

Sygn. akt II C 386/15

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 kwietnia 2017 roku

**Sąd Okręgowy w Gliwicach Wydział II Cywilny Ośrodek (...) w R.**

w składzie:

**Przewodniczący:** SSO Elżbieta Gawlik

<b>Ławnicy:</b>	/
-----------------	---

**Protokolant:** Hanna Świątek

po rozpoznaniu w dniu 4 kwietnia 2017 roku w Rybniku

**sprawy z powództwa** (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w R.

**przeciwko** Gminie R.

o zapłatę

- 1) zasądza od pozwanej Gminy R. na rzecz powoda (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w R. kwotę 70.000 zł (siedemdziesiąt tysięcy złotych) z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 16.10.2015 roku;
- 2) oddala powództwo w pozostałym zakresie;
- 3) zasądza od pozwanej na rzecz powoda kwotę 5.486,92 zł (pięć tysięcy czterysta osiemdziesiąt sześć 92/100 złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania.

Sygn. II C 386/15

## UZASADNIENIE

**Powód (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w R. wniosła o **zasądzenie** na jej rzecz od pozwanej Gminy R. kwoty **112.635,90 zł** wraz z odsetkami liczonymi od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty wraz z kosztami procesu. W uzasadnieniu pozwu podała, że Miasto R. (pozwany) działając jako inwestor bezpośredni oraz inwestor zastępczy Miasta Ż. ogłosił przetarg nieograniczony na opracowanie dokumentacji projektowej – (...) Drogi R.-P. o sygnaturze postępowania ZP- (...) z terminem składania ofert oznaczonym na dzień 23.05.2011 r. W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia ( SIWZ) pozwany określił warunki udziału w postępowaniu zaznaczając, że wykonawca nie może podlegać wykluczeniu z postępowania z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp i dotyczy to także podmiotu, na zasobach którego polega wykonawca wykazując spełnianie warunków na zasadach określonych w art. 26 ust 2 b ustawy Pzp, jeśli podmiot ten będzie brał udział w realizacji części zamówienia. Wskazał przy tym zamawiający, jakich dokumentów oczekuje celem wykazania przez wykonawców spełnienia warunków. Zgodnie z działem V pkt 3 SIWZ wykonawca może polegać na wiedzy, doświadczeniu, czy potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów niezależnie od charakteru prawnego łączącego go z nimi stosunku. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji

zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów o oddaniu mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Zgodnie z działem V pkt 4 SIWZ, jeżeli wykonawca wykazuje spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy i określonych w rozdziale IV pkt 3, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający żąda wykazania za pomocą dokumentów wymienionych w rozdziale V ppkt 1-6, iż w stosunku do tych podmiotów nie zachodzą okoliczności wskazane w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

Powód złożył ofertę w przetargu nieograniczonym na opracowanie dokumentacji projektowej – budowa regionalnej drogi R.-P. z dnia 19.05.2011 r., wskazując m. in. że zamierza skorzystać z wiedzy i doświadczenia firmy (...) Sp. z o.o. w zakresie spełnienia wymogów określonych w dziale IV pkt 3 ppkt 1 SIWZ. Dołączył więc do oferty oświadczenie (...) Sp. z o.o., którym ta zobowiązała się oddać do dyspozycji firmy powoda niezbędne zasoby, w tym wiedzę i doświadczenie na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia publicznego. W załączniku nr 4 do oferty przetargowej powód wskazał zatem zamówienia wykonane w okresie ostatnich 3 lat przez firmę (...) Sp. z o.o. przedkładając zawarte przez nią umowy oraz referencje, a w załączniku nr 5 oferty wskazał nadto osoby posiadające kwalifikacje do wykonania zamówienia (wszyscy projektanci z wymaganymi uprawnieniami pozostawali bezpośrednio w dyspozycji powoda stosownie do wymogu działu IV pkt 3 ppkt 2).

Celem pokrycia wadium w wysokości 50.000 zł przedstawił powód gwarancję ubezpieczeniową nr (...) z dnia 20.05.2011 r. wystawioną przez (...) S.A., a także wykazał dokumentami że (...) Spółka z o.o. nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 15.06.2011 r. zamawiający wezwał powoda do uzupełnienia braków formalnych twierdząc, że oświadczenie (...) Sp. z o.o. nie może zostać uznane, bowiem niedopuszczalne jest posługiwanie się w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w celu wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia referencjami podmiotu trzeciego, jeżeli ten nie będzie brał udziału w wykonaniu zamówienia. Zamawiający argumentował, że doświadczenie stanowi składnik przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym i dzieli byt prawny takiego przedsiębiorstwa zgodnie z art. 551 kc oraz 552 kc. Wezwał przy tym powoda do przedstawienia wszystkich dokumentów potwierdzających, że (...) Sp. z o.o. nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp w terminie do dnia 22.06.2011 r. zakładając, że (...) Sp. z o.o. musi być współwykonawcą zamówienia pomimo, iż powód w ofercie wskazał, że zlecenie wykonywać będzie samodzielnie i własnymi zasobami korzystając wyłącznie z wiedzy i doświadczenia (...). W dniu 22.06.2011 r. powód zwrócił się do zamawiającego o przedłużenie terminu jak wyżej do dnia 28.06.2011 r., bowiem nie ma możliwości uzyskania jakichkolwiek zaświadczeń dotyczących firmy (...) z uwagi na przedłużony weekend i absencję członków Zarządu oraz pełnomocników firmy. W dniu 28.06.2011 r. powód uzupełnił braki przedkładając dokumenty, którymi dysponował tj. zaświadczeniem ZUS i US o nie zaleganiu przez Spółkę (...) ze składkami i płatnością podatku. W dniu 30.06.2011 r. pozwany poinformował powoda o wynikach przeprowadzonego postępowania informując go o odrzuceniu oferty powoda z uwagi na fakt, iż przedstawione dokumenty dotyczące Sp. (...) wystawione zostały wcześniej niż na 3 miesiące od terminu składania ofert, a inne w ogóle nie zostały przedłożone dając przy tym wyraz, że zamawiający traktował (...) Sp. z o.o. jako podmiot biorący udział w wykonaniu zamówienia.

W dniu 5.07.2011 r. powód wezwał zamawiającego do zwrotu zatrzymanego wadium wyjaśniając, że zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4 a Pzp następuje, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 nie uzupełni dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictwa, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nie leżących po jego stronie. Zatrzymanie wadium zatem jest konsekwencją nieuzupełnienia dokumentów, a nie uzupełnienia ich w taki sposób, że nie potwierdzają wykluczenia. Wskazał przy tym powód, że przygotował ofertę zgodnie z SIWZ i -w jego ocenie- spełnił warunki tam wymagane, również co do (...) Sp. z o.o., która miała mu udostępnić zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia w celu i na czas wykonywania zamówienia. Sam fakt korzystania z zasobów Spółki (...) nie czyni z niej współwykonawcy zamówienia, nawet jeśli takie stanowisko prezentuje Zamawiający, to nie zostało ono sformułowane w jednoznaczny sposób w SIWZ. Takie stanowisko pozwanej zajęte zostało dopiero poprzez jej wykładnię przepisów na etapie wezwania do

uzupełnienia braków, kiedy to zawęziła kryteria wskazane w SIWZ, co stanowi rażące naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zarzucił przy tym powód, że wezwanie z dnia 15.06.2011 r. nie było sporządzone prawidłowo, nie było uzasadnione, skoro zamawiający wezwał o złożenie oświadczeń potwierdzających brak przesłanek do wykluczenia na dzień składania ofert, co w dacie wezwania było niemożliwe do zrealizowania.

W odpowiedzi z dnia 8.07.2011 r. pozwana Gmina R. wskazała, że zwrot zatrzymanego wadium jest niemożliwy z uwagi na możliwość naruszenia przez zamawiającego dyscypliny finansów publicznych, wobec czego powód pismem z dnia 22.07.2011 r. ponownie wezwał Zamawiającego do zwrotu wadium wyjaśniając swoje motywy, i ponownie otrzymał niekorzystną dla siebie odpowiedź w dniu 8.08.2011 r. Równocześnie pismem z dnia 6.07.2011 r. Zamawiający wezwał (...) SA. do zapłaty kwoty 50.000 zł na podstawie gwarancji ubezpieczeniowej nr (...) wystawionej na rzecz powoda wskazując, że zaistniał warunek zatrzymania wadium określony w art. 46 ust 4 a ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający zatrzymuje wadium z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o którym mowa w art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictw, chyba, że udowodni, że wynika to z przyczyn nie leżących po jego stronie. (...) SA. w dniu 1.08.2011 r. wypłaciło zatem Miastu R. żadaną kwotę.

**Równocześnie** Miasto R. działając jako zamawiający ogłosił **przetarg** nieograniczony na opracowanie projektu budowlano-wykonawczego przebudowy ul. (...) na odcinku od O. Północnej do granic Miasta wraz z obiektem mostowym, z terminem składania ofert do 6.06.2011 r. Analogiczne uwarunkowania jak w pierwszym przetargu zawarł w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, i analogicznie rzecz się miała co do zgłoszenia przez powoda (...) Sp. z o.o. jako podmiotu, który odda powodowi na czas realizacji zadania do jego dyspozycji swoje niezbędne zasoby.

Pomimo, że powód przedstawił pisemne zobowiązanie z (...) Sp. z o.o. wskazując, że zgodnie z zapisami SIWZ będzie -wykonując zadanie- polegał na wiedzy i doświadczeniu (...), która zobowiązała się oddać swoje zasoby w tym zakresie powodowi dla korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, to pozwany analogicznie usytuował Spółkę (...) jako współwykonawcę po stronie powoda i zażądał od powoda uzupełnienia braków formalnych wobec zgłoszenia Spółki (...) jako uczestnika współrealizującego zadanie. Analogicznie jak przy pierwszej ofercie, uzyskanie przez powoda dokumentów w dacie wezwania o uzupełnienie braków było już niemożliwe wobec wadliwego sformułowania wezwania przez pozwanego, który oświadczył, że zobowiązany jest do zatrzymania wpłaconego przez powoda wadium, a jednocześnie pismem z dnia 29.07.2011 r. wezwał (...) S.A. do zapłaty kwoty 20.000 zł na podstawie gwarancji ubezpieczeniowej nr (...) wystawionej na rzecz powoda, podnosząc, że uprawnienia (...) SA. w dniu 13.10.2011 r. wystawiło weksle in blanco zgodnie z deklaracjami wekslowymi i pismami z dnia 28.10.2011 r. wezwało powoda (...) Sp. z o.o. w R. oraz poręczycieli S. A. i J. A. do zapłaty i wykupienia weksli w terminie do dnia 28.10.2011 r.

Następnie w dniu 20.04.2012 r. (...) S.A. wywiodło przeciwko powodowi powództwo o zapłatę kwoty 70.000 zł tytułem roszczeń o zwrot zapłaconych wadium na podstawie gwarancji ubezpieczeniowych w kwotach 50.000 zł i 20.000 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 29.10.2011 r. Na podstawie dołączonych do pozwu weksli oraz deklaracji wekslowych Sąd Rejonowy w Gdańsku w sprawie sygn. I Nc 278/12 w dniu 14.05.2012 r. wydał nakaz zapłaty w postępowaniu nakazowym zgodny z żądaniem pozwu oraz zasądził na rzecz (...) S.A. kwotę 875 zł tytułem zwrotu kosztów sądowych oraz kwotę 3.615 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego. Jakkolwiek powód skutecznie wniósł zarzuty zaskarżając nakaz w całości, to został on utrzymany wyrokiem z dnia 14.05.2012 r. a apelacja powoda od tegoż wyroku została oddalona prawomocnym wyrokiem Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 22.12.2014 r. , którym nadto obciążono powoda zwrotem kosztów zastępstwa procesowego.

W dniu 31.12.2014 r. powód uregulował na rzecz (...) SA. kwotę 105.110,90 zł objętą prawomocnym wyroku SO w Gdańsku w sprawie sygn. XVI Ca 626/14. W związku z tą sprawą strona powodowa poniosła koszty opłat sądowych w łącznej wysokości 7.525 zł.

Powód w dniu 27.06.2014 r. zawiadzał pozwaną do próby ugodowej wnosząc o zwrot bezpodstawnie uzyskanych korzyści stanowiących równowartość zatrzymanego przez pozwanego wadium, jednak pozwany nie wyraził zgody na zawarcie ugody.

Argumentując swoje roszczenie na gruncie uregulowań prawnych powód wyjaśnia, że domaga się zasądzenia równowartości wadium zatrzymanego na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp. Podnosi, że ustawa – prawo zamówień publicznych nie przewiduje reguły zatrzymania wadium z wyjątkowym jego zwrotem, gdy niezłożenie dokumentów lub oświadczeń w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego następuje z przyczyn nie leżących po stronie

uzupełnienia dokumentów dotknięta jest dalszymi brakami formalnymi, a także niedopuszczalna jest interpretacja dotycząca sytuacji, w której każde uchybienie wykonawcy w realizacji wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp konstytuuje prawo do zatrzymania przez zamawiającego wadium, ponieważ nie może on nadużywać swojego szczególnego uprawnienia czyniąc z zatrzymania wadium swoje dodatkowe źródło dochodu (wyrok SA w Poznaniu z dnia 20.05.2010 r. sygn. I ACa 357/10). Zdaniem powoda żaden z przepisów ustawy Pzp nie ustanawia obowiązku udziału podmiotu trzeciego, na zasobach którego wykonawca polega na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy w realizacji zamówienia. Przeciwnie – ustawodawca wskazuje, że wykonawca może polegać na zasobach podmiotu trzeciego niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Nie jest także uprawnione wnioskowanie, aby zobowiązaniu o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy zawarto deklarację udzielenia innemu podmiotowi wiedzy i doświadczenia, to skutkuje to udziałem wystawcy takiego zaświadczenia w realizacji zamówienia. Powód zażądał w pozwie zapłaty kwoty 70.000 zł jako równowartości wadium uiszczonego do obu przetargów, 35.110,90 zł na którą składają się kwota 28.818,90 zł tytułem równowartości odsetek ustawowych liczonych od kwoty 70.000 zł, kwota 875 zł tytułem wartości kosztów sądowych oraz kwota 5.417 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego na rzecz (...) S.A. a nadto kwota 7.525 zł tytułem opłat sądowych poniesionych w związku ze sprawą z powództwa Ubezpieczyciela. Gdyby pozwany jako beneficjent gwarancji nie wystąpił do zobowiązanego z gwarancji ubezpieczeniowej o wypłatę należności z tytułu wadium w łącznej kwocie 70.000 zł, to strona powodowa nie byłaby zmuszona zaspakajać należności wierzyciela z tytułu jego roszczenia regresowego ani też kosztów sądowych w związku z postępowaniami sądowymi.

**W odpowiedzi na pozew pozwana** wniosła o **oddalenie** powództwa i zasądzenie na jego rzecz zwrotu kosztów postępowania. Na wstępie podniósł, że wystąpienie Miasta R. do (...) S.A. o wypłatę należnego od powoda wadium z tytułu jego udziału w przetargach było uzasadnione, bowiem uzasadnione było zatrzymanie wadium w obu postępowaniach a wręcz obowiązkiem pozwanego wobec treści przepisu art. 46 ust. 4 a Ustawy Pzp, jako że Wykonawca nie uzupełnił dokumentów, o które wezwał go Zamawiający. Podniósł, że w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w sposób szczegółowy określił warunki udziału, jakie muszą spełniać wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia. W każdym przypadku dotyczącym wykonania usług odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, wykonawcy postawiono warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia, podając katalog dokumentów jakie należy przedłożyć oraz informacje o zasadach korzystania z zasobów podmiotów trzecich. W obu postępowaniach przetargowych Wykonawca – powód na potwierdzenie spełnienia warunku przedstawił usługi realizowane przez firmę (...) Sp. z o.o. W. jak i zobowiązanie tejże Spółki. Wykonawca biorący udział w postępowaniu jest uprawniony do powoływania się na zasoby innych podmiotów na potwierdzenie spełniania warunków udziału, pod warunkiem, że będzie dysponował tymi zasobami przy realizacji zamówienia. W związku z tym, odwołanie się przez wykonawcę do zasobów podmiotu trzeciego powinno mieć charakter rzeczywisty w takim sensie, że będą one wykorzystywane w trakcie realizacji umowy. Ze zobowiązania dołączonego do oferty wystawionego przez firmę (...) nie wynikało, w jaki sposób wykonawca będzie tą wiedzą i doświadczeniem dysponował, a to spowodowało, że Zamawiający w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wystąpił o uzupełnienie oferty o dokument potwierdzający faktyczne dysponowanie zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia wskazując równocześnie, że jeśli z uzupełnienia wynikać będzie, że firma (...) ma brać udział w realizacji zamówienia, to konieczne jest uzupełnienie oferty o dokumenty tego podmiotu potwierdzające niepodleganie wykluczenia, zgodnie z wymogami SIWZ rozdział V pkt 4. Dokumenty te, to oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia na odpowiednim formularzu, aktualny odpis z właściwego rejestru, jeśli przepisy wymagają takiego wpisu w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem składania ofert, aktualne zaświadczenie właściwego Naczelnika Urzędu Skarbowego o nie zaleganiu w opłacaniu podatków lub uzyskaniu zwolnienia, odroczenia bądź rozłożenia na raty zaległych płatności lub wstrzymaniu w całości od wykonania decyzji właściwego organu – wystawione nie wcześniej, niż 3 miesiące przed terminem składania ofert, analogicznie zaświadczenie właściwego oddziału ZUS, aktualna informacja Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym

w art. 24 ust 1 pkt 4-9 ustawy. Podnosi przy tym pozwany, że jako Zamawiający wyraźnie wskazał wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia, jakie formalności winny być spełnione odnośnie wskazanych przez nie podmiotów, które po ich stronie będą brały udział w realizacji zamówienia. Zarzucił przy tym pozwany, że powód przystępując do postępowania przetargowego nie tylko dysponował pełną wiedzą co do dokumentów, jakich będzie oczekiwał od niego Zamawiający, ale też znał zagrożenie utratą wadium na wypadek nie uzupełnienia wymaganych dokumentów, co wynika wprost z ustawy. Zdaniem pozwanego powód przedstawił zobowiązanie firmy (...) do oddania do dyspozycji wiedzy i doświadczenia tejże spółki, które w swojej treści zawierało zobowiązanie do uczestniczenia w realizacji przedmiotowego zamówienia. Wskazał przy tym, że jakkolwiek firma (...) Sp. z o.o. uzupełniając dokumenty złożyła zaświadczenie o braku podstaw do wykluczenia oraz zaświadczenia US i ZUS, to były one nieaktualne na dzień składania ofert. Ponieważ do oferty dołączono aktualny wypis z KRS, to jako brakujące, nie uzupełnione dokumenty uznano informacje Krajowego Rejestru Karnego, co w obu przypadkach stanowiło podstawę zatrzymania wadium. Zdaniem pozwanego, w przedstawionych przez niego okolicznościach sprawy, nie jest możliwym uznanie że nieuzupełnienie oferty o brakujące dokumenty wynikało z przyczyn nie leżących po stronie Wykonawcy. Zamawiający uznał, że Wykonawca przystępując do składania oferty musiał ustalić z firmą (...) Sp. z o.o., w jaki sposób będzie ona przekazywała swoją wiedzę i doświadczenie w trakcie realizacji zamówienia (konsultacje, doradztwo), czy też, że będzie ona brała faktyczny udział w realizacji zamówienia, co pozwana odczytała wprost ze zobowiązania poczynionego przez firmę (...). Zdaniem pozwanego powód nie dołożył należytej staranności w przygotowaniu wymaganych dokumentów, nadto po uzyskaniu informacji o zatrzymaniu wadium nie skorzystał z przysługującego mu prawa złożenia odwołania od czynności Zamawiającego do Krajowej Izby Odwoławczej. Pozwany twierdzi, że wniesienie wadium stanowi element postępowania o udzielenie zamówienia publicznego umożliwia branie udziału w takim postępowaniu, a zatem jest instytucją właściwą dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odnośnie żądania odsetek oraz kosztów poniesionych w związku z procesami z (...) Towarzystwem (...), pozwany uznaje je również za nieuzasadnione twierząc, że nie było żadnej konieczności toczenia tych procesów biorąc pod uwagę argumentację, którą powódka przytacza w pozwie. Nadto pozwany podnosi zarzut przedawnienia co do zasady podnosząc, że nie nastąpiło przerwanie biegu przedawnienia wskutek wezwania pozwanej do próby ugodowej, bowiem w tym postępowaniu pozwana domagała się roszczenia z tytułu bezpodstawnie uzyskanych korzyści i to jedynie w zakresie kwoty 70.000 zł a nie w zakresie żądania zapłaty i to kwoty 112.635,90 zł. Żądania powódki są zatem przedawnione i merytorycznie nieuzasadnione.

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił w oparciu o dowody z dokumentów: oferty powoda udziału w przetargu nieograniczonym na opracowanie projektu budowlano-wykonawczego ulicy (...) na odcinku od O. Północnej do granic Miasta wraz z obiektem mostowym; oferty powoda udziału w przetargu nieograniczonym na opracowanie dokumentacji projektowej – budowa (...) Drogi R.-P. na okoliczność przystąpienia powoda do postępowania przetargowego i wskazania osób uczestniczących w wykonaniu zamówienia oraz zamówień wykonanych przez powoda w okresie poprzednich 3 lat, w tym ze zobowiązania (...) Spółki z o.o. w W. na okoliczność ustalenia, że Spółka oddaje się do dyspozycji powoda w zakresie swojej wiedzy i doświadczenia na okres wykonywania zamówienia opracowania dokumentacji projektowej – budowa (...) Drogi R.-P. przez powoda, ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) dla przetargu nieograniczonego na opracowanie projektu budowlano-wykonawczego przebudowy ulicy (...) na odcinku od O. Północnej do granic Miasta wraz z obiektem mostowym na okoliczność ustalenia uregulowań w tym zakresie; ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) dla przetargu nieograniczonego na opracowanie dokumentacji projektowej – budowa (...) Drogi R.-P. na okoliczność ustalenia uwarunkowań SIWZ; z korespondencji pomiędzy stronami w związku z realizacją zamówienia pozwanego na okoliczność przebiegu współpracy w tym zakresie, w tym z wezwań powoda przez stronę pozwaną z dnia 15.06.2011 r. i 24.06.2011 r. na okoliczność zakresu braków w dokumentach powoda jako oferenta stwierdzonych przez pozwanego oraz czy ich uzupełnienie było konieczne wobec SIWZ i możliwe wobec charakteru tego braku; z polis ubezpieczeniowych z dnia 20.05.2011 r. i 24.06.2011 r. oraz ogólnych warunków umów o gwarancje ubezpieczeniowe (...) S.A. na okoliczność ustalenia czy powód prawidłowo wniósł wadium w postępowaniach; z nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym wydanego przez SR w Gdańsku – P. w G. z dnia 14.05.2012 r. sygn. I Nc 278/12, wyroku tegoż Sądu z dnia 12.06.2014 r. sygn. I C 1308/12 oraz SO w Gdańsku z dnia 22.12.2014 r. sygn. XVI Ca 624/14 na okoliczność ustalenia czy wydane orzeczenia pozostają w związku z roszczeniem powoda, a jeśli tak to w jakim zakresie; z protokołu posiedzenia przed SR w Rybniku

Wydziałem VI Gospodarczym z dnia 28.08.2014 r. na okoliczność ustalenia, że powód złożył wnioski o zawiązekanie pozwanej do próby ugodowej, jednakże do ugody nie doszło wobec stanowiska pozwanej; z dowodów przelewów wykonywanych przez powoda w związku ze sprawami sądowymi j.w. na okoliczność ustalenia wartości przedmiotu sporu wskazanego przez powoda oraz jego twierdzeń o istnieniu zobowiązania po stronie pozwanej; z zeznań świadków. Powyższe dokumenty nie zostały podważone przez żadną ze stron, natomiast korespondencja wymieniana pomiędzy stronami w szczególności pismem z daty 15.06. (...) i następnymi stanowiła dowód na stanowiska stron w toku postępowania przetargowego, ich sposób komunikowania się .

### **Sąd ustalił następujący stan faktyczny:**

Bezspornym jest, że pozwana Gmina R. działając jako inwestor bezpośredni oraz inwestor zastępczy Miasta Ż. ogłosiła przetarg nieograniczony na opracowanie dokumentacji projektowej – (...) Drogi R.-P. o sygnaturze postępowania ZP- (...) z terminem składania ofert oznaczonym na dzień 23.05.2011 r oraz przetarg nieograniczony na opracowanie projektu budowlano-wykonawczego P. ul. (...) na odcinku od O. Północnej do granic miasta wraz z obiektem mostowym o sygnaturze ZP 3400/00016/11 z terminem składania ofert do 6.06.2011 r. Analogiczne uwarunkowania jak w pierwszym przetargu zawarł w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, i analogicznie rzecz się miała co do zgłoszenia przez powoda (...) Sp. z o.o. jako podmiotu, który odda powodowi na czas realizacji zadania do jego dyspozycji niezbędne jego zasoby.

Bezspornym jest, że powodowa Spółka przystąpiła do obu przetargów spełniając wymogi co do złożenia kompletu dokumentów dotyczące jej samej. Wskazała ona równocześnie, że w realizacji obu zamówień korzystać będzie z zasobów Spółki (...).

Wskazanie tejże Spółki zrodziło problem pomiędzy stronami, czy (...) Sp. z o.o. będzie brała udział w wykonaniu zadań jako wykonawca, czy też będzie jedynie służyła swoją wiedzą i doświadczeniem.

Ponieważ status Spółki (...) w procesie przetargowym, a następnie wykonawczym, zdawał się być dla pozwanej niezrozumiały, pismem z dnia 15 czerwca 2011 r. zobowiązała powoda do uzupełnienia dokumentacji formułując wezwanie w taki sposób, że powód przystąpił do czynności uzupełniających dokumentację pod dyktando pisma Zamawiającego (k.99 i n.), przy czym powód czynił to w przekonaniu ciężącego na nim obowiązku skompletowania dokumentów w żądany od niego sposób pozostając jednak przy swoim stanowisku co do statusu Spółki (...) jako jedynie udzielającej swych zasobów w charakterze doradztwa, dzielenia się doświadczeniem, podczas gdy pozwany uznał zarówno samo oświadczenie Spółki (...), jak i przystąpienie powoda do kompletowania dokumentacji w sposób wskazany w piśmie jak wyżej, jako deklarację udziału Spółki (...) w realizacji Zamówienia w charakterze wykonawcy. W dniu 28.06.2011 r. powód uzupełnił braki przedkładając dokumenty, którymi dysponował tj. zaświadczeniem ZUS i US o nie zaleganiu przez Spółkę (...) ze składkami i płatnością podatku. W dniu 30.06.2011 r. pozwany poinformował powoda o wynikach przeprowadzonego postępowania informując go o odrzuceniu oferty powoda z uwagi na fakt, iż przedstawione dokumenty dotyczące Sp. (...) wystawione zostały wcześniej niż na 3 miesiące od terminu składania ofert, a inne w ogóle nie zostały przedłożone dając przy tym wyraz, że zamawiający traktował (...) Sp. z o.o. jako podmiot biorący udział w wykonaniu zamówienia. Powyższe stało się zarzewiem konfliktu stron, a w konsekwencji sporu co do zasadności zatrzymania wadium przez pozwanego.

W ocenie Sądu, wykonaniu tego zobowiązania powód posunął się za daleko o tyle, że przedłożył bądź starał się przedłożyć dokumenty dotyczące Spółki (...) ale w zakresie wymaganym dla osoby uczestniczącej w procesie wykonawstwa. Powyższe skłoniło pozwanego do uznania, że Spółka (...) będzie brała udział w realizacji zamówienia jako współwykonawca.

Dla obu przetargów ustalone zostały specyfikacje istotnych warunków zamówienia na usługi (SIWZ). Określono tam między innymi przedmiot zamówienia, klasyfikację wspólnego słownika zamówień, termin realizacji zamówienia, uregulowania dotyczące wykluczenia z powodu niespełnienia warunków ale też uregulowania dotyczące wymagań odnośnie wadium. Ustalono tam, że wadium może być wniesione w następujących formach: w pieniądzu, poręczeniach bankowych lub poręczeniach Spółdzielczej Kasy Oszczędnościowo-Kredytowej, przy czym to jest zawsze

poręczeniem pieniężnym, w gwarancjach bankowych, gwarancjach ubezpieczeniowych, poręczeniach udzielonych przez podmioty, o których mowa w art. 6 b ust 5 pkt 2 ustawy z dnia 9.11.2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji (...) zastrzegając, że oferta niezabezpieczona akceptowaną formą wadium zgodnie z SIWZ zostaje odrzucona. Przy tym uregulowaniu określono również, na jakich warunkach zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom po wyborze oferty najkorzystniejszej, a kiedy wadium zatrzymuje wraz z odsetkami.

Wnioskiem z dnia 1.07.2014 r. (...) Sp. z o.o. wniosła o zawezwanie Gminy R. do próby ugodowej twierdząc we wniosku, że łączna wartość bezpodstawnie uzyskanych przez Gminę korzyści na dzień składania wniosku tj. na dzień 1.07.2014 r. wynosi 70.000 zł. W protokole z dnia 28.08.2014 r. Sąd Rejonowy w Rybniku Wydział Gospodarczy w sprawie sygn. VI G Co 299/14 uznał, że do zawarcia ugody nie doszło.

Powód wykazał, że przed Sądem Rejonowym w Gdańsku-P. toczyły się postępowania z powództwa (...) S.A., w których ostatecznie wyrokiem Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 22.12.2014 r. oddalono apelację (...) Sp. z o.o. w R., S. A. i J. A. od wyroku SO Gdańsk-Południe z dnia 12.06.2014 r. sygn. I C 1308/12, którym Sąd utrzymał w całości w mocy nakaz zapłaty z dnia 14.05.2014 r.

Stąd też powód poza żądaniem zwrotu wadium żąda zwrotu kosztów powyższych procesów, które zmuszony był ponieść, a które to procesy- jego zdaniem- przegrał wskutek niewłaściwego postępowania pozwanego w procesie przetargowym.

#### ***Sąd zważył co następuje :***

Bezspornym pomiędzy stronami jest, że postępowanie o udzielenie zamówień publicznych było prowadzone w oparciu o ustalone dla tychże zamówień warunki Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (punkt IV SIWZ, k.34 i n., k.72 i n.), a do całości postępowania stosowano przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. W SIWZ zawarto informacje dla Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a równocześnie stwierdzono, że nie może podlegać wykluczeniu z postępowania z powodu niespełnienia warunków o których mowa w art. 24 ust.1. ustawy Pzp podmiot, na zasobach którego polega wykonawca wykazując spełnienie warunków na zasadach określonych w art. 26 ust.2b ustawy Pzp, a podmiot ten będzie brał udział w realizacji części zamówienia .powodny żądał, żeby wykonawca, który w celu potwierdzenia spełnienia warunków uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powołuje się na zasoby innych podmiotów, które będą uczestniczyć w realizacji części zamówienia. Powód złożył w odniesieniu takiego podmiotu Spółki (...) żądane dokumenty.

Sposób odczytania tychże przez Zamawiającego, a zwłaszcza jego pismo z dnia 15 czerwca 2011 r. i literalne zastosowanie się do zawartego tam wezwania przez powoda spowodowało serię nieporozumień na tle statusu Spółki (...) w procesie przetargowym i wykonawczym, a co za tym idzie na tle niezbędnych dokumentów dla tejże Spółki, jakie należało złożyć w postępowaniu przetargowym.

Zdaniem Sądu, dokumenty jakie powód złożył odnośnie udziału Spółki (...) jednoznacznie wskazują, że nie miała ona brać udziału w realizacji zamówienia w charakterze współwykonawcy, a jedynie miała ona być osobą trzecią ,służyć swoimi zasobami, wiedzą i doświadczeniem. Zdaniem powoda Spółka (...) dysponowała odpowiednim doświadczeniem w zakresie objętym zamówieniem i posiadała niezbędne referencje.

Celem postępowania o udzielenie zamówienia jest wyłonienie wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania umowy. Takim wykonawcą może być jedynie podmiot, który spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Powszechność stosowania referencji w procedurze zamówień publicznych generuje szereg sporów proceduralnych zarówno po stronie zamawiających jak i wykonawców. Zamawiający na potwierdzenie, że wykonawca ubiegający się o uzyskanie zamówienia publicznego spełnia warunki w zakresie wymaganego doświadczenia żąda od wykonawców przedstawienia dokumentów potwierdzających wymaganą wielkość doświadczenia. Wykonawcy najczęściej przedkładają referencje jako dokument uwiarygodniający posiadane doświadczenie w realizacji zadań

zbliżonych do objętych przedmiotem prowadzonego przetargu. Referencje związane są z wykazywaniem spełniania warunku wiedzy i doświadczenia (art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych).

W tym miejscu należy przedstawić tezy z orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące referencji, które w ocenie Sądu mają istotne znaczenie dla procedur udzielania zamówień publicznych. Należy przy tym zaznaczyć, że przedmiotowe zagadnienie budzi wiele problemów prawnych, o czym świadczy niejedolite orzecznictwo.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 marca 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 191/08 stanowi, że zgodnie z Rozporządzeniem z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r. Nr 87, póź. 605) zamawiający może w celu potwierdzenia, że wykonawca posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie żądać wykazu wykonanych w okresie ostatnich trzech lat dostaw z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że dostawy te zostały wykonane należyście (§ 1 ust. 2 pkt 2). Z przepisu wynika jednoznacznie, że tzw. listy referencyjne mogą jedynie potwierdzać należyte wykonanie zamówienia. Referencje, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, nie służą więc do wykazania, że wykonawca posiada odpowiednie doświadczenie i umiejętności konieczne do wykonania zamówienia, lecz świadczą, że dane zamówienie zostało wykonane należyście.

Podobnie stanowi wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 24 stycznia 2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-62/07, w którym czytamy, iż zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2 w/w rozporządzenia, Zamawiający nie może żądać w dokumentach potwierdzających wykonanie dostaw (lub usług) niczego więcej ponad potwierdzenie, że dostawy te (lub usługi) zostały wykonane należyście. Takimi dokumentami mogą być nie tylko listy referencyjne, ale też protokoły odbioru, potwierdzenie dokonania płatności lub inne dokumenty. Wybór właściwego dokumentu należy do wykonawcy. Nie można jednak żądać od wykonawcy, aby z dokumentów sporządzonych przez osoby trzecie wynikało coś więcej poza potwierdzeniem należytego wykonania zamówienia.

Natomiast w wyroku z 9 marca 2012 r. Krajowa Izba Odwoławcza (KIO 419/12), wskazała, że wykaz wykonanych zamówień i dokumenty potwierdzające należyte ich wykonanie, a także wykaz osób, są dokumentami składanymi na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem (...) powyższe dokumenty dotyczą bowiem strony podmiotowej zamówienia, tj. wykonawcy, a nie oferowanego przedmiotu świadczenia. Dokumenty takie generalnie służą wykazaniu, że wykonawca jest zdolny do wykonania danego zamówienia, ze względu na m.in. posiadaną wiedzę i doświadczenie, dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, znajdowanie się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Izba podkreśla w tym wyroku, że artykułem 26 ust. 2b ustawy - Prawo zamówień publicznych wprowadzono możliwość polegania na potencjale podmiotu trzeciego w zakresie wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu. W przypadku korzystania z dobrodziejstwa art. 26 ust. 2b pzp wykonawca zobligowany został do udowodnienia zamawiającemu możliwości dysponowania tym potencjałem, przez złożenie co najmniej pisemnego zobowiązania lub innego dowodu, z którego będzie wynikało, na jakich zasadach następuje udostępnienie zasobów. W przypadku określenia przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, wykonawca korzystający z obcego potencjału, zobowiązany jest także wraz z wnioskiem lub ofertą złożyć dokumenty podmiotowe podmiotu udostępniającego wskazujące na brak podstaw do wykluczenia takiego podmiotu z postępowania.

Przyjmując zaprezentowany pogląd należy wskazać, iż powstają kolejne wątpliwości interpretacyjne omawianych przepisów. Kontrowersje budzi przede wszystkim to, czy taki zaproszony do współpracy podmiot musi wykonywać prace sam, czy wystarczy, że wypożyczy ludzi lub służy konsultacjami. Spory budzi także to, czy niepotwierdzenie dokumentami spełnienia obowiązków wobec np. ZUS, urzędów skarbowych czy niekaralności może skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

W doktrynie zdecydowanie przeważa pogląd, iż jeśli podmiot, z którego potencjału korzysta wykonawca, jest podwykonawcą, to zamawiający może zażądać dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia, a jeśli służy tylko konsultacjami, to nie ma obowiązku ich przedstawiać. Przytoczone przez pozwanego stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych publikowanym na stronach UZP, iż nie jest możliwe udostępnianie



doświadczenia bez jednoczesnego udostępnienia przedsiębiorstwa, z którym to doświadczenie jest związane i dlatego jest niedopuszczalne posługiwanie się w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w celu wykazania spełnienia warunków wiedzy i doświadczenia referencjami podmiotu trzeciego, jeżeli ten podmiot nie będzie brał udziału w wykonaniu zamówienia, nie stoi w sprzeczności z powyższym. Przecież zarówno podmiot podwykonawca jak i podmiot konsultant uczestniczą w wykonaniu zamówienia a jedynie różnią się funkcją jaką pełnią przy jego wykonywaniu: bezpośrednia realizacja – funkcja doradcza.

Mimo pewnych rozbieżności orzecznicy przepisy należy uznać za czytelne. W oświadczeniu podmiotu o udostępnieniu potencjału powinno się wskazać, w jakim charakterze podmiot trzeci będzie brał udział w postępowaniu (np. jako podwykonawca, doradca, konsultant.) W orzecznictwie (...) akcentuje się, iż dysponowanie udostępnionymi przez podmiot trzeci zasobami musi być jednoznaczne. Mając to na uwadze, zamawiający winien w razie wątpliwości przeprowadzić postępowanie wyjaśniające w tym względzie, przy czym należy podkreślić, że nie można charakteru w jakim podmiot, z którego potencjału korzysta wykonawca jedynie domniemywać.

Zgodnie z art. 26 ust. 2b pzp wykonawca może polegać na zasobach osób trzecich w celu udowodnienia zamawiającemu, iż posiada on doświadczenie przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia. Zgodnie z § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane zamawiający może żądać od wykonawcy przedłożenia wymienionych referencji. W przypadku, gdy wykonawca korzysta z zasobów osoby trzeciej, zamawiający może żądać przedstawienia dokumentów odnoszących się do osoby trzeciej jedynie wtedy, gdy osoba ta weźmie udział w realizacji zamówienia. Stąd zamawiający, który weryfikuje zarówno zdolność wykonawcy do wykonania zamówienia, jak i zgodność oferowanych przez niego usług, dostaw czy robót budowlanych z wymogami zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia i innych postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie może przekraczać granic wyznaczonych przez ustawodawcę.

Na kanwie niniejszej sprawy należy podkreślić, iż z informacji i dokumentów przekazanych pozwanej nie wynika wprost, jakoby Spółka (...) miała wziąć udział w realizacji zamówienia. Powód podał, że powołuje się na potencjał innego podmiotu, tj. (...), ale nie wskazał, że będzie ona uczestniczyć w realizacji zamówienia. To pozwany sam przyjął, że Spółka (...) będzie uczestniczyć w realizacji zamówienia, skoro przesłał powodowi pismo /wezwanie z dnia 15.06.2011r., a przynajmniej tak domniemywał. Uwzględniając treść § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów pozwany nie powinien żądać od powoda żadnych dodatkowych dokumentów, potwierdzających spełnienie przez (...) warunków udziału w postępowaniu bez jasnej deklaracji ze strony powoda o uczestnictwie tej firmy w realizacji zamówienia. Możliwe jest przecież wsparcie wykonawcy tylko przez udostępnienie referencji, bez konieczności uczestnictwa podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Dotyczy to sytuacji powoływania się tylko na zasoby innych podmiotów w zakresie osób i wiedzy.

Wiarygodne są przy tym twierdzenia powoda, iż miał skorzystać z wiedzy i doświadczenia (...) przy wykonaniu zamówienia. (...) nie miała być jednak podwykonawcą w realizacji zamówienia, gdyż pracownicy firmy powoda mieli dostateczne doświadczenie i możliwości by samodzielnie wykonać zadania przetargowe. Powód zwrócił się do firmy (...), gdyż jako wykonawca w tym zakresie chciał wesprzeć się jej wiedzą i doświadczeniem. Z uwagi też na powyższe powód konsekwentnie nie informował pozwanego, że (...) będzie brała udział w realizacji zamówienia jednakże kompletował żądane dokumenty jedynie z ostrożności.

Zdaniem Sądu, powód już tylko na podstawie powyższych zważań nie powinien ponosić odpowiedzialności za nie złożenie żądanej dokumentacji dotyczącej (...), których na podstawie Pzp składać nie musiał i dlatego też pozwany nie powinien był zatrzymać wadium. Nie można jednak tracić z pola widzenia faktu, iż nawet przyjmując, że pozwany – zamawiający miał prawo żądać dodatkowych dokumentów, potwierdzających spełnienie przez (...) warunków udziału w postępowaniu, to okoliczności faktycznie przedmiotowej sprawy również nie dawały pozwanemu możliwości zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a pzp.

W art. 46 ust. 4a oraz 5 zawarty został zamknięty katalog okoliczności, w jakich powstaje obowiązek zatrzymania wadium przez zamawiającego. Przesłanka wymieniona w art. 46 ust. 4a dodana nowelizacją z dnia 4 września 2008 r. stanowi podstawę do zatrzymania wadium każdemu wykonawcy, który nie uzupełnił dokumentów i oświadczeń lub pełnomocnictw. Przy czym muszą zostać spełnione kumulatywnie wszystkie przesłanki, aby zamawiający mógł zatrzymać wadium wraz z odsetkami, tj.: wykonawca nie złożył wymaganych przez zamawiającego dokumentów, zamawiający wezwał prawidłowo wykonawcę do uzupełnienia braku, wykonawca w odpowiedzi na wezwanie nie złożył wymaganych dokumentów oraz wykonawca nie udowodnił, że nie złożenie ich nastąpiło na skutek okoliczności niebędących po jego stronie.

Wielokrotnie zdarza się w praktyce, że wykonawca składa ofertę w przetargu, ale okazuje się, że jest ona niekompletna, gdyż z różnych względów nie są do niej dołączone dokumenty, które zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia powinny być przedstawione przez wykonawcę. Wtedy zamawiający ma obowiązek wezwać powoda na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Wtedy w odpowiedzi na wezwanie wykonawca składa określone dokumenty, lecz w ocenie zamawiającego te nowo złożone dokumenty nadal nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu i w konsekwencji zamawiający podejmuje decyzję o zatrzymaniu wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp, niezależnie od odrzucenia oferty lub wykluczenia wykonawcy.

Przesłanka nie złożenia dokumentów budzi trudności interpretacyjnych, gdyż przepis art. 46 ust. 4a wskazuje, że w przypadku gdy wykonawca prawidłowo wezwany do uzupełniania dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw przez zamawiającego działającego na podstawie art. 26 ust. 3 nie uzupełni żądanych dokumentów, to wypełniona jest przesłanka zatrzymania wadium wpłaconego przez takiego wykonawcę. Część komentatorów stoi jednakże na stanowisku, iż nie przedstawienie żadnych dokumentów dotyczy też sytuacji przedłożenia niespełniających wszystkich wymagań im postawionych, np. odnośnie do daty ich wystawienia lub ważności, formy, wreszcie treści. Wyjątkiem od tej zasady jest sytuacja, kiedy nieuzupełnienie oświadczeń, dokumentów lub pełnomocnictw wynika z przyczyn niebędących po stronie wykonawcy, a więc od niego niezależnych, zewnętrznych.

Przepis ten, mający w założeniach ustawodawcy stanowić narzędzie do walki ze znowami cenowymi, w krótkim czasie od wejścia w życie zaczął budzić poważne trudności interpretacyjne. W wydanej w ich wyniku opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wskazał on, że sankcja zatrzymania wadium wraz z odsetkami powinna zostać zastosowana zarówno w sytuacji, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zachowa się biernie (nie przedstawi żadnych dokumentów), jak i wtedy, gdy wykonawca dokumenty (oświadczenia lub pełnomocnictwa) złoży, ale ich treść nie potwierdzi spełniania warunków udziału w postępowaniu czy umocowania do podpisania oferty.

Teza ta jest zdaniem wielu komentatorów kontrowersyjna. Niektóre wyroki Krajowej Izby Odwoławczej (m.in. KIO/UZP 1530/08, czy KIO/UZP 220/09) wskazują odmienną interpretację, zgodnie z którą zatrzymanie wadium może nastąpić jedynie w sytuacji nie złożenia przez Wykonawcę żadnych dokumentów.

W sprawie można więc rozpatrywać zagadnienie dotyczące złożenia nieaktualnego zaświadczenia w kontekście wypełnienia przesłanki zatrzymania wadium o braku uzupełnienia dokumentu przez zamawiającego, tj. czy formalne uzupełnienie dokumentu, pomimo iż nie potwierdza on spełnienia warunku udziału w postępowaniu przetargowym, daje zamawiającemu możliwość zatrzymania wadium wraz z odsetkami na podstawie art. 46 ust. 4a pzp.

Sąd zauważa, iż nie brakuje poglądów, którym hołduje pozwany wskazując, że pojęcie „nie złożenia dokumentów” dotyczy nie tylko przypadku bierności wezwanego wykonawcy, gdy w ogóle nie składa dokumentu wskazanego w wezwaniu, ale także sytuację w której wykonawca składa dokument, z którego jednak nie wynika potwierdzenie spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Taka wykładnia 46 ust. 4a pzp odpowiada, zdaniem pozwanego, ratio legis tego przepisu, co zostało potwierdzone opinią sporządzoną na zlecenie pozwanego przez prof. dr hab. L. O. oraz opinią prawną Urzędu Zamówień Publicznych (opublikowaną na stronie internetowej [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)).

W świetle literalnego brzmienia artykułu 46 ust. 4a pzp jedynie niezłożenie dokumentów lub oświadczeń uprawnia zamawiającego do zatrzymania wadium. Zamawiający nie powinien zatrzymać wadium, jeżeli wykonawca uzupełnił dokumenty, a w ocenie zamawiającego nie potwierdzają one spełniania warunków udziału w postępowaniu. Utratą wadium sankcjonowana jest bierność wykonawców w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Takie samo stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wielu orzeczeniach (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1134/11, LEX nr 846367; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 marca 2011 r., sygn. akt KIO 465/11, LEX nr 788353, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 listopada 2010 r., sygn. akt KIO 2413/10, LEX nr 688728), a pogląd ten akceptują także sądy powszechne (wyrok SA w Poznaniu, sygn. akt I ACa 357/10, LEX nr 756566, czy też cytowany wyrok SA w Katowicach V ACa 161/10). Wobec tego zatrzymanie wadium w przypadku gdy powód złożył dokumenty, lecz w ocenie pozwanego są one nieprawidłowe, jest zdaniem Sądu bezprawne. Zważyć bowiem należy, że powód na wezwanie pozwanego niezwłocznie przystąpił do kompletowania żądanej dokumentacji.

Przede wszystkim należy podnieść, iż zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych może nastąpić wyłącznie w sytuacji wcześniejszego prawidłowego wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp. Takie też stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia z dnia 16 stycznia 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1530/08). W tym wyroku Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż precyzyjne określenie żądania do uzupełnienia brakujących dokumentów lub oświadczeń na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy pzp obciąża zamawiającego. Brak precyzji po jego stronie nie może powodować negatywnych skutków prawnych dla nieprecyzyjnie wezwanego wykonawcy, a w konsekwencji nie może stanowić podstawy do zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy pzp.

Z wypełnieniem dyspozycji art. 46 ust. 4a pzp mamy do czynienia wyłącznie w przypadku, gdy wykonawca faktycznie (fizycznie) nie uzupełnił dokumentów. Natomiast 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. Zdaniem Sądu przedmiotowa sankcja nie dotyczy również sytuacji, w której sama czynność uzupełnienia dokumentów dotknięta jest dalszymi brakami formalnymi (w niniejszej sprawie można by było mieć do czynienia z taką hipotetyczną sytuacją, gdyby uznać wezwanie pozwanego do uzupełnienia braków przesłane do powoda dnia 15 czerwca 2011 r. wobec jednostronnego założenia przez pozwaną, że spółka (...) będzie uczestniczyła w realizacji zamówienia jako współwykonawca. Niedopuszczalna jest bowiem interpretacja prowadząca do sytuacji, w której każde uchybienie wykonawcy w realizacji wezwania do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp 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. Nadmienić trzeba ponadto, iż wykładnia celowościowa przepisu art. 26 ust. 3 pzp prowadzi do wniosku, że informacja z Krajowego Rejestru Karnego dotycząca danego podmiotu zaświadcza stan faktyczny nie tylko na dzień jej udzielenia, poświadcza również, ten stan na wcześniejszy dzień w którym upłynął termin do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (tak wyrok SA w Poznaniu z dnia 20.05.2010 r. I ACa 357/10, LEX nr 756566).

Jak słusznie zauważa w wyroku z dnia 5.09.2012 r. Krajowa Izba Odwoławcza, sygn. akt KIO/UZP 1806/12, że przepis art. 46 ust. 4a Pzp, będący podstawą do zatrzymania wadium, jest restrykcyjny i wskazuje na sankcję wobec wykonawcy w postaci zatrzymania wadium. W związku z tym, aby prawidłowo stosować ten przepis zamawiający musi stworzyć wykonawcy szczególnie dogodne warunki do wypełnienia wezwania w sprawie uzupełnienia dokumentów, aby móc zastosować sankcję w postaci zatrzymania wadium. W takich sytuacjach nie można jednoznacznie stwierdzić, że okoliczność niezłożenia uzupełnień powstała z przyczyn leżących wyłącznie po stronie wykonawcy.

Jak się podkreśla w doktrynie, a także w orzecznictwie art. 46 ust. 4a Pzp został wprowadzony w celu wyeliminowania nieprawidłowych praktyk wykonawców, którzy w celu wydłużenia postępowania celowo nie składali dokumentów wraz z ofertami nie mając woli ich uzupełnienia na żadnym etapie postępowania, a składali ofertę w celu rozpoznania

rynku, lub stworzenia korzystniejszej sytuacji dla powiązanego z wykonawcą podmiotu, przy czym takiego zachowania nie można przypisać powodowi.

W wyroku z dnia 22 marca 2011 r. (sygn. akt KIO/465/11) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza m.in., że „ [...] intencją ustawodawcy, a co znalazło odzwierciedlenie w uzasadnieniu dla wprowadzenia tego właśnie przepisu, nie było zatrzymywanie wadium w każdym przypadku, w którym wykonawca nie wywiązał się z wezwania do uzupełnienia dokumentów dokonanego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp i dokumentu tego nie złożył. Celem wprowadzenia tego przepisu było tylko i wyłącznie zapobieżenie znikom wykonawców, którzy działając razem i w porozumieniu celowo nie załączali do oferty dokumentów podlegających uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, a nie karanie wykonawców, którzy w sposób niezawiniony stawianego warunku, czy też wymogu nie spełnili. A ponieważ zatrzymanie wadium ma charakter niezwykle restrykcyjny instytucja ta powinna być bardzo ostrożnie stosowana. [...] Interpretacji tego przepisu należy bowiem dokonywać przy zastosowaniu zarówno wykładni literalnej jak i celowościowej i „eliminować takie ustalenia interpretacyjne tekstów prawnych, przy których przyjęciu skutki stosowania odpowiedniego przepisu byłyby wadliwe, a w szczególności prowadziłyby do skutków niezamierzonych” (uchwała SN z dnia 21 grudnia 1999 roku sygn. I KZP 45/99). Tak więc decyzja taka (o zatrzymaniu wadium) winna być podjęta przez zamawiającego dopiero po wnikliwej analizie czy zaistniała obiektywnie uzasadniona podstawa do wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, oraz wpływu braku uzupełnienia dokumentów wymienionych w art. 46 ust 4a Pzp na postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Konsekwencją nieprawidłowego i pochopnego zastosowania tego przepisu nie może być bowiem doprowadzenie do powstania negatywnych skutków w sferze ekonomicznej wykonawców w sytuacji, gdy dołożyli oni należytej staranności w uzyskaniu określonych dokumentów, złożyli je i mimo to dokumenty te nie potwierdzają spełnienia postawionego przez zamawiającego wymogu. Tym samym zarzut ten potwierdził się”.

Ponadto nie może ująć uwadze Sądu, że rygorystyczne postępowanie zamawiających może być krzywdzące szczególnie dla tych wykonawców, którzy w dobrej wierze przedkładają dokumenty lub niezbędne wyjaśnienia, wyrażając tym samym wolę kontynuowania swego udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak to uczynił powód.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 grudnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1367/08 - wadium pełni funkcję bariery finansowej zapewniającej przystąpienie do przetargu jedynie osób zainteresowanych oraz zapewnienie odszkodowania zastrzeżonego na wypadek uchylania się przez wybrany w przetargu podmiot od zawarcia umowy. Ponadto zgodnie z wyrokiem z dnia 27 kwietnia 2009 r., (sygn. akt: KIO/UZP 488/09) (...) wadium pełni funkcję dyscyplinującą wykonawców i ma powstrzymywać ich przed niezgodnymi z prawem zachowaniami utrudniającymi zawarcie umowy o zamówienie publiczne.

Reasumując, według Sądu zachowanie powoda poprzez zastosowanie się do wezwania pozwanego, przy niezmienionym stanowisku powoda odnośnie statusu firmy (...) w procesie realizacji zamówienia, świadczy o tym, iż powód wykazał wolę kontynuowania swojego udziału w postępowaniu zmierzającym do zawarcia umowy, co nie uzasadnia nałożenie tak surowej sankcji w postaci zatrzymania wadium. Na umyślność i celowość nie podporządkowania się wezwaniu zamawiającego oraz na całkowitą bierność wykonawcy wskazuje Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 7 lipca 2011 r., sygn. akt: II CSK 675/10 (LEX nr 951295), odnosząc się do przypadku w jakim zamawiający ma prawo zatrzymać wadium.

Trzeba też podkreślić, iż formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację tych zasad. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać cel ustawy (vide SO w Gliwicach z dnia 23.02.2007 r., sygn.. akt X Ga 23/07, publ.). Nadto przyjęcie stanowiska, że do zatrzymania wadium może dojść zawsze, gdy wykonawca nie w pełni należyście uczyni zadość wezwaniu zamawiającego, stwarza pole do nadużyć ze strony zamawiającego (por. cyt. wyrok SN z dnia 7 lipca 2011 r.).

Jak zauważają komentatorzy nadużywanie przez zamawiających publicznych instytucji zatrzymania wadium w oparciu o art. 46 ust.4a ustawy Prawo zamówień publicznych jest coraz powszechniejszą praktyką. To, co z założenia miało być sytuacją wyjątkową, stało się powszechną praktyką, u podstaw której leży niezrozumienie oraz

nieprawidłowa interpretacja przez zamawiających zarówno przepisów dotyczących uzupełnienia dokumentów, jak i zatrzymania wadium. Zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz analiza przepisów prawa, w szczególności art. 46 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie dawały w ocenie Sądu podstaw prawnych do zatrzymania przez pozwanego wadium w związku ze złożeniem przez powoda oferty w organizowanym przetargu. Jak zostało wykazane powyżej, nie zostały spełnione kumulatywnie wszystkie przesłanki wymienione w art. 46 ust. 4a pzp, które uprawniałyby pozwanego do zatrzymania wadium.

Zgodnie z orzecznictwem w tej sytuacji powodowi służy roszczenie o zwrot wpłaconego wadium na podstawie art. 410 § 2 kc w związku z art. 405 kc. Pozwany zatrzymując wadium bezprawnie i niezgodnie z umową, naruszył postanowienia umowy przetargu. Wskutek tego pozwany spowodował szkodę w majątku powoda. Zadośćuczynienie tej szkodzie musi nastąpić poprzez zapłacenie kwoty 70.000,00 zł wraz z odsetkami za zwłokę. Ponieważ wadium należy zwrócić wykonawcy niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty (art. 46 ust. 1 pzp), pozwany winien je zwrócić powodowi z taką datą. Zważyć jednakże należy, że pozwany poza żądaniem oddalenia powództwa jako bezpodstawnego co do zasady, podniósł też zarzut przedawnienia roszczenia ponad kwotę 70.000 zł, skoro taką kwotę powód przedstawił jako bezpodstawnie uzyskaną przez pozwanego jego kosztem korzyść wnosząc o wezwanie pozwanej do próby ugodowej. Zasadzając zwrot wadium w pełnej wysokości, do reszty należnego roszczenia Sąd rozważał po myśli art. 118 k.c. przyjmując trzyletni okres przedawnienia. Zważał przy tym Sąd, że zarzut przedawnienia może być podniesiony co do roszczeń zasadnych. Sąd natomiast nie uznał zasadności roszczeń stanowiących zwrot kosztów sądowych wywołanych sposobem wyegzekwowania przez pozwanego wadium, bowiem to w jaki sposób wadium zostanie uiszczony, czy zagwarantowane-jest wyborem przystępującego do przetargu. Gdyby powód wniósł wadium w np. pieniądzu, (wymaganie dotyczące wadium określone w SIWZ), to nie poniósłby ryzyka ponoszenia dodatkowych kosztów na wypadek np. zaistniały w relacjach pomiędzy stronami. Powód w tym zakresie nie powinien ryzykiem finansowym wynikłym z jego wyboru co do sposobu wniesienia wadium obciążać zamawiającego. Zasadzając odsetki Sąd oparł się na przepisach art. 481 § 1 kc i orzekł o nich od daty złożenia na pozwu.

O kosztach Sąd orzekł po myśli art. 100 k.p.c.