

Sygn. akt V GC 340/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23.01.2019 r.

Sąd Rejonowy V Wydział Gospodarczy w Łomży

w składzie następującym:

Przewodniczący : SSR Ewa Kłapeć-Kalinowska

Protokolant : Karolina Chrzastowska

po rozpoznaniu w dniu 09.01. 2019 r. w Łomży

na rozprawie

sprawy z powództwa **W. R.**

przeciwko **Gminie (...)**

o zapłatę

I. Zasądza od pozwanej Gminy (...) na rzecz powoda W. R. kwotę 35.000,00 (trzydzieści pięć tysięcy) złotych wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 30 września 2016 roku do dnia zapłaty.

II. Zasądza od pozwanej Gminy (...) na rzecz powoda W. R. kwotę 1750,00 zł tytułem zwrotu opłaty od pozwu.

UZASADNIENIE

Powód W. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą (...) z siedzibą w W. wniósł o zasądzenie od pozwanej Gminy (...) na jego rzecz kwoty 35.000 zł wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie liczonymi od dnia 30 września 2016 r. oraz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Z uzasadnienia pozwu wynikało, że kwota dochodzona przez powoda stanowi równowartość zatrzymanego przez pozwaną wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Przebudowę boiska przy Zespole (...) wraz z obiektami i urządzeniami lekkoatletycznymi i infrastrukturą towarzyszącą. Etap I – przebudowa boiska do piłki nożnej”, które zostało opublikowane w dniu 19 lipca 2016 r. Powód wskazywał, że złożył ofertę, którą zabezpieczył wadium w wysokości 35.000 zł w formie gwarancji ubezpieczeniowej, której gwarantem było (...) Spółka Akcyjna (...), zwana dalej gwarantem. Powód wywodził, że po złożeniu ofert, tj. w dniu 10 sierpnia 2016 r. pozwany wezwał go do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom zamawiającego oraz kosztorysu ofertowego wykonanego na podstawie przedmiarów, który uwzględnia całość prac niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia. Powód twierdził, że nie mógł uzupełnić dokumentów wskazanych w wezwaniu wobec braku podstaw prawnych do uzupełnienia oferty o kosztorys ofertowy. Pismem z dnia 19 sierpnia 2016 r. pozwany powiadomił powoda o wyborze oferty firmy (...) sp. z o.o. oraz o odrzuceniu ofert pozostałych oferentów, a jako przyczynę odrzucenia oferty powoda wskazano niedostarczenie w terminie dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają określonym wymaganiom. Z twierdzeń powoda wynikało, że w dniu 29 sierpnia 2016 r. zawiadomił pozwanego, że w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty z dnia 19 sierpnia 2016 r. wskazano niewłaściwą podstawę faktyczną, gdyż podstawę odrzucenia oferty powinien stanowić niedołączony do oferty kosztorys ofertowy, przy czym nie może być uzupełniany w drodze wezwania do uzupełnienia braków.

Ponadto powód wskazywał, że w dniu 13 września 2016 r. gwarant zawiadomił go o otrzymaniu żądania zapłaty kwoty 35.000 zł z tytułu ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium z dnia 2 sierpnia 2016 r. Kwota wadium została przelana przez gwaranta na konto pozwanego w dniu 18 października 2016 r., a powód twierdził, że zapłacił gwarantowi kwotę gwarancji w dniu 13 września 2016 r. W związku z tym w dniu 3 marca 2017 r. powód skierował do pozwanego wezwanie do zapłaty kwoty bezpodstawnie zatrzymanego wadium. Pozwany w dniu 15 marca 2017 r. wskazał, że przyczyną zatrzymania wadium było nieuzupełnienie oferty o dokumenty potwierdzające, że oferowane roboty budowlane odpowiadają określonym wymaganiom.

Jako podstawę prawną zgłoszonych roszczeń powód wskazał przepis art. 405 kc i art. 410 kc w zw. z art. 46 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, gdyż powód dochodzi zwrotu nienależnie pobranego świadczenia, które powstało w wyniku zatrzymania wadium (k. 4 – 12).

W dniu 24 września 2018 r. Sąd Rejonowy w Łomży w dniu 24 września 2018 r. wydał nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym w którym nakazał Pozwanej Gminie (...), aby zapłaciła powodowi kwotę 35.000 zł z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 30 września 2016 r. do dnia zapłaty (k. 146).

Od powyższego nakazu zapłaty pozwana złożyła sprzeciw, zaskarżając nakaz zapłaty w całości. Ponadto wniosła o zasądzenie od pozwanego na jej rzecz kosztów procesu według norm przepisanych.

W uzasadnieniu sprzeciwu pozwana przyznała fakt ogłoszenia postępowania przetargowego na „Przebudowę boiska przy Zespole (...) wraz z obiektami i urządzeniami lekkoatletycznymi i infrastrukturą towarzyszącą. Etap I – przebudowa boiska do piłki nożnej”. Potwierdziła fakt złożenia ofert przez 6 oferentów. Pozwana przyznała jednocześnie, że pismem z dnia 10 sierpnia 2016 r. wezwała powoda do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, a następnie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienia warunków udziału w postępowaniu przetargowym, a także do nadesłania kosztorysu ofertowego sporządzonego na podstawie przedmiarów, który będzie uwzględniać całość prac niezbędnych do wykonania prac niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia. Wskazała ponadto, że inni oferenci także zostali wezwani do uzupełnienia oferty w określonym terminie.

Strona pozwana przyznała także, że pismem z dnia 8 marca 2017 r. powód wezwał ją do zwrotu wadium zatrzymanego z powodu nieuzupełnienia w terminie dokumentów. Z twierdzeń pozwanej wynikało, że zatrzymała wadium w oparciu o przepis 46 ust. 4a ustawy z dnia z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie wynikające z art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń i 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 oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Pozwana podnosiła, że wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów ma charakter obligatoryjny, z wyjątkiem jednak sytuacji, gdy oferta danego wykonawcy podlega odrzuceniu z innych przyczyn lub gdy zachodzi podstawa do unieważnienia postępowania przetargowego. W ocenie pozwanej wykonawca może uchronić się przed zatrzymaniem wadium wyłącznie w przypadku, gdy udowodni, że nieuzupełnienie wskazanych przez zamawiającego dokumentów wynikało z przyczyn nieleżących po jego stronie. W tej sytuacji ciężar dowodu spoczywa na wykonawcy, a nie na zamawiającym.

Pozwana wskazywała, że obowiązek zamawiającego zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych nie zachodzi jedynie w przypadku, gdy niezłożenie przez wykonawcę żądanych przez zamawiającego dokumentów, na podstawie art. 26 ust. 3 było następstwem okoliczności, na które przy zachowaniu należytej staranności wykonawca nie miał i nie mógł mieć wpływu.

W konkluzji pozwana wskazywała, że miała prawo do zatrzymania wadium, bowiem oferta powoda w przypadku terminowego uzupełnienia oferty zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza lub zostałaby po otrzymaniu wyjaśnień odrzucona. Strona pozwana wskazywała, że nieuzupełnienie dokumentów w terminie skutkowało tym, że zamawiający podpisał umowę z wykonawcą na kwotę 1.458.288,31 zł, zamiast na kwotę 1.383.950,93 zł (k. 151 – 156).

W odpowiedzi na sprzeciw powód wniósł o oddalenie sprzeciwu w całości. Powoływał się na dyspozycję z art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, którego wynika, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25 ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Powód podnosił, że pozwany w tej sytuacji miał obowiązek sprawdzenia, czy jego oferta podlega odrzuceniu, a dopiero po uzyskaniu pewności, że nie podlega odrzuceniu, zaktualizował się obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentów. Powód powoływał się na ugruntowane poglądy doktryny oraz orzecznictwo, z którego wynikało, że jeżeli zamawiający wymagał podania określonych informacji odnoszących się do przedmiotu oferty, zaś wykonawca tych informacji nie podał, to treść oferty nie odpowiadała treści SIWZ i taka oferta powinna zostać odrzucona. Zatem przed wystosowaniem do uzupełnienia dokumentów pozwana posiadała wiedzę o materialnej treści oferty powoda z treścią SIWZ. W konsekwencji powód podniósł, że skoro z mocy prawa wezwanie nie mogło zostać do niego skierowane, to nie można uznać za zgodne z prawem kolejnej czynności dokonanej na skutek nieuzupełnienia dokumentów i próbek trawy (k. 183 – 186).

Sąd ustalił, co następuje:

W dniu 19 lipca 2016 r. pozwana Gmina (...) zamieściła ogłoszenie o zamówieniu publicznym na roboty budowlane pt. „Przebudowa boiska przy Zespole (...) wraz z obiektami i urządzeniami lekkoatletycznymi i infrastrukturą towarzyszącą. Etap I – przebudowa boiska do piłki nożnej”. Przedmiotem zamówienia publicznego była przebudowa istniejącego boiska o nawierzchni trawiastej (naturalnej) na boisko o nawierzchni z trawy syntetycznej wraz z placami do ustawienia kabin z ławkami dla zawodników rezerwowych. Ogłoszenie o przetargu nieograniczonym zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem (...), na stronie internetowej zamawiającego oraz (...) oraz na tablicy ogłoszeń w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego. Postępowanie było prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane o wartości szacunkowej powyżej 30.000 euro i poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej Pzp (k. 20 – 27, 28 – 46).

Zarówno w ogłoszeniu zamieszczonym pozwanej, jak i w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanych dalej SIWZ) zawarta była informacja na temat wadium. Zgodnie z nią zamawiający (Gmina (...)) żądał wniesienia wadium w wysokości 35.000 zł, które mogło zostać wniesione w następujących formach: gotówkowej na rachunek bankowy pozwanej w (...) w P., poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, z tym, że poręczenie kasy było poręczeniem pieniężnym, w gwarancjach bankowych, gwarancjach ubezpieczeniowych, poręczeniach udzielanych przez odpowiednie podmioty. Zamawiający zastrzegł, że zatrzyma wadium wraz z odsetkami w przypadku wystąpienia przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp (k. 28 – 46).

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego należało przedłożyć m.in. oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach o których mowa w art 24 ust. 1 Pzp (k. 23 – 24, 33, SIWZ k. 33).

SIWZ określała również sposób porozumiewania się z zamawiającym. Dla złożenia oferty wraz załącznikami zastrzeżona była forma pisemna. Oświadczenia, wnioski, zawiadomienia i informacje zamawiający i wykonawcy mieli przekazywać pisemnie lub faksem, a każda ze stron na żądanie drugiej zobowiązana była do niezwłocznego potwierdzenia faktu ich otrzymania. W przypadku braku potwierdzenia otrzymania wiadomości przez wykonawcę, pomimo wezwania zamawiającego, ustalono, że pismo wysłane przez zamawiającego na numer faksu podany przez wykonawcę zostało mu doręczone w sposób umożliwiający zapoznanie się wykonawcy z tym pismem (SIWZ: rozdział VII pkt 1 – 5, k. 35).

Termin składania ofert upływał w dniu 4 sierpnia 2016 r. o godz. 10.00. za najkorzystniejsza miała zostać uznana oferta, która uzyska najwyższą liczbę punktów oparciu o kryteria określone tabelarycznie w rozdziale XIV pkt 4 SIWZ (k. 39 – 40, 25).

Powód W. R. złożył w przepisany terminie ofertę, którą zabezpieczył wadium w wymaganej wysokości, w postaci gwarancji ubezpieczeniowej, a gwarantem był (...) S.A. (...) z siedzibą w W. na podstawie polisy seria (...) nr (...) (k. 47 – 49, 57 – 59).

Pismem z dnia 10 sierpnia pozwana Gmina (...) wezwała powoda na podstawie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w prowadzonym postępowaniu o zamówienie publiczne poprzez dołączenie w terminie do dnia 17 sierpnia do godz. 10.00 w formie papierowej dokumentów potwierdzających, że oferowane usługi, dostawy lub roboty budowlane odpowiadają określonym wymaganiom :

-w zakresie badania na zawartość pierwiastków śladowych na wypełnienie granulatu EPDM,

-atestu PZH lub równoważny dla oferowanego zamówienia, próbkę oferowanej nawierzchni z trawy syntetycznej z oryginalną metryką producenta wraz wypełnieniem, a ponadto kosztorysu ofertowego sporządzonego na podstawie przedmiarów, który uwzględniał całość prac niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia (k. 78).

Pismem z dnia 19 sierpnia 2016 r. pozwana Gmina (...) zawiadomiła powoda, że w prowadzonym postępowaniu przetargowym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem była „Przebudowa boiska przy Zespole (...) wraz z obiektami i urządzeniami lekkoatletycznymi i infrastrukturą towarzyszącą. Etap I – przebudowa boiska do piłki nożnej” została wybrana oferta złożona przez firmę (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W., którą przedstawiła najkorzystniejszą ofertę według kryteriów ustalonych w SIWZ, a oferta powoda została odrzucona (k. 126-128).

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia zostało złożonych 6 ofert przez następujących oferentów :

-powoda,

- (...) sp. z o.o. z siedzibą w W.,

- (...) sp. z o.o. z siedzibą w W.,

- (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W.,

- (...) Sp. z o.o. z siedzibą w P.,

(...) w miejscowości D. (k. 126 – 128).

Pismem z dnia 29 sierpnia 2016 r. powód zawiadomił pozwaną o naruszeniu przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych, wskazując, iż w zawiadomieniu o odrzuceniu jego oferty z dnia 19 sierpnia 2016 r. wskazano niewłaściwą podstawę faktyczną (k. 129 – 131).

W dniu 30 sierpnia 2016 r. Gmina (...) wezwała (...) S. A. (...) z siedzibą w W. jako gwaranta do zapłaty kwoty 35.000 zł z ubezpieczeniowej gwarancji nr (...) z dnia 2 sierpnia 2016 r. tytułem zapłaty wadium przez powoda W. R. (k. 133).

Pismem z dnia 13 września 2016 r. (...) Spółka Akcyjna (...) z siedzibą w W. (gwarant) poinformowało powoda o fakcie otrzymania od pozwanej żądania zapłaty kwoty 35.000 zł z tytułu ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium nr (...) z dnia 2 sierpnia 2016 r. (k. 132 – 133). W dniu 18 października 2016 r. ww. towarzystwo ubezpieczeniowe dokonało zapłaty kwoty 35.000 zł na rzecz Gminy (...) z tytułu udzielonej gwarancji (k. 134, 135).

W dniu 13 września 2016 r. powód zapłacił kwotę gwarancji na rzecz gwaranta. W dniu 18 października 2016 r. kwota wadium w wysokości 35.000 zł została przelana przez gwaranta ((...) S.A. (...) z siedzibą w W.) na konto Gminy (...) (k. 135, 134).

Pismem z dnia 3 marca 2017 r. powód wezwał pozwaną Gminę (...) do zapłaty kwoty 35.000 zł wraz z odsetkami liczonymi od dnia 30 września 2016 r., która to kwota stanowi równowartość bezpodstawnie zatrzymanego wadium w postępowaniu o udzieleniu zamówienia publicznego na „Przebudowę boiska przy Zespole (...) wraz z obiektami i urządzeniami lekkoatletycznymi i infrastrukturą towarzyszącą. Etap I – przebudowa boiska do piłki nożnej” (k. 136 – 137).

W dniu 15 marca 2017 r. Gmina (...) poinformowała powoda, że przyczyną zatrzymania wadium było nieuzupełnienie dokumentów o dokumenty potwierdzające, że oferowane usługi, dostawy lub roboty budowlane odpowiadają określonym wymaganiom, a do odrzucenia oferty nie było podstaw z uwagi na brak kosztorysu (k. 138 – 139).

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego: dokumentów w tym przede wszystkim ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), zawiadomień wysyłanych do powoda i pozwanej

Sąd zważył, co następuje:

W ocenie Sądu powództwo podlegało uwzględnieniu w całości.

Bezspornie strona pozwana przeprowadziła postępowanie przetargowe w trybie zamówień publicznych, w rozumieniu ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej Pzp celem wyłonienia wykonawcy inwestycji określonej jako „Przebudowa boiska przy Zespole (...) wraz z obiektami i urządzeniami lekkoatletycznymi i infrastrukturą towarzyszącą. Etap I – przebudowa boiska do piłki nożnej”. Poza sporem powód złożył stosowną ofertę w tym postępowaniu, która została ostatecznie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

Odnosząc się do materiału dowodowego przedstawionego przez strony w trakcie niniejszego procesu Sąd uznał go za wiarygodny. Nie był on kwestionowany przez którąkolwiek ze stron procesu.

W ramach tego postępowania zamawiający (pozwana) zatrzymał wadium w kwocie 35.000 zł, w oparciu o przepis 46 ust. 4a ustawy z dnia z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Istota sporu sprowadzała się do oceny prawnej sytuacji faktycznej zaistniałej w toku postępowania przetargowego na gruncie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: pzp). Zdaniem sądu nie zostały spełnione przesłanki uzasadniające zatrzymanie wadium przez zamawiającego.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest w wysokim stopniu sformalizowane. Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy **ppz** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający może żądać od wykonawców oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w ww. postępowaniu oraz wymagań określonych przez zamawiającego, zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszenia do składania ofert. Stosownie do art. 26 ust. 3 ustawy **ppz**, gdy wykonawca w ofercie nie złożył wymaganych przez zamawiającego dokumentów lub oświadczeń, wzywa on wykonawcę do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba, że mimo ich złożenia oferta podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Pozwana wezwała powoda do uzupełnienia braków, poprzez uzupełnienie dokumentów potwierdzających, że oferowane przez powoda roboty budowlane odpowiadają wymaganiom zamawiającego, złożenia kosztorysu ofertowego wykonanego na podstawie przedmiarów, który uwzględnia całość prac niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, wyznaczając przy tym termin do wykonania czynności do dnia 17 sierpnia 2016 r., do godz. 10.00. Powód nie przedłożył wymaganych dokumentów, gdyż uważał, że złożona przez niego oferta winna zostać odrzucona z uwagi na brak kosztorysu ofertowego.

Zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych w brzmieniu na dzień wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia – zgodnie z przepisami intertemporalnymi ujętymi w art. 220 ust. 1 ustawy pzp. z dnia 26 listopada 2015 r. (Dz.U. z 2015 r. poz. 2164) zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Art. 46 ust. 4a ustawy **ppz** opiera się na zasadzie winy wykonawcy – obowiązek zatrzymania wadium powstaje tylko w przypadku zawinionej działalności. 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 (vide : wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 11 marca 2014 r., I ACa 789/13).

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, zdaniem sądu w działaniach powoda nie można dostrzec winy. Należy bowiem pamiętać, że niezłożenie przez wykonawcę żądanych przez zamawiającego dokumentów było następstwem okoliczności, na które obiektywnie rzecz ujmując, przy zachowaniu należytej staranności nie miał i nie mógł mieć wpływu. Zdaniem sądu wezwanie powoda do złożenia m. in. kosztorysu ofertowego wykroczało poza treść art. 26 ust. 3 pzp. Do katalogu dokumentów podlegających uzupełnieniu w trybie art. 26 ust 3 pzp nie zalicza się : wadium, oferty, formularza cenowego (vide : wyrok ZA z 25.10.2007 r., UZP /ZO/o-1253/07, Legalis) oraz przedmiaru (vide : wyrok KIO z 24.08.2010 r. , KIO/UZP 1678/10). W tym miejscu należy zwrócić uwagę na brzmienie art. 87 ust. 2 pzp, gdzie ustawodawca dopuścił możliwość poprawy w ofercie m.in. oczywistych omyłek rachunkowych , z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, i innych omyłek polegających na niezgodności oferty z siwz, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Innymi słowy uzupełnienie oferty o kosztorys ofertowy nie podlegało uzupełnieniu w trybie zastosowanym przez zamawiającego. Zdaniem sądu, oferta powoda winna ulec odrzuceniu stosownie do dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp –jako niezgodna z SIWZ. Zastosowanie niewłaściwego trybu implikuje wniosek o działaniu pozwanego niezgodnie z ustawą pzp.

Mając powyższe na uwadze, sąd uznaje działanie powoda za zasadne . Przypomnieć należy, że powód pismem z dnia 3 marca 2017 r. wezwał pozwaną do zwrotu całej wpłaconej kwoty wadium (k. 136 – 137), podnosząc, że obowiązek zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy **ppz** nie dotyczy tych wykonawców, którzy złożyli oferty, pomimo, że nie spełniali warunki udziału w postępowaniu, jak też, pomimo że oferowane przez nich usługi, dostawy lub roboty budowlane nie spełniały wymagań określonych przez zamawiającego. Powód podnosił, iż wskazany w treści wezwania do uzupełnienia braków oferty kosztorys ofertowy nie stanowi dokumentu w rozumieniu art. 25 ustawy **ppz**, ani oświadczenia, jak też pełnomocnictwa. Nie podlega zatem uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy **ppz**. Powód wskazywał, iż pozwana nie była uprawniona do wzywania pozwanego do uzupełnienia braków oferty, gdyż ze względu na brak kosztorysu oferta podlegała odrzuceniu i nie mogła być uzupełniona (k. 137). Jednak powód w odpowiedzi na zgłoszonej wezwanie do zwrotu wpłaconego wadium otrzymał odpowiedź odmowną (k. 138 – 139).

Wyniki postępowania przetargowego wskazują na to, że oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy **ppz** z uwagi na niedostarczenie dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają określonym wymaganiom (k. 126 – 127). Jakkolwiek sąd nie podziela podstawy prawnej odrzucenia oferty, nie mniej jednak przyjmuje ten fakt za zaistniały w toku postępowania przetargowego.

Abstrahując od rozważań dotyczących braku podstaw do żądania uzupełnienia oferty, należy jeszcze rozważyć, czy została spełniona przesłanka z przepisu art. 46 ust. 4a pzp , tj. czy oferta odrzucona byłaby ofertą najkorzystniejszą. W ocenie sądu w realiach niniejszej sprawy oferta powoda, nie była ofertą najkorzystniejszą, w zaistniałej konfiguracji oferentów oferta powoda nie była ofertą z najniższą ceną.

Ponadto przy ocenie prawnej stanu faktycznego nie można pominąć celu sankcji przewidzianej w przepisie art. 46 ust. 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Wskazany przepis został wprowadzony do ustawy w celu ograniczenia zmwów przetargowych polegających na porozumieniu wykonawców prowadzących do udzielenia zamówienia temu, kto zaoferuje najwyższą cenę. Uprawnienie do zatrzymania wadium ma charakter zarówno sankcyjny i dyscyplinujący, jak i restrykcyjny. W konsekwencji konieczna jest jego ścisła interpretacja oraz ocena zaistnienia przesłanek zatrzymania wadium, przy uwzględnieniu konkretnych okoliczności danej sprawy (vide : wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 28 lutego 2014 r. , I ACa 1042/13).

Odnosnie oceny charakteru art. 46 ust. 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych na uwagę zasługuje teza wynikająca z analizy treści wyroku i uzasadnienia Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 4 kwietnia 2017 r. w sprawie sygn. akt VI ACa 1977/15. Analiza tegoż uzasadnienia prowadzi do wniosku, że „przepis art. 46 ust. 4a cytowanej ustawy z uwagi na wysoką sankcyjność i restrykcyjność, winien być wyłącznie stosowany dla zapobiegania zmwom wykonawców. Obowiązek zatrzymania wadium powstaje zatem w przypadku zawinonego działania wykonawcy polegającego na nieuzupełnieniu dokumentów i oświadczeń, o złożenie których wykonawca został zasadnie wezwany przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 przedmiotowej ustawy, gdy to zaniechanie wykonawcy zmierza do obejścia prawa, w szczególności przez stworzenie warunków ku temu, by zamówienie udzielone było temu wykonawcy, kto zaoferuje najwyższą cenę” (vide wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 4 kwietnia 2017 r., sygn. akt VI ACa 1977/15, Legalis nr 1636782).

W przypadku nieuzupełnienia braku dokumentów w ofercie na wezwanie zamawiającego realna staje się możliwość wykorzystania instytucji wadium jako sposobu nienależytego przysporzenia. Nie bez znaczenia dla oceny, czy zamawiający może zatrzymać wadium jest wpływ uchybienia wykonawcy na przebieg postępowania przetargowego. W takiej sprawie jak niniejsza całkiem realne staje się to, że zastosowana przez pozwaną wykładnia przepisu art. 46 ust. 4a ustawy **pzp** prowadziłyby do akceptacji pozyskiwania przez zamawiającego niezasadnych przysporzeń majątkowych kosztem wykonawcy.

Biorąc pod uwagę ofertę złożoną przez powoda oraz oferty złożone przez innych oferentów, to nawet gdyby spełnione zostały warunki do których uzupełnienia powód został wezwany, to i tak oferta powoda nie byłaby ofertą najkorzystniejszą. Nie można bowiem obciążać oferenta okolicznościami, które wynikają z odrzucenia ofert pozostałych oferentów, gdyż oferent składając ofertę nie wie, ilu oferentów się zgłosi i jakie przedstawi warunki, chyba, że doszłoby do zmywy oferentów, jednakże fakt taki należałoby udowodnić. Jednakże okoliczności ujawnione w trakcie niniejszego procesu, nie wskazywały na to, by do takiej zmywy oferentów doszło. Strona pozwana w trakcie niniejszego procesu nawet nie wskazywała na takie okoliczności, natomiast ustalony w sprawie niniejszej stan faktyczny nie wskazywał by doszło do zmywy oferentów.

W ustalonym na wstępie stanie faktycznym Sąd uznał, że nie zaistniały podstawy do odmowy zwrotu wadium powodowi przewidziane w art. 46 ust. 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Odnosząc się do wykładni celowościowej powyższego przepisu podkreślić należy, że miał on przeciwdziałać nieuprawnionym praktykom wykonawców zmierzających do tzw. zmywy cenowej, celem udzielenia zamówienia temu, który zaoferował najwyższą cenę.

Mając na uwadze powyższe okoliczności oraz przywoływane przepisy prawne Sąd orzekł jak w pkt I wyroku, uznając, że brak było podstaw do zatrzymania wadium powoda przez pozwaną.

O odsetkach orzeczono zgodnie z art. 481 § 1 i 2 kc, zasądzając je od daty wymagalności roszczenia wynikającego z wezwania do zapłaty pozwanej z dnia 30 sierpnia 2016 r. skierowanego do gwaranta (k. 133). Pozwana nie kwestionowała takiego sposobu ustalenia początku biegu odsetek.

O kosztach procesu orzeczono stosownie do zasady odpowiedzialności za wynik procesu na podstawie art. 98 § 1 kpc. Strona powodowa wygrała proces w całości, dlatego też wobec zgłoszonego żądania należy się jej zwrot poniesionych kosztów procesu, na które składała się opłata od pozwu.