

Sygn. akt I ACa 489/14

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 czerwca 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Barbara Górczanowska (spr.)
Sędziowie:	SSA Grzegorz Kręzolek SSO del. Robert Jurga
Protokolant:	st.sekr.sądowy Urszula Kłosińska

po rozpoznaniu w dniu 11 czerwca 2014 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa **T. B.**

przeciwko (...) **spółce akcyjnej w Ł.**

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Kielcach

z dnia 29 stycznia 2014 r. sygn. akt VII GC 278/13

1. **oddala apelację;**

2. **zasądza od powoda na rzecz strony pozwanej kwotę 2700 zł (dwa tysiące siedemset złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.**

UZASADNIENIE

wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 11 czerwca 2014 r.

Powód T. B. domagał się zasądzenia od pozwanego (...) S.A. w Ł. kwoty 120.000 zł, tytułem odszkodowania za szkodę, jaką poniósł wskutek wydania mu przez ubezpieczyciela błędnej gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium, będącej podstawą wykluczenia go z przetargu. Szkada powoda stanowi równowartość zysku jaki by osiągnął, gdyby wygrał przetarg.

W sprzeciwie do wydanego w sprawie nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym pozwany ubezpieczyciel wniósł o oddalenie powództwa. Nie kwestionując wydania powodowi gwarancji z błędem pisarskim zarzucił, że powód sam odebrał dokument gwarancji i nie sprawdzając jej treści przedłożył w postępowaniu przetargowym, nie starał się

usunąć błędu u zamawiającego, a wreszcie - nie wniósł odwołania od decyzji zamawiającego o wykluczeniu go z przetargu aby zapobiec ewentualnej szkodzie, którego dodatkowo nie wykazał.

Wyrokiem z dnia 29 stycznia 2014r. Sąd Okręgowy w Kielcach Wydział VII oddalił powództwo i zasądził od powoda na rzecz strony pozwanej kwotę 3.617 zł tytułem kosztów procesu.

Podstawą rozstrzygnięcia były następujące ustalenia faktyczne:

Powód zamierzał złożyć ofertę w postępowaniu przetargowym na budowę parkingu przed kościołem p. w. św. M. A. w D. w trybie ustawy prawo zamówień publicznych. Termin składania ofert określono na dzień 31 lipca 2013r do godz. 9⁰⁰, a oferty miały być otwarte w tym dniu o godz. 11¹⁵. W przetargu wymagano złożenia w oryginale zabezpieczenia wadialnego, które mogło być złożone w formie gwarancji ubezpieczeniowej. Powód w godzinach wieczornych 30 lipca 2013r uprzedził agenta ubezpieczeniowego M. P., u której już uprzednio zawierał umowy gwarancji ubezpieczeniowej, aby wystawiła gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium dotyczącą w/w parkingu, wskazując jako oferenta swojego teścia A. K.. Taka gwarancja została przygotowana i przesłana do oddziału pozwanego. Następnie po godz. 19-tej w tym dniu, powód wskazał siebie jako oferenta, co wymagało sporządzenia nowej gwarancji. Po godz. 8⁰⁰ w dniu 31 lipca 2013r agentka odebrała ten dokument z Oddziału i ok. 8³⁰ doręczyła powodowi, który otrzymanie dokumentu potwierdził, nie wnosząc do jego treści żadnych zastrzeżeń i składając jednocześnie formalny wniosek o zawarcie umowy gwarancji ubezpieczeniowej. Polisa uniwersalna zawierała błędną datę wystawienia tj. 31 lipca 2012r. zamiast 31 lipca 2013r. i opiewała błędnie na okres od 31 lipca 2012r. do 2 września 2012r. zamiast na okres 31 lipca 2013r. do 2 września 2013r. Przed godziną 9⁰⁰ agentka zorientowawszy się, że został popełniony błąd w treści polisy, doprowadziła do jej sprostowania i zaproponowała dowieszenie jej do siedziby zamawiającego wraz z oświadczeniem ubezpieczyciela o pomyłce pisarskiej poczynionej w gwarancji. Powód otrzymawszy wiadomość w drodze do D. nie skorzystał z tej propozycji i złożył ofertę z gwarancją zawierającą wadliwą datę obowiązywania. Przedłożył zamawiającemu prawidłowo wystawioną gwarancję wraz z oświadczeniem pozwanego o omyłce dopiero o godz. 14⁵⁰. Zamawiający na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 29.01.2004r - Prawo zamówień publicznych zw. dalej P. z. p. (tekst j. 2010.113.759 ze zm.) wykluczył powoda z postępowania na tej podstawie, że ten nie wniósł wadium w terminie określonym dla składania ofert bowiem złożona gwarancja wadialna wystawiona została z datą 31 lipca 2012r. a okres jej ważności opiewał na 31 lipca 2012r. do 2 września 2012r. Powód nie złożył odwołania od tej decyzji zamawiającego.

Powyższy stan faktyczny doprowadził Sąd Okręgowy do stwierdzenia, że powództwo jest nieuzasadnione, bowiem wszystkie przesłanki z art. 471 k.c., na którym powód opierał swoje roszczenie, nie zostały wykazane. Chociaż niewątpliwie jest, że pozwany wystawił gwarancję bankową z omyłką pisarską, to jednak fakt ten nie przesądza o odpowiedzialności pozwanego, skoro powód nie zapobiegł ewentualnej szkodzie wynikłej z wydania mu gwarancji z omyłką pisarską poprzez zaniechanie skorzystania ze środków prawnych przysługujących mu w sytuacji odrzucenia jego oferty w postępowaniu przetargowym. Z postępowania przetargowego wklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert (art. 24 ust. 2 pkt 2 P.z.p.). Jedną z form, w których dopuszczalne jest wniesienie wadium, stanowi gwarancja ubezpieczeniowa (art. 45 ust. 6 pkt 4 P.z.p.). W przypadku gwarancji ubezpieczeniowej przez ustanowienie wadium należy rozumieć wystawienie przez zakład ubezpieczeń (gwaranta) listu gwarancyjnego (dokument gwarancji), z którego wynika obowiązek gwaranta do wypłaty beneficjentowi oznaczonej kwoty w określonych okolicznościach i okresie, zaś przez wniesienie wadium w takim przypadku należy rozumieć złożenie dokumentu zamawiającemu, co pozwoli zamawiającemu na wywiązanie się z obowiązków ustawowych, polegających na weryfikacji, czy oferta jest prawidłowo zabezpieczona wadium w każdym momencie prowadzonego postępowania, począwszy od upływu terminu składania ofert. Biorąc pod uwagę, że weryfikacja, czy oferta została zabezpieczona wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej opierać się może wyłącznie na złożonych dokumentach, Sąd stwierdził, że jedyną podstawą oceny, czy oferta odwołującego została zabezpieczona wadium, jest dokument gwarancji ubezpieczeniowej załączony do oferty. Sąd Okręgowy podkreślił, że zamawiający winien mieć pewność, że wadium zostało wniesione do chwili otwarcia ofert. O ile w przypadku wniesienia wadium w pieniądzu istnieje możliwość sprawdzenia stanu konta przez zamawiającego, o tyle w przypadku wnoszenia wadium w innych formach

niż pieniężna, fakt wniesienia wadium powinien wynikać wprost ze złożonych dokumentów. Zamawiający nie może domniemywać, czy wadium wniesiono czy też nie - fakt wniesienia wadium musi być niewątpliwy i wynikać wprost z czynności wykonawcy, który składa ofertę. Rzeczywiście jest tak, że w przypadku wymogu złożenia w przetargu gwarancji ubezpieczeniowej przez ustanowienie wadium taka gwarancja ma być złożona do daty składania ofert. Powód złożył tę gwarancję z opisanymi wyżej błędami pisarskimi. Jednak w ocenie Sądu Okręgowego powód winien był złożyć odwołanie od decyzji zamawiającego, mocą której wykluczono go z przetargu a uprzednio jeszcze doręczyć zamawiającemu prawidłowo sporządzoną gwarancję, którą dysponował przed terminem (godziną) otwarcia ofert. Nie jest bowiem uzasadniony pogląd powoda, że jego odwołanie nie byłoby uwzględnione. Nie ma co do tego żadnej pewności. Z treści złożonej gwarancji, mimo błędnie wskazanej daty związania nią, niewątpliwie wynika, iż chodzi o gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium dotyczącą przetargu „na budowę parkingu przed kościołem p.w. św. M. A. w D.”. Takiego przetargu ogłoszonego przez beneficjenta tj. Parafię w D. nie był w 2012r., a więc niewątpliwym zdaje się być to, że gwarancja dotyczyła 2013r. tj. tego roku, w którym przetarg się odbywał. Zamawiający nie ma możliwości poprawienia zauważonej omyłki pisarskiej (tu: w dacie wystawienia gwarancji ubezpieczeniowej) na etapie oceny ofert, gdyż ustawa o zamówieniach publicznych nie daje takiej możliwości. Nie oznacza to jednak, iż zamawiający, prowadząc postępowanie z zachowaniem należytej staranności i dążąc do wyboru oferty najkorzystniejszej, nie jest zobowiązany do wyjaśnienia wszelkich wątpliwości pojawiających się w toku postępowania, a dotyczących składanych przez wykonawców dokumentów o niebagatelnym znaczeniu dla ich statusu w postępowaniu. Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad prawa zamówień publicznych, o czym stanowi art. 7 ust. 1 P.z.p. nakazujący zamawiającemu przygotowywać i przeprowadzić postępowanie z zachowaniem uczciwej konkurencji i równo traktując wykonawców, w konsekwencji czego zamówienie udzielone zostanie wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą. Wykonawca przedkładał gwarancję aby zabezpieczyć złożoną przez siebie ofertę wadium w celu skutecznego ubiegania się o udzielenie zamówienia, zatem wyłącznie jako omyłkę pisarską należy potraktować podanie roku 2012 jako roku obowiązywania gwarancji.

W ocenie Sądu Okręgowego zamawiający nie byłby uprawniony do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 P.z.p., bez uprzedniego wyjaśnienia nasuwających się wątpliwości co do okresu związania gwarancją ubezpieczeniową gdyby dysponował oświadczeniem gwaranta o błędzie pisarskim. Tego oświadczenia powód nie doręczył zamawiającemu przed otwarciem ofert. Prezentowane tu stanowisko koresponduje z treścią potwierdzenia zapłaty składki ubezpieczeniowej opiewającego na dzień 31 lipca 2013r. Zamawiający byłby zobowiązany wziąć otrzymane wyjaśnienia pod uwagę ewentualnie zwracając się do oferenta lub gwaranta o informacje uzupełniające, które były mu niezbędne do należytej oceny skuteczności wniesienia wadium przez powoda w trybie art. 87 ust. 1 p.z.p. (por. wyrok KIO 150/12 z 9.02.2012r, KIO 538/12). Wezwanie takie jest szczególnie istotne gdy oferta miałaby być odrzucona. Sąd Okręgowy odwołał się do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z dnia 30 lipca 2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 930/09, która opowiedziała się za możliwością kwalifikacji błędu w gwarancji wadialnej jako oczywistej omyłki pisarskiej uznając, iż błędne oznaczenie daty wystawienia gwarancji należy w okolicznościach wówczas rozpoznawanej sprawy uznać za omyłkę pisarską nie rzutującą na prawidłowość wniesienia wadium. Także w unormowaniach europejskich przewiduje się aby zamawiający w sposób obiektywny i merytoryczny oceniał zdolność wykonawców do realizacji zamówienia, a nie jedynie w sposób formalny odrzucał oferty tych, których dokumenty są niejasne lub zawierają pewne luki. Jeśli tylko zamawiający będzie przestrzegać zasady równości, takie postępowanie będzie z korzyścią dla właściwego udzielenia zamówienia. Zbyt formalistyczne podejście do oceny oferty i dokumentów do niej dołączonych jest niezgodne z celem zamówień publicznych. Uzupełnianie dokumentów polega w tym przypadku na wprowadzeniu do nich treści, których zabrakło lub na dołączeniu właściwych załączników czy też poświadczeń bądź na objaśnieniu i sprecyzowaniu treści złożonych dokumentów (por. przepis art. 51 dyrektywy 2004/18/We Parlamentu Europejskiego i Rady Europy w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi upoważniający do zaproszenia wykonawców celem uzupełnienia zaświadczeń i dokumentów). W konsekwencji zatem Sąd Okręgowy uznał powództwo za niezasadne tym bardziej, że powód zaniedbał sprawdzenia pod względem formalnym i merytorycznym treści doręczonej mu gwarancji

ubezpieczeniowej. Co więcej – nie można z całą pewnością stwierdzić, że powód wygrałby przetarg skoro jego oferta nie podlegała ocenie pod względem merytorycznym, gdyż została wykluczona.

Odnosząc się do wysokości żądanego odszkodowania Sąd pierwszej instancji wskazał, że utracone korzyści, a w takim zakresie powód szkody dochodził, zawsze mają charakter hipotetyczny. Ustaleniu bowiem podlega, czy gdyby dłużnik nie zachował się sprzecznie z zobowiązaniem, wierzyciel osiągnąłby zysk w określonym czasie i w określonej wysokości. Zarówno utrata zysku, jak i jego wysokość, muszą zostać w procesie udowodnione, a ciężar dowodu w myśl art. 6 k.c. w zw. z art. 471 k.c., leży po stronie domagającej się tego rodzaju odszkodowania. Szkoda taka musi być przez osobę poszkodowaną wykazana z tak dużym prawdopodobieństwem, że uzasadnia ono w świetle doświadczenia życiowego przyjęcie, że rzeczywiście wystąpiła (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 1979 r., sygn. akt II CR 304/79; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 czerwca 2001 r., sygn. akt IV CKN 382/00). Tymczasem powód zbudował swoje roszczenie na określeniu utraconego zysku w wysokości 15% wartości kontraktu. Tak sformułowana szkoda nie mogła doprowadzić do określenia utraconego zysku. Przede wszystkim nie uwzględniała ona żadnych z danych wynikających ze złożonego kosztorysu ofertowego a sporządzonego na użytek przetargu przez samego powoda. Nadto zasadnie pozwany podnosi, że odszkodowanie obliczone jako utracony zysk nie obejmuje podatku VAT. W tej sytuacji Sąd Okręgowy powództwo oddalił a o kosztach postępowania orzekł na podstawie art. 98 § 1 i 3 w zw. z art. 99 k.p.c.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego wniósł powód T. B. zaskarżając go w całości i zarzucam mu:

1) sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, wskutek naruszenia przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy, a mianowicie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie oceny dowodów w sposób niewszechstronny i przyjęcie, że Pani M. P. (2) poinformowała powoda o pomyłce pisarskiej w gwarancji ubezpieczeniowej, gdy powód był w drodze do D. (str. 3 uzasadnienia wyroku), a więc przed godziną 9.00 i przed złożeniem przez niego oferty w postępowaniu przetargowym, gdy tymczasem jak wynika z zeznań powoda, świadka M. P. (2) oraz bilingu rozmów telefonicznych powód otrzymał taką informację o godz. 9.02, a zatem po złożeniu oferty;

2) naruszenie prawa materialnego, a to art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt. 1) ustawy Prawo Zamówień Publicznych poprzez ich błędną wykładnię i przyjęcie, że dopuszczalne jest składanie wyjaśnień co do daty wystawienia i obowiązywania gwarancji wadialnej (str. 4 uzasadnienia wyroku), z czego następnie Sąd wysunął błędny wniosek, że gdyby powód złożył oświadczenie o błędzie pisarskim przed otwarciem ofert to Zamawiający musiał by go wezwać do złożenia wyjaśnień i uwzględnić je, podczas gdy takie działanie Zamawiającego byłoby sprzeczne z ustawą p.z.p. oraz orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej (KIO), która uznała, że : „nie ma możliwości poprawienia omyłki pisarskiej w dacie wystawienia gwarancji ubezpieczeniowej na etapie oceny ofert, gdyż p.z.p. nie daje takiej możliwości” (KIOIUZP 930/09), a „dokument potwierdzający wniesienie wadium nie jest treścią oferty, a zatem nie mają do niego zastosowania przepisy art. 87 ust. 1 i art. 87 ust 2 pkt. 3 Prawa Zamówień Publicznych. Brak jest również możliwości uzupełnienia treści gwarancji wadialnej po terminie składania ofert, w trybie art. 26 ust 3 wskazanej ustawy, jak również poprawienia błędnej gwarancji na etapie oceny ofer” (wyrok KIO z 21.01.2011 r. sygn. KIO 36/11);

3) naruszenie przepisów postępowania, a to art. 328 § 2 k.p.c. poprzez nie wskazanie w treści uzasadnienia wyroku przyczyn, dla których Sąd odmówił wiarygodności i mocy dowodowej dokumentowi sporządzonemu dnia 27 grudnia 2013 r. przez R. C. zatytułowanego „Analiza pytań (...)S.A.”;

4) sprzeczność istotnych ustaleń Sądu Okręgowego z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego polegającą na przyjęciu przez Sąd, że: „nie można z całą pewnością stwierdzić, że powód wygrałby przetarg skoro jego oferta nie podlegała ocenie pod względem merytorycznym, gdyż została wykluczona” podczas, gdy okoliczność że oferta powoda była zgodna z SIWZ została wykazana w postępowaniu dowodowym przy pomocy zeznań świadka A. J., opinii R. C., zeznań powoda oraz z przedłożonych dokumentów.

5) obrazę przepisów postępowania, która miała istotny wpływ na wynik sprawy, a to art. 233 k.p.c. polegająca na przyjęciu, że określenie przez powoda utraconego zysku w wysokości 15% wartości kontraktu nie mogło doprowadzić do określenia rzeczywiście utraconego zysku, gdyż żądana kwota nie uwzględniała żadnych z danych wynikających

ze złożonego kosztorysu ofertowego, podczas gdy to właśnie kosztorys był podstawą do wyliczenia kwoty żądanej przez powoda.. Co prawda do wyliczeń powoda wkraśl się błąd rachunkowy czego Sąd nie zauważył i zamiast kwoty 100.487,81 zł na rozprawie dnia 15 stycznia 2014 r. powód ograniczył żądanie na kwotę 107.186,00 zł.

Wskazując na powyższe powód cofnął powództwo ponad kwotę 100.487,81 zł i wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku i zasądzenie od pozwanej na rzecz powoda kwoty 100.487,81 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 29 sierpnia 2013 r. do dnia zapłaty i rozstrzygnięcie o kosztach procesu za obie instancje, ewentualnie - o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w Kielcach do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powoda nie znajduje uzasadnionych podstaw. Podniesione w niej zarzuty są nietrafne i nie wykazujące wadliwości wydanego rozstrzygnięcia. Sąd Okręgowy poczynił bowiem w większości prawidłowe ustalenia faktyczne, wyrażając oceny, które nie pozostają w sprzeczności z zasadami logiki rozumowania czy doświadczenia życiowego i nie wykazują błędów natury faktycznej. Dokonana przez Sąd pierwszej instancji ocena dowodów nie nasuwa zastrzeżeń gdyż nie wykracza poza uprawnienia wynikające z przepisu art. 233 § 1 k.p.c. Podkreślić należy, iż dla skuteczności zarzutu dokonania błędnych ustaleń faktycznych będących wynikiem oceny dowodów, konieczne jest wskazanie przyczyn, dla których ta ocena dowodów nie spełnia kryteriów określonych w ustawie. Sąd drugiej instancji może bowiem zakwestionować dokonaną ocenę materiału dowodowego sprawy jedynie wtedy, gdy jest ona nielogiczna i sprzeczna z pozostałym w sprawie materiałem dowodowym. Taka sytuacja nie zachodzi w sprawie niniejszej albowiem zarzucane w apelacji błędy w ustaleniach faktycznych nie miały miejsca, przede wszystkim zaś zarzuty te nie podważają ustaleń dokonanych w oparciu o zeznania świadka M. P. (2), że przed godziną 9⁰⁰ dostrzegła pomyłkę w dokumencie gwarancji ubezpieczeniowej i doprowadziła do jej sprostowania, o czym niezwłocznie powiadomiła powoda. Wbrew zarzutom apelującego, z ustaleń Sądu pierwszej instancji nie wynika, by sam telefon do powoda agentka wykonała przed godziną 9⁰⁰, jednakże istotnie, sformułowania uzasadnienia w tej części nie są zbyt jasne i precyzyjne, przez co mogą budzić wątpliwości. Nie ulega natomiast wątpliwości, czego w apelacji nie zakwestionowano, że powód nie skorzystał z propozycji dowiezienia mu poprawionego dokumentu, tak aby mógł go złożyć wraz z odpowiednimi wyjaśnieniami jeszcze przed otwarciem ofert, co miało nastąpić o godzinie 11⁰⁰. Nawet jeśli kontakt telefoniczny miał miejsce o godzinie 9⁰² i po złożeniu oferty, to dla oceny zaniechania przez powoda prób naprawy błędu, nie ma to istotniejszego znaczenia. Pomijając wskazaną nieścisłość, w pozostałym zakresie Sąd Apelacyjny podziela i przyjmuje za własne prawidłowo poczynione przez Sąd Okręgowy ustalenia faktyczne, jako znajdujące oparcie w zgromadzonym materiale dowodowym, ocenionym przez ten Sąd w granicach zakreślonych przepisem art. 233 § 1 k.p.c.

Nie można uwzględnić zarzutu pominięcia dokumentu (we wniosku dowodowym powód określał ten dokument jako „opinię” – karta 183) sporządzonego dnia 27 grudnia 2013 r. przez R. C. zatytułowanego „(...)który to zarzut apelujący formułuje jako naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. poprzez niewskazanie w uzasadnieniu wyroku przyczyn jego pominięcia. Należy zatem podkreślić, że jakkolwiek opinia (ekspertyza) pozasądowa, wykonana na zlecenie strony, stanowi dowód z dokumentu prywatnego, który według art. 245 k.p.c. stanowi jedynie dowód tego, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie. Dokumenty prywatne nie korzystają natomiast z domniemania, iż ich treść jest zgodna ze stanem rzeczywistym (domniemania zgodności z prawdą). Powołana przez powoda opinia nie może zatem stanowić podstawy ustaleń faktycznych w niniejszej sprawie. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 maja 2007 r. (II CSK 77/07, LEX nr 485864) stwierdził, że nie może być traktowana, jako dowód w procesie opinia biegłego choćby był nim biegły sądowy, sporządzona na polecenie strony i złożona do akt sądowych. Opinie opracowane na zlecenie stron i przedłożone sądowi stanowią jedynie umotywowane stanowisko strony. Z tego względu gdyby taką ekspertyzę przyjęto za podstawę orzeczenia stanowiłoby to istotne uchybienie procesowe, które mogłoby być nawet podstawą skargi kasacyjnej. Z kolei w wyroku z dnia 15 stycznia 2010 r. (I CSK 199/09, LEX nr 570114) Sąd Najwyższy stwierdził, że jeżeli strona dołącza do pisma procesowego ekspertyzę pozasądową i powołuje się na jej twierdzenia i wnioski, ekspertyzę tę należy traktować, jako część argumentacji faktycznej i prawnej przytaczanej

przez stronę. Tak też dokument sporządzony przez R. C. potraktował Sąd pierwszej instancji, ustosunkowując się do argumentacji powoda w uzasadnieniu rozstrzygnięcia.

Za prawidłowe należy uznać stanowisko Sądu pierwszej instancji, że powód nie wykazał wszystkich przesłanek z art. 471 k.c., stanowiącego podstawę jego roszczenia o zapłatę odszkodowania. Przesłankami odpowiedzialności odszkodowawczej są: niewykonanie bądź nienależyte wykonanie zobowiązania, fakt poniesienia szkody i związek przyczynowy pomiędzy niewykonaniem bądź nienależytym wykonaniem zobowiązania a szkodą. Samo naruszenie umowy, nawet rażące, nie uzasadnia odpowiedzialności odszkodowawczej, lecz konieczne jest zaistnienie przesłanek odpowiedzialności. Nie było kwestionowane, że w niniejszej sprawie wystąpiła pierwsza z wymienionych przesłanek, bowiem strona pozwana nienależycie wykonała swoje zobowiązanie wystawiając dla powoda gwarancję ubezpieczeniową wadium z błędnie określoną datą wystawienia tj. 31 lipca 2012r. zamiast 31 lipca 2013r. i okresem obowiązywania: od 31 lipca 2012r. do 2 września 2012r. zamiast od 31 lipca 2013r. do 2 września 2013r. Jednakże uzasadnione jest stanowisko Sądu pierwszej instancji, że pozostałych przesłanek odpowiedzialności pozwanego powód nie wykazał.

Przede wszystkim odnosi się to do związku przyczynowego pomiędzy wadliwym wystawieniem gwarancji ubezpieczeniowej a szkodą powoda polegającą na utracie zysku z ewentualnego kontraktu zawartego z zamawiającym w wyniku wygrania przetargu. Przepis art. 361 § 1 k.c. ogranicza odpowiedzialność tylko do normalnych następstw działania bądź zaniechania wywołującego szkodę formułując zasadę adekwatnego związku przyczynowego. Oznacza to, że z grupy wszelkich możliwych skutków danego zdarzenia odpowiedzialność odszkodowawczą rodzą (przy spełnieniu pozostałych przesłanek) tylko te, które stanowią normalne następstwa danego działania i zaniechania, a więc tylko niektóre ze wszystkich możliwych skutków danego zdarzenia. W niniejszej sprawie adekwatny związek przyczynowy jest wątpliwy a to ze względu na zaniechania powoda, które do utraty kontraktu w wyniku wykluczenia go z przetargu doprowadziły. Po pierwsze, powód zaniechał sprawdzenia dokumentu gwarancji przed jej złożeniem wraz z ofertą w postępowaniu przetargowym, a gdyby tego dokonał mógłby popełniony przez pozwanego ubezpieczyciela błąd dostrzec. Jednym bowiem z wymogów, które musi spełniać gwarancja jest okres jej obowiązywania, który powinien obejmować co najmniej okres związania ofertą. Powód powinien zatem sprawdzić, czy otrzymana od pozwanego gwarancja, którą składał wraz z ofertą, jest z tą ofertą zgodna.

Po drugie, powód zaniechał przedsięwzięcia jakichkolwiek działań, mających na celu zapobieżenie powstaniu szkody. Poinformowany przez agentkę o dostrzeżonej pomyłce, powód nie podjął próby zniwelowania skutków tej pomyłki poprzez złożenie prawidłowej gwarancji i wyjaśnień pozwanego, co mogłoby zapobiec wykluczeniu go z przetargu. Nawet jeśli rozmowa z agentką miała miejsce już po terminie złożenia ofert i po złożeniu oferty przez powoda (o godzinie 9⁰²), to jednak ich otwarcie miało nastąpić dopiero o godzinie 11⁰⁰, zatem nie można wykluczyć, że tego rodzaju działania powoda mogły okazać się skuteczne. Przywołane w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 30 lipca 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 930/09), iż nie ma możliwości poprawienia omyłki pisarskiej w dacie wystawienia gwarancji ubezpieczeniowej na etapie oceny ofert, gdyż ustawa nie daje takiej możliwości, nie wyklucza poprawienie takiej omyłki jeszcze przed otwarciem ofert i przystąpieniem do ich oceny, zważywszy, że gwarancja ubezpieczeniowa uprawniająca zamawiającego do wystąpienia z żądaniem wypłaty określonej sumy pieniężnej w związku ze ziszczeniem się przesłanek zatrzymania wadium określonych w art. 46 ust. 4a i 5 P.z.p.), została złożona w terminie. Ponadto, jak prawidłowo przyjął Sąd pierwszej instancji, dla ustalenia treści gwarancji ubezpieczeniowej będącej oświadczeniem woli gwaranta, dopuszczalne jest przeprowadzenie jej wykładni według reguły interpretacyjnej z art. 65 k.c., według której oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Zamówień Publicznych z dnia 9 lutego 2012 r., KIO 150/12 – lex nr 1124929). Skoro zatem niezbędne jest każdorazowe zweryfikowanie treści dokumentu w celu ustalenia, czy zamawiający będzie mógł w okresie związania ofertą z niej skorzystać, to powód nie może twierdzić, iż złożenie przez niego odwołania od decyzji wykluczającej go z przetargu z powołaniem się na rzeczywistą treść gwarancji ubezpieczeniowej, było oczywiście niezasadne. Nie można bowiem wykluczyć, jak na to wskazuje przytoczone orzecznictwo organów administracji, że argumenty powoda zostałyby uwzględnione.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt. 1) ustawy Prawo Zamówień Publicznych poprzez przyjęcie, że dopuszczalne jest składanie wyjaśnień co do daty wystawienia i obowiązywania gwarancji wadialnej, należy zgodzić się z apelującym, że w orzecznictwie dotyczącym zamówień publicznych przeważa stanowisko o braku podstaw do stosowania tego przepisu do dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium, który to dokument nie jest treścią oferty. Jednakże co do możliwości żądania od oferenta wyjaśnień na innej podstawie, prezentowane są także stanowiska odmienne, m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 30 lipca 2009 r., KIO/UZP 930/09 (lex nr 511888) stwierdzono, że „zamawiający powziawszy wątpliwości co treści umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej zobowiązany był wezwać wykonawcę (Odwołującego), w trybie art. 26 ust. 4 p.z.p., do wyjaśnienia treści przedłożonego dokumentu, czego jednak nie uczynił” oraz że „błąd w dacie wystawienia gwarancji ubezpieczeniowej, w sytuacji gdy gwarancja ubezpieczeniowa została złożona przed terminem składania ofert, nie może stanowić podstawy do uznania, iż przedłożona gwarancja ubezpieczeniowa jest wadliwa”. W przytoczonym orzeczeniu KIO 150/12 (lex nr 1124929) podkreślono także, iż zamawiający, prowadząc postępowania z zachowaniem należytej staranności, dążąc do wyboru oferty najkorzystniejszej, jest zobowiązany do „wyjaśnienia wszelkich wątpliwości pojawiających się w toku postępowania, a dotyczących składanych przez wykonawców dokumentów o niebagatelnym znaczeniu dla ich statusu w postępowaniu.” Podtrzymano także pogląd, prezentowany w innych orzeczeniach, w tym orzeczeniach sądowych, iż „formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad P.z.p. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy”.

Skoro zatem Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych zajmuje w omawianej kwestii różne stanowiska, nie może być mowy o uznaniu złożenia przez powoda odwołania jako oczywiście nieuzasadnionego i z całkowicie pewnym negatywnym wynikiem. Brak jakichkolwiek działań ze strony powoda i całkowicie bierna postawa uniemożliwia przyjęcie odpowiedzialności pozwanego.

Trafnie także Sąd Okręgowy stwierdził, że powód nie wykazał szkody w takiej postaci, jakiej domaga się w niniejszym sporze, tj. utraconych korzyści (art. 361 § 2 k.c.). W orzecznictwie przyjęto, że szkodą w przypadku utraconych korzyści (*lucrum cessans*) jest szkoda, którą określa to, co nie weszło do majątku poszkodowanego na skutek zdarzenia wyrządzającego tę szkodę, a inaczej mówiąc, to, co weszłoby do majątku poszkodowanego, gdyby zdarzenie wyrządzające szkodę nie nastąpiło (wyrok SN z dnia 18 stycznia 2002 r., I CKN 132/01, LEX nr 53144). Należy przy tym ustalić realną możliwość wystąpienia określonych konsekwencji w danej, konkretnej (a nie typowej) sytuacji, biorąc pod uwagę najbardziej prawdopodobny przebieg zdarzeń. Ustalenie uszczerbku w postaci *lucrum cessans* wymaga wykazania w konkretnym przypadku wysokiego stopnia prawdopodobieństwa utraty korzyści, chociaż nie jest konieczny dowód pewności wystąpienia. Jednakże rację ma Sąd pierwszej instancji, że powód nie przedstawił żadnego dowodu, z którego wynikałaby podana przez niego wysokość szkody, ograniczając się do wskazania, że stanowi ona 15% wartości oferty przedstawionej w przetargu. Nie jest to jednak wystarczające do przyjęcia, że osiągnięcie takiego zysku przez powoda byłoby wysoce prawdopodobne. Należy przyjąć, że ustalenia w tym zakresie wymagałyby sięgnięcia do wiadomości specjalnych, ale przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego stałoby się aktualne jedynie w wypadku zaoferowania przez powoda materiału dowodowego mogącego stanowić podstawę takiej opinii. Przeprowadzenie bowiem dowodu z opinii biegłego nie może sprowadzać się do przerzucania na specjalistę obowiązku poszukiwania środków dowodowych. Także inicjatywa dowodowa w zakresie dowodu opinii biegłego powinna wywodzić się od strony, która z określonego faktu wywodzi korzystne dla siebie skutki prawne. Wniosku takiego powód nie składał.

Przede wszystkim jednak należy zwrócić uwagę, że od szkody w postaci utraconych korzyści odróżnia się tzw. szkodę ewentualną (prawnie obojętną), czyli utratę szansy uzyskania pewnej korzyści majątkowej. Różni się ona od *lucrum cessans*, gdzie szansa utraty korzyści graniczy z pewnością, tym, że w przypadku szkody ewentualnej – owo prawdopodobieństwo jest o wiele mniejsze. Z taką ewentualną szkodą mamy do czynienia w niniejszej sprawie, bowiem sam powód w pozwie podaje, że utracił „możliwość” uzyskania zamówienia publicznego, a tym samym utracił „możliwość” osiągnięcia zysku. Utrata możliwości osiągnięcia zysku stanowi niewątpliwie szkodę ewentualną a szkoda

ewentualna nie podlega naprawieniu. Kompensata szans uzyskania dochodu jest możliwa wyłącznie na podstawie przepisów szczególnych (np. art. 444 § 2 i art. 446 § 3 k.c.), które w niniejszej sprawie nie mają zastosowania.

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

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono stosownie do wyniku sporu, na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. oraz zgodnie z § 6 pkt 5, w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz.U. nr 163 poz. 1348 z późn.zm.)