

Sygn. akt I ACa 372/14

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 września 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Ryszard Iwankiewicz
Sędziowie:	SA Tomasz Żelazowski (spr.) SO del. Wiesława Buczek-Markowska
Protokolant:	sekr.sądowy Piotr Tarnowski

po rozpoznaniu w dniu 17 września 2014 r. na rozprawie w Szczecinie

sprawy z powództwa (...) Spółki Akcyjnej w K.

przeciwko Gminie D.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie

z dnia 12 lutego 2014 r., sygn. akt I C 818/13

**I. oddala apelację;**

**II. zasądza od pozwanego na rzecz powódki kwotę 2.700 zł (dwa tysiące siedemset złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.**

Tomasz Żelazowski Ryszard Iwankiewicz Wiesława Buczek-Markowska

Sygn. akt I ACa 372/14

## UZASADNIENIE

Powód (...) Spółka Akcyjna w K. wniósł o zasądzenie na jego rzecz od pozwanej Gminy D. kwoty 150.000 zł tytułem zwrotu bezpodstawnie zatrzymanego wadium (bezpodstawnego skorzystania z gwarancji ubezpieczeniowej) wraz z należnymi odsetkami ustawowymi od dnia 17 kwietnia 2013 r. do dnia zapłaty oraz o zasądzenie od pozwanej na rzecz powoda kosztów postępowania wraz z kosztami zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu pozwu powód wskazał, że w dniu 20 grudnia 2012 r. na stronie internetowej BIP Urzędu Miejskiego w D. zamieszczone zostało ogłoszenie o zamówieniu na roboty budowlane pod nazwą „Budowa (...) w D.”. W dniu 18

stycznia 2013 r. powód złożył kompletną ofertę w siedzibie pozwanej i w związku z powyższym został zakwalifikowany do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w wyżej opisanej sprawie. 23 stycznia 2013 r. za pomocą poczty elektronicznej zostało przesłane do powoda wezwanie do uzupełnienia wykazu osób uczestniczących w postępowaniu oraz opłaconej polisy od odpowiedzialności cywilnej jako dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Powód w dniu 28 stycznia 2013 r. o godzinie 9:20 przesłał pozwanej dokumenty za pomocą poczty elektronicznej spełniając tym samym nałożony na niego obowiązek wyjaśnienia wymaganych przez nią okoliczności. Dokumenty te zostały również wysłane do pozwanej przesyłką pocztową. Wysłanie dokumentacji nastąpiło tylko z nieznacznym opóźnieniem, które ponadto wystąpiło z powodu okoliczności niezawinionych przez powoda. Pozwana wymagała bowiem uzupełnienia informacji dotyczących uprawnień pracowników udostępnianych przez podmiot trzeci, czyli przez spółkę (...) spółka jawna. Osoby posiadające informacje na temat uprawnień tychże osób nie miały możliwości przekazania odpowiednich danych i dokumentów w terminie wskazanym przez pozwaną, z powodów przez te osoby niezawinionych i nieleżących po ich stronie. Przyczyną tych trudności były problemy zdrowotne A. Z. (1), współnika spółki (...) spółka jawna. Jako podstawę prawną żądania powód wskazał art. 405 k.c. wskazując, że zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4 a p.z.p. było nieuprawnione. Odnośnie odsetek ustawowych powód wskazał, że powinny być one zasądzone od 17 kwietnia 2013 r., czyli od dnia następującego po dniu, w którym powód dokonał przelewu kwoty 150.000 zł na konto ubezpieczyciela w związku z obowiązkiem zapłaty roszczenia regresowego.

Pozwana Gmina D. w odpowiedzi na pozew wniosła o oddalenie powództwa i zasądzenie na jej rzecz kosztów postępowania wraz z kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Pozwana wskazała na niedopuszczalność drogi sądowej w sprawie, podnosząc że wniesienie wadium stanowi element postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a wykonawcy przysługują środki prawne z ustawy Prawo zamówień publicznych i niedopuszczalne jest kwestionowanie w trakcie procesu cywilnego niezaskarżonych czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania przetargowego. Ponadto powód nie złożył dokumentów w terminie wskazanym w wezwaniu do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów z dnia 23 stycznia 2013 r., tj. w terminie do dnia 25 stycznia 2013 r. Tym samym powód podlegał wykluczeniu z postępowania. Dokonując tej czynności, zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. Pozwana powołała się na art. 46 ust. 1 p.z.p. i wskazała, że powód nie podolał ciężarowi udowodnienia, że niezłożenie dokumentów nastąpiło z przyczyn nieleżących po jego stronie. Według pozwanej niezasadna jest też argumentacja powoda, co do „zmowy cenowej”. Należy zauważyć, że w art. 46 ust.4 p.z.p. istnieje tylko zapis „zamawiający zatrzymuje wadium”. Zwrot lub zatrzymanie wadium należą do bezwzględnych obowiązków nałożonych przez ustawodawcę. Zwrot wadium w przypadku ustawowej konieczności jego zatrzymania, może być poczytane za naruszenie dyscypliny finansów publicznych bowiem jest nią także niepobranie lub niedochodzenie należności jednostki samorządu terytorialnego, zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych z dnia 17 grudnia 2004 r. (zatem także niezatrzymanie przez pozwanego wadium). Skoro powód nie uzupełnił dokumentów w wyznaczonym terminie, zamawiający miał prawo zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a p.z.p. Powód nie udowodnił też, że niezłożenie dokumentów wynika z przyczyn nieleżących po jego stronie. Powód miał wystarczającą ilość czasu, by zdobyć wymagane dokumenty, a mimo to nie dochował wyznaczonego terminu. Ponadto nie wykazał tu należytej staranności w dbaniu o własne interesy. 12 lutego 2014 r. Sąd Okręgowy w szczecinie zasądził od pozwanej na rzecz powoda kwotę 150.000 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 1 czerwca 2013 r., oddalił powództwo w pozostałej części oraz zasądził od pozwanej na rzecz powoda kwotę 11.117 zł tytułem kosztów procesu.

Sąd I instancji ustalił, że w dniu 20 grudnia 2012 r. na stronie internetowej BIP Urzędu Miejskiego w D. zamieszczone zostało ogłoszenie o zamówieniu na roboty budowlane pod nazwą „Budowa (...) w D.”. Zamawiającym była Gmina Miasto S.. W ogłoszeniu wskazano m.in., że wymagane jest wniesienie wadium w wysokości 150.000 zł i mogło być ono wpłacone w różnych formach, np. w formie gwarancji ubezpieczeniowej. Zamówienie miało być udzielone w trybie przetargu nieograniczonego. Termin składania ofert został zakreślony do dnia 14 stycznia 2013 r., zaś termin związania ofertą wynosił 30 dni. Powód (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w K. złożył ofertę udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w ww. sprawie. W ustalonym terminie wniósł wadium w wysokości 150.000 zł w formie

gwarancji ubezpieczeniowej udzielonej przez (...) S.A. w Ł.. Oferta powoda została zakwalifikowana do udziału w postępowaniu przetargowym.

Sąd ustalił, że (...) spółka jawna z siedzibą w K. jest podmiotem świadczącym usługi związane z elektryką i montażem instalacji elektrycznej. Spółka od wielu lat współpracuje z powodem (...) S.A. w K., głównie jako podwykonawca, realizując zamówienia na wykonanie określonych usług w zakresie prac instalacji elektrycznych. Wspólnikami spółki jawnej (...) są A. Z. (1) oraz jej córka A. J.. Prokurentem samoistnym spółki jest S. F., drugi mąż A. Z. (1). Wszelkie czynności organizacyjne dotyczące realizacji świadczonych usług, a także dotyczące przetargów wykonuje w spółce (...) prokurent S. F., który ma prawo do podpisywania m.in. dokumentów niezbędnych do procedury przetargowej. A. Z. (1) zajmuje się w spółce kwestiami finansowymi, socjalnymi, bhp, nie zajmuje się natomiast dokumentacją przetargową. A. J. nie prowadzi spraw spółki (...), nie uczestniczy w jej funkcjonowaniu, a współnikiem spółki pozostaje w związku ze nabyciem udziału w spadku po swoim ojcu, pierwszym mężu A. Z. (1) który był założycielem spółki cywilnej (...). A. J. jest stomatologiem i pracuje w wyuczonym zawodzie. Nigdy nie pracowała w spółce (...), nie podpisywała żadnych dokumentów dotyczących tej spółki. Jedynymi dokumentami, jakie podpisuje w spółce A. J. są coroczne sprawozdania finansowe. A. J. nie uczestniczy w podziale zysków spółki. Z odpisu KRS spółki jawnej (...) wynika, że spółkę na zewnątrz reprezentują wspólnicy, zaś do składania oświadczeń i podpisywania w imieniu spółki uprawniony jest każdy ze wspólników jednoosobowo, bez względu na wartość czynności.

W dalszej kolejności Sąd ustalił, że w okresie od 14 do 16 stycznia 2013 r. A. Z. (1) przebywała na Oddziale Ginekologiczno-Położniczym ZOZ (...), gdzie poddana została zabiegowi operacyjno-histeroskopiinnemu, wyjęciu IUD oraz wycięciu polipów błony śluzowej macicy. W dniu 23 stycznia 2013 r. powód (...) S.A. w K. za pomocą poczty elektronicznej otrzymał wezwanie do uzupełnienia wykazu oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający wezwał powoda do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu zgodnie z Rozdziałem XI Pkt 5 SIWZ poprzez podanie wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, dedykowanych na stanowiska określone w pkt IX 2,2 wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych dla wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Zgodnie z zaleceniem zamawiającego wykaz ten należało sporządzić w oparciu o Załącznik nr 3 do treści Instrukcji dla Wykonawców. W uwagach tego wezwania wskazano, że zamawiający określił jednoznacznie, że kierownik budowy i kierownik robót z wyjątkiem kierownika robót drogowych musi posiadać uprawnienia bez ograniczeń lub odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów. Zamawiający wskazał, że na podstawie wykazu osób przedstawionego przez powoda nie jest w stanie stwierdzić, że wskazane osoby posiadają uprawnienia w nieograniczonym zakresie. Zamawiający podał w wezwaniu, że z uwagi na wykształcenie, niektóre osoby mogą posiadać uprawnienia w ograniczonym zakresie. W związku z tym zwrócił się do powoda o dostarczenie wykazu osób potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu. W wykazie osób w rubryce podstawy dysponowania osobami zamawiający prosił o wpisanie zgodnie z dokumentami załączonymi do oferty np. „dysponowanie na podstawie zobowiązania”. Po drugie, zamawiający wezwał powoda do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu zgodnie z Rozdziałem XI Pkt 7 SIWZ poprzez przesłanie opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia, na kwotę nie mniejszą niż wskazana w pkt IX.5 niniejszej Instrukcji dla Wykonawców. W uwagach Zamawiający wskazał, że załączony dokument potwierdzający opłacenie polisy jest wystawiony na inny rachunek i inną kwotę składki niż składka określona w polisie, stąd zamawiający prosił o dostarczenie właściwego potwierdzenia opłacenia polisy lub złożenia wyjaśnienia. W powyższym wezwaniu zamawiający pouczył wykonawcę o treści art.26 ust.2a p.z.p. wskazując, że wykonawca zobowiązany jest wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania ofert, spełnienie warunków o których mowa w art. 22 ust. 1 p.z.p. i brak podstaw do wykluczenia z powodu z powodu niespełnienia warunków o których mowa w art. 24 ust. 1 p.z.p. Nadto zamawiający pouczył powoda o treści art. 46 ust.4a p.z.p. wskazując, że zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie nie złożył dokumentów lub oświadczeń. W treści wezwania wskazano, że ww. dokumenty

należy złożyć lub przesłać na adres zamawiającego Gminy D. w nieprzekraczalnym terminie do 25 stycznia 2013 r. Zamawiający wyznaczył krótki termin uzupełnienia dokumentacji przyjmując, że żądane informacje dotyczyły informacji wewnętrznych oferentów, tj. takich, które mogli oni bezzwłocznie przekazać, gdyż nimi dysponowali i nie musieli o nie występować do podmiotów zewnętrznych. Powód (...) S.A. otrzymał to wezwaniu w dniu 23 stycznia 2013 r. Pracownik pozwanej Gminy D. kontaktował się z pracownicą (...) E. B. w celu uzyskania informacji, czy (...) otrzymał wezwanie do uzupełnienia dokumentacji i E. B. potwierdziła, że takie wezwanie otrzymano. Jeszcze w dniu otrzymania wezwania, tj. 23 stycznia 2013 r. pracownica powoda E. B. kontaktowała się z pracownikiem pozwanej Gminy D. odpowiedzialnym za organizację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w celu wyjaśnienia, w jaki konkretnie sposób mają być uzupełnione dokumenty, do których uzupełnienia powód został przez pozwaną wezwany. W dniu 23 stycznia 2013 r. u A. Z. (1) ujawniły się powikłania pozabiegowe postaci intensywnego krwawienia z dróg rodnych. Zgodnie z zaleceniem lekarza prowadzącego miała niezwłocznie przyjechać do P. na konsultację. W dniu 24 stycznia 2013 r. wczesnym rankiem mąż A. Z. (1) S. F. zawiózł ją do P.. A. Z. (1) z uwagi na stan zdrowia nie mogła samodzielnie prowadzić samochodu. W trakcie tej podróży ze S. F. skontaktowała się E. B., pracownica powoda, która poinformowała go o konieczności uzupełnienia dokumentacji związanej z przetargiem organizowanym przez Gminę D.. Wskazała na potrzebę podpisania i wypełnienia kwestionariusza potwierdzającego uprawnienia kierownika budowy. A. Z. (1) i S. F. poinformowali ją, że są w drodze do P. w związku z koniecznością poddania się przez A. Z. (1) pilnej konsultacji lekarskiej i raczej nie będą w stanie tego dnia wrócić do K.. S. F. wskazał, że najszybciej najprawdopodobniej wrócą do domu w sobotę, tj. 26 stycznia 2013 r. W sobotę pracownicy (...) nie pracowali. A. Z. (1) i S. F. nie mogli w tym samym dniu wrócić do K., gdyż lekarz prowadzący zalecił A. Z. (1) pozostanie na noc w P. na wypadek gdyby nastąpiło pogorszenie jej stanu zdrowia. A. Z. (1) otrzymała zastrzyk i konieczne było pozostanie jej pod obserwacją, w związku z tym wraz z mężem zdecydowali się zostać na noc u znajomych w P.. A. Z. (1) i S. F. wrócili do K. w sobotę 26 stycznia 2013 r.

W dniu 24 stycznia 2013 r. w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia „Budowa (...) w D.” pracownik powoda przygotował wyjaśnienie dotyczące treści zapisów złożonej oferty. W piśmie wskazano, że Spółka przekazuje uzupełniony o wymagane w wezwaniu zapisy, tj. wykaz osób uczestniczących w zamówieniu (załącznik nr 5 do złożonej oferty), a odnośnie treści załącznika nr 7 oferty opłaconą polisę OC, wskazując jednocześnie, że składka łączna polisy została rozbita na poszczególne kwoty z zakreślonym terminem wpłat i wysokością rat składek pozostałych do zapłaty. Do powyższego pisma powód załączył wykaz osób uczestniczących w zamówieniu wraz z oświadczeniem co do podstawy dysponowania osobami. W przypadku kierownika budowy/kierownika robót drogowych wskazano, że podstawą do dysponowania są siły własne-umowa o pracę, zaś w przypadku kierownika robót elektrycznych, kierownika robót sanitarnych i kierownika robót hydrotechnicznych wskazano, że podstawą są siły własne podwykonawcy-zobowiązanie. W odniesieniu do każdego kierownika składany był wykaz osób uczestniczących w zamówieniu na oddzielnej kartce, która była podpisana przez osobę uprawnioną z ramienia podwykonawcy do podpisywania dokumentów, a w przypadku podwykonawcy (...) spółki jawnej w K. był to prokurent S. F.. Dokumentacja była gotowa do wysłania. Jedynie pod wykazem osób uczestniczących w zamówieniu brakowało podpisu prokurenta podwykonawcy (...) spółki jawnej w K. S. F.. W piątek 25 stycznia 2013 r., kiedy upływał termin uzupełnienia dokumentów, E. B. nie było w pracy. Komplet dokumentów do wysłania pozwanej był przygotowany, brakowało tylko podpisu S. F. pod wykazem osób uczestniczących w zamówieniu z ramienia podwykonawcy (...) spółki jawnej w K.. W dniu 25 stycznia 2013 r. A. J., wspólnik (...) spółki jawnej w K. przebywała w K.. W poniedziałek rano, w dniu 28 stycznia 2013 r. S. F. udał się do siedziby spółki (...) i podpisał niezbędną dokumentację. W dniu 28 stycznia 2013 r., o godzinie 9:20 pracownica powoda E. B. przesała pozwanej skompletowane dokumenty wraz z podpisem S. F. za pomocą poczty elektronicznej. Jednocześnie dokumentacja ta została przesłana także za pośrednictwem Poczty Polskiej. E. B. kontaktowała się z przedstawicielami pozwanej w dniu 28 stycznia 2013 r. i uzyskała informację, że wiadomość e-mailowa z uzupełnieniem dokumentacji dotarła do pozwanej Gminy D., ale komisja przetargowa już obraduje. W dniu 29 stycznia 2013 r. pracownik administracyjny Urzędu Gminy D. Ł. D. skontaktował się z pracownicą spółki (...) E. B. w celu uzyskania informacji, dlaczego dokumentacja o uzupełnienie której wzywała pozwaną, nie została uzupełniona w terminie, pomimo jej wcześniejszego przygotowania, co wynikało z rozmowy z dnia 24 stycznia 2013 r. E. B. poinformowała Ł. D., że w dniu 25 stycznia 2013 r. była nieobecna w pracy i dokumentacja nie została wysłana. W sporządzonej z tej rozmowy notatki służbowej z dnia 29

stycznia 2013 r. Ł. D. wskazał, że uzyskał od E. B. informację, iż mimo wcześniejszego przygotowania dokumentacji nie została ona wysłana z winy sekretarki, która nie wykonała polecenia służbowego wysłania dokumentacji. W notatce wskazano, że na pytanie Ł. D., czy zostanie przygotowane pismo w sprawie udowodnienia, że do spóźnienia nie doszło z winy wykonawcy, padła odpowiedź, że nie, gdyż nie ma żadnego usprawiedliwienia dla opóźnienia. Ł. D. w notatce wskazał, że poinformował E. B., że będzie zmuszony do wszczęcia procedury odrzucenia oferty i zatrzymania wadium.

Sąd Okręgowy ustalił też, że pozwana Gmina D. jako zamawiający wezwała o uzupełnienia dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia także innych oferentów, m.in. Przedsiębiorstwo (...) w D., Przedsiębiorstwo Budownictwa (...) spółkę z o.o. (...) ze S., Przedsiębiorstwa (...) spółki z o.o. w K., Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe (...), (...) spółkę z o.o. w S. oraz (...) S.A. w G.. Wszyscy ww. wykonawcy uzupełnili wymaganą dokumentację w zakreślonym terminie do dnia 25 stycznia 2013 r. W piśmie z dnia 29 stycznia 2013 r. Gmina D. zawiadomiła powoda (...) S.A. z siedzibą w K. że na podstawie art. 46 ust. 4 a p.z.p. zatrzymała wadium wniesione przy postępowaniu na zadanie „Budowa (...) w D.”. W uzasadnieniu wskazano, że zamawiający wyznaczył termin uzupełnienia wykazu osób uczestniczących w postępowaniu oraz opłaconej polisy od odpowiedzialności cywilnej jako dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu i wyznaczył termin uzupełnienia na dzień 25 stycznia 2013 r. Uzupełnienia można było dokonać poprzez przesłanie pisemnie, faksem, e-mailem do dnia 25 stycznia 2013 r. do godz. 24.00. W odpowiedzi na wezwanie do zamawiającego wpłynęło uzupełnienie mailem dnia 28 stycznia 2013 r. o godzinie 9.19, w związku z czym, na podstawie art. 46 ust. 4 a p.z.p., zamawiający zatrzymał wadium. Pismem z dnia 8 lutego 2013 r. powód (...) S.A. w K. wezwał pozwaną Gminę D. na podstawie art. 46 p.z.p. w zw. z art. 405 k.c., do zwrotu gwarancji ubezpieczeniowej, a w przypadku jej zrealizowania, do zapłaty na rzecz powoda kwoty 150.000 zł wraz z odsetkami od dnia obciążenia rachunku powodowej spółki z tytułu realizacji przez pozwaną gwarancji ubezpieczeniowej do dnia zapłaty. W piśmie tym wskazano okoliczności usprawiedliwiające uchybienie terminowi wyznaczonemu przez pozwaną. W piśmie z dnia 21 lutego 2013 r. pozwana Gmina D. odmówiła zwrotu gwarancji ubezpieczeniowej i zapłaty wskazując m.in., że Spółka (...) nie skorzystała ze środków odwoławczych przewidzianych przez p.z.p. W dniu 27 lutego 2013 r. (...) Spółka Akcyjna - Centrum Likwidacji Szkód Oddział w Ł. wydało decyzję o wypłacie odszkodowania, w związku ze szkodą z gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr (...), w oparciu o którą, na rzecz pozwanej, przyznane zostało odszkodowanie w kwocie 150.000 zł w związku z niezłożeniem przez powoda kompletu dokumentów w odpowiedzi na wezwanie beneficjenta w postępowaniu przetargowym „Budowa (...) w D.”. Następnie pismem z dnia 8 kwietnia 2013 r. powód został wezwany do zapłaty roszczenia regresowego w wysokości 150.000 zł wypłaconej z gwarancji ubezpieczeniowej w terminie 14 dni od otrzymania wezwania, z zagrożeniem skierowania sprawy na drogę postępowania sądowego. W dniu 16 kwietnia 2013 r. powód dokonał wpłaty na rzecz (...) Spółka Akcyjna - Centrum Likwidacji Szkód Oddział w Ł. kwoty 150.000 zł. W piśmie z dnia 21 maja 2013 r. powód ponownie wezwał pozwaną do zwrotu zatrzymanego wadium w terminie do dnia 31 maja 2013 r., z zagrożeniem skierowania sprawy na drogę postępowania sądowego w celu wyegzekwowania zwrotu wadium. Powód po raz kolejny szczegółowo wyjaśnił okoliczności przemawiające za słusznością jego argumentów, a także przytoczył orzecznictwo Sądu Najwyższego i Krajowej Izby Odwoławczej mające potwierdzić jego stanowisko. W odpowiedzi na to wezwanie pozwana w piśmie z dnia 6 czerwca 2013 r. odmówiła dokonania zwrotu bezpodstawnie zatrzymanego wadium. Pozwana przyznała że argumenty powoda „o działaniu niezawinionym wydają się zasadne, a choroba lub powikłania z pewnością są wypadkiem losowym”. Uznałaby argumenty powoda i odstąpiła od zatrzymania wadium, ale złożone dokumenty w formie uzupełnienia przesłanego w dniu 28 stycznia 2013 r. (e-mailem) z pismem przewodnim z 24 stycznia 2013 r. zawierają oświadczenie w postaci wykazu osób uczestniczących w zamówieniu z dnia 18 stycznia 2013 r. podpisane przez prokurenta S. F., stąd zamawiający nie może uznać, że niezłożenie w terminie dokumentów ma charakter niezawiniony, gdyż dokument uzupełniający podpisany został przez osobę, której nie dotyczył wypadek losowy.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę (...) w D.” oferty złożyło 12 wykonawców, odrzucono 1 ofertę, zaś zamówienia udzielono wykonawcy Przedsiębiorstwu Handlowo- Usługowemu (...). Szacunkowa wartość zamówienia bez VAT wynosiła 10.594.580 ,68 zł. Pismem z dnia 30 stycznia 2013 r. zamawiający dokonał zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego Sąd zważył, powództwo okazało się uzasadnione za wyjątkiem nieznacznej części roszczenia w zakresie odsetek. W pierwszej kolejności Sąd nie podzielił zarzutów pozwanej co do niedopuszczalności drogi sądowej. Wskazał, że o dopuszczalności drogi sądowej nie decyduje obiektywne istnienie roszczenia, podlegającego ochronie na drodze sądowej, lecz przesądza o tym twierdzenie powoda o istnieniu stosunku prawnego o charakterze. W przedmiotowej sprawie powód jako podstawę swojego roszczenia podał przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu, a tego rodzaju roszczenie, bez względu na łączące strony stosunki, należy do drogi procesu cywilnego, chyba, że przepis szczególny drogę tę wyłącza. Sąd podkreślił, że problem dopuszczalności drogi sądowej w przypadku dochodzenia zwrotu wadium zatrzymanego w postępowaniu przetargowym był w dotychczasowym orzecznictwie przedmiotem istotnych rozbieżności. W najnowszym orzecznictwie, którego wyrazem jest chociażby wyrok z dnia 11 maja 2012 r., II CSK 491/11, LEX nr 1238084, Sąd Najwyższy prezentuje pogląd, że dopuszczalna jest droga sądowa o zwrot zatrzymanego wadium wprost, bez potrzeby wykorzystywania środków ochrony prawnej przewidzianych w u.p.z.p. Środki te stanowią jeden z rodzajów postępowań przedsądowych, ale w sprawach o zwrot bezpodstawnie zatrzymanego świadczenia ich wykorzystanie jest fakultatywne. Konsekwentnie, ich niewyczerpanie nie może być kwalifikowane jako bezwzględna ujemna przesłanka procesowa. Sąd Najwyższy wyjaśnił, iż co do zasady wadium ma charakter zabezpieczający i kompensacyjny, ale jego zatrzymanie powoduje przekształcenie dotychczasowej funkcji w sankcyjną. Przeważa zapatrywanie, że zatrzymanie wadium, jakkolwiek związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia, jest czynnością o samodzielnym charakterze i wynikające stąd roszczenia mogą być dochodzone w drodze sądowej. Dodatkowo Sąd zwrócił uwagę, że ugruntowane jest też stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, że w wypadku, gdy wykonawca nie kwestionuje wykluczenia go z przetargu, ograniczając się jedynie do żądania zwrotu wadium jako nienależnie uzyskanej przez zamawiającego korzyści - winien szukać ochrony przed sądem powszechnym właściwym do rozstrzygnięcia w przedmiocie roszczeń cywilnych. Zatrzymanie wadium przez zamawiającego w trybie art. 46 ust. 4a u.p.z.p. nie jest sensu stricto czynnością podejmowaną przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zmierzającą do zakończenia tego postępowania, przez zawarcie umowy. Czynność ta jest podejmowana już po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia, po wyborze najkorzystniejszej oferty. Działanie zamawiającego polegające na zatrzymaniu wadium może być rozpatrywane wyłącznie w kategoriach roszczenia cywilnoprawnego, składanego do właściwego sądu.

W przedmiotowej sprawie bezsporne jest, że powód nie korzystał ze środków odwoławczych przewidzianych w p.z.p. Zgodnie z art. 180 ust. 1 p.z.p. w jego aktualnym brzmieniu, odwołanie przysługuje 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. Analizując zaskarżalność czynności zamawiającego na podstawie ww. przepisu, konieczne jest rozróżnienie czynności wniesienia wadium i zaniechania jego zwrotu przez zamawiającego od czynności jego zatrzymania. Niewątpliwie czynność wniesienia wadium jest czynnością wykonawcy, podejmowaną w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co wynika wprost z art. 45 ust. 3 p.z.p. Nie stanowi ona jednakże bezpośredniego przedmiotu zaskarżenia w ramach środków ochrony prawnej przewidzianych w p.z.p., albowiem odwołanie przysługuje 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 (art. 180 ust. 1 p.z.p.). Natomiast nie jest już jednorodny charakter prawny czynności zatrzymania wadium. Należy bowiem zauważyć, że czynność ta może być podjęta już po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co oznacza, iż nie będzie od tej czynności przysługiwać odwołanie na podstawie art. 180 ust. 1 p.z.p. W celu prawidłowego zaklasyfikowania czynności zatrzymania wadium konieczne jest ustalenie ram czasowych postępowania. W doktrynie powszechny jest pogląd, że postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się wraz z „ostatecznym wyborem” oferty wykonawcy, a zatem co do zasady na podstawie art. 180 p.z.p. zaskarżalne będą te czynności, które zostały dokonane do tego momentu. Czynność polegająca na wniesieniu wadium skutkuje w dwóch stosunkach prawnych. Pierwszy to wielostronny stosunek przetargowy, w ramach którego wadium stanowi warunek jego efektywnego nawiązania przez zainteresowanego konkurenta, a także formę zabezpieczenia roszczeń zamawiającego związanych z zakłócaniem postępowania wywołanym nieuzupełnieniem dokumentów. Drugi stosunek prawny, to taki, przy którym wadium pełni funkcję dodatkowego zastrzeżenia, ma

charakter warunkowy, wynika ze złożenia oferty i ewentualnego jej przyjęcia przez zamawiającego w następstwie wyboru oferty najkorzystniejszej. Skutkuje on dopiero po przyjęciu oferty najkorzystniejszej, zabezpieczając zawarcie umowy finalnej. Skutek ten nie dotyczy jednak pozostałych wykonawców, którym należy się niezwłoczny zwrot wadium, wymagalny w ramach pierwszego z powyższych stosunków prawnych. Czynnością stanowiącą element postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może być zatem jedynie zwrot wadium na podstawie art. 46 ust. 1 p.z.p. lub zaniechanie jego dokonania bez zbędnej zwłoki. Odmienny jest charakter samej czynności zatrzymania wadium od zaniechania jego zwrotu. Zaniechanie zwrotu wadium przez zamawiającego może być równoznaczne z jego zatrzymaniem jedynie w przypadku jego wniesienia w pieniądzu. Natomiast w przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, do zatrzymania wadium konieczne jest skierowanie do gwaranta żądania zapłaty. Przedmiotowe żądanie zostaje zgłoszone w ramach stosunku gwarancji, który ze względu na abstrakcyjny i nieakcesoryjny charakter jest niezależny od stosunku zabezpieczenia (podstawowego). Za stosunek zabezpieczenia (podstawowy) należy uznać stosunek przetargowy (postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego), a zdarzenie określone w art. 46 ust. 4a p.z.p. stanowi tzw. rezultat zabezpieczenia. Zatrzymanie wadium wniesionego w formie gwarancji wadialnej następuje zatem poza sferą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tym samym nie może stanowić podstawy do wniesienia odwołania stosownie do art. 180 ust. 1 p.z.p. Z powyższego wynika, że przedmiotem odwołania może być zawsze jedynie zaniechanie zwrotu wadium przez zamawiającego, gdyż dotyczy ono czynności, która powinna zostać podjęta jako element postępowania o udzielenia zamówienia publicznego. Zaniechanie zwrotu wadium może być następstwem jego zatrzymania, jak również być tylko przejawem zwłoki zamawiającego, który nie kwestionuje zasadności zwrotu wadium, jednakże bezzasadnie je przetrzymuje. W okolicznościach faktycznych rozpoznawanej sprawy nie budziło, zdaniem Sądu, wątpliwości, że wadium zostało wniesione przez powoda w formie gwarancji ubezpieczeniowej udzielonej przez (...) S.A. w Ł.. Zatrzymanie tego wadium zostało zrealizowane poprzez skorzystania z tej gwarancji ubezpieczeniowej i wypłatę pozwanej Gminie D. równowartości tej gwarancji, tj. kwoty 150.000 zł, co nastąpiło decyzją ww. ubezpieczyciela w dniu 27 lutego 2013 r. A zatem, w skro w sprawie miało miejsce zatrzymanie wadium wniesionego w formie gwarancji wadialnej, niewątpliwie miało to miejsce już po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, po wyborze najkorzystniejszej oferty. W związku z tym, powód, wbrew twierdzeniom pozwanej, nie mógł skorzystać ze środków odwoławczych przewidzianych w Prawie zamówień publicznych, a zatem droga sądowa w przedmiotowej sprawie jest dopuszczalna i powód może dochodzić swojego roszczenia na drodze procesu cywilnego.

Odnosząc się do zasadności roszczenia Sąd wskazał, że zgodnie z art. 46 ust. 4a p.z.p., zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 p.z.p., nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasadą jest, że wykonawca ma złożyć ofertę zgodną z warunkami przetargu, w tym również określonymi w SIWZ (specyfikacja istotnych warunków zamówienia).

Zgodnie z art. 25 ust. 1 p.z.p., w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawców oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. W wypadku, gdy wykonawca w ofercie nie złożył wymaganych przez zamawiającego dokumentów lub oświadczeń, zamawiający wzywa wykonawcę do ich złożenia w wyznaczonym terminie chyba, że mimo ich złożenia oferta podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania (art. 26 ust. 3 p.z.p.). Za odrzuconą uznaje się ofertę wykonawcy wykluczonego, zaś warunki wykluczenia określa art. 24 p.z.p. stanowiąc, jako jeden z nich, nie wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4 p.z.p.).

Zamawiający ma obowiązek niezwłocznego zwrotu wadium na wniosek wykonawcy, jeżeli wycofał on ofertę przed upływem terminu składania ofert, został wykluczony z postępowania, bądź jego oferta została odrzucona (art. 46 ust. 2 p.z.p.). Bezpośrednim natomiast skutkiem niewykonania wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 p.z.p. 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 p.z.p.). Zatrzymanie wadium stanowi pochodną wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów lub oświadczeń. W świetle art. 26 ust. 3 p.z.p. zamawiający ma obowiązek

wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów, jeżeli złożona w ofercie dokumentacja nie potwierdza spełnienia warunków przetargu, albo dokumenty nie zostały w ogóle złożone, ale brak ten może zostać uzupełniony. Jeżeli natomiast dokumentacja ta wskazuje, że wykonawca nie spełnia tych warunków w sposób nieusuwalny, to wówczas brak jest podstaw do wszczęcia procedury naprawczej i wykonawca powinien zostać wykluczony. Prawdłowo zatem w realiach rozpoznawanej sprawy, pozwana Gmina D. pismem z dnia 23 stycznia 2013 r., uznając, że złożona w ofercie dokumentacja nie potwierdza spełnienia warunków przetargu, wezwała powoda (...) S.A. w K. do uzupełnienia wykazu oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Wezwanie do uzupełnienia wykazu oświadczeń i dokumentów skierowane do powoda zawierało dwa elementy, a mianowicie, po pierwsze, wezwanie do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu poprzez podanie wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych dla wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacji o podstawie do dysponowania tymi osobami. Zamawiający wskazał, że na podstawie wykazu osób przedstawionego przez powoda nie jest w stanie stwierdzić, że wskazane osoby posiadają uprawnienia w nieograniczonym zakresie, stąd zwrócił się o dostarczenie wykazu osób potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu poprzez wpisanie zgodnie z dokumentami załączonymi do oferty np. „dysponowanie na podstawie zobowiązania”.

Po drugie, zamawiający wezwał powoda do przesłania opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia, argumentując, że załączony dokument potwierdzający opłacenie polisy jest wystawiony na inny rachunek i inną kwotę składki niż składka określona w polisie, w związku z czym zamawiający poprosił o dostarczenie właściwego potwierdzenia opłacenia polisy lub złożenia wyjaśnienia. W wezwaniu wskazano, że ww. dokumenty należy złożyć lub przesłać na adres zamawiającego Gminy D. w nieprzekraczalnym terminie do 25 stycznia 2013 r. Był to termin bardzo krótki, gdyż zaledwie dwudniowo-pozwana (zamawiający) uzasadniała to tym, że żądane informacje dotyczyły informacji wewnętrznych oferentów, tj. takich, które mogli oni bezzwłocznie przekazać, gdyż nimi dysponowali i nie musieli o nie występować do podmiotów zewnętrznych.

Sąd wskazał, że w okolicznościach sprawy, o ile powód miał możliwość natychmiastowego wyjaśnienia drugiej z kwestii wskazanej w wezwaniu, a mianowicie dotyczącej polisy ubezpieczeniowej, napotkał na trudności z realizacją pierwszego żądania wezwania, a mianowicie wykazania, że jeden z podwykonawców, za pomocą którego powód miał realizować zadanie na wykonanie którego ogłoszono przetarg, a mianowicie podwykonawca (...) spółka jawna w K. dysponuje osobą- kierownikiem robót posiadającym uprawnienia w nieograniczonym zakresie.

W ocenie Sądu, nie ma wątpliwości, że jedynie łączne wskazanie informacji żądanych w wezwaniu z dnia 23 stycznia 2013 r. czyniłoby temu wezwaniu zadość i zamiarem powoda było łączne przesłanie tych informacji. Na przeszkodzie temu jednak stanęły obiektywne, niezawinione zdaniem Sądu przez powoda i powstałe nie z przyczyn leżących po jego stronie okoliczności, za które odpowiedzialnością powód nie może być obarczany. Jak wynika z ustaleń faktycznych poczynionych przez Sąd w sprawie, już następnego dnia po otrzymaniu wezwania pozwanej z dnia 23 stycznia 2013 r., tj. w dniu 24 stycznia 2013 r. zostało sporządzone przez pracowników powoda pismo dotyczące wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia w którym powód złożył wyjaśnienie dotyczące treści zapisów złożonej oferty. Powód wskazał, że przekazuje uzupełniony o wymagane w wezwaniu zapisy, tj. wykaz osób uczestniczących w zamówieniu oraz opłaconą polisę OC, wyjaśniając, że składka łączna polisy została rozbita na poszczególne, wskazane kwoty, z określonym terminem wpłat i wysokością rat składek pozostałych do zapłaty. Do powyższego pisma powód załączył także wykaz osób uczestniczących w zamówieniu wraz z oświadczeniem co do podstawy dysponowania osobami. W konkretnym przypadku dotyczącym podwykonawcy (...) spółka jawnej w K., odnośnie kierownika robót elektrycznych, wskazano, że podstawą do dysponowania nim są siły własne podwykonawcy, w oparciu o zobowiązanie. Powód składając swoją ofertę na zamówienie publiczne realizowane przez pozwaną, w odniesieniu do każdego kierownika składał wykaz osób uczestniczących w zamówieniu na oddzielnej kartce, która była podpisana przez osobę uprawnioną z ramienia podwykonawcy do podpisywania



dokumentów. Ponieważ w przypadku podwykonawcy (...) spółki jawnej w K. był to prokurent S. F., powód był przekonany, że uzupełniając dokumentację, po raz wtóry winna być ona podpisana przez S. F., a zatem przez osobę odpowiedzialną u tego podwykonawcy za dokumentację przetargową, osobę, która w toku wieloletniej współpracy powoda i tego podwykonawcy zawsze podpisywała wszelkie dokumenty niezbędne do przetargu (oba te podmioty wielokrotnie startowały wspólnie w przetargach i następnie realizowały wspólnie zadania inwestycyjne). A zatem, powód, niezwłocznie po otrzymaniu wezwania pozwanej, skompletował dokumentację- była ona gotowa do wysłania i brakowało tylko podpisu pod wykazem osób uczestniczących w zamówieniu właśnie prokurenta podwykonawcy (...) spółki jawnej w K. S. F..

Powód nie był w stanie tego podpisu uzyskać w zakreślonym przez pozwaną, bardzo krótkim terminie na realizację zobowiązania zawartego w wezwaniu, a mianowicie do dnia 25 stycznia 2013 r. Pracownica powoda, E. B., niezwłocznie skontaktowała się z reprezentantami podwykonawcy (...) spółki jawnej w K., wskazując na konieczność natychmiastowego podpisania dokumentacji przetargowej, jednakże uzyskała informację, że wspólnik spółki jawnej (...), A. Z. (1) i prokurent spółki S. F. przebywają poza K., z uwagi na zaistniałą pilną konieczność konsultacji lekarskiej. Z przedłożonej przez powoda dokumentacji lekarskiej A. Z. (1) wynika, że w styczniu 2013 r. przeszła ona zabieg ginekologiczny, zaś z zeznań A. Z. (1) i S. F. wynika, że dniu 23 stycznia 2013 r. u A. Z. (1) ujawniły się powikłania pozabiegowe - intensywne krwawienie z dróg rodnych w związku z czym jej lekarz prowadzący zalecił natychmiastowy przyjazd do P. na konsultację. Stąd też, następnego dnia, tj. 24 stycznia 2013 r. S. F. zawiózł A. Z. (1) na konsultację do P., lekarz prowadzący po zbadaniu chorej i udzieleniu pomocy medycznej zalecił pozostanie w P. na następną dobę, tj. 25 stycznia 2013 r., wobec czego A. Z. (1) i S. F. do K. wrócili dopiero w dniu 26 stycznia 2013 r. Była to sobota, a więc dzień wolny od pracy zarówno dla powoda jak i pozwanej. W poniedziałek rano, tj. w dniu 28 stycznia 2013 r. S. F. udał się do siedziby spółki (...) i podpisał niezbędną dokumentację, a następnie tego samego dnia, o godzinie 9:20 pracownica powoda E. B. przesała pozwanej skompletowane dokumenty wraz z podpisem S. F. za pomocą poczty elektronicznej. Natomiast, już w dniu 28 stycznia 2013 r. obradowała komisja przetargowa pozwanej i wobec uznania, że powód nie wykonał w terminie zobowiązania pozwanej i nie uzupełnił dokumentacji, do uzupełnienia której był wzywany, powód został z przetargu wykluczony, a następnie pozwana, po konsultacjach z prawnikiem, zdecydowała o zatrzymaniu wniesionego w formie gwarancji ubezpieczeniowej wadium w kwocie 150.000 zł. Z wyżej przytoczonych okoliczności wynika, że powód uchybił terminowi do wykonania zobowiązania pozwanej z dnia 23 stycznia 2013 r. nie ze swojej winy. Dokumentacja, o której uzupełnienie powód był wzywany, nie została wysłana pozwanej z uwagi na niemożność uzyskania w zakreślonym przez pozwaną terminie podpisu prokurenta jednej ze spółek będących podwykonawcą powoda.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 22 listopada 2012 r. II CSK 448/12, LEX nr 1314392, wskazał, iż w braku orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej lub sądu okręgowego, Sąd rozpoznający na podstawie art. 405 k.c. roszczenie o zwrot wadium w sprawie cywilnej jest zobowiązany do ustalenia, czy w świetle przepisów p.z.p. istniała podstawa prawna do jego zatrzymania przez zamawiającego. W ocenie Sądu, zważywszy na ustalone w sprawie okoliczności faktyczne, pozwana zatrzymała wadium wniesione przez powoda bezpodstawnie, pochopnie i bez rozważanie okoliczności usprawiedliwiających niedochowanie przez powoda terminu do wypełnienia zobowiązania pozwanej z dnia 23 stycznia 2013 r. do uzupełnienia dokumentacji. Przepis art. 46 ust. 4a p.z.p. ma charakter bezwzględnie obowiązujący zaś celem jego wprowadzenia, jak podkreśla się w doktrynie, było ograniczenie możliwości dokonywania zmów przetargowych polegających na porozumieniu wykonawców prowadzącym do udzielenia zamówienia temu, kto zaoferuje najwyższą cenę. Wykonawcy mogli bowiem celowo składać oferty bez wymaganych dokumentów lub oświadczeń i po zapoznaniu się z ofertami konkurentów, wycofać się z postępowania przetargowego bez żadnych konsekwencji. W doktrynie i orzecznictwie podkreśla się zarówno sankcyjny i dyscyplinujący wykonawców charakter instytucji zatrzymania wadium przez zamawiającego, jak i restrykcyjny charakter omawianego przepisu. Konsekwencją tego jest konieczność ścisłej interpretacji oraz oceny zaistnienia przesłanek zatrzymania wadium przy uwzględnieniu konkretnych okoliczności danej sprawy.

W sprawie powód (...) S.A. w K. złożył na wezwanie zamawiającego z dnia 23 stycznia 2013 r. informacje o które został wezwany w dniu 28 stycznia 2013 r. o godzinie 9.20, a zatem niezwłocznie w terminie, gdy uzyskał wymaganą

dokumentację podpisaną przez prokurenta podwykonawcy (...) Spółki Jawnej w K. - S. F.. Przepis art. 46 ust. 4a p.z.p. stanowi, że zatrzymanie wadium następuje, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie nie złożył dokumentów lub oświadczeń. Zgodne jest stanowisko orzecznictwa, że chodzi tu o brak fizyczny dokumentu lub oświadczenia. Powód wymagane dokumenty złożył, zgodnie z żądaniem zawartym w wezwaniu, z tym, że z nieznacznym przekroczeniem terminu, które to uchybienie dodatkowo powstało bez winy powoda. Sąd przyjął, że sytuacja ta nie jest zatem tożsama z sytuacją, w której wykonawca w ogóle nie reaguje na wezwanie i jest całkowicie bierny, pozostawiając wezwanie bez żadnej odpowiedzi. Artykuł 46 ust. 3 p.z.p. opiera się na zasadzie winy wykonawcy. Obowiązek zatrzymania wadium powstaje tylko w przypadku zawinionego działania. W każdym wypadku podlegają zatem badaniu 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. Interpretacja tego przepisu wymaga uwzględnienia jego celu, a zatem powinien być stosowany wyłącznie w celu zapobiegania znikom wykonawców. Do przyjęcia zawinienia wykonawcy konieczna jest zatem jego całkowita bierność, umyślność i celowość oraz nasilenie złej woli w niepodporządkowaniu się wezwaniu zamawiającego. Zachowanie powoda nie nosiło takich cech. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 7 lipca 2011 r., II CSK 675/10, niepubl., przyjęcie odmiennego stanowiska i uznanie, że do zatrzymania wadium może dojść w każdej sytuacji, gdy wykonawca nie wypełni należycie wezwania zamawiającego, stwarza pole do nadużyć ze strony zamawiającego i możliwe staje się wykorzystanie instytucji wadium, jako sposobu nienależytego przysporzenia. W konsekwencji uznać należy, że zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a p.z.p. będzie uzasadniało tylko zawinione działanie wykonawcy polegające na celowym i umyślnym niewykonaniu wezwania zamawiającego do złożenia dokumentów i oświadczeń. Według uzasadnienia z dnia 24 kwietnia 2008 r. do projektu ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw uregulowanie zaproponowane w art. 46 ust. 4a ustawy ma na celu przeciwdziałanie sytuacjom, w których grupa wykonawców działających w porozumieniu może spowodować, 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. Celem omawianej regulacji jest zatem zrównanie sytuacji wykonawcy, który nie przedstawił żądanych dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu z sytuacją wykonawców, którzy uchylają się od zawarcia umowy, bądź nie wnoszą zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Nie bez znaczenia jest także wpływ uchybienia wykonawcy na przebieg postępowania.

W przedmiotowej sprawie przekroczenie terminu było nieznaczące. Termin do uzupełnienia braków zakreślony przez pozwaną w wezwaniu upływał z końcem dnia 25 stycznia 2013 r., a więc był bardzo krótki, bo zaledwie dwudniowy. Były to dwa dni robocze, w trakcie których, na skutek zaistnienia okoliczności, której powód nie mógł przewidzieć (konieczność nagłej konsultacji lekarskiej A. Z. (1)) nie było możliwe uzupełnienie dokumentacji, o co powód był wzywany, poprzez brak możliwości uzyskania podpisu prokurenta S. F.. Bez tego podpisu dokumentacja byłaby niekompletna i jej wysyłanie nie zmieniłoby tej sytuacji, skoro nie stanowiłoby to właściwego wykonania zobowiązania z wezwania z dnia 23 stycznia 2013 r. Powód wysłał pozwanej żadaną dokumentację niezwłocznie, kiedy ją uzyskał, a mianowicie rano w dniu 28 stycznia 2013 r. W tym samym dniu obradowała komisja przetargowa pozwanej, rozpatrując złożone oferty, a zatem powód, uzupełniając dokumentację w tej dacie, w żaden sposób nie wpłynął na przebieg postępowania przetargowego, uzupełnił bowiem dokumentację w takiej dacie, że było możliwe zapoznanie się z nią w taki sam sposób jak z dokumentacją uzupełnioną w terminie przez innych wzywanych do tego wykonawców. Termin uzupełnienia upływał w dniu 25 stycznia 2013 r. (piątek), 26 i 27 stycznia były dniami wolnymi od pracy (piątek i sobota), natomiast już w dniu 28 stycznia brakująca dokumentacja została uzupełniona. Ponadto powód nie miał możliwości wypełnienia zobowiązania zawartego w wezwaniu wcześniej, a mianowicie w dniu 24 bądź 25 stycznia z uwagi na niemożność uzyskania w tym terminie podpisu prokurenta. Z tych samych przyczyn, z uwagi na stan zdrowia nie mogła wymaganego podpisu złożyć A. Z. (1).

Sąd nie podzielił stanowiska pozwanej, że wymagany podpis mogła złożyć wspólnik spółki jawnej (...) Spółki Jawnej A. J. bądź też przedstawiciel wykonawcy- czyli powoda (...). Z odpisu KRS spółki jawnej (...) wynika, że spółkę na zewnątrz reprezentują wspólnicy, zaś do składania oświadczeń i podpisywania w imieniu spółki uprawniony

jest każdy ze wspólników jednoosobowo, bez względu na wartość czynności. Jednakże, A. J. nie prowadzi i nigdy nie prowadziła żadnych spraw spółki (...), nie uczestniczy w jej funkcjonowaniu, a wspólnikiem spółki stała się w związku ze spadkobranie po swoim ojcu, pierwszym mężu A. Z. (1), który był założycielem spółki (...). A. J. jest z wykształcenia stomatologiem i pracuje w wyuczonym zawodzie. Nigdy nie pracowała w spółce (...), nie podpisywała także nigdy żadnych dokumentów dotyczących tej spółki. W zaistniałej sytuacji trudno zarzucać powodowi, iż w ciągu tak nieznacznego okresu do uzupełnienia dokumentacji miał realną możliwość przewidywania skutków zaistniałej sytuacji i poszukiwania innej osoby upoważnionej do reprezentacji tej Spółki. Wysoce prawdopodobnym jest też, że skoro przedstawiciele powoda zwykle wszelkie kwestie dotyczące przetargów załatwiali z prokurentem spółki S. F., mogli nie wiedzieć o tym, że A. J. jest wspólnikiem spółki jawnej spółki (...). Trudno oczekiwać od pracownika powoda, aby w tak krótkim okresie czasu zdołał ustalić, że nie ma możliwości, z uwagi na wypadek losowy uzyskania podpisu ani prokurenta S. F., ani wspólnika A. Z. (1) (czyli od osób od lat reprezentujących spółkę w kontaktach z powodem), nadto ustalić, że spółkę może też reprezentować A. J., z której jej zeznań, jak i zeznań S. F. oraz A. Z. (1) wynika, że nigdy nie reprezentowała spółki (...) i nie orientuje się w jej sprawach, gdyż jej stomatologiem i na co dzień pracuje w wyuczonym zawodzie, nie interesując się sprawami spółki. Podobnie trudno zakładać, że podpis mógł za podwykonawcę, w sytuacji, gdy zdobycie tego podpisu nie jest możliwe, złożyć sam wykonawca, czyli przedstawiciel powoda. Bez wątplenia, byłoby to niedopuszczalne prawnie i akceptowalne. Nie mniej jednak, skoro w wieloletniej współpracy powoda ze spółką (...), zwyczajowo dokumentację przetargową podpisywał prokurent tej spółki, S. F., a dodatkowo także i dokumenty podwykonawcy złożone wraz z ofertą, podpisał pierwotnie S. F., zasadnie zdaniem Sądu, powód uznał, że dokumentację tę powinien podpisać ponownie S. F., zwłaszcza, że powód do 25 stycznia 2013 r. pozostawał w przekonaniu, że S. F. zdoła dokumentację tą w terminie podpisać i będzie możliwe uczynienie zadość zobowiązaniu z wezwania w wyznaczonym terminie.

Sąd wskazał, że konstrukcja przepisu art. 46 ust. 4 a p.z.p. wskazuje na domniemanie, że uchybienie obowiązkowi złożenia, na wezwanie, wymaganych dokumentów, nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, to jednak wykonawca domniemanie to może obalić, przez wykazanie okoliczności, które spowodowały, że obowiązkowi nie wykonał z przyczyn nieleżących po jego stronie. W ocenie Sądu, powód w niniejszej sprawie zdołał powyższe domniemanie obalić. Z ustaleń faktycznych poczynionych w sprawie, opartych na zeznaniach świadków, przede wszystkim A. Z. (1) oraz S. F. znajdujących poparcie w dokumentacji lekarskiej A. Z. (1), wynika że nie było możliwości podpisania dokumentów przez prokurenta spółki (...) w dniach 24 i 25 stycznia 2013 r. We wskazanych wyżej okolicznościach sprawy trudno wymagać od powoda, by uzyskał podpis A. J., czy też, by sam popisał dokumentację, którą przy złożeniu oferty podpisał S. F.. Zdaniem Sądu, w sprawie nie wystąpiły okoliczności leżące po stronie wykonawcy, za które odpowiada on winą własną; polegające na niedołożeniu należytej staranności w wykonywaniu obowiązków, przy uwzględnieniu zawodowego charakteru działalności przedsiębiorcy (art. 355 § 2 k.c. w związku z art. 14 p.z.p.). Nie ulega wątpliwości, na co powoływała się pozwana, że jeżeli wykonawca obowiązek wykonywa przy pomocy innych osób, ponosi odpowiedzialność za te osoby (art. 474 k.c. w związku z art. 14 p.z.p.). Zaniedbania przeto osób, za pomocą których wykonawca wykonywał nałożony na niego przez zamawiającego obowiązek nie są przyczynami nieleżącymi po jego stronie. Z taką sytuacją nie mamy w sprawie do czynienia. Powód zapewnił należytą obsługę zamówienia publicznego, o którego realizację się ubiegał. Pracownica powoda E. B. kontaktowała się z przedstawicielem pozwanej w celu ustalenia, w jaki sposób ma uczynić zadość zobowiązaniu zawartym w wezwaniu z dnia 23 stycznia 2013 r., pismo z informacjami o uzupełnienie których wzywała pozwana przygotowane zostało już w dniu 24 stycznia 2013 r. i tylko brak podpisu S. F. sprawił, że dokumenty te nie zostały wysłane pozwanej. Pomimo tego powód nie zachował się biernie, dokumenty pozwanej wysłał, jednakże przekraczając termin do ich uzupełnienia. Uchybienie terminowi było jednakże nieznaczące, zważywszy na to, że termin uzupełnienia upływał z końcem dnia 25 stycznia 2013 r., dni 26 i 27 stycznia były dniami wolnymi od pracy, zaś już w dniu 28 stycznia 2013 r. o godz. 9.00 dokumenty zostały już uzupełnione.

Sąd podkreślił, że przepis art. 46 ust. 4 a p.z.p. z uwagi na wysoką sankcyjność i restrykcyjność powinien być stosowany wyłącznie dla zapobiegania znikom wykonawców a nie w innych sytuacjach. Obowiązek zatrzymania wadium powstaje zatem tylko w przypadku zawinionego działania wykonawcy polegającego na nieuzupełnieniu dokumentów i oświadczeń, o złożenie których wykonawca został zasadnie wezwany przez zamawiającego na podstawie art. 26

ust. 3 p.z.p., gdy to zaniechanie wykonawcy zmierza do obejścia prawa, w szczególności przez stworzenie warunków ku temu, by zamówienie udzielone zostało temu wykonawcy, kto zaoferuje najwyższą cenę. Ze względu na wysoką restrykcyjność art. 46 ust. 4a p.z.p. należy interpretować go ściśle odnosząc się do faktu zaniechania uzupełnienia dokumentów, bądź uzupełnienia ich jedynie dla pozorów celem uniknięcia sankcji w postaci zatrzymania wadium.

Dodatkowo Sąd zwrócił uwagę, że wykładnia literalna art. 46 ust. 4a p.z.p. pozwala na stosowanie dyspozycji tego przepisu jedynie w sytuacji fizycznego braku przedłożenia przez wykonawcę dokumentów, których uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p., żąda zamawiający, a w realiach przedmiotowej sprawy powód dokumenty złożył trudno mu zatem przypisywać czy to bierność i złą wolę, czy też celowe działanie w warunkach z umowy przetargowej. Natomiast skutek w postaci zatrzymania wadium opisany w art. 46 ust. 4a p.z.p. zarezerwowany jest jedynie do ewidentnej sytuacji, w której wykonawca celowo, nie dochowując należytej staranności wymaganej w stosunkach tego rodzaju, nie przedkłada określonego, wymaganego w postępowaniu dokumentu. Podkreślenia jednak wymaga, że art. 46 ust. 4a p.z.p. nie stanowi sankcji za niespełnienie warunków udziału w postępowaniu. Niespełnienie warunku udziału w postępowaniu skutkuje bowiem z mocy art. 24 ust. 2 pkt 4 p.z.p. wykluczeniem wykonawcy i nie można przyjąć, że samo niezłożenie dokumentów lub oświadczeń na wezwania w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. stanowi podstawę zatrzymania wadium, bez oceny okoliczności, w jakich do niezłożenia tych dokumentów lub oświadczeń doszło.

W ocenie Sądu, nie można na skutek rozszerzającej wykładni przepisu art. 46 ust. 4a p.z.p. uznać, że sankcja zatrzymania wadium dotyczy także sytuacji, w której wykonawca przedłożył dokument z nieznacznym, usprawiedliwionym obiektywnymi okolicznościami, opóźnieniem, gdyż jak już wyżej wskazano, sankcja zatrzymania wadium aktualizuje się dopiero wówczas, gdy wykonawca zachowuje się w sposób niedbały, to jest przykładowo: mimo wezwania w ogóle nie składa dokumentów, oświadczeń, pełnomocnictw.

Mając zatem na względzie, że w realiach niniejszej sprawy doszło do nieznacznego uchybienia określonego terminu do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, ponadto zaś, do uchybienia tego doszło na skutek okoliczności niezawinionych przez powoda i od niego niezależnych (niemożność zdobycia podpisu podwykonawcy pod dokumentacją przetargową), pozwana nie miała podstaw do zatrzymania wadium wniesionego przez powoda na podstawie art. 46 ust. 4a p.z.p.

Sąd zwrócił też uwagę na stanowisko wyrażone przez Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 8 marca 2006 r. I ACa 1018/05, LEX 186161, w którym to Sąd ten stwierdził, że jeżeli umowa nie doszła do skutku z przyczyn za które obie strony ponoszą odpowiedzialność, uczestnikowi przetargu służy roszczenie o zwrot połowy wpłaconego wadium na podstawie art. 405 k.c. w związku z art. 410 k.c. Zatrzymanie całego wadium przez organizatora przetargu, klóciłoby się bowiem z poczuciem sprawiedliwości, w sytuacji gdy nie poniósł on z tytułu niezawarcia umowy żadnej szkody. Z powyższego wywieść można, że skoro umowa przetargowa nie doszła do skutku, lecz nie można odpowiedzialnością za to obarczyć powoda, należy mu się zwrot wpłaconego wadium na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu. Zgodnie z art. 405 k.c., 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. W przedmiotowej sprawie przesłanki bezpodstawnego wzbogacenia zostały zdaniem Sądu, spełnione. Doszło do wzbogacenia się pozwanej kosztem powoda. Do przesunięcia majątkowego kwoty 150.000 zł doszło poprzez zapłatę przez gwaranta - (...) S.A. na rzecz pozwanej Gminy D. ww. kwoty. Powód był jednak zobowiązany do jej zwrotu ubezpieczycielowi ze względu na roszczenie regresowe skierowane do niego przez ubezpieczyciela i takiego zwrotu dokonał, skutkowało ono zubożeniem powoda. Nie ulega wątpliwości, że pomiędzy zubożeniem powoda a wzbogaceniem się pozwanej zachodzi związek(koincydencja), albowiem zarówno zubożenie, jak i wzbogacenie wywołane są tą samą przyczyną, a mianowicie, zatrzymaniem wadium, wskutek czego pozwana została wzbogacona o jego równowartość, a powód o tę kwotę zubożony. W ocenie Sądu, zaistniała także bezpodstawności wzbogacenia. Pozwana byłaby uprawniona do zatrzymania wadium w razie zaistnienia przesłanek z art. 46 ust. 4a p.z.p., a te się w niniejszej sprawie nie ziściły. W takiej sytuacji dochodzi zaś albo do świadczenia nienależnego w rozumieniu art. 410 § 2 k.c., gdy zamawiający, mając obowiązek zwrotu wpłaconego wadium, zatrzymuje je bez podstawy prawnej i uzyskuje w ten sposób świadczenie nienależne, jakim staje się wpłacone wadium po odpadnięciu podstawy prawnej świadczenia (art. 410 § 1 w związku z art. 405 k.c.), albo do bezpodstawnego wzbogacenia w rozumieniu art. 405 k.c.,

kiedy zamawiający korzysta z gwarancji mimo braku podstaw do zatrzymania wadium i otrzymuje z tego tytułu zapłatę, która w takich okolicznościach stanowi korzyść majątkową bezpodstawnie uzyskaną kosztem innej osoby (art. 405 k.c.). Stosownie do art. 405 k.c. bezpodstawnie wzbogacony ma obowiązek zwrócić tę korzyść zubożonemu, podobnie jak uzyskujący świadczenie nienależne ma obowiązek jego zwrotu (art. 410 § 1 w związku z art. 405 k.c.).

O odsetkach od zasądzonej kwoty Sąd orzekł na podstawie art. 481 i art. 455 k.c., zgodnie z którymi jeżeli dłużnik opóźnia się ze spełnieniem świadczenia pieniężnego wierzyciel może żądać odsetek za czas opóźnienia chociażby nie poniósł żądanej szkody i chociażby opóźnienie było następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Jeżeli termin spełnienia świadczenia nie jest oznaczony ani nie wynika z właściwości zobowiązania, to dłużnik powinien spełnić świadczenie niezwłocznie po wezwaniu. Wymagalność roszczenia o zwrot korzyści następuje od chwili uzyskania wzbogacenia. Wezwanie kierowane do wzbogaconego wyznacza termin spełnienia jego świadczenia. Powód wezwał pozwaną ostatecznym przedsądowym wezwaniem do zwrotu zatrzymanego wadium w terminie do dnia 31 maja 2013 r. A zatem, pozwana od dnia 1 czerwca 2013 r. pozostawała w zwłoce ze spełnieniem świadczenia i od tej daty powodowi należą się odsetki ustawowe. Powód żądał odsetek ustawowych od dnia 17 kwietnia 2013 r., tj. od dnia następnego po tym, jak dokonał wpłaty na rzecz (...) Spółka Akcyjna - Centrum Likwidacji Szkód Oddział w Ł. kwoty 150.000 zł spełniając świadczenie regresowe, co nastąpiło w dniu 16 kwietnia 2013 r. Jak jednak wyżej wspomniano, wezwanie kierowane do wzbogaconego wyznacza termin spełnienia jego świadczenia, a powód ostatecznym wezwaniem wyznaczył ten termin na dzień 31 maja 2013 r. Stąd też żądanie zasądzenia odsetek od dnia 17 kwietnia zostało oddalone ( pkt 2 wyroku).

Ustalenia faktyczne w niniejszej sprawie Sąd poczynił w oparciu o zgromadzoną w aktach sprawy dokumentację, której wiarygodności i mocy dowodowej żadna ze stron nie kwestionowała i która nie wzbudziła także żadnych wątpliwości w sprawie. Za wiarygodne Sąd uznał także zeznania świadków A. Z. (1), A. J. i S. F., albowiem były one spójne, logiczne i wzajemnie korespondujące zarówno ze sobą jak i dokumentami zgromadzonymi w sprawie, głównie dokumentacją medyczną A. Z. (1). Sąd za wiarygodne uznał także zeznania Ł. D. i E. B. w takim zakresie, w jakim korespondowały one z pozostałym materiałem dowodowym zgromadzonym w sprawie. Zeznania tych świadków, związanych ze stronami postępowania, były w pewnych punktach rozbieżne, w szczególności rozbieżności te dotyczyły przyczyn, z jakich doszło do nieuzupełnienia dokumentacji przetargowej przez powoda w terminie. Z uwagi na to, że zeznania E. B. w tym zakresie korespondowały z pozostałym materiałem dowodowym w sprawie, Sąd uznał je za wiarygodne, nie dając wiary zeznaniom Ł. D. w tym zakresie, a w jakim twierdził on, że do uchybienia terminowi doszło z winy sekretarki powoda. W tej części zeznania te znajdowały oparcie tylko w notatce, którą także sporządził świadek Ł. D..

O kosztach postępowania Sąd I instancji orzekł w oparciu o art. 98 § 1 k.p.c., zgodnie to z którym strona przegrywająca sprawę obowiązana jest zwrócić przeciwnikowi na jego żądanie koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony (koszty procesu). Mając na względzie, że pozwana Gmina D. przegrała proces w całości, obowiązana jest zwrócić powodowi koszty związane z niniejszym postępowaniem, na które to złożyła się opłata sądowa od pozwu w kwocie 7.500 zł obliczona na podstawie art. 13 ust. 1 Ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych ( Dz.U.05.167.1398) oraz wynagrodzenie pełnomocnika powoda radcy prawnego w kwocie 3.617 zł obliczone na podstawie § 6 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.09.2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu ( Dz.U. Nr 163, poz. 1349 z późn. zm.).

Apelację od powyższego wyroku złożyła strona pozwana zaskarżając jego pkt. 1 i 3. Skarżąca sformułowała następujące zarzuty:

- sprzeczności istotnych ustaleń stanu faktycznego z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, mające wpływ na wynik spraw, poprzez przyjęcie, że:

a) A. J., wspólnik spółki „(...)”, nie prowadzi spraw tej spółki, a w konsekwencji tego nie miała ona obowiązku i możliwości przesłania Powodowi dokumentacji wymaganej przez Pozwaną, celem uzupełnienia oferty złożonej w sprawie zamówienia na roboty budowlane pod nazwą „Budowa (...) w D.”, podczas gdy ustalenia te są całkowicie

chybione, z uwagi na fakt, iż: po pierwsze, zostały ustalone wyłącznie na podstawie zeznań osób de facto zainteresowanych wynikiem sprawy, a mianowicie współników spółki, która występowała wspólnie z Powodem w wyżej wskazanym przetargu (jako podmiot, przy pomocy którego Powód miałby wykonać zadanie), co czyni je mało wiarygodnym; po drugie, z żadnych dokumentów nie wynika, jakoby A. J. miała być osobą wyłączonej z kręgu osób obowiązanych do prowadzenia spraw spółki, co więcej, z treści wpisu w Krajowym Rejestrze Sądowym, osoba ta jest w pełni uprawniona do reprezentacji spółki, a zatem w ślad za treścią przepisu art. 39 § 1 Kodeksu spółek handlowych, prowadzenie spraw spółki jest nie tylko prawem tego współnika, lecz i jego obowiązkiem; po trzecie, to, w jaki sposób A. J. stała się współnikiem spółki jest bez znaczenia dla niniejszej sprawy, bowiem w razie woli stron umowy spółki „(...)” sp.j., by A. J. miała rzekomo być wyłączona od obowiązku prowadzenia spraw tej spółki, powinno być to wyrażone wprost w umowie lub orzeczeniu sądu - co nie miało miejsca - a nie przyjmowane wyłącznie w oparciu o wątpliwe domniemania poczynione przez sąd, z uwagi na fakt, iż osoba ta pracuje w wyuczonym zawodzie stomatologa; po czwarte, interpretacja roli A. J. pełnionej w spółce „(...)” dokonana przez Sąd I instancji dopuszcza wybiórczą ocenę funkcji A. J. - w sprzeczności z wpisem w KRS i przepisami K.s.h. - jako osoby kompletnie niezainteresowanej działaniem jej spółki, bądź jako osoby będącej uprawnioną do podjęcia w spółce stosownych działań, co świadczy o tym, że w przypadku niniejszego procesu, twierdzenia Powódki i świadków na okoliczność uczestnictwa A. J. zostały poczynione wyłącznie na potrzeby uzyskania wyroku korzystnego dla Powoda;

b) Powód nie złożył dokumentacji wymaganej przez Pozwaną na potrzeby przetargu w wyznaczonym przez Pozwaną terminie z przyczyn nie leżących po jego stronie, podczas gdy Powód miał możliwość złożenia takich dokumentów już w momencie złożenia oferty, a następnie po wezwaniu go przez Pozwaną, tj. w terminie dwóch dni, a więc do dnia 25 stycznia 2013 roku;

c) w dniu 24 stycznia 2013 roku, S. F. zawiózł swoją żonę A. Z. (1) do P. celem odbycia konsultacji lekarskiej, co miało rzekomo uniemożliwić tym osobom przedłożenie Powodowi dokumentów żądanych przez Pozwaną, podczas gdy z materiału dowodowego zebranego w sprawie, w szczególności z dokumentu wystawionego przez dr n. med. G. Z., wynika, że A. Z. (1) odbyła wizytę w gabinecie lekarskim w P., nie w dniu 24 stycznia 2013 roku, a w dniu 22 stycznia 2013 roku, a więc znacznie przed terminem wyznaczonym przez Pozwaną;

- naruszenia przepisów postępowania cywilnego, których uchybienie miało istotny wpływ na wynik w sprawie, wyrażające się w obrazie przepisu:

a) art. 232 k.p.c. poprzez niczym nieuzasadnione uznanie za udowodnione, że Powód nie złożył dokumentów uzupełniających jego ofertę bez jego winy, podczas gdy z okoliczności sprawy wynika, iż Powód miał możliwość złożenia owych dokumentów w wyznaczonym przez Pozwaną terminie, a zaniechanie w tym zakresie wynika wyłącznie z braku należytej staranności po stronie Powoda;

b) art. 232 w zw. z art. 233 § 1 k.p.c., poprzez zbyt pochopne uznanie za udowodnione, że Powód nie mógł uzyskać dokumentów koniecznych do uzupełnienia jego oferty z uwagi na rzekome przebywanie osób reprezentujących podmiot, za pomocą którego miał wykonywać zamówienie, tj. S. F. oraz A. Z. (1), dysponujących częścią dokumentów wymaganych przez Pozwaną, w dniach 24-26 stycznia 2013 roku, w P. w związku z wizytą lekarską, podczas gdy z materiału dowodowego zebranego w sprawie, w szczególności z dokumentu wystawionego przez dr n. med. G. Z., wynika okoliczność odmienna, a mianowicie, że A. Z. (1) odbyła wizytę w gabinecie lekarskim w P. w dniu 22 stycznia 2013 roku; Ponadto, świadek A. Z. (1) zeznała, że w P. była wcześniej dwa tygodnie przed powyższą, ponowną wizytą, a wobec tego, mało wiarygodnym jest twierdzenie, że nie mogła ona lub jej mąż podpisać dokumentów wymaganych przez Pozwaną w wyznaczonym terminie;

c) art. 233 k.p.c. poprzez dowolną ocenę dowodu z dokumentu wystawionego przez dr n. med. G. Z., i przyjęcie, że A. Z. (1) wraz z S. F. nie mogli uzupełnić podpisów na dokumentach, które miały być złożone Pozwanej przez Powoda, podczas gdy z zebranych dowodów wynika, że A. Z. (1) odbyła wizytę w gabinecie lekarskim w P., nie w dniu 24 stycznia 2013 roku, a w dniu 22 stycznia 2013 roku, a więc znacznie przed terminem wyznaczonym przez Pozwaną, co dodatkowo czyni zeznania A. Z. (1) niespójnymi i mało wiarygodnymi; d) art. 227 w zw. z 233 k.p.c. poprzez pominięcie

przy rozstrzygnięciu sprawy niemalże w całości zeznań świadka Ł. D., podczas gdy zeznania te były niezwykle istotne dla oceny zawinienia Powoda przy nie wykonaniu zobowiązania do uzupełnienia oferty;

- naruszenia przepisów prawa materialnego, poprzez:

a) błędną interpretację przepisu art. 46 ust. 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku -Prawo zamówień publicznych (dalej nazywana: „P.z.p.”), poprzez przyjęcie, że złożenie przez Powoda dokumentów uzupełniających jego ofertę po terminie wskazanym przez Pozwaną, nie stanowi braku fizycznego dokumentu lub oświadczenia, o którym mowa w powyższym przepisie, a który uprawniał Pozwaną do zatrzymania wadium, podczas gdy zgodnie z prawidłową interpretacją wyżej wskazanego przepisu należało przyjąć, że brak fizyczny wymaganych dokumentów w rozpatrywanym stanie faktycznym miał miejsce, gdyż niezłożenie dokumentu lub oświadczenia należy rozpatrywać w kontekście konkretnego stanu faktycznego, z uwzględnieniem treści wezwania do ich złożenia sformułowanego przez Pozwaną, w tym wyznaczonego przez nią terminu, a więc skoro w wyznaczonym terminie przez Pozwaną nie dysponowała ona wymaganymi dokumentami z uwagi na fakt, iż Powód ich nie złożył, to mieliśmy do czynienia z brakiem fizycznych owoych dokumentów;

b) niezastosowanie przepisu art. 29 § 1 i 2, art. 30 § 1 i art. 39 § 1 Kodeksu spółek handlowych (dalej nazywany: „K.s.h.”) i w następstwie tego przyjęcie, że A. J. jest osobą, która nie mogła reprezentować spółki „(...)” sp.j. (czy też nie można było od niej tego oczekiwać) przy podpisaniu dokumentów uzupełniających ofertę Powoda, a ponadto, że jest to osoba nieprowadząca spraw tej spółki, podczas gdy zgodnie z treścią wpisu w Krajowym Rejestrze Sądowym, A. J. jest wspólnikiem spółki „(...)” sp.j., który nie został wyłączony z reprezentacji spółki, a poza tym według treści przepisu art. 39 § 1, jest jej nie tylko prawem A. J., ale i obowiązkiem prowadzenie spraw powyższej spółki; Co więcej, okoliczności przyjęte przez Sąd I instancji nie znajdują poparcia w żadnych wiarygodnych dowodach zebranych w sprawie, a wynikają z zeznań powołanych przez Powoda świadków, którzy są de facto zainteresowani rozstrzygnięciem sprawy na korzyść Powoda, jako ich długoletniego partnera gospodarczego, a możliwe, że również z punktu widzenia finansowego związanego z rozliczeniami z Powodem;

c) niezastosowanie przepisu art. 14 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 roku o Krajowym Rejestrze Sądowym (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 1203, z późn. zm.) i wskutek tego badanie, czy pomimo wpisu w KRS, że A. J. jest osobą uprawnioną do reprezentacji spółki „(...)” sp. j., czy ma ona takie uprawnienia, podczas gdy zgodnie z treścią tego przepisu podmiot obowiązany do złożenia wniosku o wpis do Rejestru - w tym w zakresie określenia sposobu reprezentacji spółki - nie może powoływać się wobec osób trzecich działających w dobrej wierze na dane, które nie zostały wpisane do Rejestru lub uległy wykreśleniu z Rejestru, co czyni ustalenia Sądu I instancji w tym zakresie bezprzedmiotowymi i nieistotnymi dla rozstrzygnięcia w sprawie;

d) niezastosowanie przepisu art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 roku o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zw. z art. 46 ust. 4a P.z.p., a wskutek tego przyjęcie, że Pozwana była nieuprawniona i nieobowiązana do zatrzymania wadium wpłaconego przez Powoda w sytuacji, gdy ten nie złożył dokumentów, do których uzupełnienia wezwała go Pozwana, podczas gdy według treści tych przepisów Pozwana obligatoryjnie miała zatrzymać wadium w przypadku niewypełnienia przez Powoda wezwania do uzupełnienia dokumentów, (chyba, że Powód udowodniłby, że nie złożył ich z nie swojej winy, co w niniejszej sprawie nie nastąpiło, bowiem Powód nie podjął jakiejkolwiek próby wydłużenia terminu do wykonania zobowiązania, a uzupełniając dokumenty po terminie nie udowodnił, nawet nie wskazał żadnych powodów nie złożenia ich w terminie, a nadto w procesie nie przedstawił żadnych wiarygodnych i spójnych dowodów, które zwalniałyby go z odpowiedzialności w zakresie braku staranności prowadzącej do niewykonania zobowiązania Pozwanej), gdyż w przeciwnym wypadku narażałaby się na poniesienie odpowiedzialności na podstawie przepisów o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych;

e) niezastosowanie przepisu art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 roku o Krajowym Rejestrze Sądowym (t.j.: Dz. U. z 2013 r., poz. 1203, z późn. zm.) i wskutek tego przyjęcie, że Powód mógł się nie orientować, kto jest uprawniony do reprezentacji spółki „(...)” sp. j., podczas gdy zgodnie z treścią tego przepisu od dnia ogłoszenia w Monitorze

Sądowym i Gospodarczym nikt nie może zasłaniać się nieznaną ogłoszonych wpisów, a zatem, Powód powinien oczywiście zbadać ten wpis (ustalić, że spółkę tę może reprezentować A. J.), tym bardziej, że jest on ogólnie dostępny za pośrednictwem strony internetowej Ministerstwa Sprawiedliwości, telefonicznie, już nie wspominając, iż zapewne informacja ta była w posiadaniu Powoda z uwagi na wieloletnią współpracę z „(...)” sp. j.;

f) błędne zastosowanie przepisu art. 481 i art. 455 K.c., a wskutek tego zasądzenie od Pozwanej na rzecz Powoda odsetek ustawowych od dnia 01 czerwca 2013 roku do dnia zapłaty, podczas gdy dopiero w dniu wyrokowania Sąd I instancji ustalił, iż Pozwanej rzekomo nie przysługiwało uprawnienie do zatrzymania wadium wniesionego przez Powoda, a zatem do dnia wydania wyroku należy poczytywać Pozwaną, jako w pełni uprawnioną do działania na podstawie przepisu art. 46 ust. 4a P.z.p., a wskutek tego nie wystąpiło po jej stronie opóźnienie w zapłacie na rzecz Powoda żądanej - w ocenie Pozwanej nadal niezasadnie - kwoty.

W oparciu o powyższe zarzuty skarżąca wniosła o zmianę skarżonego wyroku poprzez oddalenie w całości powództwa, dokonanie stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania ustalonych przed Sądem I instancji, zasądzenie od powoda na rzecz pozwanej kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. W formie żądania ewentualnego pozwana wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i skierowanie sprawy do Sądu I instancji celem ponownego rozpoznania.

Powód w piśmie z dnia 19 maja 2014 r. stanowiącym odpowiedź na apelację wniósł o jej oddalenie i zasądzenie od pozwanej na jego rzecz kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

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

Apelacja pozwanej okazała się niezasadna, chociaż część zarzutów w niej zawartych należało podzielić. Wstępnie zaznaczenia wymaga, że Sąd I instancji w sposób prawidłowy zgromadził w sprawie materiał dowodowy i w dalszej kolejności dokonał właściwej jego oceny. W konsekwencji ustalił stan faktyczny odpowiadający treści tych dowodów z zastrzeżeniami jednak wskazanymi w dalszej części uzasadnienia. Stąd też Sąd Apelacyjny przyjął go w zasadniczej części za własny. W sytuacji bowiem, gdy sąd odwoławczy orzeka na podstawie materiału zgromadzonego w postępowaniu w pierwszej instancji nie musi powtarzać dokonanych ustaleń, gdyż wystarczy stwierdzenie, że przyjmuje je za własne (por. np. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 13 grudnia 1935 r., C III 680/34. Zb. Urz. 1936, poz. 379, z dnia 14 lutego 1938 r., C II 21172/37 Przegląd Sądowy 1938, poz. 380 i z dnia 10 listopada 1998 r., III CKN 792/98, OSNC 1999, nr 4, poz. 83). Modyfikacja podstawy faktycznej rozstrzygnięcia odnosiła się do kwestii braku wiedzy strony powodowej odnośnie tego, że A. J. jest współnikiem (...) spółki jawnej, czy też braku możliwości ustalenia tej okoliczności w określonym przez zamawiającego terminie do usunięcia braków dokumentacji projektowej. Nie wpływała ona jednak na kierunek rozstrzygnięcia, albowiem ten determinowany był przede wszystkim wykładnią art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przed przystąpieniem do omówienia zarzutów zawartych w apelacji wskazać należy, że na całkowitą aprobatę zasługiwała przedstawiona bardzo szeroko w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku argumentacja dotycząca dopuszczalności drogi sądowej w niniejszej sprawie. Nie ma więc sensu ponownego jej przytaczania. Sąd Apelacyjny w całości ją popiera. Kwestia ta zresztą nie była przedmiotem zarzutów skarżącej.

Pomimo, że w sprawie sformułowanych zostało szereg zarzutów naruszenia prawa procesowego, w tym dotyczących wadliwej oceny dowodów i wadliwych ustaleń faktycznych, w pierwszej kolejności omówiona zostanie zasadnicza dla rozstrzygnięcia sprawy, jak wyżej wskazano, kwestia interpretacji przepisu art. 46 ust. 4 a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej ustawą) w kontekście podniesionego zarzutu naruszenia tej regulacji. Interpretacja bowiem powyższego przepisu determinowała określenie przesłanek jego stosowania i w konsekwencji zakres powinności dowodowych stron. W ocenie skarżącej w niniejszej sprawie w sposób nieuprawniony dokonana została zawężająca wykładnia art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych sprowadzająca się wyłącznie do



badania, czy w ramach procedury przetargowej doszło do zмовy cenowej uczestników tego postępowania. Stanowiska tego nie sposób podzielić.

Zgodnie z art. 46 ust. 1 wspomnianej ustawy, 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. Z kolei art. 46 ust. 4a 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 nieleżących po jego stronie. Nie można zgodzić się z oceną, jakoby art. 46 ust. 4a p.z.p. ustanawiał jako regułę prawo zatrzymania wadium, a wyjątkiem do tej reguły były sytuacje, w których niezłożenie żądanych dokumentów lub oświadczeń w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nastąpiło z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy. Przeciwnie - regułą wyrażoną wprost w art. 46 ust. 1 p.z.p. jest zwrot wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, zaś art. 46 ust. 4a p.z.p. w całości przewiduje wyjątek uprawniający do zatrzymania wadium. Niewątpliwie odpowiedzialność określona w tym przepisie opiera się na zasadzie winy wykonawcy - obowiązek zatrzymania wadium powstaje więc tylko w przypadku zawinionego działania. W każdym wypadku podlegają badaniu przyczyny nie wykonania 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.

Podkreśla się jednak, co dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy miało znaczenie decydujące, że interpretacja tego przepisu wymaga uwzględnienia jego celu. Przepis ten, o charakterze bezwzględnie obowiązującym, został wprowadzony ustawą nowelizującą, zaś celem było ograniczenie możliwości dokonywania zмów przetargowych polegających na porozumieniu wykonawców prowadzącym do udzielenia zamówienia temu, kto zaoferuje najwyższą cenę. Wykonawcy mogli bowiem celowo składać oferty bez wymaganych dokumentów lub oświadczeń i po zapoznaniu się z ofertami konkurentów, wycofać się z postępowania przetargowego bez żadnych konsekwencji. W doktrynie i orzecznictwie podkreśla się zarówno sankcyjny i dyscyplinujący wykonawców charakter instytucji zatrzymania wadium przez zamawiającego, jak i restrykcyjny charakter omawianego przepisu. Konsekwencją jest konieczność ścisłej interpretacji oraz oceny zaistnienia przesłanek zatrzymania wadium przy uwzględnieniu konkretnych okoliczności danej sprawy. Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach konsekwentnie wskazywał, że obowiązek zatrzymania wadium powstaje tylko w przypadku zawinionego działania wykonawcy polegającego na nieuzupełnieniu dokumentów i oświadczeń, o złożenie których wykonawca został zasadnie wezwany przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p., gdy to zaniechanie wykonawcy zmierza do obejścia prawa, w szczególności przez stworzenie warunków ku temu, by zamówienie udzielone zostało temu wykonawcy, kto zaoferuje najwyższą cenę. Podkreśla się, że do przyjęcia zawinienia wykonawcy konieczna jest jego całkowita bierność, umyślność i celowość oraz nasilenie złej woli w niepodporządkowaniu się wezwaniu zamawiającego (wyroki Sądu Najwyższego z: 10 maja 2013 r., sygn. akt I CSK 422/12, LEX nr 1331255, z 7 lipca 2011 r., sygn. akt II CSK 675/10 i z 22 listopada 2012 r., sygn. akt II CSK 448/12, M.Prawn. 2013/24/1324, z 14 marca 2013 r., sygn. akt I CSK 444/12, LEX nr 1318297). W przywołanym wyżej wyroku z dnia 7 lipca 2011 r. Sąd Najwyższy wskazał, że przyjęcie odmiennego stanowiska i uznanie, że do zatrzymania wadium może dojść w każdej sytuacji, gdy wykonawca nie wypełni należycie wezwania zamawiającego, stwarza pole do nadużyć ze strony zamawiającego. Możliwe wówczas staje się wykorzystanie instytucji wadium, jako sposobu nienależytego przysporzenia. Nie bez znaczenia dla oceny, czy zamawiający może zatrzymać wadium jest wpływ uchybienia wykonawcy na przebieg postępowania przetargowego. Z kolei w wyroku z dnia 7 listopada 2013 r. (sygn. akt V CSK 531/12, LEX nr 1424860). Sąd Najwyższy zauważył, że ustawowy kształt uprawnienia do żądania wyłącznie dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, do którego ustawodawca odwołuje się także w art. 46 ust. 4a p.z.p., nakazuje dokonanie ścisłej wykładni tego przepisu, ponieważ zasadą wynikającą z art. 46 ust. 1 p.z.p. jest obowiązek zamawiającego dokonania zwrotu wadium, a uprawnienie zamawiającego do zatrzymania wadium (art. 46 ust. 4a p.z.p.) stanowi jedynie wyjątek od tej zasady. Takie też stanowisko prezentowane jest w orzecznictwie sądów powszechnych (wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 11 marca 2014 r., sygn. akt I ACa 789/13, LEX nr 1444712, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie

z dnia 28 lutego 2014 r., sygn. akt I ACa 1042/13, LEX nr 1466973, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 17 stycznia 2014 r., sygn. akt I ACa 1356/13, LEX nr 1422483, wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 11 lipca 2013 r., sygn. akt I ACa 384/13, LEX nr 1372325, wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 1 lutego 2013 r., sygn. akt V ACa 664/12, LEX nr 1289447). W dwóch ostatnich z tych orzeczeń podkreślono, że orzecznictwo wypracowało zgodne stanowisko, zgodnie z którym omawiany przepis znajdzie zastosowanie w sytuacji fizycznego braku dokumentu lub oświadczenia, a nie w sytuacji, gdy zostanie złożony dokument lub oświadczenie, które nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub gdy złożony zostanie z opóźnieniem i to nieznacznym. Takie zachowanie wykonawcy nie jest tożsame z przypadkiem, gdy wykonawca w ogóle nie reaguje na wezwanie i jest całkowicie bierny, pozostawiając je bez żadnej odpowiedzi. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 7 lipca 2011 r., 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. Proponowana przez skarżącą wykładnia omawianej regulacji prowadziłaby też do akceptacji dla pozyskiwania przez zamawiającego znacznych przysporzeń majątkowych kosztem wykonawcy, mimo braku racji aksjologicznych.

W świetle zgromadzonego w niniejszej sprawie materiału dowodowego brak jest podstaw do przyjęcia, że zaniechanie wykonawcy zmierzało do obejścia prawa, w szczególności przez stworzenie warunków ku temu, by zamówienie udzielone zostało temu wykonawcy, który zaoferuje najwyższą cenę. Uwzględniając zatem omówiony szeroko cel wprowadzenia do systemu prawnego art. 46 ust. 4a ustawy Prawa o zamówieniach publicznych, nie sposób uznać, że przystąpienie powoda do przetargu nosiło cechy pozorności i że spełnione zostały przesłanki uzasadniające zatrzymanie wniesionego przez niego wadium. Rację ma Sąd I instancji wskazując, że wyznaczony termin zwrotu wadium był krótki, albowiem tylko dwudniowy. Co istotne kończył się z upływem piątku, w sytuacji, gdy ani powód, ani też strona pozwana nie funkcjonowały w sobotę i niedzielę. Oczywiście nie oznacza to, że jego dochowanie nie było możliwe, jednakże ma to znaczenie dla oceny zarówno zakresu uchybienia terminowi, jak i oceny zachowania samego zobowiązanego. Należy jednak podkreślić, co wynika również z innych dokumentów zawierających podpisy osób składających oświadczenia, że powód musiał pozyskać podpis podwykonawcy, a więc podmiotu wprawdzie z nim szeroko współpracującego, ale jednak pod tym względem całkowicie niezależnego. Kwestia możliwości samodzielnego złożenia podpisu nie została w toku postępowania wykazana. Wprawdzie świadek Ł. D. wskazywał na taką możliwość, jednakże przeczą temu przedłożone dokumenty, z których wynika, że pod poszczególnymi oświadczeniami podpisy składali nie uczestnicy przetargu, a podmioty mające uczestniczyć w procesie inwestycyjnym. Nie bez znaczenia pozostaje również okoliczność, że uchybienie terminowi faktycznie było minimalne. Powód bowiem mógł złożyć wymagane dokumenty i oświadczenia do godziny 24.00 dnia 25 stycznia 2013 r. (piątek). Jak wynika natomiast z przedłożonych dowodów, w tym zeznań świadków, uczynił to w dniu 28 stycznia 2013 r. po godzinie 9.00 (poniedziałek). Tym samym realne opóźnienie zamykało się w przedziale pomiędzy godziną rozpoczęcia pracy Urzędu Gminy a wspomnianą godziną wykonania zobowiązania. Podkreślenia wymaga, że w niniejszej sprawie nie doszło do całkowitego braku złożenia wymaganych dokumentów, co jak wskazano wyżej, mogło być utożsamiane z wyczerpaniem przesłanek stosowania art. 46 ust. 4a ustawy. Dokumenty takie bowiem zostały złożone, jednakże z opóźnieniem. Podzielić przy tym należy stanowisko Sądu I instancji, że nie było ani racjonalne, ani też nie niweczyło skutków wezwania zamawiającego, przedłożenie tylko części dokumentacji (odnoszącej się do kwestii istnienia polisy ubezpieczeniowej). Tylko bowiem jej kompletność pozwalała na uznanie, że powód spełnił warunki przetargu. Z punktu więc widzenia stosowania omawianej regulacji była to okoliczność obojętna. Skarżący natomiast, jak się zdaje zmierza do wskazania, że stopień zawinienia wykonawcy w takiej sytuacji byłby mniejszy. W ocenie Sądu Apelacyjnego nawet częściowe złożenie wymaganych dokumentów nie mogło skutkować odmiennym zakwalifikowaniem zachowań wykonawcy. Zaznaczyć należy w tym miejscu, że jak wynika z zeznań świadków, stosowne pismo zostało przygotowane bez jakiegokolwiek zwłoki, a jedyny problem związany był z niemożliwością uzyskania podpisu prokurenta podwykonawcy. Świadczy to o rzeczywistym zamiarze podporządkowania się zobowiązaniu, i znajduje potwierdzenie w natychmiastowym, po usunięciu przeszkody, przedłożeniu stosownego pisma uzupełniającego. Wreszcie nie sposób nie zauważyć, że uchybienie powoda nie wpłynęło w jakimkolwiek stopniu na przebieg i co najważniejsze rezultaty przetargu oraz na warunki, czy same podpisanie umowy z wygrywającym. W dniu złożenia przez powoda dokumentów zgodnie z zobowiązaniem odbyło się

posiedzenie komisji przetargowej, która dokonała wyboru innej oferty, oczywiście z wykluczeniem powoda. Pozwana zresztą w tym zakresie nie podnosiła jakichkolwiek zastrzeżeń, czy zarzutów. Reasumując więc, Sąd I instancji zasadnie uznał, że w sprawie brak przedłożenia w terminie dokumentacji nie był w jakimkolwiek stopniu wyrazem próby obejścia prawa, próby pozornego uczestnictwa w przetargu, nie był wyrazem istniejącej zмовы cenowej, a tym samym nie sposób przypisać oferentowi szczególnego nasilenia złej woli, celowego, czy umyślnego działania, a dokładniej całkowitej jego bierności, a tylko takie zachowania, zgodnie z zaprezentowaną wykładnią, uzasadniały stosowanie art. 46 ust. 4a ustawy.

Oczywiście Sąd Apelacyjny dostrzeга literalne brzmienie przepisu i wypływające z tego argumenty przedstawione przez skarżącą w apelacji. Zgodzić się trzeba z pozwaną, że wykładnia ta wskazywałaby, iż obowiązek zatrzymania wadium przez zamawiającego aktualizuje się także w przypadku niedbalstwa a nawet lekkomyślności wykonawcy. Przy tego rodzaju rozumieniu treści przepisu niewątpliwie uznać należałoby, że strona powodowa nie podjęła wszystkich niezbędnych i możliwych działań celem uzyskania podpisu osoby uprawnionej do reprezentowania spółki jawnej, co mieści się w pojęciu okoliczności leżących po stronie wykonawcy. Nie mogło to jednak, wobec celowościowej wykładni przepisu, zmienić kierunku rozstrzygnięcia. Faktycznie więc bez znaczenia pozostają zawarte w apelacji zarzuty odnoszące się zarówno do oceny dowodów, jak i będących jej konsekwencją ustaleń faktycznych (art. 227 k.p.c., art. 232 k.p.c., art. 233 § 1 k.p.c.), a ponadto zarzuty odnoszące się do naruszenia art. 29 § 1 i 2 k.s.h., art. 31 § 1 k.s.h., art. 39 § 1 k.s.h., czy wreszcie art. 14 i 15 ust. 1 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym. Dla wyczerpania jednak argumentacji należało się do nich odnieść.

Z treści zgromadzonego materiału dowodowego wynika jednoznacznie, że w ramach wzajemnej wieloletniej współpracy powoda ze swoim podwykonawcą w ramach innych postępowań przetargowych, wszelkie dokumenty podpisywał prokurent S. F.. W świetle tych dowodów, wbrew stanowisku skarżącej i podniesionych zarzutów naruszenia czy to art. 233 § 1 k.p.c., czy też art. 232 k.p.c. nie sposób kwestionować ustaleń Sądu, zgodnie z którymi ani prokurent, ani też wspólnik (...) spółki jawnej – A. Z. (1) w dniach 23 – 25 stycznia 2013 r. nie byli w stanie podpisać dokumentów wymaganych w ramach procedury przetargowej. Okoliczność powyższa wynika z zeznań tych osób oraz zeznań świadka E. B. oraz A. J.. Nie ulega wątpliwości, że w tych dniach wobec kłopotów zdrowotnych A. Z. (1), zarówno ona, jak i jej mąż byli w P., a tym samym nie było możliwe uzyskanie ich podpisów pod sporządzonym pismem, które w dalszej kolejności miało zostać przesłane pozwanej jako zamawiającemu. Okoliczność ta znajduje potwierdzenie w treści oświadczenia reprezentantów (...) spółki jawnej z dnia 28 stycznia 2013 r. (karta 36 akt). W tym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie podniesiony w apelacji zarzut wadliwej oceny dowodu w postaci zaświadczenia z gabinetu lekarskiego dr G. Z. (karta 35 akt). Po pierwsze okoliczność związana z datą wizyty u lekarza wynika ze zgodnych zeznań wszystkich wskazanych wyżej osób. W sposób precyzyjny określiły one zarówno sam fakt nieobecności prokurenta i wspólnika w dniach 23 – 25 stycznia 2013 r., jak i przyczyny takiego stanu rzeczy. Nie sposób uznać, że Sąd dokonał bezkrytycznej oceny tych zeznań. Po pierwsze bowiem, sam fakt pozostawiania wspomnianej spółki jawnej w stałej współpracy z powodem, czy też istnienie pomiędzy tymi podmiotami powiązań gospodarczych sam w sobie nie przesądza w żadnym razie o konieczności dyskwalifikacji zeznań tych świadków. Ocena zeznań świadków nie może bowiem ograniczać się do rodzaju stosunków łączących świadka ze stroną, ale powinna opierać się na zestawieniu treści zeznań z pozostałymi dowodami naświetlającymi okoliczności sprawy w sposób odmienny i na dokonaniu prawidłowego wyboru, po rozważeniu wynikłych sprzeczności w świetle zasad logiki i doświadczenia życiowego (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 listopada 1966 r., sygn. akt II CR 423/66, Biuletyn SN 1967, nr 3, poz. 45, wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 5 października 2006 r. III APa 40/06, LEX nr 214286). W rozważanej sprawie, jak już wskazano zeznania słuchanych osób były ze sobą zgodne. Stanowisko pozwanej zmierzałoby więc do dyskwalifikacji zeznań wszystkich świadków. W szczególności nieuzasadnione są twierdzenia skarżącej, że podstaw dyskwalifikacji zeznań upatrywać należy w doskonałej pamięci świadków odnośnie samego zdarzenia oraz daty, w której miało miejsce. Nie zauważyła bowiem skarżąca, że zdarzenie było charakterystyczne, odnosiło się do wyjątkowego zdarzenia losowego. Już tylko taki jego charakter, jego niecodziennosc pozwalała na logiczne przyjęcie, że zapadło w pamięć osób zeznających, tym bardziej, że byli to członkowie rodziny. Co istotne zdarzenie to zbiegło się w czasie z przeprowadzaniem postępowaniem przetargowym i koniecznością uzupełniania dokumentów. Tym samym również świadek E. B. musiała mieć pełną wiedzę o przebiegu

zdarzenia i przyczynach nieobecności prokurenta i jego żony. To ona bowiem próbowała skontaktować powódkę z podwykonawcą. Nie można więc w pamięci świadków dopatrywać się jakichkolwiek podstaw do odmówienia im wiarygodności. Wbrew stanowisku pozwanej treści złożonych zeznań nie przeczy treść zaświadczenia z gabinetu lekarskiego dr G. Z.. Uważna jego lektura prowadzi do wniosku, że przedstawiona tam data 22 stycznia 2013 r. odnosi się nie do wizyty A. Z. (1) u lekarza, a do dnia ukończenia badania materiału otrzymanego w dniu 16 stycznia 2013 r., a więc w trakcie jej pobytu w szpitalu. Z karty leczenia szpitalnego z dnia 16 stycznia 2013 r. (karta 34 akt) wynika bowiem jednoznacznie, że wyniki badań histo-patologicznych otrzymane zostaną za dwa tygodnie. Ponadto na dokumencie tym widnieje pieczęć ordynatora szpitala. Nic w zakresie możliwości uzyskania podpisów na dokumentach przetargowych nie wnoszą zeznania świadka Ł. D., których nieuwzględnienie prowadziło zdaniem skarżącej do naruszenia przepisów art. 227 k.p.c. oraz art. 233 k.p.c. Nie była bowiem w sprawie kwestionowana sama procedura przetargowa, nie była kwestionowana okoliczność związana z możliwością uzupełnienia dokumentacji drogą mailową, czy też faksem, jak również kwestia wyznaczenia dwudniowego terminu do uzupełnienia dokumentacji i możliwości jego przedłużenia. Wprawdzie świadek rzeczywiście zeznał, że przyczyną braku dostarczenia niezbędnych dokumentów było niedopatrzenie powódki, a konkretnie brak ich wysłania przez sekretarkę, jednakże po pierwsze świadek nie przedstawił jakichkolwiek konkretnych okoliczności związanych z uzyskaniem takiej wiadomości, po drugie jego zeznania pozostają w całkowitej sprzeczności z pozostałym materiałem dowodowym, po trzecie w takich okolicznościach uzasadnione jest, z uwzględnieniem wcześniej poczynionych w tym zakresie uwag, odmówienie mu wiarygodności, jako osobie zatrudnionej u pozwanego, a tym samym zainteresowanej w sposób pośredni wynikiem postępowania. Marginalnie tylko podkreślić należy, że nawet tego rodzaju ustalenie nie mogło prowadzić do odmiennej oceny niniejszej sprawy. We wskazywanym orzecznictwie dotyczącym rozumienia art. 46 ust. 4a ustawy i to dokładnie w takim samym stanie faktycznym (przeoczenie wysłania korespondencji) wielokrotnie podkreślano, że nie wypełnia ono przesłanek stosowania tej regulacji.

Dalsze zarzuty pozwanej związane z wadliwą oceną dowodów, wadliwym ustaleniem stanu faktycznego, a tym samym naruszeniem art. 227 k.p.c., art. 232 k.p.c., art. 233 § 1 k.p.c. odnosiły się do kwestii braku prowadzenia spraw „(...)” spółki jawnej przez A. J.. W ocenie skarżącej zeznający w tej sprawie świadkowie byli mało wiarygodni i jednocześnie brak dokumentów potwierdzających wyłączenie tej osoby od prowadzenia spraw spółki, natomiast z danych zawartych w KRS wynika, że jest ona w pełni uprawniona do prowadzenia spraw spółki. W okolicznościach niniejszej sprawy wyraźnego jednak rozróżnienia wymaga kwestia skutków, jakie płyną z wpisów w KRS w zakresie reprezentacji wyżej wskazanej spółki od kwestii faktycznego ich wykonywania. Nie było w sprawie sporne, a ponadto wynika z zaprezentowanych w sprawie dowodów, w tym zeznań świadków, że A. J. jest współnikiem spółki, a ponadto nie została wyłączona od prowadzenia spraw spółki i ją reprezentowała. Podzielić oczywiście należy argumentację skarżącej płynącą z wykładni przepisów art. 29 § 1 i 2 ksh, art. 30 § 1 k.s.h., art. 39 § 1 k.s.h., czy wreszcie art. 14 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym, jednakże ustalenia Sądu nie pozostawały z nimi w sprzeczności. W rozważanej sprawie Sąd I instancji w żadnej części uzasadnienia nie wskazał, że A. J. nie mogła reprezentować spółki jawnej, nie była współnikiem itd. Takie ustalenie nie zostało poczynione. Przeciwnie, Sąd okręgowy jednoznacznie wskazał, powołując się na dowód właśnie z odpisu z KRS, że spółkę na zewnątrz reprezentują wspólnicy, a do składania oświadczeń i podpisywania w imieniu spółki uprawniony jest każdy ze współników jednoosobowo (strona 5). W uzasadnieniu wyroku przedstawiony został sposób zostania współnikiem przez tę osobę, wykonywanie przez nią innego zawodu i brak orientacji w sprawach spółki. Ustaleń tych żadnej mierze nie można utożsamiać z przyjęciem, że osoba ta nie jest uprawniona do reprezentowania spółki, czy też podpisywania w jej imieniu dokumentów, w tym tych, które były wymagane w postępowaniu przetargowym. Istota stanowiska Sądu odnosiła się z jednej strony do rzeczywistych stosunków panujących w spółce, które nie wyłączają przecież uprawnień i obowiązków wspólnika, a z drugiej strony do oceny zachowania powoda w zakresie uzyskania stosownego podpisu, poszukiwania go poza osobą tego współnika, czy nawet braku wiedzy co do tego, że A. J. w ogóle jest współnikiem spółki jawnej. Rację ma skarżąca wskazując, że zachowanie powoda wyczerpywało znamiona niedbalstwa i w tym zakresie zarzut wadliwych ustaleń faktycznych uznać należało za zasadny. Niewątpliwie sam fakt wcześniejszej współpracy w ramach innych postępowań przetargowych i ukształtowana praktyka podpisywania wszystkich dokumentów przez prokurenta S. F. nie usprawiedliwia poszukiwania wyłącznie jego podpisu i w konsekwencji opóźnienia w złożeniu dokumentacji. Z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie wynika jednoznacznie, że powód nie

podjął jakichkolwiek czynności mających na celu pozyskanie podpisu od innego współnika. Nie sposób przy tym zaaprobować stanowiska i to wyrażonego wyłącznie w formie przypuszczenia, że mógł w ogóle nie wiedzieć, że A. J. jest współnikiem spółki jawnej. Okoliczność ta wprost wynikała z danych rejestrowych tej spółki, a to oznacza brak podstaw do zasłaniania się ich nieznaną. Niewątpliwie też ten współnik formalnie mógł podpisać w imieniu spółki stosowne dokumenty. Zupełnie natomiast odmienną kwestią jest ustalona przez Sąd okoliczność braku jakiegokolwiek rozeznania w sprawach spółki, w tym odnoszących się do postępowań przetargowych i w konsekwencji możliwość braku podpisania z tej przyczyny przedłożonego pisma. Podzielić również należy stanowisko skarżącej, że termin dwudniowy wyznaczony do uzupełnienia dokumentów był całkowicie wystarczający do ustalenia, że A. J. jest współnikiem uprawnionym do reprezentowania spółki. Jak już wskazano strona powodowa tego rodzaju ustaleń nie czyniła, nie starała się przesłać dokumentów tej właśnie osobie, czy chociażby się z nią skontaktować. Za wadliwe uznać należało postępowanie sprowadzające się do całkowitej bierności w związku z uzyskaniem informacji o nieobecności prokurenta i jego żony, wadliwe, bez dokonania stosownych ustaleń założenie, że tylko prokurent może złożyć podpis na wymaganych dokumentach, czy wreszcie brak przesłania przynajmniej części dokumentacji, chociaż dla wypełnienia zobowiązania pozostawało to bez znaczenia, czy chociażby próby wyjaśnienia sytuacji stronie pozwanej, czy nawet wystąpienie o przedłużenie terminu.

Nieuzasadniony natomiast okazał się zarzut zbyt pochopnego przyjęcia, że powód przygotował stosowną dokumentację już w dniu 24 stycznia 2013 r. i niezwłocznie kontaktował się z przedstawicielami spółki (...). Okoliczność ta bowiem wynika jednoznacznie z zeznań świadka E. B. i znajduje potwierdzenie w zeznaniach S. F. oraz A. Z. (1). Niezrozumiałe jest w tych okolicznościach twierdzenie, że takie zeznania nie zostały poparte żadnymi dowodami. Sam fakt niezłożenia wniosku o przedłużenie terminu do złożenia dokumentów, czy też niewykonanie chociażby części zobowiązania nie wystarcza do ich zdyskwalifikowania.

Rację ma natomiast skarżąca wskazując, że termin do uzupełnienia dokumentacji przetargowej nie był niewykonalny, o czym świadczy okoliczność, że gdyby nie nieobecność prokurenta podwykonawcy i jego żony wystosowane zobowiązanie zostałyby wykonane niemal niezwłocznie. Odmiennych jednak ustaleń w tym zakresie Sąd I instancji nie poczynił.

Powtórzenia w tym miejscu jednak wymaga, że niedbalstwo powódki nie mogło zostać w żadnym przypadku zakwalifikowane jako noszące cechy szczególnego nasilenia złej woli, całkowitej bierności, braku od początku zamiaru wykonania zobowiązania, a tylko takie uzasadniało zastosowanie art. 46 ust. 4a ustawy.

Niezasadne okazały się również zarzuty skarżącej dotyczące naruszenia art. 5 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Można wprawdzie zrozumieć argumenty pozwanej, która wskazuje, że wobec treści art. 46 ust. 4a p.z.p., jako podmiot obowiązany do przestrzegania dyscypliny finansów publicznych nie czuje się uprawniona do dokonywania wykładni celowościowej, prowadzącej do tak różnych wniosków od wykładni literalnej, jednakże w tym zakresie stanowisko orzecznictwa jest już ugruntowane i jednoznaczne. Sam sposób ukształtowania przepisu nie może w takim wypadku stanowić podstawy do odmowy w każdym wypadku wypłaty wadium i to niezależnie od konkretnych okoliczności danego przypadku. Prowadzi to w sposób nieunikniony do procesów sądowych, a samych zamawiających naraża na dodatkowe koszty: konieczność zapłaty wykonawcom odsetek ustawowych i zwrotu kosztów procesu. W sytuacji, w której znana jest linia orzecznicza zarówno sądów powszechnych, jak i Sądu Najwyższego odnośnie wykładni przepisu, jak również znane są okoliczności związane z zakresem opóźnienia, jego przyczyną, wpływem na przebieg postępowania przetargowego oraz sam fakt uzupełnienia dokumentacji, odmowa wypłaty wadium jawi się jako nieuzasadniona. Stanowisko bowiem pozwanej sprowadzałoby się do przyjęcia zasady, że możliwość zwrotu wadium uzależniona jest w każdym przypadku wyłącznie od uzyskania stosownego orzeczenia sądu i to niezależnie od spełnienia ustawowych przesłanek nakładających na zamawiającego taki obowiązek. Inaczej rzecz ujmując pozwana zakłada brak możliwości dobrowolnego zwrotu wadium. Jest to zabieg niedopuszczalny. Argumenty przedstawione przez skarżącą nie mogą być więc uznane za wystarczające do stosowania przez sądy wykładni literalnej, lecz powinien pochylić się nad nimi ustawodawca. Jak

wskazuje się w orzecznictwie, pożądanym byłoby, aby ustawodawca dokonał korekty redakcyjnej przepisu, tak by jego literalne brzmienie zbliżyło się do jego normatywnej treści.

Sąd Apelacyjny nie dostrzegł również podstaw do uznania, że Sąd Okręgowy dopuścił się naruszenia treści przepisów art. 481 k. i art. 455 k.c. Aktualne w tym zakresie pozostają motywy przedstawione powyżej. Dodać należy, że obowiązek zwrotu wadium pozostałym wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania wynika wprost z art. 46 ust. 1 ustawy. Jeżeli zamawiający nie wykonuje tego obowiązku to popada w opóźnienie, które rodzi obowiązek zapłaty odsetek ustawowych na podstawie art. 481 § 1 k.c., w sytuacji w której jednocześnie nie zaistniały przesłanki zastosowania art. 46 ust. 4a. Przeciwnie stanowisko musiałoby prowadzić do wniosku o konstytutywnym charakterze orzeczenia sądowego stwierdzającego taką powinność. Rozstrzygający jest w tym zakresie jednak nie wyrok sądowy, a ziszczenie się przesłanek ustawowych.

Mając na uwadze wszystkie powyższe okoliczności, apelację powoda jako bezzasadną należało oddalić na podstawie art. 385 k.p.c.

Podstawę rozstrzygnięcia o kosztach procesu w postępowaniu apelacyjnym stanowiły przepisy art. 108 k.p.c. oraz art. 98 § 1 i 3 k.p.c. Zgodnie z pierwszym z nich, sąd rozstrzyga o kosztach w każdym orzeczeniu kończącym sprawę w instancji. Jednocześnie art. 98 § 1 k.p.c. stanowi, że strona przegrywająca sprawę obowiązana jest zwrócić przeciwnikowi na jego żądanie koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony (koszty procesu). Pozwana przegrała sprawę wywołaną swoją apelacją, a tym samym winna zwrócić powódce poniesione przez nią koszty, na które składało się wyłącznie wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 2.700 zł ustalone na podstawie § 6 pkt. 6 i § 12 ust.1 pkt. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U. Nr 163, poz. 1349 z późniejszymi zmianami).

SSO (del.) W. Buczek – Markowska SSA R. Iwankiewicz SSA T. Żelazowski