

*Sygn. akt VI ACa 303/13*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 25 lipca 2013 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:*

*Przewodniczący - Sędzia SA – Anna Orłowska*

*Sędzia SA – Regina Owczarek – Jędrasik*

*Sędzia SA – Irena Piotrowska (spr.)*

*Protokolant: – sekr. sądowy Ewelina Murawska*

*po rozpoznaniu w dniu 18 lipca 2013 r. w Warszawie*

*na rozprawie*

*sprawy z powództwa (...) Sp. z o.o. w W.*

*przeciwko (...) Szpitalowi (...) w W.*

*o zapłatę*

*na skutek apelacji pozwanego*

*od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie*

*z dnia 5 grudnia 2012 r.*

*sygn. akt III C 810/12*

*I oddala apelację,*

*II zasądza od (...) Szpitala (...) w W. na rzecz (...) Sp. z o.o. w W. kwotę 5.400 (pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.*

*Sygn. akt VI ACa 303/13*

## UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 28 listopada 2011 roku (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. domagała się zasądzenia od pozwanego (...) Szpitala (...) w W. na swoją rzecz kwoty 845 219,70 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 26 sierpnia 2011 roku do dnia zapłaty, a nadto zwrotu kosztów procesu według norm przepisanych.

Pozwany (...) Szpital (...) w W. w odpowiedzi na pozew wniósł o odrzucenie pozwu w całości na podstawie art. 199 § 1 pkt 1 k.p.c., zasądzenie kosztów procesu, a przypadku nieuwzględnienia wniosku o odrzucenie pozwu wniósł o oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powódki na rzecz pozwanego kosztów procesu.

Postanowieniem z dnia 21 lutego 2012 roku, uzupełnionym następnie postanowieniem z dnia 23 marca 2012 roku Sąd Okręgowy w Warszawie III Wydział Cywilny odrzucił pozew . Na skutek zażalenia powoda Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w dniu 31 maja 2012 roku uchylił postanowienie o odrzuceniu pozwu .

Pozwany obecnie działa pod nazwą (...) Szpital (...) w W. .

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy w Warszawie uwzględnił powództwo w całości oraz orzekł w przedmiocie zwrotu kosztów procesu.

W motywach tego rozstrzygnięcia wskazano na następujące ustalenia faktyczne i ich ocenę prawną.

Pozwany ogłosił przetarg nieograniczony o udzielenie zamówienia publicznego na „Zaprojektowanie i wykonanie zadania inwestycyjnego pn. Budowa budynku administracyjno-garażowego wraz z ładowiskiem dla śmigłowców sanitarnych na terenie (...) Szpitala (...) w W. przy ulicy (...)”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 października 2010 roku pod numerem (...). W ogłoszeniu o przetargu zażądano od wykonawców m.in. wniesienia wadium w wysokości 845 219,70 zł .

W odpowiedzi na powyższe ogłoszenie powódka złożyła ofertę występując w ramach Konsorcjum z firmą (...) sp. z o.o. z siedzibą w W.. Celem zabezpieczenia wykonania należycie umowy powódka, jako lider konsorcjum, wniosła wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej w wysokości 845 219,70 zł zawartej z (...) Spółka Akcyjna Oddział I w W. .

W wyniku odwołania jednego z dwóch uczestników postępowania - (...) SA w W. - Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 lutego 2011 roku o sygn. akt (...) nakazała pozwanemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert. Pozwany w wykonaniu powyższego orzeczenia pismem z dnia 7 marca 2011 r. na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy prawo zamówień publicznych( dalej u.p.z.p.) wezwał powódkę do uzupełnienia braków oferty złożonej w postępowaniu przetargowym, wyznaczając termin do ich uzupełnienia na dzień 8 marca 2011 roku, pod rygorem wykluczenia powódki z postępowania. Ponadto zastrzeżono, że w przypadku niezłożenia w odpowiedzi na niniejsze wezwanie dokumentów lub oświadczeń, wniesione wadium wraz z odsetkami zostanie zatrzymane, chyba że wykonawca (powódka) udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Wskazano, iż uzupełnienie braków w ofercie polega na: 1. uzupełnieniu dokumentów w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, polegającym na wykonaniu w ramach jednego zamówienia co najmniej jednej roboty budowlanej wraz z projektem wykonawczym w zakresie budowy parkingu naziemnego, minimum dwukondygnacyjnego na nie mniej niż 100 miejsc parkingowych z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane z godnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone (załącznik nr 3); 2. uzupełnieniu dokumentów w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osoba „g) kierownik robót drogowych, który posiada uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi przy obiektach budowlanych takich jak drogi dla ruchu i postoju statków powietrznych" /k. 41-42/.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie powódka przedstawiła : list referencyjny z dnia 13 grudnia 2010 roku na przygotowanie projektów oraz wykonanie parkingu na ponad 100 miejsc w G. , referencje z dnia 10 marca 2008 roku potwierdzające wykonanie parkingu wielopoziomowego na 800 miejsc w W. , stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do spełnienia samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie /oraz zaświadczenie przynależności J. Z. do (...) Okręgowej Izby Inżynierów .

Pozwany pismem z dnia 15 marca 2011 roku powiadomił powódkę o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu jej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 u.p.z.p. z powodu wykluczenia z postępowania zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 u.p.z.p. W uzasadnieniu wykluczenia powódki, pozwany stwierdził, że powódka nie wykazała spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia część 6 pkt 6.2 ppkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej także jako s.i.w.z.), tj. „w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, wykonał w ramach jednego zamówienia co najmniej jedną robotę budowlaną wraz projektem wykonawczym w zakresie budowy parkingu naziemnego, minimum dwukondygnacyjnego na nie mniej niż 100 miejsc parkingowych" oraz warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. „kierownikiem robót drogowych, który posiada uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi przy obiektach budowlanych takich jak drogi dla ruchu i postoju statków powietrznych" .

Na powyższe powódka wniosła w dniu 25 marca 2011 roku odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 26 ust 3 i 4, art. 92 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 u.p.z.p. przez pozwanego, które wyrokiem z dnia 6 kwietnia 2011 roku zostało oddalone .

Następnie pozwany w piśmie z dnia 21 kwietnia 2011 roku zwrócił się do (...) S.A. Oddział I w W. jako gwaranta z żądaniem wykonania zobowiązania wynikającego z gwarancji ubezpieczeniowej nr (...) z dnia 9 grudnia 2010 roku, tj. przelania kwoty 845 219,70 zł na konto pozwanego zgodnie z § 2 ust. 4 tej gwarancji , o czym powódka powzięła wiadomość od gwaranta w dniu 22 kwietnia 2011 roku. Powódka wystosowała pismo do pozwanego z dnia 26 kwietnia 2011 roku podnosząc bezzasadność zatrzymania wadium przez pozwanego, zarzucając naruszenie art. 46 ust. 4a u.p.z.p., a także wniosła o odstąpienie od realizacji gwarancji wadialnej, względnie o zwrot kwoty wypłaconej przez gwaranta .

Gwarant pismem z dnia 1 września 2011 roku wezwał powódkę do zwrotu wypłaconej pozwanemu sumy gwarancyjnej, tj. kwoty 845 219,70 zł. Wobec czego powódka skierowała pismo do pozwanego w dniu 22 września 2011 roku wzywając (...) Szpital (...) w W. do zapłaty powyższej kwoty z tytułu zwrotu nienależnie zatrzymanego wadium złożonego w postępowaniu przetargowym, argumentując, że czynność ta została dokonana w sposób bezpodstawny i bezprawny. Pismo to pozostało bez odpowiedzi.

Sąd Okręgowy zważył, że jako podstawę swojego roszczenia strona powodowa wskazała art. 405 k.c., zgodnie z którym kto bez podstawy prawnej uzyskał korzyść majątkową kosztem innej osoby, obowiązany jest do wydania korzyści w naturze, a gdyby to nie było możliwe, do zwrotu jej wartości

Podniesiono , że bezspornie (...) sp. z o.o. w W. wniosła wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej w wysokości 845 219,70 zł wystawionej przez (...) S.A. Oddział I w W. zaś spór koncentruje się na kwestii, czy pozwany miał prawo zatrzymania powyższego wadium, w sytuacji gdy powódka w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia braków w ofercie nie przedstawiła wymaganych dokumentów i oświadczeń(art. 46 ust. 4a u.p.z.p.).

Wskazano , że stosownie do treści art. 26 ust. 3 zd. 1 u.p.z.p. zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Zgodnie zaś z art. 46 ust. 4a u.p.z.p. zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub, pełnomocnictwa, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.

Podano, że warunkiem koniecznym zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a u.p.z.p. jest uprzednie wezwanie wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 u.p.z.p. do uzupełnienia brakujących oświadczeń, dokumentów lub pełnomocnictw w wyznaczonym przez zamawiającego terminie. Zaznaczono , że zamawiający może zatrzymać wadium w sytuacji, gdy wykonawca w odpowiedzi na powyższe wezwanie nie przedkłada oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie: warunków udziału w postępowaniu, oraz przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, które to warunki zamawiający wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub wykonawca nie złoży stosownych pełnomocnictw (art. 25 ust. 1 u.p.z.p.), lub gdy złożone przez wykonawcę oświadczenia i dokumenty zawierają błędy a pełnomocnictwa wady. Natomiast wykonawca może uchronić się przed zatrzymaniem wadium wyłącznie w przypadku, gdy udowodni, iż nie uzupełnienie wskazanych przez zamawiającego dokumentów wynikało z przyczyn nieleżących po jego stronie .

Podkreślono ,że art. 46 ust. 4a u.p.z.p. jest przepisem o charakterze restrykcyjnym i wyjątkowym ze względu na zawartą w nim dolegliwą sankcję finansową dla wykonawcy i dlatego powinien być stosowany bardzo ostrożnie. Odwołując się do treści uzasadnienia do projektu ustawy z dnia 4 września 2008 roku o zmianie ustawy - Prawo

zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw wskazano, że art. 46 ust. 4a ma na celu przeciwdziałanie sytuacjom, w którym grupa wykonawców działających w porozumieniu może powodować, iż zamówienie udzielane jest działającemu w porozumieniu wykonawcy, który zaoferował najwyższą cenę. Celem regulacji zawartej w art. 46 ust. 4a u.p.z.p. jest zrównanie sytuacji wykonawcy, który nie przedstawił żądanych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu z sytuacją wykonawców, którzy uchylają się od zawarcia umowy, bądź nie wnoszą zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Sąd pierwszej instancji nie doszukał się po stronie powódki procederu umyślnego i celowego nieuzupełnienia dokumentów na wezwanie pozwanego dla uzyskania zamówienia za cenę wyższą niż faktycznie umożliwiającą jego wykonanie. Wręcz przeciwnie uznano, że powódka przystąpiła do przetargu z zamiarem jego wygrania. Potwierdza to m.in. fakt, iż trzykrotnie przedłużała okres gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium oraz to, że po dokonaniu pierwszego wyboru oferta powódki została wyłoniona jako najkorzystniejsza. Zaznaczono, że powódka w czyniąc zadość obowiązkowi wynikającego z wezwania do uzupełnienia braków w ofercie, przedstawiła w terminie dokumenty, które w jej ocenie potwierdzały spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a zatem nie powinno to skutkować od razu zatrzymaniem wadium (por. wyrok KIO z dnia 26 stycznia 2010 roku, sygn. akt 1749/09, Lex nr 575259). Podano, że dyspozycja art. 46 ust. 4a u.p.z.p. mogłaby mieć ewentualnie zastosowanie, gdyby powódka w celu omińnięcia negatywnego dla niej skutku w postaci zatrzymania wadium, złożyła jakikolwiek dokument jedynie dla pozoru, a taka sytuacja nie miała miejsca. Podkreślono, iż z zachowania powódki nie wynikało by brała udział w tzw. zмовie przetargowej.

Przywołując stanowisko Sądu Najwyższego przedstawione w uchwale z dnia 22 marca 2007 roku (sygn. akt III CZP 8/07, Lex 230973) w uzasadnieniu której wskazano, że wykładnia przepisu "nie może bowiem prowadzić do rozstrzygnięcia, które w świetle powszechnie akceptowanych wartości musi być uznane za rażąco niesłuszne, niesprawiedliwe, nieracjonalne lub niweczące ratio legis interpretowanego przepisu" a nadto, że „w sytuacji natomiast, w której ściśle, literalne zinterpretowanie przepisu ustawy uniemożliwiałoby sensowne jego zastosowanie bądź prowadziło do zniekształcenia lub wypaczenia jego treści, sięganie przez organ stosujący prawo do innych sposobów wykładni jest jego obowiązkiem" oraz "zważyć należy, że zasada pierwszeństwa stosowania wykładni językowej, nie oznacza absolutnego porządku preferencji a jedynie taki porządek, w którym w uzasadnionych okolicznościach, dopuszcza się od niej odstępstwa" uznano za zasadne posłużenie się wykładnią teleologiczną przy interpretacji art. 46 ust. 4a u.p.z.p., która to wykładnia obejmuje reguły nakazujące uwzględniać w procesie ustalania znaczenia normy, jej kontekst społeczny, ekonomiczny i aksjologiczny (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 maja 1998 roku, I CKN 664/97, Lex 34214).

Zaznaczono, iż z wykluczenia wykonawcy z postępowania przetargowego nie można automatycznie wywodzić obowiązku zatrzymania wadium przez zamawiającego, a to miało miejsce w niniejszej sprawie. Jak wynika z akt sprawy za podstawę wykluczenia powódki wskazano art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 u.p.z.p., zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania (pkt 3) lub nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu (pkt 4). Analiza stanu faktycznego pozwala sądzić, iż pozwana wobec zaistnienia okoliczności wykluczających powódkę z postępowania zastosowała instytucję zatrzymania wadium (z art. 46 ust. 4a u.p.z.p.) niejako z automatu. Podkreślono, że oba te przepisy różnią się między sobą w zakresie przesłanek i celów, w jakich zostały wprowadzone.

Uznano, że czynność zatrzymania wadium przez pozwanego była niezasadna i bezpodstawna. W wyniku tej czynności nastąpiło wzbogacenie pozwanego o wartość wadium, tj. o kwotę 845 219, 70 zł i jednocześnie uszczuplenie majątku powódki o tę samą kwotę. Tym samym została wypełniona dyspozycja art. 405 k.c.

Apelację od tego wyroku wniósł pozwany zaskarżając go w całości i podnosząc następujące zarzuty :

I. naruszenie przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy tj. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie oceny dowodów: 1) bez przeprowadzenia postępowania dowodowego w zakresie: - przyczyn nieuzupełnienia przez powoda dokumentów, - istnienia zмовy cenowej, - złożenia dokumentów jedynie dla pozoru w celu uniknięcia zatrzymania wadium, i uznania, że po stronie powódki nie ma procederu umyślnego i celowego

nieuzupełniania dokumentów. 2) w sposób niewszzechstronny, bowiem z pominięciem ustaleń dokonanych przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 6 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO 627/11), zgodnie z którym wezwanie do uzupełnienia dokumentów było dostatecznie precyzyjne i jednoznaczne, a powód nie złożył na wezwanie pozwanego wszystkich wymaganych przez niego dokumentów.

II. Naruszenie prawa materialnego poprzez błędną wykładnię i niezastosowanie:

1) art. 46 ust.4a Prawa zamówień publicznych (Dz. U. nr 19, poz.177) poprzez przyjęcie, że nieuzupełnienie przez powoda, na wezwanie pozwanego, dokumentów i nieudowodnienie, że nie wynikało to z przyczyn leżących po stronie powoda nie skutkuje możliwością zatrzymania przez pozwanego wadium wniesionego przez powoda; naruszenie art. 46 ust.4a ustawy wynikało w szczególności z niewłaściwego zastosowania wykładni celowościowej

2) art. 2 Konstytucji przez nie zastosowanie wyrażonej w tym przepisie zasady demokratycznego państwa prawa, w tym zasady określoności przepisów, zgodnie z którą adresat normy prawnej musi wiedzieć, jakie jego zachowanie i z jakich przyczyn ma znaczenie prawne, 3) art. 32 ust.1 Konstytucji poprzez niezastosowanie wyrażonej w tym przepisie zasady równości wobec prawa. Wszyscy mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne. 4) art. 405 k.c. wskutek błędnego uznania przez Sąd, że po stronie pozwanego doszło do bezpodstawnego wzbogacenia, podczas gdy ze stanu faktycznego przedmiotowej sprawy wynika jednoznacznie, że pozwany miał prawo zatrzymać wadium wniesione przez powoda, na podstawie art. 46 ust.4a Prawa zamówień publicznych

Wskazując na powyższe zarzuty pozwany wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i oddalenie powództwa oraz zasądzenie kosztów postępowania za obie instancje według norm przepisanych, ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania z pozostawieniem Sądowi I instancji orzeczenia o kosztach postępowania apelacyjnego, jako części kosztów procesu.

### ***Sąd Apelacyjny ustalił i zważył, co następuje.***

Apelacja pozwanego nie jest zasadna i dlatego nie mogła odnieść skutku.

Ustalenia faktyczne poczynione w sprawie Sąd Apelacyjny podziela i przyjmuje za podstawę dla własnych rozważań.

Podniesione w apelacji zarzuty naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. polegające na braku przeprowadzenia postępowania dowodowego w zakresie: przyczyn nieuzupełniania przez powoda dokumentów, istnienia zмовы cenowej, złożenia dokumentów jedynie dla pozorów w celu uniknięcia zatrzymania wadium, i uznania, że po stronie powódki nie ma proceduru umyślnego i celowego nieuzupełniania dokumentów, oraz na pominięciu ustaleń dokonanych przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 6 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO 627/11- nie zasługują na uwzględnienie.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że skuteczne postawienie zarzutu naruszenia przez sąd art. 233 § 1 k.p.c. wymaga wykazania, że sąd uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, to bowiem jedynie może być przeciwstawione uprawnieniu sądu do dokonywania swobodnej oceny dowodów. Nie jest natomiast wystarczające przekonanie strony o innej niż przyjął sąd wadze (doniosłości) poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie niż ocena sądu (por. wyrok SN z dnia 8 kwietnia 2009 r. II PK 261/08). Wbrew zarzutom strony skarżącej okoliczności dotyczące przyczyn nieuzupełniania przez powoda dokumentów, istnienia zмовы cenowej, ewentualnego złożenia dokumentów jedynie dla pozorów w celu uniknięcia zatrzymania wadium, oraz tego czy po stronie powódki nie ma proceduru umyślnego i celowego nieuzupełniania dokumentów, a nadto czy wezwanie to było dostatecznie precyzyjne były przedmiotem postępowania dowodowego przed Sądem pierwszej instancji. Argumentacja pozwanego zawarta w apelacji jest bardzo ogólnikowa i stanowi w istocie polemikę z prawidłowymi ustaleniami Sądu Okręgowego.

Niewątpliwie zakreślony powodowi 1 dniowy termin do uzupełnienia braków oferty (pismem z dnia 7 marca 2011 r.), pod rygorem wykluczenia z postępowania był terminem bardzo krótkim i nie pozwalał na staranne przygotowanie żądanych dokumentów. Twierdzenie, iż braki dokumentacji w postępowaniu przetargowym zostały precyzyjnie określone w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO 627/11) nie

może konwalidować treści niejasnego wezwania skierowanego do powoda w dniu 7 marca 2011r.,zwłaszcza z uwagi na charakter tego wezwania i bardzo rygorystyczne konsekwencje związane z brakiem uzupełnienia dokumentów. Pozwany nie przedstawił żadnego dowodu na to , że powód był w zмовie z drugim uczestnikiem tego przetargu. Analiza dokumentacji przetargowej prowadzi wręcz do odmiennego wniosku. Początkowo to oferta powoda została oceniona przez zamawiającego jako najlepsza .Wygrał on przetarg ,jednak postępowanie w przedmiocie tego zamówienia publicznego zostało uchylone na skutek odwołania drugiego z uczestników przetargu( (...) SA w W.). Ostatecznie powód został wykluczony z przetargu i odwołał się od rozstrzygnięcia co do wyboru oferty. Odwołanie do zostało oddalone . Takie zachowanie się oferentów w żadnym razie nie wskazuje na to aby działali oni w zмовie w celu umożliwienia jednemu z nich zawarcia korzystnego kontraktu.

Także zarzut naruszenia art. 46 ust.4a u.p.z.p. nie mógł odnieść skutku. Z uzasadnienia apelacji wynika , że zarzut ten sprowadza się do kwestionowania możliwości stosowania przez Sąd Okręgowy celowościowej wykładni tego przepisu.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej akceptowanym przez sądy powszechne oraz doktrynę z uwagi na restrykcyjny i dolegliwy finansowo dla wykonawcy charakter regulacji zawartej w art.46 ust.4a u.p.z.p. konieczna jest rygorystyczna wykładnia tego przepisu w odniesieniu do przesłanek zatrzymania wadium przez zamawiającego z wykluczeniem rozszerzającego stosowania z punktu widzenia celu , dla którego został wprowadzony ( zapobieganie zмовom wykonawców). Rozciągnięcie tego przepisu na sytuacje braku potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę w uzupełnionym na wezwanie dokumencie skutkowałoby tym , że przy każdej niejasności w zapisach specyfikacji zamawiający mógłby zatrzymać wadium. Celem tego przepisu jest zapobieżenie zмовom wykonawców, którzy działając razem i w porozumieniu celowo nie załączali do oferty dokumentów podlegających uzupełnieniu w trybie art.26 ust.3 u.p.z.p. ,a nie karanie wykonawców, którzy w sposób niezawiniony stawianego wymogu , czy warunku nie wypełnili. Podstawa do zatrzymania wadium zachodzi wyłącznie w przypadku zawinonego zaniechania złożenia żądanych dokumentów przez wezwanego wykonawcę. Sankcja zatrzymania wadium nie dotyczy sytuacji, w której wykonawca odpowiada na wezwanie bez zbędnej zwłoki i przedkłada wymagane dokumenty z dalszymi brakami formalnymi .Niedopuszczalna jest interpretacja prowadząca do sytuacji, w której każde uchybienie wykonawcy w realizacji wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie aty.26 ust.3 u.p.z.p. skutkuje powstaniem prawa do zatrzymania wadium przez zamawiającego. W nowszym orzecznictwie KIO dopuszcza się uznanie zatrzymania wadium za uzasadnione również w sytuacji złożenia na wezwanie zamawiającego dokumentów nieprawidłowych .Dyspozycją tego przepisu może być objęta również sytuacja , w której wykonawca składa dokument lub oświadczenie , z którego nie wynika potwierdzenie spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu. Z wykluczenia wykonawcy nie można jednak wywodzić automatycznego obowiązku zatrzymania wadium. Należy badać charakter przyczyn , które legły u podstaw nieuzupełnienia wymaganych dokumentów. Zatrzymanie wadium nie jest dopuszczalne jeżeli wykonawca miał uzasadnione trudności z ustaleniem , jakie dokumenty powinny zostać złożone na wezwanie zamawiającego albo uzyskanie określonych dokumentów zależało od zachowania osób trzecich. (por. wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2009r. KIO/UZP 1530/08,wyrok KIO z dnia 15 kwietnia 2009r. KIO/UZP 409/09,wyrok KIO z dnia 22 marca 2011r., wyrok SA w Poznaniu z dnia 20 maja 2010r. I ACa 357/10,wyrok KIO z dnia 25 maja 2011r. wyrok KIO z dnia 20 lipca 2011r. KIO 1444/10, J. O.-S. „Praktyczne aspekty zatrzymania wadium przez zamawiającego, Lex nr 104612,J.E. KIO 1002/11, „problemy z zatrzymaniem wadium Monitor Zamówień Publicznych nr 7/2011,s.22).

Sytuacja , w której niezłożenie dokumentów żądanych przez zamawiającego wynika z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy to sytuacja , gdy niemożność przedłożenia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu wynika z tego , iż obiektywnie wykonawca nie spełnia tych warunków. Obowiązek zatrzymania wadium na podstawie art.46 ust.4a u.p.z.p. nie dotyczy tych wykonawców , którzy złożyli oferty , mimo że nie spełniali warunków udziału w postępowaniu ( np. nie legitymowali się odpowiednim doświadczeniem) (por. wyrok KIO z dnia 13 lipca 2010r. KIO/UZP 1349/10 ,wyrok KIO z dnia 19 października 2010r. KIO/UZP 2181/10).

Sąd Apelacyjny zważa , że na tle żadnej z proponowanych wykładni art.46ust.4a u.p.z.p. złożenie przez wykonawcę wezwanego w trybie art.26 ust.3 u.p.z.p. dokumentów niespełniających oczekiwań zamawiającego nie stanowi wystarczającej przesłanki zatrzymania wadium. Zatrzymanie wadium dopuszczalne jest dopiero po dokonaniu analizy

wszystkich przyczyn , które doprowadziły do złożenia przez wykonawcę nieprawidłowych dokumentów, w tym precyzji i jasności opisu warunku w specyfikacji oraz jednoznaczności wezwania do złożenia dokumentów. Niedopuszczalna jest taka interpretacja tego przepisu , która z instytucji zatrzymania wadium czyniłaby źródło dodatkowych dochodów zamawiających.

W niniejszej sprawie Sąd Okręgowy prawidłowo przyjął , że nieuzupełnienie przez powoda, na wezwanie pozwanego, dokumentów nie wynikało to z przyczyn leżących po stronie powoda. Sąd Apelacyjny podkreśla , że jak wynika z ustaleń faktycznych, było to spowodowane bardzo krótkim – 1 – dniowym terminem na uzupełnienie oraz brakiem precyzji w wezwaniu o jakie dokładnie dokumenty chodzi. W tym stanie rzeczy zasadnie uznano, iż nie zachodziły przesłanki pozwalające na zatrzymanie przez pozwanego wadium wniesionego przez powoda.

Sąd Apelacyjny nie stwierdza , aby zaskarżony wyrok naruszał wyrażoną w art. 2 Konstytucji zasadę demokratycznego państwa prawa, w tym zasady określoności przepisów, zgodnie z którą adresat normy prawnej musi wiedzieć, jakie jego zachowanie i z jakich przyczyn ma znaczenie prawne. Jak wynika z przedstawionego wyżej dorobku orzeczniczego KIO oraz sądów powszechnych i doktryny ocena czy zatrzymanie na podstawie art.46 ust.4a u.p.z.p. wadium jest dopuszczalne może być dokonana dopiero po dokonaniu analizy wszystkich przyczyn , które doprowadziły do złożenia przez wykonawcę nieprawidłowych dokumentów, w tym precyzji i jasności opisu warunku w specyfikacji oraz jednoznaczności wezwania do złożenia dokumentów. Także brak podstaw do przyjęcia aby w sprawie doszło do naruszenia art. 32 ust. 1 Konstytucji poprzez niezastosowanie wyrażonej w tym przepisie zasady równości wobec prawa .

Prawidłowo zatem uznano , że po stronie pozwanego doszło do bezpodstawnego wzbogacenia ( art.405 k.c.)bowiem wnikliwa analiza stanu faktycznego prowadzi do wniosku, że pozwany nie miał prawa zatrzymać wadium wniesione przez powoda, na podstawie art. 46 ust.4a u.p.z.p.

W świetle powyższego apelacja pozwanego nie mogła odnieść skutku.

Mając to wszystko na uwadze, na podstawie art.385 k.p.c. orzeczono , jak na wstępie.

O kosztach procesu postanowiono na podstawie art.98 k.p.c. w związku z art.108§1 k.p.c. zgodnie z zasadą finansowej odpowiedzialności stron za wynik procesu.