

Sygn. akt V ACa 580/12

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 grudnia 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach V Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący :	SSA Jadwiga Galas
Sędziowie :	SA Janusz Kiercz SA Olga Gornowicz-Owczarek (spr.)
Protokolant :	Barbara Knop

po rozpoznaniu w dniu 4 grudnia 2012 r. w Katowicach

na rozprawie

sprawy z powództwa(...)Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością
w Z.

przeciwko (...) Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w K.

o zapłatę

na skutek apelacji powódki

od wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach

z dnia 12 kwietnia 2012 r., sygn. akt XIII GC 42/11

oddala apelację i zasądza od powódki na rzecz pozwanej kwotę 5.400 (pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt V ACa 580/12

UZASADNIENIE

Powódka (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Z. w pozwie skierowanym przeciwko (...) Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w K. domagała się zasądzenia kwoty 879.320 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 5 stycznia 2011 r. oraz kosztów procesu. Na uzasadnienie podniosła, iż pozwana ogłosiła przetarg nieograniczony, którego przedmiotem było „świadczenie usług sprzętem ciężkim na terenie Zakładu (...) w S. przy ul. (...) w okresie od 2 stycznia 2011 r. do 31 grudnia 2012 r.” W wyniku złożonej przez powódkę oferty została ona zaproszona do wzięcia udziału w licytacji cen zaproponowanych w ofercie. W toku postępowania przetargowego została wybrana oferta innego oferenta – P.U.P.H. (...)Sp. z o. o. w K., ze względu na zaproponowanie niższych cen. W ocenie powódki

podczas przetargu doszło do naruszenia zasad przetargu, gdyż powódka jako jedyna posiadała Certyfikat na zgodność z normami ISO, co stanowiło 5% ogólnej ceny, a zatem niemożliwe jest aby oferta (...) i powódki uzyskały tę samą ilość punktów. Pozwana naruszyła także zasady Regulaminu Przetargowego i Wymagań Ofertowych, bowiem prezes zarządu pozwanej jest jednocześnie członkiem rady nadzorczej (...) Sp. z o. o. Powódka wskazała, iż na żądanie pozwu składa się odszkodowanie z tytułu utraconego zysku w latach 2011 i 2012 z ustawowymi odsetkami od dnia 5 stycznia 2011 r. Powódka domagała się także kwoty 18.318 zł tytułem kosztów likwidacji swojego oddziału usług sprzętem ciężkim na Zakładzie (...) w S., który służył do obsługi opisanej umowy z 2008 r.

W odpowiedzi na pozew pozwana wniosła o oddalenie powództwa oraz obciążenie powódki kosztami procesu. Ustosunkowując się do treści pozwu podniosła, iż powódka mogłaby żądać zapłaty odszkodowania w wypadku, gdyby pozwana swym działaniem doprowadziła do powstania szkody, a tego powódka nie wykazała, opierając swe żądanie na niewłaściwie dokonanym wyborze najkorzystniejszej oferty. Zarzuty powódki dotyczące udziału w przetargu firmy, w której członek zarządu pozwanej pełni funkcję członka rady nadzorczej i naruszenia w związku z tym zasady bezstronności i uczciwej konkurencji, są bezpodstawne, bowiem prezes zarządu wyłączył się z postępowania niezwłocznie po powzięciu wiadomości, że o udzielenie zamówienia ubiega się (...) Sp. z o.o. Wybrano ofertę (...), bowiem wykonawca ten zaproponował trzy ceny niższe w stosunku do cen zaproponowanych przez powódkę. Wobec tego kryterium mającym zasadnicze znaczenie dla wyboru oferenta była cena. Ponadto pozwana zakwestionowała wyliczenia dotyczące odszkodowania za utracony przez powódkę zysk w latach 2011 i 2012. Całkowicie bezzasadne było, w ocenie pozwanej, żądanie zapłaty kwoty 13.318 zł tytułem likwidacji swojego oddziału usług sprzętem ciężkim w latach 2009 i 2010, powódka nie wyjaśniła, w jaki sposób wyliczyła tę kwotę, tym bardziej że na mocy umowy z 16 grudnia 2008 r., powódka miała na swój koszt dokonać likwidacji oddziału.

Wyrokiem z dnia 12 kwietnia 2012 r. Sąd Okręgowy w Katowicach oddalił powództwo i zasądził od powódki na rzecz pozwanej kwotę 7.217 zł tytułem kosztów postępowania.

Na podstawie przeprowadzonego postępowania dowodowego Sąd Okręgowy ustalił, iż zgodnie z Regulaminem udzielania zamówień finansowanych ze środków spółki na roboty budowlane, dostawy i usługi, obowiązującym w pozwanej spółce, postępowanie miało zapewnić spółce obiektywne dokonanie najkorzystniejszego wyboru. Ofertą najkorzystniejszą była oferta, która przedstawiała najkorzystniejszy bilans cen i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia. Warunkiem wszczęcia postępowania przetargowego było wcześniejsze ustalenie Wymagań Ofertowych (WO), które winny zawierać m.in. opis kryteriów wyboru oferty. W pierwszym etapie przetargu – części jawnej komisja dokonywała stwierdzenia okoliczności faktycznych takich, jak prawidłowość ogłoszenia przetargu, potwierdzenia ilości otrzymanych ofert, terminu ich złożenia oraz otwierała koperty z ofertami w kolejności zarejestrowania, dokonywała także sprawdzenia ofert pod względem formalnym. W części niejawnej komisja dokonywała szczegółowej analizy ofert pod kątem spełnienia warunków ofertowych i proponowanych warunków realizacji przedmiotu zamówienia, a także pod kątem doświadczeń, renomy oferenta, posiadanego sprzętu, a także analizy warunków finansowych – ceny, kosztorysów, warunków płatności. Spośród oferentów, którzy nie zostali wykluczeni i których oferty nie zostały odrzucone komisja wybierała ofertę najkorzystniejszą. Komisja również miała prawo z wybranymi oferentami przeprowadzić dodatkowo licytacje lub negocjacje, zaś ostateczną decyzję o udzieleniu zamówienia podejmował zarząd spółki w formie uchwały.

Pozwana mogła odstąpić od stosowania procedur przewidzianych w Regulaminie w uzasadnionych przypadkach m.in., gdy wykonawca, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą w poprzednim przetargu, przed upływem terminu dotychczasowej umowy, wyrazi gotowość świadczenia usług na kolejny okres na niezmiennych warunkach cenowych. Powódka, pomimo że wiązała ją z pozwaną umowa zawarta w dniu 16 grudnia 2008 r., której przedmiotem było świadczenie usług transportowo – sprzętowych w okresie od 2 stycznia 2009 r. do 31 grudnia 2010 r., nie skorzystała z tego uprawnienia.

Zamierzając ogłosić przetarg na świadczenie usług sprzętem ciężkim na terenie Zakładu (...) w S. przy ul. (...) w okresie od 2 stycznia 2011 r. do 31 grudnia 2012 r. pozwana ustaliła Wymagania Ofertowe, w treści których wskazała, że oferty w części technicznej winny zawierać m.in. wykaz zrealizowanych w ciągu trzech lat zamówień o

podobnym zakresie i wartości oraz rekomendacje i referencje wskazujące, że dany oferent wykonał prace o podobnym zakresie rzetelnie i solidnie. Kryteria, którymi kierować miała się komisja przetargowa zostały ustalone w następujący sposób: cena – 75%, referencje – 15%, posiadanie Certyfikatu na zgodność z normami ISO 9001 i 14001 – 5% oraz warunki płatności – 5%. Postępowanie miało się toczyć zgodnie z opisany powyżej Regulaminem. Zamawiającemu (pозwanej) przysługiwało prawo swobodnego wyboru ofert, odwołania przetargu oraz uznania, że przetarg nie dał rezultatu bez podania przyczyny.

Pozwana ogłosiła przetarg na świadczenie usług sprzętem ciężkim na terenie Zakładu (...) w S. w okresie od 2.01.2011 r. do 31.12.2012 r. Do przetargu zgłosiły się trzy firmy, powódka, (...) Sp. z o. o. oraz spółka (...). Po ogłoszeniu przetargu żaden z oferentów nie kwestionował zapisów Regulaminu – warunków przetargu, w szczególności zapisu o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz sposobu wyliczenia kryteriów.

Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 5 listopada 2010 r., w przetargu uczestniczyły trzy firmy: powódka, P.P.H.U. (...) Sp. z o. o. oraz P.U. P.H. (...) Sp. z o. o. W dniu 16 listopada 2010 r. odbyło się kolejne posiedzenie komisji przetargowej, podczas którego dokonano oceny wszystkich złożonych ofert. Kryterium wyboru ceny dokonano przez podział ceny najniższej przez cenę zaproponowaną przez oferenta, a wynik pomnożono przez 0,75 razy 100. Sposób oceny referencji, które przedstawiła każda z firm uczestniczących w przetargu miał zapewnić jak najbardziej obiektywną ocenę możliwości technicznych oferentów. Przyjęto trzy elementy oceny: wartość netto świadczonych usług w latach 2007-2009, przeciętny okres eksploatacji sprzętu wystawionego do dyspozycji w ofercie oraz podstawa dysponowania zaproponowanym sprzętem. Oceniając złożone referencje według przyjętych założeń uzyskaną w ten sposób punktację w stosunku do każdego z oferentów Komisja podzieliła przez wartość maksymalną, pomnożyła przez wagę, to jest 0,15 i pomnożyła przez 100. Tak dokonana ocena mieściła się w kryterium oceny ofert, wskazanych w wymaganiach ofertowych, pozwana nie wprowadziła dodatkowego kryterium, ale dokonała oceny kryterium referencji, przyjmując jednakowe założenia w stosunku do wszystkich oferentów. Referencje przedstawione przez powódkę dotyczyły trzech zamkniętych okresów obrachunkowych, a więc lat 2007 do 2009, powódka przedłożyła referencje za taki okres i zostały one zaliczone w całości. Pozostałe kryteria to jest kryterium terminu płatności i posiadanie certyfikatu ISO miało przydzieloną w wymaganiach ofertowych wagę 5 punktów. Za posiadanie certyfikatu przydzielano 5 punktów, za jego brak 0 punktów. Ponieważ oferenci zaproponowali jednakowy termin płatności 30 dni Komisja przyznała maksymalną ocenę 5 punktów dla każdego z oferentów.

W wyniku tak przeprowadzonej oceny jednakową ilość punktów, to jest 91, uzyskała powódka oraz (...) Sp. z o. o. Wówczas Komisja podjęła decyzję o zaproszeniu przedstawicieli powódki i spółki (...) na spotkanie w dniu 29 listopada 2010 r. celem przeprowadzenia licytacji cenowej. Licytacja cen polegała na tym, że podawana była cena wywoławcza, najniższa dla tego typu usługi, a oferenci kolejno proponowali ceny niższe.

W dniu 26 listopada 2010 r. prezes zarządu pozwanej M. K. złożył oświadczenie o wyłączeniu się z udziału w czynnościach dotyczących przedmiotowego przetargu, z uwagi na pełnienie funkcji członka rady nadzorczej spółki (...) i podniósł że wszystkie czynności będą realizować inni członkowie zarządu pozwanej.

W dniu 29 listopada 2008 r., po licytacji cen, obie spółki po raz kolejny uzyskały tę samą ilość punktów (94), przy czym powódka zaproponowała tylko w przypadku godziny pracy spycharki (...) cenę niższą niż (...), podczas gdy pozostałe niższe ceny netto za godzinę pracy ładowarki, ładowarki z wagą oraz spycharki (...) zaproponowała spółka (...). Ostatecznie oferty powódki oraz (...) różniły się w dwóch aspektach, tj. w aspekcie ceny, gdzie cena zaoferowana przez powódkę była znacznie wyższa od ceny zaoferowanej przez (...) oraz w zakresie referencji, gdzie całość referencji (...) dotyczyła pracy przy węglu, a część referencji powódki dotyczyło prac ziemnych i prac związanych z utrzymaniem składowisk odpadów. Oferta (...) została wybrana jako najkorzystniejsza pod względem ceny. Przedstawiciele powódki podpisali protokół licytacji bez zastrzeżeń. Komisja przetargowa, biorąc pod uwagę wyniki licytacji oraz referencje, parametry techniczne zawnioskowała do zarządu pozwanej wybór i przyjęcie oferty spółki (...).

Uchwałą zarządu pozwanej z dnia 22 grudnia 2010 r. wyrażono zgodę na zawarcie ze spółką (...) umowy na świadczenie usług objętych przetargiem. Obecny na posiedzeniu zarządu prezes M. K. wstrzymał się od głosowania, z uwagi na wyłączenie się od udziału w postępowaniu przetargowym.

Pozwana zawiadomiła powódkę o zakończeniu postępowania przetargowego i wyborze do realizacji usług oferty spółki (...) Sp. z o. o., ze względu na zaproponowanie przez nią niższych cen. W odpowiedzi na zarzuty powódki dotyczące przebiegu przetargu i wyboru oferenta, pozwana poinformowała, że zostanie wszczęta procedura kontrolna, a o jej wynikach powódka zostanie zawiadomiona pisemnie. Powódka oświadczyła, iż oczekuje na stanowisko pozwanej do dnia 28 grudnia 2010 r. W piśmie z dnia 28 grudnia 2010 r. pozwana wyjaśniła m. in., że wobec uzyskania identycznej ilości punktów przez dwóch oferentów (w tym powódkę) przeprowadziła dodatkową licytację, celem ustalenia najniższej ceny realizacji usługi, która jednak nie doprowadziła do wyłonienia najkorzystniejszej oferty. Dlatego też pozwana skorzystała z przepisów ustawy prawo zamówień publicznych i wybrała ofertę z zaproponowaną najniższą ceną, czyli ofertę (...). Powódka wezwała pozwaną do zawarcia umowy na przedmiotowe usługi. Powódka wystosowała także pismo do (...) S.A., w którym zwracała uwagę na nieprawidłowości i naruszenia prawa, do których doszło w jej ocenie, podczas przetargu i że to powodowa spółka złożyła najkorzystniejszą ofertę i to z nią jako wykonawcą powinna być zawarta umowa. W piśmie z dnia 30 grudnia 2010 r. powódka wezwała pozwaną do zapłaty kwoty 879.320 zł netto tytułem odszkodowania za nie dokonanie jej wyboru jako wykonawcy usług sprzętowych.

Oceniając materiał dowodowy Sąd Okręgowy zeznania świadków M. B., A. M., J. H. oraz J. S. uznał za w pełni wiarygodne. Natomiast zeznania świadka M. A. nie uwzględnił, bowiem świadek ten dokonywał własnej interpretacji, czy wręcz nadinterpretacji, przebiegu postępowania przetargowego, także niejawniej jego części, w której nie uczestniczył, dokonywał analizy stanu faktycznego oraz oceniał go, co było wykroczeniem poza jego procesową rolę jako świadka. Sąd Okręgowy uznał, że zeznania tego świadka były nieprzydatne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, bowiem nie wniosły żadnych nowych istotnych okoliczności.

Sąd Okręgowy oddalił również wniosek powódki o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu rachunkowości na okoliczność prawidłowego wyliczenia utraconego przez powódkę zysku za lata 2011 i 2012, gdyż dowód ten był nieprzydatny dla rozstrzygnięcia sprawy.

W tym stanie faktycznych Sąd Okręgowy uznał powództwo za nieuzasadnione co zasady.

Powódka domagała się na podstawie art. 415 k.c. w związku z art. 70¹ k.c. i nast. zapłaty kwoty 879.320 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 5 stycznia 2011 r. tytułem odszkodowania za utracony zysku w latach 2011 i 2012, wobec nie dokonania przez pozwaną wyboru oferty powódki w przetargu na usługi sprzętem ciężkim na terenie Zakładu (...) w S. w okresie od 2 stycznia 2011 r. do 31 grudnia 2012 r. Na kwotę tego żądania składał się wykluczony przez powódkę na podstawie poprzedniej umowy łączącej strony potencjalny zysk w kwocie 861.002 zł oraz kwota 18.318 zł tytułem kosztów likwidacji swojego oddziału usług sprzętem ciężkim na Zakładzie (...) w S., który służył do obsługi opisanej umowy z 2008 r.

Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, iż treść przepisu § 3 art. 70¹ k.c. wiąże się z § 4 tego przepisu i rodzi obowiązek postępowania zgodnego z treścią ogłoszenia i warunkami przetargu, po stronie organizatora konieczne jest zobowiązanie go do nieodwoływania przetargu i niezminiania jego warunków, chyba że wyraźnie to zastrzegł. Dla przetargu znaczenie § 3 polega więc na tym, że ogłoszony przetarg powinien zostać przeprowadzony zgodnie z ogłoszonymi warunkami, co nie przesądza jednak obowiązku wybrania którejkolwiek z ofert. Obowiązek lojalnego postępowania ze strony organizatora, zgodnego z treścią ogłoszenia przetargu, implikuje zakaz odwoływania ogłoszenia i zmiany warunków przetargu, jeżeli nie zostało to zastrzeżone na wstępie. Naruszenie przez organizatora przetargu obowiązku z § 3 może spowodować powstanie po jego stronie odpowiedzialności odszkodowawczej (art. 415 i n. k.c.). Obowiązek postępowania zgodnego z warunkami przetargu oraz treścią ogłoszenia ustawa nakłada na organizatora przetargu od chwili udostępnienia warunków. Obowiązek lojalnego postępowania istnieje jednak już

od momentu ogłoszenia przetargu. Zgodnie z § 2 te dwa momenty mogą rozchodzić się w czasie. Niewątpliwe jest jednak, że wskazując sposób udostępnienia warunków przetargu, ogłaszający powinien się z tego wywiązać i ponosi odpowiedzialność w ramach culpa in contrahendo, strony znajdują się już bowiem w toku zawierania umowy.

Przesłankami odpowiedzialności deliktowej są powstanie szkody, zdarzenie z którym ustawa łączy obowiązek odszkodowawczy (czyn niedozwolony) oraz związek przyczynowy między owym zdarzeniem a szkodą. Przesłanki te muszą zaistnieć kumulatywnie, a zgodnie z treścią art. 6 k.c. ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Przy badaniu przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej opartej na zasadzie winy, istnienie normalnego związku przyczynowego pomiędzy działaniem (zaniechaniem) zobowiązanego a szkodą (art. 361 § 1 k.c.) jest elementem podlegającym ocenie w dalszej kolejności, a zatem gdy nie zachodzi podstawa odpowiedzialności (bezprawność i wina) badanie istnienia związku przyczynowego jest zbędne. Do zaistnienia adekwatnego związku przyczynowego wystarczające jest ustalenie ciągu zdarzeń, w którym jedno z nich jest koniecznym warunkiem (przyczyną) wystąpienia następnego. Tymczasem powódka nie wskazała żadnego zdarzenia, zachowania pozwanej, które mogłoby stanowić przyczynę wystąpienia szkody.

Zwrócił uwagę Sąd Okręgowy, że przetarg nie podlegał przepisom ustawy prawo zamówień publicznych, a zatem pozwana mogła przeprowadzić przetarg na zasadach określonych Regulaminem i ustalonymi Wymaganiami Ofertowymi. Kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty były powódce znane, już z pobieżnej analizy tych kryteriów wynika, iż najistotniejszym kryterium była cena (75%). Pozwana, dokonując oceny ofert, nie wprowadziła też żadnych nowych kryteriów. Przez cały okres postępowania przetargowego pozwana nie podnosiła jakichkolwiek uwag czy zastrzeżeń co do zasad przeprowadzenia przetargu, jak i wymagań ofertowych. Zarzut powódki, iż w postępowaniu brał czynny udział prezes zarządu M. K., będący jednocześnie członkiem rady nadzorczej spółki (...), okazał się nieuzasadniony, bowiem wyniki postępowania dowodowego wskazują, iż pan K. wyłączył się od udziału w przetargu, wstrzymał się od głosu w czasie głosowania za przyjęciem oferty (...) Sp. z o. o. jako wykonawcy. Zatem pozwana nie wykazała swych twierdzeń w tym zakresie (art. 6 k.c.), nie udowodniła, iż prezes K. miał jakikolwiek wpływ na przebieg i wynik postępowania przetargowego, a tym samym że pozwana dopuściła się w tej sprawie działania, które wiązałoby się z przypisaniem jej bezprawności, powódka nie wykazała normalnego związku przyczynowego pomiędzy zachowaniem pozwanej a powstaniem szkody w postaci nie wybrania jej oferty. Powódka nie wykazała zatem obligatoryjnych przesłanek odpowiedzialności deliktowej wynikających z art. 415 k.c.

Postępowanie przetargowe składało się z czterech etapów, pierwszy był formalno – techniczny i na tym etapie nie oceniano merytorycznie ofert, badaniu podlegało jedynie zachowanie formalnych wymagań. Do następnego etapu, w którym nastąpiła merytoryczna ocena ofert poszczególnych oferentów zakwalifikowały się już tylko dwie firmy, a mianowicie powódka i (...). Z dokumentów oraz zeznań członków komisji przetargowej wynika, iż obydwie oferty uzyskały tę samą ilość punktów, a zatem jak ustalono, pozwana była uprawniona do przeprowadzenia licytacji cen. Licytacja cen dotyczyła zatem dalej kryterium ceny, czyli kryterium, które pozwana jako organizator przetargu, uznała za najistotniejsze, przypisując temu kryterium największą wartość. Wyniki licytacji cen okazały się korzystne dla spółki (...), która zaproponowała tylko jedną cenę niższą niż (...), podczas gdy ta spółka wskazała aż trzy ceny niższe niż powódka. W takiej sytuacji komisja przetargowa postanowiła rekomendować zarządowi pozwanej spółkę (...), jako wykonawcę usług. W tym zakresie Sąd Okręgowy podzielił w całości stanowisko pozwanej, iż w przetargu zastosowano wyłącznie te kryteria oceny ofert, które były wskazane w ogłoszeniu przetargowym i wymaganiach ofertowych, kryterium ceny, nie było zatem ani nowym, ani innym kryterium, które pozwana zastosowała dopiero podczas licytacji cen. Pozwana nie naruszyła swym postępowaniem art. 70¹ § 4 k.c., a powódka nie przedstawiła miarodajnych dowodów (art. 6 k.c.) na wykazanie swych twierdzeń. Pozwana dokonała wyboru najkorzystniejszej dla siebie oferty i nie można czynić jej zarzutu, że w ramach przysługującej swobody kontraktowania, to jej przysługiwało podjęcie decyzji, którą ofertę wybrać, w oparciu o znane i niekwestionowane kryteria wyboru oraz, czy i z kim zawrzeć umowę (art. 353¹ k.c.).

W tej sytuacji Sąd Okręgowy przyjął, że w niniejszej sprawie nie wystąpiły przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej ex delicto (art. 415 k.c. w zw. z art. 70¹ § 4 k.c.), a zatem powództwo podlegało oddaleniu w całości i zbędnym było dokonywanie analizy zasadności powództwa co do jego wysokości.

O kosztach orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c. oraz § 6 pkt. 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności adwokackie.

Apelację od powyższego wyroku złożyła powódka, która wniosła o jego zmianę poprzez uwzględnienie powództwa w całości wraz kosztami postępowania, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Powódka zarzuciła naruszenie art. 233 § 1 k.p.c., art. 415 k.c. i sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego.

W odpowiedzi na apelację pozwana wniosła o jej oddalenie i zwrot kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powódki nie odniosła zamierzonego skutku i jako niezasadna podlega oddaleniu na podstawie art. 385 k.p.c.

Podkreślenia wymaga, iż Sąd pierwszej instancji odniósł się do wszystkich zgłoszonych w toku postępowania przez strony dowodów i ocenił ich wiarygodność.

Poczynione w toku postępowania ustalenia faktyczne należało uznać za prawidłowe, dlatego też Sąd Apelacyjny uznaje je za własne.

Oceniając wiarygodność przeprowadzonych dowodów Sąd Okręgowy nie przekroczył granic swobodnej oceny dowodów określonych przepisem art. 233 § 1 k.p.c. Za chybione należało uznać zarzuty apelującego dotyczące prawidłowości poczynionych przez Sąd Okręgowy ustaleń faktycznych. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 10 czerwca 1999r. (sygn. akt II UKN 685/98) ramy swobodnej oceny dowodów (art. 233 § 1 k.p.c.) wyznaczone są wymaganiami prawa procesowego, doświadczenia życiowego oraz regułami logicznego myślenia, według których sąd w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy jako całość, odnosi je do pozostałego materiału dowodowego. Błąd w ustaleniach faktycznych następuje, gdy zachodzi dysharmonia pomiędzy materiałem zgromadzonym w sprawie a konkluzją, do której dochodzi sąd na skutek przeinaczenia dowodu oraz wszelkich wypadków wadliwości wynikających z naruszenia przepisu art. 233 § 1 k.p.c. Przepis ten byłby naruszony, gdy ocena materiału dowodowego koliduje z zasadami doświadczenia życiowego lub regułami logicznego wnioskowania. Tak rozumianego zarzutu sprzeczności ustaleń Sądu z treścią materiału dowodowego Sądowi pierwszej instancji w niniejszej sprawie skutecznie zarzucić nie można.

Nie do zaakceptowania jest zarzut apelacji, że skoro Sąd Okręgowy przychylił się do stanowiska strony przeciwnej stronie apelującej to jest ono błędne i poczynione bez głębszej analizy. Odwoływanie się bowiem w apelacji do argumentów emocjonalnych, a także do ogólnikowych stwierdzeń o powszechnych mechanizmach prowadzenia przetargów i wieloletnim doświadczeniu powódki, bez wykazania faktów mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, nie może mieć wpływu na ocenę prawidłowości zaskarżonego orzeczenia. Ustalenia faktyczne nie mogą być poczynione na hipotezach i domysłach strony domagającej się ochrony prawnej, ale muszą znajdować odzwierciedlenie w przedłożonym materiale dowodowym. Brak wykazania okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy powoduje negatywne konsekwencje dla strony obciążonej ciężarem ich dowodzenia.

Słusznie Sąd Okręgowy pominął tą część zeznań świadka M. A., która nie zawierała w sobie przedstawienia faktów, ale jedynie ocenę sytuacji. Zasadnie bowiem zaznaczono, że w tym zakresie świadek przekroczył swoją procesową rolę. Rola świadka sprowadza się do zreferowania spostrzeżeń dotyczących zdarzeń istotnych dla sprawy. Jego sądy o faktach tworzone w drodze wnioskowań nie mieszczą się w pojęciu komunikowania informacji o okolicznościach

faktycznych. Świadek nie ma pełnić roli biegłego i wydawać opinie o prawidłowości cudzego działania. A takie właśnie zeznania złożył ów świadek. Poza okolicznościami faktycznymi dotyczącymi przeprowadzania samego przetargu i ich zasad, wynikających zresztą z przedłożonego Regulaminu i Wymagań ofertowych, świadek skupił się na tworzeniu teorii o sposobach oceny ofert, które, w jego mniemaniu, powinny zostać przeprowadzone. Ale kwestia ta pozostaje wyłącznie jego opinią, a nie przekazaniem spostrzeżeń. Nie wpływa na to również okoliczność sporządzenia przez niego wariantów oceny ofert, gdyż dokumenty te, jak określa je apelująca, nadal pozostają jedynie wyrazem stanowiska powódki, a nie zaistniałych faktów. Przedstawiając te warianty powódka chciała pokazać, jak w jej opinii przetarg powinien zostać rozstrzygnięty, a nie jak faktycznie do rozstrzygnięcia doszło.

Brak w apelacji uzasadnionych argumentów przemawiających za odmową wiarygodności pozostałych świadków. Okoliczność, że stanowili oni skład Komisji przetargowej nie może jeszcze sama w sobie dyskredytować ich jako wiarygodnych świadków. Co więcej, właśnie z faktu, że stanowili oni członków Komisji przetargowej, należy wyciągnąć wniosek, iż posiadają wiedzę wynikającą z bezpośrednich spostrzeżeń związanych ściśle z wykonywaną pracą. Natomiast ocena, że przedstawione przez nich fakty świadczą o naruszeniu przez pozwaną zasad wynikających z art. 70¹ k.c., nie należy do sfery zarzutów o błędnych stosowaniu reguł z art. 233 § 1 k.p.c., ale o ewentualnej błędnym zastosowaniu prawa materialnego.

Odnosnie zeznań przedstawiciela powódki – prezesa zarządu P. B. należy stwierdzić, iż Sąd Okręgowy nie zakwestionował jego wiarygodności, z czego należy wnioskować, że je uwzględnił. Strona powodowa nie podała zresztą żadnych informacji, które byłyby sprzeczne z ustaleniami faktycznymi Sądu Okręgowego. Pozostała część zeznań także nie stanowi relacji ze spostrzeżeń, ale opinii o tym, w jaki sposób, zdaniem strony powodowej, przetarg powinien zostać rozstrzygnięty.

Natomiast odnosząc się do zarzutu braku zeznań M. K. należy podkreślić, iż mógł on zeznawać wyłącznie w charakterze strony pozwanej, gdyż pełni funkcję członka zarządu. W stosunku do strony nie można stosować zasad przymusu, jakie procedura przewiduje wobec świadków (art. 304 k.p.c.), co oznacza, że M. K. mógł zeznawać w sporze, ale mógł też ze składania zeznań zrezygnować.

Biorąc zatem za podstawę ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Okręgowy należało stwierdzić, iż powódka nie wykazała odpowiedzialności deliktowej pozwanej.

„Ustawowe określenie czynu niedozwolonego (art. 415 k.c.) obejmuje wszelkie czyny zasługujące na społecznie ujemną ocenę, jeżeli tylko wywołały one szkodę. Bezprawność zachowania w rozumieniu cyt. przepisu polega zaś na przekroczeniu mierników i wzorców wynikających zarówno z wyraźnych przepisów, zwyczajów, utartej praktyki, czy wreszcie zasad współżycia społecznego.” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 września 1986 r., sygn. akt IV CR 279/86). Bezprawnie zachowuje się zatem ten, który łamie obiektywne reguły postępowania, a tym samym działa sprzecznie z obowiązującym porządkiem prawnym, który należy rozumieć jako nakazy i zakazy wynikające z normy prawnej, norm moralnych czy też z zasad współżycia społecznego. Zakaz ten jednak musi mieć charakter powszechny, skuteczny erga omnes. „Niewykonanie zobowiązania samo przez się nie może być uznane za działanie bezprawne w rozumieniu art. 415 k.c. Taka jego kwalifikacja jest uzasadniona tylko wtedy, gdy jednocześnie następuje naruszenie obowiązku powszechnego, ciężącego na każdym.” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 października 1997 r., sygn. akt III CNK 202/97).

Tymczasem powódka, choć powołuje się na odpowiedzialność pozwanej opartą na art. 415 k.c., nie formułuje nawet powszechnej zasady, której złamanie pozwana miałaby się dopuścić, ale argumentuje swoje żądanie naruszeniem zasad wynikających z art. 70¹ k.c. Powszechnie przyjmuje się, iż w trakcie przetargu strony są już w toku zawierania umowy, stąd przyjmuje się odpowiedzialność w ramach culpa in contrahendo, gdyż zobowiązanie ogłaszającego przetarg zamyka się w obowiązku przestrzegania warunków przetargu. Nadal istnieje jednak możliwość, że w toku realizacji zadań przetargowych organizator dopuści się czynu naruszającego normy powszechnie obowiązujące, co

uzasadniałoby jego odpowiedzialność deliktową. Do takich zasad, poza warunkami samego przetargu, powódka jednak nie odwołuje się.

Spór stron sprowadza się do odmiennej interpretacji jednej z ocen ofertowych, a mianowicie kryterium referencji. Zdaniem powódki, sam fakt przedłożenia referencji powinien skutkować przyznaniem maksymalnej ilości punktów. Jednak takie stanowisko nie znajduje potwierdzenia w treści Wymagań ofertowych, które nie precyzowały bliższego sposobu punktacji. Jako kryterium nieostre i ocenne pozwalało organizatorowi na przyjęcie własnych zasad ich wartościowania, zwłaszcza, że powołał się on w Warunkach na przysługujące mu prawo swobodnej oceny ofert. Referencje bowiem nie tylko zawierają w sobie potwierdzenie wykonywania określonych prac, ale także również opinię wystawiającego dokument o sposobie wykonania tych prac. Ocena tych opinii należy do organizatora. W niniejszym przypadku pozwana przyjęła swoisty sposób punktacji związanej z tym kryterium, opartej na danych, których także zażądała od oferentów na podstawie Wymagań ofertowych. Wyjaśniła w sposób szczegółowy, jakimi przesłankami się kierowała. Nie sposób zatem uznać, że wykroczyła poza granice ustalonych przez siebie warunków. Ten sam sposób oceny zastosowała do wszystkich ofert. Przyjmując tak skonstruowane kryterium, dopuszczalne z mocy art. 70¹ k.c., wynik przetargu był taki, jak określają to protokoły z zebrań Komisji przetargowej. Zarzut strony powodowej o błędnych wyliczeniach nie odnosi się bowiem do błędów matematycznych, ale do niewłaściwego przyjęcia ilości punktów w ramach kryterium referencji. Zupełnie nieuzasadnione są także rozważania apelującej o konieczności przyjęcia innej punktacji w ramach tego kryterium, co miałyby być uzasadnione stosowanie takich zasad w kraju i na świecie, a czego powódka nawet nie dowodziła. Zgodzić się natomiast należy z powódką, że fakt braku zgłoszenia przez nią zastrzeżeń do Wymagań ofertowych nie przesądza o bezzasadności roszczeń powódki, jednak nie ten argument przeważał za ostatecznym negatywnym dla powódki rozstrzygnięciem sporu.

Odnosząc się do wyników licytacji, to należy mieć na względzie, iż w jej toku zmianie w stosunku do poprzedniego etapu uległa jedynie punktacja w zakresie ceny, gdzie powódka otrzymała 74 punktów, a (...) 75 punktów, co uzasadniało zaferowanie przez (...) lepszych warunków cenowych, choć nieznacznie. Wyliczając matematycznie ostatecznie zaferowane ceny przez obie strony według sposobu podanego przez świadka A. M. wynika, że punktacja ostatecznie wyniosła odpowiednio 74,25 i 74,75, a ponieważ całą punktację zaokrąglano do pełnych punktów, tak też ostatecznie przydzielono tym ofertom punkty o różnicy 1. Nadal jednak pozostała czteropunktowa różnica między ofertami związana z kryterium referencji.

Nie sposób przychylić się do zarzutów powódki, iż pozwana dopuściła się deliktu poprzez dopuszczenie do udziału w przetargu osoby prawnej, której członkiem rady nadzorczej jest członek zarządu pozwanej. Z samego faktu, że ta sama osoba zasiada w obu organach nie wynika jeszcze naruszenie powszechnie obowiązujących zasad, o ile nie zostanie wykazane, że pełnienie konkretnej funkcji faktycznie wpłynęło na decyzję Komisji przetargowej. Nie jest naruszeniem zasad uczciwej konkurencji udział w przetargu organizowanym przez pozwaną innej osoby prawnej powiązanej osobowo lub kapitałowo. Takiego zakazu nie sposób doszukać się w normach prawnych ani normach moralnych. Każda z osób prawnych jest zobligowana do przestrzegania prawa i działania na korzyść swojego przedsiębiorstwa. Ograniczeniem swobody działalności gospodarczej byłoby stanowisko przeciwne, zakazujące lub ograniczające możliwość zawierania stosunków gospodarczych pomiędzy takimi przedsiębiorcami. Samo łączenie stanowisk nie jest zakazane.

Innej ocenie mogłaby podlegać sytuacja, gdyby osoba pełniąca określone funkcje w obu przedsiębiorstwach podejmowała osobiście czynności związane z wyborem oferenta. Tymczasem nie ma wątpliwości, że członek zarządu pozwanej M. K. nie wchodził w skład Komisji przetargowej, do jego bieżących działań nie należy też nadzorowanie tej komórki, a składający zeznania świadkowie zaprzeczali, aby ten członek zarządu wpływał w jakikolwiek sposób na podejmowane przez nich czynności. Jediną czynnością, jaką M. K. był zobowiązany uczynić w związku z tym przetargiem, było podjęcie uchwały zarządu o wyrażeniu zgody na zawarcie umowy z oferentem, którego Komisja przetargowa zaproponowała. Jednak w tej czynności M. K. nie brał czynnego udziału, gdyż uprzednio swoje wyłączenie zgłosił na piśmie. Bez udowodnienia okoliczności, iż M. K. miał realny (nie hipotetyczny) wpływ na rozstrzygnięcie przetargu, nie sposób budować zarzutu o dopuszczeniu się czynu niedozwolonego przez pozwaną.

Niezrozumiały jest natomiast zarzut zawarty w uzasadnieniu apelacji o braku rozszerzenia wiedzy przez Sąd Okręgowy o przetargach za pomocą wiedzy biegłego. Jeśli powódka uważała za stosowne opisanie zwyczajów i stałych praktyk prowadzenia przetargów, powinna w tym zakresie wykazać inicjatywę dowodową, czego nie czyniła.

Za niezasadne uznane zostało również roszczenie o zwrot kosztów likwidacji oddziału. Choć powódka wartością przedmiotu zaskarżenia objęła również tę należność, to w apelacji nie podniosła żadnych zarzutów w tym względzie. Należy zatem jedynie dodać, iż zarówno utworzenie, jak i likwidacja stałego stanowiska pracy niezbędnego do wykonania zleconego na podstawie umowy zadania należy do kosztów wykonania tego zadania, chyba że z umowy stron wynika coś innego. A w tym przypadku powódka nie wykazała, że takie ustalenia między stronami były czynione.

Wobec powyższego apelacja powódki została oddalona.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c. obciążając nimi w całości stronę powodową jako stronę przegrywającą postępowanie w drugiej instancji. Na jedyny koszt tego postępowania poniesiony przez pozwaną złożyło się wynagrodzenie pełnomocnika procesowego w wysokości 5.400 zł.