

Sygn. akt V ACa 664/12

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 1 lutego 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach V Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący :	SSA Barbara Kurzeja (spr.)
Sędziowie :	SA Grzegorz Stojek SA Olga Gornowicz- Owczarek
Protokolant :	Barbara Knop

po rozpoznaniu w dniu 18 stycznia 2013 r. w Katowicach

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w M.

przeciwko Miastu J.

przy udziale interwenienta ubocznego (...) w P.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach

z dnia 23 lipca 2012 r., sygn. akt II C 90/11

1. oddala apelację i zasądza od pozwanego na rzecz strony powodowej kwotę 5.400 (pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem kosztów postępowania apelacyjnego;
2. zasądza od pozwanego na rzecz interwenienta ubocznego kwotę 5.400 (pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt V ACa 664/12

Uzasadnienie.

Powodowa Spółka wniosła o zasądzenie na jej rzecz od strony pozwanej kwoty 1.024.445,56 zł. wraz z ustawowymi odsetkami tytułem zwrotu nienależnie pobranego wadium (w kwocie 1.000.000 zł wniesionej w formie gwarancji ubezpieczeniowej) po zakończeniu toczącego się z jej udziałem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz tytułem poniesionych w związku z tym kosztów.

W motywach żądania podała, że wraz ze spółką (...) z siedzibą w P. na podstawie umowy konsorcjum, brała udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w formie przetargu nieograniczonego pn. „ (...)” prowadzonym przez pozwane Miasto J. jako zamawiającego). Liderem Konsorcjum była spółka (...) i to na niej ciążył obowiązek kontaktowania się z zamawiającym. W celu dopuszczenia do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obie spółki były obowiązane do dostarczenia dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań określonych w specyfikacji ogólnych warunków zamówienia (SIWZ). Jednym z warunków dopuszczenia do udziału było wniesienie wadium w kwocie 2.000.000 zł. Powódka wniosła wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej udzielonej przez Towarzystwo (...) S.A. w kwocie 1.000.000 zł, zaś lider Konsorcjum w formie gwarancji bankowej na kwotę 1.000.000 zł. Konsorcjum obu spółek składając ofertę o udzielenie zamówienia złożyło wymagane przez zamawiającego dokumenty. Jednym z nich był dokument potwierdzający niekaralność członków zarządu wykonawców za przestępstwa wskazane w art. 24 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. Nr 113, z 2010 r., poz. 759; dalej: p.z.m.). Jednakże w związku z tym, że dostarczony przez lidera „wypis z ewidencji kwalifikowanych dostawców „wystawiony przez Ministerstwo Rozwoju Regionalnego Republiki Czeskiej nie obejmował – zdaniem zamawiającego – wszystkich wskazanych w tym artykule przestępstw, pozwana pismem z 14.06.2010 r. wezwała go do uzupełnienia zgłoszenia poprzez dołączenie uwierzytelnionego przez właściwy organ dokumentu potwierdzającego przedmiotową okoliczność w terminie 7 dni od doręczenia wezwania. Jednocześnie pozwana wskazała, iż wymieniony dokument winien potwierdzać przedmiotową okoliczność na dzień składania ofert, tj. 29.04.2010 r.

W odpowiedzi na to wezwanie, lider dwukrotnie dostarczał dokumenty: faksem i przez pracownika K. D.. Jednocześnie wskazano w piśmie przewodnim, że wcześniej dostarczony „Wypis z wykazu kwalifikowanych dostawców” nie zawierał pełnego tłumaczenia. Złożony wraz z ofertą dokument został uzupełniony o brakujący fragment tłumaczenia w brzmieniu: „nie figuruje w rejestrze osób z nałożonym zakazem uczestniczenia w zamówieniach publicznych”. Pomimo dostarczenia wszystkich wymaganych dokumentów, pismem z 30.06.2010 r. pozwany poinformował konsorcjum o wykluczeniu go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na nieprzedłożenie w wyznaczonym terminie wymaganych dokumentów stanowiących uzupełnienie oferty. Nadto podała, że zostały dostarczone faksem w języku czeskim, bez tłumaczenia na język polski. Następnie wezwał go do złożenia wyjaśnień dotyczących okoliczności niezłożenia w wyznaczonym terminie brakujących dokumentów. W odpowiedzi, lider konsorcjum wskazał, że dokumenty były wysłane faksem oraz – już po upływie wskazanego terminu – zostały złożone w oryginale w Urzędzie Miasta. Podał też, iż w SIWZ pozwana dopuściła możliwość przesyłania faksem w toku postępowania pism, wyjaśnień i oświadczeń.

W związku z zatrzymaniem wadium pozwana zwróciła się do gwaranta powódki o wypłacenie kwoty 1.000.000 zł i ubezpieczyciel, (...) uiszczył tę kwotę na rzecz pozwanej i skierował roszczenie regresowe do powódki. Następnie, ubezpieczyciel zawarł z powódką ugodę, w której powódka zobowiązała się do zapłaty na rzecz gwaranta kwoty 1.000.000 zł w czterech ratach po 250.000 zł z odsetkami. W wyniku rozłożenia należności na raty powódka poniosła dodatkowe koszty w postaci konieczności uiszczenia ubezpieczycielowi naliczonych odsetek w kwocie 18.287 zł oraz kosztów notarialnych w kwocie 3.718,56 zł.

Pozwana w odpowiedzi na pozew wniosła o odrzucenie pozwu a na wypadek nieuwzględnienia tego wniosku o oddalenie powództwa, jako bezzasadnego. Zarzuciła, że zatrzymanie wadium było uzasadnione wobec braku dostatecznego wyjaśnienia okoliczności nieuzupełnienia dokumentów.

Spółka (...) zgłosiła interwencję uboczną po stronie powodowej Spółki i wniosła o uwzględnienie powództwa w całości i zasądzenie od pozwanej na jej rzecz kosztów procesu. Wskazała, iż wezwanie pozwanej do uzupełnienia przezeń, jako lidera Konsorcjum dokumentów było bezpodstawne, albowiem interwenient uboczny już na etapie składania oferty przedłożył pozwanej dokument bezspornie potwierdzający niekaralność członków zarządu interwenienta w zakresie przewidzianym przepisami p.z.m. Zakres tego oświadczenia jest szerszy, niż wymagany przez przepisy polskiej ustawy, który wymaga wykazania niekaralności w zakresie jedynie niektórych przestępstw związanych z działalnością gospodarczą. Dokument ten został złożony wraz z tłumaczeniem na język polski, przy czym tłumaczenie to okazało

się niepełne, albowiem w tłumaczeniu zabrakło tłumaczenia (pkt 2 ust. j) który dotyczył kwestii braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, z uwagi na orzeczony zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne. Był to zatem błąd tłumacza przysięgłego.

Podniesiony przez pozwanego zarzut niedopuszczalności drogi sądowej został prawomocnie oddalony postanowieniami: Sądu Okręgowego z dnia 21 czerwca 2011 i Sądu Apelacyjnego z dnia 12 października 2011 roku (sygn.V ACz 660/11), który wyraził pogląd, że czynność zatrzymania wadium nie mieści się w zakresie postępowania o udzielenie zamówienia.

Wyrokiem z dnia 23 lipca 2012 r. Sąd Okręgowy zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 1.022.005,56 zł z ustawowymi odsetkami, a w pozostałej części powództwo oddalił i orzekł o kosztach procesu ustalając, co następuje.

Pozostaje poza sporem, że powódka wraz z (...) z siedzibą w P., na podstawie zawartej umowy konsorcjum, brała udział w postępowaniu o udzielenie wymienionego wyżej zamówienia publicznego i że w dniu 29.04.2010 r., (...), ustanowiona w umowie liderem Konsorcjum, złożyła dokument w języku czeskim wraz z tłumaczeniem na język polski dotyczący niekaralności członków zarządu pod nazwą: „wypis z wykazu kwalifikowanych dostawców”. Zgodnie z SIWZ, do oferty były również dołączone gwarancje: ubezpieczeniowa i bankowa i obie opiewały na kwoty po 1.000.000 zł.

Pozwany wezwał lidera Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów, bo w dokumencie dołączonym do oferty znajdowało się odniesienie tylko do pewnego rodzaju przestępstw a brakowało informacji dotyczących przestępstw przeciwko środowisku, przeciwko osobom wykonującym prace zarobkową, przeciwko obrotowi gospodarczemu, przestępstw skarbowych, udziału w zorganizowanej grupie. Poza tym brakowało dokumentów w postaci zaświadczeń z Krajowego Rejestru Sądowego dotyczących członków zarządu.

Pismem z 14.06.2010 r., przesłanym faksem liderowi Konsorcjum, pozwane Miasto wskazało, że wprawdzie przedłożony został dokument pt. „Wypis z wykazu kwalifikowanych dostawców”, niemniej jednak katalog przestępstw w nim określony jest znacznie węższy od wymaganego w art. 24 ustęp 1 pkt 4 – 8 p.z.m., jak również brak jest stwierdzenia o nieistnieniu zakazu ubiegania się o zamówienia określonego w art. 24 ustęp 1 pkt. 9 i poinformował, że w ofercie brakuje dokumentu lub oświadczenia potwierdzającego niepodleganie wykluczeniu na podstawie art. 24 ustęp 1 pkt 4-8 i art. 24 ustęp 1 punkt 8 wymienionej ustawy, stanowiących – wystawione w Republice Czeskiej – odpowiedniki dokumentów wymienionych w punktach 9.3.5. i 9.3.6. i wezwał do ich uzupełnienia w terminie 7 dni od dnia otrzymania pisma w godzinach pracy Urzędu Miasta. Ponadto pozwany zastrzegł, że dokumenty powinny potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie później, niż na dzień składania ofert, tj. 29.04.2010 r.

Pismo zostało przesłane do P. faksem oraz listem poleconym, pomimo tego, że w złożonej u pozwanego ofercie lider Konsorcjum podał zarówno adres siedziby w P., jak również jego oddziału w B.. Wymagało w związku z tym tłumaczenia na język czeski i następnie skierowania do oddziału w Polsce.

Załączony przez lidera do oferty „wypis z listy kwalifikowanych dostawców” sporządzany jest przez Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, które bada sytuację firmy, karalność, niezaleganie z podatkami i zbiera wszystkie informacje niezbędne do zamówienia i potwierdza, czy firma spełnia warunki do brania udziału w postępowaniach publicznych. Lider konsorcjum posiadał aktualne oraz wcześniejsze wypisy dotyczące tej samej materii z Krajowego Rejestru Sądowego, ale były one umieszczone w archiwum firmy.

Spółka (...) istnieje od 40 lat, wykonuje zadania w ramach zamówień publicznych, nigdy nie miał zakazu ubiegania się o takie oferty i po raz pierwszy składała ofertę w Polsce. W odpowiedzi na faks pozwanego, dokumenty w postaci zaświadczeń z Krajowego Rejestru Sądowego zostały przesłane dwukrotnie: faksem, tj. 20 i 22 czerwca, a później złożone osobiście przez K. D. stronie pozwanej.

Faksem zostały przesłane dokumenty dotyczące niekaralności członków zarządu lidera konsorcjum, sporządzone w języku czeskim wraz z tłumaczeniem na język polski. Były wystawione nie w tej dacie, o którą chodziło w wezwaniu.

Poza tym te dokumenty nie były podpisane przez osobę upoważnioną. Druga partia dokumentów, tj. o niekaralności członków zarządu, przesłana faksem 22 czerwca, była opatrzona właściwą datą, ale została przesłana bez tłumaczenia na język polski. Kolejna partia materiału została przesłana kilkanaście minut później. Kolejne dokumenty, które częściowo mogłyby być uznane jako uzupełnienie oferty, zostały dostarczone po upływie określonego terminu. Kolejna część dokumentów dotarła bowiem do pozwanego 25 czerwca i są to dokumenty z oryginalnymi podpisami tłumacza i noszą daty po otwarciu oferty. Oświadczeniem z 22 czerwca 2010 r. tłumacz przysięgły T. K. podał, iż dokonując tłumaczenia „wypisu z wykazu kwalifikowanych dostawców z 31.03.2010 r. przeoczył ustęp j punktu 2, którego dokładne tłumaczenie brzmi: „ nie figuruje w rejestrze osób z nałożonym zakazem uczestniczenia w zamówieniach publicznych”.

W przetargu ogłoszonym przez pozwanego zgłoszono 13 ofert, pozwany wykluczył z przetargu trzech wykonawców, w tym Konsorcjum powódki i spółki (...)

W piśmie z 2.07.2010 r. pozwany zażądał wyjaśnienia okoliczności nieuzupełnienia dokumentów w terminie i cztery dni później (...) udzieliła pozwanemu wyjaśnień. (...) wypłacił pozwanemu, na jego żądanie, kwotę 1.000.000 zł i w związku z tym, w umowie zawartej z tymże ubezpieczycielem powódka zobowiązała się do zapłaty na jego rzecz wymienionej kwoty w czterech ratach po 250.000 zł wraz z odsetkami w kwocie 18.287 zł. W sporządzonym przez strony umowy akcie notarialnym powódka poddała się egzekucji na rzecz (...) i z tego tytułu poniosła koszty notarialne w kwocie 3.719,56 zł. Z kolei za opinię prawną dotyczącą między innymi zatrzymania wadium w związku z udziałem w przetargu ogłoszonym przez pozwanego powódka zapłaciła Kancelarii Prawnej kwotę 4.880 zł.

W ocenie Sądu Okręgowego, nie zachodziły podstawy z art. 46 p.z.m. do zatrzymania wadium. Jeżeli nawet przyjąć, że złożone wraz z ofertą dokumenty wymagały uzupełnienia, to jednak nadanie przezeń faksem dalszych, tj. o niekaralności a później złożenie ich bezpośrednio w Urzędzie Miasta, stanowiło wypełnienie obowiązku wynikającego z art. 24 ustęp 1 punkt 4 - 8 ustawy p.z.p.,. Pozwany wzywając lidera do przedłożenia dokumentów z datą na dzień składania ofert (29 kwietnia 2010 r.) musiał się liczyć z tym, że nie będzie to możliwe, albowiem (...) musiałaby już wcześniej wiedzieć o tym, że pozwana o takie dokumenty się zwróci. Krótki czas, który został mu określony i przesłanie wezwania do siedziby spółki w P., w sytuacji gdy pozwana wiedziała o istnieniu oddziału w B., również miał wpływ na to, że została wybrana forma przesłania dokumentów faksem. Złożenie w oryginale dokumentów w dzień po upływie określonego terminu nie zmienia oceny Sądu, co do wywiązania się przez (...) z nałożonego obowiązku.

Art. 46 ust. 4a p.z.p. zezwala zamawiającemu na zatrzymanie wadium jedynie w sytuacji, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy w ogóle nie złożył dokumentów, czy też oświadczeń. Skoro zatem (...) wywiązał się z tego obowiązku, podejmowane przez pozwanego działania, już po wyborze najkorzystniejszej oferty, w celu wyegzekwowania od (...) kwoty 1.000.000 zł ,należy traktować jako pozbawione podstaw prawnych.

Na skutek realizacji przez ubezpieczyciela gwarancji ubezpieczeniowej na żądanie pozwanego Miasta, powódka była zobowiązana do zwrotu na jego rzecz wypłaconej przezeń kwoty wadium. Rozłożenie tej kwoty na cztery raty i konieczność zapłaty odsetek ubezpieczycielowi oraz kosztów notarialnych jest w ocenie Sądu szkodą, której doznała powódka i na pozwanym ciąży obowiązek zwrotu powódce zarówno nie tylko kwoty wadium jako świadczenia nienależnego w rozumieniu art. 410 k.c., ale również uiszczonych odsetek i opłaty notarialnej (art. 417 § 1 k.c.).

Żądanie zasądzenia od pozwanej kosztów opinii prawnej w ocenie Sądu pierwszej instancji, nie pozostaje natomiast w adekwatnym związku przyczynowym z zaistniałą szkodą (art. 361 § 1 k.c.), stąd też w tym zakresie to żądanie podlega oddaleniu.

Ustawowe odsetki od wymienionych kwot Sąd za sadził na podstawie art. 481 § 1 k.c.

Apelację od powyższego wyroku w części uwzględniającej powództwo i orzekającej o kosztach procesu wniosła strona pozwana zarzucając Sądowi Okręgowemu:

1. naruszenie przepisów prawa materialnego:

- art. 46 ust. 2 i 4a p.z.p. w zw. z art. 23 ust. 1-4 p.z.p., poprzez ich niezastosowanie w odniesieniu do określenia legitymacji czynnej strony powodowej, w sytuacji gdy, prawidłowe zastosowanie przywołanych przepisów oznacza, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego w ramach konsorcjum są łącznie legitymowani w postępowaniu sądowym o zwrot wadium, zaś nie ma natomiast takiego uprawnienia jedynie jeden z wykonawców,

- art. 46 ust. 4a p.z.p. w zw. z art. 26 ust. 3 p.z.p. poprzez jego błędną wykładnię, polegającą na przyjęciu, że niezłożenie wszystkich wymaganych dokumentów w wyznaczonym przez zamawiającego (pозwanego) terminie, nie ma znaczenia dla wypełnienia obowiązku zamawiającego, a co za tym idzie nie daje podstawy do zatrzymania wadium,

- art. 26 ust. 3 p.z.p. przez jego błędną wykładnię, polegającą na przyjęciu, że „pозwany nakładając na (...) a.s. obowiązek przedłożenia dokumentów z datą na dzień składania ofert musiał się liczyć z tym, że nie będzie to możliwe”, w sytuacji kiedy określenie daty złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie udziału w postępowaniu „nie później niż na dzień składania ofert” (taki zapis widniał w wezwaniu zamawiającego) jest pojęciem ustawowym, a co za tym idzie nie może obciążać pозwanego (w zakresie liczenia się z tym czy jego wezwanie będzie możliwe do spełnienia czy nie)”,

2. naruszenie art. 328 § 2 k.p.c., poprzez niewyjaśnienie podstawy prawnej wyroku

i niewskazanie dowodów, na których się oparł i przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej,

3. sprzeczność istotnych ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawie materiału przez przyjęcie, że uchybienie przez powoda terminu do złożenia dokumentów nastąpiło z przyczyn od niego niezależnych

i wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez oddalenie powództwa w całości ewentualnie o jego uchylenie w zaskarżonej części i przekazanie sprawy w uchylonym zakresie Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności rozważenia wymagają zarzuty natury procesowej, dotyczące prawidłowości przeprowadzonego postępowania.

Jeśli idzie o podnoszony przez skarżącego zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c., to wskazać należy, że może on stanowić podstawę apelacji tylko wtedy, gdy uzasadnienie zaskarżonego wyroku nie posiada wszystkich koniecznych elementów bądź zawiera tak oczywiste braki, że uniemożliwiają one jego kontrolę. Ponieważ tym zakresie skarżący nie wykazał, że powyższe naruszenie mogłoby mieć istotny wpływ na wynik sprawy zarzut ten nie może być uznany za usprawiedliwiony.

Stan faktyczny sprawy w zasadzie nie budzi kontrowersji.

Jedyny zarzut apelacji mogący ewentualnie rzutować na ocenę poczynionych ustaleń faktycznych tj. zarzut sprzeczności istotnych ustaleń z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, jest w istocie zarzutem przeciwko niepoprawnemu wnioskowaniu. Treść motywów apelacji wskazuje bowiem, że skarżący, podnosząc zarzut naruszenia przez Sąd art. 26 ust. 3 p.z.p., którego zresztą Sąd nie stosował dokonując oceny jurydycznej poczynionych ustaleń, kwestionuje w istocie wniosek Sądu Okręgowego wysnuty z analizy tekstu wezwania lidera konsorcjum do złożenia dokumentu potwierdzającego okoliczność podlegającą uzupełnieniu na dzień składania ofert, tj. 29.04.2010 r., a polegający na uznaniu, że wykonanie tego obowiązku nie było możliwe.

Powyższy wniosek Sądu jest niewątpliwie wynikiem nieprawidłowej interpretacji wymienionego pisma. W dniu 15 czerwca 2010 r. Konsorcjum otrzymało od pозwanego wezwanie do uzupełnienia w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania (termin ten upływał w dniu 22 czerwca 2010 r.) braków oferty złożonej przez konsorcjum. W wezwaniu pозwany zastrzegł, że dokumenty winny potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie później niż

na dzień składania ofert, tj. na dzień 29 kwietnia 2010 r. W świetle tego przepisu istotne było, aby potwierdzona w składanym dokumencie okoliczność istniała w dniu wyznaczonym na składanie ofert, a nie to by data składanego dokumentu była tą datą opatrzona. Oznacza to jedynie tyle, że zamawiający nie miał prawa żądać, aby dokument był datowany na dzień składania ofert i że brak było podstaw do uznania by wystosowane do lidera wezwanie takie żądanie zawierało. Kwestia ta miała natomiast charakter uboczny i wskazane w apelacji uchybienie Sądu Okręgowego nie miało niewątpliwie wpływu na rozstrzygnięcie.

Nie ma natomiast racji strona skarżąca kwestionując stanowisko tego Sądu, że na opóźnienie w dostarczeniu wymaganych dokumentów, stanowiących uzupełnienie dokumentów złożonych wraz z ofertą miało wpływ działanie samego skarżącego polegające na wysłaniu liderowi konsorcjum wezwania określającego siedmiodniowy, a więc niewątpliwie krótki termin, do jego siedziby w P.. W ustalonych prawidłowo okolicznościach, słusznie bowiem Sąd Okręgowy przyjął za usprawiedliwione wysłanie tych dokumentów faksem zwłaszcza, że w pkt. 16 ppkt. 1 i 2 SIWZ przewidziano możliwość składania wszelkich informacji, oświadczeń, wniosków i zawiadomień w sposób pisemny lub faksem. Tak więc prezentowane w procesie stanowisko pozwanego jakoby dokumenty przedkładane przez konsorcjum winny były być dostarczone – zgodnie z wymogiem zawartym w wezwaniu – wyłącznie w formie pisemnej do siedziby zamawiającego jest nieuzasadnione.

Taki pogląd, podzielany przez Sąd Apelacyjny, wyraził ostatnio Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 07.07.2011 r., II CSK 675/10, LEX 951295 stwierdzając, że zamawiający ma prawo zatrzymać wadium wraz z odsetkami, gdy wykonawca nie składa wymaganych dokumentów lub oświadczeń, nie zaś w przypadku, gdy przekazuje informacje w niewłaściwej formie (faksem zamiast formy pisemnej), a po nieznacznym upływie wyznaczonego terminu doręczony zostaje oryginał dokumentu. Zdaniem tego Sądu, o istnieniu ryzyka zmywu wykonawców - czemu przeciwdziałać ma regulacja zawarta w art. 46 p.z.p. - można byłoby bowiem mówić jedynie w przypadku całkowitej bierności wykonawcy, a więc w sytuacji, gdyby umyślnie i celowo nie podporządkował się wezwaniu zamawiającego.

Przed przystąpieniem do rozpatrzenia kolejnych zarzutów dotyczących naruszenia przez Sąd Okręgowy wskazanych w apelacji przepisów prawa materialnego przypomnieć wypada, że kwestii dotyczącej zatrzymania wadium dotyczy art. 46 ust. 4 a p.z.p. w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z tym przepisem, zamawiający zatrzymuje wadium, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p. lub pełnomocnictw chyba, że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Konsekwencją niezpełnienia żądanych dokumentów jest zatrzymanie wadium przez zamawiającego, będące w istocie swoją sankcją za niewywiązanie się wykonawcy z wykonania wezwania, o którym mowa w art. 26 ustawy.

O zatrzymaniu wadium zamawiający powinien poinformować wykonawcę, wskazując okoliczności stanowiące podstawę zatrzymania wadium. Zaspokojenie się z wadium następuje przez złożenie oświadczenia wykonawcy o zatrzymaniu wadium w przypadku wadium wniesionego w formie pieniężnej lub skierowanie żądania zapłaty do gwaranta w przypadku wadium wniesionego w tej formie.

W orzecznictwie KIO wskazuje się, że złożenie dokumentów zawierających braki nie może skutkować sankcją z art. 46 ust. 4a – zatrzymania wadium. Sankcja zatrzymania wadium nie dotyczy bowiem sytuacji, w której wykonawca przedłożył dokument z nieznacznym, usprawiedliwionym obiektywnymi okolicznościami, opóźnieniem albo przedłożył dokument, ale w nieodpowiedniej formie. Sankcja zatrzymania wadium aktualizuje się dopiero wówczas, gdy wykonawca zachowuje się w sposób niedbały, to jest przykładowo: mimo wezwania w ogóle nie składa dokumentów, oświadczeń, pełnomocnictw.

Również w piśmiennictwie przyjmuje się zgodnie, że z punktu widzenia treści art. 46 ust. 4a p.z.p. należy przyjąć, że złożenie dokumentów lub oświadczeń (w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3), które wprawdzie nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub zawierają braki, wyklucza sankcję zatrzymania wadium. Wskazuje się na uzasadnienie tego stanowiska, że odmienne rozumienie art. 46 ust. 4a p.z.p. prowadziłyby do sytuacji tego rodzaju, iż przy każdej niejasności lub braku precyzji w SIWZ czy też w

dokumentach potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu zamawiający mógłby zatrzymać wadium wraz z odsetkami, co wypaczałoby cel tego przepisu mającego wszak za zadanie przeciwdziałanie ryzyku zmowy wykonawców. Przyjęcie odmiennego stanowiska i uznanie, że do zatrzymania wadium może dojść w każdej sytuacji, gdy wykonawca nie wypełni należycie wezwania zamawiającego, stwarzałoby bowiem – jak to trafnie ocenił Sąd Najwyższy w wymienionym wyżej wyroku z dnia 7 lipca 2011 r. - pole do nadużyć ze strony zamawiającego przez wykorzystywanie instytucji wadium jako sposobu na uzyskanie nienależnego przysporzenia.

Podobne stanowisko wyraził również Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 20 maja 2010 r. (I ACa 357/10, LEX nr 756566), który wskazał, że sankcja zatrzymania wadium z pewnością nie dotyczy sytuacji, w której wykonawca odpowiada na wezwania bez zbędnej zwłoki i przedkłada wymagane dokumenty z nieznacznym, usprawiedliwionym obiektywnymi okolicznościami, opóźnieniem. Przedmiotowa sankcja nie dotyczy również sytuacji, w której sama czynność uzupełnienia dokumentów dotknięta jest dalszymi brakami formalnymi. Niedopuszczalna jest bowiem interpretacja prowadząca do sytuacji, w której każde uchybienie wykonawcy w realizacji wezwania do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. skutkuje powstaniem po stronie zamawiającego prawa do zatrzymania wadium. Zamawiający nie może nadużywać swojego prawa, czyniąc z praktyki zatrzymania wadium wykonawców niejako dodatkowe źródło dochodu.

Odnosząc powyższe uwagi do stanu faktycznego rozpoznawanej sprawy, wskazać należy, że w trybie wezwania zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 25 ust. 1 powódka złożyła żądane dokumenty i że zamawiający (strona pozwana) miał jedynie zastrzeżenia co do jego formy i braku tłumaczenia. Uchybienie powódki było niewątpliwie błahę, dostarczenie tłumaczenia dokumentów z opóźnieniem zostało usprawiedliwione; nadto było wynikiem błędu popełnionego przez tłumacza przysięgłego, a nie lidera Konsorcjum.

W tych warunkach prawidłowo przyjął Sąd Okręgowy, że brak było podstaw z art. 46 ust 4a p.z.p do zatrzymania przez zamawiającego wniesionego przez powódkę – w formie gwarancji ubezpieczeniowej – wadium i że skoro nie zostały spełnione przesłanki uzasadniające zatrzymanie wadium przez zamawiającego, żądanie powódki (jego wysokość nie była przez skarżącego kwestionowana) znajduje podstawę w art. 410 § 2 w zw. z art. 405 k.c. i art. 415 k.c.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stanowi niewątpliwie część obrotu gospodarczego, samo zaś wadium jest surogatem odszkodowania, którego cywilnoprawny charakter nie jest kwestionowany. Zatrzymanie przez zamawiającego wadium, wywołało niewątpliwie skutki w zakresie praw majątkowych powódki: nadto nie jest czynnością, dla której przewidziano możliwość skorzystania z ochrony prawnej określonej w ustawie Prawo zamówień publicznych i (co przesądził w niniejszej sprawie Sąd Apelacyjny) powódka kwestionując wyłącznie zasadność tej czynności, miała prawo wystąpić z roszczeniem o zwrot bezprawnie zatrzymanego wadium do sądu powszechnego zwłaszcza, że za nieuzasadniony należało także uznać zarzut braku po jej stronie legitymacji czynnej pomimo wspólnego (z liderem Konsorcjum) ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego.

W sprawie niniejszej powódka nie kwestionowała wykluczenia jej z przetargu lecz jedynie zarzucała pozwanemu sprzeczne z prawem zatrzymanie wadium. Nie miała zatem możliwości wniesienia odwołania w trybie przewidzianym w ustawie Prawo zamówień publicznych z braku interesu po jej stronie w uzyskaniu zamówienia.

Jak już wcześniej wskazał Sąd Apelacyjny w motywach postanowienia z dnia 12 października 2012 r., rozstrzygając zażalenie na postanowienie o odmowie odrzucenia pozwu w związku z zarzutem pozwanego niedopuszczalności drogi sądowej, nowelizacja dokonana ustawą z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy Prawo Zamówień Publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 223, poz. 1778) wprowadziła zmiany w zakresie środków ochrony prawnej przysługujących podmiotom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Do czasu wejścia w życie przedmiotowej ustawy środki ochrony prawnej przysługiwały wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich „interes prawny” w uzyskaniu zamówienia, doznawał lub mógł doznać uszczerbku, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W nowelizacji art. 179 ustawy zrezygnowano z posłużenia się pojęciem „interesu prawnego” rozumianego w judykaturze jako utrata przez wykonawcę lub inny podmiot szans na wygranie konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o istnieniu którego decydować miały z

kolei przepisy prawa materialnego. Obecne brzmienie art. 179 ustawy, możliwość skorzystania przez skarżącego ze środków prawnych w niej przewidzianych rozszerzyło o przypadki istnienia po jego stronie interesu faktycznego. Interes ten rozumieć zaś należy jako obiektywną potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia, wynikającą z utraty możliwości uzyskania zamówienia lub ubiegania się o udzielenie zamówienia. Pozostaje on w ścisłym związku z tokiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na co wskazuje także treść art. 192 p.z.p. nakazującego uwzględnienie odwołania w przypadku stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wynik postępowania rozumiany jest zaś zgodnie z brzmieniem art. 2 pkt. 7a p.z.p. jako dokonanie wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Niewątpliwie czynność wniesienia czy zatrzymania wadium pozostaje w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, jednakże nie może ona mieć jakiegokolwiek wpływu na wybór najkorzystniejszej oferty przez zamawiającego. Aby wykazać interes w uzyskaniu zamówienia powódka musiałaby udowodnić brak podstaw do jej wykluczenia z przetargu i wykazać, że pozostali wykonawcy oferujący cenę niższą powinni zostać z przetargu wykluczeni lub ich oferty winny być odrzucone. Tymczasem żądanie powódki ograniczało się do zwrotu bezprawnie, w jej ocenie, zatrzymanego wadium i odszkodowania za szkodę wyrządzoną działaniem pozwanego.

Koronnym argumentem skarżącego, podnoszącego w sprawie niniejszej zarzut niedopuszczalności rozpoznania sprawy przez sąd powszechny, był pogląd wyrażony w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2010 roku, w sprawie sygn. akt V CSK 456/2009 roku, w którym stwierdzono, że „zatrzymanie wadium jest czynnością dokonaną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego a wykonawcy, którego wadium zatrzymano, służą środki prawne przewidziane w ustawie Prawo zamówień publicznych”. Uznając nawet, przytaczaną przez skarżącego za Sądem Najwyższym tezę, że czynność zatrzymania wadium mieści się w ramach postępowania o udzielenie zamówienia za uzasadnioną, nie można uznać, że zatrzymanie wadium ma wpływ na wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 1 p.z.p. W każdym zatem przypadku zaskarżenia tej czynności odwołaniem przez wykonawcę, Krajowa Izba Odwoławcza oddali je z powołaniem się na treść art. 192 ust. 1 p.z.p. Takie postępowanie KIO, z powołaniem się na brak wpływu zatrzymania wadium na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, znalazło odzwierciedlenie w licznych wyrokach KIO, zapadłych po wydaniu postanowienia Sądu Najwyższego, w których co prawda Izba przyjmowała swą kognicję do rozpoznawania spraw o zwrot zatrzymanego wadium, ale oddalała odwołania z uwagi na treść art. 192 p.z.p. (por. w szczególności wyroki: z dnia 29 marca 2011 roku, sygn. KIO/UZP 531/11KIO/UZP 546/11, z dnia 25 maja 2011 roku, sygn. akt KIO/UZP 1002/11, z dnia 10 czerwca 2010 roku, sygn. akt KIO 1003/10). Jak łatwo zauważyć, przyjęcie takiego rozumowania, wykluczałoby możliwość występowania z roszczeniem o zwrot zatrzymanego wadium na drogę sądową a jednocześnie uniemożliwiałoby skuteczne zaskarżenie tej czynności do KIO z uwagi na brak wpływu czynności zatrzymania wadium na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zwrócić należy również uwagę na brzmienie art. 180 ust. 1 i 2 p.z.p., który to przepis dopuszcza możliwość wnoszenia odwołania na każdą czynność zamawiającego podjętą w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale w sytuacji gdy wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie od czynności enumeratywnie wymienionych w art. 180 ust. 2 pkt. 1 – 4, wśród których nie wymieniono zatrzymania wadium przez zamawiającego. W takim przypadku, wykonawca, który nie kwestionowałby swego wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia a domagał się jedynie zwrotu bezprawnie zatrzymanego wadium, nie dysponowałby żadnymi środkami prawnymi pozwalającymi na dochodzenie jego praw, zarówno przed sądem powszechnym jak i przed KIO. Powyższe rozważania przemawiają w ocenie Sądu Apelacyjnego za trafnością stanowiska, że czynność zatrzymania wadium nie mieści się w zakresie postępowania o udzielenie zamówienia (por. również motywy SN zawarte w wyżej powołanym wyroku z dnia 7 lipca 2011 r.). Takie rozumowanie uzasadnione jest również w oparciu o brzmienie art. 2 pkt. 7a p.z.p., zawierającym definicję postępowania o udzielenie zamówienia. Zgodnie z tym przepisem postępowanie to rozpoczyna się od ogłoszenia (przesłania zaproszenia a kończy wyborem najkorzystniejszej oferty. Przepis ten jednoznacznie przesądza o tym, że postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się z chwilą osiągnięcia jego celu gospodarczego, tj. dokonania wyboru wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa (lub wynegocjowania postanowień tej umowy w przypadku trybu z wolnej ręki). Zatem zatrzymanie wadium, dokonane po wyborze najkorzystniejszej oferty i po wykluczeniu wykonawcy od udziału w postępowaniu, jest czynnością podjętą po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia (por.

też wyroki KIO z dnia 1 kwietnia 2011 roku, sygn. akt KIO/UZP 576/11 i KIO/UZP 577/11). Zatrzymanie wadium to czynność formalnie tylko związana z postępowaniem o udzielenie zamówienia i niesamodzielna, bo stanowi ona konsekwencję wykluczenia wykonawcy z postępowania. Tym samym nie kończy ona postępowania o zamówienie publiczne, mając z nim jedynie związek pośredni. Podobne stanowisko KIO zajęła w wyroku z dnia 2 czerwca 2010 roku KIO/UZP 977/10 stwierdzając, „że czynność zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy nie jest włączona do ciągu czynności zmierzających do wyboru oferty i zawarcia umowy. Jest to działanie uboczne, a Izba nie ma możliwości merytorycznego rozpoznania podniesionego zarzutu bezzasadności zatrzymania wadium, w aspekcie powoływania się na okoliczności umożliwiające wykonawcy uniknięcie tej sankcji”.

Wyżej przedstawiona argumentacja przemawia zatem za wyrażeniem poglądu, że podmiotem uprawnionym do żądania zwrotu wadium jest wykonawca, który wpłacił wadium zatrzymane przez zamawiającego po zakończeniu postępowania przetargowego i poniósł szkodę związaną z tego rodzaju bezprawnym działaniem. Artykuł 23 p.z.p. statuuje bowiem łączny udział wykonawców jedynie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej; nie dotyczy to natomiast dochodzenia zwrotu wadium w sądowym postępowaniu. Sąd Apelacyjny nie podziela w związku z tym poglądu Sądu Najwyższego wyrażonego w wyroku z dnia 1 października 2011 r. (V CSK 475/10, LEX nr 1108492), że art. 23 p.z.p. statuuje łączny udział wykonawców także w sądowym postępowaniu o zwrot wadium i że nie ma takiego uprawnienia jedynie jeden z wykonawców, w tym lider Konsorcjum. Nadto, jak się podkreśla w piśmiennictwie, nie można postawić znaku równości pomiędzy spółką cywilną w rozumieniu kodeksu cywilnego a konsorcjum w rozumieniu art. 23 ust. 1 p.z.p. W przypadku konsorcjum, zawiązanym w celu osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego, nie powstaje współwłasność łączna konsorcjantów co do majątku wniesionego przez każdego z nich tytułem wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Osiągnięcie wspólnego celu gospodarczego przez konsorcjantów z zasady nie przybiera formy wniesienia wkładów, co z kolei stanowi regułę w przypadku spółek cywilnych. W konsekwencji nie powstaje także wspólny majątek konsorcjantów, do którego powstania dochodzi w przypadku typowej spółki cywilnej.

Stosunek konsorcjum nie może również stanowić podstawy do uznania, że zachodzi pomiędzy jego uczestnikami współuczestnictwo konieczne. W ramach tego stosunku nie powstaje bowiem wspólny przedmiot praw i obowiązków, a już na pewno nie jest nim wpłacone przez jedną ze stron wadium. Roszczenie o zwrot wpłaconego wadium w przedmiotowej sprawie nie dotyczyło wspólnego prawa obu konsorcjantów - powódki i interwenienta ubocznego i takiej podstawy nie daje art. 23 p.z.p., który odnosi się wyłącznie do wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego.

W sprawie niniejszej to powódka poniosła szkodę w wyniku bezprawnie pobranego od gwaranta wadium. Spółka (...) nie ma zatem interesu prawnego w dochodzeniu od pozwanego tak zwrotu wadium jak i odszkodowania i nie jest czynnie legitymowana w procesie wobec prawomocnego wykluczenia Konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Do bezpodstawnego wzbogacenia pozwanego doszło bowiem kosztem powódki a nie interwenienta ubocznego.

Umowa konsorcjum pomiędzy powódką i spółką (...) została zawarta jedynie na czas trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub w przypadku wyboru oferty konsorcjantów do czasu wykonania umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Po wykluczeniu Konsorcjum powódki i interwenienta ubocznego z udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego umowa konsorcjum przestała w tej sytuacji obowiązywać.

W świetle powyższych uwag, skoro zarzuty pozwanego okazały się nieuzasadnione, apelacja podlegała oddaleniu, jako bezzasadna (art. 385 k.p.c.).

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c., na które składa się wynagrodzenie pełnomocnika w stawce minimalnej przewidzianej w § 6 pkt 7 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności

radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. Nr 163, poz. 1349 ze zm.).