

Sygn. akt V AGa 350/21

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 stycznia 2022 r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach V Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Katarzyna Żymełka
Protokolant:	Katarzyna Macoch

po rozpoznaniu w dniu 24 stycznia 2022 r. w Katowicach

na rozprawie

sprawy z powództwa Syndyka masy upadłości (...) Spółki Akcyjnej w upadłości w C.

przeciwko Powiatowi (...)

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach

z dnia 24 maja 2021 r., sygn. akt X GC 32/21,

- 1) oddala apelację;
- 2) zasądza od pozwanego na rzecz powoda 4.050 (cztery tysiące pięćdziesiąt) złotych z tytułu kosztów postępowania apelacyjnego.

	SSA Katarzyna Żymełka	
--	-----------------------	--

Sygn. akt V AGa 350/21

UZASADNIENIE

Powódka (...) Spółka Akcyjna w C. (dalej: (...)) wniosła o zasądzenie od pozwanego Powiatu (...) (dalej: Powiat) kwoty 152 476,03 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od 18 stycznia 2018 r. (tj. od dnia wniesienia pozwu), stanowiącej odszkodowanie z tytułu utraconych korzyści, jakie osiągnęłyby z wykonania umowy Budowa baz danych zasilających Zintegrowany System (...) Przestrzennej w Powiecie (...) w obrębach: C., C., D., L., B., K., P., P., S. (czyli za wyjątkiem obrębu S.), do zawarcia której nie doszło z winy Powiatu oraz wniosła o zasądzenie na jej rzecz kosztów procesu.

Pozwany, w odpowiedzi na pozew, wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów procesu.

Sąd Rejonowy Katowice-Wschód w Katowicach postanowieniem z 15 czerwca 2020 r. ogłosił upadłość (...) Spółki Akcyjnej w C..

Wyrokiem z 24 maja 2021 r. Sąd Okręgowy w Gliwicach zasądził od pozwanego na rzecz powoda 152 476,03 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od 18 stycznia 2018 r. (punkt 1) i 16 148,50 zł z tytułu kosztów procesu (punkt 2).

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny. Oferta (...) została wybrana przez Powiat, jako najkorzystniejsza w postępowaniu o udzielenie zamówienia na Budowę baz danych zasilających Zintegrowany System (...) Przestrzennej w Powiecie (...). (...) oferował wykonanie zadania za cenę 1 328 400 zł brutto. Powiat zawiadomił (...) o zawarciu umowy w dniu 2 października 2014 r. o godz. 13.00. W odpowiedzi (...) wskazał, że we wskazanym terminie nie może zawrzeć umowy z uwagi na nieobecność członków zarządu (...). (...) 8 i 9 października 2014 r. złożył w siedzibie pozwanego projekty gwarancji ubezpieczeniowej i gwarancji bankowej. Powiat przekazał (...) uwagi do gwarancji należytego wykonania umowy przesłanej wraz z pismem z dnia 6 października 2014 r. oraz dalsze uwagi dotyczące gwarancji bankowej i zawiadomił o zawarciu umowy w dniu 20 października 2014 r. o godz. 13.00. Powiat zwrócił się do (...) o potwierdzenie daty i godziny podpisania umowy, wskazując że brak odpowiedzi może zostać uznany za uchylanie się od podpisania umowy. (...) odmówił uwzględnienia uwag Powiatu co do sposobu zabezpieczenia umowy. Powiat przedstawił propozycję zapisów w złożonych gwarancjach, zawiadomił (...) o zawarciu umowy w dniu 24 października 2014 r. oraz zwrócił się do (...) o przedłużenie terminu związania ofertą. (...) nie wyraził woli przedłużenia tego terminu. Powiat wykonał uprawnienia z gwarancji bankowej i zwrócił się do (...) Banku (...) Spółki Akcyjnej o wypłatę wadium w kwocie 24 000 zł. Gwarancja bankowa została zrealizowana. W sprawie toczącej się pomiędzy (...) i Powiatem, przed Sądem Rejonowym w Rybniku, a następnie na skutek apelacji od wyroku przed Sądem Okręgowym w Gliwicach, zarejestrowanej pod sygn. akt X GC 199/16 w ustalono, że wyłączną winę za nie dojście do skutku umowy ponosi Powiat, który uniemożliwił zawarcie umowy poprzez jednostronną, niezgodną z zapisami SIWZ, próbę rozszerzenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, pomimo gotowości (...) do zawarcia tej umowy. Powiat 17 lutego 2015 r. na wykonanie Budowę baz danych zasilających Zintegrowany System Informacji Przestrzennej w Powiecie (...) zawarł umowę z innym podmiotem oferującym cenę brutto 1 488 300 zł. Kwota utraconego przez (...) zysku obliczona dla uśrednionego poziomu pracochłonności, dla wszystkich obrębów, z wyłączeniem S., wynosi 152 476,03 zł netto.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy opierając się na treści uzasadnienia wyroku Sądu Rejonowego w Rybniku z 15 lutego 2016 r., w którym ustalono że Powiat uniemożliwił zawarcie umowy proponując, w sposób jednostronny, poza SIWZ, istotne zmiany rozszerzenia gwarancji roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu umowy i gwarancji roszczeń z tytułu nieusunięcia lub nienależytego usunięcia wad lub usterek i warunkując zawarcie umowy uwzględnieniem przez (...) tych propozycji, wskazał że nie może w niezmienionych okolicznościach faktycznych odmiennie orzec o zasadzie odpowiedzialności Powiatu. Podał, że na sporną okoliczność dopuścił dowód z opinii biegłego sądowego, który ustalił wysokość netto utraconego zysku obliczoną dla uśrednionego poziomu pracochłonności. Zakładana procentowa marża (...) wynosiła średnio 15,68% i taką wartość odniósł do całego zamówienia, którego (...) nie zrealizował wyłącznie z przyczyn leżących po stronie Powiatu. Szkoda (...) wynosi 169 334,88 zł, z której to kwoty powód dochodzi 152 476,03 zł, pozostawiając poza zakresem pozwu utracone korzyści w związku z pracami przewidzianymi do realizacji na terenie S.. Sąd Okręgowy wskazał, że Powiat nie wniósł o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na inne okoliczności, nie składał także zarzutów co do wysokości wynagrodzenia zawartego w ofercie (...). (...) wykazał w stopniu granicznym z pewnością prawdopodobieństwo osiągnięcia korzyści. Złożona przez niego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Umowa nie została zawarta z winy Powiatu, co spowodowało że (...) utracił korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono. Jako podstawę rozstrzygnięcia Sąd Okręgowy wskazał art. 415 k.c., art. 471 k.c. w związku z art. 361 k.c. O odsetkach orzekł na podstawie art. 481 k.c., a o kosztach procesu zgodnie z art. 98 k.p.c.

Apelację od wyroku wniósł Powiat, który zarzucił:

1) naruszenie art. 361 § 1 i § 2 k.c. polegające na jego błędnej wykładni i błędnym zastosowaniu, co doprowadziło do uznania, że pomiędzy działaniem Powiatu, a szkodą powoda istnieje związek przyczynowo-skutkowy, a ewentualna kwota utraconego zysku obliczona dla uśrednionego poziomu pracochłonności wynosi 152 476,03 zł, podczas gdy w toku postępowania nie wykazano związku przyczynowo-skutkowego, zaś stopień prawdopodobieństwa uzyskania przez powoda określonych korzyści, gdyby nie wystąpiło zdarzenie uznane za przyczynę szkody, był znikomy;

2) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia mający istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku polegający na błędnym przyjęciu, że: a) Powiat 17 lutego 2015 r. zawarł umowę z (...) Spółką z o.o. na wykonanie przedmiotu oferty, podczas gdy zarówno Powiat, jak i powód nigdy nie zawarli umowy z (...) Spółką z o.o., co skutkowało rozstrzygnięciem istoty sporu w oparciu o nieprawidłowo ustalony stan faktyczny, b) pismo (...) Spółki z o.o. stanowi ofertę, co skutkowało ponadto naruszeniem przez Sąd pierwszej instancji art. 66 § 1 k.c. i determinowało błędne oszacowanie utraconego zysku przedstawione w opinii sporządzonej przez biegłego sądowego;

3) naruszenie art. 365 § 1 k.p.c. poprzez jego niewłaściwą wykładnię i zastosowanie polegające na przyjęciu, że zasady odpowiedzialności odszkodowawczej Powiatu rozstrzyga prawomocny wyrok Sądu Rejonowego w Rybniku z 15 lutego 2016 r. sygn. akt VI GC 150/15 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 7 października 2016 r. sygn. akt X Ga 199/16, podczas gdy wyroki te rozstrzygały wyłącznie kwestię zwrotu wadium;

4) naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego i wadliwą ocenę materiału dowodowego, polegające na:

a) uznaniu opinii głównej biegłego oraz opinii uzupełniającej biegłego sądowego za rzetelne, pełne i w sposób jasny i wyczerpujący wyjaśniające kwestie podlegające rozpoznaniu, podczas gdy sam Sąd pierwszej instancji wskazał, że pozytywną ocenę tych dowodów mógł dokonać dopiero po złożeniu ustnych wyjaśnień przez biegłego,

b) niesprecyzowaniu przez Sąd pierwszej instancji, czy biegły podczas rozprawy w dniu 24 maja 2021 r. złożył opinię ustną uzupełniającą, czy też ustne wyjaśnienia oraz używanie przez Sąd pierwszej instancji obu tych pojęć w treści uzasadnienia zamiennie, co doprowadziło do wadliwego ustalenia kwoty ewentualnie utraconej korzyści przez powoda,

c) pominięciu istotnych faktów wynikających z zeznań świadka A. S. w zakresie w jakim wskazał na rozprawie w dniu 26 listopada 2018 r., że powód nie miał woli zawarcia umowy oraz że powód nigdy w istocie nie realizował zabezpieczenia, braku chęci powoda do zawarcia umowy nawet przy przyjęciu zabezpieczenia zaproponowanego przez stronę powodową, co skutkowało bezpodstawnym ustaleniem przez Sąd pierwszej instancji, że wyłącznie Powiat jest winny braku zawarcia umowy, podczas gdy świadek ten wskazał jednoznacznie, że powód świadomie nie przystąpił do zawarcia umowy,

d) pominięciu istotnych faktów wynikających z zeznań świadka M. Z. w zakresie w jakim wskazał na rozprawie w dniu 26 listopada 2018 r., że zadanie zostało wykonane przez innego wykonawcę z opóźnieniem pomimo dwukrotnie dłuższego okresu określonego umową, co skutkowało błędnym przyjęciem, że ewentualna utrata korzyści nastąpiła zarówno co do zasady, jak i co do wysokości z wysokim stopniem prawdopodobieństwa, podczas gdy samo zawarcie umowy pomiędzy stronami nie przesądzałoby o fakcie osiągnięcia przez powoda korzyści, biorąc pod uwagę krótki termin wykonania umowy i kondycję finansową powoda,

e) pominięciu istotnych faktów wynikających z dokumentów w postaci pism z: 30.09.2014 r., 17.10.2014 r., 23.10.2014 r., 30.09.2014 r., 17.10.2014 r., 21.10.2014 r. i 23.10.2014 r., co w konsekwencji skutkowało bezpodstawnym ustaleniem przez Sąd Okręgowy, że pozwany jest winny nie zawarcia umowy, co skutkowało nieustaleniem działań Powiatu zmierzających do zawarcia umowy;

5) naruszenie art. 205¹² k.p.c. poprzez błędne przyjęcie przez Sąd pierwszej instancji, że wniosek Powiatu co do cen zawartych w ofercie pojawił się dopiero na etapie wyrokowania i stanowił zarzut spóźniony, co doprowadziło do

wadliwego ustalenia kwoty ewentualnie utraconej korzyści przez powoda, podczas gdy podniesienie tego zarzutu było możliwe po zapoznaniu się z opinią biegłego;

6) naruszenie art. 155 § 2 k.p.c. poprzez uniemożliwienie pełnomocnikowi Powiatu zadawania biegłemu pytań na rozprawie w dniu 24 maja 2021 r., co skutkowało nieprawidłowym ustaleniem stanu faktycznego, niewyjaśnieniem istotnych błędów i nieścisłości wynikających z treści opinii biegłego sądowego;

7) naruszenie przepisów postępowania mające istotny wpływ na wynik sprawy poprzez całkowitą niekonsekwencję proceduralną Sądu, co skutkowało odmiennym wskazywaniem przez Sąd Okręgowy strony powodowej (dowolnie jako (...) oraz Syndyk masy upadłości (...)), podczas gdy Sąd Okręgowy winien ewentualnie zasądzić należność na rzecz Syndyka, jednakże za stronę powodową nadal uznawać (...), bądź przyjąć w sposób jednoznaczny kto jest stroną powodową, a nie określać ją w sposób odmienny (por. wskazanie przez Sąd Okręgowy w postanowieniu z dnia 6 lipca 2021 r. „sprawy z powództwa (...) Spółki Akcyjnej w C.”, zaś w wyroku z dnia 24 maja 2021 r. „sprawy z powództwa Syndyka masy upadłości (...) Spółki Akcyjnej w C.”);

8) naruszenie art. 6 k.c. poprzez wadliwe rozłożenie ciężaru dowodu w sprawie, co skutkowało uznaniem, że istnieją przesłanki do uznania z wysokim prawdopodobieństwem, że przedmiot ewentualnej umowy zawartej pomiędzy powodem a Powiatem zostałyby wykonane przez powoda, w sytuacji gdy powód nie przedstawił żadnych dowodów na tę okoliczność, a Sąd pierwszej instancji nie poczynił żadnych ustaleń w tym zakresie.

Skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa w całości, ewentualnie o jego uchylenie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania oraz o zasądzenie na rzecz Powiatu kosztów postępowania apelacyjnego.

Powód, w odpowiedzi na apelację, wniósł o jej oddalenie i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny rozpoznając sprawę na skutek apelacji pozwanego, w granicach zaskarżenia i podniesionych zarzutów, zważył co następuje.

Apelacja nie zasługiwała na uwzględnienie, pomimo trafności części jej zarzutów oraz nieprawidłowo powołanej podstawy prawnej rozstrzygnięcia .

Istotnie nieprawidłowo ustalił Sąd pierwszej instancji, że Powiat 17 lutego 2015 r. zawarł umowę na wykonanie zadania Budowa baz danych zasilających Zintegrowany System Informacji Przestrzennej w Powiecie (...) z (...) Spółką z o.o., podczas gdy umowa ta została zawarta z innym podmiotem. W sposób nieprawidłowy oznaczył także Sąd Okręgowy powoda w postanowieniu z 6 lipca 2021 r. Okoliczności te nie miały jednakże wpływu na trafność rozstrzygnięcia. Nie miało bowiem w sprawie znaczenia z jakim podmiotem została ostatecznie zawarta umowa o wykonanie zamówienia.

Nie budzi także wątpliwości, że w procesach dotyczących masy upadłości stroną postępowania jest syndyk, a nie upadły reprezentowany przez syndyka. Stanowisko to znajduje bezpośredni wyraz w art. 144 ust. 2 Prawa upadłościowego, zgodnie z którym syndyk prowadzi postępowania dotyczące masy upadłości w imieniu własnym, chociaż na rzecz upadłego. Jest to jednoznaczne ze stwierdzeniem, że syndykowi przysługuje legitymacja do występowania w tych postępowaniach. Legitymację syndyka określa się w nauce jako tzw. legitymację formalną (syndyk jest więc stroną w znaczeniu formalnym (procesowym), tzn. działa w postępowaniu we własnym imieniu. Natomiast stroną w znaczeniu materialnym, pomimo ogłoszenia upadłości, pozostaje upadły. On bowiem jest podmiotem stosunku prawnego, na tle którego wyniknął spór. Prowadzenie sporu przez syndyka odbywa się więc na rzecz upadłego. Użyte w art. 144 ust. 1 Prawa upadłościowego wyrażenie, iż postępowania dotyczące masy mogą być wszczęte i dalej prowadzone „wyłącznie” przez syndyka lub przeciwko niemu oznacza, że upadły, będąc stroną w znaczeniu materialnym, pozbawiony jest legitymacji formalnej do występowania w tych postępowaniach. Podstawienie syndyka w miejsce upadłego ma więc bezwzględny charakter. Wskazanie, jako strony w niniejszym procesie syndyka było prawidłowe, bowiem pozycja tego podmiotu w procesie wynikała z przytoczonych wyżej przepisów prawa materialnego.

Jeżeli w trakcie postępowania sądowego podmiot znalazł się w upadłości, w jego miejsce wstępuje syndyk i ewentualne świadczenie należy zasądzić na rzecz syndyka a nie upadłego. W takiej sytuacji upadły nie ma uprawnienia do zarządzania swoim majątkiem i legitymacji do występowania w sprawie, jego uprawnienia przejmuje syndyk i to od niego lub na jego rzecz należy zasądzić należności (por. uzasadnienie postanowienia Sądu Najwyższego z 15 listopada 2018 r., III CZP 53/18).

Nie można podzielić zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. Aby zarzucić skutecznie naruszenie przepisu art. 233 § 1 k.p.c. skarżący powinien wskazać, jaki konkretnie dowód mający istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy sąd uznał za wiarygodny i mający moc dowodową albo za niewiarygodny i niemający mocy dowodowej, i w czym przy tej ocenie przejawia się naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów (por. wyrok Sądu Najwyższego z 18 stycznia 2002 r. sygn. I KKN 132/01, Lex nr 53144). Kwestionowanie dokonanej przez sąd oceny dowodów nie może polegać jedynie na zaprezentowaniu własnych, korzystnych dla skarżącego ustaleń stanu faktycznego, dokonanych na podstawie własnej, korzystnej dla skarżącego oceny materiału dowodowego (por. postanowienie Sądu Najwyższego z 10 stycznia 2002 r. sygn. II CKN 572/99, Lex nr 53136). Stwierdzić także należy, iż jeżeli z materiału dowodowego sąd wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów i musi się ostać, choćby w równym stopniu, na podstawie tego materiału dawały się wysnuć wnioski odmienne. Tylko w przypadku, gdy brak jest logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami lub gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo, wbrew zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych praktycznych związków przyczynowo-skutkowych, to przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona (por. wyrok Sądu Najwyższego z 27 września 2002 r. sygn. II CKN 817/00, Lex nr 56906). Apelacja tak wymaganych zarzutów nie przedstawia i nie wykazuje, aby ocena dowodów oraz oparte na niej wnioski były dotknięte powyższymi uchybieniami. Uzasadnienie apelacji nie zawiera wykazania nielogiczności ocen i wniosków sądu pierwszej instancji. Z powyższych względów zarzut naruszenia omawianego przepisu należy uznać za nieuzasadniony.

Należy podkreślić, że rozstrzygnięcia zawarte w wyrokach Sądu Rejonowego w Rybniku i Sądu Okręgowego w Gliwicach, w sprawie X Ga 199/16 nie uzasadniały przyjęcia spełnienia wymaganej w niniejszym procesie przesłanki uzasadniającej żądanie odszkodowawcze, a to uchylenia się przez Powiat od zawarcia umowy. Wskazane postępowanie dotyczyło bowiem zwrotu, nienależnie zatrzymanego przez Powiat, wadium. Przesłanki zatrzymania przez zamawiającego wadium, wraz z odsetkami, wykonawcy którego oferta została wybrana określa art. 46 ust. 5 Prawa zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r., w wersji obowiązującej w dniu ogłoszenia o zamówieniu (dalej: PZP). Utrata wniesionego wadium jest sankcją, jaką przepisy Prawa zamówień publicznych nakładają na wykonawcę uchylającego się od zawarcia umowy (zob. wyrok Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 8 marca 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-616/06). Wskazane wyroki przesądzały jedynie, że nie zostały spełnione, określone w art. 46 ust. 5 PZP, przesłanki do zatrzymania wadium, a zatem że to nie wykonawca uchylał się od zawarcia umowy, tzn. że to nie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy nie doszło do zawarcia umowy.

Natomiast w niniejszym procesie (...) jako uczestnik przetargu, którego oferta została wybrana przez Powiat, jako organizatora przetargu, poszukuje ochrony prawnej w treści art. 70⁴ § 2 zdanie trzecie k.c. Przepis ten stanowi, że jeżeli organizator przetargu uchyla się od zawarcia umowy uczestnik, którego oferta została wybrana może żądać zapłaty podwójnego wadium albo naprawienia szkody.

(...) w niniejszej sprawie dochodził odszkodowania w postaci utraconych korzyści, w oparciu o art. 70⁴ § 2 k.c. Z treści wyżej cytowanego przepisu wynika jasno, że ewentualne odszkodowanie należy się uczestnikowi przetargu wtedy, gdy organizator przetargu, mimo wyboru oferty uczestnika, uchyla się od zawarcia z nim umowy.

Podstawą roszczenia odszkodowawczego – zgodnie z treścią cytowanego wyżej przepisu art. 70⁴ § 2 zdanie trzecie k.c. – jest właśnie okoliczność, że do zawarcia umowy nie doszło, a więc brak jest stosunku zobowiązaniowego, natomiast przesłanką, która może uzasadnić roszczenia odszkodowawcze (...), jest przede wszystkim wykazanie, że Powiat uchylał się od zawarcia z nim umowy.

Pojęcie „uchylania się od zawarcia umowy” zostało zinterpretowane zarówno w orzecznictwie sądowym, jak i w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W szczególności należy wskazać na pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w wyroku z 9 maja 2001 r., sygn. akt II CKN 440/00, zgodnie z którym za uchylanie się od zawarcia umowy należy rozumieć bezpodstawną odmowę jej zawarcia. W uzasadnieniu wyroku z 19 marca 2021 r., II CSKP 3/21 Sąd Najwyższy wskazał, że o uchyleniu się od zawarcia umowy można mówić w razie bezpodstawnej odmowy jej zawarcia, co zachodzi w razie świadomego działania lub zaniechania zmierzającego do nie zawarcia umowy przyrzeczonej a przynajmniej godzenia się z takim skutkiem. Można więc przyjąć, że „uchylanie się” od zawarcia umowy przyrzeczonej oznacza zawinione przez stronę niewykonanie umowy.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, pod pojęciem „uchylania się” od zawarcia umowy, należy rozumieć nie tylko rozmyślne zwlekanie z zawarciem umowy, czy wprost odmowę jej zawarcia, ale także wszelkie zaniechanie przez dłużnika dokonania takich czynności prawnych lub faktycznych, które zawarcie umowy czynią niemożliwym. W niniejszej sprawie zawarcie umowy uniemożliwiło stanowisko Powiatu, który odmówił jej zawarcia, niezasadnie domagając się zmiany zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Sąd Apelacyjny, w oparciu o dowody z dokumentów dopuszczone przez Sąd pierwszej instancji uzupełnił ustalenia faktyczne. Ogłoszenie Powiatu o zamówieniu nastąpiło 16 lipca 2014 r. (k. 26). W punkcie XVI SIWZ (k. 27 i n.) zostały sformułowane wymagania zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz istotne zapisy wprowadzone do treści umowy. Zabezpieczenie mogło być wniesione najpóźniej w dniu podpisania umowy (punkt XVI ust. 5) (k. 32). Termin realizacji umowy określono do 15 marca 2015 r. (§ 8). Zgodnie z § 8 dzień wykonania zamówienia to dzień podpisania protokołu końcowego odbioru (k. 35). Zabezpieczenie należytego wykonania umowy miało zostać wniesione, najpóźniej w dniu podpisania umowy, w wysokości 10% ceny oferty brutto, z której 70% miało zostać zwrócone w terminie 30 dni od wykonania zamówienia, pozostałe 30% pozostawione na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady, zwrócone po 15 dniach od upływu okresu rękojmi (§ 12 k. 36). Powiat wybrał ofertę (...) jako najkorzystniejszą (k. 100) i poinformował o terminie zawarcia umowy 2.10.2014 r. oraz wezwał (...) do podania sposobu wniesienia należytego zabezpieczenia umowy określonego w § 12 (k. 101). W odpowiedzi (...) wniósł o przesunięcie terminu zawarcia umowy do 9.10.2014 r. oraz poinformował o złożeniu pism w towarzystwie ubezpieczeniowym i banku o przygotowanie projektu gwarancji należytego wykonania umowy (k. 213). (...) złożył projekt gwarancji ubezpieczeniowej na 99 000 zł, a na pozostałą kwotę projekt gwarancji bankowej (k. 214). Gwarancja z tytułu niewykonania bądź nienależytego wykonania umowy (projekt) obowiązywała od 30.09.2014 r. do 15.04.2015 r., a z tytułu nieusunięcia wad od 16.04.2015 r. do 30.03.2018 r. (k. 215-216). Gwarancja bankowa na zabezpieczenie należytego wykonania umowy (projekt) obowiązywała od 10.10.2014 r., wygasła 30.03.2018 r., redukcja 16.04.2015 r. (k. 103). Powiat poinformował (...) o terminie zawarcia umowy 20.10.2014 r. oraz wniósł o zmianę zabezpieczenia (k. 105-106). W odpowiedzi (...) wskazał, że oczekuje na akceptację projektu gwarancji, co umożliwi mu wystąpienie do gwarantów o wydanie dokumentów gwarancji i przystąpienie do podpisania umowy (k. 107-108). Powiat zaproponował gwarancję z tytułu niewykonania bądź nienależytego wykonania umowy do 15.03.2015 r., a z tytułu nieusunięcia wad od 16.03.2015 r. do 30.03.2018 r. (k. 109). Według (...) redukcja kwoty gwarancji po 30 dniach od podpisania protokołu odbioru – zawarta w propozycji (k. 109) – jest niezgodna z § 12 umowy i może rodzić wątpliwości co do skuteczności i ważności wniesienia zabezpieczenia, a tym samym ważności zawartej umowy. (...) wskazał, że oczekuje pilnej akceptacji projektu gwarancji (k. 110-111) i podał, że brak odpowiedzi uniemożliwia (...) wystąpienie o wystawienie gwarancji i odwleka podpisanie umowy (k. 112-113). Powiat poinformował (...) o terminie zawarcia umowy w dniu 24.10.2014 r., żądał gwarancji z tytułu niewykonania bądź nienależytego wykonania umowy do 14.04.2015 r., a z tytułu nieusunięcia wad od 16.03.2015 r. do 30.03.2018 r. oraz poinformował, że brak przedstawienia należytego zabezpieczenia wykonania umowy jest równoznaczny z odmową podpisania umowy i wezwał (...) do złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą (k. 115). W odpowiedzi (...) podał, że żądanie przedłużenia wadium winno zostać zgłoszone co najmniej 3 dni przed datą upływu terminu ważności oferty, który to termin upłynął 22.10.2014 r. (...) oświadczył, że jest gotowy do podpisania umowy (k. 117).

Zgromadzone w postępowaniu dowody wskazują, że Powiat uchylił się od zawarcia umowy z (...), który w prawidłowy sposób określił w złożonych projektach gwarancji bankowej i ubezpieczeniowej zabezpieczenie należytego wykonania umowy. O uchyleniu się Powiatu od zawarcia umowy świadczy chociażby treść pisma z 30.10.2014 r. (k. 123), w którym podaje, że brak porozumienia co do zabezpieczenia roszczeń Powiatu z tytułu rękojmi za wady uniemożliwia zawarcie umowy – w sytuacji gdy proponowane przez (...), w złożonych projektach gwarancji, zabezpieczenie było prawidłowe, zgodne z treścią SIWZ i zapisami umowy, którą oba podmioty miały zawrzeć. Wbrew stanowisku skarżącego pisma, wskazywane przez niego w zarzutach apelacji, nie prowadzą do przeciwnych wniosków. Okoliczność, że Powiat prowadził korespondencję z (...), wyznaczał terminy spotkań oraz wskazywał kolejne terminy podpisania umowy, w sytuacji gdy zawarcie umowy uzależniał od przedstawienia, wymaganego przez niego (niezgodnego z zapisami zawartymi w dokumentach dotyczących postępowania przetargowego), zabezpieczenia wykonania umowy – wskazują na zachowanie Powiatu, które nie dopuściło do zawarcia umowy, a tym samym spełniało przesłankę z art. 70⁴ § 2 zdanie trzecie k.c. uchylenia się od zawarcia umowy.

Do chwili zakończenia realizacji umowy wniesione zabezpieczenie służy w całości pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia. W tym czasie zamawiający może skorzystać z całej kwoty, natomiast po zakończeniu realizacji kwota ta ulega zmniejszeniu i zabezpiecza tylko roszczenia z tytułu rękojmi. Wobec odpadnięcia roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia nie ma potrzeby przetrzymywania całego zabezpieczenia, zgodnie z art. 151 PZP. Zatem wykonanie zobowiązania i stwierdzenie przez zamawiającego, że zostało ono wykonane w sposób należyty, obliguje zamawiającego do zwrotu zabezpieczenia wykonania umowy. Obowiązek zamawiającego powstaje, jeżeli przesłanki te zostają spełnione łącznie. Dopiero wtedy rozpoczyna się bieg 30-dniowego terminu do zwrotu zabezpieczenia, a termin ten liczony jest od momentu złożenia przez zamawiającego oświadczenia woli, że uznaje zamówienie za wykonane w sposób odpowiadający treści umowy. Złożenie tego oświadczenia usuwa stan niepewności co do prawidłowości wykonania zobowiązania oraz wywołuje skutek materialnoprawny w postaci obowiązku zwrotu zabezpieczenia.

W § 8 umowy zamawiający Powiat wskazał, że za dzień wykonania zamówienia rozumie dzień podpisania protokołu końcowego odbioru, a za termin rozpoczęcia realizacji umowy dzień jej podpisania. Tym samym w dniu podpisania protokołu końcowego rozpoczynał bieg 30-dniowy termin do zwrotu 70% zabezpieczenia. Skoro umowa miała zostać zrealizowana do 15 marca 2015 r., to termin zwrotu 70% zabezpieczenia upływał 14 kwietnia 2015 r.

Tym samym do dnia podpisania protokołu końcowego odbioru robót (15 marca 2015 r.), który to dzień – zgodnie z § 8 umowy był rozumiany jako dzień wykonania zamówienia i przez kolejne 30 dni od tego dnia (tj. do 14 kwietnia 2015 r.) Powiat miał możliwość zabezpieczenia się z całości ustanowionego zabezpieczenia, które służyło zaspokojeniu roszczeń Powiatu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy (§ 12 ust. 3). Przy czym nienależyte wykonanie umowy należy obejmuje także roszczenia z rękojmi związane z usunięciem wad przedmiotu umowy. Do 30 dni od uznania robót za wykonane należycie (podpisania protokołu ich odbioru) Powiat był obowiązany do zwrotu 70% zabezpieczenia, tj. do 14.04.2015 r., a od kolejnego dnia pozostawało 30% zabezpieczenia. Powiat nie miał racji argumentując, że winien mieć odpowiedni czas na ustalenie czy roboty zostały wykonane należycie. O tym świadczyć miał protokół końcowego odbioru robót, potwierdzający ich wykonanie oraz jakość.

Powiat domagając się gwarancji nienależytego wykonania umowy do 14.04.2015 r., a gwarancji z tytułu nieusunięcia wad od 16.03.2015 r. do 30.03.2018 r. w istocie w sposób nieuprawniony żądał w okresie od 16.03.2015 r. do 14.04.2015 r. zabezpieczenia w wysokości nie przewidzianej w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ.

Okres, na który (...) przedstawił projekty dokumentów zabezpieczenia, został określony jako czas pomiędzy datą zawarcia umowy a datą, która w świetle zapisów umowy jest ostatnim dniem jej obowiązywania + 30 dni. Nie ma przy tym znaczenia, kiedy faktycznie zabezpieczenie zostałoby zwrócone wykonawcy. W praktyce – w sytuacji powstałego opóźnienia bądź konieczności usunięcia wad przedmiotu zamówienia – zwrot zabezpieczenia może nastąpić później niż 30 dni od wskazanego w umowie terminu jej obowiązywania i kolejnych 30 dni, jednakże wręczając zamawiającemu przy podpisaniu umowy dokument zabezpieczenia na zakładany czas obowiązywania

umowy, wykonawca prawidłowo wywiązuje się z obowiązku wniesienia zabezpieczenia. Po tym czasie pozostaje 30% zabezpieczenia z tytułu rękojmi za wady. Tym samym Powiat, nawet w przypadku ujawnienia się wad przed upływem 30 dni od podpisania protokołu odbioru, miał możliwość zaspokojenia się z 30% wniesionego przez (...) zabezpieczenia.

W tym miejscu należy wskazać, że zgodnie z treścią umowy, która miała zostać zawarta, zabezpieczenie miało zostać złożone w dniu jej podpisania. Tym samym (...) przed podpisaniem umowy nie miał obowiązku składania gwarancji ubezpieczeniowej ani też gwarancji bankowej. Nie można zatem czynić zarzutu (...), że przedstawił zamawiającemu jedynie projekty tych gwarancji.

Nie sposób także uznać, że o braku woli zawarcia umowy przez (...) świadczyły uwagi czynione przez przedstawicieli (...) w trakcie spotkania z przedstawicielami Powiatu. Powołana przez skarżącego w apelacji, na okoliczność braku woli (...) zawarcia umowy z Powiatem, treść zeznań świadka A. S. złożonych na rozprawie w dniu 26 listopada 2018 r. nie miała znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Przede wszystkim należy zauważyć, że rozmowy formalnie nie mogą być uznane za dowód uchylania się od zawarcia umowy bądź braku woli jej zawarcia. W postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązuje bowiem zasada pisemności (art. 9 ust. 1 PZP). Powiat nie wykazał, że ze spotkania został sporządzony protokół. Brak pisemnego potwierdzenia ewentualnego stanowiska (...). Ponadto trudno uznać, aby ewentualne odpowiedzi na pytania osoby nie umocowanej w imieniu pozwanego do podejmowania decyzji, udzielane poza protokołem spotkania, stanowiły oświadczenie o odstąpieniu od zawarcia umowy, a nawet zakładały, że do jej zawarcia ze strony wykonawcy nie dojdzie.

Przeciwnie wnioski wypływają ze zgromadzonego materiału dowodowego, a to treści pism kierowanych do Powiatu przez (...), które stanowią potwierdzenie jego gotowości do realizacji zamówienia i zaangażowania.

W sytuacji, gdy organizator aukcji albo przetargu uchyla się od zawarcia umowy, uczestnikowi, którego oferta została wyłoniona, przysługuje wybór pomiędzy roszczeniem o zawarcie umowy (art. 70² § 3 k.c. i art. 70³ § 3 zdanie drugie k.c.) a żądaniem zapłaty podwójnego wadium albo naprawienia szkody (art. 70⁴ § 2 zdanie trzecie k.c.).

Przepis art. 70² § 3 k.c., jak i przepis art. 70⁴ § 2 zdanie trzecie k.c., daje uczestnikowi postępowania przetargowego określone możliwości. Należy przyjąć, że zarówno semantyczna wykładnia obu przepisów, jak i dyspozytywny ich charakter, wskazują na to, że uczestnik przetargu ma prawo wyboru realizacji określonych roszczeń, bądź zmierzających do zawarcia umowy, bądź zmierzających do żądania zapłaty podwójnego wadium albo naprawienia szkody (por. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 29 czerwca 2012 r., V ACa 573/12).

Należy podkreślić, że wystąpienie z roszczeniem o zawarcie umowy jest prawem wykonawcy, który nie musi z tego prawa korzystać. W przypadku nie skorzystania z tego uprawnienia przysługiwać mu będzie roszczenie odszkodowawcze.

Uprawnieniem powoda było zatem dochodzenie zawarcia umowy bądź wystąpienie z żądaniem odszkodowania.

(...), który wygrał przetarg, ale umowy nie zawarł z winy Powiatu, może domagać się odszkodowania obejmującego nie tylko rzeczywistą szkodę, ale także utracone korzyści (por. wyrok Sądu Najwyższego z 14 stycznia 2016 r., IV CSK 226/15).

Powiat nie kwestionował, że (...), przez podwykonawcę, miał wykonać część robót, za które dochodzi utraconych korzyści. Wysokość wynagrodzenia podwykonawcy wynikała ze złożonej w toku postępowania o udzielenie zamówienia oferty podwykonawcy (k. 99). Oferta podwykonawcy obejmowała wykonanie całego zakresu prac dla części I, za wyjątkiem obrębu S., w terminach i na warunkach podanych w SIWZ. Powyższe jednoznacznie wskazuje, że podwykonawca miał zrealizować zakres robót obejmujący zarówno: wykonanie bazy danych zasobu geodezyjnego i kartograficznego, wykonanie bazy danych ewidencji gruntów i budynków oraz przetworzenie do sieci wektorowej istniejącej mapy zasadniczej (k. 331-322). Nieuzasadnione zatem jest stanowisko Powiatu, że (...) poza

wynagrodzeniem podwykonawcy poniósłby jeszcze inne koszty związane z realizacją zakresu prac dla części I, w zakresie który wykonywałby podwykonawca. Również niezasadnie Powiat podnosił, że pismo podwykonawcy (k. 99) nie stanowiło oferty. Podwykonawca w przedstawionej (...) ofercie wprost odwołał się do ogłoszonego przez Powiat zamówienia (wskazując jego nazwę), podał zakres oferowanych prac, ich obszar, cenę oraz termin realizacji (wskazując na ich wykonanie w terminie podanym w SIWZ).

Powiat wybrał ofertę (...), tym samym uznając, że ten podmiot spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, jakie winien spełnić ubiegając się o realizację zamówienia, a zatem uznał, że (...) jest w stanie zrealizować całość robót określonych w SIWZ. Powiat na etapie postępowania o udzielenie zamówienia nie kwestionował możliwości zrealizowania przez (...) umowy. Nie kwestionował także realizacji znacznego zakresu tej umowy przez podwykonawcę (...), który w złożonej ofercie z 22 sierpnia 2014 r. podał, że przy wykonywaniu części zamówienia będzie korzystał z pomocy podwykonawców. Ogłoszenie, prawie sześć lat później, upadłości (...) nie stanowi dowodu na złą kondycję finansową w okresie, kiedy miała być realizowana umowa, tym bardziej, że znaczna część prac miała być wykonana przez podwykonawcę a nie (...).

Zysk (...), wyliczony przez biegłego sądowego, wynosił 152 476,03 zł. Kwota ta nie obejmowała należności za realizację prac w obszarze S.. Wyliczona została tylko w oparciu o zakres prac, który miał wykonać podwykonawca. Kwotę w takiej wysokości (...) utracił z powodu uchylenia się przez Powiat od zawarcia z nim umowy.

Niezasadnie skarżący zarzucił, że został pozbawiony możliwości zadawania pytań biegłemu. Pytania pozwanego, które zostały uchylone przez Sąd Okręgowy, nie dotyczyły okoliczności na jakie został dopuszczony dowód z opinii biegłego. Dotyczyły one ewentualnych możliwości (...) zrealizowania zadania.

Niezasadne są również zarzuty skarżącego co do oceny przez Sąd Okręgowy opinii biegłego. Dowód z opinii biegłego został oceniony przez Sąd pierwszej instancji, przez pryzmat granic rzeczowych zleconych w postanowieniu dowodowym zadania, zarówno z punktu widzenia pisemnej opinii oraz wypowiedzi (wyjaśnień) biegłego.

Powiat nie wykazał, że (...) nie osiągnąłby zakładanego zysku. Okoliczność, że wykonawca wyłoniony w kolejnym przetargu oferował dłuższy termin realizacji tych samych prac nie świadczy o tym, że (...) nie zrealizowałby ich w terminie. Także wskazywana przez Powiat okoliczność, że pomimo dłuższego terminu realizacji prac wykonawca wyłoniony w kolejnym przetargu opóźnił się z ich realizacją nie wskazuje, że (...) nie wykonałby prac w terminie podanym w umowie. W szczególności dowodu na te okoliczności nie stanowią zeznania świadka M. Z. złożone na rozprawie w dniu 26 listopada 2018 r., który jedynie podał, że wykonawca wyłoniony w kolejnym przetargu, pomimo dłuższego terminu wykonania umowy, opóźnił się z wykonaniem prac o 8 dni. Powiat nie zaferował żadnego dowodu wskazującego na nieterminowe bądź nienależyte wykonanie robót przez (...), w sytuacji gdyby umowa została zawarta. Powyższe pozwala na uznanie, że w przypadku zawarcia umowy o wykonanie zadania Budowa baz danych zasilających Zintegrowany System Informacji Przestrzennej w Powiecie (...) istniała realna możliwość uzyskania przez (...) dochodzonych korzyści majątkowych. (...) wykazał, że utracona korzyść była realna (wysoce prawdopodobna), gdyby doszło do zawarcia umowy o wykonanie zamówienia.

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny, na podstawie art. 385 k.p.c., oddalił apelację pozwanego jako bezzasadną.

O kosztach postępowania apelacyjnego, orzeczono na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w związku z art. 108 § 1 k.p.c. i 99 k.p.c. Zasądzoną od pozwanego kwotę 4 050 zł stanowiło wynagrodzenie pełnomocnika procesowego powoda – ustalone na podstawie § 2 punkt 6 oraz § 10 ust. 1 punkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych w brzmieniu obowiązującym w dacie wniesienia apelacji.

SSA Katarzyna Żymelka