

Sygn. akt III C 1907/14

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 października 2015 roku

Sąd Okręgowy Warszawa- Praga w Warszawie III Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący: SSO Anna Niderla

Protokolant: pracownik biurowy Anna Banasiak

po rozpoznaniu w dniu 15 października 2015 roku w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa A. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą (...) z siedzibą w M.

przeciwko Gminie P. w P.

o zapłatę 100 000. 00 zł

I. oddala powództwo

II. zasądza od A. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą (...) z siedzibą w M. na rzecz Gminy P. w P. 3.600 zł. (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego

### **UZASADNIENIE 1**

Powód A. K. w pozwie z 8 grudnia 2014 roku wnosił o zasądzenie od pozwanej Gminy P. kwoty 100.000 zł wraz z odsetkami ustawowymi od 15 października 2013 roku do dnia zapłaty oraz zasądzenia kosztów procesu, w tym kwoty 7.200 zł + VAT tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu pozwu wskazano, że pozwana jako zamawiający prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę dziesięciodziałowego integracyjnego przedszkola gminnego w P.. W odpowiedzi na ogłoszenie powód złożył ofertę i wniósł wadium w wysokości 100.000 zł w formie gotówkowej. W postępowaniu wybrana została oferta powoda. Po uzyskaniu informacji o wyborze oferty powód dążył do doprecyzowania istotnych warunków umowy, które były dołączone do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednakże pozwana uznała to za odmowę podpisania umowy i zatrzymała wadium na podstawie art. 46 ust. 5 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Zatrzymanie wadium było bezpodstawne. Zamawiający zatrzymuje wadium, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie. Powód w żadnym momencie nie złożył oświadczenia, które mogłoby być interpretowane przez pozwaną jako oświadczenie woli o odmowie podpisania umowy. Wszystkie działania powoda miały na celu dostosowanie zaproponowanych przez pozwaną w specyfikacji istotnych warunków zamówienia istotnych postanowień umowy do sytuacji zaistniałej po wyborze oferty najkorzystniejszej. Pozwana odmówiła zwrotu zatrzymanego wadium.

W odpowiedzi na pozew pozwana wniosła o oddalenie powództwa oraz zasądzenie od powoda na jej rzecz kosztów procesu.

W uzasadnieniu pozwana potwierdziła, że prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę dziesięciodziałowego integracyjnego przedszkola gminnego w P. oraz, że powód złożył ofertę i wniósł wadium w kwocie 100.000 zł. Powód otrzymał zawiadomienie o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej 19 sierpnia 2013 roku. Pismo to zawierało informację, że nieprzekraczalny termin podpisania umowy mija 29 sierpnia 2013 roku. Powód uchylił się od podpisania umowy, jak i nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W dniu 26 sierpnia 2013 roku powód wystosował pismo do pozwanej dotyczące doprecyzowania warunków umowy, które dotarło do adresata 28 sierpnia 2013 roku. Takie działanie nie dawało najmniejszych możliwości na przeprowadzenie jakichkolwiek rozmów, negocjacji czy ustaleń. Kolejną okolicznością wskazującą na uchylenie się powoda od zawarcia umowy był zakres oraz waga proponowanych zmian, których przyjęcie stanowiłoby w istocie diametralną zmianę warunków przetargu i naruszałoby prawa innych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Pozwana przyznała, że wobec uchylenia się powoda od zawarcia umowy, zdecydowała się zatrzymać wniesione przez niego wadium.

### **Sąd ustalił następujący stan faktyczny:**

Pozwana Gmina P. prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę dziesięciodziałowego integracyjnego przedszkola gminnego w P. przy ul. (...) w trybie negocjacji z ogłoszeniem. W treści ogłoszenia wskazano, że wykonawca obowiązany jest do wniesienia wadium w wysokości 100.000 zł, przed upływem terminu składania ofert, natomiast wyłoniony w postępowaniu wykonawca zobowiązany jest do wniesienia, przed podpisaniem umowy, zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 10% ceny całkowitej brutto podanej w ofercie oraz do ubezpieczenia kontraktu w formie ubezpieczenia CAR na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 100% ceny całkowitej brutto podanej w ofercie i obejmującego okres trwania budowy.

O udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Powódka zaprosiła do składania ofert wstępnych wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie nie mniejszej niż 5.

Dowód: ogłoszenie nr (...) z dnia 18 kwietnia 2013 roku k. 9 – 22

Do specyfikacji istotnych warunków zamówienia były dołączone istotne dla stron postanowienia umowy.

Dowód: specyfikacja istotnych warunków zamówienia k. 23 – 56

W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgłosiło się 18 wykonawców, z których pięciu zostało zakwalifikowanych do negocjacji. Powód prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą (...)wniósł wadium w wysokości 100.000 zł – potwierdzenie przelewu k. 78. Z wykonawcami prowadzone były negocjacje, podczas których wykonawcy mieli możliwość wysuwania wniosków o doprecyzowanie lub uzupełnienie warunków umowy. Powód podczas negocjacji zgłaszał dużo pytań dotyczących projektu budowlanego, sposobu wykonawstwa oraz zadał jedno pytanie dotyczące istotnych dla stron postanowień umownych, na które pozwana udzieliła odpowiedzi. Powód po wygranej przetargu zamierzał dalej negocjować wiele istotnych postanowień umowy, dotyczących między innymi terminu wykonania umowy, warunków na jakich będzie mógł przedłużyć termin wykonania robót, kosztów odkrywek, wysokości kar umownych.

Dowód: zeznania świadka K. U. k. 153 – 154, zeznania powoda k. 170 – 172

Składając ofertę ostateczną powód złożył oświadczenie, że zapoznał się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i uznał się za związanego określonymi w niej postanowieniami i zasadami postępowania.

Po dokonaniu badania i oceny ofert ostatecznych złożonych w przedmiotowym postępowaniu, wybrano jako najkorzystniejszą ofertę nr 2 złożoną przez powoda.

W informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z 13 sierpnia 2013 roku wskazano, że termin w jakim może zostać zawarta umowa na realizację zamówienia to termin nie krótszy niż 5 dni od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty w sposób określony w art. 27 ust. 2 Prawa zamówień publicznych lub 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zostało przesłane w inny sposób. Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty powód otrzymał 19 sierpnia 2013 roku.

Dowód: informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty k. 62 – 63, zeznania powoda k. 170 - 172

Termin podpisania umowy wyznaczono na 27 sierpnia 2013 roku o godz. 10:00 w siedzibie zamawiającego. Pismem z 26 sierpnia 2013 roku powód przesłał pozwanej swoje uwagi do projektu umowy sporządzonego na podstawie istotnych postanowień umowy załączonych do specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zwrócił się z prośbą o przedstawienie wzoru gwarancji zapłaty na kwotę 15.937.61,78 zł, stanowiącą wartość umowy. W załączeniu do pisma powód przedłożył projekt umowy z naniesionymi przez siebie zmianami. Powyższe pismo pozwana otrzymała faxem 26 sierpnia 2013 roku.

Dowód: pismo powoda z 26 sierpnia 2013 roku k. 64, umowa ze zmianami proponowanymi przez powoda k. 106 – 122, zeznania świadka K. U. k. 153 – 154, zeznania powoda k. 170 – 172

Powód nie stawił się w dniu 27 sierpnia 2013 roku celem podpisania umowy, jak również nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy – okoliczność bezsporna. W piśmie z 27 sierpnia 2013 roku podtrzymał swoje stanowisko co do konieczności negocjowania warunków umowy oraz modyfikacji jej ostatecznej treści. Działanie powoda – zanegowanie postanowień umownych, niewniesienie zabezpieczenia oraz niestawienie się w wyznaczonym terminie na podpisanie umowy zostało uznane przez pozwaną jako odmowę podpisania umowy na warunkach wskazanych w ofercie złożonej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Pozwana zatrzymała wadium wniesione przez powoda i podjęła kroki zmierzające do wybrania oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych złożonych ofert, bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, o czym powód został poinformowany pismem z 27 sierpnia 2013 roku.

Dowód: pismo powoda z 27 sierpnia 2013 roku k. 67 – 69, pismo pozwanej z 27 sierpnia 2013 roku k. 66, pismo powoda z 29 sierpnia 2013 roku k. 71 – 74, pismo pozwanej z 30 sierpnia 2013 roku k. 75, zeznania powoda k. 170 – 172

W dniu 14 października 2013 roku powód bezskutecznie wezwał pozwaną do zapłaty kwoty wadium, wskazując, że w żadnym momencie nie złożył oświadczenia, które mogłoby być interpretowane przez zamawiającego jako oświadczenie woli o odmowie podpisania umowy.

Dowód: pismo powoda z 14 października 2013 roku k. 80 – 81, pismo pozwanej z 4 listopada 2013 roku k. 83

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie powołanych dokumentów (które uznano za w pełni wiarygodne dla ustalenia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, a okoliczności wynikające z tych dokumentów nie były kwestionowane), zeznań świadka K. U. oraz zeznań powoda. Stan faktyczny w niniejszej sprawie był w zasadniczych kwestiach bezsporny. Bezsporne jest, że pozwana prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z zaproszeniem. Powód przystępując do tego postępowania wniósł wadium. Jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Powód nie stawił się w umówionym terminie celem podpisania umowy. Pozwana zatrzymała wniesione przez powoda wadium.

Istota sporu w sprawie sprowadzała się do ustalenia kwestii, czy pozwana Gmina miała prawo zatrzymać wadium, powołując się na treść art. 46 ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907, z późn. zm.).

**Sąd zważył, co następuje:**

Zgodnie z art. 54 Prawa zamówień publicznych, negocjacje z ogłoszeniem to tryb udzielenia zamówienia, w którym, po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu, zamawiający zaprasza wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu do składania ofert wstępnych niezawierających ceny, prowadzi z nimi negocjacje, a następnie zaprasza ich do składania ofert. Zamawiający zaprasza do negocjacji wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty wstępne niepodlegające odrzuceniu, wskazując termin i miejsce opublikowania ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający prowadzi negocjacje w celu doprecyzowania lub uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia lub warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 58 ust 1 i 2). Po zakończeniu negocjacji zamawiający może doprecyzować lub uzupełnić specyfikację istotnych warunków zamówienia wyłącznie w zakresie, w jakim była ona przedmiotem negocjacji. Zmiany te nie mogą prowadzić do istotnej zmiany przedmiotu zamówienia lub pierwotnych warunków zamówienia (art. 59 ust. 1 i 2). Ocena, czy zmiany są istotne, powinna być dokonana z uwzględnieniem konkretnego stanu faktycznego, z uwzględnieniem przede wszystkim zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Za istotną zmianę przedmiotu zamówienia lub pierwotnych warunków zamówienia należy uznać zmiany w opisie przedmiotu zamówienia, które naruszałaby zasadę zachowania uczciwej konkurencji, przez ograniczenie lub zmianę podmiotową kręgu potencjalnych wykonawców. Za istotne zmiany pierwotnych warunków zamówienia należy uznać również zmiany dotyczące warunków wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego, kar umownych, terminów realizacji poszczególnych etapów wykonywania robót budowlanych – zob. J.E. Nowicki, *Negocjacje z ogłoszeniem*, M.Zam.Pub. 2009/2/19-24.

Oprócz przedmiotu zamówienia, przedmiotem negocjacji mogą być również warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego, a więc obok podstawowych praw i obowiązków właściwych dla charakteru przyszłej umowy, również inne elementy, jak np. warunki dotyczące ubezpieczenia kontraktu i zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Powód przyznał, że w toku negocjacji prowadzonej w celu doprecyzowania warunków umowy nie zgłaszał uwag co do istotnych warunków umowy dołączonych do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (poza jednym pytaniem, na które otrzymał odpowiedź), zakładając z góry, że po wygraniu przetargu będzie mógł prowadzić dalsze negocjacje z zamawiającym.

Od chwili wyboru oferty najkorzystniejszej do chwili zawarcia umowy, pomiędzy wybranym wykonawcą a zamawiającym tworzy się stosunek zobowiązujący do zawarcia umowy przyrzeczonej, zbliżony charakterem prawnym do umowy przedwstępnej (art. 389 § 1 k.c.).

Art. 94 ust. 3 Prawa zamówień publicznych stanowi, że 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. Podkreślić należy, że uchylanie się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego nie musi oznaczać bezpośredniej odmowy zawarcia umowy, lecz może wynikać z okoliczności i z zachowania wykonawcy.

Zgodnie z art. 46 ust. 5 w zw. z art. 60 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, 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.

Na podstawie powyższego przepisu zamawiający został uprawniony do zatrzymania wadium w przypadku spełnienia którejkolwiek z przesłanek w nim przewidzianych. Wadium odgrywa szczególną rolę. Jediną bowiem sankcją, jaką przepisy Prawa zamówień publicznych nakładają na wykonawcę uchylającego się od zawarcia umowy, jest utrata

wniesionego przez niego wadium (zob. wyrok Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 8 marca 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/o-616/o6, LEX nr 1110718).

W wyroku z dnia 9 maja 2001 r. (II CKN 440/00, OSNC 2001/12/85), Sąd Najwyższy wskazał, że za uchylenie się od zawarcia umowy należy rozumieć tylko bezpodstawną odmowę jej zawarcia. Za odmowę podpisania umowy uznać można oświadczenie woli wykonawcy zawierające negatywne stanowisko w przedmiocie zaproszenia go przez zamawiającego do podpisania umowy, ewentualnie także jego działanie, z którego wynikałoby dla zamawiającego informacja, że takiego rodzaju oświadczenie woli wykonawca rzeczywiście złożył. Odmowa podpisania umowy jest tożsama ze stanowiskiem podjętym świadomie przez wykonawcę i przekazanym do wiadomości zamawiającego. 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.

Do przyczyn uzasadniających uznanie, że wykonawca odmawia podpisania umowy należy zaliczyć uzależnienie jej zawarcia od spełnienia przez zamawiającego warunków nie przewidzianych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zatrzymanie wadium może nastąpić wtedy, gdy wykonawca chce co prawda zawrzeć umowę o zamówienie publiczne, ale na warunkach innych, niż przedstawił je w ofercie, a które odbiegają od postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zob. wyrok Zespołu Arbitrów z 1 października 2007 r., UZP/ZO/o-1171/07, LexisNexis nr 2037462). Odmowa zawarcia umowy może wynikać także z zachowania się wykonawcy, który na przykład przedkłada projekt umowy całkowicie niezgodny z ofertą, a także zwleka, przekłada termin jej podpisania.

Wskazać należy, że wykonawca jest związany przedłożoną ofertą, składając ją, akceptuje też warunki przetargowe zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym między innymi istotne postanowienia umowy (art. 70<sup>1</sup> § 4 k.c.). Niewątpliwie przedłożone przez powoda poprawki do umowy wprowadzały istotne zmiany w stosunku do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz istotnych postanowień umownych, na podstawie których skonstruowana została umowa. Powód usiłując negocjować warunki umowne odmówił de facto podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie. Mając na względzie specyfikę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przyjąć należy, że nieskrępowane zmiany czy negocjacje co do treści umowy w sprawie zamówienia publicznego w stosunku do oferty, po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej z nich, są niedopuszczalne. Wskazuje na to art. 144 Prawa zamówień publicznych, z którego wynika, że istotne zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, nie są dopuszczalne pod rygorem ich nieważności, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Słusznie podniosła pozwana, że gdyby dopuścić swobodę dokonywania zmiany umowy w zakresie wskazanym przez powoda, to w efekcie prowadziłyby to do wypaczenia rezultatu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawcy opracowując ofertę kierowali się zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia i istotnymi postanowieniami umownymi, które miały wpływ na cenę tychże ofert. Działania powoda jednoznacznie wskazują, że powód od samego początku nie zamierzał podpisać umowy o treści zgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i istotnymi postanowieniami umownymi – zatem zachodziły okoliczności uzasadniające obciążenie go odpowiedzialnością za uchylenie się od podpisania umowy oraz zatrzymaniem wadium.

Pozwana była uprawniona do zatrzymania wadium, co skutkowało oddaleniem powództwa.

Sąd orzekł o kosztach procesu zgodnie z art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c., stosownie do wyniku sprawy. Powód jako przegrywający proces obowiązany jest zwrócić poniesione przez pozwaną koszty niezbędne do celowej obrony i celowego dochodzenia swoich interesów. Koszty procesu poniesione przez pozwaną to koszty zastępstwa procesowego w kwocie 3.600 złotych.