

## UZASADNIENIE

W pozwie z 31 maja 2021 r. powódka (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w M. wniosła o zasądzenie od pozwanego Związku (...) w D. kwoty 80.000 zł z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od 25 stycznia 2019 r. oraz kosztami postępowania. Powódka wskazała, że żądana kwota stanowi równowartość wadium wpłaconego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych wszczętego przez poprzednika prawnego pozwanego - Związek (...) i (...) P.. Zdaniem powódki nie spełniła się żadna z przesłanek zatrzymania wadium określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych.

W odpowiedzi na pozew pozwany wniósł o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powódki na rzecz pozwanego kosztów procesu. Pozwany zakwestionował stanowisko powódki wskazując, że nie było podstaw do zwrotu wadium.

### **Sąd ustalił następujący stan faktyczny:**

6 stycznia 2009 r. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w M. została zarejestrowana w Rejestrze Przedsiębiorców KRS pod numerem (...).

Dowód: odpis z KRS k. 40 - 41v

23 kwietnia 2009 r. Związek (...) i (...) P. w D. został wpisany do Rejestru Związków (...) pod pozycją (...)

6 maja 2009 r. ogłoszono statut Związku (...) i (...) P..

Statut był kilkakrotnie zmieniany, obwieszczenia o zmianach ogłaszano 6 lipca 2015 r. oraz 29 marca 2018 r.

Dowód: obwieszczenie z 6.05.2009 r. i statut k.99 - 102v

obwieszczenie z 6.07.2015 r. k. 104

obwieszczenie z 29.03.2018 r. k. 105

16 października 2019 r. Związek (...) i (...) P. ogłosił wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych pn.: „Modernizacja oczyszczalni ścieków w Z. - W. - część II osadowa” o numerze referencyjnym (...).

W pkt. III.1.3) ogłoszenia określono warunki zdolności technicznej lub zawodowej, jakie miał spełnić wykonawca. M.in. wykonawca spełni te warunki, jeżeli wykaze, że:

- wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, co najmniej dwa zamówienia na roboty budowlane polegające na modernizacji/ rozbudowie/przebudowie oczyszczalni ścieków komunalnych, której zakres obejmował gospodarkę osadową o wartości nie mniejszej niż 6.000.000 zł netto każda, w tym jedna z robót wykonana w ramach inwestycji realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe (...) lub równoważne. W celu potwierdzenia spełnienia warunku wykonawca musiał zawrzeć odpowiednie oświadczenie w części IV sekcja C pkt. 1 a) oświadczenia własnego – patrz punkt 8.1 SIWZ;

- dysponuje następującymi osobami skierowanymi przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, odpowiedzialnymi za świadczenie robót budowlanych, które należy wpisać do oświadczenia własnego: warunek zostanie spełniony, jeżeli wykonawca załączy do oferty wymagany wykaz osób - tzn. Zespołu (...) i wykaze, że dysponuje lub będzie dysponował nimi: m.in. jedną osobą na stanowisko Technologa (Ekspert nr 6), która posiada: co najmniej 5 - letnie doświadczenie zawodowe, w tym pełniącej funkcję technologa rozruchu przy realizacji co najmniej 2

instalacji zagospodarowania osadów ściekowych o wartości 6 mln zł brutto każda. Zamawiający w celu potwierdzenia spełnienia ww. warunku miał wypełnić część IV sekcji C pkt. 2) oświadczenia własnego.

Zgodnie z pkt. III.2.2 Zamawiający przewidział fakultatywne podstawy wykluczenia wykonawcy: art. 24 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp i art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp.

Zgodnie z pkt. III.5.1 w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający zażąda m.in. następujących dokumentów:

- 8.22.1: wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonywania i podmiotów, na rzecz których roboty te były wykonywane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje, bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty;
- 8.22.2: wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także z zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Zgodnie z pkt. III.7 ppkt. 8.3 wykonawca miał obowiązek złożenia do oferty informacji o zrealizowanych kontraktach/zadaniach/budowach w celu ustalenia punktacji w kryterium oceny ofert pn. „doświadczenie Technologa, kierownika budowy, której wzór stanowią załączniki nr 6 punkt 1 do SIWZ.

Zgodnie z pkt. IV.1.2 wykonawca obowiązany był do wniesienia wadium w kwocie 80.000 zł przed upływem terminu składania ofert.

Termin składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oznaczono na 30 października 2019 r. godzina 10:00.

Dowód: ogłoszenie z 16.10.2019 r. k. 16 - 30

6 listopada 2019 r. Związek (...) i (...) P. ogłosił informację o zmianie ogłoszenia z 16 października 2019 r. Zmianie uległ m.in. termin składania ofert, który ustalono na 15 listopada 2019 r. godzina 10:00. Postanowiono również, że wykonawca mógł przed upływem terminu do składania ofert zmienić lub wycofać ofertę opatrując informację pismem „zmiana”, „wycofanie”. Po upływie terminu do składania ofert wykonawca nie mógł skutecznie dokonać zmiany ani wycofać złożonej oferty.

Dowód: ogłoszenie z 6.11.2019 r. k. 31 - 33

12 listopada 2019 r. zawarta została umowa konsorcjum przez (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w M. - KRS (...) (w umowie wskazano, że po zarejestrowaniu zmiany umowy spółki firma spółki (...) będzie brzmieć: 13,6 (...) sp. z o.o. z siedzibą w S., ul. (...)) oraz (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Ł..

Umowa została zawarta w celu przygotowania oraz realizacji w miejscowości Z. inwestycji rozbudowy i modernizacji tamtejszej oczyszczalni ścieków obejmującej dostawę, montaż i rozruch instalacji przetwarzania zagęszczonych osadów ściekowych na nawozy mineralno-organiczne oraz środki wspomagające uprawę roślin, tj. Modernizacja oczyszczalni ścieków w Z. - W. - część II osadowa, (...) (§ 1 ust. 1).

Zakresem przedmiotowym konsorcjum objęte zostało wspólne przygotowanie i złożenie ofert w przetargu publicznym nieograniczonym, a w razie wyboru oferty konsorcjum zawarcie umowy z zamawiającym i wspólna realizacja przedmiotu zamówienia oraz wykonywanie wszelkich czynności w okresie rękojmi i gwarancji, jak również rozliczenie konsorcjum (§ 1 ust. 2).

Strony oświadczyły, że niniejsza umowa nie stanowi umowy spółki cywilnej w rozumieniu art. 860 i nast. k.c. (§ 1 ust. 13).

Funkcję lidera konsorcjum i pełnomocnika powierzono (...) sp. z o.o. w M., która m.in. miała obowiązek reprezentować interesy konsorcjum przed zamawiającym oraz innymi instytucjami i dokonywanie czynności prawnych wobec zamawiającego (§ 2 ust. 3 lit. b), wniesienia wadium, w tym pokrycia kosztów wniesienia wadium (§ 2 ust. 4 lit. f).

Postanowiono, że wszelkie zobowiązania mające skutki finansowe dla konsorcjum zaciąga lider na swój rachunek i ryzyko. W tym przypadku nie jest wymagana zgoda wszystkich uczestników (§ 4 ust. 3).

Umowa konsorcjum jest ważna od dnia jej podpisania do dnia zakończenia realizacji zobowiązań wynikających z umów zawartych z zamawiającym. Umowa wygasa automatycznie w przypadku niezaakceptowania oferty konsorcjum przez zamawiającego (§ 6 ust. 2).

Wadium, gwarancje, polisy wymagane umową wnosi lider konsorcjum. Koszty uzyskania wadium, gwarancji, polis wymaganych umową ponosi lider konsorcjum (§ 7 ust. 1).

Dowód: umowa konsorcjum k. 34 - 36

25 października 2019 r. (...) Bank (...) S.A. w W. zawarła z 13,6 (...) sp. z o.o. w S. (KRS (...)) umowę rachunku bieżącego nr (...).

13 listopada 2019 r. z rachunku nr (...),6 (...) sp. z o.o. uiściła na rzecz Związku (...) i (...) P. kwotę 80.000 zł tytułem wadium.

Dowód: umowa rachunku bieżącego k. 38 - 39

potwierdzenie przelewu k. 37

15 listopada 2019 r. dokonano otwarcia ofert i stwierdzono, że wpłynęły dwie oferty złożone przez Konsorcjum firm (...) sp. z o.o. (lider) i (...) sp. z o.o. w Ł. (partner) oraz (...) sp. z o.o. w P..

W treści informacji zawarto oświadczenie, że zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinalizowanie zamówienia kwotę 9.579.904,29 zł brutto.

Dowód: informacja z otwarcia ofert k. 42

W piśmie z 18 grudnia 2019 r. Związek (...) i (...) P. zwrócił się do (...) sp. z o.o. o:

- uzupełnienie wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego o Eksperta nr 4 - Kierownika Robót w zakresie robót sieci, instalacji, urządzeń elektrycznych;
- wyjaśnienie wykazu doświadczenia Eksperta nr 6 - Technologa J. Z.;
- podanie całej wartości instalacji przeróbki osadu w S. i M. w kwotach brutto;
- załączenie dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie.

Termin na dostarczenie wyjaśnień i uzupełnienie wykazu osób wyznaczono do 3 stycznia 2020 r.

W odpowiedzi na powyższe pismo (...) sp. z o.o. w piśmie z 21 grudnia 2019 r. wskazała, że przedłożyła dokumenty potwierdzające, że roboty budowlane wykazane przez nią według pkt. 8.22.1. SIWZ dotyczące: rozbudowy oczyszczalni ścieków w J., budowy suszarni osadów w Ż., przebudowy wraz z rozbudową oczyszczalni ścieków w M., zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone. Jednocześnie wyjaśniła, że całkowita wartość instalacji przeróbki osadów wynosiła odpowiednio: w M. - 6.328.350 zł brutto, w S. 4.797.000 zł brutto.

W piśmie z 31 grudnia 2019 r. spółka (...) - w odpowiedzi na pismo z 18 grudnia 2019 r. - potwierdziła, że A. Z. dysponujący uprawnieniami budowlanymi do projektowania i kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych oraz elektroenergetycznych skierowany będzie jako Ekspert nr 4 do realizacji przedmiotowego zadania publicznego.

Do pisma tego dołączono załącznik nr 1 dotyczący uprawnień i doświadczenia A. Z..

Dowód: pismo z 18.12.2019 r. k. 43

pismo z 21.12.2019 r. k. 44

pismo z 31.12.2019 r. z załącznikiem k. 45 - 45v

2 stycznia 2020 r. Związek (...) i (...) P. zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty nr 1 konsorcjum firm (...) sp. z o.o. i (...) sp. z o.o. Wartość złożonej oferty to 9.785.852,98 zł brutto. Liczba uzyskanych punktów to 96. W uzasadnieniu wskazano, że oferta spełnia warunki udziału w postępowaniu, a złożona oferta spełnia wszystkie wymogi zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), jest zgodna z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

W załączeniu przedstawiono ocenę ofert.

Dowód: zawiadomienie k. 46

ocena ofert k. 46v

W piśmie z 7 stycznia 2020 r. (...) sp. z o.o. w P. poinformowała zamawiającego Związek (...) i (...) P. o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez zamawiającego oraz czynnościach zaniechanych, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie umowy.

Spółka zarzuciła: naruszenie art. 24 ust. 1 pkt. 17) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie ( (...) sp. z o.o. oraz (...) sp. z o.o.) pomimo przedstawienia informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia; naruszenie art. 24 ust. 1 pkt. 12 w zw. z pkt. 16) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie ( (...) sp. z o.o. oraz (...) sp. z o.o.) pomimo braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i pomimo wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji dot. spełnienia warunków udziału w postępowaniu; naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 5 zd. 1 Rozporządzenia Ministra (...) z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez brak niezwłocznego udostępnienia Wykonawcy wglądu do dokumentów postępowania - a zwłaszcza dokumentów składanych przez konsorcjum (...) sp. z o.o. oraz (...) sp. z o.o. na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust.2 ustawy Pzp i wszelkiej innej korespondencji między zamawiającym a konsorcjum prowadzonej po terminie otwarcia ofert, ewentualnie brak niezwłocznego poinformowania skarżącego o udostępnieniu dokumentów do wglądu.

W uzasadnieniu spółka (...) wskazała, że w przypadku inwestycji w S. i G. wykonawca podał nieprawdziwe informacje dotyczące wartości prac w części technologicznej. Nadto zarzuciła, że konsorcjum nie spełniło wymogów odnośnie

udziału technologa, bowiem wskazany przez konsorcjum (...) dokonuje rozruchu w technologii, która nie jest na rynku powszechnie znana.

Do pisma dołączono jako załączniki: informację z 20 lipca 2017 r. z otwarcia ofert w odniesieniu do przetargu na inwestycję w S. ze wskazaniem kwot 2.764.374,27 zł brutto oraz ogłoszenie z 12 kwietnia 2017 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty dotyczącej zamówienia na roboty w G. na kwotę 2.736.381 zł.

Dowód: pismo z 7.01.2020 r. z załącznikami k. 85 - 97

W piśmie z 10 stycznia 2020 r. (...) sp. z o.o. jako lider konsorcjum poinformowała Związek (...) i (...) P., że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych z 16 października 2019 r. przedłuża termin związania ofertą o 30 dni, tj. do 12 lutego 2020 r., łącznie z przedłużeniem ważności wadium.

Dowód: pismo z 10.01.2020 r. k. 98

W piśmie z 10 stycznia 2020 r. Związek (...) i (...) P. zwrócił się do (...) sp. z o.o. o złożenie wyjaśnień w związku z zarzutami spółki (...) w zakresie wartości inwestycji i doświadczenia eksperta J. Z., w terminie do 17 stycznia 2020 r. Do pisma załączono informacje z otwarcia ofert z 20 lipca 2017 r. i 12 kwietnia 2017 r., załączone do złożonego wcześniej pisma spółki (...).

Dowód: pismo z 10.01.2020 r. z załącznikami k. 47 - 49

W piśmie z 16 stycznia 2020 r. (...) sp. z o.o. poinformowała Związek (...) i (...) P., że po dodatkowej weryfikacji stwierdziła, iż wartość zadania inwestycyjnego przyjętego jako zakres doświadczenia Eksperta nr 6 - Technologa rozruchu został uznany przez tę spółkę na podstawie przesłanek nieadekwatnych do wymagań i zapisów SIWZ. W konsekwencji (...) sp. z o.o. potwierdziła, że zakres zadań Eksperta nr 6 jest niezgodny z ust. 7.1. pkt 7.1.2 ppkt. C 2.6.SIWZ.

Jednocześnie zwróciła uwagę na niezgodność z przedmiotem zamówienia zakresu zadań przedłożonych przez spółkę (...) jako potwierdzenie kompetencji i doświadczenia Eksperta nr 6 pozostającego do jej dyspozycji.

Dowód: pismo z 16.01.2020 r. k. 50

24 stycznia 2020 r. Związek (...) i (...) P. zamieścił na stronie internetowej zawiadomienie o wykluczeniu wykonawcy oraz odrzuceniu oferty nr 1 (tj. oferty złożonej przez konsorcjum firm (...) sp. z o.o. i (...) sp. z o.o.) na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i pkt 17 w związku z art. 24 ust. 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, w zawiadomieniu wskazano również, że na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Następnie - powołując się na art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych - zawiadomił o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na to, że wykonawca, który złożył ofertę nr 1 został wykluczony, a jego oferta odrzucona z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, natomiast oferta nr 2 złożona w postępowaniu przewyższa kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Dowód: zawiadomienie z 24.01.2020 r. k. 52 - 52v

W piśmie z 24 stycznia 2020 r. Związek (...) i (...) P. poinformował lidera konsorcjum (...) sp. z o.o., że zatrzyma wadium w kwocie 80.000 zł na podstawie art. 46 ust. 5 pkt 3) ustawy Prawo Zamówień Publicznych z uwagi na to, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Jednocześnie wskazał, że wykonawca został wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 12 ustawy P.z.p., a oferta wykonawcy odrzucona zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Dowód: pismo z 24.01.2020 r. k. 51

W piśmie z 26 stycznia 2020 r. (...) sp. z o.o. poinformowała Związek (...) i (...) P. o niezgodnej z prawem czynności Zamawiającego polegającej na błędnym zastosowaniu art. 46 ust. 5 pkt 3 Pzp, czego skutkiem jest bezprawne zatrzymanie wadium złożonego przez konsorcjum w niniejszej sprawie.

W piśmie z 29 stycznia 2019 r. - stanowiącym odpowiedź na powyższe pismo - Związek (...) i (...) P. podtrzymał decyzję o zatrzymaniu wadium. Wskazał, że dopiero po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego, po wyborze oferty, okazało się, że konsorcjum nie spełnia warunków udziału.

Dowód: informacja z 26.01.2020 r. k. 53 - 54

pismo z 29.01.2020 r. k. 55

31 stycznia 2020 r. ogłoszono w Dzienniku Urzędowym Województwa (...) zmianę statutu Związku (...) i (...) P. zgodnie z treścią uchwały Zgromadzenia Nr VI/23/2019 z 15 listopada 2019 r. poprzez przyjęcie statutu Związku (...). Statut po zmianach stanowi podstawę prawną działania związku powiatowo-gminnego powstałego z przekształcenia Związku (...) i (...) P. i zorganizowanego pod nazwą Związek (...).

Dowód: obwieszczenie z 31.01.2020 r. k. 106 - 110

10 lutego 2020 r. zamieszczono w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia na roboty budowlane „Modernizacja oczyszczalni ścieków w Z. - W. - część II osadowa” o numerze referencyjnym (...) z uwagi na wykluczenie wykonawcy i odrzucenie oferty nr 1. Wskazano, że druga oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, co uzasadnia unieważnienie postępowania.

Dowód: ogłoszenie o udzieleniu zamówienia k. 56 - 57

W piśmie z 4 grudnia 2020 r. pełnomocnik konsorcjum spółek (...) - (...) przedstawił Związkowi (...) i (...) P. opinię na temat niezasadności zatrzymania kwoty tytułem wadium i zaproponował polubowne zakończenie sporu poprzez zwrot wadium, w zamian wykonawca miał odstąpić od żądania odsetek ustawowych za opóźnienie w zwrocie wadium.

W odpowiedzi - w piśmie z 31 grudnia 2020 r. - Związek (...) podtrzymał stanowisko co do braku podstaw do zwrotu wadium, powołując się w tym zakresie na stanowisko judykatury i doktryny.

Dowód: pismo z 4.12.2020 r. k. 58 - 60v

pismo z 31.12.2020 r. k. 61 - 61v

7 kwietnia 2021 r. ogłoszono kolejną zmianę statutu Związku (...) wynikającą z uchwały Zgromadzenia Związku (...)/ (...) z 29 grudnia 2020 r., zgodnie z którą m.in. § 22 statutu otrzymał nowe brzmienie: „Oświadczenie woli w imieniu Zarządu składa dwóch członków Zarządu, w tym Przewodniczący Zarządu. Zarząd może udzielić Przewodniczącemu Zarządu upoważnienia do składania jednoosobowo oświadczeń woli związanych z prowadzeniem bieżącej działalności Związku. W okresie nieobecności Przewodniczącego Zarządu, oświadczenie woli w imieniu Zarządu składa dwóch członków Zarządu, w tym Zastępcę Przewodniczącego.”.

Dowód: obwieszczenie z 7.04.2021 r. k. 111

### **Sąd zważył, co następuje:**

Wyjaśnienia wymaga na wstępie, że w sprawie niniejszej - która dotyczy przetargu ogłoszonego w 2019 r. i unieważnionego w 2020 r. - zastosowanie znajdują przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r., która obecnie już nie obowiązuje, utraciła bowiem moc na podstawie art. 89 ustawy Przepisy wprowadzające

ustawę Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zarazem zgodnie z art. 1 tej ustawy z dniem 1 stycznia 2021 r. weszła w życie Ustawa z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r.,poz. 2019).

Powódka wywodzi roszczenie o zwrot wadium z art. 46 ust. 1 w związku z art. 46 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2004 r. nr 19, poz. 177 z późn. zm), zwanej dalej p.z.p.

Zgodnie z art. 46 ust. 1 p.z.p. zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a.

Z kolei art. 46 ust. 4 p.z.p. stanowi, że: jeżeli wadium wniesiono w pieniądzu, zamawiający zwraca je wraz z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego, na którym było ono przechowywane, pomniejszone o koszty prowadzenia rachunku bankowego oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy na rachunek bankowy wskazany przez wykonawcę.

W sprawie nie znajduje zarazem zastosowania art. 46 ust. 4a p.z.p., zgodnie z którym: zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej

- taka sytuacja nie wystąpiła w rozpoznawanej sprawie.

W sprawie niesporne są następujące fakty:

- pozwany ogłosił przetarg, w którym brało udział dwóch wykonawców;
- 2 stycznia 2020 r. pozwany zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej przez powódkę (wartość oferty to 9.785.852,98 zł brutto) jako spełniającej wszystkie wymogi zawarte w SIWZ oraz zgodnej z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych;
- po wyborze najkorzystniejszej oferty pozwany otrzymał informację od drugiego z wykonawców, że oferta powódki zawierała nieprawdziwe informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, przy czym były to tego rodzaju nieprawdziwe informacje, że gdyby pozwany miał wiedzę o prawdziwym stanie rzeczy, to nie miałby podstaw do uznania, że oferta powódki spełnia wymogi SIWZ;
- w piśmie z 16 stycznia 2020 r. powódka poinformowała pozwanego, że po dodatkowej weryfikacji stwierdziła, iż wartość zadania inwestycyjnego przyjętego jako zakres doświadczenia Eksperta nr 6 - Technologa rozruchu został uznany przez tę spółkę na podstawie przesłanek nieadekwatnych do wymagań i zapisów SIWZ – w konsekwencji powódka przyznała, że zakres zadań wskazanego przez nią Eksperta nr 6 jest niezgodny z ust. 7.1. pkt 7.1.2 ppkt. C2.6.SIWZ;
- 24 stycznia 2020 r. pozwany zamieścił na stronie internetowej:
- zawiadomienie o wykluczeniu powódki jako wykonawcy oraz odrzuceniu oferty nr 1 złożonej przez powódkę na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i pkt 17 w zw. z art. 24 ust. 12 ustawy p.z.p., w zawiadomieniu wskazano również, że na podstawie art. 24 ust. 4 p.z.p. ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą;
- zawiadomienie o unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na to, że wykonawca, który złożył ofertę nr 1 został wykluczony, natomiast oferta nr 2 złożona w postępowaniu przewyższa kwotę, jako zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

- pozwany zatrzymał wadium wpłacone przez powódkę w oparciu o art. 46 ust. 5 pkt 3 p.z.p.

Mając na uwadze przedstawione wyżej fakty - co do których między stronami niniejszego procesu nie ma sporu - przyjąć trzeba, że pozwany zasadnie zatrzymał wadium powódki.

Zauważyć trzeba, że w stosunku do powódki nie ziszcili się przesłanki z cytowanego na wstępie art. 46 ust. 1 p.z.p. - który powódka podaje jako podstawę prawną swojego roszczenia - powódka jest bowiem wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, tym samym - zgodnie z art. 46 ust. 1 p.z.p. - zamawiający winien zwrócić wadium innym niż powódka wykonawcom, natomiast wadium uiszczone przez powódkę w świetle art. 46 ust. 1 p.z.p. nie podlega zwrotowi.

Podstawy prawnej roszczenia powódki należy więc szukać w innych przepisach p.z.p.

Przytoczyć trzeba na wstępie pełne brzmienie art. 46 ust. 5, który stanowi:

Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:

- 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
- 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Pozwany jako podstawę zatrzymania wadium wskazuje art. 46 ust. 5 pkt 3 p.z.p.

Z kolei strona powodowa swoją argumentację prawną popierającą roszczenie o zwrot wadium opiera o stwierdzenie, że oferta złożona przez powódkę - jako niespełniająca warunków SIWZ - „musiała zostać odrzucona”, tj. „nie mogła zostać wybrana”, ponieważ następczo (tj. po wyborze oferty) ujawniła się okoliczność skutkująca koniecznością wykluczenia wykonawcy. Stwierdzenie powódki już w tym miejscu zawiera wewnętrzną sprzeczność, oferta powódki nie mogła być bowiem odrzucona na skutek okoliczności, które ujawniły się dopiero po jej wyborze.

Dalej powódka wywodzi, że jeżeli zamawiający ustalił - już po wyborze oferty - że wystąpiła przesłanka, która może rzutować na ważność wyboru oferty czy też dopuszczenie wykonawcy do udziału w postępowaniu, powinien unieważnić czynność wyboru oferty, a następnie czynności powtórzyć, naprawiając uprzednio popełnione błędy. Unieważnienie czynności wyboru stanowi bowiem wypracowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej środek prawny pozwalający na zapewnienie zgodności z prawem działań podejmowanych przez zamawiającego, którego źródłem jest art. 7 ustawy.

Innymi słowy powódka wywodzi, że w rozpoznawanej sprawie pozwany postąpił nieprawidłowo unieważniając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p., zamiast tego powinien bowiem unieważnić czynność wyboru oferty powódki jako najkorzystniejszej, naprawiając swój wcześniejszy błąd, a następnie dokonać ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Dla poparcia tego stanowiska powódka powołała orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 stycznia 2012 r. wydany w sprawie KIO 104/12, w którym wskazano:

1. Wybór oferty powinien nastąpić po zastosowaniu właściwego badania i oceny ofert, z zastosowaniem wszelkich procedur przewidzianych w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.). Wybranie oferty najkorzystniejszej bez poddania jej badaniu wskazanemu w ustawie Prawo zamówień publicznych (w tym także zaniechanie dokonania czynności wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia jego oferty) stanowi wybór z naruszeniem przepisów tej ustawy, a zatem jest to wybór wadliwy.

2. Wada polegająca na wyborze błędnej oferty, nie stanowi wady, której nie można usunąć. Zamawiający ma możliwość naprawienia błędu.

Jest uprawniony do unieważnienia z własnej inicjatywy wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonywania badania i oceny ofert, gdy tylko stwierdzi, iż uprzednio popełnił błąd, wybierając ofertę z naruszeniem przepisów ustawy.

Powyższa wada nie stanowi okoliczności, o których mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, uprawniających zamawiającego do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Sądu pogląd wyrażony przez Krajową Izbę Odwoławczą należy w pełni zaaprobować, co jednak nie oznacza, że w rozpoznawanej sprawie - zgodnie z sugestią powódki - pozwana powinna unieważnić czynność wyboru oferty, a nie unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Stanowisko powódki jest w tym zakresie błędne, w rozpoznawanej sprawie nie zaistniał bowiem taki stan faktyczny, jaki legł u podstaw cytowanych przez powódkę wyroków Krajowej Izby Odwoławczej. Orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej dotyczą bowiem takiej sytuacji, w której zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego popełnił błąd polegający na tym, że nie dopełnił wszystkich czynności, jakie powinny być zgodnie z p.z.p. przeprowadzone w toku czynności badania i oceny ofert. Błąd taki może polegać na działaniu bądź zaniechaniu zamawiającego, jego konsekwencją jest wybór oferty, które nie została poddana ocenie w zakresie w przewidzianym p.z.p. i tym samym została wybrana błędnie. Krajowa Izba Odwoławcza podkreśla, że w takim wypadku zamawiający ma obowiązek swój błąd naprawić.

Rzecz w tym, że w rozpoznawanej sprawie zamawiający (pozwany) nie popełnił żadnego błędu, dopełnił wszystkich czynności przewidzianych przez p.z.p. dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej (dopiero po wyborze oferty ujawnione zostało, że powódka podała w ofercie nieprawdziwe dane dotyczące Eksperta nr 6, o czym pozwany dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej nie wiedział). Tym samym powódka błędnie zakłada, że pozwany powinien unieważnić swoją czynność wyboru oferty po to, ażeby naprawić swój błąd, pozwany bowiem błędu nie popełnił, dochował wszystkich obowiązków ustawowych, tym samym nie ma czego naprawiać.

Oceniając sytuację, jaka wystąpiła w niniejszej sprawie, należy wyjść od stwierdzenia, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego należy oddzielić czynność polegającą na wyborze oferty (art. 91 p.z.p.) od czynności zawarcia umowy (art. 93 p.z.p.). Powyższe podkreślała sama powódka, wywodząc jednakże z tego rozróżnienia błędne wnioski.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego można zatem wyróżnić dwa etapy. Wybór oferty kończy I z etapów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego uczestnikami są wszyscy wykonawcy. Kolejny – II etap zmierzający do zawarcia umowy – jest etapem, którego uczestnikiem jest tylko jeden wykonawca: ten, którego oferta została wybrana.

W rozpoznawanej sprawie zakończył się I etap, wybrana została oferta powódki, w postępowaniu tym zamawiający nie popełnił żadnego błędu ani poprzez działanie, ani poprzez zaniechanie, dochował bowiem wszystkich wymogów ustawowych.

Po zakończeniu tego etapu ujawniły się okoliczności (których pozwany nie znał, powódka ich bowiem nie podała) i których podstawą było wykluczenie powódki z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co zamawiający uczynił na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i pkt 17 p.z.p.

Dla porządku należy przytoczyć treść przywołanych jednostek redakcyjnych p.z.p. :

**Art. 24 ust. 1 pkt 12:**

Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

12) wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia;

**Art. 24 ust. 1 pkt 17:**

Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że zgodnie z art. 24 ust.12 p.z.p.:

zamawiający może wykluczyć wykonawcę na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

Ponadto zgodnie z art. 24 ust.4 p.z.p.:

ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Tym samym prawodawca założył, że również po wyborze oferty można wykluczyć wykonawcę, co nie jest jednak równoznaczne z odrzuceniem jego oferty [jak słusznie podnosi powódka w rozpoznawanej sprawie oferta powódki nie mogła być odrzucona, skoro została już wybrana], zamiast tego ofertę wykonawcy wykluczonego na tym etapie „uznaje się za odrzuconą”. Tym samym wykluczenie wykonawcy na etapie postępowania po wyborze oferty nie jest blokadą przeprowadzenia ponownego wyboru ofert przez zamawiającego. Pozwany w rozpoznawanej sprawie w istocie tak właśnie postąpił dokonując ponownego wyboru ofert, przy czym jego wybór - po wykluczeniu powódki - ograniczał się do jednej tylko oferty, której cena przewyższała kwotę, jaką pozwany zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W tej sytuacji pozwany zasadnie unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p.

Podsumowując wskazać trzeba, że z powyższego wynikają dwie istotne dla rozpoznawanej sprawy kwestie. Po pierwsze pozwany mógł wykluczyć powódkę z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na każdym etapie tego postępowania, a więc także po wyborze oferty powódki jako najkorzystniejszej (a więc II etapie, kiedy postępowanie zmierzało już do zawarcia umowy, a jego uczestnikiem była już tylko powódka jako wykonawca, którego oferta została wybrana). Po drugie oferta powódki jako wykonawcy wykluczonego nie jest ofertą odrzuconą, ustawodawca dla takiego stanu rzeczy posłużył się bowiem sformułowaniem, że jest to oferta którą „uznaje się za odrzuconą”.

Tym samym upada argumentacja powódki, zgodnie z którą po stronie pozwanego miałby wystąpić brak podstaw do zatrzymania wadium, z uwagi na niespełnienie wymogów art. 46 ust. 5 p.z.p.

Jest dokładnie przeciwnie: po pierwsze powódka jest wykonawcą, którego oferta została wybrana, zakończył się bowiem etap I wyboru ofert (zamawiający przy dokonywaniu tego wyboru nie popełnił żadnego błędu, który miałby skutkować unieważnieniem tej czynności), wybrana została oferta powódki, co nastąpiło zgodnie z przepisami p.z.p. Dopiero po wyborze oferty – w II etapie – ujawniły się okoliczności, które skutkowały wykluczeniem powódki z postępowania o udzielenie zamówienia, przy czym sam fakt wykluczenia (który jest możliwy również na etapie postępowania po wyborze oferty najkorzystniejszej) nie oznacza, że oferta powódki została odrzucona, oferta powódki jest jedynie „uznawana za odrzuconą” w myśl art. 24 ust.4 p.z.p.

Tym samym spełniona została pierwsza przesłanka zatrzymania wadium z art. 46 ust. 5 p.z.p.: powódka jest wykonawcą, którego oferta została wybrana.

Po drugie spełniona została również kolejna przesłanka zatrzymania wadium: w fazie postępowania przetargowego zakończonego już wyborem oferty, a więc w fazie zmierzającej do zawarcia umowy (etap II) - jej zawarcie stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. W rozpoznawanej sprawie nie może być wątpliwości co do tego, że zawarcie umowy okazało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie powódki, wszak to powódka składając

ofertę podała nieprawdziwe dane dotyczące Eksperta nr 6 i tym samym jej oferta nie odpowiadała wymogom SIWZ, o czym pozwany na etapie postępowania zmierzającym do wyboru ofert nie mógł wiedzieć. Niesporne jest również, że przyczyny skutkujące niemożliwością zawarcia umowy i leżące po stronie powódki ujawniły się dopiero po wyborze oferty powódki jako najkorzystniejszej.

Podkreślenia wymaga przy tym, że art. 46 ust. 5 p.z.p. nie wymaga, aby przyczyny leżące po stronie wykonawcy były przez niego zawinione. Tym samym nawet jeżeli powódka nie ponosi winy w tym, że podała nieprawdziwe dane dotyczące Eksperta nr 6, to i tak przyjąć trzeba, że do zawarcia umowy nie doszło z przyczyn leżących po jej stronie i tym samym ziściły się wszystkie przesłanki zatrzymania wadium z art. 46 ust. 5 pkt 3 p.z.p.

Przytoczyć należy w tym miejscu prezentowany w orzecznictwie trafny pogląd - rozróżniający na tle art. 46 ust. 5 pkt 3 p.z.p. **okoliczności pierwotne** (powstałe przed wyborem oferty, a ujawnione po wyborze) oraz **okoliczności następcze** (powstałe po wyborze oferty) - wyrażony przez Sąd Okręgowy w Szczecinie II Wydział Cywilny Odwoławczy w wyroku z 28 października 2014 r. wydanego w sprawie II Ca 111/14. W uzasadnieniu tego wyroku wskazano m.in.:

„W art. 46 ust. 5 pkt 3 PZP chodzi o sytuacje, w których za brak zawarcia umowy winę ponosi sam wykonawca i to na skutek okoliczności pierwotnych (powstałych przed wyborem oferty, a ujawnionych po wyborze) oraz następczych (powstałych po wyborze oferty).

Treść przepisu, który sięga wyłącznie po przyczyny leżące po stronie wykonawcy, oznacza, że nie znajdują zastosowania przypadki niezawinionej niemożliwości, a co za tym idzie, nie spowodują utraty przez niego wadium. Podobne unormowanie znaleźć można w prawie cywilnym i art. 475 § 1 KC, który stanowi, że jeżeli świadczenie stało się niemożliwe skutkiem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi, zobowiązanie wygasa. Jest to związane z niemożliwością o charakterze obiektywnym i jeśli jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi wygasa ex nunc”.

Odnosząc się do tego wyroku - który powódka zapewne powołała w pozwie (teza 39 uzasadnienia pozwu zawierająca nieskończone zdanie) i który był w niniejszym procesie cytowany również przez stronę pozwaną - powódka przedstawiła swoje stanowisko w piśmie procesowym z 23 listopada 2021 r. wskazując, że cytowana wypowiedź pozostaje bez znaczenia dla sprawy, ponieważ stan faktyczny sprawy rozpoznawanej pod sygnaturą II Ca 111/14 przez Sąd Okręgowy w Szczecinie nie dotyczył w ogóle zatrzymania wadium. Przedmiot cytowanej sprawy pozostaje jednak bez znaczenia dla trafności stanowiska, zgodnie z którym w art. 46 ust. 5 pkt 3 p.z.p. chodzi zarówno o sytuacje, w których do zawarcia umowy nie doszło na skutek okoliczności pierwotnych (powstałych przed wyborem oferty, a ujawnionych po wyborze), jak również o sytuacje dotyczące okoliczności następczych (powstałych po wyborze oferty).

Mając na uwadze powyższe przyjąć należało, że roszczenie powódki o zwrot wadium jest nieuzasadnione, natomiast pozwany zasadnie zatrzymał wadium na podstawie art. 46 ust. 5 pkt 3 p.z.p., ziściły się bowiem wszystkie przesłanki zatrzymania wadium wymienione w tym przepisie: oferta powódki została wybrana (zakończył się bowiem I etap postępowania zmierzający do wyboru ofert, w którym brali udział wszyscy wykonawcy), następnie przystąpiono do etapu II zmierzającego do zawarcia umowy, na tym etapie ujawniono jednakże, iż zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (były to przyczyny, które powstały przed wyborem oferty, ale ujawniono je dopiero po wyborze).

Jak już wcześniej wspomniano art. 46 ust. 5 p.z.p. nie wymaga, aby przyczyny leżące po stronie wykonawcy były przez niego zawinione. Tym samym bez znaczenia pozostaje, czy powódka ponosi winę za podanie nieprawdziwych informacji w I etapie postępowania, czy też takiej winy nie można jej zarzucić (innymi słowy bez znaczenia pozostaje na jakiej podstawie opisanej w art. 24 ust. 1 pkt 1-23 p.z.p. powódka została wykluczona z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego). Co więcej bez znaczenia dla sprawy pozostaje art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p., przepis ten nie był bowiem podstawą wykluczenia powódki w niniejszej sprawie, pozwany zastosował bowiem niezależnie od siebie dwie inne podstawy: art. 24 ust. 1 pkt 12 i pkt 17.

Z tego powodu postanowieniem z 11 sierpnia 2022 r. na podstawie art. 235<sup>2</sup> § 1 pkt 2 k.p.c. pominięte zostały dowody z zeznań świadków oraz dowód z przesłuchania stron, które powołała powódka w piśmie procesowym z 23 listopada 2021 r. Dowody te zostały bowiem powołane przez powódkę w celu wykazania braku winy po stronie powódki w podaniu przez nią błędnych informacji w formularzu stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ. Jak już wyżej wspomniano zawinienie bądź też jego brak po stronie powódki jest irrelevantne dla niniejszego postępowania. Dowody przez powołane przez pozwaną zostały natomiast zgłoszone na wypadek przeprowadzenia dowodów strony przeciwnej.

Stan faktyczny sprawy ustalony został zatem wyłącznie w oparciu o dowody z dokumentów, których żadna ze stron nie kwestionowała.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 98 § 1 k.p.c. i 99 k.p.c. Pozwany wygrał postępowanie w całości, na jej rzecz zasądzono więc koszty obejmujące: koszty zastępstwa procesowego w wysokości 5.400 zł, zwrot wydatków pełnomocnika powódki w postaci opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w wysokości 17 zł.