

Sygn. akt XXV C 1347/20

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 stycznia 2021 roku

Sąd Okręgowy w Warszawie XXV Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący: sędzia Tomasz Gal

protokolant: Katarzyna Nawrocka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 stycznia 2021 roku w Warszawie

sprawy z powództwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Z.

przeciwko (...) Ośrodkowi (...) w W.

o zapłatę

orzeka:

1) oddala powództwo,

2) zasądza od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Z. na rzecz (...) Ośrodka (...) w W. kwotę 10.817 zł (dziesięć tysięcy osiemset siedemnaście złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Sygn. akt XXV C 1347/20

UZASADNIENIE

Powód (...) sp. z o.o. z siedzibą w Z. w pozwie z dnia 21 kwietnia 2020 r. (data nadania – k. 58), skierowanym przeciwko (...) Ośrodkowi (...) w W. wniósł o zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kwoty 480.000 zł wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie liczonymi od dnia 20 lutego 2020 r. do dnia zapłaty, a ponadto o zasądzenie na jego rzecz kosztów procesu według norm przepisanych.

W uzasadnieniu powód wskazał, że w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy artykułów do magazynów partnerskich w ramach Programu Operacyjnego Pomoc Żywnościowa Podprogram 2019 ((...)), (...) Ośrodek (...) w W. dokonał wyboru oferty powoda w zadaniu częściowym nr 20 (dostawy gołąbków w sosie pomidorowym). Do podpisania umowy jednak nie doszło, gdyż pismem z dnia 3 grudnia 2019 r. powód oświadczył o niemożności jej zawarcia z przyczyn od niego niezależnych, powołując się na istotne zmiany gospodarcze powodujące, że przystąpienie do wykonania umowy groziłoby powodowi poniesieniem rażącej straty. Jeszcze bowiem przed przystąpieniem do zawarcia, a następnie realizacji kontraktu nastąpił wzrost cen podstawowego produktu niezbędnego przy realizacji zamówienia – mięsa wieprzowego - z uwagi na wystąpienie i rozprzestrzenianie się afrykańskiego pomoru świń. Z kolei podniesienie płacy minimalnej do 15,6% spowodowało wzrost kosztów zatrudnienia. W piśmie z dnia 3 grudnia 2019 r. pozwany podniósł, iż oświadczenie o niemożności zawarcia umowy jest interpretowane jako dokonanie nieuprawnionej odmowy jej zawarcia z nierzeczywistych i nieuprawnionych przyczyn i to jeszcze w terminie związania ofertą. Pozwany wezwał jednocześnie do doręczenia do dnia 5 grudnia 2019 r. podpisanej umowy, pod rygorem przyjęcia, że (...) sp. z o.o. odmawia zawarcia umowy na warunkach określonych w ofercie wraz ze wszelkimi tego konsekwencjami. W ocenie powoda z takim stanowiskiem nie sposób się zgodzić, a dalsze działania pozwanego – w szczególności zatrzymanie wadium w wysokości 480.000 zł, którego zwrotu domaga

się powód w tym postępowaniu, należy uznać za nieuprawnione. Oświadczenia o niemożności zawarcia umowy nie można bowiem interpretować jako niesłusznej i bezpodstawnej odmowy jej zawarcia. W uzasadnieniu pozwu wskazano również, że okolicznością uzasadniającą zwrot wadium na rzecz (...) sp. z o.o. na podstawie art. 46 ust. 1 pzp jest wybór - bez przeprowadzenia kolejnego przetargu - najkorzystniejszej spośród pozostałych oferty (...) S.A. w R.. Niezależnie od powyższego, w sytuacji dezaprobaty Sądu dla dotychczasowej argumentacji powoda jako podstawę dochodzonego roszczenia wskazał art. 405 i 410 k.c. (pozew - k.3-16).

Pozwany (...) **Ośrodek (...) w W.** w odpowiedzi na pozew wniósł o oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania według norm przepisanych.

W uzasadnieniu pozwany wskazał, że kwestionuje wszystkie okoliczności faktyczne i prawne wskazane przez powoda, chyba że pozwany je wyraźnie przyznaje. Po pierwsze, powód był związany ofertą i nie był uprawniony do odmowy jej podpisania. Pozwany podniósł, że wbrew twierdzeniu powoda okoliczności, na które powołał się odmawiając zawarcia umowy nie miały charakteru nieprzewidywalnego, jak też obiektywnie uniemożliwiającego zawarcie umowy w sprawie udzielenia zamówienia na dostawy gołąbków w sosie pomidorowym. Z przeprowadzonej przez pozwanego analizy wynika, że na rynku wieprzowiny w drugiej połowie 2019 r. nie wystąpiły żadne anomalie cenowe, których nie dałoby się przewidzieć. Nadto i tak wzrost cen ma jedynie częściowy wpływ na ostateczną kalkulację oferty, gdyż udział mięsa wieprzowego w tym daniu wynosi 30 %. Okoliczność wzrostu płacy minimalnej była znana powodowi już w momencie sporządzenia oferty, w konsekwencji nie mogła stanowić przyczyny odmowy zawarcia umowy. Podane okoliczności nie stanowiły też przeszkody do zawarcia umowy z (...) S.A. (przedstawiła drugą w kolejności najkorzystniejszą ofertę), co również świadczy o tym, że nie uniemożliwiały w sposób obiektywny realizacji umowy. W ocenie pozwanego zmaterializowały się więc przesłanki z art. 46 ust. 5 pkt 3 pzp uprawniające do zatrzymania wadium (odpowiedź na pozew – k. 77-86 v).

Strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska w dalszym toku postępowania. (pismo powoda z dnia 31.07.2020 r. – k. 289-293, pismo pozwanego z dnia 01.09.2020 r. – k. 306-207v)

Na podstawie przedstawionego materiału dowodowego, a w szczególności na podstawie: ogłoszenia o zamówieniu znak Dz. (...) (...) z 9 września 2019 r. - k. 87-101; opisu przedmiotu zamówienia – k. 126-180, informacja z 28 października 2019 r.- k. 231-232; pisma pozwanego z 8 października 2019 r. - k. 193-194 v; pisma pozwanego z 21 października 2019 r. - k. 198-199; informacji z otwarcia ofert – k. 191-192; informacji z 28 października 2019 r.- k. 231-232; pisma pozwanego z 15 listopada 2019 r. - k. 208-208v; pisma powoda z 3 grudnia 2019 r. - k. 236 v – 237; wniosku o wszczęciu kontroli uprzedniej – k. 242-245, pisma z Urzędu Zamówień Publicznych Departamentu Kontroli Zamówień Publicznych – k. 246-249; pismo z 29 listopada 2019 r. - k. 233-234; pisma powoda z 3 grudnia 2019 r. - k. 236 v – 237; pisma pozwanego z 3 grudnia 2019 r. - k. 238-239v; pisma pozwanego z 13 grudnia 2019 r. - k. 253-255; pisma z 27 grudnia 2019 r. – k. 45; wyciągu z rachunku – k. 46; ostatecznego przedsądowego wezwania do zwrotu wadium – k. 258-258v, **Sąd ustalił następujący stan faktyczny:**

W ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 9 września 2019 r. nr (...) (...) dotyczącym postępowania o udzielenia zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawy artykułów spożywczych do magazynów organizacji partnerskich w ramach Programu Operacyjnego Pomoc Żywnościowa 2014 – 2020 Podprogram 2019 nr postępowania (...) jako zadanie częściowe nr 20 wskazano dostawę gołąbków w sosie pomidorowym do organizacji partnerskich w łącznej ilości 2.578,478 tony. Jako kryterium oceny ofert Zamawiający wskazał cenę. Przedmiot zamówienia w załączniku nr 1A został opisany przez podanie składników gołąbków w sosie pomidorowym tj.: 30% mięsa wieprzowego, 10% ryżu białego, 25% kapusty białej, 6,5 % koncentratu pomidorowego 30%, sosu. Wartość szacunkowa zamówienia została określona na 333.610.193 zł (równowartość w euro: 77.373.238,63). Wadium dla tego zadania określono na kwotę 480.000 zł (ogłoszenie o zamówieniu znak Dz.U/S (...) z 9 września 2019 r. - k. 87-101, opis przedmiotu zamówienia – k. 126-180).

W SIWZ wskazano, iż zadanie częściowe polegające na dostawie gołąbków w sosie pomidorowym ma zostać wykonane w terminie od grudnia 2019 r. do czerwca 2020 r. Jako termin związania podaną ofertą wskazano okres 90 dni. Bieg

terminu miał się rozpocząć wraz z upływem terminu składania ofert określonego na 25 września 2019 r., godz. 10.00. Ponownie podano, iż wadium wynosi 480.000 zł. Wskazano, że powinno być ono wniesione przed upływem terminu składania ofert w jednej lub kilku z następujących form: w pieniądzu przelewem na rachunek bankowy pozwanego w I Oddziale Banku (...) w W. nr: (...), poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej (z tym, że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym), gwarancjach bankowych, gwarancjach ubezpieczeniowych, poręczeniach udzielanych przez podmioty wskazane w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia - k.102-125).

Wadium zostało wniesione przez powoda w formie gwarancji bankowej (okoliczność bezsporna).

Ceny skupu trzody chlewnej w pierwszym tygodniu września 2019r. były o blisko 19 % wyższe niż przed rokiem i kształtowały się na poziomie 5,93 zł/kg. Wyższe ceny skupu znajdują swoje odzwierciedlenie w cenach detalicznych mięsa i produktów wieprzowych. Jak podał GUS, w sierpniu br. ceny mięsa wieprzowego w sklepach były o blisko 13 % droższe niż przed rokiem. Kształtowały się pod wpływem zmian, zachodzących na rynku unijnym i globalnym. W pierwszej połowie br. eksport produktów wieprzowych z Unii Europejskiej zwiększył się o blisko 15 % w ujęciu rocznym. Wzrost ten był spowodowany głównie przez zwiększony popyt ze strony azjatyckich kontrahentów, w szczególności z Chin. Dodatkowo w wyniku afrykańskiego pomoru świń zmniejszyło się pogłowie trzody chlewnej i w czerwcu br. wyniosło 10,8 mln sztuk i było niższe o blisko 9 % w stosunku do tego samego okresu z 2018 r. Czynniki te wpłynęły na spadek podaży mięsa wieprzowego i oddziaływały w kierunku wzrostu cen skupu trzody chlewnej. Analitycy sektora rolno-spożywczego przewidywali już wówczas, że do końca roku zarówno ceny skupu trzody chlewnej, jak i ceny detaliczne mięsa wieprzowego będą wyższe niż przed rokiem ((...))

(...) sp. z o.o. złożył ofertę na wykonanie w/w przedmiotu zamówienia. Powód zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę 15.887.868,59 zł brutto.

W dniu 25 września 2019 r. o godzinie 10.00 nastąpiło otwarcie ofert przez Zamawiającego, który jako kwotę którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w zakresie dostaw gołąbków w sosie pomidorowym (zadanie nr 20) określił 17.148.686 zł. Wpłynęły trzy oferty:

- 1) (...) S.A. na kwotę 16.206.510,29 zł brutto;
- 2) (...) sp. z o.o. na kwotę 15.887.686,59 zł brutto;
- 3) (...) S.A. na kwotę 19.764.036,94 zł brutto (informacja z otwarcia ofert – k. 191-192).

W w/w przetargu została wybrana oferta powoda. Na podstawie wezwań pozwanego powód złożył oświadczenia i dokumenty wskazane w art. 26 ust. 1 pzp potwierdzające m.in. nieistnienie podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia, spełnienie warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji finansowej (informacja z 28 października 2019 r.- k. 231-232; pismo pozwanego z 8 października 2019 r. - k. 193-194 v; pismo pozwanego z 21 października 2019 r. - k. 198-199).

Pismem z 15 listopada 2019 r. pozwany poinformował powoda o prowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli uprzedniej, wskazując jednocześnie na podstawie art. 171 ust. 4 pzp, że dopiero doręczenie informacji o wynikach tej kontroli umożliwi zawarcie umowy na dostawy (pismo pozwanego z 15 listopada 2019 r. - k. 208-208v).

W piśmie datowanym na dzień 29 listopada 2019 r. pozwany wskazał, że w związku z otrzymaniem przez (...) Ośrodek (...) w W. informacji od Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, że kontrola w zakresie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z ustawą Prawo Zamówień Publicznych nie wykazała żadnych naruszeń, a oferta (...) sp. z o.o. została wybrana jako najkorzystniejsza wzywa do złożenia bądź przesłania do Centrali Zamawiającego podpisanych przez osoby upoważnione dwóch egzemplarzy umowy na dostawę w/w przedmiotu zamówienia.

Ponadto Zamawiający poinformował, że zgodnie z Rozdziałem XX SIWZ Wykonawca zobowiązany jest do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 10% całkowitej wartości zamówienia (brutto) najpóźniej w dniu zawarcia umowy w jednej lub kilku formach wskazanych w treści SIWZ. Jednocześnie pozwany poinformował, że zgodnie z art. 46 ust. 5 pzp Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli Wykonawca, którego oferta została wybrana odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na określonych w ofercie warunkach, nie wniósł wymaganego zabezpieczenia bądź zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Ponadto, zgodnie z art. 94 ust. 3 przedmiotowej ustawy jeżeli Wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, Zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzenia ich ponownego badania i oceny (pismo z 29 listopada 2019 r. - k. 233-234).

W skierowanym do pozwanego piśmie z dnia 3 grudnia 2019 r. zatytułowanym „Oświadczenie o niemożności zawarcia umowy z przyczyn niezależnych od Wykonawcy” stanowiącym odpowiedź na wezwanie z dnia 3 grudnia 2019 r., powód oświadczył, że nie może zawrzeć umowy nr (...) na dostawy gołąbków w sosie pomidorowym do organizacji partnerskich w ramach Programu Operacyjnego Pomoc Żywnościowa 2014 – 2020 (...) Funduszu Pomocy (...), realizowanego w ramach Podprogramu 2019 z przyczyn od niego niezależnych, ze względu na fakt, iż jej zawarcie i realizacja groziłyby wystąpieniem po stronie (...) sp. z o.o. rażącej straty. Przede wszystkim nastąpił: wzrost kosztów produkcji oraz wzrost kosztów robocizny. Doszło bowiem do obiektywnie znaczącego wzrostu cen za półtusze oraz cen łopatkki wieprzowej. Podana okoliczność jest spowodowana wystąpieniem i rozprzestrzenianiem się afrykańskiego pomoru świń ((...)). Powód podkreślił, że nie sposób było przewidzieć, że (...) będzie rozprzestrzeniać się w tak szybkim tempie. Ponadto od 1 stycznia 2020 r. wzrastają koszty pracy co wiąże się z podniesieniem płacy minimalnej o 15,6%. W takim stanie rzeczy, umowa nie może zostać podpisana przez (...) sp. z o.o. (pismo powoda z 3 grudnia 2019 r. - k. 236 v – 237).

W odpowiedzi na w/w pismo pozwany podniósł, że powód jest związany ofertą, a pismo powoda z 3 grudnia 2019 r. poczytuje jako nieuprawnione oświadczenie o odmowie zawarcia umowy tj. uchylenie się od zawarcia umowy w terminie związania ofertą, a wskazane przez powoda przyczyny są nierzeczywiste, nie uzasadniają odmowy zawarcia umowy, zawinione i pozbawione przymiotu nieprzewidywalności. Pozwany podkreślił, że zgodnie z treścią art. 46 ust. 5 pzp Zamawiający zatrzymuje wadium w sytuacji gdy Wykonawca, którego oferta została wybrana odmówił podpisania umowy. Powód przystępując do przetargu o zamówienie publiczne zaakceptował nie tylko obowiązek wniesienia wadium, ale również ustawowe warunki do żądania jego zwrotu. Wobec powyższego, pozwany wezwał powoda do doręczenia podpisanej umowy w nieprzekraczalnym terminie do 5 grudnia 2019 r. - pod rygorem przyjęcia odmowy jej zawarcia ze wszystkimi konsekwencjami wynikającymi z tego faktu, w tym zatrzymaniem wniesionego jako zabezpieczenie wadium (pismo pozwanego z 3 grudnia 2019 r. - k. 238-239v).

W treści pisma z dnia 13 grudnia 2019 r. skierowanego do (...) sp. z o.o. pozwany wskazał, że działając na podstawie art. 46 ust. 5 pkt 3 pzp zatrzymał wadium wraz z odsetkami wobec okoliczności, że Wykonawca będąc związanym ofertą odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie. Wbrew twierdzeniom powoda, na rynku nie wystąpiła nadzwyczajna czy szczególna sytuacja uzasadniająca ocenę powoda o niemożności zawarcia umowy z pozwanym z uwagi na grożącą mu rażącą stratę po przystąpieniu do jej realizacji. Brak wkalkulowania występującej przed złożeniem oferty tendencji wzrostowej cen surowca stanowiącego 30% składu produktu w cenę oferty było spowodowane niedbalstwem Wykonawcy i jest zawinione. Natomiast wzrost kosztów robocizny związany ze wzrostem minimalnego wynagrodzenia za pracę nie jest przyczyną nieprzewidywalną, nieznaną w momencie złożenia oferty, a podmiot profesjonalny, prowadzący działalność gospodarczą z należytą starannością winien wkalkulować je w koszty wykonania umowy (pismo pozwanego z 13 grudnia 2019 r. - k. 253-255).

W piśmie z dnia 19 grudnia 2019 r. pozwany podniósł, że w związku z uchyleniem się (...) sp. z o.o. Od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego Zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny. W związku z podanymi okolicznościami Zamawiający

dokonał wyboru oferty (...) S.A. z siedzibą w R., z którym następnie zawarł umowę (pismo pozwanego z 19 grudnia 2019 r. - k. 250-250v).

W dniu 27 grudnia 2019 r. beneficjent gwarancji przetargowej dotyczącej zamówienia na w/w dostawy udzielonej z tytułu wadium złożył w (...) S.A. żądanie zapłaty na kwotę 480.000 zł (pismo z 27 grudnia 2019 r. - k. 45).

W dniu 30 grudnia 2019 r. kwota 480.000 zł została przekazana na rachunek bankowy pozwanego (wyciąg z rachunku - k. 46).

Pismem pozwanego z dnia 31 grudnia 2019 r. skierowanym do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się o powtórny kontrolę uprzednią w/w postępowania na dostawy, która ponownie wykazała zgodność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z ustawą Prawo Zamówień Publicznych (wniosek o wszczęcie kontroli uprzedniej - k. 242-245, pismo z Urzędu Zamówień Publicznych Departamentu Kontroli Zamówień Publicznych - k. 246-249).

W piśmie z dnia 11 lutego 2020 r. powód wystosował do pozwanego pismo zatytułowane „Ostateczne przedsądowe wezwanie do zwrotu wadium” wzywając go do zwrotu wadium w wysokości 480.000 zł w nieprzekraczalnym terminie do 19 lutego 2020 r. pod rygorem skierowania sprawy na drogę postępowania sądowego. Wobec okoliczności, iż (...) Sp. z o.o. odstąpił od zawarcia umowy z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, a (...) Ośrodek (...) w W. w wyniku zawarcia umowy z (...) S.A. ostatecznie nie poniósł szkody, żądanie zwrotu wpłaconej kwoty wadium jest w pełni uzasadnione (ostateczne przedsądowe wezwanie do zwrotu wadium - k. 258-258v).

W odpowiedzi na pismo powoda z dnia 11 lutego 2020 r. pozwany w piśmie z dnia 18 lutego 2020 r. wskazał, że nie ma podstaw do zwrotu wadium z uwagi na to, że Wykonawca będąc związany złożoną ofertą odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego (pismo pozwanego - k. 260).

Od dnia 1 stycznia 2020 r. obowiązuje minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 2.600 zł wprowadzone Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. ogłoszonym w dniu 18 września 2019 r. (Dz.U. 2019.1778) (okoliczności znane z urzędu).

Sąd dokonał następującej oceny dowodów:

Sąd uznał za pełnowartościowy materiał dowodowy przedstawione w niniejszej sprawie dowody z dokumentów, wymienione na wstępie niniejszego uzasadnienia. Sąd nie znalazł podstaw do podważania ich autentyczności i wiarygodności. Dokumenty te nie były również kwestionowane przez żadną ze stron postępowania.

Ponadto Sąd z urzędu posiada wiedzę o fakcie wydania Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. określającego wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2020 r. (Dz.U. 2019.1778), które to Rozporządzenie zostało ogłoszone w dniu 18 września 2019 r.

Sąd zważył, co następuje:

Powództwo nie zasługiwało na uwzględnienie.

W sprawie niniejszej powód (...) Sp. z o.o. z siedzibą w Z. wystąpił przeciwko pozwanemu (...) Ośrodkowi (...) w W. o zapłatę kwoty 480.000 zł tytułem zwrotu wadium wniesionego przez powodową spółkę w trybie przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy artykułów do magazynów partnerskich w ramach Programu Operacyjnego Pomoc Żywnościowa Podprogram 2019 (...), z uwagi na brak zawarcia przez strony umowy na wykonanie przez powoda zadania częściowego nr 20 (dostawy gołąbków w sosie pomidorowym), co zdaniem spółki nastąpiło z przyczyn od niej niezależnych.

Na wstępie niniejszych rozważań wskazania wymaga to, że stosunek prawny łączący strony niniejszego postępowania regulowany jest w szczególnym reżimie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843, dalej jako: pzp). Ustawa ta określa tryby postępowania w zakresie udzielania zamówień publicznych,

a tym samym prawa i obowiązki stron uczestniczących w takim postępowaniu. Model postępowania w przypadku umów zawieranych w reżimie powyższej ustawy, z uwagi na ich doniosłość i finansowanie ze środków publicznych, jest przy tym odmienny od modelu stricte cywilnego, charakteryzuje się specyficznymi rozwiązaniami i szczególnymi konstrukcjami.

Jednym z trybów przeprowadzania zamówienia publicznego jest zastosowany przez pozwanego w okolicznościach niniejszej sprawy tryb przetargu nieograniczonego, charakteryzujący się tym, że w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu, oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy (art. 39 pzp). Wszczęcie postępowania w tym trybie następuje poprzez zamieszczenie przez Zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej oraz - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (tak jak w niniejszej sprawie) - przez przekazanie ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (art. 40 pzp). Po tym następuje udostępnienie przez Zamawiającego „Specyfikacji istotnych warunków zamówienia” (SIWZ) (art. 43 pzp). Następnie, zainteresowane podmioty sporządzają i składają w wyznaczonym przez Zamawiającym terminie oferty oraz wnoszą wadium, w sytuacji gdy jest ono wymagane (art. 43 i 45 pzp). Co istotne, wykonawca jest związany ofertą aż do upływu terminu określonego w „Specyfikacji istotnych warunków zamówienia” (art. 85 ust. 1 pzp). Po upływie terminu składania ofert, Zamawiający dokonuje ich otwarcia, po czym kwalifikuje Wykonawców, bada i ocenia oferty, a następnie dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej (art. 86, art. 91 pzp). Po wniesieniu przez wybranego Wykonawcę żądanego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, następuje zawarcie umowy (art. 94 pzp) w przedmiocie zamówienia publicznego.

Odnosząc powyższe do niniejszej sprawy wskazać należy, że okolicznością bezsporną, potwierdzoną przedłożoną do akt dokumentacją jest to, że w dniu 9 września 2019 r. doszło do opublikowania w Dzienniku Urzędowym UE ogłoszenia o postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawy artykułów spożywczych do magazynów organizacji partnerskich w ramach Programu Operacyjnego Pomoc Żywnościowa 2014 – 2020 Podprogram 2019 nr postępowania (...), w którym jako zadanie częściowe nr 20 wskazano dostawę gołąbków w sosie pomidorowym do organizacji partnerskich w łącznej ilości 2.578,478 tony. Rolę Zamawiającego pełnił pozwany (...) Ośrodek (...) w W. W zamówieniu tym jako **kryterium oceny ofert wskazana została cena**. Wartość zamówienia określona została na 333.610.193 zł, zaś **wadium dla tego zadania określono na kwotę 480.000 zł**. Przedmiot zamówienia w załączniku nr 1A został opisany przez podanie składników gołąbków w sosie pomidorowym tj.: 30% mięsa wieprzowego, 10% ryżu białego, 25% kapusty białej, 6,5 % koncentratu pomidorowego 30%, sosu. Jednocześnie, w SIWZ wskazano, że zadanie częściowe polegające na dostawie gołąbków w sosie pomidorowym ma zostać wykonane w terminie od grudnia 2019 r. do czerwca 2020 r. Termin składania ofert wyznaczono na dzień 25 września 2019 r. Ofertę na wykonanie w/w przedmiotu zamówienia złożyła m.in. powodowa spółka - (...) sp. z o.o., która zaoferowała wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę 15.887.868,59 zł brutto. Jednocześnie, powód zgodnie z SIWZ wniósł wymagane wadium w kwocie 480.000 zł w formie gwarancji bankowej. Co istotne, **oferta złożona przez powoda została wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza**. Następnie, w związku z tym, że kontrola w zakresie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z ustawą Prawo Zamówień Publicznych nie wykazała żadnych naruszeń, w piśmie datowanym na dzień 29 listopada 2019 r. pozwany wezwał powodową spółkę do podpisania umowy na dostawę w/w przedmiotu zamówienia. Do zawarcia przedmiotowej umowy jednak nie doszło, albowiem w piśmie z dnia 3 grudnia 2019 r. zatytułowanym „Oświadczenie o niemożności zawarcia umowy z przyczyn niezależnych od Wykonawcy” powód oświadczył, że nie może zawrzeć przedmiotowej umowy nr (...) na dostawy gołąbków w sosie pomidorowym z przyczyn od niego niezależnych, wskazując, że zawarcie i realizacja umowy groziłaby wystąpieniem po stronie (...) sp. z o.o. rażącej straty. W tej sytuacji, pozwany zawarł przedmiotową umowę z drugim z oferentów - oferty (...) S.A. z siedzibą w R., zachowując jednocześnie wadium wniesione przez powoda (...) sp. z o.o.

Przedmiot sporu w niniejszym postępowaniu stanowiło wadium wniesione przez powodową spółkę w związku z ubieganiem się przez nią o udzielenie zamówienia w trybie przedmiotowego przetargu nieograniczonego, które to wadium w ocenie strony powodowej winno zostać jej zwrócone przez pozwanego wobec tego, że nie doszło między nimi do zawarcia umowy.

W tym miejscu wskazania wymaga to, że wadium wnoszone przez oferentów przed upływem terminu składania ofert stanowi jedną z charakterystycznych konstrukcji przewidzianych dla trybu przetargu nieograniczonego w ramach zamówień publicznych. Co istotne, przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie definiują pojęcia wadium. Jak wskazuje się w orzecznictwie i doktrynie, istotą wadium w trybie zamówień publicznych jest to, że stanowi ono **finansowe zabezpieczenie interesów zamawiającego przed ogólnie pojętym nierzetelnym wykonawcą, który poprzez określone działania lub zaniechania mógłby wpłynąć na wynik postępowania** (tak: Marzena Jaworska w: Prawo zamówień publicznych. Komentarz., red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, 2020, Legalis; wyrok KIO z 11.3.2015 r., KIO 368/15, Legalis nr 1214026). W przeciwieństwie zatem do ogólnej regulacji wadium zawartej w art. 70⁴ § 2 k.c. (przewidującej wadium na kształt zadatku, chroniące interesy obydwu stron), w Prawie zamówień publicznych zabezpieczenie to działa tylko w jedną stronę i odnosi się do sytuacji, w której umowy nie zawrze wykonawca (tak: Jerzy Pieróg w: Prawo zamówień publicznych. Komentarz. red. Jerzy Pieróg, 2019, Legalis). Wadium spełnia też **funkcję warunku ubiegania się o uzyskanie zamówienia** (albowiem w przypadku jego niewniesienia zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę wykonawcy - art. 89 ust. 1 pkt 7b pzp), jak również pełni **rolę bariery finansowej zapewniającej udział w przetargu wyłącznie podmiotów rzeczywiście zainteresowanych zawarciem umowy** (tak: P. Machnikowski zauważa w: Kodeks cywilny, t. I, s. 288, red. E. Gniewek).

Co przy tym istotne, z uwagi na wartość przedmiotu zamówienia, stanowiącego przedmiot niniejszego postępowania (333.610.193,00 zł, co stanowiło równowartość 77.73.238,63 euro), zgodnie z art. 45 ust. 1 pzp, żądanie przez Zamawiającego wniesienia wadium przez oferentów było **obowiązkowe**. Na podstawie art. 45 ust. 4 i ust. 5 pzp, wadium określone zostało przez pozwanego w SIWZ na kwotę 480.000 zł i w takiej wysokości wniesione zostało ono przez powodową spółkę w formie gwarancji bankowej (zgodnie z art. 45 ust 6 pzp w zw. z SIWZ).

Jak już wskazano powyżej, okolicznością bezsporną jest to, że **oferta złożona przez powodową spółkę wybrana została przez pozwanego jako oferta najkorzystniejsza**. Powód złożył pozwanemu wszystkie wymagane dokumenty oraz utrzymywał z nim kontakt w zakresie poczynienia szczegółowych ustaleń w przedmiocie zawarcia umowy (terminu, sposób podpisania umowy przez upoważnione osoby). Do zawarcia umowy na dostawę przedmiotu zamówienia nie doszło jednak, pomimo dwukrotnego skierowania przez pozwanego do powodowej spółki wezwania w tym zakresie. W piśmie z dnia 3 grudnia 2019 r. (...) Sp. z o.o. złożył bowiem oświadczenie o niemożliwości zawarcia umowy z przyczyn od niego niezależnych, powołując się na to, iż jej zawarcie i realizacja groziłyby wystąpieniem po jego stronie rażącej straty. Wobec uchylenia się przez powodową spółkę od zawarcia umowy, pozwany ostatecznie zawarł umowę z oferentem drugim w kolejności.

Powyzsze okoliczności uzasadniają zdaniem powoda dochodzone przez niego roszczenie o zwrot wpłaconego wadium. W ocenie Sądu, twierdzenia strony powodowej nie zasługiwały jednak na uwzględnienie.

Podkreślić należy, że jak już wskazano powyżej, istotą wadium w postępowaniu w trybie zamówień publicznych jest w głównej mierze finansowe zabezpieczenie interesów Zamawiającego przed działaniami lub zaniechaniami nierzetelnego Wykonawcy oraz zapewnienie, że ofertę w przetargu złożą jedynie te podmioty, które realnie są zainteresowane i gotowe do zawarcia umowy na proponowanych warunkach.

Przepisem regulującym zasady zwrotu wadium przez zamawiającego jest art. 46 pzp. Zgodnie z art. 46 ust. 1 pzp, zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza (z zastrzeżeniem ust. 4a), zaś wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, zamawiający zwraca wadium niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wniesieniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeżeli jego wniesienia żądano (ust. 1a). Ponadto, zamawiający zwraca niezwłocznie wadium na wniosek wykonawcy, który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert (ust. 2).

Jednocześnie, ustawa Prawo zamówień publicznych określa sytuacje, w których zamawiający jest uprawniony do zatrzymania wadium. W myśl art. 46 ust. 4a pzp, zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca

w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Co także istotne, zgodnie z ust. 5 zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:

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

W sprawie niniejszej niewątpliwie nie zachodzi przesłanka zwrotu wadium określona w art. 46 ust. 2 i ust. 1a pzp, albowiem powód jako wykonawca nie wycofał oferty przez terminem składania ofert. Zastosowania nie znajduje również art. 46 ust. 4a, ponieważ powód po wyborze jego oferty przez zamawiającego przedłożył wymaganą przez pozwanego dokumentację.

Okolicznością sporną w niniejszej sprawie było zaś to, czy pozwany zobowiązany jest do zwrotu wadium wpłaconego przez powoda na podstawie art. 46 ust. 1 pzp, wobec ostatecznego zawarcia umowy z innym oferentem, czy też jest on uprawniony do zatrzymania wadium w trybie art. 46 ust. 5 pzp.

Jak już wskazano powyżej, zgodnie z art. 85 ust. 1 pzp, Wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co oznacza, że podmiot, który złożył ofertę nie może zmienić lub wycofać swojego oświadczenia stanowiącego treść oferty, **zaś w przypadku przyjęcia oferty przez Zamawiającego, oferent zobowiązany jest do zawarcia umowy na warunkach wskazanych w takiej ofercie** (por. Dorota Grześkowiak-Stojek w: Prawo zamówień publicznych. Komentarz., red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, rok 2020, Legalis). Istotną cechą postępowania w trybie zamówień publicznych jest to, że odmiennie niż w art. 66 k.c., o okresie związania złożoną ofertą nie decyduje oferent (wykonawca), lecz zamawiający określający termin związania ofertą w SIWZ. Składając ofertę, wykonawca zgadza się na narzucony w ogłoszeniu i SIWZ okres związania ofertą i świadomie przyjmuje fakt związania złożoną przez siebie ofertą przez cały ten czas (zob. Jerzy Pieróg w: Prawo zamówień publicznych. Komentarz., red. Jerzy Pieróg, rok 2019, Legalis). Związanie wykonawcy ofertą na okres wskazany przez zamawiającego w zaproszeniu do składania ofert następuje przy tym z mocy samego prawa (ex lege) przez fakt, że złożył on ofertę w danym postępowaniu (wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2015 r., sygn. KIO 2743/14, Legalis nr 1213858). Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 19 marca 2012 r., sygn. KIO 459/12 (Legalis nr 542020), instytucja związania ofertą do momentu upływu końcowego terminu związania chroni zamawiającego **i przyznaje mu prawo przyjęcia oferty i prawo żądania zawarcia umowy, zaś w przypadku uchylecia się składającego ofertę (wykonawcy), uprawnia zamawiającego do zatrzymania wadium**. Dopiero po upływie terminu związania ofertą instytucja ta chroni wykonawcę składającego ofertę, tj. daje mu prawo do uchylecia się od zawarcia umowy bez możliwości poniesienia negatywnych konsekwencji - nawet w przypadku przyjęcia oferty przez jej adresata i istnienia po jego stronie woli zawarcia umowy. **Wykonawca pozostaje zatem zwolniony z obowiązku zawarcia umowy dopiero po upływie okresu związania złożoną przez niego ofertą**.

Pozwany w SIWZ określił termin związania ofertą na 90 dni od upływu terminu składania ofert (pkt XII ppkt 1 SIWZ). W związku z tym, że termin składania ofert upływał w dniu 25 września 2019 r. (pkt XVI ppkt A.1. SIWZ), stwierdzić należy, że termin związania ofertą powoda upływał dopiero w dniu 25 grudnia 2019 r. Powód odmawiając zawarcia umowy w piśmie z dnia 3 grudnia 2019 r. uczynił to zatem w okresie, w którym pozostawał związany złożoną przez siebie ofertą.

Tym samym stwierdzić należy, że (...) Sp. z o.o. jako wykonawca, którego oferta została wybrana przez pozwanego jako najkorzystniejsza, w okolicznościach niniejszej sprawy **pozostawał związany ofertą, w związku z czym w okresie tym nie był uprawniony do odmowy podpisania umowy. Uchylenie się przez powoda od zawarcia umowy uznać należałoby za usprawiedliwione wyłącznie w sytuacji wystąpienia nadzwyczajnych, niemożliwych do przewidzenia okoliczności, które uniemożliwiłyby stronom zawarcie umowy zgodnie z przedłożoną przez powoda ofertą.**

W toku niniejszego postępowania powód powoływał się na wystąpienie owych nadzwyczajnych okoliczności, których upatrywał w wystąpieniu istotnych zmian gospodarczych, grożących wystąpieniem po jego stronie rażącej straty w razie przystąpienia do realizacji umowy. Podniesione przez powoda okoliczności wymagały zatem rozważenia przez Sąd.

Zarówno w skierowanym do pozwanego piśmie z dnia 3 grudnia 2019 r., jak i w toku niniejszego postępowania powód podnosił, że przed przystąpieniem do zawarcia umowy i jej realizacji, nastąpił wzrost cen mięsa wieprzowego (podstawowego produktu niezbędnego przy realizacji zamówienia) z uwagi na wystąpienie i rozprzestrzenianie się afrykańskiego pomoru świń, co wiązało się ze znacznym wzrostem kosztów produkcji, jak również w podniesieniu płacy minimalnej, co powodowało wzrost kosztów zatrudnienia. Zdaniem powodowej spółki wystąpienie powyższych okoliczności skutkowało niemożnością zawarcia przez nią umowy z przyczyn od niej niezależnych i niezawinionych, albowiem wykonanie umowy przez spółkę groziłoby powstaniem po jej stronie rażącej straty.

Twierdzenia strony powodowej nie zasługiwały jednak w ocenie Sądu na aprobatę.

Zdaniem Sądu, odmowę zawarcia przedmiotowej umowy przez powodową spółkę uznać należy za bezpodstawną. Nieprzewidziany i niezależny od powoda wzrost kosztów związanych z wykonaniem umowy na ustalonych warunkach (przede wszystkim po kosztach ujętych w ofercie), a zwłaszcza wzrost rażący, nie został należycie wykazany przez powoda w toku niniejszego postępowania.

Odnosząc się do pierwszej z podnoszonych przez powoda przesłanek, które zgodnie z jego twierdzeniami nie były dla niego możliwe do przewidzenia, tj. znacznego wzrostu cen mięsa wieprzowego spowodowanego afrykańskim pomorem świń (...), skutkującym znacznym wzrostem kosztów produkcji, wskazać należy, że nie została ona przez niego należycie wykazana. **Dla ustalenia czy faktycznie w okresie między złożeniem oferty przez powoda a planowanym terminem zawarcia umowy wystąpił nadzwyczajny wzrost cen mięsa wieprzowego, którego powód jako profesjonalista nie mógł przewidzieć, konieczne było skorzystanie z wiadomości specjalnych.** Okoliczności te nie zostały bowiem przez stronę powodową w żaden sposób udokumentowane, a Sąd nie posiada takich informacji z urzędu. Powodowa spółka, pomimo spoczywającego na niej zgodnie z art. 6 k.c. ciężaru dowodowego nie wykazała jakiejkolwiek inicjatywy dowodowej w celu dowiedzenia, że wzrost cen wieprzowiny uzasadniał po jej stronie odmowę zawarcia przedmiotowej umowy z pozwanym. Powód nie zawnioskował o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego odpowiedniej specjalności w celu ustalenia powyższych okoliczności. Wyłączne twierdzenia powoda w tym zakresie, nieoparte stosownym materiałem dowodowym uznać należy za niewystarczające.

Jak wynika natomiast z informacji, na które powołał się pozwany, pierwsze ogniska (...) zaobserwowane zostały już w 2014 r. Z ogólnie dostępnych tematycznych stron internetowych (np. ...) wynika wprawdzie, że w przypadku cen skupu trzody chlewnej w 2019 r. obserwowany był wzrost cen w stosunku do roku ubiegłego (w sierpniu 2019 r. ceny mięsa wieprzowego w sklepach były o blisko 13 % droższe niż przed rokiem, a w pierwszym tygodniu września 2019 r. były o blisko 19 % wyższe niż przed rokiem). **Brak jednak podstaw do stwierdzenia, aby wzrost cen mięsa wieprzowego był nagły i rażąco wysoki, szczególnie dla podmiotów profesjonalnie zajmujących się obrotem wieprzowiną.** Wzrost cen spowodowany był zmianami zachodzącymi na rynku unijnym i globalnym, związanymi ze zwiększonym eksportem mięsa wieprzowego m.in. do Chin oraz zmniejszeniem się poglobwia trzody chlewnej w związku z (...). **Wzrost cen nie miał przy tym charakteru nieprzewidzianego, ale wpisywał się w trwający już od kilku lat stały trend.**

Na marginesie zauważyć należy, że zgodnie z pkt XX.1 załącznika nr 1A do SIWZ, zawartość mięsa wieprzowego w gołąbkach w sosie pomidorowym, które stanowić miały przedmiot dostawy w ramach przedmiotowego zamówienia publicznego, wynosić miała 30%. Z doświadczenia życiowego wynika, że nie sposób przyjąć, aby taki procent zawartości mięsa wieprzowego w produkcie (stanowiący mniej niż połowę składu) miał znaczenie decydujące dla ustalonych w ofercie kosztów, a wzrost ceny mięsa wieprzowego (jak już wskazano powyżej – stały, nie drastyczny ani nadzwyczajny) wiązał się z tak znacznym wzrostem kosztów produkcji gołąbków, że uniemożliwiłoby on wykonanie umowy przez powoda bez narażenia go na rażącą stratę.

Co więcej, odnosząc się do podnoszonego przez powoda wzrostu kosztów zatrudnienia pracowników w związku z podniesieniem płacy minimalnej, wskazać należy, że również ten argument nie mógł zostać uwzględniony jako podstawa do odmowy zawarcia przedmiotowej umowy.

Nadmienić należy, że nowa stawka minimalnego wynagrodzenia za pracę w wysokości 2.600 zł, obowiązująca od dnia 1 stycznia 2020 r. wprowadzona została Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. (Dz.U. 2019.1778), które zostało ogłoszone w dniu 18 września 2019 r., a więc jeszcze przed upływem terminu na składanie ofert w przetargu ogłoszonym przez pozwanego. **Wprowadzie wzrost stawki minimalnego wynagrodzenia za pracę był spowodowany czynnikami niezależnymi od powoda, niemniej jednak nie sposób przyjąć, aby związany z nim wzrost kosztów zatrudnienia pracowników przy realizacji umowy był dla powoda niespodziewany, niemożliwy do przewidzenia oraz niemożliwy do uwzględnienia w złożonej przez niego ofercie.**

Ponadto, podkreślenia wymaga to, że na podmiotach składających ofertę w trybie zamówień publicznych spoczywa **obowiązek sporządzenia oferty w sposób profesjonalny i rzetelny, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności istotnych dla ustalenia warunków ofertowych**. Co przy tym istotne, zgodnie z art. 82 ust. 2 pzp, treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Głównym kryterium oceny ofert w niniejszej sprawie (jak wskazano w SIWZ) była zaś **cena**. W SIWZ pozwany wymienił w związku z tym elementy kosztowe, które **musiały** zostać uwzględnione przez Wykonawców w składanych ofertach. Były to:

- 1) koszt własny sprzedaży – wartość produkcji sprzedanej, ustalona na poziomie technicznego kosztu wytworzenia,
- 2) koszty działalności operacyjnej – koszty zwykłej działalności jednostki gospodarczej, obejmujące wartość sprzedanych towarów i materiałów według cen ich nabycia oraz występujące koszty według rodzajów w szczególności transportu,
- 3) koszty działalności podstawowej – koszty działalności stanowiące główny przedmiot działalności jednostki gospodarczej (np. w przedsiębiorstwie wytwórczym – produkcja wyrobów),
- 4) koszty działalności pomocniczej – koszty ponoszone na produkcję i usługi wykonywane głównie dla zaspokojenia potrzeb wewnętrznych przedsiębiorstwa, tj. świadczone na rzecz wydziałów podstawowych, zarządu i pracowników,
- 5) koszty finansowe – koszty związane z operacjami finansowymi, np. dyskonto weksli, odsetki od kredytów, odsetki za zwłokę w zapłacie wierzycielom, ujemne różnice kursowe itp. (pkt II ppkt 6 SIWZ – k. 103v).

Co także istotne, w pkt XV ppkt 2 SIWZ Zamawiający wprost wskazał, że **cena podana w ofercie musi zawierać wszystkie elementy cenotwórcze wynikające z zakresu i sposobu realizacji przedmiotu zamówienia** (k. 121). Obowiązkiem powoda jako oferenta było zatem przygotowanie rzetelnej oferty, uwzględniającej wszelkie możliwe koszty związane z realizacją konkretnego zamówienia publicznego. Powód jako podmiot profesjonalny zobowiązany był do należytego skalkulowania wszelkich możliwych kosztów, kształtujących cenę wskazaną przez niego ostatecznie w ofercie. **Oferowana cena musiała być bowiem ceną realną i rzeczywistą, a nie ustaloną w oderwaniu od okoliczności, z pominięciem istotnych czynników mających lub mogących mieć wpływ na jej wysokość, przyjętą jedynie w celu wygrania przetargu.**

Podkreślenia wymaga, że w SIWZ wyraźnie wskazano, iż zadanie polegające na dostawie gołąbków w sosie pomidorowym ma zostać wykonane w terminie od grudnia 2019 r. do czerwca 2020 r. **W składanej ofercie powód zobowiązany był zatem uwzględnić wszystkie czynniki cenotwórcze występujące lub mogące wystąpić w tym okresie.** Obowiązkiem powoda na etapie sporządzania oferty było zatem uwzględnienie w niej m.in. obserwowanej na rynku już od pewnego czasu tendencji wzrostowej cen mięsa oraz zapowiadanej podwyżki minimalnej stawki wynagrodzenia pracowników. **Brak wkalkulowania przez powoda w złożonej przez niego ofercie wystąpienia powyższych okoliczności (które powód jako profesjonalista dysponujący ogólnodostępnymi w tym zakresie informacjami powinien był przewidzieć i odpowiednio oszacować) uznać należy zatem za postępowanie nierzetelne, niemogące uzasadnić usprawiedliwionej odmowy zawarcia umowy z pozwanym.** Niewątpliwie powód jako wykonawca, będący profesjonalnym przedsiębiorcą, ponosi ryzyko gospodarcze związane z nienależytym czy niedbałym ustaleniem ceny ofertowej. Powód nie wykazał zaś, aby działając jako profesjonalista, należycie skalkulował przedstawioną przez siebie ofertę, w tym aby uwzględnił w odpowiednim zakresie tendencję wzrostu cen rynkowych wieprzowiny i nową stawkę wynagrodzenia minimalnego pracowników, jaka miała obowiązywać od 1 stycznia 2020 r.

W tym miejscu podkreślenia wymaga także to, że wobec uchylenia się przez powoda od zawarcia umowy, zamawiający w trybie art. 94 ust. 3 pzp ostatecznie zawarł tę umowę z drugim z oferentów, którego oferta po ofercie powoda była najkorzystniejsza, tj. z (...) S.A. W myśl w/w przepisu bowiem, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, chyba że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust. 1. Co przy tym istotne, oferta złożona przez (...) S.A. opiewała na kwotę 16.206.510,29 zł brutto, a więc była wyższa od oferty złożonej przez powoda **jedynie o 318.823,70 zł** (oferta powoda opiewała na kwotę 15.887.686,59 zł brutto), a umowa zawarta przez tę spółkę z zamawiającym została przez nią wykonana. Nie ulega zatem wątpliwości to, że okoliczności na które powoływała się powodowa spółka, mające uzasadniać nadzwyczajny i niemożliwy do przewidzenia wzrost kosztów realizacji umowy, uniemożliwiający jej realizację bez poniesienia rażącej straty, nie miały charakteru obiektywnego. Zarówno potencjalny wzrost ceny mięsa wieprzowego, jak i wzrost kosztów zatrudnienia pracowników obciążał w takim samym stopniu powoda, jak i spółkę (...) S.A. **Zawarcie i wykonanie umowy przez drugiego oferenta na warunkach ofertowych niewiele (w skali wartości całego zamówienia) wyższych od oferty powoda, jednoznacznie wskazuje, że wykonanie przedmiotowej umowy jak najbardziej było możliwe, a czynniki, na które powoływała się powodowa spółka nie stanowiły obiektywnej przeszkody jej wykonania i nie skutkowały powstaniem po stronie wykonawcy straty.**

Podsumowując, powód nie udowodnił jakoby uchylenie się przez niego od zawarcia umowy z pozwanym, spowodowane było wystąpieniem nadzwyczajnych okoliczności (w rozumieniu art. 357 (1) k.c.). Dla uwzględnienia stanowiska powoda konieczne było wykazanie przez niego, że w realiach niniejszej sprawy między złożeniem przez niego oferty a zamierzoną datą zawarcia umowy doszło do nadzwyczajnej zmiany stosunków, która spowodowałaby, że spełnienie wynikającego z umowy świadczenia powoda byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby mu rażąca strata, czego powód nie był w stanie przewidzieć, składając ofertę. Powyższe okoliczności nie zostały należycie wykazane przez powoda. Nie wykazał on, aby okoliczności, na które się powołał miały charakter obiektywny i nieprzewidywalny. **Nie podjął on także inicjatywy dowodowej w celu wykazania czy, a jeżeli tak to jakiego rozmiaru (wysokości) strata groziłaby mu w razie wykonania umowy na warunkach przedstawionych przez niego w ofercie. Niemożliwe było także dokonanie przez Sąd oceny czy owa potencjalna strata grożąca powodowi miałaby przymiot straty rażącej.**

Mając na uwadze całokształt poczynionych powyżej rozważań, Sąd doszedł do przekonania, że w okolicznościach niniejszej sprawy powodowa spółka nie była uprawniona do odmowy zawarcia umowy z pozwanym w okresie związania złożoną ofertą.

Tym samym, w ocenie Sądu zaktualizowało się uprawnienie pozwanego do zatrzymania wpłaconego przez powoda wadium w myśl art. 46 ust. 5 pkt 1 pzp. Przepis ten stanowi bowiem, że zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, **jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie.**

Jak podkreśla się w orzecznictwie i doktrynie, zamawiający ma prawo zatrzymać wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca odmawia podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, jak również w sytuacji, gdy wykonawca w ogóle odmówił podpisania umowy w okresie związania ofertą (Małgorzata Sieradzka w: Prawo zamówień publicznych. Komentarz., red. dr hab. Małgorzata Sieradzka, rok 2018, Legalis). Zgodnie z zasadą exceptiones non sunt extendendae, uprawnienie to aktualizuje się w przypadku wyraźnej odmowy wykonawcy podpisania umowy, które musi przyjąć postać negatywnego oświadczenia woli lub przyjęcia biernej postawy (braku jakiegokolwiek reakcji) wobec wezwania zamawiającego do zawarcia umowy. (Marzena Jaworska w: Prawo zamówień publicznych. Komentarz., red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, rok 2020, Legalis). W wyroku z dnia 4 marca 2014 r. sygn. KIO 288/14 (Legalis nr 814228), Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że „uchylanie się” wcale nie musi oznaczać bezpośredniej odmowy zawarcia umowy, lecz może wynikać z okoliczności i z zachowania (działań lub zaniechań) wykonawcy. Trzykrotne niestawienie się w celu zawarcia umowy (ewentualnie nieprzesłanie umowy) jak najbardziej może być uznane za uchylenie się. Jak wskazał natomiast Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 2 sierpnia 2015 r., sygn. V Ca 96/15 (Legalis): "Art. 46 ust. 6 pkt 1 ustawy nie definiuje co prawda samoistnie, na potrzeby prawa zamówień publicznych, pojęcia odmowy zawarcia umowy, nie mniej jednak należy przyjąć, że poprzez taką odmowę należy przyjąć bezpodstawne uchylenie się od zawarcia umowy przez wykonawcę, przy czym wola w tym przedmiocie może zostać wyrażona wprost, lub poprzez fakty konkludentne, z których wynika, że wykonawca nie zamierza zawrzeć z zamawiającym umowy na warunkach określonych w ofercie [...]. Jednocześnie zaznaczyć trzeba, że odmowa zawarcia umowy nie uzasadnia zatrzymania wadium, o ile takie działanie wykonawcy znajduje umocowanie w obowiązujących przepisach prawa". Jednocześnie odmowa ta dotyczy podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, a zatem zgodnych z wymaganiami zamawiającego przewidzianych w postępowaniu i znanych wszystkim wykonawcom. Podstawy zatrzymania wadium nie stanowi odmowa podpisania umowy na innych zaproponowanych warunkach niż przewidziane pierwotnie w postępowaniu.

Podkreślić należy, że w sprawie niniejszej powód w okresie w okresie związania ofertą wprost (w piśmie z dnia 3 grudnia 2019 r.) odmówił zawarcia umowy z pozwanym. Jak wskazano powyżej, odmowę tę uznać należało jednak za bezpodstawną i nieuzasadnioną. Wskazywanym przez powoda motywem odmowy zawarcia umowy była grożąca mu w jego ocenie rażąca strata w razie wykonania umowy na warunkach wskazanych w złożonej ofercie, związana z koniecznością poniesienia przez niego wyższych kosztów realizacji umowy niż uwzględnione w ofercie. Powód bezsprzecznie odmówił zatem zawarcia umowy na warunkach wskazanych w ofercie (po ustalonej w niej cenie ofertowej) mimo, że nie wyraził tego wprost. **Zdaniem Sądu sytuacja taka niewątpliwie wyczerpuje zatem dyspozycję art. 46 ust. 5 pkt 1 pzp, z którego wynika uprawnienie pozwanego do zatrzymania wadium wraz z odsetkami.**

Uprawnienie pozwanego do zatrzymania wadium w sytuacji bezpodstawnej odmowy powoda do zawarcia umowy mimo wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej, odpowiada zaakcentowanej już w niniejszym uzasadnieniu głównej funkcji pełnionej przez wadium w trybie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wadium stanowi bowiem zabezpieczenie finansowe Zamawiającego przed uchyleniem się przez Wykonawcę od podpisania umowy w okresie gdy jest on związany ofertą. Jego rolą jest zatem **ochrona Zamawiającego przed nierzetelnym Wykonawcą** (tak m.in. KIO w wyroku z dnia 17 stycznia 2017 r., sygn. KIO 23/17, Legalis nr 1576646). Zdaniem Sądu okoliczności niniejszej sprawy przesądzają o zasadności zrealizowania w/w ochronnej funkcji wadium wpłaconego przez powoda względem pozwanego.

Na aprobatę nie zasługiwały przy tym twierdzenia powoda co do tego, że pozwany nie jest uprawniony do zatrzymania wpłaconego przez niego wadium z uwagi na to, że w związku z uchyleniem się przez spółkę od zawarcia umowy nie poniósł on żadnej realnej szkody. Faktem jest, że pozwany ostatecznie zawarł umowę z drugim z oferentów

w trybie art. 94 ust. 3 pzp, w związku z czym nie poniósł on kosztów związanych z zorganizowaniem nowego przetargu. Zważyć jednak należy, że zawierając umowę na podstawie oferty wyższej niż pierwotnie wybrana oferta powoda, pozwany de facto poniósł szkodę obejmującą różnicę między wskazanymi cenami ofertowymi (która jak wskazano wynosiła ok. 318.823,70 zł). Ostatecznie pozwany zawarł bowiem umowę na kwotę wyższą niż pierwotnie zakładano. **Niemniej jednak to, czy zamawiający poniósł faktycznie szkodę finansową w związku z uchyleniem się przez pierwotnego oferenta od zawarcia umowy, nie ma żadnego znaczenia przy ocenie jego uprawnienia do zatrzymania wadium.** Wadium nie ma bowiem na celu rekompensowania faktycznie powstałej szkody, a ustawa nie uzależnia jego zatrzymania od wystąpienia takiej szkody. Jak podkreśliła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 19 listopada 2009 r., sygn. KIO/UZP 1420/09 (Legalis nr 310433), wadium mające na celu ochronę interesów zamawiającego, spełnia funkcję zabezpieczającą (stanowiąc zabezpieczenie zawarcia umowy) oraz **funkcję kompensacyjną, polegającą na tym, że wadium należy traktować jako zryczałtowane odszkodowanie.** Zrealizowanie w/w funkcji następuje w sytuacji, gdy zajdą okoliczności wskazane w art. 46 ust. 4a i 5 pzp, bowiem wówczas zamawiający może skutecznie dochodzić roszczeń z wadium. Pojmowanie wadium jako odszkodowania o charakterze zryczałtowanym wyklucza zatem miarkowanie jego wysokości w zależności od wystąpienia i rozmiaru potencjalnej szkody majątkowej poniesionej przez zamawiającego.

W ocenie Sądu w okolicznościach niniejszej sprawy podstawy zatrzymania wadium przez pozwanego nie stanowi natomiast art. 46 ust. 5 pkt 3 pzp, w myśl którego zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. W orzecznictwie i doktrynie podkreśla się bowiem, że określona w w/w przepisie przesłanka zatrzymania wadium 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. Wśród przyczyn leżących po stronie wykonawcy wymienia się zaś m.in. utratę wymaganych uprawnień do prowadzenia działalności gospodarczej, decyzji, zezwoleń, zgód, certyfikatów, które mają związek z wykonywaniem przedmiotu zamówienia publicznego, jak również niedopełnienie formalności wymaganych przed zawarciem umowy czy niewykazanie dostatecznego umocowania do zawarcia umowy, pomimo wezwań zamawiającego do usunięcia braków umocowania (por. wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2012 r., sygn. KIO 2752/11 Legalis nr 458241; wyrok KIO z 1 grudnia 2009 r., KIO/UZP 1583/09, Legalis nr 188012 ; R. Szostak w: Przetargowy obowiązek zawarcia umowy o zamówienie publiczne w nowym ujęciu, PZP 2016, Nr 1, s. 127; P. Granecki w: Prawo zamówień publicznych, Warszawa 2014, s. 496). W realiach niniejszej sprawy nie zaistniała sytuacja niemożności zawarcia umowy z przyczyn dotyczących wykonawcy, który z powodów formalnych, prawnych czy czysto praktycznych utracił uprawnienie bądź możliwość zawarcia i wykonania umowy. Brak zawarcia umowy wynikał jedynie z intencjonalnej odmowy (...) Sp. z o.o. w tym zakresie.

Zdaniem Sądu w realiach niniejszej sprawy brak jest podstaw do zastosowania art. 46 ust. 1 pzp w zakresie obowiązku zwrotu przez pozwanego wpłaconego przez powoda wadium. Niewątpliwie, pozwany ostatecznie nie zawarł umowy z powodem tylko z innym wykonawcą, co pozornie tylko uzasadniałoby zwrot powodowi wadium w tym trybie. Niemniej jednak, zauważyć należy, że pierwotnie pozwany jako najkorzystniejszą wybrał ofertę powoda i to powód związany złożoną ofertą zobowiązany był do zawarcia z nim przedmiotowej umowy. Zawarcie umowy przez pozwanego z innym podmiotem, jak już wskazano powyżej, nastąpiło zaś jedynie **zastępczo** w szczególnym trybie uregulowanym w art. 94 ust. 3 pzp i było spowodowane wyłącznie uchyleniem się przez powoda od zawarcia umowy. Nie zmienia to faktu, że jako najkorzystniejsza została wybrana oferta powoda. Jednocześnie w myśl art. 46 ust. 1a pzp, zamawiający zwraca wadium wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza **w razie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego** oraz wniesieniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeżeli jego wniesienia żądano. Wobec braku zawarcia umowy przez powodową spółkę, której oferta w trybie przetargu nieograniczonego wybrana została jako najkorzystniejsza, regulacja art. 46 ust. 1 pzp nie może zatem uzasadniać zwrotu wadium na jej rzecz. **Zdaniem Sądu, zastosowanie w okolicznościach niniejszej sprawy art. 46 ust. 1 pzp stanowiłoby także bezprawne obejście regulacji zawartej w art. 46 ust. 5 pzp w zw. z art. 94 ust. 3 pzp.**

Mając na uwadze powyższe, Sąd doszedł do przekonania, że pozwany w realiach niniejszej sprawy oraz w reżimie ustawy Prawo zamówień publicznych był uprawniony do zatrzymania wadium wniesionego przez powoda (...) Sp. z o.o. Powód nie wykazał, aby pozwany bezprawnie zatrzymał wadium i aby w konsekwencji tego pozostawał bezpodstawnie wzbogacony kosztem powoda.

W związku z powyższym, powództwo podlegało oddaleniu, o czym orzeczono w punkcie pierwszym wyroku.

O kosztach postępowania Sąd orzekł w punkcie drugim wyroku na podstawie art. 98 § 1 i § 3k.p.c., tj. zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu.

W związku z oddaleniem powództwa w całości, Sąd obciążył powoda (...) sp. z o.o. z siedzibą w Z. kosztami procesu poniesionymi przez stronę pozwaną, które obejmowały koszty zastępstwa procesowego w stawce minimalnej w kwocie 10.800 zł (§ 2 ust. 7 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności radców prawnych z dnia 22 października 2015 r. (Dz.U. z 2018 r. poz. 265)) oraz koszty opłaty skarbową od pełnomocnictwa w kwocie 17 zł, tj. łącznie 10.817 złotych.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji wyroku.

ZARZĄDZENIE

(...)

(...)