

**Sygn. akt I ACa 384/13**

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 lipca 2013 roku

Sąd Apelacyjny w Łodzi I Wydział Cywilny

w składzie:

|                        |   |
|------------------------|---|
| <b>Przewodniczący:</b> | <b>SSA Michał Kłos</b>  |
| <b>Sędziowie:</b>      | <b>SSA Bożena Błaszczuk</b><br><b>SSA Hanna Rojewska (spr.)</b> |
| Protokolant:           | stażysta Agata Józwiak  |

po rozpoznaniu w dniu 11 lipca 2013 w Łodzi

na rozprawie

sprawy z powództwa **M. K., następcy prawnego J. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą (...) (...)w S.**

przeciwko **Gminie Miastu S.**

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Sieradzu

z dnia 28 października 2010 roku

sygn. akt I C 38/10

1) **oddala apelację;**

2) **zasądza od Gminy Miasta S. na rzecz M. K., następcy prawnego J. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą (...) (...) w S. kwotę 6.317 (sześć tysięcy trzysta siedemnaście) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym i kasacyjnym.**

**Sygn. akt I ACa 384/13**

## UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 28 października 2010 roku Sąd Okręgowy w Sieradzu zasądził od pozwanej Gminy Miasta S. na rzecz powoda J. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą (...) (...)w S., kwotę 150.000 zł z

odsetkami ustawowymi od dnia 12 stycznia 2010 roku do dnia zapłaty oraz orzekł o kosztach postępowania, zasądając od pozwanej na rzecz powoda kwotę 11.117 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Sąd ustalił, że powód J. K., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą (...) (...) w S., złożył pozwanej Gminie Miasto S. ofertę w przetargu nieograniczonym, prowadzonym na podstawie art. 39 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 - tekst jednolity ze zm.) dotyczącym zamówienia pod nazwą „Budowa ulicy (...) w S. od ul. (...) do ul. (...)”. Oferta powoda za wykonanie powyższego zamówienia opiewała na kwotę 3.455.725,49 złotych i stosownie do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), opracowanej przez pozwaną, obejmowała gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium w wysokości 150.000 złotych, która została udzielona przez (...) SA (gwarancja Nr (...)).

Pismem z dnia 2 listopada 2009 roku pozwana wezwała powoda na podstawie art. 26 ust. 3 cyt. ustawy prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w omawianym postępowaniu przetargowym w celu wykazania, że wykonawca posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

W odpowiedzi na powyższe pismo powód w dniu 17 listopada 2009 roku złożył oświadczenie, iż nie posiada osób z innymi uprawnieniami niż w złożonej przez siebie ofercie.

Od wielu lat kierownikiem budowy w firmie powoda jest W. M. posiadający niezmiennie takie same uprawnienia budowlane. Firma powoda wykonywała kilkakrotnie inwestycje, gdzie zamawiającym była pozwana. Uprawnienia osób zatrudnionych przez powoda nie budziły wówczas żadnych zastrzeżeń.

W dniu 18 listopada 2009 roku pozwana poinformowała za pośrednictwem faksu powoda o wyborze najkorzystniejszej oferty przedstawionej przez firmę (...) w S., opiewającej na kwotę 3.377.272,81 złotych oraz o wykluczeniu i odrzuceniu oferty powoda.

W dniu 25 listopada 2009 roku powód złożył protest na decyzję pozwanej o wykluczeniu i odrzuceniu jego oferty przetargowej, który został przez pozwaną oddalony.

W dniu 19 listopada 2009 roku pozwana wezwała (...) SA Oddział w Ł. do zapłaty w terminie 14 dni kwoty 150.000 złotych wynikającej z gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium Nr (...) wskazując, że powód w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 cyt. ustawy prawo zamówień publicznych, nie złożył w wymaganym terminie dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 cyt. ustawy oraz nie udowodnił, że wynikało to z przyczyn nieleżących po jego stronie.

Pismem z dnia 1 grudnia 2009 roku ubezpieczyciel wezwał powoda do uregulowania względem pozwanej zobowiązania z tytułu wadium.

W dniu 1 grudnia 2009 roku powód złożył do pozwanej protest na wezwanie do zapłaty oraz na wynikającą z tego wezwania decyzję zamawiającego o zatrzymaniu wadium w kwocie 150.000,00 złotych, który to protest został przez pozwaną oddalony.

Pismem z dnia 14 grudnia 2009 roku (...) SA powiadomił pozwaną o wypłacie na jej rzecz kwoty 150.000,00 złotych z gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium Nr (...). Po czym pozwana zwróciła ubezpieczycielowi przedmiotową gwarancję.

Pełnomocnik powoda w piśmie z dnia 4 stycznia 2010 roku wezwał pozwaną do zapłaty na jego rzecz w terminie 7 dni kwoty 150.000 złotych tytułem zwrotu nienależnie otrzymanego przez nią wadium w postępowaniu przetargowym o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Budowa ulicy (...) w S. na odcinku od ul. (...) do ul. (...)”, wniesionego w formie gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium Nr (...) z dnia 6 listopada 2009 r. udzielonej przez (...) SA i przelanej przez ubezpieczyciela na rachunek bankowy Gminy Miasto S. w dniu 11 grudnia 2009 r.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie pismem z dnia 15 stycznia 2010 roku pozwana poinformowała powoda, że brak jest podstaw do uwzględnienia żądania i zwrotu wadium. Jako uzasadnienie swojego działania wskazała na rozstrzygnięcia protestów wniesionych przez powoda.

Powód w dniach 30 kwietnia 2010 roku i 7 maja 2010 roku przekazał na konto (...) SA w W. w sumie kwotę 150.000,00 złotych stanowiącą zwrot wypłaconego pozwanej wadium zabezpieczonego gwarancją ubezpieczeniową Nr (...)

Na podstawie dokonanych ustaleń Sąd Okręgowy stwierdził, że powództwo zasługuje na uwzględnienie.

Podkreślił, że stan faktyczny nie był sporny między stronami, podobnie jak kwota roszczenia, wątpliwości budziła jedynie interpretacja przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 - tekst jednolity ze zm.). Wskazał, że zgodnie z art. 46 ust. 4a cyt. ustawy, zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 tej ustawy, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Celem wprowadzenia tej regulacji było przeciwdziałanie sytuacjom, w których grupa wykonawców działających w porozumieniu może powodować, iż zamówienie udzielane jest działającemu w porozumieniu wykonawcy, który zaoferował najwyższą cenę. Wykonawcy ci mogą bowiem celowo składać oferty bez wymaganych dokumentów, a następnie po zapoznaniu się z ofertami konkurentów bez poniesienia konsekwencji wycofać się z postępowania, podlegając jedynie wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 cyt. ustawy.

Nie budzi wątpliwości, że obowiązek zamawiającego zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a cyt. ustawy nie zachodzi w przypadku, gdy niezłożenie przez wykonawcę żądanych przez zamawiającego dokumentów, na podstawie art. 26 ust. 3 jest następstwem okoliczności, na które obiektywnie rzecz ujmując, przy dochowaniu należytej staranności, wykonawca nie miał i nie mógł mieć wpływu. Podstawa do zatrzymania wadium występuje wyłącznie w przypadku zawinionego zaniechania złożenia żądanych dokumentów przez wezwanego wykonawcę.

Z sytuacją w której niezłożenie dokumentów żądanych przez zamawiającego wynika z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy, mamy zatem do czynienia w przypadku, gdy niemożność przedłożenia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub potwierdzającego spełnianie przez oferowane usługi, dostawy lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, wynika z faktu, iż obiektywnie wykonawca ten, jak i oferowane przez niego usługi, dostawy lub roboty budowlane, nie spełniają tych warunków lub wymagań. Tym samym, obowiązek zatrzymania wadium nie będzie dotyczył tych wykonawców, którzy złożyli oferty, pomimo że faktycznie nie spełniali warunków udziału w postępowaniu, w szczególności, gdy rozstrzygnięcie tej kwestii nie jest oczywiste i wymaga oceny np. poprzez wykładnię przepisów szczegółowo normujących określone wymogi w zakresie kwalifikacji.

W ocenie Sądu Okręgowego w realiach przedmiotowej sprawy powód wykazał brak swego zawinienia w zaniechaniu złożenia żądanych dokumentów przez wezwanego wykonawcę

Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia - ust. 10 pkt 2c, w celu potwierdzenia, że wykonawca posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia winien złożyć wykaz osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz dokumenty stwierdzające, że osoby te posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień. W myśl przedstawionych wymogów, powód na stronach 89-91 swojej oferty przedstawił taki wykaz, wskazując zakres wykonywanych czynności, wykształcenie, doświadczenie zawodowe i posiadane uprawnienia, a na stronach 92 - 143 zawarte zostały dokumenty potwierdzające posiadanie uprawnień. W piśmie z dnia 12 listopada 2010 roku pozwana, wzywając powoda do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w omawianym postępowaniu przetargowym w celu wykazania, że wykonawca posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, użyła wprost identycznych

stwierzeń jakie zawierała Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, która stanowiła dla każdego potencjalnego wykonawcy punkt wyjścia i podstawę sporządzenia oferty, a tym samym podjęcia decyzji o udziale w organizowanym przetargu.

Wskazane w omawianym piśmie pozwanej elementy, które miały być przez powoda uzupełnione, były już zdaniem wykonawcy zawarte w złożonej przez niego ofercie, co zresztą potwierdził w piśmie z dnia 17 listopada 2009 roku oświadczając, iż nie posiada osób z innymi uprawnieniami. Także w toku rozprawy powód zeznał, że od szeregu lat kierownikiem budowy w jego firmie jest W. M., którego uprawnienia nie budziły dotąd żadnych zastrzeżeń, również w trakcie wykonywania wcześniejszych inwestycji na rzecz pozwanej. Dlatego też obiektywnie, powód od samego początku, tj. już w chwili złożenia swojej oferty nie był w stanie spełnić wymagań zawartych w wezwaniu do uzupełnienia oferty, a oferta w kontekście wymagań SIWZ była kompletna. Zdaniem Sądu nie może być zatem mowy o tym, że powód nie dołożył należytej staranności, a tym samym, że nie złożenie przez niego na wezwanie pozwanej żądanych dokumentów wynikało z przyczyn od niego zależnych. W tym kontekście bez znaczenia jest fakt, że powód odpowiedź na pismo z dnia 12 listopada 2010 r. złożył po wyznaczonym przez zamawiającego terminie.

Mając na uwadze powyższe, Sąd Okręgowy uznał, że pozwana w sposób niezasadny i nieuprawniony, sprzeczny z art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych zatrzymała wadium wypłacone przez (...) S.A., co w konsekwencji skutkowało koniecznością zwrotu przez powoda sumy ubezpieczenia ubezpieczycielowi.

Apelację od powyższego rozstrzygnięcia wniosła pozwana, zaskarżając powyższy wyrok w całości i zarzucając: naruszenie prawa materialnego przez błędną jego wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, w szczególności art. 46 ust. 4a ustawy z dnia 29 stycznia - Prawo zamówień Publicznych (tj. Dz. U. z 2010r., Nr 113, poz 759 ze zm.) poprzez przyjęcie, że w sytuacji gdy wykonawca nie posiada dokumentów, do przedłożenia których został wezwany, nie musi informować o tym zamawiającego w terminie wyznaczonym do uzupełnienia dokumentów, jak również zarzuciła sprzeczność istotnych ustaleń Sądu Okręgowego z treścią zebranego w sprawie materiału przez przyjęcie, że uchybienie przez powoda terminu do złożenia dokumentów nastąpiło z przyczyn od niego niezależnych.

W konsekwencji pozwana wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i oddalenie powództwa, oraz o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanej kosztów procesu według norm przepisanych, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpatrzenia - przy uwzględnieniu kosztów postępowania odwoławczego.

Sąd Apelacyjny w Łodzi, po przeprowadzeniu postępowania apelacyjnego, wyrokiem z dnia 24 marca 2011 roku zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że oddalił powództwo i zasądził od powoda J. K. na rzecz strony pozwanej kwotę 3.600 zł tytułem zwrotu kosztów procesu. Orzekając o kosztach postępowania apelacyjnego zasądził od powoda na rzecz pozwanej kwotę 10.200 zł. Podzielił zarzut błędnej wykładni przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych, podkreślając, że w określonym przez stronę pozwaną terminie powód nie przedłożył żądanych dokumentów, nie złożył również jakichkolwiek wyjaśnień. Za pozostający bez znaczenia uznał fakt, że powód spóźnił się kilka godzin, skoro wezwanie zostało sformułowane jednoznacznie, a w procedurze przetargowej wskazywanie określonego dnia i godziny jako ostatecznego terminu podjęcia czynności przez uczestnika przetargu nie jest sytuacją wyjątkową. Zwrócił przy tym uwagę na zeznania świadka J. O., z których wynika, że powód uznał, iż skoro jego oferta jest dopiero trzecią z kolei pod względem wartości, to nie ma szans na uzyskanie zamówienia i nie jest zobligowany do reakcji na wezwanie zamawiającego na podstawie art. 26 ust.3 w/w ustawy. Dopiero informacja uzyskana przez jego żonę w rozmowie telefonicznej z pracownikiem Urzędu Gminy w S. na temat konsekwencji nieuzupełnienia oferty spowodowała złożenie przez powoda pisma, ale już po upływie określonego mu terminu. W ocenie Sądu II instancji wykonawca w procedurze przetargowej nie może dokonywać samodzielnie oceny co do braku szans w wygraniu przetargu i winien był zastosować się do wezwania zamawiającego. Jednocześnie uznał, że powód nie wykazał by niezłożenie przez niego żądanych dokumentów nastąpiło z przyczyn od niego niezależnych.

Sąd Apelacyjny uznał nadto, że w przedmiotowej sprawie nie ma podstaw do zastosowania przepisu art. 405 k.c. albowiem powód nie wyczerpał do końca drogi postępowania odwoławczego w postępowaniu przetargowym.

Od powyższego wyroku powód wniósł skargę kasacyjną, zaskarżając orzeczenie w całości. Zarzucił między innymi naruszenie prawa materialnego poprzez niewłaściwe zastosowanie normy wynikającej z przepisów art. 26 ust. 3 w związku z art. 46 ust. 4 a ustawy Prawo zamówień publicznych prowadzącej do zaniechania przyjęcia, że pozwana wezwała powoda do dokonania czynności nieprzewidzianej przepisem art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w dacie wezwania, tj. do „uzupełnienia dokumentów” i powód tego wezwania nie wykonał, to zgodnie z normami wynikającymi z powyższych przepisów nie była ona uprawniona do zatrzymania wadium na podstawie przepisu art. 46 ust. 4a powyższej ustawy oraz nieuznanie, że pozwana nie była uprawniona do zatrzymania wadium na podstawie przepisu z art. 46 ust. 4 a ustawy Prawo zamówień publicznych, albowiem nie wezwała powoda prawidłowo do dokonania czynności przewidzianej w przepisie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także z tej przyczyny, że nie wskazała w wezwaniu skierowanym do powoda, jakie dokładnie dokumenty nie zostały złożone przez niego, poprzestając przy formułowaniu wezwania jedynie na powieleniu treści SIWZ oraz nie odnosząc się w rzeczywistości w wezwaniu do złożonych przez powoda, wraz ze złożeniem oferty, dokumentów, podczas gdy precyzyjne określenie żądanej od wykonawcy czynności, zgodnie z przepisem art. 26 ust. 3 powyżej ustawy, obciąża zamawiającego, zaś brak precyzji po stronie pozwanej nie może powodować negatywnych skutków prawnych dla powoda, jako nieprecyzyjnie wezwanego wnioskodawcy, a w konsekwencji nie może stanowić podstawy do zatrzymania wadium na podstawie przepisu art. 46 ust. 4 a powyższej ustawy.

Podniósł błędną wykładnię w odniesieniu do przepisu art. 46 ust. 4 a ustawy Prawo zamówień publicznych prowadzącą do oceny prawnej, że w sytuacji, w której uczynienie przez powoda zadość treści wystosowanego przez pozwaną na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwania do uzupełnienia dokumentów było obiektywnie i pierwotnie, tj. począwszy od daty złożenia przez tego wykonawcę oferty, niemożliwe, a powód nie uczestniczył nadto w zmowie cenowej, zasła przewidziana w tym przepisie podstawa do zatrzymania przez pozwaną wadium.

Zarzucił również niewłaściwe niezastosowanie normy wynikającej z przepisów art. 14 ustawy Prawo Zamówień Publicznych w związku z art. 58 § 2 k.c. przejawiające się w zaniechaniu przyjęcia na podstawie ustalonego stanu faktycznego niniejszej sprawy, że zatrzymanie przez pozwaną wadium pozyskanego od powoda jest czynnością prawną sprzeczną z zasadami współżycia społecznego, a zatem czynnością prawną nieważną, co winno prowadzić do uwzględnienia powództwa, nie zaś zmiany wyroku Sądu poprzez oddalenie powództwa.

Podkreślił również, że Sąd Apelacyjny dokonał błędnej wykładni art. 405 k.c. uznając, że w wypadku, w którym powód nie odwołał się w sytuacji oddalenia jego protestu w przedmiocie zatrzymania przez pozwaną wadium do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie można przyjąć, że zatrzymała ona wadium bez podstawy prawnej w rozumieniu przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, podczas gdy właściwa wykładnia powyższego przepisu wskazuje, że możliwość skutecznego, co do zasady, dochodzenia roszczenia z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia w postępowaniu przed sądem powszechnym nie jest warunkowana wcześniejszym wyczerpaniem ścieżki odwoławczej dopuszczalnej w innym postępowaniu zmierzającej do uzyskania zwrotu tożsamej korzyści majątkowej, w tym także ścieżki odwoławczej wynikającej z ustawy Prawo zamówień publicznych.

W konsekwencji powód wniósł o uwzględnienie skargi kasacyjnej.

Sąd Najwyższy wyrokiem z dnia 22 listopada 2012 roku, wydanym po rozpoznaniu skargi kasacyjnej strony powodowej od wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 24 marca 2011 roku, sygn. akt I ACa 7/11, uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę Sądowi Apelacyjnemu w Łodzi do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego.

Sąd Najwyższy uznał, że brak jest podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 14 u.z.p. w zw. z art. 58 § 1 k.c., albowiem skoro Sąd Apelacyjny uznał, że zamawiający prawidłowo i zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych zatrzymał wadium, nie było przesłanek do rozważania zastosowania art. 14 p.z.p. w zw. z art. 58 § 2 k.c., gdyż art. 14 u.z.p. nakazuje stosowanie przepisów k.c., jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Podkreślił, że co do zasady stosowanie art. 58 k.c. do czynności wymienionych w art. 14 p.z.p. nie jest wyłączone, jednak w

każdym wypadku konieczne jest rozstrzygnięcie, czy rozwiązanie ustawowe pozwala na odwołanie się do tego przepisu. Wprawdzie art. 58 k.c. wprowadza rozróżnienie podstaw nieważności czynności prawnej na sprzeczność z ustawą oraz sprzeczność z zasadami współzycia społecznego, ale w wypadku stwierdzenia przez sąd zaistnienia przesłanek ustawowych określonych w art. 46 ust. 1a p.z.p. do zatrzymania wadium przez zamawiającego, nie może być skuteczne powołanie się na nieważność czynności zamawiającego z uwagi na sprzeczność z zasadami współzycia społecznego.

Za niezasadny również uznał zrzut naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 46 ust. 4 p.z.p., gdyż pozwana prawidłowo wezwała powoda do złożenia dokumentów.

Natomiast Sąd Najwyższy przyznał skarżącemu rację co do dokonania błędnej wykładni art. 46 ust. 4a p.z.p. oraz art. 405 k.c. i z tego powodu uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę Sądowi Apelacyjnemu w Łodzi do ponownego rozpoznania, bowiem uznał, że nieznaczne przekroczenie terminu nie jest tożsame z sytuacją, w której wykonawca w ogóle nie reaguje i jest całkowicie bierny, pozostawiając wezwanie bez żadnej odpowiedzi. Za błędne tym samym uznał stanowisko Sądu Apelacyjnego, iż fakt niewielkiego opóźnienia pozostaje bez znaczenia dla oceny przesłanek zatrzymania wadium. Jednocześnie zwrócił uwagę na sanacyjny i restrykcyjny charakter przepisów dotyczących zatrzymania wadium przez zamawiającego oraz na to, że artykuł 46 ust.3 p.z.p. opiera się na zasadzie winy wykonawcy.

Z tego względu podkreślił, że celowe jest zbadanie, czy powód zawinił nie składając dokumentów w wyznaczonym terminie i czy powstało po stronie pozwanej uprawnienie do zatrzymania wadium, bowiem w przypadku gdy prawo takie nie powstało, pozwana powinna na podstawie art. 405 k.c. zwrócić powodowi kwotę wadium.

W toku ponownego postępowania apelacyjnego obie strony zajęły stanowiska procesowe jak dotychczas.

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

Apelacja storny pozwanej nie zasługuje na uwzględnienie.

Po ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Apelacyjny nie podzielił zarzutów apelacji zarówno odnośnie naruszeń przepisów prawa materialnego, jak również sprzeczności istotnych ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego. Tak naprawdę skarżący nie kwestionuje poczynionych w sprawie ustaleń faktycznych, które jako prawidłowe Sąd Apelacyjny przyjmuje za własne, a jedynie w sposób odmienny niż Sąd I instancji interpretuje przesłanki do zatrzymania wadium, wynikające z przepisu art. 46 ust. 4 a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ustawa prawo zamówień publicznych reguluje zasady zgłaszania ofert przetargowych oraz całą procedurę przetargów. Zgodnie z przepisami w niej zawartymi wykonawca ma złożyć ofertę zgodną z warunkami przetargu, w tym również określonymi w SIWZ. W myśl art. 25 ust. 1 i art. 26 ust. 3 ustawy, w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawców oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, a w przypadku, gdy wykonawca w ofercie nie złożył wymaganych przez zamawiającego dokumentów lub oświadczeń, wzywa go do ich złożenia w wyznaczonym terminie chyba, że mimo ich złożenia oferta podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Bezpośrednim skutkiem niewykonania wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy, jest zatrzymanie przez zamawiającego wadium wraz z odsetkami chyba, że wykonawca udowodni, iż wynika to z przyczyn nie leżących po jego stronie (art. 46 ust. 4a). Zatrzymanie wadium stanowi pochodną wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów lub oświadczeń, a zatem istotne znaczenie należy przypisać prawidłowości tego wezwania.

W sprawie zostało już przesądzone, że zamawiająca prawidłowo wezwała powoda do złożenia dokumentów świadczących o kwalifikacjach pracowników, jednakże kwestią sporną pozostało ustalenie, czy miała ona uprawnienie do zatrzymania wadium, z uwagi na złożenie przez wykonawcę oświadczenia o nieposiadaniu żądanych dokumentów 3,5 godziny po upływie wyznaczonego terminu. Tej właśnie okoliczności (złożenie przez wykonawcę oświadczenia o nieposiadaniu żądanych dokumentów 3,5 godziny po upływie wyznaczonego terminu), jak i treści zeznań świadka J. O. co do przyczyn złożenia oświadczenia po upływie zakreślonego terminu skarżący przypisywał w swej apelacji

szczególne znaczenie dla oceny zasadności zatrzymania przez niego wadium. O ile Sąd Apelacyjny, rozpoznający po raz pierwszy apelację, uznał, że fakt spóźnienia się o kilka godzin z realizacją wezwania nie ma żadnego znaczenia, co oznacza, że powód nie przedłożył w określonym mu terminie żądanych dokumentów, o tyle pogląd ów nie zyskał aprobaty Sądu Najwyższego.

W uzasadnieniu swego kasatoryjnego wyroku z dnia 22 listopada 2012 roku wyraźnie podkreślił, że zgodnie z art. 46 ust. 4a analizowanej ustawy zatrzymanie wadium następuje, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie nie złożył dokumentów lub oświadczeń. Orzecznictwo wypracowało w tej kwestii zgodne stanowisko, że chodzi o brak fizyczny dokumentu lub oświadczenia, natomiast przepis nie znajduje zastosowania, jeżeli zostanie złożony dokument lub oświadczenie, które nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Bezspornym jest, że powód złożył stosowne oświadczenie z tym, że z nieznacznym przekroczeniem terminu, a zatem sytuacja ta nie jest tożsama z taką, w której wykonawca w ogóle nie reaguje na wezwanie i jest całkowicie bierny, pozostawiając je bez żadnej odpowiedzi. Tym samym za błędne uznał stanowisko Sądu Apelacyjnego jakoby fakt niewielkiego opóźnienia pozostawał bez znaczenia dla oceny przesłanek zatrzymania wadium.

Zwracając uwagę na sanacyjny i dyscyplinujący wykonawców charakter instytucji zatrzymania wadium przez zamawiającego, jak i restrykcyjny charakter przepisu art. 46 ust. 4a p.z.p. Sąd Najwyższy podkreślił, że opiera się on na zasadzie winy wykonawcy, a obowiązek zatrzymania wadium powstaje tylko w przypadku zawinionego działania. Badaniu podlegają zatem przyczyny niewykonania wezwania, bowiem obowiązek zatrzymania wadium przez zamawiającego nie zachodzi w przypadku, gdy niewykonanie wezwania było następstwem okoliczności, na które wykonawca nie miał i nie mógł mieć wpływu. Do przyjęcia zawinienia wykonawcy konieczna jest zatem jego całkowita bierność, umyślność i celowość oraz nasilenie złej woli w nie podporządkowaniu się wezwaniu zamawiającego.

Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 7 lipca 2011 r., IICSK 675/10, (opubl. LEX nr 951295), 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 w formie pisemnej), a po nieznacznym upływie wyznaczonego terminu doręczony zostaje oryginał dokumentu. O istnieniu ryzyka zmowy wykonawców - czemu przeciwdziałać ma omawiana regulacja - można byłoby mówić w przypadku całkowitej bierności wykonawcy, gdyby umyślnie i celowo nie podporządkował się wezwaniu zamawiającego.

W niniejszej sprawie przekazanie informacji z niewielkim opóźnieniem, tj. po upływie kilku godzin od wyznaczonego przez zamawiającego terminu, powinno być więc traktowane podobnie jak przekazanie informacji i w niewłaściwej formie. Nie można bowiem mówić tutaj o całkowitej bierności wykonawcy, jego umyślności czy też nasileniu złej woli z jego strony. W ocenie Sądu Apelacyjnego bez znaczenia przy tym jest treść zeznań świadka J. O., z których wynika, że żona powoda informowała się w sprawie konsekwencji nieuzupełnienia oferty w terminie.

Właściwy jest co prawda pogląd, że wykonawca nie może samodzielnie oceniać szans na wygraną w przetargu i na tej podstawie nie wykonać wezwania zamawiającego, jednakże – co wyeksponował Sąd Najwyższy- ocenie, w kontekście zawinienia, muszą podlegać wszystkie okoliczności wskazane przez wykonawcę, oraz związane z czasem opóźnienia i wpływem na przebieg postępowania przetargowego. Tymczasem J. K. w toku postępowania wskazywał, że nieprzekazanie oświadczenia we właściwym czasie nastąpiło z przyczyn obiektywnych i bez jego winy. Kilkakrotnie przecież podkreślał, że złożył pełną ofertę, że nie ma innych osób z żądanymi uprawnieniami, że w dotychczasowej współpracy z pozwaną uprawnienia kierownika budowy W. M. nie były kwestionowane i w jego ocenie dysponował on stosownymi uprawnieniami. Pozostawał zatem w błędnym przekonaniu, że złożona przez niego oferta spełnia wszelkie wymogi formalne. Podnosił również, że nie było jego zamiarem wygraną przetargu przez inne firmy, że nie doszło do sytuacji tzw. zmowy wykonawców, w celu zwalczania której ustawodawca wprowadził sanacyjny przepis art. 46 ust. 4a p.z.p.

Trudno nie dostrzec, że na te same argumenty powoływał się konsekwentnie w swych pismach (proteście i odwołaniach w postępowaniu przetargowym), podnosząc dodatkowo, że jego postępowanie nie miało żadnego wpływu na wybór przez zamawiającego najkorzystniejszej oferty. W przedmiotowej sprawie pozwana nie wykazała, by doznała

jakiegokolwiek szkody z tytułu niezłożenia przez powoda oświadczenia w terminie, bowiem już następnego dnia doszło do wyboru wykonawcy, który przystąpił do prac. Nieznaczące więc uchybienie zakreślonej terminowi w żaden sposób nie zakłóciło i nie przedłużyło postępowania przetargowego.

W takiej sytuacji nie sposób uznać, że przepis art. 46 ust. 4a analizowanej ustawy został zastosowany zgodnie z jego celem, tym bardziej, że wadium stanowiło znaczącą, jak na warunki polskie, sumę pieniężną – 150.000 zł, której powód został pozbawiony.

Sąd Najwyższy dobitnie wskazał, że wykładania art. 46 ust. 4a ustawy p.z.p. powinna być zawężająca, że zatrzymanie wadium na jego podstawie uzasadnia tylko zawinione działanie wykonawcy polegające na celowym i umyślnym niewykonaniu wezwania zamawiającego do złożenia dokumentów i oświadczeń, a z taką sytuacją nie mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie. J. K. nie miał obiektywnej możliwości złożenia żądanych dokumentów, nawet przy dołożeniu należytej staranności. O fakcie tym poinformował zamawiającego, co bezsprzecznie uczynił z 3,5 godzinnym opóźnieniem. Jego zachowaniu trudno jednak przypisać cechy umyślności czy złej woli.

Wypada w tym miejscu zwrócić uwagę na to, że jak wynika z oświadczenia pełnomocnika pozwanej, złożonego na rozprawie w dniu 10 czerwca 2010 roku (k.83) jedynym i wyłącznym powodem zatrzymania wadium był fakt, że oświadczenie powoda wpłynęło po godzinie 11-tej 17 listopada 2009 roku. Jest to jednak stanowisko wyjątkowo restrykcyjne, nie uwzględniające w żadnej mierze celu omawianego przepisu, który nie może stanowić źródła dochodów strony pozwanej.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania prawne oraz okoliczności niniejszej sprawy uznać należy, że brak było podstawy prawnej do zatrzymania przez pozwaną wadium, pomimo faktu nieodwołania się przez powoda od decyzji zamawiającego o oddaleniu jego protestów w przedmiocie wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i odrzucenia jego oferty oraz w przedmiocie decyzji o zatrzymaniu wadium.

Za chybione tym samym należało uznać zarzuty apelacji dotyczące tak naruszenia wskazanych w niej przepisów prawa materialnego, jak i procesowego. Sąd Okręgowy słusznie uznał, że pozwana w sposób niezasadny i nieuprawniony, bo sprzeczny z przepisem art. 46 ust. 4 a ustawy Prawo zamówień publicznych zatrzymała wadium w wysokości 150.000zł, co czyni zasadnym uwzględnienie powództwa. Choć – jak słusznie zauważył Sąd Apelacyjny w Łodzi w uzasadnieniu wyroku z dnia 24 marca 2011 roku - Sąd I instancji nie wskazał podstawy prawnej swego rozstrzygnięcia, to stanowi go przepis art. 405 k.c., w myśl którego korzyść jest uzyskana bez podstawy prawnej wówczas, gdy u jej podstaw nie leży ani czynność prawna, ani przepis ustawy, orzeczenie sądu lub decyzja administracyjna.

Sąd Najwyższy, rozpoznając skargę kasacyjną powoda od wyroku Sądu Apelacyjnego, rozpoznającego po raz pierwszy apelację strony pozwanej, wyraźnie stwierdził, że złożenie odwołania od decyzji zamawiającego o oddaleniu protestu wykonawcy w przedmiocie zatrzymania wadium jest uprawnieniem wykonawcy i niewykorzystanie drogi przewidzianej w ustawie nie przesądza o istnieniu lub braku przesłanki zgłoszonego roszczenia, na podstawie art. 405 k.c. Konkludując stwierdził, że w braku orzeczenia Krajowej Izby lub sądu okręgowego, sąd rozpoznający na podstawie art. 405 k.c. roszczenie o zwrot wadium w sprawi cywilnej jest zobowiązany do ustalenia, czy w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych istniała podstaw prawna do jego zatrzymania przez zamawiającego.

Podobny pogląd wyraził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 11 maja 2012 roku, wydanym w sprawie II CSK 491/11 (opubl. LEX nr 1238084), wskazując, że dopuszczalna jest droga sądowa o zwrot zatrzymanego wadium wprost, bez potrzeby wykorzystywania środków ochrony prawnej przewidzianych w p.z.p. Środki te stanowią jeden z rodzajów postępowań przedsądowych, ale w sprawach o zwrot bezpodstawnie zatrzymanego świadczenia - fakultatywnym. Konsekwentnie ich niewyczerpanie nie może być kwalifikowane jako bezwzględna ujemna przesłanka procesowa.

Skoro, o czym była mowa już wcześniej, pozwana nie miała podstawy do zatrzymania wadium w myśl przepisu art. 46 ust. 4 a w/w ustawy, zgodnie z art. 410 § 1 k.c. w zw. z art. 405 k.c. powinna zwrócić je powodowi.

Z uwagi na powyższe Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. oddalił apelację jako niezasadną.

O kosztach postępowania apelacyjnego i kasacyjnego Sąd Apelacyjny orzekł na podstawie przepisu art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. i zasądził na rzecz powoda od pozwanej: kwotę 17 zł tytułem zwrotu kosztów opłaty za pełnomocnictwo oraz kwotę 3.600 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym, przyjmując na podstawie § 12 ust. 1 pkt. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U. z 2013 poz. 490 j.t.) jednorazową stawkę 100 % obejmującą oba postępowania przed Sądem Apelacyjnym oraz kwotę 2.700 zł obliczoną na podstawie § 12 ust. 4 pkt. 1 cytowanego rozporządzenia za sporządzenie przez pełnomocnika powoda skargi kasacyjnej.