

Sygn. akt II C 1512/14

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 26 lutego 2015r.

Sąd Okręgowy w Łodzi II Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący: S.S.O. T. Jakubowska – Wójcik

Protokolant: st. sekr. D. Klimczak

po rozpoznaniu w dniu 25 lutego 2015r. w Łodzi na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K., (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w L., Przedsiębiorstwa Usługowego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P.

przeciwko Skarbowi Państwa – Dowódcy Jednostki (...) nr (...) w Z.

o zapłatę

1. oddała powództwo;

3. zasądza od (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K., (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w L., Przedsiębiorstwa Usługowego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. solidarnie na rzecz Skarbu Państwa - Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa kwotę 3600 (trzy tysiące sześćset) zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Sygnatura akt II C 1512/14

UZASADNIENIE

Powodowe spółki – (...) Sp. z o.o. w K., (...) Sp. z o.o. w L. i Przedsiębiorstwo Usługowe (...) sp. z o.o. w P. w pozwie z dnia 22 maja 2014 r., skierowanym przeciwko Skarbowi Państwa – Dowódcy Jednostki (...) nr (...) w Z. wniosły o wydanie nakazu zobowiązującego pozwanego do zapłaty na rzecz strony powodowej kwoty 92.479 zł wraz z ustawowymi odsetkami liczonymi od dnia wymagalności do dnia zapłaty w terminie dwóch tygodni od doręczenia nakazu albo do wniesienia w tym terminie sprzeciwu oraz o zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów procesu wg norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych. W uzasadnieniu swojego żądania strona powodowa podniosła, iż żądana przez nią kwota 92.479 zł stanowi równowartość kwoty wadium zatrzymanego, jej zdaniem niezasadnie, przez pozwanego w postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego. /pozew k. 2-16/

Nakazem zapłaty w postępowaniu upominawczym z dnia 23 lipca 2014 r., wydanym w sprawie X GNc 687/14, Sąd Okręgowy w Łodzi nakazał pozwanemu Skarbowi Państwa – Dowódcy Jednostki (...) nr (...) w Z., aby zapłacił solidarnie powódkom kwotę 92.479 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 22 maja 2014 roku do dnia zapłaty oraz kwotę 1.156 zł tytułem opłaty sądowej, a także kwotę 7.217 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego - w terminie dwóch tygodni od dnia doręczenia nakazu albo wniósł w tymże terminie sprzeciw. /nakaz zapłaty k. 197/

Od powyższego nakazu zapłaty, w dniu 18 sierpnia 2014 r., strona pozwana złożyła sprzeciw, w którym wniosła o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie na rzecz Skarbu Państwa – Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. /sprzeciw k. 203-217/

Na rozprawie w dniu 25 lutego 2015 r. strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska w sprawie. /protokół k. 287 odw. 00:57:13 i 00:59:18/

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

W dniu 19 października 2013 r. Jednostka Wojskowa (...) w Z., ogłaszając w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej ogłoszenie nr(...), wszczęła w trybie przetargu nieograniczonego (procedura otwarta) prowadzonego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. Z 2013 r. poz. 907 ze. zm.), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „ochronę fizyczną wraz z monitoringiem obiektów realizowaną przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne”. /ogłoszenie o zamówieniu k. 24-36/

Termin składania ofert ustalono na godzinę 10:00 w dniu 7 listopada 2013 r. Pismem z dnia 5 listopada 2013 r. skierowanym do wykonawców Jednostka Wojskowa (...) w Z., jako zamawiający przedłużyła termin składania ofert do godz. 10:00 w dniu 14 listopada 2013r. /ogłoszenie o zamówieniu k. 24-36; ogłoszenie dodatkowych informacji k. 95-98; pismo k. 230-231/

Przedmiotem zamówienia, stosownie do części III pkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, były usługi ochrony fizycznej osób i mienia, realizowane zgodnie z przepisami ustawy o ochronie osób i mienia (t.j. Dz. U. Z 2005 r., Nr 145, poz. 1221 ze. zm.) oraz rozporządzeniem Ministra Obrony Narodowej w sprawie ochrony przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne terenów komórek i jednostek organizacyjnych resortu obrony narodowej (Dz. U. Z 1999 r., Nr 60, poz. 647 ze. zm.), decyzją Nr (...) Ministra Obrony Narodowej z dnia 5 marca 2012 r. w sprawie sprawowania nadzoru nad ochroną informacji niejawnych w resorcie obrony narodowej (Dz. Urz. Z 2012 r. Nr 11. poz. 86) i innymi aktami wykonawczymi obowiązującymi w tym zakresie oraz „instrukcją o ochronie obiektów wojskowych”. /specyfikacja istotnych warunków zamówienia k. 37-60/

Termin wykonywania usług ochrony fizycznej osób i mienia wskazanych w ogłoszeniu ustalono na okres od 1 stycznia 2014 r. do 30 listopada 2016 r. Termin ten został doprecyzowany w piśmie z dnia 31 października 2013 r. skierowanym do wykonawców. Zamawiający potwierdził, że usługa będzie realizowana w okresie od 1 stycznia 2014 r. do 30 listopada 2016 r. /ogłoszenie o zamówieniu k. 24-36; pismo k. 221-229/

Zamawiający dopuszczał możliwość składania ofert częściowych w ramach następujących pakietów:

Pakiet 1 L. - Ochrona fizyczna realizowana przez (...) w Jednostce (...) (...) w L. gm. P.;

Pakiet 2 N. - Ochrona fizyczna realizowana przez (...) w Jednostce (...) (...) w N. gm. L.;

Pakiet 3 T. - Ochrona fizyczna realizowana przez (...) w Jednostce (...) (...) w T.;

Pakiet 4 Jednostka Wojskowa (...) w Z. - Ochrona fizyczna realizowana przez (...) w Jednostce (...) (...) w Z.;

Pakiet 5 WSzW w Ł. - Ochrona fizyczna realizowana przez (...) w (...) Sztapie (...) w Ł. ul. (...);

Pakiet 6 (...) w Ł. - Ochrona fizyczna realizowana przez (...) w (...) Ośrodku (...) w Ł., ul. (...);

Pakiet 7 WCKMed Ł. - Ochrona fizyczna realizowana przez (...) w (...) Centrum (...) w Ł. ul. (...), (...) Komendzie (...) w Ł. ul. (...), oraz w Ośrodku (...) w m. J.;

Pakiet 8 (...) S. - Ochrona fizyczna realizowana przez (...) w (...) Komendzie (...) w S.;

Pakiet 9 (...) T. - Ochrona fizyczna realizowana przez (...) w (...) Komendzie (...) w T.;

Pakiet 10(...) (...) Ł. - ochrona fizyczna realizowana przez (...) w (...) (...) Przedstawicielstwie (...) w Ł. przy ul. (...). /specyfikacja istotnych warunków zamówienia k. 37-60/

Zgodnie z pkt. 2 części III specyfikacji istotnych warunków zamówienia ochrona mienia miała polegać na działaniach wykonywanych za pośrednictwem odpowiednio wyposażonych (w broń, środki przymusu bezpośredniego) i przeszkolonych pracowników ochrony, zapobiegających popełnieniu czynów zabronionych przeciwko mieniu, a także przeciwdziałających powstawaniu szkody z nich wynikającej oraz polegających na niedopuszczaniu do wstępu lub przebywania osób nieuprawnionych na terenie chronionych obszarów, obiektów i urządzeń. /specyfikacja istotnych warunków zamówienia k. 37-60/

Zamawiający w ogłoszeniu zamówienia publicznego zawarł wykaz narzędzi, wyposażenia i urządzeń dostępnych w celu wykonania zamówienia, jednocześnie podkreślając, iż uzna za spełniony warunek spełnienia wymagalnego poziomu standardów, jeżeli wykonawca wykaże w przypadku Pakietu 1 L., iż dysponuje, co najmniej:

- 20 pistoletami maszynowymi lub karabinkami (zmiana obejmująca) oraz 10 pistoletami maszynowymi lub karabinkami (zmiana zdająca);
- 2 samochodami osobowo - terenowymi wyposażonymi w światło błyskowe żółte z oznaczeniami logo firmy;
- 10 pistoletami;
- 20 środkami łączności bezprzewodowej + 2 stacje bazowe (wartownia, pojazd mechaniczny patrolu interwencyjnego);
- 4 rowerami;
- 45 kamizelkami taktycznymi typu lekkiego;
- 15 latarkami;
- 15 kajdankami;
- 15 pilotami napadowymi;
- 15 urządzeniami kontroli pracy;
- 15 środkami łączności bezprzewodowej;
- 15 kamizelkami odbłaskowymi;
- 45 pałatkami;
- 2 pojazdami typu quad z oznaczeniami logo firmy;
- 7 całorocznymi pawilonami lub kioskami wartowniczymi oznaczonymi logo firmy;

oraz co najmniej 45 osobami, w tym:

- 41 osób posiadających licencje pracownika ochrony I stopnia i poświadczenie bezpieczeństwa osobowego o klauzuli zastrzeżone;
- 4 osoby posiadające licencje pracownika ochrony II stopnia oraz poświadczenie bezpieczeństwa osobowego o klauzuli zastrzeżone (dot. osób, które będą organizowały i kierowały zespołami pracowników);

- wszyscy pracownicy przewidziani do realizacji przedmiotu zamówienia muszą posiadać aktualne zaświadczenie o przeszkoleniu w zakresie ochrony informacji niejawnych (zgodne z art.19 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010r. o ochronie informacji niejawnych, Dz. U. z 2010 r., Nr 182, poz. 1228);
- pracownicy ochrony, kierujący pojazdami, obowiązani są posiadać uprawnienia do kierowania przydzielonym pojazdem. /ogłoszenie o zamówieniu k. 32; specyfikacja istotnych warunków zamówienia k. 44/

W celu wykazania spełnienia powyższego warunku udziału w postępowaniu do oferty należało załączyć m.in. wykaz narzędzi, wyposażenia i urządzeń dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami. /specyfikacja istotnych warunków zamówienia k. 49, załącznik nr 15 k. 70/

W załączniku nr 20 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawarto projekt ewentualnej umowy na świadczenie usług w zakresie ochrony fizycznej realizowanej przez (...). W projekcie tym w paragrafie 17 umieszczono zapis, iż ewentualne zmiany i uzupełnienia w treści umowy będą wprowadzane każdorazowo za zgodą obu stron w formie pisemnej pod rygorem nieważności i dopuszczalne będą jedynie w granicach określonych w art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający przewidywał nadto możliwość dokonania następujących zmian w treści umowy:

1. zmiana wartości umowy w przypadku ustawowej zmiany stawki VAT;
2. zmiany wynikające z wprowadzenia ustaw lub rozporządzeń zmieniających zasady wykonywania zadań ochrony osób i mienia,
3. w przypadku zmian organizacyjnych u Zamawiającego polegających na zmianie dyslokacji ochraniających kompleksów lub wyłączenia ich z ochrony, co będzie skutkowało zmniejszeniem zakresu wykonywanych usług. W takim przypadku Wykonawcy nie przysługuje roszczenie zapłaty wynagrodzenia za usługi, które nie doszły do skutku z uwagi na zmianę dyslokacji obiektów lub wyłączenie ich z ochrony. /załącznik nr 20 – wzór umowy k. 76-84/

Pismem z 31 października 2013r. skierowanym do Wykonawców pozwana jednostka udzieliła odpowiedzi na zapytania dotyczące treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na ochronę fizyczną wraz z monitoringiem obiektów realizowaną przez (...). Na pytanie 12 dotyczące możliwości zmiany umowy Zamawiający odpowiedział, że możliwe zmiany w treści umowy zostały określone w paragrafie 17 ust. 2 wzoru Umowy. /pismo z 31.10.2013r. k.221 – 225/

W dniu 5 listopada 2013r. pozwany ponownie udzielił odpowiedzi na pytania Wykonawców i w związku z tym przedłużył termin składania ofert do dnia 14 listopada 2013r. do godziny 10:00. / pismo k. 230/

Strona powodowa złożyła ofertę na wykonanie usług ochrony w ramach pakietu 1 i 2. /bezsporne/

Do złożonej oferty na wykonanie usług ochrony powodowe spółki w dniu 13 listopada 2013 r. złożyły oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 ustawy PZP, stanowiący załącznik nr 12 do SIWZ. W przedmiotowym oświadczeniu, jako wykonawca zapewniły, iż spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, a także posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a nadto sytuacji ekonomicznej i finansowej. /oświadczenie k. 215/

W dniu 13 listopada 2013 r. powodowe spółki załączyły także wykaz narzędzi i urządzeń, stanowiący załącznik nr 15 do SIWZ, w którym zadeklarowały, iż dysponują na potrzeby zadania w ramach Pakietu 1 m.in.: 30 pistoletami maszynowymi i karabinkami, 10 pistoletami oraz amunicją do broni palnej według normatywu. Spółki oświadczyły nadto, iż wskazana broń oraz narzędzia i urządzenia określone w tym wykazie stanowią własność przedsiębiorstwa. / wykaz k. 220/

Spółki: (...) Sp. z o.o. w K., (...) Sp. z o.o. w L. i Przedsiębiorstwo Usługowe (...) sp. z o.o. w P. udzieliły w dniu 25 października 2013r. pełnomocnictw M. R. i K. S. (1) do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego: Jednostkę Wojskową (...) na ochronę fizyczną wraz z monitoringiem obiektów realizowaną przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne, w tym m.in. do składania oświadczeń woli w imieniu konsorcjum. /pełnomocnictwa k. 151 i 218/

Wadium wymagane przez zamawiającego wskazane w ogłoszeniu i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zostało przez powodowe spółki zabezpieczone w formie Ubezpieczeniowej Gwarancji Zapłaty z 6 listopada 2013 r. wystawionej przez (...) S.A. (...) na łączną kwotę 220.527 zł, w tym wadium za wykonanie usługi Pakietu 1 – 92.479 zł, natomiast Pakietu 2 – 128.048 zł. /bezsporne/

Pismem z 13 grudnia 2013 r. Jednostka Wojskowa Nr (...) w Z. zawiadomiła wszystkich wykonawców o wyborze konkretnych ofert, w tym także powodowe spółki o wyborze ich oferty na usługi z Pakietu 1 L.. Odrzucona została natomiast oferta powodowych spółek dotycząca Pakietu 2 N., wobec bezskutecznego upływu terminu udzielonego powodowym spółkom do odpowiedzi na zapytania zamawiającego. /zawiadomienie k. 99-103; zbiorcze zestawienie ofert k. 104-109; zeznania świadka R. Z. k. 286 odw. – 00:15:46/

Po wysłaniu w/w zawiadomienia do sekretarza komisji przetargowej R. Z. zgłosiło się dwóch przedstawicieli powodowych spółek z pytaniem czy istnieje możliwość przesunięcia terminu podpisania umowy i rozpoczęcia jej realizacji. R. Z. udzieliła odpowiedzi negatywnej i wskazała, że jeśli mają jakieś wątpliwości powinni się w tej sprawie zwrócić na piśmie do Dowódcy Jednostki (...). /zeznania świadka R. Z. k. 286 odw. – 00:15:46/

W związku z wyborem, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez powodowe spółki w Pakiecie 1, w dniu 24 grudnia 2013 r. o godzinie 11:35 pozwana Jednostka Wojskowa nr (...) w Z. przesłała spółkom faks, zapraszając je w dniu 27 grudnia 2013 r. na godz. 10:00 do podpisania umowy oraz informując, że zamawiający przed podpisaniem umowy zażąda złożenia umowy regulującej zasady współpracy wykonawców. /zaproszenie k. 110/

W dniach 27 i 28 grudnia 2013 r. umowy podpisali wszyscy pozostali wykonawcy usług ochrony w ramach pakietów od 2 do 10, których oferty zostały wyłonione w drodze zamówienia ogłoszonego w dniu 19 października 2013 r. W przypadku trzech pakietów nastąpiła zmiana wykonawcy na nowego, przy czym żaden z nich nie zgłaszał konieczności przesunięcia terminu wykonania umowy /zeznania świadka R. Z. k. 286 odw. – 00:15:46/

W odpowiedzi na powyższe zaproszenie w dniu 27 grudnia 2013 r. powodowe spółki wystąpiły z prośbą o wyznaczenie dwóch dni roboczych na zawarcie umowy – tj. przesunięcie daty podpisania umowy na dzień 31 grudnia 2013 r., tłumacząc, że dzień 27.12.2013r. jest okresem urlopowym i w związku z tym „terminem bardzo problematycznym dla osoby posiadającej pełnomocnictwo udzielone przez konsorcjum do zawarcia przedmiotowej umowy”. Jednocześnie spółki poprosiły, aby termin realizacji usługi rozpoczął się z dniem 1 lutego 2014 r., motywując swoją prośbę faktem, iż zakup broni wiąże się z wydaniem decyzji administracyjnej, do uzyskania, której niezbędna jest zawarta z Zamawiającym umowa. W przedmiotowym piśmie podkreślały, że termin rozpoczęcia realizacji od 1 stycznia 2014 r. nie umożliwi wykonawcy zakończenia wszystkich niezbędnych działań związanych z zakupem broni. Proponowały, aby Zamawiający zawarł z dotychczasowym wykonawcą usługi aneks wydłużający umowę o dodatkowy miesiąc realizacji usługi. /pismo z dnia 27 grudnia 2013 r. k. 111-112/

Tego samego dnia o godzinie 10:47 pozwana jednostka wojskowa, w odpowiedzi na pismo spółek, drogą faksową ponowiła zaproszenie podpisania umowy w dniu 27 grudnia 2013 r., najpóźniej do godziny 14:00, nie wyrażając jednocześnie zgody na przesunięcie terminu rozpoczęcia realizacji umowy. /pismo z dnia 27 grudnia 2013 r. k. 113/

Przesunięcie terminu wykonania umowy było niemożliwe nie tylko z powodu zapewnienia konieczności ciągłości ochrony obiektów wojskowych, ale przede wszystkim z uwagi na fakt, iż stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania oferentów, w tym wybranych wykonawców. Pozostali wykonawcy, bowiem przystąpili do zawarcia umowy w terminie wskazanym w zamówieniu. /zeznania świadka R. Z. k. 287 – 00:15:46/

Wobec bezskutecznego upływu terminu w dniu 27 lutego 2013 r., na który zaplanowane było podpisanie umowy, Jednostka Wojskowa w tym samym dniu o godzinie 16:01 wyznaczyła wykonawcy drugi termin na zawarcie umowy, tym razem w dniu 30 grudnia 2013 r. o godz. 10:00. Zamawiający poinformował, iż nie przybycie upoważnionego przedstawiciela w wyżej wskazanym terminie uznane zostanie za odmowę podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, konsekwencją, czego będzie zatrzymanie wadium. /pismo z dnia 27 grudnia 2013 r. k. 114/

W międzyczasie - tj. 27 grudnia 2013 r. powodowe spółki złożyły do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności wezwania ich do podpisania umowy w terminie uniemożliwiającym im stawiennictwo, celem zawarcia skutecznej umowy oraz zaniechania zmiany terminu rozpoczęcia realizacji umowy, pomimo iż rozpoczęcie realizacji w terminie wskazanym przez Zamawiającego ze względu na zbyt późne rozstrzygnięcie postępowania o udzielenie zamówienia spowodowało, iż świadczenie stało się świadczeniem niemożliwym do spełnienia. Odwołujący wniósł: o nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności wezwania do podpisania umowy z terminem wyznaczonym na 27 grudnia 2013 r. czy też 30 grudnia 2013 r. i nakazanie Zamawiającemu wyznaczenia terminu podpisania umowy umożliwiającego Odwołującemu stawiennictwo celem jej skutecznego zawarcia, oraz o wprowadzenie zmiany rozpoczęcia terminu realizacji umowy, tak aby możliwym było wypełnienie obowiązków administracyjnych związanych z nabyciem i zgłoszeniem do użycia broni palnej wymaganej przy realizacji kontraktu, co powinno uwzględniać 30 dniowy termin administracyjny wymagany na wydanie decyzji przez Komendę Wojewódzką Policji. W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, iż nie może dochować terminu zawarcia umowy z uwagi na zbyt krótki okres czasu na uzyskanie pełnomocnictwa od wszystkich konsorcjantów, bowiem jedyna osoba umocowana przez Konsorcjum do zawarcia umowy przebywa na urlopie, również członkowie zarządu mogący udzielić pełnomocnictwa także korzystają z urlopów i nie ma z nimi kontaktu. Ponadto Odwołujący posiada broń konieczną do realizacji kontraktu, lecz nie może z niej korzystać, gdyż wymaga to zezwolenia Komendy Wojewódzkiej Policji. /odwołanie k. 115-122/

Pismem wysłanym 27 grudnia 2013 r. o godzinie 17:10 powodowe spółki przesyłały zamawiającemu kopię odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. /pismo k. 122/

Postanowieniem z dnia 31 stycznia 2014 r. Prezes Krajowej Izby Odwoławczej zwrócił powodowym spółkom wniesione odwołanie z uwagi na niezłożenie w określonym terminie pełnomocnictw. /postanowienie k. 245-247/

Pozwana jednostka, jako zamawiający w dniu 30 grudnia 2013 r. złożyła do Krajowej Izby Odwoławczej wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy. Postanowieniem z dnia 3 stycznia 2014 r. Krajowa Izba Odwoławcza uchyliła zakaz zawarcia umowy obowiązujący do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. /postanowienie k. 250-251/

W dniu 30 grudnia 2013 r. o godz. 14:30 pozwana jednostka poinformowała spółki, iż nie stawienie się upoważnionego przedstawiciela Wykonawcy w dniu 30 grudnia 2013 r. celem podpisania umowy uznane zostaje za odmowę podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, czego konsekwencją będzie zatrzymanie wadium. /pismo z dnia 30 grudnia 2013 r. k. 146/

W dalszej korespondencji powodowe spółki zaprzeczyły, aby odmawiały zawarcia umowy, a niestawiennictwo przedstawiciela spółek w dniu 30 grudnia 2013 r. nie można interpretować, jako odmowę podpisania umowy. Zdaniem powodowych spółek zamawiający odmawiając zmiany terminu realizacji przedmiotu umowy miał świadomość, iż w dotychczasowym terminie wykonawca nie jest w stanie realizować przedmiotu umowy. W piśmie z dnia 8 stycznia 2014 r. pozwana jednostka ponownie odmówiła przesunięcia terminu realizacji usługi, wskazując, że przychylenie się do tej prośby stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Wobec uchylania się przez spółki od podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, zamawiający poinformował wykonawców o zatrzymaniu wadium. /pisma: z dnia 31 grudnia 2013 r. k. 147-150 i z dnia 8 stycznia 2014 r. k. 152/

W dniu 9 stycznia 2014 r. powodowe spółki złożyły do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na zatrzymaniu wadium i wniosły o unieważnienie tej czynności oraz nakazanie

Zamawiającemu jego zwrotu. Postanowieniem z dnia 22 stycznia 2014 r. Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze wszczęte przez powodowe spółki wobec cofnięcia tego odwołania. /odwołanie k. 232 – 244, postanowienie k. 248 -249/

Pismem z dnia 10 stycznia 2014 r. pozwana jednostka wojskowa wezwała (...) S.A. V. (...) do wypłaty wadium w kwocie 92.479 zł wniesionego w formie gwarancji ubezpieczeniowej Nr (...) z dnia 6 listopada 2013 r. przez konsorcjum firm: (...) Sp. z o.o., (...) Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Usługowe (...) Sp. z o.o. /wezwanie do zapłaty k. 20; ubezpieczeniowa gwarancja zapłaty wadium k. 21/

(...) S.A. V. (...) dokonało wypłaty pozwanemu kwoty 92.479 zł z tytułu wadium złożonego przez powoda w formie gwarancji ubezpieczeniowej, wzywając jednocześnie powodowe spółki do zwrotu wypłaconej sumy gwarancyjnej. /wezwanie do zapłaty k. 22/

Wobec niepodpisania w terminie przez powodowe spółki umowy, ochronę obiektu z Pakietu 1 (L.) od 1 stycznia 2014 r. zapewniał Podmiot Grupy (...), który ochraniał ten obiekt już wcześniej, bo do końca 2013 r. /zeznania świadka R. Z. k. 286 odw. – 00:15:46/

Dokonując ustaleń faktycznych w niniejszej sprawie Sąd oparł się na powołanych dowodach z dokumentów oraz zeznaniach świadka R. Z..

Sąd oddalił wniosek strony powodowej o udzielenie terminu na złożenie dowodów z dokumentów potwierdzających, iż strona powodowa na dzień składania oferty dysponowała odpowiednią ilością broni, zgłoszony na rozprawie 25 lutego 2015 r. uznając go za spóźniony i w istocie niemający istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Obie strony zostały pouczone w pismach datowanych na dzień 31 lipca 2014 r. (k. 198 i k. 199), o konieczności przedstawienia wszystkich dowodów w sprawie, a zgłoszenie ich w terminie późniejszym Sąd uzna za spóźnione i pominie je, chyba, że strona uprawdopodobni, że nie zgłosiła ich bez swojej winy, lub że uwzględnienie spóźnionych twierdzeń i dowodów nie spowoduje zwłoki w rozpoznaniu sprawy albo że występują inne wyjątkowe okoliczności. Zarządzeniem z 16 października 2014r. strona powodowa została wezwana do złożenia odpowiedzi na sprzeciw i zgłoszenia wniosków dowodowych (k.263). W odpowiedzi na zarządzenie złożyła w dniu 12 listopada 2014r. pismo, w którym m.in. ustosunkowała się do kwestii uzyskania pozwolenia na broń oraz jej posiadania, lecz swoich twierdzeń nie poparła żadnymi dowodami. W/w wniosek zgłosiła dopiero na rozprawie w dniu 25 lutego 2015 r., a uwzględnienie go z pewnością spowodowałoby zwłokę w postępowaniu, jako że wymagałoby odroczenia rozprawy.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

W niniejszej sprawie bezsporne jest, że powodowe spółki w odpowiedzi na ogłoszony przez pozwanego nieograniczony przetarg złożyły ofertę i w ramach Pakietu nr 1 została ona wybrana, jako najkorzystniejsza. Nie ma też wątpliwości, iż wobec nie podpisania umowy i nie podjęcia się przez stronę powodową wykonania usług ochrony od 1 stycznia 2014 r., pozwana jednostka zatrzymała wadium w kwocie 92.479 zł.

Sąd w pierwszej kolejności rozważył podniesiony przez pozwanego zarzut braku legitymacji procesowej czynnej. W orzecznictwie sądowym prezentowany jest pogląd, porozumienie konsorcyjne nie wygasa z chwilą prawomocnego wykluczenia wykonawców z postępowania oraz że wspólnicy tworzący konsorcjum mają legitymację grupową łączną zarówno w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym co do środków ochrony prawnej, jak i w postępowaniu sądowym o zwrot wadium (por. postanowienie SN z dnia 7 maja 2010r., III CZP 25/10, nie publ., wyrok SN z dnia 13 października 2011r., V CSK 475/10, nie publ.). Oparty jest on na ocenie systemowego ukształtowania wspólnego udziału wykonawców w obu tych postępowaniach i przyjęciu, że nie pojedynczy wspólnicy a wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tworzący konsorcjum (spółkę cywilną) stanowią łącznie właściwy podmiot praw i obowiązków (por. wyrok SN z 11 maja 2012r., II CSK 491/11 Lex 1238084).

W pozwie jako strona powodowa zostały wymienione spółki: (...) Sp. z o.o. w K., (...) Sp. z o.o. w L. i Przedsiębiorstwo Usługowe (...) sp. z o.o. w P., które określiły się jako konsorcjum firm, lecz nie została przedstawiona Sądowi umowa

o zawiązaniu konsorcjum. Dlatego też Sąd przyjął, że powodami w sprawie są wszystkie w/w spółki. Pozew został podpisany przez Prezes (...) Sp. z o.o. A. W.. Do pozwu zostało załączone pełnomocnictwo wystawione przez Prezesa Zarządu (...) Sp. z o.o. w K. K. S. (2) i (...) sp. z o.o. w P. J. N. do złożenia w imieniu w/w spółek pozwu o zapłatę zatrzymanego wadium. Również w toku postępowania do złożonego przez (...) Sp. z o.o. w L. pisma dołączone zostało pełnomocnictwo do dokonania tej czynności (pismo k. 266-270, pełnomocnictwo k. 273). Zgodnie z art. 87 par. 1 pełnomocnikiem może być m.in. współuczestnik sporu. Biorąc pod uwagę to, iż powodom przysługuje legitymacja grupowa łączna oraz złożone pełnomocnictwa brak było podstaw do uznania zarzutu braku legitymacji czynnej za zasadny.

Strona powodowa domagała się zasądzenia od pozwanego wskazanej kwoty stanowiącej równowartość wadium podkreślając, iż pozwany niesłusznie zatrzymał wadium, nie mając do tego podstaw faktycznych ani prawnych, wobec niespełnienia przesłanek z art. 46 ust. 5 pkt. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Stosownie do wskazanego art. 46 ust.5 punkt 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana: odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie bądź zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

W doktrynie jak i w orzecznictwie podkreśla się zarówno sankcyjny i dyscyplinujący wykonawców charakter instytucji zatrzymania wadium przez zamawiającego, jak i restrykcyjny charakter omawianego przepisu. Niedopuszczalna jest sytuacja, w której zamawiający z instytucji zatrzymania wadium czyniłby źródło dodatkowych dochodów, jednakże z drugiej strony nie można tracić z pola widzenia konieczności sankcjonowania nieuczciwych zachowań przedsiębiorców w toku postępowania przetargowego (podobnie Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z dnia 18 czerwca 2013 r. w sprawie V ACa 261/13, Lex nr 13632443).

Konsekwencją takiego podejścia jest konieczność ścisłej interpretacji oraz oceny zaistnienia przesłanek zatrzymania wadium przy uwzględnieniu okoliczności danej sprawy. Art. 46 ust. 5 p.z.p. opiera się na zasadzie winy wykonawcy – obowiązek zatrzymania wadium powstaje tylko w przypadku zawinionego działania. W każdym wypadku podlegają, zatem badaniu przyczyny nie wykonania wezwania do zawarcia umowy, bowiem obowiązek zatrzymania wadium przez zamawiającego nie zachodzi w przypadku, gdy niewykonanie wezwania było następstwem okoliczności, na które wykonawca nie miał i nie mógł mieć wpływu. Do przyjęcia zawinienia wykonawcy konieczna jest, zatem całkowita bierność, umyślność i celowość oraz nasilenie złej woli w nie podporządkowaniu się wezwaniu zamawiającego do zawarcia umowy. Przyjęcie odmiennego stanowiska i uznanie, że do zatrzymania wadium może dojść w każdej sytuacji, gdy wykonawca odmówi zawarcia umowy, stwarza pole do nadużyć ze strony zamawiającego i możliwe staje się wykorzystanie instytucji wadium, jako sposobu nienależytego przysporzenia. W konsekwencji uznać należy, że zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 5 uzasadniał będzie tylko zawinione działanie wykonawcy polegające na celowym i umyślnym niewykonaniu wezwania do zawarcia umowy (por. wyrok SN z 22 listopada 2012r. II CSK 448/12, Lex 1314392, wyrok SN z 10 maja 2013r., I CSK 422/12, Lex nr 1331255).

Sąd ustalił, że zamawiający pismem datowanym na 13 grudnia 2013 r. zawiadomił stronę powodową o wyborze jej oferty, jako najkorzystniejszej dla Pakietu nr 1 L.. W tym samym czasie zostali powiadomieni pozostali wykonawcy wybrani w stosunku do pozostałych Pakietów. Natomiast w dniu 24 grudnia 2013 r. zamawiający przesłał powodowym spółkom zaproszenie do podpisania umowy, a następnie wobec niestawiennictwa się reprezentanta powodowych spółek w wyznaczonym terminie, pozwana jednostka wojskowa wyznaczała spółkom kolejne terminy, celem podpisania umowy. Terminy te upływały bezskutecznie, przy czym powodowe spółki początkowo tłumaczyły się urlopowym okresem świątecznym i związaną z tym nieobecnością osoby uprawnionej do zawarcia umowy, a później wnioskowały o przesunięcie początkowego terminu realizacji usługi z uwagi na niemożność wykonania zamówienia od 1 stycznia 2014 r. Tłumaczyły, że zakup koniecznej broni wiąże się z wydaniem decyzji administracyjnej, do której uzyskania niezbędna jest zawarta z zamawiającym umowa. Powodowe spółki upatrują właśnie niemożność zawarcia

umowy w niemożliwości uzyskania w terminie decyzji administracyjnej zezwalającej im zakup wymaganej broni bądź uzyskania przedłużenia pozwolenia na jej użytkowanie.

W ocenie Sądu podawane przez powodowe spółki przyczyny nie zawarcia umowy należy skategoryzować, jako przez nich zawinione.

Zamawiający dokonując ogłoszenia o zamówieniu w dniu 19 października 2013 r. opisał szczegółowo jego przedmiot, a także sprecyzował kwalifikacje techniczne i ich minimalny poziom potrzebny dla wykonywanej usługi w ramach każdego z pakietów, w tym określił ilość narzędzi, wyposażenia i urządzeń dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia (pkt III.2.3. ogłoszenia o zamówieniu). W celu wykazania spełnienia przywołanych warunków wykonawcy byli zobowiązani do złożenia stosownego oświadczenia, którego wzór stanowił Załącznik Nr 15 do SIWZ. Jednocześnie zamawiający wskazał termin wykonania zamówienia od 1 stycznia 2014 r. do 30 listopada 2016 r. W odpowiedzi na zapytania wykonawców, co do treści SIWZ, zamawiający sprecyzował termin realizacji usługi od dnia 1 stycznia 2014 r. do 30 listopada 2016 r.

Strona powodowa do swojej oferty przetargowej dotyczącej Pakietu nr 1 L. dołączyła oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 p.z.p., w tym m.in. oświadczyła, że na dzień złożenia oferty posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy nakładają obowiązek ich posiadania i dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Jednocześnie powodowe spółki złożyły oświadczenie zgodnie z treścią Załącznika Nr 15 do SIWZ, iż dysponują na potrzeby realizacji zadania (pakietu 1) odpowiednią ilością broni palnej, w tym pistoletami maszynowymi lub karabinkami w liczbie 30 oraz 10 pistoletami, przy czym jako podstawę prawną dysponowania wskazano w oświadczeniu: własność przedsiębiorstwa.

Uwzględniając powyższe, nie ma podstaw do przyjęcia, iż w tym przypadku istniała konieczność zakupu broni, skoro sam wykonawca deklарował, iż posiada wystarczającą ilość broni, która stanowi jego własność. Niezależnie od tego, w przypadku gdyby rzeczywiście ilość tej broni była niewystarczająca, należało oczekiwać od powodowych spółek, jako przedsiębiorcy, iż po uzyskaniu informacji o wyborze ich oferty, podejmą zdecydowane działania zmierzające do przygotowania się do wykonania usługi, w tym wystąpienia o uzyskanie stosownej decyzji administracyjnej umożliwiającej im nabycie broni, bądź przedłużenia pozwolenia na jej posiadanie. Oceniając zachowania powodowych spółek należy uwzględnić profesjonalny charakter działalności przez nich prowadzonej i ich świadomość, co do konieczności posiadania stosownej ilości sprzętu i urządzeń, w tym broni. Nie ma żadnej wątpliwości, iż spółki wiedziały o konieczności posiadania stosownej ilości broni, jako że warunek ten był zawarty w ogłoszeniu, a nadto potwierdziły one spełnienie go w załączniku nr 15.

Stosownie do art. 10 ust.1 ustawy o broni i amunicji z dnia 21 maja 1999 r. (tekst jedn. Dz.U. z 2012 r. poz. 576) właściwy organ Policji wydaje pozwolenie na broń, jeżeli wnioskodawca nie stanowi zagrożenia dla samego siebie, porządku lub bezpieczeństwa publicznego oraz przedstawi ważną przyczynę posiadania broni. Jak podkreślił Wojewódzki Sąd Administracyjny w W. w wyroku z dnia 29 listopada 2006 r. (VI SA/Wa 1825/06 Lex nr 302567) z brzmienia dyspozycji przepisu art. 10 ust. 1 ustawy o broni i amunicji wynika, że organy Policji mają obowiązek wydać pozwolenie na broń, jeżeli okoliczności faktyczne, na które powołuje się osoba ubiegająca się o pozwolenie, uzasadniają jego wydanie. Oznacza to, że wydanie pozwolenia na broń palną - przy przestrzeganiu zasady, że może to mieć miejsce w sytuacjach szczególnych - jest uzależnione od wystąpienia po stronie wnioskującej okoliczności faktycznych, które uzasadniają wydanie takiego pozwolenia. Organy Policji nie mogą, zatem kierować się swobodnym uznaniem przy wydawaniu przedmiotowych pozwoleń, mają natomiast prawo swobodnej oceny materiału dowodowego (art. 80 k.p.a.), przy ustalaniu, czy sytuacja faktyczna ubiegającego się o pozwolenie uzasadnia jego wydanie.

Uwzględniając powyższe Sąd orzekający w niniejszej sprawie nie ma wątpliwości, iż gdyby powodowe spółki podjęły stosowne kroki, celem uzyskania pozwolenia na broń, odpowiednio wcześniej, bezpośrednio po uzyskaniu informacji o wybraniu ich oferty, jako zamawiającego, możliwe byłoby wykonanie usługi od 1 stycznia 2014 r. Potwierdza to fakt, iż wszyscy pozostali wykonawcy wybrani do pozostałych Pakietów, pomimo że dowiedzieli się w tym samym czasie o

wyborze ich ofert, co powodowe spółki, przystąpili do podpisania stosownych umów w dniach 27 i 28 grudnia 2013 r. i rozpoczęli realizację usług od 1 stycznia 2014 r. Tymczasem strona powodowa po otrzymaniu w dniu 13 grudnia 2013r. zawiadomienia o wybraniu jej oferty zachowała się całkowicie biernie. Z pewnością miała świadomość konieczności zawarcia umowy do końca roku kalendarzowego, zbliżającego się okresu świątecznego i terminu rozpoczęcia realizacji umowy. Mimo to, nie ustanowiła nowego pełnomocnika do zawarcia umowy, skoro umocowana wcześniej osoba miała zamiar korzystać z urlopu wypoczynkowego i w związku z tym nie mogła stawić się w pozwanej Jednostce w drugiej połowie grudnia. Na nieustanowienie takiego pełnomocnika wskazuje treść pisma z 27 grudnia 2013r. (k. 111), w którym strona powodowa powołuje się na okres urlopowy i brak osoby posiadającej pełnomocnictwo udzielone przez konsorcjum. Nie można także uznać za racjonalne działanie wizyty przedstawicieli strony powodowej u sekretarza komisji przetargowej R. Z. w celu uzyskania informacji czy istnieje możliwość przesunięcia terminu podpisania umowy i rozpoczęcia jej realizacji. Nawet uzyskanie odpowiedzi negatywnej nie zmobilizowało strony powodowej do działania, choćby wystąpienia do organów Policji o wydanie pozwolenia na broń. Zdaniem Sądu, z przyczyn wskazanych wcześniej, wykonawca nie był uprawniony do samodzielnej oceny szansy na uzyskanie takiego pozwolenia. Dlatego też twierdzenie, że nie uzyskałby pozwolenia bez przedstawienia umowy z pozwaną jednostką należy uznać za nieudowodnione. Należy przy tym podkreślić, iż dzień 24 grudnia (przypadający w 2013r. we wtorek) jest dniem roboczym, a więc wysłanie w tym dniu zaproszenia do zawarcia umowy z wyznaczeniem terminu na 27 grudnia 2013r. nie może być traktowane, jako utrudnienie stronie powodowej przystąpienia do niej i stworzenie warunków dla późniejszego zatrzymania wadium złożonego przez wykonawcę. Również żądanie strony powodowej dotyczące zmiany terminu wykonania umowy nie znalazło uzasadnienia w ustalonym stanie faktycznym. Termin ten był wskazany w zamówieniu i biorąc pod uwagę charakter usług, strona powodowa nie powinna była oczekiwać, że mogłyby zostać przesunięty.

W tej sytuacji zarzut powodowych spółek, iż niemożność wykonania usługi od 1 stycznia 2014 r. nie była spowodowana przyczynami leżącymi po ich stronie należy uznać za całkowicie chybiony. Nie ma żadnych wątpliwości, iż powodowe spółki odmówiły podpisania umowy, bez uzasadnionej przyczyny, tym bardziej, że nie podjęły żadnej próby zniwelowania zaistniałych trudności w wykonaniu usługi od 1 stycznia 2014 r.

Nie ma przy tym znaczenia dla oceny zawinienia powodowych spółek fakt, że od czynności zamawiającego - wezwania do podpisania umowy w dniu 30 grudnia 2013 r. spółki wniosły odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej już w dniu 27 grudnia 2013 r. Niezależnie od powyższego, w dniu 9 stycznia 2014 r. strona powodowa wniosła także do (...) kolejne odwołanie, tym razem od czynności zatrzymania przez zamawiającego wadium. W przypadku odwołania z dnia 27 grudnia 2013 r., zostało ono postanowieniem Prezesa (...) z dnia 31 stycznia 2014 r. zwrócone, z uwagi na nieprzedłużenie przez zamawiającego w wyznaczonym terminie wymaganych dokumentów. Natomiast postępowanie wywołane odwołaniem z dnia 9 stycznia 2014 r. zostało postanowieniem (...) z dnia 22 stycznia 2014 r. umorzone, wobec cofnięcia środka przez samego skarżącego.

W tej sytuacji na podstawie art. 46 ust. 5 pkt 1 wskazanej ustawy prawo zamówień publicznych, zamawiający miał prawo skutecznie zatrzymać wadium, a dochodzone przez powodowe spółki roszczenie, wobec nie spełnienia przesłanek z art. 405 k.c. w zw. z art. 410 k.c. podlega oddaleniu (por. wyrok SN z 11 maja 2012r., II CSK 491/11, Lex 1238084). Również biorąc pod uwagę zachowanie wykonawcy (a właściwie brak działań) oraz zamawiającego (tj. udzielanie kolejnych terminów do zawarcia umowy) Sąd uznał, że brak jest podstaw do uwzględnienia powództwa na podstawie art. 5 k.c.

Rozstrzygnięcie o kosztach procesu zapadło w oparciu o zasadę wyrażoną w art. 98 k.p.c. Na zasądzoną z tego tytułu od strony powodowej na rzecz strony pozwanej kwotę złożyły się koszty zastępstwa procesowego ustalone na podstawie art. 11 ust. 3 ustawy o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa, dodanego ustawą z dnia 19 marca 2009 r. o zmianie ustawy o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa (Dz.U. Nr 79, poz. 660), w myśl którego koszty zastępstwa procesowego zasądzone lub przyznane Skarbowi Państwa w sprawie, w której zastępstwo procesowe wykonuje Prokuratura Generalna przysługują Skarbowi Państwa – Prokuraturii Generalnej. Natomiast wysokość zasądzonych kosztów została ustalona w oparciu o § 6 pkt. 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28

września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenie przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (tekst jedn. Dz. U. 2013 r. poz. 490).