąć po uzyskaniu informacji o tym zdarzeniu wątpliwości co do jego wiarygodności, rzetelności i uczciwości. Nie podlega dyskusji, że są to cechy pożądane w działalności gospodarczej, które wpływają znacznie na wysokość dochodów powodowej spółki. Wszak w odniesieniu do przedsiębiorców związek dóbr osobistych ze sferą stosunków majątkowych jest szczególnie bliski, ponieważ w istotnej mierze wpływają one na ogólną sytuację ekonomiczną tych podmiotów (Z. Radwański, Prawo cywilne – część ogólna, Warszawa 2007, s. 188). W ocenie Sądu, dobre imię powoda zostało nadszarpnięte przez pozwanego, o czym świadczą zeznania świadków i strony powodowej. Zaistniała sytuacja spowodowała niekorzystne konsekwencje dla powoda – ubezpieczyciel, z którym powód miał najkorzystniejszą współpracę odmówił dalszej ochrony powodowi, a inni ubezpieczyciele – po powzięciu informacji o skorzystaniu z gwarancji ubezpieczeniowej przez pozwanego – oferują znacznie gorsze warunki ubezpieczenia.

Zdaniem Sądu, mimo twierdzeń zawartych w odpowiedzi na pozew, że pozwany postąpił w myśl przepisów PZP, z ustalonego stanu faktycznego sprawy oraz wyżej szczegółowo opisanych względów, działanie powoda było niezgodne z przepisami. W konsekwencji było ono bezprawne w rozumieniu art. 24 §1 k.c.

Jak wyżej bowiem wskazano, złożona przez powoda pierwotna oferta winna zostać przez pozwanego odrzucona, a w sytuacji, w której do tego nie doszło, pozwany nie miał prawa domagać się od powoda podpisania umowy na wskazanych w niej warunkach, gdyż powód skutecznie uchylił się od niej.

Uznając żądanie ochrony dóbr osobistych powoda za uzasadnione i orzekając o sposobie usunięcia skutków bezprawnych działań pozwanego Sąd uznał, że wskazane przez powoda w tym zakresie żądanie jest adekwatne w stosunku do tego, w jaki sposób nastąpiło naruszenie dóbr osobistych strony powodowej, a przede wszystkim może ono doprowadzić do odzyskaniu renomy u ubezpieczycieli przez powoda. Nie wpływa ono na sytuację finansową pozwanego oraz nie powoduje żadnych negatywnych skutków dla jego działalności. Stąd też, na podstawie przepisu art. 24 § 1 zd. 1 i 2 k.c. w zw. z art. 43 k.c. Sąd orzekł jak w punkcie 2. sentencji wyroku.

Z tych przyczyn Sąd uznał, że pozwany przegrał proces w całości i na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. i art. 99 k.p.c. zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 21420 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Powyższy wyrok zaskarżył pozwany zarzucając naruszenie:

1. przepisu prawa materialnego, tj. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień

publicznych poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na jego zastosowaniu i w konsekwencji przyjęcie, że omyłka w kalkulacji ceny spowodowana brakiem części kosztorysu winna skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w sytuacji gdy wynagrodzenie wykonawcy miało charakter ryczałtowy;

1. przepisu prawa materialnego, tj. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na jego zastosowaniu i w konsekwencji przyjęcie, że omyłka w kalkulacji ceny spowodowana brakiem części kosztorysu winna skutkować odrzuceniem oferty także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, w sytuacji gdy wynagrodzenie wykonawcy miało charakter ryczałtowy;

2. przepisu prawa materialnego, tj. art. 84 § 1 Kodeksu cywilnego poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na jego zastosowaniu i w konsekwencji uznanie, że Powód działał pod wpływem błędu co do treści czynności prawnej, a co za tym idzie skutecznie uchylił się od skutków prawnych złożonej Pozwanemu oferty,

3. przepisu prawa materialnego, tj. art. 46 ust. 5 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na jego niezastosowaniu i w konsekwencji przyjęcie, że Pozwany niesłusznie zatrzymał wniesione przez Powoda wadium;

4. przepisu prawa materialnego, tj. art. 24 § 1 w związku z art. 43 Kodeksu cywilnego poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na jego zastosowaniu i w konsekwencji uznanie, że doszło do naruszenia dóbr osobistych Powoda i nakazanie Pozwanemu przesłania do gwaranta oświadczenia o wskazanej w sentencji wyroku Sądu I instancji treści, podczas gdy działanie Pozwanego nie było bezprawne w rozumieniu art. 24 § 1 Kodeksu cywilnego;

5. przepisu postępowania, które miało wpływ na treść orzeczenia tj. art. 233 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego poprzez dowolną, a nie swobodną, ocenę dowodu z zeznań świadka R. S. i w konsekwencji błędne przyjęcie przez Sąd I instancji, że standardowa marża przy robotach budowlanych wynosi do 5 %, w związku z czym brak w kosztorysie wyceny robót o wartości co najmniej 10 % kontraktu spowodował, że realizacja tego kontraktu, na warunkach wynikających z oferty nie kalkulowała się i powodowała stratę u Powoda, podczas gdy ustalenie wyżej wymienionych okoliczności wymagało wiadomości specjalnych;

6. przepisu postępowania, które miało wpływ na treść orzeczenia tj. art. 233 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego poprzez niewszzechstronną ocenę materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, przejawiającą się w pełnym pominięciu przez Sąd I instancji części zeznań świadków: G. K., R. S. i M. B. i w konsekwencji przyjęciu, że błąd wynikał z omyłki programu komputerowego, który nie wydrukował pełnego kosztorysu;

7. przepisu postępowania, które miało wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 233 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego poprzez dowolną, a nie swobodną, ocenę dowodu z zeznań świadków: M. B., R. S. oraz jako strony powodowej - G. B. (Wiceprezesa Zarządu) i w konsekwencji błędne przyjęcie przez Sąd I instancji, że Powód, w związku ze zrealizowaniem przez Pozwanego gwarancji, miał przez kilka miesięcy problemy z uzyskaniem od ubezpieczycieli przy okazji innych przetargów, gwarancji na warunkach, na których korzystał z nich dotychczas, a ubezpieczyciele niechętnie nawiązywali współpracę z Powodem, podnosząc mu ceny.

Mając powyższe zarzuty na uwadze, wniósł o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku w całości i oddalenie powództwa w całości;

2. zasądzenie od Powoda na rzecz Pozwanego zwrotu kosztów postępowania przed sądem I instancji, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych;

3. zasądzenie od Powoda na rzecz Pozwanego zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje.

W pierwszej kolejności rozważeniu podlegał zarzut naruszenia art.233 par.1 k.p.c. jako odnoszący się do prawidłowości ustaleń faktycznych Sądu I instancji, które podlegają następnie ocenie w płaszczyźnie przepisów prawa materialnego.

Z ustaleń faktycznych Sądu I instancji apelujący podważa jedynie odnoszące się do wysokości standardowej marży wykonawcy robót budowlanych oraz do niekorzystnych dla powoda skutków zatrzymania wadium przez pozwanego.

Odnośnie do ustalonej przez Sąd I instancji standardowej marży w wysokości 5 % wskazać należy, że okoliczność czy kształtuje się ona na tym poziomie, czy też na wyższym albo niższym, nie miała w rzeczywistości istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia w realiach rozpatrywanej sprawy. Sąd I instancji uwzględnił bowiem powództwo uznając przede wszystkim, że w myśl przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych oferta powoda winna zostać odrzucona, w konsekwencji nieuprawnione były czynności zamawiającego w postaci wyboru tej oferty i żądania podpisania umowy przez powoda i stanowisko to Sąd Apelacyjny w pełni podziela z przyczyn, które dalej zostaną omówione. Tym niemniej zauważyć należy, że co do zasady nie może budzić wątpliwości już w świetle zasad logiki wnioskowanie, że kalkulacja opłacalności działania przedsiębiorcy ulega podważeniu na skutek konieczności wykonania nieuwzględnionych w niej robót o wartości ok.10% ustalonego wynagrodzenia.

Co do zaś zarzutu przeciwko ustaleniom Sądu I instancji w przedmiocie niekorzystnych dla powoda skutków zatrzymania wadium przez pozwanego, to Sąd Apelacyjny uznał go za bezzasadny.

W tym względzie Sąd Okręgowy oparł się na spójnych i wiarygodnych także w świetle zasad doświadczenia życiowego i logiki zeznaniach świadków. Zeznania te nie zostały w żaden sposób podważone przez pozwanego, stąd nie było żadnych podstaw do podejmowania przez Sąd z urzędu dodatkowych czynności dowodowych w kontradiktoryjnym procesie cywilnym.

Sąd Apelacyjny przyjął zatem za własne ustalenia faktyczne Sądu I instancji z przedstawionymi zastrzeżeniami co do wysokości marży i uczynił je integralną częścią swoich dalszych rozważań.

W świetle tych ustaleń nie zasługiwały na uwzględnienie postawione zarzuty naruszenia przepisów prawa materialnego.

Na wstępie podkreślić należy, że przedmiotem oceny są zawsze konkretne okoliczności faktyczne dlatego powoływanie się na stanowiska sądów wyrażone w innych sprawach może być przydatne tylko wtedy, gdy zostały wyrażone na tle co najmniej zbliżonych do rozważanego stanów faktycznych.

Tymczasem apelujący w swoich wywodach przytoczonych na uzasadnienie zarzutów naruszenia przepisów Prawa o zamówieniach publicznych całkowicie pomija niesporne przeciw faktom, że po otwarciu ofert zamawiający wszczął procedurę wyjaśniającą z art.87 ust.1 te same ustawy, że w reakcji na zapytania i jeszcze przed wyborem oferty przez zamawiającego powód jednoznacznie podał, iż jego oferta i wskazana w niej cena nie obejmuje wszystkich robót przedstawionych w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia ((...)) i złożył w miejsce dotychczasowej drugą ofertę z ceną odbiegającą od pierwotnej. Nie ma przy tym racji skarżący sugerując, że wszystkie te czynności winny być pominięte w rozważaniach tylko z tej przyczyny, że przewidziane wynagrodzenie było ryczałtowe, a więc takie, przy którym ryzyko błędnej kalkulacji obciąża wykonawcę.

Z treści art. 87 ust.1 PZP nie wynika, aby przewidziana tam procedura wyjaśniająca była wykluczona w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego. Przeciwnie, z tego przepisu jak i pozostałych ustawy PZP wynika, że w każdym przypadku zamawiający jako zarządzający środkami publicznymi na cele publiczne, jest obowiązany dochować należytej staranności. Jeżeli więc poweźmie wątpliwości co do treści oferty, jest nie tylko uprawniony, ale i

zobowiązany do ich wyjaśnienia. Przedłożony przez wykonawcę kosztorys do oferty z wynagrodzeniem ryczałtowym, należy traktować jako dodatkowy dokument złożony do tej oferty pozwalający zamawiającemu na weryfikację treści złożonych w ofercie. Niezgodność między kosztorysem a ofertą uzasadnia tryb wyjaśnienia z art. 87 ust.1. Skoro w rozpatrywanej sprawie wykonawca dołączył do oferty kosztorys ilustrujący uwzględniony przez niego zakres rzeczowo – kosztowy, to słusznie komisja przetargowa poddała go również analizie w kontekście treści oferty. Co istotne wobec przywoływanych przez apelującego orzeczeń, braki w kosztorysie nie były związane z niedoszacowaniem kosztów pewnych robót w wyniku ich kalkulacji na podstawie danych z przedmiaru robót, lecz wynikały z pominięcia w ogóle części robót w postaci instalacji sanitarnych.

Podkreślić należy, że o ile forma oferty ma znaczenie drugorzędne, o tyle w warstwie merytorycznej musi ona odpowiadać oczekiwaniom zamawiającego przedstawionym w specyfikacji istotnych warunków zamówień.

W reakcji na zapytania pozwanego powód jednoznacznie wyjaśnił, że wbrew zapewnieniu zawartemu w jego ofercie, nie odpowiada ona w rzeczywistości warunkom określonym w (...), ponieważ wskazany w nim zakres robót i wynikające z nich wynagrodzenie nie obejmuje wszystkich określonych w nim robót. Złożył przy tym drugą ofertę odpowiadającą już rzeczowo warunkom zamówienia, z tym że z wynagrodzeniem istotnie wyższym.

W tym stanie rzeczy słusznie Sąd I instancji uznał, że obowiązkiem pozwanego wynikającym z art.89 ust.1 pkt.2 i dodatkowo pkt.4 PZP było odrzucenie oferty powoda. Zgodnie z art.89 ust.1 pkt.2 zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art.87 ust.2 pkt.3. Brzmienie tego przepisu nie nasuwa wątpliwości, że jest to obowiązek zamawiającego, a nie tylko uprawnienie. Zamawiający wiedział jeszcze przed aktem wyboru oferty, że złożona przez powoda nie odpowiada wymogom określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia pod względem rzeczowym. Jest przy tym oczywiste, że w sprawie nie zachodziły przesłanki z art.87 ust.2 pkt.3, ponieważ zmiany przedstawione przez powoda w toku postępowania w trybie art.87 ust.1 prowadziły do istotnych zmian w treści oferty i jako takie były niedopuszczalne. Prawidłowe stosowanie procedury przetargowej, w tym przepisu z art.87 ust.2 i art. 84 par.1 PZP wykluczało sugerowaną przez apelującego na rozprawie apelacyjnej możliwość manipulowania przez powoda treścią własnej oferty po otwarciu ofert, zależnie od przedstawionych przez pozostałych wykonawców.

Zasadnie w realiach rozpatrywanej sprawy Sąd I instancji uznał, że zachodziły także przesłanki z art.89 ust. 1 pkt.6 PZP, zgodnie z którymi zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Sam fakt, że błąd dotyczył wynagrodzenia ryczałtowego nie wyłączał zasadności jego uwzględnienia w kontekście zakresu warunków zamówienia. Raz jeszcze podkreślić należy, że zamawiający posiadał wiedzę, że błąd w obliczeniu wysokości wynagrodzenia ryczałtowego nie wynikał z błędnej kalkulacji kosztów robót dokonanej na podstawie danych z przedmiarów robót, lecz z nieuwzględnienia części robót będących przedmiotem zamówienia. Na błąd ten wskazał sam wykonawca jednoznacznie przy tym podając, że nie było to działanie zamierzone i nie jest gotów wykonać przedmiotu zamówienia za zaoferowane w ofercie błędnie skalkulowane wynagrodzenie ryczałtowe (tak jak miało to miejsce w okolicznościach rozważanych w przytoczonym w apelacji wyroku (...) z 16.03.2010r., sygn.. (...)).

Do prawidłowych rozważań Sądu I instancji dodać można, że w świetle ustaleń faktycznych, według których zmienione przez powoda wynagrodzenie na kwotę 10.427.576,13 zł nadal było najniższe spośród proponowanych, zachodziły poważne podstawy do wnioskowania, że pierwotnie oferowane na kwotę 7.706.473,02 zł. było rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, a więc że zachodziły nadto podstawy z art.84 ust.1 pkt.4 PZP do odrzucenia oferty powoda, a co najmniej do wszczęcia także z tej przyczyny postępowania wyjaśniającego.

Z tych wszystkich przyczyn Sąd Apelacyjny uznał za bezzasadne zarzuty naruszenia art.89 ust.1 pkt.2, i 6 oraz art.84 par.1 ustawy Prawo o zamówieniach publicznych.

Sąd Apelacyjny w pełni podziela stanowisko Sądu I instancji, że dokonanie przez pozwanego wyboru oferty powoda pomimo wiedzy uzyskanej wprost od powoda, że nie odpowiada ona oczekiwaniom zamawiającego określonym w SIWZ pod względem rzeczowym, a proponowane wynagrodzenie nie obejmuje całości zamówienia i dotknięte jest

poważnym błędem w jego obliczeniu – nastąpiło z naruszeniem przepisów tej ustawy i jako takie nie skutkowało powstaniem po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy.

Przewidziane w art.46 ust.5 pkt. PZP prawo do zatrzymania wadium wraz z odsetkami dotyczy sytuacji, w której oferta została wybrana zgodnie z przepisami ustawy a wykonawca odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie.

W niniejszej sprawie nie zostały spełnione przesłanki zatrzymania wadium przez pozwanego już z tej przyczyn, że umowa w sprawie zamówienia publicznego odbiegała od rzeczywistych warunków określonych w ofercie, o czym wykonawca poinformował zamawiającego jeszcze przed jej wybraniem. Nieuprawnione przepisami ustawy PZP gwarantującymi rzetelność i uczciwość postępowania stron przetargu, jest oczekiwanie pozwanego, aby w ocenie przyczyn odmowy powoda podpisania umowy, ignorowana była jego wiedza, że oferta nie odpowiadała warunkom z SIWZ

Tym samym Sąd II instancji uznał za bezzasadny zarzut naruszenia art. 46 ust.5 pkt.1 PZP. Zatrzymanie wadium przez pozwanego nastąpiło bez podstawy prawnej.

Skoro już z tych przyczyn powództwo o zwrot wadium zasługiwało na uwzględnienie zbędne stało się odnoszenie do dalszych związanych z tym żądaniem zarzutów.

Ubocznie więc tylko dodać należy, że rację ma oczywiście skarżący gdy podnosi, że od powoda jako profesjonalisty należy oczekiwać podwyższonej staranności działania. Powód niewątpliwie nie dochował wymaganej staranności w postępowaniu przetargowym składając ofertę niezgodną z warunkami (...). Nie mogło to jednak mieć przesądającego znaczenia dla rozstrzygnięcia w poczynionych w niniejszej sprawie ustaleniach faktycznych. Powód poniósł konsekwencje braku profesjonalizmu przez to, że jego próby zmiany treści oferty i co za tym idzie uzyskania zamówienia wykonania robót budowlanych na warunkach zmienionych po otwarciu ofert, nie mogły być skuteczne.

Sąd Apelacyjny uznał również za bezzasadny zarzut naruszenia art. 24 par.1 k.c. w zw. z art.43 k.c.

Przytoczone na jego uzasadnienie argumenty okazały się chybione, ponieważ zostały oparte na błędnym z przyczyn wyżej przedstawionych założeniu, że pozwany był uprawniony do wyboru oferty powoda, w konsekwencji do przedstawienia umowy do podpisania i zatrzymania wadium.

Nadto jak już na wstępie wskazano, na dowolnej polemice z prawidłowymi ustaleniami Sądu I instancji co do naruszenia dobra osobistego powoda w postaci dobrego imienia – jego rzetelności i wiarygodności. Rozważania Sądu I instancji w tym zakresie Sąd Apelacyjny w pełni podziela i przyjmuje za własne.

Mając na uwadze powyższe, Sąd Apelacyjny oddalił apelację jako bezzasadną na podstawie art.385 k.p.c. O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd orzekł na podstawie art. 108 par.1 k.p.c., art. 98 par.1 i 3 k.p.c. w zw. z par 2 pkt.6 i par.8 ust.1 pkt.2 oraz par. 10 ust.1 pkt.2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności radców prawnych.

Jan Futro Małgorzata Mazurkiewicz-Talaga Ewa Staniszevska

--	--	--