

Sygn. akt I ACa 684/12

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 listopada 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Edyta Buczkowska-Żuk (spr.)
Sędziowie:	SSA Wiesława Kaźmierska SSA Agnieszka Sołtyka
Protokolant:	sekr. sądowy Justyna Kotlicka

po rozpoznaniu w dniu 14 listopada 2012 r. na rozprawie w Szczecinie

sprawy z powództwa A. W. i R. M.

przeciwko Skarbowi Państwa - Sądowi Okręgowemu w Szczecinie

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie

z dnia 15 grudnia 2010 r., sygn. akt I C 223/10

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

1. oddala powództwo,

2. odstępuje od obciążania powodów kosztami zastępstwa procesowego należnymi Skarbowi Państwa – Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa w Warszawie;

II. odstępuje od obciążania powodów kosztami zastępstwa procesowego

należnymi Skarbowi Państwa – Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa w Warszawie w postępowaniu apelacyjnym i kasacyjnym.

W. Kaźmierska E. Buczkowska-Żuk A. Sołtyka

Sygn. akt I ACa 684/12

UZASADNIENIE

Powodowie A. W. i R. M. , prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej- Przedsiębiorstwo Budowlane (...) s.c. A. J. vel W. i R. M. , domagali się zasądzenia od pozwanego Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Szczecinie kwoty 100.000 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 17 października 2009 r. ,a nadto zasądzenie na ich rzecz kosztów procesu .

Powodowie podali ,że tworząc konsorcjum z innym przedsiębiorcą, uczestniczyli w przetargu organizowanym przez pozwanego - złożyli ofertę i wpłacili wadium w kwocie 100.000 zł. . Pozwany wezwał konsorcjum do uzupełnienia oferty -powodowie odpowiedzieli na zobowiązanie w wyznaczonym terminie jednakże pozwany wykluczył ich z postępowania o udzielenie zamówienia, wzywając do udzielenia wyjaśnień dotyczących przyczyn nieprawidłowego wykonania zobowiązania. Powodowie złożyli stosowne oświadczenie. Pozwany nie uznał zawartych w nim wyjaśnień i dokonał zatrzymania wadium.

Odpowiadając na pozew Skarb Państwa -Sąd Okręgowy w Szczecinie reprezentowany przez Prokuratorię Generalną Skarbu Państwa wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego przyznając fakt zatrzymania wadium. Pozwany jednocześnie zakwestionował kwalifikację prawną roszczenia powodów .

Wyrokiem z dnia 15 grudnia 2010 roku Sąd Okręgowy w Szczecinie zasądził od pozwanego Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Szczecinie na rzecz powodów A. W. i R. M. solidarnie kwotę 100 000 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 17 października 2009 roku , a także kwotę 3617 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego oraz kwotę 5000 zł tytułem zwrotu kosztów sądowych.

Podstawę powyższego rozstrzygnięcia stanowią następujące ustalenia faktyczne:

na podstawie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w dniu 7 lipca 2009 r. pozwany Sąd Okręgowy w Szczecinie ogłosił przetarg nieograniczony na przebudowę i zmianę sposobu użytkowania budynku wraz z budynkiem gospodarczym przy ul. (...)na dz. (...)w G. na potrzeby Sądu Rejonowego w Goleniowie.

W powyższej specyfikacji określono m.in. przedmiot zamówienia, warunki gwarancji, wymagania stawiane wykonawcy i termin wykonania zamówienia, opisano warunki udziału w postępowaniu oraz sposób dokonywania oceny tych warunków. Specyfikacja zawierała informację o oświadczeniach lub dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Z treści specyfikacji wynikało nadto, że każda złożona w celu przystąpienia do przetargu oferta musi być zabezpieczona akceptowalną formą wadium w kwocie 100.000 zł, która to kwota mogła m.in. zostać wpłacona na rachunek bankowy wskazany przez pozwanego.

Jak ustalił Sąd Okręgowy w dniu 30 lipca 2009 r. Przedsiębiorstwo Budowlane (...) s.c. A. W. i R. M. tj. powodów zawarło umowę konsorcjum ze (...) spółką z o. o. w S. w celu wspólnego uczestnictwa w przetargu i złożenia wspólnej oferty na zamówienie ogłoszone przez pozwanego. Lider konsorcjum - spółka powodów -zobowiązał się dostarczyć wadium. Spółka (...) udzieliło powodom pełnomocnictwa do reprezentowania konsorcjum w zakresie przygotowania i złożenia oferty. Powodowie działając w imieniu zawiązanego konsorcjum złożyli Sądowi Okręgowemu w Szczecinie ofertę wykonania zamówienia określonego w SIWZ z dnia 7 lipca 2009 r. i wpłacili wadium w kwocie 100.000 zł.

Z ustaleń Sądu pierwszej instancji wynika ,że w dniu 13 sierpnia 2009 r. pozwany wezwał konsorcjum do uzupełnienia złożonej przez nie oferty przetargowej poprzez przedłożenie oświadczenia o spełnianiu warunków określonych w art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez każdego z członków konsorcjum oraz przedłożenie aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego. Wezwanie zawierało informację, że oświadczenie wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu zostało złożone w imieniu konsorcjum, podczas gdy zgodnie z wymogami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) wykonawca powinien uzupełnić oświadczenie o spełniania warunków udziału w postępowaniu oddzielnie w imieniu każdego z członków konsorcjum. W związku z powyższym, pozwany wezwał konsorcjum do złożenia dokumentu z Krajowego Rejestru Karnego wystawionego dla (...) spółki z o. o. w terminie do dnia 18 sierpnia 2009 r. do godz. 15.00 do jego siedziby . W wezwaniu do uzupełnienia braków zostały przepisane sformułowania z SIWZ, natomiast nie zostało precyzyjnie wskazane, jakie konkretnie

dokumenty mają nadesłać powodowie w celu uzupełniania braków formalnych złożonej przez nich oferty. Wezwanie nie zawierało wyjaśnienia, że dokumenty - oświadczenie wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz dokument z Krajowego Rejestru Karnego - mają zostać wystawione na spółkę (...), a nie na osobę fizyczną.

Jak ustalił Sąd Okręgowy, powyższe zobowiązanie zostało przesłane konsorcjum w dniu 13 sierpnia 2009 r. w godzinach popołudniowych, a powodowie zapoznali się z jego treścią w dniu 14 sierpnia 2009 r. (piątek) rano.

Ustalił następnie Sąd Okręgowy, że w dniu 17 sierpnia 2009 r. powodowie przedłożyli pozwanemu dokument z Krajowego Rejestru Karnego poświadczający brak podstaw do wykluczenia z postępowania członka zarządu Spółki (...) W. C. (1). Dokument ten był już złożony, powodowie złożyli go ponownie nie będąc tego pewnym i chcąc wypełnić zobowiązanie pozwanego.

Jak ustalił Sąd pierwszej instancji, powodowie byli przekonani, że składają właściwe dokumenty i prawidłowo uzupełniają braki do usunięcia, których zostali wezwani opierając się na swoich wcześniejszych doświadczeniach w przeszłości bowiem wielokrotnie uczestniczyli w postępowaniach przetargowych i zawsze składali dokument z Krajowego Rejestru Karnego poświadczający brak podstaw do wykluczenia z postępowania członka zarządu W. C. (1) (Spółka (...)) „miała jednoosobową reprezentację).

Z dalszych ustaleń wynika, że w dniu 20 sierpnia 2009 r. powodowie otrzymali od pozwanego pismo, z treści, którego wynikało, że pozwany wykluczył reprezentowane przez nich konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający wskazał, że wykonawca winien dołączyć do swojej oferty aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego, gdy w złożonej przez konsorcjum ofercie brak jest dokumentu z KRK wystawionego dla spółki (...). Ponadto wskazano, że pozwany wezwał konsorcjum do uzupełnienia oświadczeń o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu złożonych oddzielnie przez wykonawców ubiegających się wspólnie o zamówienie, tj. w imieniu każdego z członków konsorcjum, a mimo to w wyznaczonym terminie wykonawca nie uzupełnił ww. oświadczeń.

Ustalił dalej Sąd I instancji, że w dniu 28 sierpnia 2009 r. zamawiający tj. Sąd Okręgowy w Szczecinie wezwał konsorcjum do udzielenia wyjaśnień dotyczących przyczyn nieprawidłowego wykonania zobowiązania z dnia 13 sierpnia 2009 r. W piśmie wskazano, że jeżeli wykonawca udowodni, że nie dostarczanie brakujących dokumentów wynikało z przyczyn nie leżących po jego stronie, pozwany niezwłocznie zwróci wadium, w przeciwnym zaś razie je zatrzyma. Tego samego dnia powodowie w imieniu konsorcjum złożyli oświadczenia wskazując, że załącznik nr 2 do SIWZ został podpisany przez uprawnionych przedstawicieli konsorcjum i imieniu ich firm, zaś zamawiający w SIWZ nie żądał tego dokumentu w imieniu konsorcjum, lecz oddzielnie dla każdego z jego członków. Odnośnie informacji z K. dla spółki (...) powodowie wskazali, że w złożonej ofercie zamieszczono informacje z K. wystawione na wszystkie osoby podpisujące ofertę wspólną, tj. na powodów i na W. C. (2), jako dyrektora i jednoosobowej reprezentacji spółki (...). Wyjaśnili nadto, że złożenie do akt sprawy ponownie tego samego zaświadczenia o niekaralności spowodowane było brakiem pewności czy zaświadczenie członka zarządu partnera konsorcjum zostało złożone i wynikało z tego, że zamawiający w wezwaniu tym wskazując na istnienie braków nie wskazał na ten dokument. Powodowie wyjaśnili też, że w dniach od 10 do 23 sierpnia 2009 r. W. C. (2) przebywał na urlopie, stąd nie było możliwości podpisania przez uprawnionego przedstawiciela dokumentów dotyczących tego członka konsorcjum

Jak ustalił Sąd pierwszej instancji, pozwany Sąd Okręgowy w Szczecinie do chwili obecnej nie zwrócił powodom wpłaconego przez nich wadium w kwocie 100.000 zł.

Po dokonaniu powyższych ustaleń Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że powództwo zasługuje w całości na uwzględnienie.

Przywołując treść art. 70¹ § 1 k.c. Sąd wskazał, że przystąpienie do przetargu nawiązuje pomiędzy organizatorem przetargu, a oferentem cywilnoprawny stosunek umowny regulowany przepisami o przetargu i warunkami przetargu, które muszą już wówczas jednoznacznie określić jego minimalną treść. Treść ogłoszenia o przetargu ma istotne znaczenie dla ustalenia wzajemnych praw i obowiązków stron, wynikających już z samego faktu przystąpienia do przetargu. Każde z wymagań wskazanych w ogłoszeniu powinno być określone w sposób jednoznaczny i wyczerpujący.

Z kolei przywołując treść art. 70⁴ § 1 i 2 k.c. Sąd pierwszej instancji skonstatował, że wniesienie wadium stanowi warunek dopuszczenia do udziału w aukcji albo przetargu. Zastrzeżenie wadium powoduje, że staje się ono składnikiem stosunku przetargowego. W ocenie Sądu wadium stanowi barierę finansową, której pokonanie decyduje o dopuszczeniu do procedury przetargowej bądź aukcyjnej. Co do losów wpłaconego wadium po zakończeniu przetargu (aukcji), Sąd wskazał, że podlega ono zwrotowi. Sąd dalej zauważył, że zgodnie z dominującym w doktrynie poglądem przepisy art. 70⁴ § 2 k.c. należy traktować, jako mające charakter bezwzględnie obowiązujący.

Następnie Sąd pierwszej instancji wyjaśnił, że wadium pełni funkcję zabezpieczającą zawarcie umowy oraz kompensacyjną - stanowi zryczałtowane odszkodowanie.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy, Sąd stwierdził, że wadium, którego obowiązek wpłaty przewidywały przepisy SIWZ wydanych przez zamawiającego - pozwany Sąd Okręgowy w Szczecinie w dniu 7 lipca 2009 r. niewątpliwie pełnić miało - zgodnie z przepisem art. 70⁴ § 1 i 2 k.c. - funkcję zabezpieczającą. W SIWZ określono także zasady zwrotu wadium, i tak w punkcie 9 wskazano, że zamawiający niezwłocznie zwróci wadium po: upływie terminu związania ofertą, zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego i wniesieniu zabezpieczenia należytego wykonania tej umowy, czy też unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Poza tym, z treści punktu 10 SIWZ wynikało, że zamawiający niezwłocznie dokona zwrotu wadium na wniosek wykonawcy, który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert, który został wykluczony z postępowania czy też, którego oferta zostanie odrzucona. W SIWZ zostały też określone sytuacje, w których zamawiający może zatrzymać wadium. I tak w punkcie 11 wskazano, że wykonawca, którego oferta została wybrana, straci wadium wraz z odsetkami, w przypadku, gdy odmówi podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, nie wniesie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, czy też, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

W ocenie Sądu Okręgowego, z łącznej interpretacji przepisów Kodeksu cywilnego, a dokładnie przepisu art. 70⁴ § 2 k.c., który to statuuje obowiązek zwrotu wpłaconego wadium oraz zapisów SIWZ regulujących tożsamą kwestię, wynika jednoznacznie, że zatrzymanie wadium wpłaconego przez powodów nie było niczym uzasadnione. Skoro powodowie zostali wykluczeni z postępowania przetargowego, to pozwany zgodnie zarówno z przepisem art. 70⁴ § 2 k.c., jak i z ustalonymi przez siebie regulacjami w SIWZ powinien zwrócić powodom wpłacone przez nich wadium. Według Sądu tylko ewentualne wskazanie w SIWZ, że nie uzupełnienie braków formalnych złożonej oferty skutkuje zatrzymaniem wadium mogłoby uprawniać pozwanego do zatrzymania wpłaconego mu wadium.

Zważył następnie Sąd pierwszej instancji, że zgodnie z przepisem art. 46 ust. 1 p.z.p., zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a, który to stanowi, że 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 pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nie leżących po jego stronie.

W ocenie Sądu Okręgowego ratio legis wprowadzenia zapisu art. 46 ust. 4a p.z.p. była potrzeba przeciwdziałania procederowi umyślnego i celowego nie uzupełniania dokumentacji na wezwanie zamawiającego dla uzyskania zamówienia za cenę wyższą niż faktycznie umożliwiająca jego wykonanie.

W rozpoznawanej sprawie, zdaniem Sądu Okręgowego, powodom nie sposób zarzucić nacechowanego złą wolą umyślnego działania w celu przedłużenia procedury przetargowej.

Nadto, według oceny Sądu, skierowane do powodów wezwanie nie zawierało precyzyjnego wskazania, jakie konkretnie dokumenty powodowie mają przedłożyć, zawierało jedynie literalne przytoczenie za SIWZ żądanych dokumentów bez odniesienia się do konkretnego stanu faktycznego tzn. do dokumentów, jakie znajdowały się już u

pozwanego. Wezwanie do uzupełniania braków nie wskazywało, że powyższe dokumenty należy złożyć w odniesieniu do (...) Przedsiębiorstwa Budownictwa (...).

Sąd za wiarygodne uznał zeznania przesłuchanego w charakterze strony powodowej R. M., że powodowie otrzymali wezwanie do uzupełnienia braków złożonej oferty w dniu 13 sierpnia 2009 r. w godzinach popołudniowych, zaś z jego treścią zapoznali się dopiero w piątek 14 sierpnia 2009 r. rano. De facto zatem powodowie na uczynienie zadość wezwaniu mieli dwa dni skoro termin do wypełnienia zobowiązania zakreślony został do dnia 18 sierpnia 2009 r. do godz. 15-ej. Powodowie chcąc prawidłowo i w terminie wypełnić nałożone na nich zobowiązanie, w dniu 17 sierpnia 2009 r. przedłożyli pozwanemu dokument z Krajowego Rejestru Karnego poświadczający brak podstaw do wykluczenia z postępowania członka zarządu Spółki (...) W. C. (1) przekonani, że właśnie o taki dokument chodzi pozwanemu, skoro w przeszłości uczestnicząc w postępowaniach przetargowych wspólnie z (...) Przedsiębiorstwem Budownictwa (...) zawsze składali właśnie dokument z Krajowego Rejestru Karnego poświadczający brak podstaw do wykluczenia z postępowania członka zarządu Spółki (...) W. C. (1). Stąd też w ocenie Sądu Okręgowego, powodowie w toku przeprowadzonego postępowania dowodowego wykazali, że braki formalne usiłowali uzupełnić według swojej najlepszej wiedzy i nie można im zarzucić świadomego działania nastawionego na przedłużenie procedury przetargowej właśnie wobec mało precyzyjnego wezwania do uzupełnienia braków złożonej oferty. Powodowie nie wiedzieli, jaki dokładnie dokument mają przedłożyć, i w odniesieniu, do którego z podmiotów tworzących konsorcjum, powyższe nie wynikało, bowiem z treści wezwania. Za wiarygodne Sąd Okręgowy uznał też wyjaśnienia powoda, że w pierwszym odruchu przyjęli, iż nie złożyli dokumentu przez przeoczenie. Odnośnie oświadczenia z art. 22 ust. 1 p.z.p., o które zwracał się w wezwaniu z dnia 13 sierpnia 2009 r. pozwany, Sąd Okręgowy przyjął, że powodowie byli całkowicie przekonani, że wystarczające jest złożenie oświadczenia przez lidera konsorcjum, a takie oświadczenie zostało już załączone do złożonej oferty. Powodowie nie mieli podstaw przypuszczać, że konieczne jest złożenie wyżej wymienionego oświadczenia przez każdy z podmiotów tworzących konsorcjum uczestnicząc w przetargach wspólnie z (...) Przedsiębiorstwem Budownictwa (...) zawsze składali tylko jedno oświadczenie i było ono uznawane za wystarczające. Powodowie przy tym przy składaniu oferty wnieśli oświadczenie w imieniu konsorcjum, jako ustanowiony w tym konsorcjum pełnomocnik. Nadto, z zapisu SIWZ nie wynika obowiązek wykonawcy do złożenia oświadczenia zapewniającego o spełnieniu przesłanek z art. 22 odrębnie przez każdego z konsorcjantów. Sam pozwany przyznawał, że w specyfikacji nie został wprost wyartykułowany obowiązek wykonawców ubiegających się wspólnie o zamówienie do złożenia oświadczenia przez każdego z nich oddzielnie.

Zdaniem Sądu pierwszej instancji, to pozwany, jako konstruujący warunki zamówienia, powinien był zadbać o ich prawidłowe i jednoznaczne brzmienie, które nie powodowałyby zamieszania i niepewności. Konstrukcja wezwania skierowanego do powoda jest zdaniem Sądu niejasna, mało precyzyjna, a skoro ciężar tego wezwania jest tak istotny, że pomyłka w jego wykonaniu może skutkować zabránieniem znacznej kwoty mimo zakończenia przetargu wezwanie powinno być nad wyraz staranne, precyzyjnie wyartykułowane, powinno odnosić się nie tylko do tego, jakie dokumenty podlegają uzupełnieniu, ale dlaczego czy np. nie złożono ich, a jeśli złożono to, jakie posiadają braki.

Zdaniem Sądu Okręgowego strona powodowa wykazała w tym procesie, że dochowała należytej staranności w zadośćuczynieniu żądaniu pozwanego i stąd nie można było w jej przypadku zastosować przepisu o zatrzymaniu wadium.

Mając na uwadze powyższe Sąd Okręgowy uznał, że żądanie powodów oparte na treści art. 410 k.c. jest uzasadnione i zasądził kwotę dochodzoną pozwem z odsetkami ustawowymi od dnia od dnia 17 października 2009 roku, wobec faktu wezwania pozwanego do zwrotu kwoty 100 000 zł pismem z dnia 8 października 2009 r. w terminie do 16 października 2009 roku.

O kosztach procesu Sąd orzekł zgodnie z zasadą, że strona przegrywająca sprawę jest zobowiązana zwrócić przeciwnikowi koszty zastępstwa procesowego i koszty sądowe.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego wywiódł pozwany, zaskarżając go w całości i wnosząc o jego zmianę poprzez oddalenie powództwa i zasądzenie od powodów na rzecz SP-Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa kosztów

zastępstwa procesowego wedle norm przypisanych oraz zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym wedle norm przypisanych.

Pozwany zarzucił:

- naruszenie art. 14 ust. 1 p.z.p. przez niewłaściwą interpretację i w konsekwencji jego pominięcie przy orzekaniu;
- naruszenie art. 70⁴ § 2 k.c. przez błędną interpretację i w konsekwencji zastosowanie do sytuacji nieobjętej hipotezą przepisu polegające na zastosowaniu normy prawnej, która została wyłączona przepisem szczególnym;
- naruszenie art. 36 ust. 1 i 2 p.z.p. przez jego pominięcie przy orzekaniu polegające na określeniu obowiązkowych elementów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w sposób odbiegający do regulacji zawartej w tym przepisie;
- naruszenie art. 46 ust. 1 i ust. 4a p.z.p. przez niewłaściwą interpretację i w konsekwencji pominięcie przy orzekaniu faktu, iż przepis ten ma charakter bezwzględnie obowiązujący i nie pozostawia dowolności decyzji zamawiającemu;
- naruszenie art. 46 ust. 4a p.z.p. przez niewłaściwą interpretację i w konsekwencji błędne zastosowanie polegające na uznaniu, iż niezbędnym elementem jego zastosowania jest „zła wola” i „umyślne działanie oferenta” oraz uznaniu, iż brak doręczenia dokumentu, który oferent winien mieć zgłaszając się do przetargu oraz błędy w zakresie ustalenia o jaki dokument stanowią okoliczności „nie leżące po stronie powodów”;
- naruszenie art. 355 § 2 k.c. przez jego niezastosowanie polegające na pominięciu zawodowego charakteru prowadzonej przez powoda działalności przy ocenie standardów jakie winny mu przyświecać w trakcie zbierania i dostarczania dokumentacji do przetargu;
- naruszenie art. 405 k.c. przez błędną interpretację i konsekwencji zastosowanie do sytuacji nieobjętej hipotezą przepisu.

W odpowiedzi na apelację pozwanego, powodowie wnieśli o jej oddalenie w całości i zasądzenie od pozwanego solidarnie na rzecz powodów kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Wyrokiem z dnia 30 marca 2011 r. Sąd Apelacyjny w Szczecinie oddalił apelację pozwanego i orzekł o kosztach postępowania apelacyjnego zgodnie z jego wynikiem.

Sąd Apelacyjny uznał, iż stan faktyczny, jak przyznał sam apelujący, pozostawał w niniejszej sprawie bezsporny. Wątpliwości budziła natomiast prawidłowa wykładnia przepisów kodeksu cywilnego regulujących zawarcie umowy w formie przetargu oraz przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku (dalej jako p.z.p.).

Zdaniem Sądu Apelacyjnego dopuszczalna w niniejszej sprawie jest droga sądowa. Powodowie domagali się zwrotu uiszczonych wadium wskazując na nienależność świadczenia. Choć prawo zamówień publicznych normuje generalnie problematykę administracyjno – prawną to zdarzenie to niewątpliwie może stanowić źródło stosunków cywilnoprawnych. Przyjąć bowiem należy, że droga sądowa dopuszczalna jest również w sprawach dotyczących zobowiązań pieniężnych, których źródłem jest zdarzenie mające miejsce w toku postępowania administracyjnego, jeżeli sprawy te nie należą do właściwości sądów szczególnych (por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 lipca 2000 r., SK 12/99, OTK Zb.Urz. 2000, nr 5, poz. 143).

Postępowanie w sprawie o zamówienie publiczne w niniejszej sprawie wszczęte zostało w lipcu 2009r. zaś do czynności zatrzymania wadium doszło w dniu 30 września 2009r. W świetle obowiązującego wówczas art. 180 ust. 1 p.z.p. wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, ogłoszenia o konkursie, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, regulaminu konkursu, czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu lub konkursie oraz w przypadku zaniechania przez zamawiającego czynności, do której jest obowiązany na podstawie ustawy, można wnieść protest

do zamawiającego. Zgodnie zaś art. 180 ust. 1 p.z.p. w obecnym brzmieniu wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy przysługuje odwołanie. Sąd odwoławczy zwrócił uwagę, iż stosowanie do art. 180 ust. 2 ustawy w obecnym brzmieniu, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec enumeratywnie wymienionych czynności tj. wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę, opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, odrzucenia oferty odwołującego. W art. 11 ust. 8 p.z.m. mowa jest natomiast o rozporządzeniu, w którym określone zostają kwoty wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Kwota ta dla zamówienia na roboty budowlane udzielanego przez zamawiających z sektora finansów publicznych określona została na kwotę 125 000 euro (por. § 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, Dz. U. nr 224, poz. 1795).

Jak wynika ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia (k.13) wartość szacunkowa zamówienia ustalona została „poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 p.z.p. co oznacza, że w obecnym stanie prawnym odwołanie od czynności w postaci zatrzymania wadium, jako niewymienionej w art. 180 ust. nie przysługiwałoby.

Przepis art. 180 ust. 2 p.z.p. w aktualnym brzmieniu nie znajdzie jednakże zastosowania w niniejszej sprawie bowiem zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy nowelizacyjnej tj. ustawy z dnia 2 grudnia 2009r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. nr 223, poz. 1778 ze zm.) do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i konkursów wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do protestów, odwołań i skarg dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe.

W niniejszej sprawie zamawiający podjął na podstawie art. 46 ust. 4a decyzję o zatrzymaniu wadium.

Sąd Apelacyjny przyjął, iż od czynności w postaci zatrzymania wadium podjętej w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, wszczętego przed 29 stycznia 2010r. protest nie przysługiwał. Uczestnik postępowania może natomiast dochodzić swych praw przed sądem powszechnym. Zauważył, iż ustawa – Prawo zamówień publicznych w stanie prawnym znajdującym zastosowanie w sprawie nie definiowała pojęcia „postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”. Definicja taka wprowadzona została do ustawy dopiero w dniu 29 stycznia 2010r. wraz z wejściem w życie wspomnianej ustawy nowelizującej. Podkreślić należy nadto, że także art. 179 ust. 1 p.z.p. odmiennie regulował interes prawny stanowiący podstawowy warunek skutecznego wniesienia środka prawnego przewidzianego w ustawie. Obecnie przepis stanowi, że środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Przed 29 stycznia 2010r. przepis zaś stanowił, że środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Wydaje się, że powiązanie interesu prawnego z istniejącą możliwością uzyskania zamówienia publicznego na gruncie poprzednio obowiązującego przepisu było silniejsze. Niewątpliwie obecnie uczestnik postępowania może wnosić odwołanie pomimo tego, że nie posiada już interesu prawnego w uzyskaniu samego zamówienia (wskutek wyboru innej korzystniejszej oferty).

Powracając do rozpoznawanej sprawy Sąd stwierdził, że niezależnie od przedstawionej powyżej argumentacji odwołującej się do wykładni językowej – historycznej przepisów Sąd Apelacyjny stanął na stanowisku, że zatrzymanie wadium de facto wiąże się z rozliczeniem roszczeń odszkodowawczych, a co do takowych przyjąć należy brak kompetencji KIO do orzekania, co zdaje się potwierdzać także treść rozstrzygnięć jakie mogła podjąć Izba uwzględniając protest (Izba nie może nakazać zamawiającemu zwrotu świadczenia).

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, brak było podstaw do zastosowania w sprawie przepisów kodeksu cywilnego, choć bardziej szczegółowa analiza uzasadnienia wyroku wskazuje, że przepisy te nie stanowiły faktycznej podstawy prawnej orzeczenia, a zaprezentowane zostały dla wzmocnienia stanowiska o bezpodstawności zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4 a p.z.p. Istotnie, zgodnie z art. 14 p.z.p. do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 22 kwietnia 2010r. (sygn. akt V CSK 321/09, LEX nr 688054) przez czynności te należy rozumieć wszelkie czynności faktyczne i prawne podejmowane przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym dotyczące wniesienia oraz zwrotu wadium.

Skoro zatem przepisy prawa zamówień publicznych stanowią *lex specialis* w stosunku do przepisów kodeksu cywilnego, błędny jest pogląd, jaki zdaje się prezentować Sąd Okręgowy (strona 10 uzasadnienia, k. 173), że poza sytuacją określoną w przepisie art. 70⁴ § 2 k.c. brak możliwości zatrzymania wniesionego wadium. Sytuację zwrotu i zatrzymania wadium reguluje szczegółowo przepis art. 46, co rzecz jasna, nie wyklucza zastosowanie przepisu art. 70⁴ § 2 k.c. w przypadku gdyby regulacja ta okazała się niekompletna, co przyznał Sąd Najwyższy choćby w cytowanym już orzeczeniu z dnia 22 kwietnia 2010r.

Sąd apelacyjny zgodził się z apelującym także w kwestii wykładni przepisu art. 36 ust. 1 p.z.p. Zamawiający tworząc specyfikację, w celu umożliwienia skutecznego wniesienia wadium w postępowaniu, zobowiązany jest jedynie do określenia jego wysokości oraz podania numeru rachunku bankowego, na który wykonawcy będą mogli wносить wadium w formie pieniężnej. Zamawiający nie musi natomiast powielać i powtarzać przepisów p.z.p. dotyczących form wnoszonego wadium czy okoliczności jego zwrotu i przepadku. Istotnie, w realiach niniejszej sprawy budzić może wątpliwości niekonsekwencja zamawiającego, który decydując się zamieścić w specyfikacji informacje co do sytuacji, w których następuje zwrot bądź utrata wadium, nie wskazał na sytuację objętą hipotezą normy art. 46 ust. 4a ustawy, jednakże zamawiający nie jest uprawniony do modyfikowania okoliczności skutkujących przepadkiem wadium, a wykonawca nie jest w tym zakresie zwolniony ze stosowania bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Przechodząc wreszcie do oceny prawidłowości zastosowania w niniejszej sprawie przepisu art. 46 ust. 4a p.z.p. stwierdził, że jest to nowa regulacja, przepis ten bowiem wszedł w życie w dniu 24 października 2008r. na podstawie ustawy z dnia 4 września 2008r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. nr 171, poz. 1058). W uzasadnieniu do projektowanej zmiany wskazane zostało, że wprowadza ona sankcję utraty wadium dla wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie przedstawił dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem projektodawcy, dotychczasowa regulacja sprzyjała sytuacji, w której grupa będących w porozumieniu wykonawców mogła powodować, że zamówienie jest udzielane temu spośród nich, który zaoferował najwyższą cenę. Wykonawcy ci mogli celowo składać oferty bez wymaganych dokumentów lub oświadczeń, a następnie, już po zapoznaniu się z ofertami konkurentów, bez negatywnych konsekwencji wycofywać się z udziału w postępowaniu, podlegając jedynie wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3. Zdaniem projektodawcy celowym było zrównanie sytuacji wykonawcy, który nie przedstawił dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3, z sytuacją wykonawcy, który uchyla się od zawarcia umowy lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy (por. uzasadnienie projektu, Sejm RP VI kadencji, nr druku: 471, www.sejm.gov.pl).

W świetle wskazanego powyżej celu regulacji nie ma wątpliwości, że ustawodawca nie zamierzał obciążać konsekwencjami finansowymi uczestników przetargu, którzy nie uzupełnili dokumentacji z innych przyczyn, niż chęć wycofania się z przetargu w związku z działaniem w zмовie z innymi wykonawcami. Należy przede wszystkim podkreślić, że wprowadzony przepis miał zapobiegać celowemu nieuzupełnianiu dokumentów, aby umożliwić wygranie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego firmie, która przedstawiła droższą ofertę. W rozpoznawanej sprawie taka sytuacja nie miała miejsca.

Uwzględnić należało następnie, że przepis art. 46 ust. 4a p.z.p. umożliwia uczestnikom postępowanie niejako obronę przed nieprawidłowym zatrzymaniem wadium poprzez wykazanie, że nie złożenie dokumentów lub oświadczeń wynika z przyczyn nieleżących po jego stronie. W ocenie Sądu Apelacyjnego, słusznie przyjąć należało, że powodowie powyższe udowodnili. Zauważyć przy tym należy, po trosze wbrew zarzutom apelującego, iż sformułowanie „z przyczyn nieleżących po jego stronie” interpretować można z uwzględnieniem „złej woli” czy „umyślności” działania oferenta. Choć istotnie wykładnia języka przepisu wskazywałaby, że uczestnik postępowania traciłby wadium w każdej sytuacji gdy nie uzupełnił oferty z przyczyn leżących po jego stronie, bez względu na to czy są przez niego zawinione czy nie, to jednakże trudno zaakceptować przykładowo sytuację w której zamawiający traciłby wadium na skutek błędnego, acz usprawiedliwionego okolicznościami zrozumienia treści wezwania czy też z powodu trudności w udzieleniu odpowiedzi w wyznaczonym przez zamawiającego terminie.

W skierowanym do powodów wezwaniu do uzupełnienia braków oferty wskazany został brak oświadczenia o spełnianiu warunków przez każdego z członków Konsorcjum oraz brak „dokumentu z KRK wystawionego dla (...) sp. z o.o.”. Jednocześnie powodowie zobowiązani zostali do dostarczenia jednego dokumentu w wyznaczonym terminie. W ocenie Sądu Apelacyjnego tak sformułowane wezwanie uznać należało za niejasne i nieprecyzyjne. Niezależnie od powyższego wskazać należy, co wynika z bezspornego stanu faktycznego, iż powodowie odebrali wezwanie w dniu 13 sierpnia, tj. w czwartek w godzinach popołudniowych. Zobowiązanie zaś wykonać mieli do wtorku – 18 sierpnia 2009r. Uwzględniając powyższe jak również niekwestionowany przez strony fakt, że osoba uprawniona do reprezentowania spółki przebywała w tym czasie na urlopie, sprostowanie nałożonemu obowiązku w wyznaczonym terminie nie było możliwe. Zwrócić należy uwagę na fakt, że literalne odczytanie treści przepisu art. 46 ust. 4a prowadzi do wniosku, że niezłożenie wymaganych dokumentów z przyczyn nieleżących po stronie oferenta nastąpić ma w odpowiedzi na wezwanie. Oznacza to, że przedmiotem badania nie powinno być to czy uczestnik postępowania, w tym – jak zarzuca apelujący – podmiot profesjonalnie zajmujący się działalnością gospodarczą oraz uczestniczący w przetargach mógł złożyć prawidłową pod względem formalnym ofertę w dacie jej pierwotnego złożenia, ale to czy mógł to uczynić w odpowiedzi na wezwanie. Uwzględniając zaś niejasność samego wezwania, jak i wątpliwości co do sprostania obowiązku w wyznaczonym terminie uznać należało, iż nie mógł tego uczynić.

Sąd odwoławczy wskazał nadto, co podnosiła strona powodowa w toku postępowania, iż zgodnie z utrwalonymi poglądami orzecznictwa i doktryny oświadczenie z art. 22 ust. 1 p.z.p. winno być złożone jedynie przez lidera konsorcjum, działającego w imieniu podmiotów. Jeśli bowiem członkowie konsorcjum ustanowili odpowiednią osobę pełnomocnikiem do czynności związanych ze złożeniem oferty, to należy uznać, że obejmuje ono także złożenie stosownych oświadczeń. Zauważyć przy tym należy, że w nieprecyzyjny sposób wskazane zostało czy każdy z wykonawców składających ofertę wspólną winien złożyć stosowne oświadczenie (k. 17). Podkreślić zaś należy, że zgodnie z art. 25 ust. 1 p.z.p. oświadczenia potwierdzające spełnienie warunków zamawiający winien wskazać w specyfikacji. Stosownie wszak do treści art. 26 ust. 1 jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (a tak jest w niniejszej sprawie), żądanie przez zamawiającego dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowanie nie jest obligatoryjne.

Biorąc zatem pod uwagę wszystkie okoliczności niniejszej sprawy Sąd Apelacyjny uznał, iż powodowie udowodnili, że nie odpowiedzieli na wezwanie do uzupełnienia braków z przyczyn nieleżących po ich stronie, co zapadły w sprawie wyrok, mimo częściowo odmiennego uzasadnia, czyni słusznym.

Wniesione przez powodów, a zatrzymane bezpodstawnie przez pozwanego wadium traktować należało w takiej sytuacji jako świadczenie, którego podstawa odpadła co czyni je nienależnym w rozumieniu art. 410 § 2 k.c. i wywiedzione roszczenie o jego zwrot czyni usprawiedliwionym.

Powyższy wyrok skargą kasacyjną zaskarżyła strona pozwana. W skardze zarzuciła wyrokowi:

- naruszenie art. 386 pkt.3 k.p.c. w zw. z art. 199 §1 k.p.c. poprzez zaniechanie uchylenia wyroku i odrzucenia pozwu mimo niedopuszczalności drogi sądowej,

- naruszenie prawa materialnego tj. art. 46 ust.4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych poprzez błędną wykładnię, polegająca na wadliwym przyjęciu, iż wyłącznym przypadkiem objętym hipotezą tego przepisu jest sytuacja, gdy wykonawca celowo składa ofertę bez wymaganych dokumentów lub oświadczeń, by następnie wycofać się z postępowania oraz poprzez niewłaściwe zastosowanie wyrażające się w przyjęciu, iż złożenie nieprawidłowego dokumentu przez uczestnika profesjonalistę stanowi niezłożenie dokumentu z przyczyn niezależnych od wykonawcy,

- naruszenie art. 355 k.c. w związku z art. 14 p.z.p. przez jego niezastosowanie polegające na zawodowym charakterze prowadzonej przez nich działalności gospodarczej,

- naruszenie §2 ust.1 pkt.5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. (D.U. nr 226 p. 1817) przez pominięcie, iż przepis ten ma charakter powszechnie obowiązujący.

W oparciu o powyższe zarzuty pozwany wniósł o uchylenie wyroków sądów obu instancji przez Sąd Najwyższy i odrzucenie pozwu ewentualnie o uchylenie wyroku Sądu Apelacyjnego i oddalenie powództwa.

W wyniku postępowania kasacyjnego Sąd Najwyższy przyjął skargę do rozpoznania i uchylił wyrok Sądu Apelacyjnego, przekazując sprawę do ponownego rozpoznania temu sądowi i pozostawiając mu rozstrzygnięcie o kosztach postępowania kasacyjnego.

Sąd Najwyższy uznał dopuszczalność drogi sądowej w niniejszej sprawie. Nie znalazł także podstaw do uwzględnienia zarzutu - naruszenie §2 ust.1 pkt.5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. (D.U. nr 226 p. 1817), gdyż w dacie zdarzeń objętych subsumcją akt ten nie obowiązywał. Natomiast za zasadne uznał naruszenie przez Sąd odwoławczy art. 46 ust.4 p.z.p. i art. 355 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p. Sąd Najwyższy wskazał, że podziela pogląd, iż między zamawiającym a składającym ofertę zawiązuje się porozumienie, które można określić jako umowę przetargową, a skoro p.z.p. jest ustawą szczególną wobec kodeksu cywilnego, podstawę roszczeń cywilnych dotyczących wadium mogą stanowić przepisy kodeksu cywilnego – w niniejszym przypadku art. 405 k.c. w zw. z art. 410 k.c. Podkreślił także, iż Sąd Apelacyjny zbyt duże znaczenie przypisał ratio legis wprowadzenia przepisu art. 46 ust.4 p.z.p. Natomiast uwzględniając przesłanki egzoneracyjne nie uwzględnił dostatecznie doświadczenia i profesjonalnego charakteru działalności prowadzonej przez podmioty składające ofertę tj. art. 355 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p.

Sąd Najwyższy wskazał także, że sąd odwoławczy pominął całkowicie kwestię legitymacji czynnej w sprawie o zwrot zatrzymanego wadium. Podkreślił, iż w orzecznictwie prezentowany jest pogląd, że porozumienie konsorcyjne nie wygasa z chwilą prawomocnego wykluczenia wykonawców z postępowania oraz że wspólnicy tworzący konsorcjum mają legitymację grupową łączną zarówno w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jak i w postępowaniu sądowym o zwrot wadium. Oparty jest on na ocenie systemowego ukształtowania wspólnego udziału wykonawców w obu postępowaniach i przyjęciu, że nie pojedynczy wspólnicy, a wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, tworzący konsorcjum, stanowią łącznie właściwy podmiot praw i obowiązków.

PRZY PONOWNYM ROZPOZNANIU SPRAWY SĄD APELACYJNY ZWAŻYŁ CO NASTĘPUJE:

W niniejszej sprawie Sąd Apelacyjny rozpoznawał apelację pozwanego ponownie, po wcześniejszym uchyleniu orzeczenia tego Sądu przez Sąd Najwyższy. Zgodnie z treścią art. 398²⁰ k.p.c. sąd, któremu sprawa została przekazana, związany jest wykładnią prawa dokonaną w tej sprawie przez Sąd Najwyższy. Pojęcie "wykładni prawa" użyte w art. 398²⁰ k.p.c., w jego prawidłowym wąskim ujęciu, oznacza ustalenie znaczenia przepisów prawa. Związanie sądu niższej instancji wykładnią dokonaną przez Sąd Najwyższy nie obejmuje kwestii, nawet będących jej przedmiotem, lecz wykraczających poza przesłanki pozytywnego lub negatywnego ustosunkowania się do podstaw kasacyjnych, a także poglądów prawnych wypowiedzianych na marginesie orzeczenia – vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 września 2011 r. sygn. akt: V CSK 427/10.

W niniejszej sprawie podstawę uchylenia wyroku Sądu odwoławczego, wskazaną w wyroku Sądu Najwyższego stanowiło naruszenie art. 355 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p. oraz art. 46 ust. 4a p.z.p., jednakże nie marginalnie, lecz w ramach pełnej analizy tych podstaw Sąd Najwyższy, zwrócił uwagę na fakt, iż pominięta w toku postępowania została kwestia legitymacji czynnej po stronie powodowej.

Kwestia legitymacji czynnej jest rozważana w ramach badania prawidłowości zastosowania przez Sąd pierwszej instancji prawa materialnego, a więc jest niezależna od zarzutów apelacyjnych. Granice rozpoznania sprawy w postępowaniu apelacyjnym wyznaczone zostały bowiem w art. 378 § 1 k.p.c. Sąd drugiej instancji rozpoznający sprawę na skutek apelacji nie jest związany przedstawionymi w niej zarzutami dotyczącymi naruszenia prawa materialnego, wiąże go natomiast zarzuty dotyczące naruszenia prawa procesowego; w granicach zaskarżenia bierze jednak z urzędu pod uwagę nieważność postępowania – vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2012 r. sygn. akt: II CSK 314/11. Z treści powyższego przepisu wynika zakaz wykraczania przez sąd drugiej instancji poza granice apelacji, które wyznaczone są wnioskami i zarzutami apelującego oraz nakaz wzięcia pod uwagę i rozważenia wszystkich podniesionych wniosków i zarzutów, przy czym w zakresie zarzutów procesowych poza uchybieniami prowadzącymi do nieważności postępowania, Sąd odwoławczy jest związany. Natomiast naruszenia prawa materialnego bierze pod uwagę z urzędu w granicach zaskarżenia, nawet wówczas gdy nie zostały podniesione.

Jakkolwiek art. 195 k.p.c. bez wątpienia stanowi normę prawa procesowego, jednakże Sąd Apelacyjny podziela pogląd, iż naruszenie art. 195 k.p.c., dotyczącego współuczestnictwa koniecznego, Sąd odwoławczy bierze pod uwagę także z urzędu w ramach badania naruszenia przez Sąd pierwszej instancji przepisów prawa materialnego, bowiem nieusunięcie braku pełnej legitymacji procesowej w przypadku współuczestnictwa koniecznego jest przeszkodą do uwzględnienia powództwa. W takim przypadku wyrok uwzględniający powództwo narusza prawo materialne – vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 listopada 2010 r. sygn. akt: I CSK 67/10. Natomiast w przypadku oddalenia powództwa nie dochodzi do naruszenia praw osoby nie uczestniczącej w procesie, a tym samym nie zachodzi nieważność postępowania. Jak bowiem wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 25 stycznia 2012 r. sygn. akt: V CSK 51/11 w art. 379 pkt 5 k.p.c. jest mowa o pozbawieniu strony możliwości obrony swych praw, stroną natomiast jest wyłącznie osoba uczestnicząca w procesie w tym charakterze. Nieważność postępowania z powodu pozbawienia możliwości obrony swych praw zachodzi zatem tylko w stosunku do strony, nie w stosunku do podmiotu, który nie uzyskał takiego statusu. Fakt, że w sprawie nie wystąpiły w charakterze powodów lub pozwanych wszystkie osoby, których łączny udział był konieczny, podlega natomiast ocenie na podstawie przepisów prawa materialnego, które określa granice łącznej legitymacji procesowej. Brak pełnej legitymacji procesowej łącznej pociąga za sobą skutki materialnoprawne w postaci oddalenia powództwa (zob. uzasadnienie uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 20 kwietnia 2010 r., III CZP 112/09, OSNC 2010, nr 7-8, poz. 98, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 8 stycznia 1966 r., II CZ 119/65, OSPiKA 1968, nr 9, poz. 197 oraz wyroki Sądu Najwyższego z dnia 20 października 1971 r., III CRN 266/71, OSNCP 1972, nr 4, poz. 76 i z dnia 10 czerwca 1997 r., II CKN 326/97, OSNC 1997, nr 11, poz. 183), a także wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 listopada 2012 r. sygn. akt: II CSK 86/12.

Współuczestnictwo konieczne po stronie powodowej w rozumieniu art. 195 § 1 k.p.c. ma miejsce wtedy, gdy legitymacja czynna przysługuje nie każdemu z powodów oddzielnie, ale wszystkim łącznie, z takim skutkiem, że każdemu działającemu oddzielnie można zarzucić brak pełnej legitymacji procesowej, co w konsekwencji prowadzi do oddalenia powództwa. Kodeks postępowania cywilnego nie określa, kiedy "łączny udział w sprawie jest konieczny", gdyż współuczestnictwo konieczne powstaje na tle konkretnej sytuacji prawnej, wynikającej z wyraźnego przepisu ustawy lub z istoty spornego stosunku prawnego – vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 marca 2005 r. sygn. akt: II CK 474/04.

Sygnalizując to uchybienie sąd Najwyższy wskazał na orzeczenia w sprawach III CZP 25/10 i V CSK 475/10. Zgodnie z poglądem wyrażonym przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 października 2011 r. sygn. akt: V CSK 475/10 art. 23 p.z.p. statuuje łączny udział wykonawców w postępowaniu o u dzielenie zamówienia publicznego, w tym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, a także w sądowym postępowaniu o zwrot wadium. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego są łącznie legitymowani w postępowaniu sądowym o zwrot wadium. Nie ma

natomiast takiego uprawnienia jedynie jeden z wykonawców, w tym lider konsorcjum. Analogiczne stanowisko zajął Sąd Najwyższy w drugim wskazanym orzeczeniu.

Sąd Apelacyjny w składzie orzekającym podziela te poglądy. Stąd też, biorąc pod uwagę fakt, iż po stronie powodowej występuje tylko i wyłącznie jeden z członków konsorcjum, powództwo podlegało oddaleniu, a więc apelacja zmierzała w postulowanym w tym piśmie kierunku.

Nie można było także uwzględnić wniosku powodów o uchylenie zaskarżonego wyroku, gdyż kryterium wadliwej legitymacji czynnej nie mieści się w żadnej z przesłanek art. 386 § 2 - 4 k.p.c., zgodnie z którymi Sąd odwoławczy może uchylić wyrok i przekazać sprawę do ponownego rozpoznania sądowi pierwszej instancji.

Ustosunkowując się natomiast do meritum sprawy, a więc rozważenia czy strona powodowa jako profesjonalista dochowała staranności przy prowadzeniu swoich spraw w postępowaniu przetargowym, a więc czy spełniła wymogi wynikające z art. 355 §2 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p. przy usuwaniu braków oferty, należy zgodzić się z poglądem Sądu Najwyższego, iż doszło w tym zakresie do uchybienia, które w konsekwencji skutkowało zastosowaniem przez zamawiającego art. 46 ust.4a p.z.p. Art. 14 p.z.p. stanowi, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie natomiast z art. 355 § 2 k.c. profesjonalizm dłużnika powinien przejawiać się w dwóch podstawowych cechach jego zachowania: postępowaniu zgodnym z regulami fachowej wiedzy oraz sumiennosci. Dłużnik sumienny, to dłużnik lojalny wobec kontrahenta. Art. 355 § 2 k.c. nie wymaga wyższej staranności wobec przeciętnej (ogólnej) wymaganej w obrocie powszechnym, lecz o staranność zawodową, a więc inną niż powszechna, mającą wzorce konstruowane od razu z uwzględnieniem profesjonalności podmiotów, której dotyczy. Należyta staranność osoby zawodowo wykonującej zobowiązanie - poza sytuacjami, w których umówiono się inaczej - jest rozumiana jako przeciętnie wymagana, a więc zachowująca ustaloną wzorcem średnią na wystarczającym poziomie, na tyle dobrym, aby prawidłowo wykonać czynności zawodowe. Przepis art. 355 k.c. wyraźnie kładzie akcent na rodzaj stosunków, przez co należy rozumieć rodzaj przedsięwziętej aktywności. Uwzględniając rodzaj działalności należy jednak zważyć, że chodzi o miarę staranności powszechnie przyjętą, do pewnego stopnia obiektywną, wynikającą z nakazów sztuki, umiejętności lub techniki, którą można w konkretnym przypadku ustalić w oparciu o uchwytny mierniki staranności. Ocena stopnia staranności nie może być dowolna, musi poddawać się weryfikacji. Należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej przez niego działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwania co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej – vide: wyroki Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 8 marca 2006 r. sygn. akt: I ACa 1018/05, Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2007 r. sygn. akt: V CSK 178/07 oraz z dnia 15 marca 2012 r. sygn. akt: I CSK 330/11.

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej sprawy, stwierdzić należy, iż strona powodowa nie przygotowała się w sposób należyty do udziału w przetargu. Sami powodowie twierdzą, iż jako liderzy konsorcjum znali zasady udziału w zamówieniach publicznych i niejednokrotnie w nich uczestniczyli. Tym samym powinni znać zasady prawidłowego złożenia oferty. Jest oczywistym, iż jako przedsiębiorcy związani z działalnością budowlaną nie są profesjonalistami w zakresie prawa. Jednakże w zakresie ich działań związanych z działalnością gospodarczą bez wątpienia należy pozyskiwanie zleceń na konkretne roboty i zawieranie umów w tej materii. Skoro więc zdecydowali się nie tylko na pozyskanie klienta w ramach zamówienia publicznego, ale także na objęcie pozycji lidera konsorcjum, powinni posiadać elementarną wiedzę w zakresie wymogów niezbędnych do udziału w przetargu. Powinni także, dokładając minimum staranności w prowadzeniu nie tylko swoich spraw, ale także spraw konsorcjum, zapoznać się z normami dotyczącymi prawidłowości złożenia oferty, możliwości uzyskania wyjaśnień do nieprecyzyjnych ich zdaniem zapisów SIWZ, a także jej wymogów formalnych oraz skutków zaniechania w tym zakresie.

Na etapie apelacji powodowie podnoszą, iż nie był dla nich zrozumiały Rozdział V pkt. 1.9 SIWZ, gdyż wcześniej żaden zamawiający nie wymagał takiego dokumentu. Jednakże powodowie nie skorzystali z uprawnienia przewidzianego w art. 38 p.z.p. , a przynajmniej tej okoliczności nie wykazali, co w ramach art. 6 k.c. ich obciążało, i nie wystosowali

zapytania do zamawiającego w tej materii. Sąd Apelacyjny jest na tym etapie postępowania związany stwierdzeniem Sądu Najwyższego, iż wezwanie do usunięcia wad załączonych dokumentów było nieprecyzyjne. Jednakże nie sposób nie zauważyć, iż stanowiło ono powielenie tekstu ustawy. Żaden przepis prawa materialnego nie wymaga od zamawiającego przepisywania tekstu aktu powszechnie obowiązującego. Jeżeli więc zamawiający wprost powołuje się na zapis ustawy, oferent ma możliwość zapoznać się z treścią tego unormowania, gdyż akty prawne są powszechnie publikowane. Na stronie drugiej wezwania do usunięcia braków oferty, zamawiający wyraźnie wskazał, iż w ofercie brak jest wymaganego dokumentu z KRK wystawionego dla (...) sp. z o.o. w S.. Korelując tę informację z wcześniejszą, dotyczącą konieczności wykazania, iż każdy z członków konsorcjum nie podlega wyłączeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt.1-9 p.z.p., trudno uznać że wezwanie było niezrozumiałe, oczywiście pod warunkiem, że oferent zapoznał się z treścią ustawy i wiedział co w rzeczywistości dołączył do oferty.

Zgodnie z treścią § 1 ust.1 pkt.5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty mogą być składane (D. U. nr 87 o.605) w celu potwierdzenia, że wykonawca posiada uprawnienie do wykonywania określonej działalności lub czynności oraz nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej "ustawą", zamawiający może żądać aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert, iż wobec podmiotu zbiorowego jakim jest spółka prawa handlowego w rozumieniu art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (D. U. z dnia 27 listopada 2002 r. nr. 197 p. 16610, sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia, na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary.

Ani w dniu składania oferty, ani też w momencie wezwania do usunięcia braków oferty strona powodowa reprezentująca konsorcjum nie posiadała takiego dokumentu. Jest to bez wątplenia dokument, którego nie można uzyskać w ciągu dwóch czy też trzech dni. Jednakże przygotowując się do przetargu, wykonawca znający SIWZ i orientujący się w obowiązującym prawie, powinien nim dysponować już w momencie składania oferty. Tylko wówczas można przyjąć, iż profesjonalnie przygotował się do przetargu, a brak dołączenia takiego dokumentu wynika jedynie z niezawinionej omyłki czy przeoczenia przy kompletowaniu dokumentów. Jeżeli jednak, jak w niniejszej sprawie oferent, nawet nie zdaje sobie sprawy z faktu, iż taki dokument powinien być składnikiem dokumentów przetargowych i nie rozumie o co zamawiający go wzywa, świadczy jedynie o braku dołożenia należytej staranności w prowadzeniu swoich spraw, braku profesjonalizmu, a tym samym naruszenia art. 355 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p. Bez względu na to czy określono by im termin 3 dni (jak w niniejszej sprawie) czy też nawet termin tygodniowy czy też nawet dłuższy, co jednak praktycznie w postępowaniach o zamówienie publiczne się nie zdarza, nie byłoby w stanie uzupełnić tego braku. Co najważniejsze nawet po wezwaniu, nie zorientowali się czego brak dotyczy, nie starali się wyjaśnić to u zamawiającego i nie występowali o przedłużenie terminu. Powodowie nie sprawdzili także, jakie dokumenty rzeczywiście dołączyli do oferty. Biorąc pod uwagę powyższe należy stwierdzić, iż całkowicie zbagatelizowali wezwanie, co nie mieści się w kategorii zawodowego charakteru ich działalności gospodarczej, zapobiegliwości i zdolności przewidywania, ani też wymogu znajomości obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej.

Wobec powyższego zgodzić się należy z Sądem Najwyższym, iż nie dołożyli oni należytej staranności w prowadzeniu swoich spraw w rozumieniu art. 355 k.c., a tym samym nie doszło do ekskulpacji powodów w rozumieniu art. 46 ust. 4a p.z.p., co pozwalałoby na uwzględnienie roszczenia. Sąd apelacyjny w tym składzie podziela pogląd komentatorów, iż przepis o zatrzymaniu wadium jest pochodną przepisu dotyczącego uzupełnienia dokumentów - stąd niezbędna jest wnikliwa analiza tego uregulowania, co uczyniono we wcześniejszej części uzasadnienia. Jeżeli w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów wykonawca nie przedstawi żądanych oświadczeń i dokumentów lub też przedłoży takie dokumenty i oświadczenia, które nie spełniają wszystkich wymagań im postawionych to zachodzi pierwszy warunek zatrzymania wadium. Nie można tu zgodzić się z tezą przedstawioną w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych (opublikowana na stronie internetowej www.uzp.gov.pl), w której autorzy próbują wymienić sytuacje,

gdzie pomimo nieprzedłużenia wymaganych dokumentów wadium nie powinno być zatrzymane - do takich sytuacji zaliczają oni m.in. fakt niespełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Argumentacja UZP opiera się przy tym m.in. na uzasadnieniu do projektu ustawy nowelizującej, wprowadzającej ten przepis, gdzie wskazywano na zapobieganie znowom wykonawców. Jako kontrargument należy wskazać jednak, że przepis art. 46 ust. 4a posługuje się identycznym pojęciem jak przepis art. 26 ust. 3. Nie ma więc podstaw do interpretowania użytego przez ustawodawcę zwrotu "nie złożył oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1" inaczej niż w obu wskazanych przypadkach. Tezę taką potwierdza również orzecznictwo - w wyroku z dnia 16 lipca 2009 r., XIX Ga 268/09, niepubl., Sąd Okręgowy w Gliwicach zauważył: "Nawet jeśli u podstaw zmiany przepisu art. 46 ust. 4a ustawy p.z.p. leżała potrzeba przeciwdziałania procederowi umyślnego i celowego nieuzupełniania dokumentacji na wezwanie zamawiającego dla uzyskania zamówienia za cenę wyższą niż faktycznie umożliwiająca jego wykonanie, z treści wskazanego przepisu nie wynika takie zawężenie jego zastosowania, tj. aby jedynie w takim przypadku miał on zastosowanie. Wręcz przeciwnie, przepis ten jest sformułowany szeroko i powinien mieć zastosowanie do każdej sytuacji, gdy wykonawca nie wypełni należycie wezwania zamawiającego, bowiem przedłożenie na wezwanie dokumentu innego niż żądał zamawiający de facto oznacza fizyczny brak prawidłowego dokumentu"- vide Komentarz do ustawy prawo zamówień publicznych M. S..

Biorąc powyższe pod uwagę, Sąd Apelacyjny uznał, iż brak jest podstaw do przyjęcia, iż do uchybienia obowiązkowi nałożonemu na powodów przez zamawiającego doszło z przyczyn od nich niezależnych, a więc że zaistniała podstawa do zwrotu wadium.

Z tej przyczyny na podstawie art. 386 k.p.c. Sąd odwoławczy zmienił zaskarżony wyrok i orzekł jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 98 i 99 k.p.c., tj. zgodnie z wynikiem procesu.

W. KaźmierskaE. Buczkowska-ŻukA. Sołtyka