

Sygn. akt I ACa 162/17

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 maja 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Krzysztof Chojnowski (spr.)
Sędziowie	:	SA Elżbieta Bieńkowska SA Magdalena Natalia Pankowiec
Protokolant	:	Anna Bogusławska

po rozpoznaniu w dniu 11 maja 2017 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa **A. F. (1) i (...)w H. w D.**

przeciwko (...)w **O.**

**o zapłatę**

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie

z dnia 5 grudnia 2016 r. sygn. akt V GC 192/16

**I. oddala apelację;**

**II. zasądza od pozwanego na rzecz powodów solidarnie kwotę 4.050 złotych tytułem zwrotu kosztów instancji odwoławczej.**

(...)

## UZASADNIENIE

Powodowie A. F. (1) oraz (...) w H. w D. wnosili o zasądzenie od pozwanego (...) w O. kwoty 150.000 zł z ustawowymi odsetkami oraz o zwrot kosztów procesu.

W uzasadnieniu pozwu wskazali, że na początku 2013 roku wzięli udział w ogłoszonym przez pozwanego nieograniczonym przetargu na dostawę żywego narybku węgorza europejskiego. Warunkiem uczestnictwa, poza spełnieniem kryteriów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, było także wniesienie wadium w wysokości 150.000 zł, co też strona powodowa uczyniła. Pozwany wezwał stronę powodową w trybie art. 26 ust. 3

ustawy prawo zamówień publicznych do uzupełnienia brakujących dokumentów i złożenia dodatkowych wyjaśnień do 25 kwietnia 2013 roku. Lider konsorcjum złożył wniosek o przedłużenie terminu do 6 maja 2013 roku informując, że osoby zarządzające spółką z Danii są poza granicami tego kraju, a ich powrót zaplanowany jest na 29 kwietnia 2013 roku, co uniemożliwia uzupełnienie brakujących dokumentów w wyznaczonym terminie. Pozwany uznał, że braki nie zostały uzupełnione w terminie i na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy prawo zamówień publicznych (dalej p.z.p.) zatrzymał wpłacone wadium. Strona żąda zwrotu równowartości jej zdaniem bezzasadnie zatrzymanego wadium.

Sąd Okręgowy w Olsztynie wydał nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym uwzględniający powództwo.

W sprzeciwie od tego nakazu pozwany domagał się oddalenia powództwa. Wskazywał, że powodowie w złej wierze doręczyli pozwanemu wadliwe i niepełne dokumenty, a następnie celowo nie wykonali zobowiązania do uzupełnienia brakujących dokumentów, co uzasadniało zatrzymanie wadium w oparciu o art. 46 ust. 4a p.z.p.

Wyrokiem z dnia 23 października 2015 roku Sąd Okręgowy w Olsztynie oddalił powództwo i rozstrzygnął o kosztach procesu. W uzasadnieniu podkreślił przede wszystkim, że powód A. F. (1) – działający w imieniu powodów – pomimo wezwania nie przedłożył żądanych dokumentów. Zdaniem tego Sądu nieprzekonujące były natomiast jego twierdzenia o braku obecności „szefostwa” powodowej spółki wobec posiadania umocowania powoda do działania w ich imieniu. Powód nie przedłożył brakujących tłumaczeń pism na język polski mimo istniejącego obowiązku i realnych możliwości jego wykonania. Braki nie zostały uzupełnione także po upływie określonego przez zamawiającego terminu. Zdaniem tego Sądu powodowie nie uzupełnili braków pomimo istniejących możliwości, bagatelizując wezwanie i postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. W rezultacie Sąd uznał, że powodowie wykazali się całkowitą biernością, umyślnością i celowością oraz nasileniem złej woli w nie podporządkowaniu się wezwaniu zamawiającego.

Na skutek apelacji powodów Sąd Apelacyjny w Białymstoku wyrokiem z 6 lipca 2016 roku uchylił zaskarżony wyrok, zniósł postępowanie w sprawie i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania. Wskazał na nieważność postępowania określoną w art. 379 pkt 2 k.p.c. Sąd Apelacyjny ustalił bowiem, że powód – spółka prawa duńskiego – nie była należycie reprezentowana. Pełnomocnictwo złożone na etapie postępowania przed Sądem I instancji było wadliwe (wystawione przez osobę nieuprawnioną do samodzielnej reprezentacji spółki), a czynności pełnomocnika nie zostały konwalidowane.

Po ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Okręgowy wyrokiem z 5 grudnia 2016 roku zasądził od pozwanego na rzecz powodów solidarnie kwotę 150.000 zł z ustawowymi odsetkami od 17 sierpnia 2014 roku do dnia zapłaty i orzekł o kosztach procesu.

Sąd ten ustalił, że pozwany w dniu 19 lutego 2013 roku ogłosił przetarg nieograniczony o udzielenie zamówienia publicznego „dostawa żywego narybku węgorza europejskiego pochodzącego z sezonu 2012 na 2013, realizowana w ramach operacji zarybianie 2012 roku wód dorzecza O. i W. narybkiem węgorza europejskiego w celu odbudowy jego populacji”. Wybór oferty miał zostać dokonany na podstawie najniższej oferowanej ceny brutto. Dostawa narybku miała być wykonana własnym transportem od 6 maja 2013 roku do 21 czerwca 2013 roku do wskazanych miejsc zarybiania. Warunkiem udziału w postępowaniu było wniesienia wadium na kwotę 150.000 zł w terminie do 26 marca 2013 roku. Powodowie złożyli ofertę jako konsorcjum i wpłacili wadium.

Z dalszych ustaleń Sądu I instancji wynika, że pismami z 18 kwietnia 2013 roku na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 p.z.p. powodowie zostali wezwani do uzupełnienia do 25 kwietnia 2013 roku dokumentów oraz złożenia wyjaśnień. W wezwaniu pozwany wskazywał na:

- brak tłumaczenia na język polski faktur poświadczających wykonanie dostawy;
- brak dokumentów potwierdzających, że dostawy zostały wykonane należycie co do wskazanej w wezwaniu faktur;
- brak tłumaczenia na język polski załączonych świadectw weterynaryjnych;

- brak dokumentu potwierdzającego, że nie otwarto likwidacji i nie ogłoszono upadłości duńskiej spółki (członka konsorcjum) oraz, że nie zalega ona z uiszczeniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenia społeczne itd.;
- brak podpisu wykonawców na dokumencie w języku polskim o ustanowieniu pełnomocników;
- brak tłumaczenia na język polski dokumentu (...);
- brak dokumentu (...);
- konieczność złożenia wyjaśnień wymaganych w SIWZ co do kwestii ocenianych przez pozwanego jako budzące wątpliwości.

Sąd Okręgowy ustalił także, że w odpowiedzi na powyższe wezwania powód A. F. (1) pismem z 24 kwietnia 2013 roku złożył wniosek o przedłużenie terminu dostarczenia dokumentów i wyjaśnień do 6 maja 2013 roku. Uzasadnił to faktem przebywania szefostwa duńskiej spółki poza granicami Danii w delegacji do dnia 29 kwietnia 2013 roku i brakiem w związku z tym wyjazdem możliwości uzupełnienia brakujących dokumentów i wyjaśnień. Jednocześnie złożył wyjaśnienia co do wskazanych w piśmie kwestii, ocenionych przez pozwanego jako budzące wątpliwości.

Ponadto Sąd I instancji ustalił, że pismem z 30 kwietnia 2013 roku pozwany zawiadomił oferentów o wyborze najkorzystniejszej oferty. Złożone zostały dwie oferty: powodów z ceną 4.448.000 zł oraz innego oferenta (Polskiego Związku Wędkarskiego) z ceną 4.260.026,40 zł, która została wybrana. Oferta powodów została odrzucona na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z uwagi na niezłożenie żądanych dokumentów oraz z uwagi na niewiarygodne i niepełne według pozwanego wyjaśnienia. Pomimo wezwań pozwany nie zwrócił powodom wpłaconego wadium.

W tym stanie faktycznym Sąd Okręgowy uznał, że nie zaistniały podstawy do odmowy zwrotu wadium przewidziane w art. 46 ust. 4a p.z.p. Odnosząc się do wykładni celowościowej powyższego przepisu wskazał, że miał on przeciwdziałać nieuprawnionym praktykom wykonawców zmierzających do tzw. zmowy cenowej celem udzielenia zamówienia temu, który zaoferował najwyższą cenę. Uznał przy tym, że nie do zaakceptowania jest pogląd, iż nieuzupełnienie jakiegokolwiek braku (bez względu na jego wagę) w złożonej ofercie, w określonym przez zamawiającego terminie, uzasadnia zatrzymanie wadium. Zdaniem Sądu Okręgowego zasadą winien być zatem zwrot wadium zgodnie z brzmieniem art. 46 ust. 1 p.z.p., zaś wyjątkiem, z uwagi na wysoką restrykcyjność tego przepisu, zatrzymanie wadium ale tylko w przypadku stwierdzenia umyślnego działania składających oferty, celowo ukierunkowanego na skłonienie zamawiającego do wyboru najmniej korzystnej, najdroższej oferty.

Sąd I instancji uznał, że wezwania do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień są jedynie wynikiem braku precyzji i staranności w sporządzeniu i skompletowaniu dokumentów oferty. W efekcie powodom można przypisać co najwyżej zaniedbanie w wykonaniu obowiązków nałożonych przez SIWZ, a nie celowe zamierzone działanie. Brak jest podstaw do uznania, że istniała jakakolwiek zmowa cenowa, tym bardziej, że w wyniku przetargu wyłoniono ofertę Polskiego Związku Wędkarskiego, która cenowo była niższa niż oferta powodów.

O kosztach procesu Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 98 k.p.c.

Apelację od tego wyroku wywiódł pozwany, zaskarżając go w całości. Zarzucił naruszenie:

- art. 379 pkt 2 k.p.c. w zw. z art. 97 § 2 w zw. z art. 87 k.p.c. poprzez ich niezastosowanie a przyjęcie przez Sąd, że w zakresie reprezentacji powoda ad. 2 udzielającego pełnomocnictwa procesowego radcy prawnemu w dniu 19 kwietnia 2016 roku powodowa spółka była należycie reprezentowana w całym postępowaniu, w sytuacji gdy powód ad. 2 działał bez należycie umocowanego pełnomocnika od dnia wniesienia pozwu tj. 16 marca 2015 roku do dnia 19 kwietnia 2016 roku, a nadto nie zostały zatwierdzone czynności pełnomocnika działającego bez umocowania, a Sąd w miejsce zatwierdzenia czynności przez stronę oparł się na oświadczeniu pełnomocnika, a co w konsekwencji doprowadziło do nieważności postępowania;

- art. 46 ust. 4a p.z.p. w brzmieniu obowiązującym w okresie od 24 października 2008 roku do 19 października 2014 roku poprzez jego niezastosowanie, a także błędną wykładnię polegającą na wadliwym uznaniu, że wyłączną przyczyną zatrzymania wadium jest całkowita celowość, bierność i umyślność w niewykonaniu wezwań zamawiającego;

- sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego z naruszeniem art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie oceny materiału dowodowego w sposób wybiórczy (z pominięciem zaświadczenia lekarza weterynarii wskazujących na brak omyłki lekarza przy wydawaniu zaświadczenia, czym tłumaczył się powód na etapie postępowania o udzielenie zamówienia) i z naruszeniem zasad logiki, polegający na pominięciu okoliczności, że brak wykonywania wezwań nr 1 i 2 do przedłożenia dokumentów z dnia 18 kwietnia 2013 roku wynikało z winy powodów,

- naruszenie przepisu art. 328 § 2 k.p.c. poprzez sporządzenie uzasadnienia wyroku bez przytoczenia treści przepisu prawa na jakich oparł się Sąd przy wydawaniu rozstrzygnięcia, co uniemożliwia weryfikację stanu prawnego treści przepisu art. 46 ust. 4a p.z.p. jaki Sąd zastosował.

Mając powyższe na uwadze pozwany wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie Sądowi Okręgowemu w Olsztynie sprawy do ponownego rozpoznania z pozostawieniem temu Sądowi rozstrzygnięcia o kosztach postępowania apelacyjnego (w tym kosztach zastępstwa prawnego wg norm przepisanych), ewentualnie zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa w całości i zasądzenie solidarnie od powodów na rzecz pozwanego zwrotu kosztów procesu.

Powodowie w odpowiedzi na apelację wniesli o jej oddalenie i zasądzenie na ich rzecz kosztów procesu według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

#### ***Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:***

#### ***Apelacja okazała się nieuzasadniona.***

W pierwszej kolejności należy odnieść się do najdalej idącego zarzutu jakim jest nieważność postępowania z uwagi na nienależytą reprezentację powodowej spółki (...) (art. 379 pkt 2 k.p.c.). Zwrócić należy przy tym uwagę, że Sąd Apelacyjny, rozpoznając po raz pierwszy sprawę, uchylił wyrok Sądu Okręgowego z dnia 23 października 2015 roku z tego właśnie powodu, zniósł postępowanie i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania. Przed wydaniem powyższego wyroku pełnomocnik powodowej Spółki złożył prawidłowe pełnomocnictwo. Nadto na rozprawie w dniu 25 listopada 2016 roku pełnomocnik Spółki, w jej imieniu, potwierdził czynności procesowe w postaci wniesienia pozwu, jak też wnioski w nim zawarte oraz żądanie. Pozwany twierdził jednak, że pełnomocnik nie mógł zatwierdzić dokonanych wcześniej czynności, gdyż może uczynić to jedynie sama strona.

Z tym stanowiskiem nie sposób się jednak zgodzić. Pamiętać bowiem należy, że prawidłowo udzielone pełnomocnictwo procesowe obowiązuje w granicach określonych w art. 91 k.p.c. Przepis ten uprawnia pełnomocnika do wszystkich łączących się ze sprawą czynności procesowych o ile w treści pełnomocnictwa mocodawca tego uprawnienia nie wyłączył albo nie ograniczył. Już z tego powodu nie sposób odmówić pełnomocnikowi możliwości zatwierdzenia dotychczasowych czynności. Nadto zatwierdzenie czynności, o jakim mowa w art. 97 § 2 k.p.c., jest czynnością procesową a nie materialnoprawną i nie wymaga przy tym szczególnego rodzaju pełnomocnictwa. Zatem twierdzenia pozwanego niezasadnie zmierzają do ograniczenia prawa powodowej Spółki, posiadającej prawidłowo ustanowionego pełnomocnika procesowego, który to działając w ramach swoich kompetencji zatwierdził wcześniej dokonane czynności. Powyższą sytuację należy odróżnić od tej, w której to osoba występująca wcześniej w charakterze pełnomocnika w ogóle nie mogła nim być. To w takiej sytuacji zachodzi bowiem nieważność postępowania (por. uchwałę składu siedmiu sędziów z dnia 9 lipca 2008 roku, III CZP 154/07, OSNC 2008, Nr 12, poz. 133). W niniejszej sprawie problem dotyczył jedynie udziału w sprawie osoby która była pełnomocnikiem (i mogła nim być), a jedynie nie wykazała należycie swego umocowania. W tej sytuacji zarzut nieważności postępowania z art. 379 pkt 2 k.p.c. okazał się nieuzasadniony.

Nie zasługuje również na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. W orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że sporządzenie uzasadnienia w sposób nie w pełni odpowiadający stawianym mu wymaganiom może stanowić usprawiedliwioną podstawę zaskarżenia jedynie wtedy, gdy przedstawione w nim motywy nie pozwalają na przeprowadzenie kontroli zaskarżonego orzeczenia z uwagi na brak wszystkich koniecznych elementów lub inne kardynalne braki. Chodzi o sytuację, gdy treść uzasadnienia orzeczenia uniemożliwia całkowicie dokonanie oceny toku wyводу, który doprowadził do wydania wyroku. Tylko bowiem w takim przypadku uchybienie art. 328 § 2 k.p.c. może być uznane za mogące mieć wpływ na wynik sprawy. Uzasadnienie zaskarżonego wyroku w żadnym razie nie jest dotknięte tego rodzaju brakami i jego kontrola nie nastręcza trudności. Wprawdzie Sąd I instancji nie określił w sposób precyzyjny, którą wersję art. 46 ust. 4a p.z.p. interpretuje, to jednak z uwagi na treść całego uzasadnienia, a w szczególności dokonaną przez ten sąd analizę okoliczności sprawy, ocenę prawną i wskazaną podstawę rozstrzygnięcia oczywiste jest, że w sprawie został zastosowany art. 46 ust. 4a p.z.p. w brzmieniu obowiązującym w momencie ogłoszenia przetargu i trwania procedury przetargowej. Zatem brak w uzasadnieniu precyzyjnego wskazania tej kwestii był jedynie drobnym uchybieniem, które nie miało wpływu na treść rozstrzygnięcia.

W tym miejscu należy podkreślić, że Sąd Okręgowy poczynił w sprawie prawidłowe ustalenia faktyczne, które mają oparcie w materiale dowodowym, ocenionym przez Sąd Okręgowy bez naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. Zatem ustalenia te Sąd Apelacyjny podziela i przyjmuje za własne.

Niezasadny tym samym okazał się zarzut sprzeczności istotnych ustaleń sądu z treścią zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego i wadliwej oceny tego materiału. Obalenie poczynionych przez Sąd Okręgowy ustaleń wymagało wykazania przez pozwanego, że doszło przy tym do naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. Skuteczne postawienie zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. nie może jednak polegać li tylko na przedstawieniu przez stronę skarżącą stanu faktycznego, ustalonego przez nią na podstawie własnego przekonania, lecz konieczne jest wykazanie, że Sąd uchybił regułom logicznego rozumowania i zasadom doświadczenia życiowego.

Stawiane w apelacji przez stronę pozwaną zarzuty są po części chybione, a po części nieistotne. Bez istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia pozostają bowiem naruszenia zasad składania oferty, dokonane przez powodowe konsorcjum w trakcie składania tej oferty, gdyż art. 46 ust. 4a p.z.p. dopuszcza zatrzymanie wadium jedynie w związku z nieprawidłowościami na etapie usuwania braków. W związku z tym zachowanie powodów należało ocenić w oparciu o ustalenia dotyczące tego etapu przetargu. Zarzucanie stronie powodowej złej woli już od etapu składania oferty, nie dość, że nieuzasadnione (sama liczba oraz rodzaj wad oferty nie daje podstaw do formułowania takiego zarzutu), to nie może być bezpośrednio przeniesione na etap uzupełniania braków. Pozwany doszukiwał się jej przede wszystkim w braku spójności między ilością ryb sprzedawanych i wyspecyfikowanych w dokumentach załączonych do formularza ofertowego wykonawcy. Zdaniem pozwanego załączone dokumenty, na podstawie których miano ocenić wiedzę i doświadczenie powoda, miały celowo wprowadzić zamawiającego w błąd, a przedłożone świadectwa zdrowia narybku dotyczyły innych transakcji niż te, na które strona powodowa powoływała się składając ofertę w przetargu. Niewątpliwie uwagi te dotyczą etapu składania oferty, a nie uzupełnienia dokumentacji i składania dodatkowych wyjaśnień. Na marginesie należy zauważyć, że pozwany A. F. (2) odniósł się do pytań pozwanego, jednakże jego zdaniem rozwił on jedynie część wątpliwości.

W tym miejscu wskazać należy, że żadna ze stron nie kwestionowała, iż wniosek o przedłużenie terminu został złożony. Na podstawie zgromadzonych w sprawie dowodów nie sposób przyjąć, że przyczyny wniosku o przesunięcie terminu, wskazywane przez powoda A. F. (1) w tym wniosku, były nieprawdziwe lub też w inny sposób zmanipulowane. Nadto okoliczności wskazywane przez stronę pozwaną nie mogły wpłynąć na kierunek rozstrzygnięcia, albowiem ten determinowany był przede wszystkim wykładnią art. 46 ust. 4a p.z.p.

Zatem zasadniczy problem w niniejszej sprawie sprowadza się do interpretacji art. 46 ust. 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku prawo zamówień publicznych, a w szczególności oceny sytuacji, w której dozwolone jest zatrzymanie wadium z uwagi na nieuzupełnienie bądź nieprawidłowe uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Jak już to zostało wcześniej zaznaczone, w sprawie zastosowanie ma przepis obowiązujący w czasie ogłaszania postępowania przetargowego jak też trwania całej procedury, w tym w czasie

uzupełnienia braków (Dz.U. Nr 113, poz. 759). Stanowił on, że zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.

Problem zatrzymania wadium z uwagi na nieuzupełnienie bądź nieprawidłowe uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu wywołał w doktrynie i orzecznictwie liczne rozbieżności. Jednakże interpretacji omawianego przepisu nie sposób oderwać od pozostałych regulacji, obejmujących procedurę przetargową. Na wstępie należy wskazać, że zgodnie z art. 46 ust. 1 p.z.p., zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a. Z kolei art. 46 ust. 4a stanowi, że zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Tym samym nie można zgodzić się z oceną, jakoby art. 46 ust. 4a p.z.p. ustanawiał jako regułę prawo zatrzymania wadium, a wyjątkiem do tej reguły były sytuacje, w których niezłożenie żądanych dokumentów lub oświadczeń w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nastąpiło z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy. Przeciwnie - regułą wyrażoną wprost w art. 46 ust. 1 p.z.p. jest zwrot wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, zaś art. 46 ust. 4a p.z.p. przewiduje wyjątek uprawniający do zatrzymania wadium. Niewątpliwie odpowiedzialność określona w tym przepisie opiera się na zasadzie winy wykonawcy - obowiązek zatrzymania wadium powstaje więc tylko w przypadku zawinionego działania. W każdym wypadku podlegają badaniu przyczyny nie wykonania wezwania, 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.

Podkreśla się jednak, co dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy miało znaczenie decydujące, że interpretacja tego przepisu wymaga uwzględnienia jego celu. Przepis ten, o charakterze bezwzględnie obowiązującym, został wprowadzony ustawą nowelizującą, zaś celem było ograniczenie możliwości dokonywania zmów przetargowych, polegających na porozumieniu wykonawców prowadzącym do udzielenia zamówienia temu, kto zaoferuje najwyższą cenę. Wykonawcy mogli bowiem celowo składać oferty bez wymaganych dokumentów lub oświadczeń i po zapoznaniu się z ofertami konkurentów, wycofać się z postępowania przetargowego bez żadnych konsekwencji. W doktrynie i orzecznictwie podkreśla się zarówno sankcyjny i dyscyplinujący wykonawców charakter instytucji zatrzymania wadium przez zamawiającego, jak i restrykcyjny charakter omawianego przepisu. Konsekwencją jest konieczność ścisłej interpretacji oraz oceny zaistnienia przesłanek zatrzymania wadium przy uwzględnieniu konkretnych okoliczności danej sprawy. Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach konsekwentnie wskazywał, że obowiązek zatrzymania wadium powstaje tylko w przypadku zawinionego działania wykonawcy polegającego na nieuzupełnieniu dokumentów i oświadczeń, o złożenie których wykonawca został zasadnie wezwany przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p., gdy to zaniechanie wykonawcy zmierza do obejścia prawa, w szczególności przez stworzenie warunków ku temu, by zamówienie udzielone zostało temu wykonawcy, który zaoferuje najwyższą cenę. Podkreśla się, że do przyjęcia zawinienia wykonawcy konieczna jest jego całkowita bierność, umyślność i celowość oraz nasilenie złej woli w niepodporządkowaniu się wezwaniu zamawiającego (wyroki Sądu Najwyższego z: 10 maja 2013 roku, sygn. akt I CSK 422/12, LEX nr 1331255, z 7 lipca 2011 roku, sygn. akt II CSK 675/10 i z 22 listopada 2012 roku, sygn. akt II CSK 448/12, M.Prawn. 2013/24/1324, z 14 marca 2013 roku, sygn. akt I CSK 444/12, LEX nr 1318297). W przywołanym wyżej wyroku z dnia 7 lipca 2011 roku Sąd Najwyższy wskazał, że przyjęcie odmiennego stanowiska i uznanie, że do zatrzymania wadium może dojść w każdej sytuacji, gdy wykonawca nie wypełni należycie wezwania zamawiającego, stwarza pole do nadużyć ze strony zamawiającego. Możliwe wówczas staje się wykorzystanie instytucji wadium jako sposobu nienależytego przysporzenia. Nie bez znaczenia dla oceny, czy zamawiający może zatrzymać wadium jest wpływ uchybienia wykonawcy na przebieg postępowania przetargowego. Sankcja z art. 46 ust. 4a powinna mieć zastosowanie przede wszystkim w sytuacji, gdy wykonawca w ogóle nie reaguje na wezwanie i jest całkowicie bierny, pozostawiając je bez żadnej odpowiedzi.

Nadto wskazać należy, że proponowana przez pozwanego wykładnia omawianej regulacji prowadziłaby do akceptacji pozyskiwania przez zamawiającego znacznych przysporzeń majątkowych kosztem wykonawcy, mimo braku racji aksjologicznych.

W świetle zgromadzonego w niniejszej sprawie materiału dowodowego brak jest podstaw do przyjęcia, że wniosek jednego z członków konsorcjum o przedłużenie terminu do uzupełnienia braków w dokumentacji i złożenia wyjaśnień do dnia 6 maja 2013 roku zmierzał do obejścia prawa, w szczególności przez stworzenie warunków ku temu, by zamówienie udzielone zostało temu wykonawcy, który zaoferuje najwyższą cenę (druga, zaaprobowana przez pozwanego oferta opiewała na niższą wartość). Uwzględniając zatem omówiony szeroko cel wprowadzenia do systemu prawnego art. 46 ust. 4a ustawy Prawa o zamówieniach publicznych nie sposób uznać, że przystąpienie powoda do przetargu nosiło cechy pozorności i że spełnione zostały przesłanki uzasadniające zatrzymanie wniesionego przez niego wadium. Wprawdzie A. F. (1) działał również w imieniu powodowej Spółki, jednakże pamiętać należy, że te dwa podmioty są co do zasady niezależne i przystąpiły do przetargu w charakterze konsorcjum. Nie można zatem odmówić powodowi możliwości uzgodnienia wyjaśnień ze spółką (...) i zebrania stosownej dokumentacji w porozumieniu z drugim członkiem konsorcjum w sytuacji, gdy nie był możliwy kontakt z osobami upoważnionymi do reprezentowania tej spółki z uwagi na ich podróż służbową. Podkreślić też trzeba, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów w części dotyczyło dokumentów odnoszących się do powodowej Spółki, możliwych do uzyskania tylko od organów duńskich. W tej sytuacji potencjalna możliwość ich uzyskania przez A. F. (1) była powiązana z istotnymi trudnościami i koniecznością posiadania wiedzy co do sposobu postępowania tych organów, znajomości procedur czy języka. Uzasadniało to zatem wniosek powoda o przedłużenie terminu. Złożenie zaś tylko części dokumentów w odpowiedzi na wezwanie pozwanego (bez dokumentów z Danii) było niecelowe z uwagi na brak możliwości uznania wezwania za wykonane. Bez znaczenia dla sprawy pozostaje fakt, że powodowie nie złożyli dokumentów i wyjaśnień w terminie wskazanym we wniosku o przedłużenie terminu, gdyż pozwany już w dniu 30 kwietnia 2013 roku dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty i wystawił stosowne zawiadomienie, które przesłał powodom. Z punktu widzenia stosowania omawianej regulacji była to okoliczność obojętna.

Najistotniejsze jest jednak to, że uchybienie strony powodowej w żaden sposób nie wpłynęło na przebieg i co najważniejsze rezultaty przetargu oraz na warunki i samo podpisanie umowy z wygrywającym. Zamawiający dokonał wyboru innej, korzystniejszej oferty, oczywiście z wykluczeniem powodów. Jeszcze raz należy przypomnieć, że strona powodowa złożyła ofertę opiewającą na kwotę 4.448.000 zł, zaś wybrana oferta Polskiego Związku Wędkarskiego wynosiła 4.260.026,40 zł. Pozwany zresztą w tym zakresie nie podnosił jakichkolwiek zastrzeżeń, czy zarzutów. Reasumując, uznać należy, że brak przedłożenia w terminie dokumentacji nie był w jakimkolwiek stopniu wyrazem próby obejścia prawa, próby pozornego uczestnictwa w przetargu, nie był wyrazem istniejącej zmywy cenowej, a tym samym nie sposób przypisać oferentowi szczególnego nasilenia złej woli, celowego, czy umyślnego działania, a dokładniej całkowitej jego bierności, a tylko takie zachowania, zgodnie z zaprezentowaną wykładnią, uzasadniały stosowanie art. 46 ust. 4a ustawy.

Oczywiście Sąd Apelacyjny dostrzega literalne brzmienie przepisu. Stosowanie jedynie wykładni językowej wskazywałaby, iż obowiązek zatrzymania wadium przez zamawiającego aktualizuje się także w przypadku niedbalstwa, a nawet lekkomyślności wykonawcy. Przy tego rodzaju rozumieniu treści przepisu niewątpliwie uznać należałoby, że strona powodowa nie podjęła wszystkich niezbędnych i możliwych działań celem złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów, co mieści się w pojęciu okoliczności leżących po stronie wykonawcy. Nie mogło to jednak, wobec celowości wykładni przepisu, zmienić kierunku rozstrzygnięcia.

Jakkolwiek powód A. F. (1) mógł samodzielnie podjąć działania zmierzające chociażby do częściowego uzupełnienia dokumentów, to ewentualne niedbalstwo strony powodowej nie mogło zostać w żadnym przypadku zakwalifikowane jako noszące cechy szczególnego nasilenia złej woli, całkowitej bierności, braku od początku zamiaru wykonania zobowiązania, a tylko takie uzasadniało zastosowanie art. 46 ust. 4a ustawy. Jeszcze raz wymaga podkreślenia, że pozwany doszukiwał się w złej woli już na etapie składania oferty. Jednakże twierdzenia, że działania te były celową próbą wprowadzenia w błąd pozwanego i liczeniem na omyłkę zamawiającego poprzez przedkładanie do ofert

dokumentów ze sobą nie korelujących jest irrelewantne z punktu widzenia art. 46 ust. 4a p.z.p. W konsekwencji Sąd Apelacyjny podzieli wykładnię zastosowaną przez Sąd I instancji. Mając zaś na względzie, że przepis ten (w analizowanym brzmieniu) determinował zakres powinności dowodowych stron, przyjąć należało, że nie doszło do naruszenia prawa procesowego poprzez wadliwe ustalenia faktyczne i wadliwą ocenę dowodów.

Mając na uwadze powyższe okoliczności apelację pozwanego jako bezzasadną należało oddalić na podstawie art. 385 k.p.c.

Podstawę rozstrzygnięcia o kosztach procesu w postępowaniu apelacyjnym stanowiły przepisy art. 108 k.p.c. oraz art. 98 k.p.c. Kosztami tymi obciążono pozwanego jako stronę przegrywającą proces w II instancji. W skład tych kosztów wchodzi zaś jedynie wynagrodzenie pełnomocnika w stawce minimalnej wynikającej z § 2 pkt 6 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2016 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych.

(...)

przebywa na urlopie wypoczynkowym