

Sygn. akt I C 403/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 marca 2015 r.

Sąd Okręgowy w Olsztynie Wydział I Cywilny

Przewodniczący – SSO Juliusz Ciejek

Protokolant – p.o. sekr. sąd. Adam Żemis

po rozpoznaniu w dniu 3 marca 2015 r. w Olsztynie,

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Sp. z o.o. z siedzibą w K., Przedsiębiorstwa Usługowego (...) Sp. z o.o. z siedzibą w P., (...) Grupa (...) z o.o. z siedzibą w L.

przeciwko **Skarbowi Państwa – Dowódcy Jednostki Wojskowej nr (...) w O.**

o zapłatę

I. oddała powództwo;

II. zasądza od powodów solidarnie na rzecz pozwanego Skarbu Państwa – Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa kwotę 4.011 zł 60 gr (cztery tysiące jedenaście złotych sześćdziesiąt groszy) tytułem zwrotu kosztów procesu.

Sygn. akt I C 403/14

UZASADNIENIE

Pozwem z dnia (...) powodowie (...) Sp. z o.o. z siedzibą w K., (...) Sp. z o.o. z siedzibą w L. i Przedsiębiorstwo Usługowe (...) o.o. z siedzibą w P. wnieśli o zasądzenie w postępowaniu upominawczym od pozwanego Skarbu Państwa – Dowódcy Jednostki Wojskowej nr (...) w O. kwoty 95.000 złotych wraz z ustawowymi odsetkami od dnia wymagalności roszczenia do dnia zapłaty.

Uzasadniając swoje żądanie, wskazali, że pozwany jako zamawiający podjął decyzję o zatrzymaniu wadium wpłaconego przez powodów jak członków konsorcjum ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Ubezpieczyciel poinformował powodów, że dokonał wypłaty pozwanemu kwoty 95.000 złotych tytułem wadium złożonego w formie gwarancji ubezpieczeniowej oraz oświadczył, że dokonał potrącenia wypłaconej sumy z kwoty wpłaconej przez powodów kaucji. Pozwany powołał się na dwie okoliczności – po pierwsze, strona powodowa odmówiła podpisania umowy publicznego na warunkach określonych w ofercie, a po drugie zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Powodowie nie mogli podpisać umowy w pierwszym wyznaczonym przez pozwanego na dzień (...) terminie, bowiem jedyny upoważniony do podpisania umowy przedstawiciel wykonawcy przebywał na zwolnieniu lekarskim. Ze względu na wyznaczenie kolejnych terminów powodowie wnosili odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, co powodowało, że do czasu ogłoszenia wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze umowa w sprawie zamówienia publicznego nie mogła być zawarta. Powodowie wyrażali gotowość zawarcia umowy, a odmowa podpisania umowy jest tożsama ze stanowiskiem podjętym świadomie przez wykonawcę i przekazany wiadomości zamawiającego. Niezawarcie umowy nastąpiło nie z winy powodów, gdyż trudno przyjąć odpowiedzialność za chorobę pracownika będącego jednocześnie pełnomocnikiem, upoważnionym do zawarcia umowy z pozwanym. Jedyne co powodowie w

tej sytuacji mogli uczynić, to kwestionować wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na umocowanie innego pracownika, dążąc do ustalenia rozsądnego terminu pozwalającego na zawarcie umowy (k. 3-16).

Pismem z dnia (...) powodowie oświadczyli, że zapłata ma nastąpić na rzecz (...) Sp. z o.o. z siedzibą w L. (k. 189).

Kolejnym pismem z dnia (...) powodowie wnieśli o zapłatę dochodzonej pozwem kwoty w całości na rzecz (...) Sp. z o.o. z siedzibą w L.. Podali, że taki sposób zapłaty został ustalony między powodowymi spółkami, zatem zasądzenie kwoty 95.000 złotych na rzecz jednej ze spółek spowoduje wygaśnięcie roszczeń względem pozostałych (k. 194).

Pozwany Skarb Państwa – Jednostka Wojskowa nr (...) w O., reprezentowany przez Prokuratorię Generalną Skarbu Państwa, wniósł o odrzucenie pozwu na podstawie art. 199 § 1 pkt 3 k.p.c., a w przypadku nieodrzczenia pozwu, o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie na jego rzecz od pozwanych solidarnie kosztów procesu według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odpowiedzi na pozew podkreślił, że od momentu wyboru oferty powodów dążył do możliwie najszybszego sfinalizowania umowy. Pozwany dobrowolnie wyraził zgodę na zmianę pierwotnie wyznaczonego terminu podpisania umowy z (...)a następnie mając na uwadze odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczył termin podpisania umowy na dzień (...).W ocenie pozwanego, wskazane daty były odpowiednie i wystarczające do osiągnięcia przez powodów gotowości do podpisania umowy. Powodowie czterokrotnie wnosili odwołania, z czego dwukrotnie odwołania były oparte na tym samym uzasadnieniu prawnym, co powodowało zasadnicze wydłużenie przygotowań do podpisania umowy. Żadne z odwołań nie zostało merytorycznie rozpatrzone. Ilość odwołań i brak merytorycznego rozpatrzenia któregośkolwiek z nich wskazują na to, że intencją powodów było uchylanie się od zawarcia umowy. Zawarte w odwołaniach z dnia 13 i (...)oświadczenia o podtrzymaniu zamiaru zawarcia umowy, wobec rozbieżności między treścią t.oświadczeń a zachowaniem powodów podlegającym na wnoszeniu odwołań nie mają większego znaczenia. Nadto pozwany wskazał, że w momencie składania oferty powodowie nie zatrudniali własnych pracowników, przez co nie mieli możliwości ewentualnej realizacji umowy (k. 203-214).

Postanowieniem z dnia (...)Sąd Okręgowy w (...) odmówił odrzucenia pozwu (k. 285). Orzeczenie to nie zostało zaskarżone.

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

W dniu (...)pozwany wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, obejmującego świadczenie usług ochrony osób i mienia przez (...)i usług monitorowania sygnałów przez oddalone centra monitorowania w miejscowościach O., O., M., L.i L.. Zgodnie z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia pozwany podzielił przedmiot zamówienia na części i dopuścił możliwość składania ofert częściowych. W postępowaniu mogli wziąć udział wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności wynikających m.in. z rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 21 października 2011r. w sprawie zasad uzbrojenia specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych i warunków przechowywania oraz ewidencjonowania broni i amunicji, oraz dysponują odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia.

Termin składania ofert wyznaczono na dzień (...)a termin związania ofertą określono na 60 dni, przy czym bieg terminu rozpoczynał się wraz z terminem składania ofert. Termin wykonania zamówienia publicznego przewidziano na okres od dnia (...)do dnia (...)

(dowód: specyfikacja istotnych warunków zamówienia, k. 43-64)

Powodowie (...) Sp. o.o. z siedzibą w K., (...) Sp. z o.o. z siedzibą w L. i Przedsiębiorstwo Usługowe (...) z siedzibą w P. jako członkowie konsorcjum złożyli wspólną ofertę na udzielenie zamówienia publicznego w zakresie części nr 1 i 2. Liderem konsorcjum upoważnionym do reprezentowania wszystkich jego członków wobec zamawiającego

została ustanowiona spółka (...). Według zapisów umowy konsorcjalnej podpisanie umowy w sprawie zamówienia publicznego w imieniu konsorcjantów miało nastąpić przez lidera konsorcjum lub pełnomocnika ustanowionego przez wszystkich konsorcjantów legitymującego się stosownym pełnomocnictwem.

(dowód: umowa konsorcjalna nr (...), k. 85-86)

Powodowie wnieśli wadium w wysokości 48.000 złotych dla części nr 1 zamówienia i wysokości 95.000 złotych dla części nr 2 zamówienia. Wadium zostało wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej nr (...), udzielonej przez (...) S.A.V.(...)z siedzibą w W.w dniu (...)na okres od dnia (...)do (...)Zgodnie z gwarancją zapłaty przez okres ważności gwarancji rozumie się okres czasu, w którym zaistniał którykolwiek z przypadków, o których mowa w ust. 1, skutkujących zatrzymaniem wadium.

(dowód: ubezpieczeniowa gwarancja zapłaty wadium, k. 41)

Pozwany wybrał ofertę powodów na część nr 2 zamówienia jako najkorzystniejszą, która spełniała wymogi dotyczące przedmiotu zamówienia za najniższą cenę. W dniu (...)powiadomił wszystkich ubiegających się wykonawców o wyborze oferty powodów jako członków konsorcjum, zastrzegając, że podpisanie umowy nie może nastąpić przed dniem (...)

(dowód: zawiadomienie o wyborze oferty, k. 79-80)

W (...)na terenie jednostki wojskowej w L.odbywały się spotkania, w których brali udział przedstawiciele spółki (...)i osoby zatrudnione w spółce (...)świadczącej usługi ochrony do końca 2013r. Przedmiotem spotkań było omówienie warunków przejęcia pracowników ochrony. Osoby zatrudnione w spółce (...)żądały zatrudnienia na podstawie umów o pracę oraz ustalenia wysokości stawki za godzinę pracy. Zaproponowana przez przedstawicieli spółki (...)stawka za godzinę pracy była niższa od dotychczas otrzymywanej, wobec czego uczestnicy spotkań opuszczali je bez nawiązywania współpracy z powodową spółką.

(dowód: zeznania świadka L. G., k. 375v.-376, zeznania W. J., k. 376-376v., zeznania świadka D. Z., k. 376v., płyta CD, k. 379)

Pismem z dnia (...)pozwany zwrócił się do powodów o dostarczenie w terminie do dnia (...) dokumentów umożliwiających przygotowanie umowy, w tym pełnomocnictwa do odpisania umowy, wskazującego w swej treści jednoznacznie na uprawnienie do zawarcia umowy.

(dowód: pismo z dnia 27 listopada 2013r., k. 83)

W odpowiedzi na powyższe pismem z dnia (...) (...) Sp. z o.o.z siedzibą w K.jako lider konsorcjum przesłał umowę konsorcjalną, pełnomocnictwo do zawarcia umowy oraz polisę ubezpieczeniową wraz z opłaconymi składkami. Jednocześnie poinformował, że oryginał gwarancji ubezpieczeniowej wystawionej tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy zostanie dostarczony w dniu (...) osobną przesyłką wysłaną bezpośrednio od ubezpieczyciela (...) S.A.

(dowód: pismo z dnia (...), k. 84)

W dniu (...) o godz. 8:34 pozwany wystosował do powodów zaproszenie do zawarcia umowy, które miało nastąpić w dniu (...)w godz. 10:30 – 11:00. Jednocześnie zwrócił się o nadesłanie dokumentu ubezpieczeniowej gwarancji należytego wykonania umowy zawierającego zapisy zgodnie z ust. XV SIWZ. W tym samym dniu doręczono aneks gwarancji z datą wystawienia (...)

(dowód: pismo z dnia (...), k. 99)

W odpowiedzi na powyższe pismem z dnia (...) (...) Sp. z o.o.z siedzibą w K.jako lider konsorcjum wskazał, że K. C.– jedyny upoważniony do podpisania umowy przedstawiciel wykonawcy – przebywa na zwolnieniu lekarskim,

wobec czego wyżej wymieniony nie jest w stanie stawić się w siedzibie zamawiającego w zakreślonym czasie i miejscu, a powyższym fakcie zamawiający został telefonicznie powiadomiony w dniu (...). Jednocześnie poinformował pozwanego, że zarząd spółki będącej liderem konsorcjum podejmie decyzję o wyznaczeniu innego przedstawiciela wykonawcy, który zostanie umocowany do podpisania umowy, a propozycja nowego terminu podpisania umowy zostanie przedstawiona w odrębnym piśmie. Do pisma z dnia (...) zostało załączone zwolnienie lekarskie wystawione na okres (...) przy czym we wskazaniach lekarskich podano, że K. C. może chodzić.

(dowód: pismo z dnia (...), k. 100, zwolnienie lekarskie, k. 101)

Pismem z dnia (...) wysłanym o godz. 14:34 pozwany zmienił termin zawarcia umowy z (...) w godz. 10:30 – 11:00. Wskazał, że w przypadku niemożności podpisania umowy przez pełnomocnika w osobie K. C. i wyznaczenia do tej czynności innej osoby, podpisujący umowę powinien posiadać stosowne pełnomocnictwo.

(dowód: pismo z dnia (...), k. 102)

W dniu (...) powodowie jako członkowie konsorcjum wnieśli do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności pozwanego jako zamawiającego w postaci wezwania do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w terminie uniemożliwiającym stawiennictwo celem zawarcia skutecznej umowy, zarzucając tej czynności naruszenie art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz zasad uczciwej konkurencji. Sprawa została zarejestrowana pod sygnaturą (...)

W uzasadnieniu odwołania podali, że zarząd reprezentujący dwie spółki z trzech uczestniczących w konsorcjum ubiegającym się o wspólne udzielenie zamówienia publicznego to te same osoby przebywające w delegacji poza krajem. Jednoczesne chorobowe jedyne go pełnomocnika konsorcjum do zawarcia umowy oraz nieobecność reprezentantów dwóch spółek, by udzielić pełnomocnictwa innej osobie spowodowało konieczność wystosowania do zamawiającego prośby o umożliwienie zawarcia umowy w terminie późniejszym. Wyznaczenie dwóch dni roboczych na uzyskanie pełnomocnictwa od wszystkich konsorcjantów nie jest możliwym do zrealizowania przez odwołującego. Zasadnym byłoby wyznaczenie co najmniej 5-dniowego terminu, biorąc pod uwagę fakt, że zamawiający wyznacza miejsce podpisania umowy w swojej siedzibie w O.. Powodowie podkreślili, że wykazywali do tej pory wszelką staranność w zakresie przygotowania i dostarczenia zamawiającemu w wyznaczonym terminie dokumentów niezbędnych do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Termin realizacji zamówienia ma się rozpocząć z dniem (...) tym samym wypełniając wszelkie niezbędne czynności poprzedzające fakt zawarcia umowy w pełni jest możliwe przesunięcie daty podpisania umowy o parę dni później. K. C., któremu konsorcjum udzieliło pełnomocnictwa do zawarcia umowy, w dalszym ciągu przebywa na zwolnieniu lekarskim i w związku z tym konieczne jest uzyskanie pełnomocnictwa dla innej osoby, co będzie możliwe dopiero po powrocie osób reprezentujących poszczególne spółki wchodzące w skład konsorcjum.

(dowód: odwołanie, k. 104-107, pełnomocnictwo, k. 108)

(dowód: pismo z dnia (...), k. 129)

Wnioskiem z dnia 12 grudnia 2013r. pozwany zwrócił się do Krajowej Izby Odwoławczej o uchylenie zakazu zawarcia umowy obowiązującego do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Pismem z dnia (...) pozwany powiadomił powodów, że w związku z nieotrzymaniem do dnia (...) orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej o uchyleniu zakazu zawarcia umowy, mając na uwadze treść art. 183 Prawa zamówień publicznych, zmienia termin podpisania umowy z 16 na 18 grudnia 2013r. w godz. 13:30 – 14:00.

(dowód: pismo z dnia (...), k. 157)

(dowód: odwołanie, 131-134, wezwanie, k. 155)

W dniu (...)pozwany zwrócił się do Komendanta Wojewódzkiej Policji w O.o udzielenie informacji, czy spółki jako członkowie konsorcjum lub indywidualnie po dniu (...)wystąpili o dokonanie czynności mających na celu potwierdzenie spełniania wymagań dotyczących przechowywania broni w zakresie wynikającym z rozporządzenia oraz jakiego czasu wymaga realizacja tych czynności od momentu przesłania stosownego zgłoszenia.

(dowód: pismo z dnia (...), k. 225)

W odpowiedzi na powyższe Komendant Wojewódzki Policji w O.poinformował pozwanego, że do dnia (...)żadna ze spółek nie wystąpiły do tutejszego Wydziału Postępowań Administracyjnych o sprawdzenie spełniania wymagań technicznych magazynu i sposobu zabezpieczenia broni i amunicji w miejscowości L., a rozporządzenie z dnia 21 października 2011r. w sprawie zasad uzbrojenia specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych i warunków przechowywania oraz ewidencjonowania broni i amunicji nie określiło terminu, w jakim ma nastąpić protokolarne sprawdzenie spełniania wymagań magazynu bądź pomieszczenia pozamagazynowego.

(dowód: pismo z dnia (...), k. 226)

Postanowieniem z dnia (...)Krajowa Izba Odwoławcza uchyliła zakaz zawarcia umowy. Pismem z dnia tego samego dnia powiadomiono pozwanego o wydaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą orzeczenia o uchyleniu zakazu zawarcia umowy.

(dowód: postanowienie z dnia (...), k. 220-223, pismo z dnia (...), k. 159, 219)

Wobec uchylenia zakazu zawarcia umowy na podstawie postanowienia z dnia (...)pozwany pismem z dnia (...)poinformował powodów, że termin podpisania umowy wyznaczony na dzień 18 grudnia 2013r. jest nadal aktualny.

(dowód: pismo z dnia (...), k. 158)

(dowód: odwołanie, k. 161-164)

W dniu (...)powodowie złożyli do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym z powołaniem się na naruszenie art. 7 ust. 1, art. 85 ust. 1 i art. 85. ust. 4 Prawa zamówień publicznych, zaskarżyli czynność pozwanego jako zamawiającego polegającą na wezwaniu do przedłużenia ważności wadium bez jednoczesnego wezwania do przedłużenia terminu związania ofertą. W uzasadnieniu odwołania podali, że w dniu (...)otrzymali wezwanie do przedłużenia ważności wadium. Podobnie jak przy poprzednich odwołaniach powodowie podkreślili, że zgodnie z art. 183 ust. 1 Prawa zamówień publicznych zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Sprawa ta została zarejestrowana pod sygnaturą (...)

(dowód: odwołanie, k. 231-233)

W dniu (...)pozwany złożył do Krajowej Izby Odwoławczej wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy obowiązującego do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze ((...)). Wskazywał, że powodowie wykorzystują przepisy Prawa zamówień publicznych do uchylenia się od zawarcia umowy, a podejmowane przez nich działania mają na celu uniknięcie zatrzymania wadium.

(dowód: wiosek z dnia 19 grudnia 2013r., k. 235-236, 238-239)

(dowód: postanowienie z dnia 19 grudnia 2013r., k. 244-248)

(dowód: postanowienie z dnia 20 grudnia 2013r., k. 252-256)

W dniu (...)pozwany zwrócił się do Komendanta Wojewódzkiego Policji w O.o udzielenie informacji, czy poszczególne spółki indywidualnie lub powodowie jako członkowie konsorcjum wystąpili o dokonanie czynności mających na

celu potwierdzenie spełniania wymagań dotyczących przechowywania broni, prosząc o pilną odpowiedź z uwagi na uwarunkowania czasowe związane z zawarciem umowy i rozpoczęciem wykonywania usług ochrony.

(dowód: pismo z dnia (...), k. 261)

W odpowiedzi na powyższe faksem nadanym w dniu (...)o godz. 12:15 Komendant Wojewódzki Policji w O.poinformował pozwanego, że żadna ze spółek ani w ramach konsorcjum ani indywidualnie nie wystąpiły do Wydziału Postępowań Administracyjnych o sprawdzenie spełniania wymagań technicznych magazynu i sposobu zabezpieczenia broni i amunicji w miejscowości L..

(dowód: pismo z dnia (...), k. 262)

Pismem z dnia (...)pozwany wezwał (...) Sp. z o.o.z siedzibą w W.podpisania w dniu (...)o godz. 13:00 umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W wyznaczonym terminie między pozwanym a wymienioną spółką doszło do zawarcia umowy w zakresie świadczenia usług ochrony osób i mienia dla części nr 2 zamówienia.

(dowód: pismo z dnia (...), k. 258, umowa, k. 259)

Postanowieniami z dnia 3 i 13 stycznia 2014r. Krajowa Izba Odwoławcza – z uwagi na złożenie przez powodów oświadczeń o cofnięciu odwołań zawartych w pismach z dnia 2 i 12 stycznia 2014r. – umorzyła postępowanie odwoławcze zarejestrowane pod sygnaturą KIO 2908/13 i KIO 2918/13.

(dowód: postanowienie z dnia 3 stycznia 2014r., k. 267-271, postanowienie z dnia 13 stycznia 2014r., k. 275-279)

W dniu (...) pozwany zwrócił się do (...) S.A.o wypłatę kwoty 95.000 złotych w związku z zatrzymaniem wadium z powodu odmowy podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie oraz niemożliwości zawarcia umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

(dowód: pismo z dnia (...), k. 38)

Pismem wniesionym w dniu (...) (...) S.A.V.(...)z siedzibą w W.poinformowało (...) Sp. z o.o.z siedzibą w L., że z tytułu ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium otrzymało od beneficjenta gwarancji – Jednostki Wojskowej nr (...)w O.żądanie zapłaty kwoty 95.000 złotych, która to kwota po przeprowadzeniu postępowania likwidacyjnego została wypłacona. Wskutek wypłaty wadium ubezpieczyciel uzyskał roszczenie regresowe o zwrot wypłaconej kwoty z tytułu gwarancji ubezpieczeniowej. Nadto złożył oświadczył, że dokonuje potrącenia swojej wierzytelności z tytułu roszczeń regresowych w wysokości 95.000 złotych z kwoty wpłaconej kaucji w wysokości 95.000 złotych na dzień potrącenia, w wyniku czego obie wierzytelności uległy całkowitemu umorzeniu.

(dowód: pismo z dnia 24 kwietnia 2014r., k. 42)

Sąd zważył, co następuje:

W świetle ustalonych okoliczności faktycznych sprawy powództwo o zapłatę nie zasługiwało na uwzględnienie.

Poza sporem w sprawie pozostawał fakt, że powodowe spółki wspólnie ubiegały się o udzielenie zamówienia publicznego i złożyły ofertę na realizację zadania nr 2, której zabezpieczeniem było wadium wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej udzielonej przez(...) Towarzystwo (...) z siedzibą w W.. Bezspornym było również to, że pozwany Skarb Państwa uruchomił tryb przewidziany w ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium, a ubezpieczyciel dokonał na jego rzecz wypłaty kwoty 95.000 złotych tytułem należnego wadium.

Istota sporu w sprawie sprowadzała się do ustalenia kwestii, czy pozwany Skarb Państwa miał prawo zatrzymać wadium, powołując się na treść art. 46 ust. 5 pkt 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych.

Strony postępowania głównie spierały się co do kwestii związanej z odmową przez stronę powodową podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie.

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.

Zgodnie zaś z art. 46 ust. 5 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.

Stosownie do art. 46 Prawa zamówień publicznych zamawiający został uprawniony do zatrzymania wadium w przypadku spełnienia którejkolwiek z przesłanek w nim przewidzianych. W przypadku odmowy podpisania wadium odgrywa szczególną rolę w przypadku niedojścia umowy do skutku. Jedyną 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 2006r., sygn. akt UZP/ZO/o-616/o6, LEX nr 1110718).

W sytuacji, w której uczestnik, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy, organizator przetargu, a więc zamawiający, może zachować pobraną tytułem wadium sumę albo dochodzić jej zaspokojenia z przedmiotu zabezpieczenia. Wadium znacznie ułatwia uzyskanie odszkodowania, gdyż nie wymaga udowodnienia ani winy, ani wysokości poniesionej szkody. Zaspokojenie interesu zamawiającego przez zatrzymanie wadium następuje na skutek złożenia pisemnego oświadczenia skierowanego do wykonawcy o zatrzymaniu wadium lub skierowania pisemnego żądania zapłaty do gwaranta.

Istotne jest zdefiniowanie pojęcia uchylania się, gdyż nie jest to pojęcie tożsame z każdą odmową zawarcia umowy. Za odmowę należy uznać każde oświadczenie, które wyraża brak zgody. Odmowa będzie więc występować w sytuacji, w której wybrany wykonawca odmówi podpisania umowy, podnosząc występowanie przesłanek prowadzących do jej unieważnienia. Natomiast za uchylanie się uznać należy kwalifikowaną postacią odmowy, a jej podstawowym elementem jest bezpodstawność takiego oświadczenia woli.

Uchylanie się jest świadomym działaniem lub zaniechaniem, zmierzającym do bezpodstawnego niezawarcia umowy (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 września 2001r., sygn. akt IV CKN 461/00, LEX nr 52767). Nie będzie więc uchylaniem się każda odmowa zawarcia umowy. Każdorazowo przy dokonaniu kwalifikacji odmowy należy wziąć pod uwagę stan faktyczny. Odmowa z prawnie dopuszczalnych powodów, takich jak niedopełnienie obowiązków przez drugą stronę nie będzie przesłanką do zobowiązania drugiej strony do zawarcia takiej umowy, bądź poniesienia odpowiedzialności odszkodowawczej.

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

Dokonując oceny zachowania strony powodowej w kontekście określonej w art. 46 ust. 5 pkt 1 Prawa zamówień publicznych przesłanki zatrzymania wadium, należy stanowczo podkreślić, że zgodnie z § 1 ust. 2 zd. 2 umowy konsorcjalnej podpisanie umowy miało nastąpić przez lidera konsorcjum, na którego została wybrana spółka (...), lub pełnomocnika ustanowionego przez wszystkich konsorcjantów, legitymującego się stosownym pełnomocnictwem. Brzmienie tego zapisu umownego nie budzi jakichkolwiek wątpliwości i wskazuje na dwa podmioty uprawnione do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego – lidera konsorcjum lub pełnomocnika umocowanego do działania przez wszystkie trzy spółki będące konsorcjantami. Co więcej, stosownie do § 3 umowy wszelkie czynności związane z reprezentacją konsorcjum wykonywać miał zarząd (...) security (...) lub pełnomocnik ustanowiony przez wszystkich konsorcjantów legitymujący się stosownym pełnomocnictwem. Oba przywołane paragrafy umowy wzajemnie się uzupełniają, przy czym § 3 umowy jest bardziej ogólny i odnosi się do wszelkich czynności podejmowanych w ramach reprezentacji podmiotów wchodzących w skład konsorcjum, a § 1 ust. 2 umowy dotyczy jednej czynności składającej się na szeroko pojętą reprezentację, tj. podpisania umowy z zamawiającym.

W świetle zapisów umownych fakt przebywania na zwolnieniu lekarskim pełnomocnika upoważnionego do podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego nie miał przesądzającego znaczenia, skoro umowę tę w imieniu powodowych trzech spółek mógł zawrzeć również lider konsorcjum. Co więcej, załączone do pisma z dnia (...)zwolnienie lekarskie zostało wystawione jedynie na dwa dni, tj. (...)a zgodnie ze wskazaniami lekarskimi K. C. nie był osobą wymagającą leżenia i mógł chodzić. Ponadto jak wynika z treści zwolnienia lekarskiego, w dacie jego wystawienia K. C. miał miejsce zamieszkania w W., a więc miejscowości położonej od O., będącego siedzibą zamawiającego, w odległości ok. 220 km, którą można pokonać przy użyciu samochodu w czasie ok. 3 godzin. Oznacza to, że mimo przebywania na zwolnieniu lekarskim nie było żadnych obiektywnie uzasadnionych przeszkód, aby wymieniony stawiał się w siedzibie pozwanego w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zwłaszcza że zawiadomienie o wyznaczeniu terminu podpisania umowy zostało wysłane drogą faksową w dniu (...)o godz. 8:34, a spotkanie wyznaczono w dniu następnym na godz. 10:30 – 11:00.

Od czasu wystosowania przez pozwanego pisma w dniu (...)strona powodowa miała de facto co najmniej trzy pełne dni, aby uzyskać stosowny dokument upoważniający inną osobę do podpisania umowy w imieniu spółek. Dowody zgromadzone w sprawie nie pozwalają przyjąć, aby tego rodzaju działania w ogóle zostały podjęte. Wprawdzie w uzasadnieniu odwołania z dnia (...)złożonego do Krajowej Izby Odwoławczej podniesiono, że K. C. w dalszym ciągu przebywa na zwolnieniu lekarskim, a zarząd reprezentujący dwie spółki z trzech uczestniczących w konsorcjum to te same osoby przebywające w delegacji poza granicami kraju, to żadna z tych okoliczności nie została wykazana. W toku procesu nie złożono zwolnienia lekarskiego wystawionego na rzecz K. C. i obejmującego dalszy, następujący po dniu (...), okres. Takie zwolnienie nie zostało również załączone na etapie składania odwołania od czynności wyznaczenia terminu zawarcia umowy na dzień (...). Nie przedłożono również dokumentu, który potwierdzałby fakt odbywania podróży służbowej przez osoby będące uprawnione do działania w imieniu powodowych spółek. W tej sytuacji trudno uznać za wiarygodne stanowisko powodów, że także w okresie po (...)nie było możliwości podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego przez osobę do tego upoważnioną. Wiarygodność strony powodowej dodatkowo podważa to, że w odwołaniu z dnia (...)powoływano się na fakt odbywania przez członków zarządu spółek delegacji, a w piśmie procesowym stanowiącym załącznik do protokołu rozprawy z dnia (...) wskazywano, że zarząd spółki będącej liderem konsorcjum przebywał na urlopie. Zastanawiające jest przy tym, że zarząd spółki (...)zdecydował się na urlop w sytuacji, gdy z zawiadomienia o wyborze oferty jako najkorzystniejszej wynikało, iż umowa w sprawie zamówienia publicznego zostanie zawarta nie wcześniej niż (...). Oznacza to, że już od tej daty strona powodowa powinna była się liczyć z tym, iż może zostać wezwana do podpisania umowy o zamówienie publiczne. Takie postępowanie spółki jako lidera konsorcjum jest mało profesjonalne, co zważywszy na zawodowy charakter prowadzonej działalności gospodarczej budzi poważne zastrzeżenia Sądu.

Uzasadnienie odwołania z dnia (...) było przy tym bardzo ogólne, bez wskazywania na konkretne fakty (np. którzy członkowie wyjechali w delegację, gdzie i na jak długi okres czasu, kiedy planują wrócić do kraju), a argumenty o wyznaczeniu niemożliwego do zachowania terminu zawarcia umowy były przytaczane w całkowitym oderwaniu do uregulowań umownych. Powodowie zdają się nie dostrzegać, o czym była mowa wyżej, że zgodnie z umową

konsorcjum nie tylko pełnomocnik ustanowiony przez wszystkich konsorcjantów był upoważniony do podpisania umowy. Takie uprawnienie posiadała także spółka, która pełniła funkcję lidera konsorcjum, a więc spółka (...). Wyznaczenie pełnomocnika do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w żaden sposób nie pozbawiało lidera konsorcjum prawa do reprezentacji trzech spółek wchodzących w skład konsorcjum.

Ponadto z przedłożonych do akt sprawy odpisów z KRS-u odzwierciedlających skład zarządu powodowych spółek i sposób reprezentacji na dzień (...) wynikają trzy bardzo istotne okoliczności, które – zdaniem Sądu – podważają wiarygodność stanowiska procesowego powodów oraz ich lojalność wobec pozwanego na etapie poprzedzającym zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Po pierwsze, każdy z członków zarządu spółek będących konsorcjantami był uprawniony do jednoosobowej reprezentacji, a zatem każdy członek zarządu mógł samodzielnie udzielić nowego pełnomocnictwa (przy czym skład dwóch spółek był 2-osobowy, a trzeciej – 3-osobowy). Po drugie, w skład zarządu spółki będącej liderem konsorcjum wchodziły trzy osoby. Nawet podczas nieobecności jednego czy też dwóch członków zarządu spółkę (...) mógł reprezentować samodzielnie pozostały członek. Oznacza to, że ten właśnie członek zarządu mógł nie tylko udzielić innej osobie pełnomocnictwa upoważniającego do zawarcia umowy, lecz także reprezentować wszystkich konsorcjantów przy zawieraniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Po trzecie, tylko jedna osoba – S. W. pełniła funkcję członka zarządu spółek (...). Nawet gdyby przyjąć za prawdziwe twierdzenia strony powodowej, zawarte w odwołaniu z dnia (...), że te same osoby wchodzące w skład zarządu reprezentującego dwie z trzech spółek odbywały podróż służbową, to w dalszym ciągu na miejscu w kraju powinni być obecni dwaj członkowie zarządu spółki (...) (K. S. i M. H.) oraz jeden członek zarządu (...) Grupa (...) (A. W.), a każdy z nich miał prawo działać samodzielnie.

Co więcej, powodowie w odwołaniu z dnia (...) podnosili, że wystarczającym byłoby wyznaczenie co najmniej 5-dniowego terminu do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W ocenie Sądu, tak określony przez samą stronę powodową termin został zachowany. W szczególności jeśli weźmie się pod uwagę fakt, że zawiadomienie o wyznaczeniu terminu zawarcia umowy zostało wystosowane do lidera konsorcjum w dniu (...), a pozwany, uwzględniając 2-dniowe zwolnienie lekarskie wystawione dla pełnomocnika mającego podpisać umowę, zmienił termin zawarcia umowy z (...) Nic nie wskazuje na to, że w tym okresie powodowe spółki podejmowały jakikolwiek starania, aby jak najszybciej załatwić kwestię związaną z należytą reprezentacją przy zawarciu umowy o zamówienie publiczne.

W piśmie z dnia (...), będącym odpowiedzią na wezwanie do zawarcia umowy, lider konsorcjum nawet nie zaproponował terminu, który, przy uwzględnieniu istniejących problemów związanych z reprezentacją, byłby najbardziej dogodny i umożliwiłby uzyskanie potrzebnego pełnomocnictwa. Wręcz przeciwnie, jak wynika z treści tego pisma, propozycja nowego terminu podpisania umowy miała być dopiero przedstawiona w odrębnym piśmie, przy czym bliżej nie podano terminu, w ciągu którego takiego pisma można było oczekiwać. Gdyby strona powodowa wprost określiła termin, w ciągu którego należała reprezentacja zostanie zapewniona, to wówczas być może termin ten – w kontekście rozpoczęcia usług objętych zamówieniem publicznym (od dnia (...)) – podlegałby negocjacom z pozwanym.

Istotne jest, że sposób udzielenia odpowiedzi jak zawarty w piśmie z dnia (...) wskazuje na to, iż to strona powodowa czuła się dysponentem uprawnienia do wyznaczenia terminu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, do czego brak jest jakichkolwiek podstaw. W praktyce związanej z zamówieniami publicznymi przyjmuje się, że to zamawiający wyznacza termin zawarcia umowy. Oczywiście jest pożądanym, aby w miarę możliwości termin ten był ustalany w porozumieniu z wykonawcą, choć dotyczy to najczęściej sytuacji, w której zamawiający wyznacza konkretny termin do stawienia się w jego siedzibie (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 4 marca 2014r., sygn. akt KIO 288/14, LEX nr 1438492). Należy przy tym zaznaczyć, że zgodnie z zapisami SIWZ (pkt XIV) podpisanie umowy miało nastąpić w miejscu i czasie określonym przez zamawiającego, o czym wykonawca zostanie zawiadomiony na piśmie. Oznacza to, że strona powodowa, składając ofertę na realizację części nr 2 zamówienia publicznego, zgodziła się na warunek, iż zawrze umowę w czasie i miejscu wyznaczonym przez pozwanego jako zamawiającego.

Trzeba zauważyć, że strona pozwana, mając na uwadze treść pisma z dnia (...) oraz przedłożonego wraz z nim zwolnienia lekarskiego, zmieniła termin zawarcia umowy na dzień (...), o czym tego samego dnia poinformowała lidera konsorcjum. Później przy uwzględnieniu faktu złożenia w dniu (...) odwołania kolejny raz przesunęła termin zawarcia umowy na dzień (...), czyli o 11 dni w stosunku do pierwotnego terminu. Powyższe okoliczności świadczą o tym, że pozwany deklaruje wolę współpracy ze stroną powodową, uwzględniając wskazywaną przyczynę niemożności podpisania umowy oraz fakt wniesienia odwołania, i dążył do możliwie najszybszego sfinalizowania między stronami umowy. Mimo wiedzy o zmianie terminu strona powodowa nie cofnęła odwołania z dnia (...), co dawałoby możliwość zawarcia umowy w powyższym terminie.

Zgodnie z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Tym samym do oceny zachowania zarówno zamawiającego, jak i wykonawcy, którego oferta została wybrana, powinien mieć zastosowanie przepis art. 354 k.c. Stosownie do tego przepisu dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom (§ 1). W taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel (§ 2). Tym samym obowiązek współdziałania przy wykonywaniu zobowiązania spoczywa na obu stronach stosunku prawnego.

W ocenie Sądu, w realiach sprawy takiego współdziałania ze strony powodowych spółek zabrakło. Wobec wykazywanej przez pozwanego woli współpracy z powodami i przy uwzględnieniu zasad lojalności kontrahentów w stosunku do siebie można było oczekiwać podobnego zachowania od strony powodowej. Mimo wyznaczania kolejnych terminów zawarcia umowy lider konsorcjum nie wskazywał pozwanemu czasu, jakiego potrzebuje na osiągnięcie gotowości do podpisania umowy. Nie sygnalizował również żadnych problemów – poza tym jednym związanym z przebywaniem pełnomocnika na zwolnieniu lekarskim w dniach (...) – oraz nie zgłaszał zastrzeżeń co do niemożności dotrzymania poszczególnych terminów. Brak wskazania przez stronę powodową odpowiedniego terminu skutkowało tym, że pozwany samodzielnie ustalał termin, który w jego ocenie był właściwy i który stwarzał możliwość zawarcia umowy zgodnie z pierwotnymi założeniami. Gdyby pozwany znał stanowisko strony powodowej i miał świadomość przyczyn, które stoją na przeszkodzie zawarciu umowy w wyznaczonych przez niego terminach, być może wzięłby pod uwagę te okoliczności. Nie mógł tego jednak uczynić z uwagi na postawę lidera konsorcjum, który nie udzielał bezpośrednio żadnych wyjaśnień. Tak pasywnie względem pozwanego postępowanie mogło go utwierdzać w przekonaniu, że strona powodowa uchyliła się od zawarcia umowy.

W sumie strona powodowa złożyła cztery odwołania, przy czym dwa odwołania były oparte na tym samym uzasadnieniu prawnym, a żadne z odwołań nie zostało merytorycznie rozstrzygnięte przez Krajową Izbę Odwoławczą. W wyłącznie pierwszym odwołaniu strona powodowa powołała się na okoliczności uniemożliwiające zawarcie umowy w określonym przez pozwanego terminie (nieobecność osób upoważnionych do reprezentacji konsorcjum). Pozostałe odwołania opierały się w zasadzie na odwoływaniu się do regulacji zawartej w art. 183 ust. 1 Prawa zamówień publicznych i wynikającej z niej niemożności zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Zdaniem Sądu, postępowanie strony powodowej wskazuje na celowe i świadome wykorzystywanie i nadużycie instytucji przewidzianej prawem w postaci odwołania od czynności zamawiającego. Wnosząc odwołania, Strona powodowa utrudniała proces związany z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tego rodzaju zachowanie świadczące o braku chęci współdziałania z pozwanym i lojalności wobec niego nie może zasługiwać na ochronę prawną. Strona powodowa korzystała z przepisów Prawa zamówień publicznych w celu uchylenia się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, a podejmowane przez nią działania wyraźnie zmierzały do uniknięcia zatrzymania wadium.

Nie sposób oprzeć się wrażeniu, że przyczyną wnoszenia kolejnych odwołań była chęć zyskania dodatkowego czasu na przygotowanie się do wykonywania umowy, zwłaszcza w zakresie zatrudnienia pracowników ochrony. Już w uzasadnieniu pozwu wskazywano bowiem, że dla wykonawcy podpisanie umowy a następnie przystąpienie do jej

realizacji wiąże się z dużymi kosztami w postaci m.in. zatrudnienia i wyposażenia pracowników, które w razie unieważnienia umowy obciążąłyby wykonawcę. Oznacza to, że powodowe spółki nie dysponowały odpowiednim zapleczem osobowym (osobami posiadającymi licencję wykwalifikowanego pracownika ochrony z pozwoleniem na broń), aby właściwie zrealizować zamówienie publiczne i dopiero zamierzały podjąć działania w celu zatrudnienia pracowników ochrony. Powyższe potwierdzają zeznania przesłuchanych w sprawie świadków L. G. (2), W. J. (2) i D. Z. (2), którym Sąd jako spójnym i wzajemnie się uzupełniającym dał wiarę. Wymienieni zgodnie podali, że w okresie listopada i grudnia 2013r. odbywały się z udziałem przedstawicieli spółki (...) spotkania, na których prowadzono rozmowy dotyczące warunków przejścia pracowników ochrony zatrudnionych w spółce (...) i dalszej pracy w ochronie jednostki wojskowej. Jak wynika z tych wypowiedzi, uczestnicy spotkania domagali się zatrudnienia na podstawie umowy o pracę oraz określenia stawki za godzinę pracy, na (...) spółka (...) nie chciała wyrazić zgody. Spółka (...) zaproponowała obecnym niższą stawkę za godzinę pracy niż obecnie otrzymywali, w związku z czym większość osób opuściła spotkanie.

Zeznania wspomnianych świadków pozostawały zresztą w zgodności ze stanowiskiem zaprezentowanym przez pełnomocnika spółki (...) na rozprawie w dniu (...). Pełnomocnik podał, że strona powodowa nie mogła sobie pozwolić na podpisanie umowy, która byłaby nieważna, bowiem musiałaby zatrudnić 78 osób celem realizacji tej umowy, co generowałyby koszty, zabezpieczyć osoby i broń, przenieść osoby z innych placówek, w których trzeba byłoby zatrudnić kolejne osoby. Realizacja umowy w sprawie zamówienia publicznego wymagała czasochłonnego procesu związanego głównie z zatrudnieniem pracowników ochrony. Działania w tym zakresie strona powodowa podejmowała w (...) w sytuacji, kiedy z dniem (...) miało nastąpić rozpoczęcie wykonywania zamówienia publicznego, a spotkania z osobami zatrudnionymi w spółce (...) kończyły się niepowodzeniem i brakiem nawiązania z nimi współpracy. Wprawdzie strona powodowa przedłożyła wykaz 78 osób zatrudnionych w spółce (...) na dzień 1 września 2013r., to zdaniem Sądu, nie podważa to poczynionych ustaleń. Już z tego wykazu wynika, że tylko niektóre osoby miały zagwarantowane zatrudnienie, np. do końca (...) czy (...) a poza tym nie wiadomo, czy na moment rozpoczęcia realizacji zamówienia publicznego, tj. (...) osoby te w dalszym ciągu były zatrudnione i czy nie nastąpiły zmiany osobowe.

Co więcej, jak wynika z załączonych do akt sprawy dokumentów, strona powodowa nie podejmowała działań zmierzających do protokolarnego sprawdzenia spełniania technicznych wymagań dla magazynu lub pomieszczenia pozamagazynowego, w którym miała być przechowywana broń. Wystąpienie z takim wnioskiem i sprawdzenie wymagań technicznych również wymagało czasu. Przed tym, zanim pozwany zawarł umowę z innym wykonawcą ubiegającym się o zamówienie publiczne, uzyskał informację, że do dnia (...) powodowe spółki, ani w ramach konsorcjum, ani samodzielnie nie wystąpiły do Komendanta Wojewódzkiego Policji w O.o. dokonanie takiego sprawdzenia, choć jak już wielokrotnie wyżej podkreślano, z dniem (...) miało nastąpić rozpoczęcie wykonywania usług ochrony jednostki wojskowej. Na ten właśnie dzień strona powodowa powinna była wykazywać gotowość i możliwość wykonania zamówienia publicznego zarówno pod względem osobowym, jak i technologiczno-organizacyjnym.

Powyższe okoliczności pozwalają przyjąć, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie powodowych spółek, co stanowi samodzielną podstawę do zatrzymania wadium.

Z punktu widzenia rozstrzygnięcia sprawy nie miała znaczenia kwestia związana z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego z podmiotem dotychczas wykonywającym usługi z zakresu ochrony jednostki wojskowej, tj. spółką (...). Ocenie podlegało bowiem zachowanie strony powodowej względem pozwanego i odwrotnie w kontekście przesłanek umożliwiających zatrzymanie wadium. Żaden dowód przeprowadzony w sprawie nie wykazał tego, aby strona pozwana celowo wyznaczała powodowym spółkom terminy zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które obiektywnie nie były możliwe do zachowania, w celu wyeliminowania ich z procedury przetargowej i w konsekwencji podpisania umowy z innym wykonawcą. Poza tym zgodnie z art. 94 ust. 3 Prawa zamówień publicznych 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 więcej, jak podkreślił przesłuchany w charakterze strony pozwanej P. C., zawarcie umowy z kolejnym wykonawcą było konieczne,

bowiem ochrona dotyczyła terenu jednostki wojskowej, położonego w punkcie newralgicznym, znajdującym się pod obserwacją sąsiadów. Nie dopuszczano możliwości braku ochrony jednostki, a jednocześnie strona pozwana nie dysponowała własnymi przeszkolonymi żołnierzami i pracownikami.

W tych okolicznościach Sąd uznał, że zachodziły przewidziane w art. 46 ust. 5 pkt i 1 3 ustawy Prawo zamówień publicznych podstawy zatrzymania wniesionego przez stronę powodową wadium, co skutkowało oddaleniem powództwa (vide: pkt I sentencji wyroku).

Z uwagi na spełnienie przesłanek zatrzymania wadium Sąd oddalił po pierwsze jako spóźniony wniosek strony pozwanej o dopuszczenie dowodu z dokumentu w postaci wezwania do przedłużenia ważności wadium skierowanego do konsorcjum powodowych firm z dnia (...) a po drugie jako nieistotny dla rozstrzygnięcia o żądaniu pozwu.

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. Powodowe spółki jako przegrywające proces w całości obowiązane są zwrócić poniesione przez stronę pozwaną koszty niezbędne do celowej obrony i celowego dochodzenia swoich interesów. Do kosztów tych zaliczono: koszt zastępstwa procesowego w kwocie 3.600 złotych, wydatki pełnomocnika strony pozwanej związane ze stawiennictwem na rozprawie w kwocie 385,50 złotych (koszt przejazdu środkiem komunikacji publicznej, tj. pociągami z W. do O. i odwrotnie, koszt diety w związku z noclegiem oraz koszt noclegu) oraz uiszczoną i wykorzystaną zaliczkę na należności świadka L. G. (2) w kwocie 26,10 złotych.

Zgodnie z żądaniem strony pozwanej Sąd zasądził koszty procesu od powodowych spółek solidarnie. Stosownie do art. 141 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawcy, o których mowa w art. 23 ust. 1, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Stosownie do art. 14 Prawa zamówień publicznych do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Wobec tego uregulowania nie ma przeszkód, aby przyjąć, że członkowie konsorcjum ubiegający się o zamówienie wspólnie odpowiadają solidarnie także za zobowiązanie zawarcia umowy w przypadku wyboru ich oferty, a zatem solidarnie ponoszą konsekwencje powstania sytuacji, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie któregośkolwiek z członków konsorcjum, w tym lidera konsorcjum. Złożenie oferty i ubieganie się o zamówienie publiczne wspólnie przez konsorcjum wykonawców jest bowiem równoznaczne z zaciągnięciem zobowiązania dotyczącego ich wspólnego mienia w rozumieniu art. 370 k.c., powodującym powstanie solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zobowiązania zawarcia umowy o zamówienie publiczne (zob. wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 12 maja 2006r., sygn. akt II Ca 489/06, LEX nr 621219).

Skoro więc z tytułu wadium członkowie konsorcjum ponoszą względem zamawiającego odpowiedzialność solidarną, to według art. 105 § 2 k.p.c. solidarność rozciąga się także na obowiązek zwrotu kosztów procesu.

Tym samym nakazano powodowym spółkom zwrócić solidarnie pozwanemu koszty procesu, o czym orzeczono jak w pkt II sentencji wyroku.