

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 lipca 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny w składzie:

Przewodniczący:	SSA Anna Kowacz-Braun
Sędziowie:	SSA Zbigniew Ducki SSA Sławomir Jamróg (spr.)
Protokolant:	sekr.sądowy Marta Matys

po rozpoznaniu w dniu 12 lipca 2016 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa (...) spółki jawnej w N.

przeciwko Gminie Z.

o zapłatę

na skutek apelacji strony powodowej

od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie

z dnia 30 listopada 2015 r. sygn. akt I C 499/15

1. **oddala apelację;**

2. **zasądza od strony powodowej na rzecz strony pozwanej kwotę 10.800 zł (dziesięć tysięcy osiemset złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.**

SSA Zbigniew Ducki SSA Anna Kowacz-Braun SSA Sławomir Jamróg

Sygn. akt I ACa 340/16

UZASADNIENIE

(...) Spółka Jawna z siedzibą w N. w pozwie z dnia 24 marca 2015 r., domagała się zasądzenia na jej rzecz od pozwanej Gminy Z. kwoty 350000 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 26 lutego 2015 r. do dnia zapłaty oraz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przewidzianych.

W uzasadnieniu strona powodowa podała, iż na podstawie ogłoszenia pozwanej Gminy, o postępowaniu przetargowym w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie „gospodarka wodno – ściekowa w gminie Z. – etap (...)w zakresie wykonania sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej”, złożyła ofertę i przystąpiła do przedmiotowego postępowania. Wraz z ofertą stosownie do wymogów pkt (...)Ogłoszenia przedłożyła także ubezpieczeniową gwarancję

zapłaty wadium. Jednakże, pomimo uzupełnienia wymaganych dokumentów przy złożeniu oferty, pozwana Gmina wykluczyła powodową spółkę z przetargu i odrzuciła jej ofertę z powodu nie złożenia aktualnego zaświadczenia ZUS o nie zaleganiu z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, a następnie zajęła objęte polisą ubezpieczeniową w (...) S.A. V. (...) z siedzibą w W. wadium w kwocie 350.000 zł. Strona powodowa zarzuciła, iż zatrzymanie przez pozwaną kwoty wadium z ustanowionej przez powódkę gwarancji ubezpieczeniowej nastąpiło bez podstawy prawnej, a uzyskana przez Gminę Z. kwota stanowi nienależne świadczenie.

Gmina Z. w odpowiedzi na pozew wniosła o oddalenie powództwa w całości i o zasądzenie kosztów procesu.

Pozwana podała, iż wykluczenie strony powodowej z postępowania skutkowało uznaniem jej oferty za odrzuconą zgodnie z brzmieniem art. 24 ust. 4 ustawy prawo zamówień publicznych, a w związku z tym uprawniało pozwaną do zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a tej ustawy. Wskazała, iż w świetle art. 46 ust. 4a ustawy przez niezłożenie dokumentów należy rozumieć nie tylko bierność wezwanego wykonawcy ale również sytuację, w której wykonawca składa dokument, z którego jednak nie wynika potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wykładania bowiem powołanego przepisu przez przyjęcie, że chodzi wyłącznie o stan bierności wezwanego wykonawcy w niczym nie zapobiegnie znowom cenowym.

Pozwana podniosła też, iż strona powodowa była zobowiązana do przedłożenia aktualnego zaświadczenia ZUS ale nie na dzień wezwania do uzupełnienia, lecz na dzień składania oferty.

Wyrokiem z dnia 30 listopada 2015r. sygn.. akt I C 499/15 Sąd Okręgowy w Krakowie oddalił powództwo i zasądził od strony powodowej na rzecz strony pozwanej kwotę 7200zł tytułem zwrotu kosztów postępowania.

Podstawę tego rozstrzygnięcia stanowiło ustalenie, że :

W dniu 14 maja 2014 r. Gmina Z. opublikowała ogłoszenie o zamówieniu publicznym, którego przedmiotem była realizacja zadania pod nazwą „Gospodarka (...)w gminie Z. – etap (...)w zakresie wykonania sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej”. Termin składania ofert przez wykonawców został określony na dzień 1 lipca 2014 r. Całkowita wartość powyższego zamówienia na podstawie kosztorysów inwestorskich została oszacowana na kwotę 12450351,34 zł. Kwota wadium w przedmiotowym zamówieniu została określona na 350000 zł. W odpowiedzi na ogłoszenie o wszczęciu postępowania przetargowego w trybie przetargu nieograniczonego swą ofertę złożyła spółka (...) Spółka Jawna z siedzibą w N., która wraz z ofertą przedłożyła ubezpieczeniową gwarancję zapłaty wadium nr (...) z dnia 30 czerwca 2014 r. Gwarantem wykonania zobowiązań zawartych we wskazanej gwarancji był (...) S.A. V. (...) z siedzibą w W.. Zgodnie z pkt (...)Specyfikacji (...) (SIWZ) w postępowaniu o udzielenie zamówienia mogli wziąć udział wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące m.in. nie podlegania wykluczeniu z postępowania z powodu okoliczności, o których mowa w art. 24 ustawy prawo zamówień publicznych tj. m.in. którzy nie zalegają z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne. Zgodnie natomiast z pkt (...)w celu potwierdzenia spełniania powyższych warunków wykonawca był zobowiązany do złożenia m.in. aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału ZUS lub KRUS potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Pismem z dnia 14 lipca 2014 r. pozwana w trybie art. 26 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych wezwała powódkę do uzupełnienia dokumentów wymaganych przy złożeniu oferty, w tym aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału ZUS o nie zaleganiu z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Na wezwanie to powód odpowiedział w dniu 15 lipca 2014 r. przedkładając dokumenty, w tym zaświadczenie z ZUS z dnia 17 lutego 2014 r. stwierdzające brak zaległości wobec ZUS. Na dzień 14 lipca 2014 r. strona powodowa nie posiadała dokumentów w postaci zaświadczenia ZUS stwierdzającego, że nie zalega ze składkami na 3 miesiące wstecz. Powodowa spółka wystąpiła do ZUS o kopię zaświadczenia ważnego na dzień oferty jednakże ZUS odmówił wydania takiego zaświadczenia stwierdzając, iż spółka posiada zaległości. Na dzień 1 lipca 2014 r. strona powodowa zalegała bowiem wobec ZUS z tytułu składek na:

- (...) – 289,24 zł za miesiąc maj 2014 plus odsetki za zwłokę,
- (...) – 254,40 zł za miesiąc październik i grudzień 2010 r. i maj 2014 r. plus odsetki za zwłokę ,
- (...) 23,72 zł za miesiąc maj 2014 r. plus odsetki za zwłokę.

Pismem z dnia 18 sierpnia 2014 r. powodowa spółka została poinformowana o jej wykluczeniu i uznaniu oferty za odrzuconą. Wykluczenie nastąpiło na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy prawo zamówień publicznych tj. z powodu nieuzupełnienia aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału ZUS potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne. Pozwana uznała, iż przedłożone przez powódkę zaświadczenie z dnia 17 lutego 2014 r. nie spełnia wymogu określonego w (...)tj. że zostało wystawione w innym terminie niż wymagane przez pozwaną.

Pismem z dnia 26 sierpnia 2014 r. pozwana zwróciła się do (...) SA V. (...) w W. z żądaniem zapłaty kwoty 350.000 zł tytułem zatrzymania wadium powódki w związku z zaistnieniem przypadku określonego w ustawie prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r.

Wadium zostało wypłacone pozwanej przez Ubezpieczyciela na podstawie nakazu zapłaty wystawionego w postępowaniu upominawczym przez Sąd Okręgowy w Kielcach I Wydział Cywilny z dnia 7 stycznia 2015 r., o czym powodowa spółka została poinformowana pismem z dnia 5 lutego 2015 r., a w dniu 16 lutego 2015 r. zwróciła Ubezpieczycielowi kwotę wadium.

Strona powodowa uczestniczyła w prowadzonym równolegle z postępowaniem w Gminie Z. postępowaniu przetargowym na zadanie pod nazwą „Budowa(...)w miejscowościach C. i P.” ogłoszonym przez Gminę C.. Wskazane zamówienie w dniu 30 lipca 2014 r. zostało udzielone stronie powodowej.

Po zatrzymaniu wadium strona powodowa wezwała pozwaną Gminę pismem z dnia 17 lutego 2015 r. do zapłaty kwoty 350.000 zł wyznaczając 7 dniowy termin do jej uiszczenia. Strona pozwana odmówiła zwrotu wskazując w swych pismach przyczyny. Poinformowała też o wyborze oferty kolejnego wykonawcy firmy (...) Sp. z o.o. Umowa z tym wykonawcą nie została jednak zawarta, a w dniu 15 września 2014 r. pozwana udzieliła zamówienia innemu podmiotowi , kolejnemu oferentowi działającemu pod firmą Firma Budowlana (...) s.c.(...)

Przy tym stanie faktycznym Sąd pierwszej instancji odwołał się do treści art. 405 k.c. oraz art. 46 ust. 4a u.p.z.p. i wskazał, że wprawdzie strona powodowa uzyskała korzyść majątkową kosztem majątku powoda, jednakże istniała do tego podstawa. Zamawiający bowiem zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Zmowa pomiędzy oferentami nie została określona w art. 46 ust. 4a u.p.z.p. jako przesłanka zatrzymania wadium . Obowiązkiwanie takiej przesłanki takiej nie da się również wyprowadzić w drodze wykładni tego przepisu. Zamawiający nie musiał wykazać w sprawie istnienie zmywu pomiędzy oferentami aby uzasadnić zatrzymanie oferty byłoby bowiem nałożeniem na niego wymogu nie przewidzianego prawem.

Z ustalonego stanu faktycznego wynika, że strona powodowa złożyła ofertę obarczoną brakami. W szczególności nie zostało do niej dołączone zaświadczenie właściwego oddziału ZUS o niezaleganiu z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, co naruszało art. 25 ust. 1 p.z.p. w zw. z § 3 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231). Strona powodowa dołączyła bowiem zaświadczenie z ZUS z dnia 17 lutego 2014 r., podczas gdy termin do składania ofert upływał z dniem 1 lipca 2014 r. tak że złożone zaświadczenie było wystawione wcześniej niż 3 miesiąca przed tym terminem. Załączenie do oferty oświadczenia, które

nie odpowiadało wymogom z art. 25 ust. 1 p.z.p. w zw. z § 3 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. należy traktować na równi z nieprzedstawieniem zaświadczenia w ogóle, a zatem wezwanie strony powodowej do uzupełnienia oferty poprzez przedłożenie prawidłowego dokumentu było uzasadnione zgodnie z art. 26 ust. 3 p.z.p. Gdyby dokumenty zostały uzupełnione, oferta strony powodowej podlegałaby wyborowi przez wykonawcę jako najkorzystniejsza co wynika z pisma strony pozwanej z dnia 18 sierpnia 2014 r. (k. 30). Strona powodowa, pomimo wezwania pismem z dnia 14 lipca 2014 r., zaświadczenia odpowiadającego w/w wymogom nie przedstawiła. Strona powodowa zarzuciła wprawdzie, że niedołączenie tego dokumentu nastąpiło z przyczyn, które nie leżały po jej stronie, co zgodnie z art. 46 ust. 4a p.z.p. wykluczałoby dopuszczalność zatrzymania wadium. Zarzut ten jednak na uwzględnienie nie zasługuje. Gdyby dokumenty zostały uzupełnione, oferta strony powodowej podlegałaby wyborowi przez wykonawcę jako najkorzystniejsza (k. 156). Odmowa wystawienia przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych zaświadczenia o niezaleganiu nastąpiła z tej przyczyny, że na dzień 1 lipca 2014 r. strona powodowa zalegała bowiem wobec ZUS z tytułu składek na:

- (...) – 289,24 zł za miesiąc maj 2014 plus odsetki za zwłokę,
- (...) – 254,40 zł za miesiąc październik i grudzień 2010 r. i maj 2014 r. plus odsetki za zwłokę ,
- (...) 23,72 zł za miesiąc maj 2014 r. plus odsetki za zwłokę.

Należy w tym miejscu zauważyć, że skoro strona pozwana posiadała zaświadczenie o niezaleganiu ze składkami wydane w dniu 17 lutego 2014 r. (k. 25), to składając ofertę stronie pozwanej w lipcu 2014 r. nie miała obowiązku liczyć się z tym, że zaległość istniała w dniu 17 lutego 2014 r. W związku z tym odmowę wystawienia zaświadczenia, w zakresie w jakim spowodowana była zaległościami powstałymi przed dniem 17 lutego 2014 r., należy potraktować jako spowodowaną przyczyną nie leżącą po stronie powodowej. Składając w dniu 1 lipca 2014 r. ofertę strona powodowa nie miała obowiązku liczyć się z istnieniem zaległości za październik i grudzień 2010 r., gdyż uzasadnione przekonanie co do braku tej zaległości wynikało z faktu posiadania zaświadczenia o niezaleganiu ze składkami z dnia 17 lutego 2014 r. Strona powodowa powinna była przed złożeniem oferty w dniu 1 lipca 2014 r. upewnić się jednak, czy po dacie zaświadczenia z dnia 17 lutego 2014 r. nie popadła w zaległości, a w konsekwencji czy spełnia wymogi zgłoszenia się do postępowania przewidziane w art. 24 ust. 1 pkt 2 u.p.z.p. Z pisma dnia 26 sierpnia 2014 r. wynika natomiast, że zaległości w zapłacie składek, które uniemożliwiły wystawienie aktualnego zaświadczenia o niezaleganiu, dotyczyły również miesiąca maja 2014 r. W przypadku tych zaległości strona powodowa nie mogła swojego przekonania o nieistnieniu zaległości opierać na zaświadczeniu z dnia 17 lutego 2014 r. Strona powodowa, pomimo ciężącego na niej w tym zakresie ciężaru dowodu, nie przedstawiła dowodu na to, że po dniu wymagalności składek za maj 2014 r. (tj. po dniu 15 czerwca 2014 r.) a przed złożeniem oferty stronie pozwanej (tj. przed dniem 1 lipca 2014 r.) uzyskała jakiegokolwiek zaświadczenie o niezaleganiu ze składkami, które takie przekonanie mogło po jej stronie wzbudzić. Z zeznań strony powodowej (czas rozprawy 01:01:42) wynika, że takiego zaświadczenia nie posiadała, gdyż zeznała, że w dniu 14 lipca 2014 r. nie miała dokumentów stwierdzających niezaleganie ze składkami młodszego niż 3 miesiące, a zatem dokumentu wystawionego po dniu 14 kwietnia 2014 r. Złożenie oferty w ramach procedury zamówień publicznych bez uprzedniego sprawdzenia przez oferenta, czy spełnia wymogi przewidziane w art. 24 u.p.z.p. (w szczególności – jak to ma miejsce w niniejszej sprawie – wymogu z art. 24 ust. 1 pkt 3 u.p.z.p.) należy natomiast potraktować jako niedołożenie przez oferenta należytej staranności. W konsekwencji wynikająca z istnienia po stronie danego oferenta zadłużenia z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne niemożność przedłożenia, na wezwanie złożone przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p., dokumentu stwierdzającego spełnienie wymogu z art. 24 ust. 1 pkt 3 u.p.z.p. musi być oceniona jako wynikła z przyczyn leżących po stronie oferenta. W tym stanie rzeczy Sąd Okręgowy ocenił, że strona powodowa nie przedłożyła - pomimo wezwania pismem z dnia 14 lipca 2014 r. - zaświadczenia odpowiadającego wymogom z art. 25 ust. 1 p.z.p. w zw. z § 3 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. z przyczyny leżącej po jej stronie (tj. z tej przyczyny, że bez uprzedniego sprawdzenia czy nie zalega ze składkami po dniu 17 lutego 2014 r., złożyła ofertę w dniu 1 lipca 2014 r.). Prowadzi to do wniosku, że strona pozwana była uprawniona, zgodnie z art. 46 ust. 4a p.z.p., zatrzymać wadium złożone przez stronę powodową.

Zarzut sprzeczności zatrzymania wadium z art. 5 k.c. Sąd Okręgowy uznał za nieuzasadniony. Twierdzenie o naruszeniu przez stronę przeciwną zasad współzycia społecznego lub wykorzystania prawa sprzecznie z jego społeczno – gospodarczym przeznaczeniem nie może stanowić samoistnej podstawy dochodzenia roszczenia, co już samo w sobie wyklucza dopuszczalność oparcia żądania pozwu w niniejszej sprawie na tym zarzucie. Nadto sama w sobie czynność zatrzymania wadium przez stronę pozwaną nie narusza art. 5 k.c. Złożenie przez stronę pozwaną, wskutek wyżej opisanego niedołożenia należytej staranności, oferty obciążonej brakami niewątpliwie było czynnością zakłócającą prawidłowe przeprowadzenie procedury zamówienia publicznego. Po stronie powodowej nie można dopatrzeć się jakichkolwiek działań lub zaniechań, które w sposób nie zasługujący na aprobatę doprowadziły do powstania sytuacji określonej w art. 46 ust. 4a p.z.p. w odniesieniu do strony powodowej. Brak wykazania istnienia zмовy pomiędzy oferentami nie jest zdaniem Sądu Okręgowego równoznaczny z uznaniem, że strona pozwana zatrzymując wadium korzysta ze swojego prawa w sposób sprzeczny z jego społeczno – gospodarczym przeznaczeniem, albowiem byłoby to równoznaczne z wprowadzeniem nieznanego prawa przesłanki negatywnej zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a p.z.p.

Wzbogacenie po stronie pozwanej wskutek zatrzymania złożonego przez stronę powodową wadium na podstawie art. 46 ust. 4a p.z.p. nie miało charakteru bezpodstawnego. W konsekwencji tego Sąd oddalił powództwo, o czym orzeczono w pkt I wyroku na podstawie wyżej powołanych przepisów.

Apelację od tego wyroku wniosła strona powodowa zaskarżając orzeczenie w całości. Zarzuciła naruszenie :

1. Przepisów postępowania mające istotny wpływ na treść orzeczenia a w szczególności naruszenie art. 233§1 i2 k.p.c. poprzez zaniechanie wszechstronnego rozważania materiału dowodowego i przyjęcie, że powód nie uzyskał i nie posiada zaświadczenia z ZUS z ostatnich trzech miesięcy. Powód zarzucił też przekroczenie zasad swobodnej oceny dowodów i wyciągnięcie z nich wniosków sprzecznych z treścią innych dowodów w tym z przesłuchania stron i zeznań świadka G. R.,

2. Przepisów prawa materialnego a to :

- art. 405 k.c. poprzez odmowę jego zastosowania i uznanie , że wzbogacenie pozwanego nie jest bezpodstawne,

- art. 46 ust. 4 a ustawy z dnia 24 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. 2013r. poz. 907 ze zm. , dalej u.p.z.p. , poprzez jego zastosowanie i uznanie, że pozwany mógł zatrzymać wadium i było to podyktowane okolicznościami obciążającymi powoda,

- art. 46 ust. 4 a u.p.z.p. poprzez jego błędna wykładnię polegającą na przyjęciu braku znaczenia dla jego zastosowania konieczności oceny zaniechania wykonawcy jak również istnienia zмовy cenowej pomiędzy wykonawcami uczestniczącymi w postępowaniu przetargowym,

- art. 5 k.c. poprzez odmowę jego zastosowania i przyjęcia, że stanowi on samodzielna podstawę roszczeń powoda, w sytuacji gdy został on powołany celem kwalifikacji pozwanego , który nadużył swojego prawa pomimo wiedzy , że nie doszło do zмовy cenowej i przy zatrzymaniu wadium również drugiego wykonawcy.

Powód wniósł o zmianę wyroku i uwzględnienie żądania pozwu oraz o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania za obie instancje.

Strona pozwana wniosła o oddalenie apelacji i o zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Rozpoznając apelacje Sąd drugiej instancji uznał za własne ustalenie Sadu Okręgowego i zważył co następuje:

Na wstępie Sąd drugiej instancji zwraca uwagę, że wartość zamówienia była niższa niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 u.p.z.p. co oznacza, że nie było dopuszczalne odwołanie od czynności

zatrzymania wadium. Ponadto dopuszczalność drogi sądowej wynikała z oparcia roszczenia na cywilistycznej konstrukcji nienależnego świadczenia jako formy bezpodstawnego wzbogacenia.

Apelacja nie jest zasadna.

Nie jest zasadny zarzut naruszenia art. 233§1 i 2 k.p.c. Słusznie Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, że strona powodowa nie dopełniła wymogów zamówienia. Zaświadczenie z lutego 2014r. poświadczало stan, który nie miał żadnego znaczenia dla postępowania przetargowego. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 3 u.p.z.p. wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, którzy zalegają z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, z wyjątkiem przypadków gdy uzyskali oni przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie, rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu. Norma ta nie dotyczy przypadków nawet niewielkich zaległości. Obowiązek przedłożenia zaświadczenia o jakim mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 3 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) służy wykazaniu, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu a więc służy wykazaniu braku podstaw do wykluczenia z przetargu. Strona pozwana nie musiała ale mogła (z uwagi na wartość przedmiotu zamówienia) żądać dokumentów potwierdzających spełnienie wymogów udziału w przetargu a nie poprzestać jedynie na oświadczeniu strony powodowej. Z uwagi na konieczność zapewnienia udziału w przetargu oferentów uprawnionych istotna była aktualność zaświadczenia, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne. Nieaktualne więc było zaświadczenie wystawione wcześniej niż 3 miesiące przed upływem 1 lipca 2014r., stąd powoływanie się przez stronę powodową na okoliczności wpływające z zaświadczenia z dnia 17 lutego 2014r. są nieadekwatne dla przedmiotu postępowania. Słusznie Sąd Okręgowy zwrócił także uwagę, że z faktu wydania tego zaświadczenia strona powodowa nie mogła wywodzić przekonania o braku zaległości składek ZUS skoro zaległość dotyczyła także maja 2014r. Istnienie tej zaległości nie było kwestionowane przez stronę powodową. Istotne dla rozstrzygnięcia jest kwestia dopuszczalności udziału w przetargu i ocen czy strona powodowa dopełniła należytej staranności przy wykonaniu obowiązków wynikających z u.p.z.p. Zwrot wadium jest bowiem możliwy tylko wtedy, gdy ustalone zostanie, że wykonawcy nie można postawić zarzutu jakiegokolwiek zaniedbania przewidzianego w art. 46 ust. 4a P.z.p (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 listopada 2014 r. IV CSK 115/14 LEX nr 1650297). Można byłoby zgodzić się ze skarżącą, że wystawienie powołanego w apelacji zaświadczenia ZUS, którym strona powodowa posługiwała się w innym postępowaniu przetargowym a które wskazywało na brak zaległości mogło prowadzić do usprawiedliwionego przekonania o braku zaległości i stanowić podstawę do złożenia oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w przetargu w dniu 1 lipca 2015r., gdyby nie okoliczność, że to strona powodowa składa deklaracje do ZUS i to jej służby księgowo powinny mieć świadomość o istnieniu zaległości. Ponadto udział w przedmiotowym przetargu wymagał odrębnych dokumentów, o które strona powodowa powinna wystąpić na etapie zgłoszenia zakładając, że nie miała świadomości wcześniejszych zaległości. Należy zauważyć, że skarżący nie wystąpił do ZUS o wydanie zaświadczenia dla potrzeb przedmiotowego przetargu. K. P. wprost zeznawał, że nastąpiło to przez przeoczenie a więc przez brak należytej staranności. Przygotowanie do udziału w przetargu o wartości przedmiotu zamówienia 12450351zł wymagało podjęcia aktów należytej staranności wymaganej od profesjonalisty. Z zeznań zaś przedstawiciela strony powodowej wynika, że po wezwaniu strona powodowa wystąpiła do ZUS o wydanie zaświadczenia jednakże otrzymała informację o istnieniu zaległości. Strona powodowa nie wykazała by niemożliwe było uiszczenie pomiędzy 14 lipca 2016r. a 16 lipca 2014r. zaległości wykazywanej w zaświadczeniu ZUS z należnymi odsetkami za zwłokę na zasadach oraz w wysokości określonych w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja Podatkowa (Dz.U. nr 137 poz. 926 i nr 160 poz. 1083 oraz z 1998 roku nr 106 poz. 668 z późn. zm.) i uzyskanie potwierdzenie braku zaległości. Sam fakt braku kasy w tym inspektoracie ZUS (o czym zeznawał przedstawiciel strony powodowej), nie stanowi przeszkody do zapłaty zaległości. Niezasadnie więc apelacja kwestionuje ocenę dowodów przeprowadzonych w sprawie. Prawidłowe ustalenia Sądu Okręgowego wskazują na podstawy zatrzymania wadium na podstawie 46 ust. 4 a u.p.z.p. wobec nie złożenia na wezwanie dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 u.p.z.p. Brak możliwości złożenia dokumentu o niezaleganiu ze

składkami wynikał z przyczyn leżących po stronie powodowej albowiem to strona powodowa nie uiściła należnych składek i nie wystąpiła w odpowiednim czasie o wydanie zaświadczenia o niezaleganiu ze składkami dla potrzeb przedmiotowego postępowania przetargowego. Gdyby strona powodowa nie składała nieaktualnego zaświadczenia lecz wystąpiła wcześniej o takie zaświadczenie celem złożenia w przedmiotowym postępowaniu przetargowym to: albo uzyskałaby błędne zaświadczenie o treści jak w zaświadczeniu złożonym w innym postępowaniu przetargowym co nie spowodowałoby wezwania Komisji przetargowej do złożenia dokumentu albo też wcześniej ujawniłaby się zaległość co dałoby stronie powodowej więcej czasu dla uregulowania zaległości lub też do wycofania się z przetargu przed upływem terminu składania ofert. W każdym z tych przypadków strona powodowa nie straciłaby wadium. Także stroną powodową obciąża brak odpowiedniej reakcji na informację o istnieniu zaległości po otrzymaniu wezwaniu do złożenia wymaganego, niezbędnego dokumentu warunkującego dopuszczalność udziału w przetargu. To, że także organom ZUS można przypisać współodpowiedzialność w związku z wystawianiem nieprawdziwych zaświadczeń o nieistnieniu zaległości nie uchyla sankcji w postaci zatrzymania wadium. Czynność wykluczenia strony powodowej nie była kwestionowana w trybie określonym w art. 180 ust. 2 pkt 3 u.p.z.p. Strona pozwana nie miała obowiązku wykazywania zmywy wykonawców i nie była to przesłanka warunkująca zatrzymanie wadium. Można podzielić stanowisko pozwanej, że brak sankcji zatrzymania wadium mógłby prowadzić do manipulowania wynikiem przetargu skoro usunięcie braku nastąpiło już po otwarciu ofert. Wygrywający przetarg mógłby poprzez niezłożenie dokumentu i zaniechanie jego złożenia na wezwanie doprowadzić do wykluczenia z przetargu bez żadnej sankcji i doprowadzenia do wygrania droższej oferty współdziałającego z nim innego wykonawcy składającego ofertę, która po ujawnieniu wszystkich ofert okazała się dalsza w kolejności wyboru. Bez sankcji w postaci zatrzymania wadium taki sposób działania byłby ekonomicznie korzystny. Takie współdziałanie oferentów nie jest wykluczone a dla zminimalizowania ryzyka ostatecznego zawyżania ceny ofertowej konieczne jest wprowadzenie sankcji zatrzymania wadium. Skarżąca powołując się na nieistniejący w ustawie wymóg wykazania współdziałania oferentów pomija, że takie współdziałanie jest praktycznie niemożliwe do wykazania przez zamawiającego. Na sama zaś możliwość współdziałania oferentów zwracał uwagę Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 22 listopada 2012 Sygn. akt II CSK 448/12 LEX nr 1314392. Przy braku wymagania potwierdzenia spełnienia wymogów udziału w przetargu i braku sankcji za nieprzedłożenie takich dokumentów nie jest wykluczone nawet celowe doprowadzenie do niewielkiej zaległości i uchylenie wyboru najtańszej oferty. Temu właśnie ma przeciwdziałać art. 46 ust. 4 a u.p.z.p. W tym kontekście mniejsze ma znaczenie rozmiar zaległości z tytułu składek istotna bowiem jest sama możliwość manipulowania postępowaniem przetargowym. Strona powodowa nie przedłożyła też innego dokumentu, który w wystarczający sposób mógł potwierdzić brak zaległości i spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu. Przedłożenie w innym postępowaniu przetargowym innego zaświadczenia o braku zaległości nie przesądza nieistnienia zaległości, której zresztą świadek P. nie kwestionował, skoro stwierdzał, że uiścili zaległość po czasie a R. jak stwierdził miał informację od P.. Twierdzenia G. R., że nie mieli zaległości należy odczytywać więc jedynie jako stwierdzenie, że strona powodowa dysponowała w pewnych okresach wadliwymi zaświadczeniami ZUS o niezaleganiu ze składkami. Obiektywnie jednak zaległość istniała. Po odmowie wydania zaświadczenia o niezaleganiu ze składkami strona powodowa nie mogła mieć już żadnych wątpliwości w tym względzie tym bardziej, że spłacała później zaległość. Dokumenty więc posiadane przez stronę pozwaną w tym przypadku w związku z innym postępowaniem przetargowym (na które powołuje się apelacja) okazały się nieaktualne. Strona powodowa winna była po ustaleniu w ZUS niezwłocznie poinformować zamawiającego o wycofaniu z przetargu skoro wiedziała, że przed upływem wyznaczonego terminu nie uzyska potwierdzenia o nieistnieniu zaległości.

Sąd Apelacyjny zwraca także uwagę, że także na gruncie projektowanego uproszczenia procedur zamówień publicznych zgodnie z Dyrektywą Parlamentu Europejskiego I Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE Dz.U. UE 28.3.2014) pozostawiono sankcję zatrzymania wadium w wypadku nieprzedłożenia dokumentów. Wprawdzie dyrektywa ta wskazuje by instytucje zamawiające nie zwracały się o wciąż aktualne dokumenty, które zamawiający posiadają już w związku z wcześniejszymi postępowaniami o udzielenie zamówienia, niemniej obowiązek ten zdaniem organów Unii powinien mieć zastosowanie dopiero po wprowadzeniu obowiązkowego elektronicznego zarządzania dokumentami w ramach kontaktów z organami ubezpieczeń społecznych. Dyrektywa z dnia 26 lutego 2014 r. wskazuje, że instytucje zamawiające powinny wykorzystywać wszelkie możliwe środki, jakimi dysponują na mocy prawa krajowego, w

celu zapobiegania zakłóceniom w postępowaniach o udzielenie zamówienia i powinny opierać się na aktualnych informacjach, w szczególności jeśli chodzi o podstawy wykluczenia, z uwagi na to, że ważne zmiany mogą zachodzić dość szybko, np. w przypadku trudności finansowych, które sprawiałyby, że dany wykonawca staje się nieodpowiedni, lub przeciwnie, z racji spłacenia w międzyczasie zaległych zobowiązań z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne. Obciążenie jednak instytucji zamawiającej obowiązkiem uzyskania takich informacji dyrektywa uzależnia od możliwości weryfikacji za pomocą dostępu do stosownych baz danych, które powinny mieć charakter państwowy (zarządzane przez organy publiczne). Skoro strona powodowa nie wykazała by pozwana mogła przed otwarciem ofert zweryfikować samodzielnie wskazane dane w sposób pozwalający wykluczyć powoda na etapie wstępnym, to należy przyjąć, że miała podstawy do wezwania do przedłożenia dokumentu a następnie do wykluczenia strony powodowej i zatrzymania wadium. Ponadto tylko od strony powodowej zależało złożenie nieaktualnego zaświadczenia przy zgłoszeniu. Od strony powodowej zależało też czy zgłosi swój udział w przetargu bez wymaganych dokumentów i czy będzie kontynuować udział w przetargu mimo świadomości istnienia zaległości. W konsekwencji to stronę powodową obciąża wynikający z ustawy skutek braku przedłożenia odpowiednich dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w przetargu a to spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez stronę powodową jako najkorzystniejszej. Zatrzymanie wadium miało więc oparcie w normie prawnej tj w art. 46 ust.4a u.p.z.p. Wadium mogło być także pokryte w formie gwarancji bankowej i ubezpieczeniowej a strona pozwana uzyskała tytuł przeciwko ubezpieczycielowi dla wypłaty kwoty gwarancji (okoliczność uznana za przyznaną). Wzbogacenie pozwanej nie miało charakteru bezpodstawnego w rozumieniu art. 405 k.c. co czyni roszczenie niezasadnym. Strona pozwana zatrzymując wadium nie naruszała też zasad współżycia społecznego. Wadium stanowi element ciężarów związanych z ryzykiem ponoszonym przez organizatora przetargu, który na skutek zachowania oferentów może okazać się nieważny czy bezwynikowy. Każde zaś zorganizowanie przetargu wymaga kosztów a każde problemy z wyłonieniem oferty mogą powodować opóźnienia co może przekładać się na wymierne starty zamawiającego. Ponadto skutkiem takich problemów jest ostatecznie wybór droższej oferty, co podnosił pełnomocnik strony powodowej wskazując na rozprawie apelacyjnej, że kwota wadium jest w tym przypadku niższa niż różnica pomiędzy kwotą wskazaną w ofercie ostatecznie wybranej (po wykluczeniach) a kwotą zamówienia wskazaną w ofercie powoda. Zatrzymanie wadium nastąpiło więc w tym przypadku w sposób zgodny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego uprawnienia. Nie można postawić stronie pozwanej zarzutu, że realizując swoje ustawowe uprawnienie narusza podstawowe zasady funkcjonujące w społeczeństwie. Wręcz przeciwnie powszechnie akceptowane jest by ograniczyć możliwości manipulacji przy zamówieniach publicznych oraz by ograniczyć udział w przetargu podmiotów zalegających z wypłatami składek na ubezpieczenia społeczne swoich pracowników jak też wykluczać zgłaszanie się do przetargu pomimo braku spełnienia odpowiednich wymogów. Nie bez znaczenia dla oceny braku naruszenia art. 5 k.c. jest też użycie w ustawie kategorię zwrotu „zatrzymuje wadium wraz z odsetkami...” a nie : „może zatrzymać...”, co słusznie podkreślał także Sąd Okręgowy.

Powyższe czyni apelację niezasadną. Wobec powyższego Sąd Apelacyjny oddalił ten środek odwoławczy na podstawie art. 385 k.p.c. O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 98§1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 391§1 k.p.c. , przy zastosowaniu § 2 pkt 7 i § 10 ust. 1 pkt 2 z § 21 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. 2015r. poz. 1804).

SSA Zbigniew Ducki SSA Anna Kowacz-Braun SSA Sławomir Jamróg