

Sygn. akt V ACa 261/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 czerwca 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku – Wydział V Cywilny

w składzie:

Przewodniczący: SSA Katarzyna Przybylska

Sędziowie: SA Maria Sokołowska (spr.)

SO del. Ewa Tomaszewska

Protokolant: sekretarz sądowy Żaneta Dombrowska

po rozpoznaniu w dniu 4 czerwca 2013 r. w Gdańsku

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. i TPF (...)

przeciwko (...) T.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w T.

z dnia 30 stycznia 2013 r. sygn. akt VI GC 131/12

I. oddala apelację;

II. zasądza od pozwanej na rzecz powodów solidarnie kwotę 2.700 (dwa tysiące siedemset) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Na oryginale właściwe podpisy

UZASADNIENIE

(...) sp. z o.o. w W. i (...) wystąpili przeciwko pozwanej (...) T. o zapłatę kwoty 150.000,- zł. z odsetkami ustawowymi i kosztami procesu tytułem zwrotu wadium wniesionego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez pozwaną, wnieśli wymagane wadium w kwocie dochodzonej pozwem. Warunkiem udziału w postępowaniu wykonawcy mającego siedzibę poza terytorium RP było przedstawienie dokumentu wystawionego w kraju pochodzenia potwierdzającego, że w stosunku do takiego wykonawcy nie otwarto likwidacji i nie ogłoszono upadłości ani nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie i innych potwierdzających niezaleganie z należnościami publicznoprawnymi. W razie, gdyby w kraju pochodzenia wykonawcy nie wydawano takich dokumentów, pozwana wymagała zastąpienia ich dokumentem stanowiącym oświadczenie złożone przed notariuszem lub właściwym organem sądowym (administracyjnym, samorządowym, gospodarczym) właściwym dla siedziby wykonawcy. Pomimo złożenia takiego oświadczenia przez powodową zagraniczną osobę prawną, pozwana w trybie art. 26 ust. 4 p.z.p. wezwała ją do złożenia wyjaśnień w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu

w zakresie dokumentów wskazanych w Sekcji III.2.1. Ogłoszenia o zamówieniu domagając się wyjaśnienia, czy w (...) wydaje się takie dokumenty i jednocześnie na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p. do złożenia oświadczeń(dokumentów) potwierdzających spełnianie tych warunków w ww. zakresie w postaci dokumentu(...). W odpowiedzi udzielonej na to zapytanie, powodowie podali, że w kraju pochodzenia nie wydaje się dokumentów potwierdzających spełnianie warunków żądanych przez (...), a dokument przez nią wskazany wydawany jest jedynie w odniesieniu do osób fizycznych. Wobec tego, że pozwana uznała, iż powodowie nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykluczyła ich z postępowania i zatrzymała uiszczone wadium na podstawie art. 46 ust. 4 "a," p.z.p., a powodowie wezwali (...) do zwrotu wadium uznając, że nie zachodzą przesłanki do jego zatrzymania. Występując o zwrot równowartości wadium na drogę postępowania sądowego, powodowie zajęli stanowisko, że uregulowanie zawarte w art. 46 ust. 4 "a" ma na celu zrównanie sytuacji wykonawcy, który nie przedstawił żądanych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu z sytuacją wykonawców, którzy uchylają się od zawarcia umowy.

Pozwana (...) T. w odpowiedzi na pozew wniosła o oddalenie powództwa. Uzasadniając wezwanie skierowane do powodów w postępowaniu przetargowym, pozwana powołała się na przepisy Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 226, poz. 1817) oraz prowspólnotową wykładnię procedur udzielania zamówień publicznych wywiedzioną z art. 45 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE, nr 114, poz. 134 ze zm.), z których wynika, że potwierdzeniem spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest wykazanie wyciągiem z rejestru sądowego, że wykonawca nie został skazany prawomocnym wyrokiem za przestępstwo związane z jego działalnością zawodową. Wg informacji uzyskanych z Ambasady (...) istnieje rejestr karny obejmujący osoby prawne, a zatem żądany od (...) dokument był wystarczający dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Złożenie notarialnego oświadczenia byłoby możliwe tylko w wypadku braku możliwości pozyskania wyciągu z rejestru sądowego. Skoro powodowie nie przedstawili żadanego dokumentu, zatrzymanie kaucji było uzasadnione.

Wyrokiem z dnia 30 stycznia 2013 r. Sąd Okręgowy w T. zasądził od pozwanej na rzecz powodów kwotę 150.000 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 22 lipca 2010 r, do dnia zapłaty oraz orzekł o kosztach procesu.

Sąd ten ustalił, iż pozwana (...) wszczęła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego poprzez ogłoszenie o zamówieniu p.n. (...) W sekcji III. 2.1. ogłoszenia wymienione zostały warunki udziału w postępowaniu, wśród których znalazło się m.in. postanowienie o obowiązku przedstawienia informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 9 p.z.p.(celem wykazania, że wobec podmiotu zbiorowego nie został orzeczony zakaz ubiegania się o zamówienie) wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. W przypadku gdy wykonawca ma siedzibę poza terytorium RP zamiast tego dokumentu należy złożyć dokumenty potwierdzające, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie wystawione w kraju, w którym ma siedzibę, a gdyby takich dokumentów nie wydawało się, wówczas obowiązany jest przedstawić zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego w ww. zakresie. Dopiero gdyby okazało się, że w kraju pochodzenia wykonawcy nie wydawano ani dokumentów ani zaświadczeń właściwego organu sądowego (administracyjnego) potwierdzających brak zakazu ubiegania się o zamówienie, właściwym dokumentem potwierdzającym spełnianie przesłanek udziału w postępowaniu w ww. zakresie byłby dokument zawierający oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym i samorządowym miejsca, w którym wykonawca ma siedzibę.

Celem wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia (a następnie realizacji umowy) powodowe spółki, w tym jedna mająca siedzibę w (...), założyły Konsorcjum, które złożyło ofertę w postępowaniu przetargowym prowadzonym przez pozwaną (...) i wniosło wymagane wadium w formie gwarancji bankowej.

Do oferty powodowie załączyli oświadczenie złożone przed notariuszem (...), z którego wynika, że lider Konsorcjum został zidentyfikowany jako solidna i zdrowa spółka będąca w dobrej kondycji, bez jakichkolwiek restrykcji

dotyczących jej działań mających na celu udział zarówno w (...) jak i za granicą w przetargach publicznych. Oświadczenie to potwierdzają dwa zaświadczenia o nazwie : (...) (poświadczający dobrą charakterystykę członków zarządu) i (...) (potwierdzający, że wobec wykonawcy(...) nie toczy się żadne postępowanie prawne i nie zapadły wcześniej żadne wyroki skazujące przed wymiarem sprawiedliwości w sądach (...)). W oświadczeniu podano także, że utworzony w dniu 4 września 2007 r. na mocy Prawa (...) nr (...) dokument p.n. (...) (dla firm, stowarzyszeń oraz innych instytucji) „nie jest zazwyczaj wykorzystywany... jako że jego treść nie zawiera żadnych obiektywnych informacji dotyczących zdolności spółki do uczestnictwa w jakichkolwiek przetargach publicznych czy prywatnych”.

Pismami z 11 czerwca 2010 r. (...) wezwała wykonawcę do:

- złożenia wyjaśnień i dokumentów potwierdzających spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie sekcji III.2.1. ogłoszenia o zamówieniu, a mianowicie, czy w kraju pochodzenia wykonawcy wydaje się dokumenty potwierdzające, że wobec wykonawcy nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie oraz że nie otwarto wobec niego likwidacji (na podstawie art. 26 ust. 4 p.u.n) i jednocześnie,

- złożenia dokumentu p.n. (...) potwierdzającego, iż wobec wykonawcy nie orzeczono zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia (na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p.)

W odpowiedzi powód zajął stanowisko zgodne z zaprezentowanym w oświadczeniu notarialnym załączonym do oferty.

Pismem z 30 czerwca 2010 r. pozwana powiadomiła powodowych wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty i ich wykluczeniu z postępowania, gdyż zamawiający „nie uznał oświadczenia złożonego przed notariuszem za spełniające ustawowe wymogi”, a także zatrzymaniu wadium na podstawie art. 46 ust. 4”a” p.z.p.

Powodowie nie zgodzili się na zatrzymanie wadium przez zamawiającego i pismem z 21 lipca 2010 r. wezwali go do zwrotu wadium. W piśmie tym wykonawca powołał się na informacje uzyskane z (...), zgodnie z którymi „(...)zaświadczenie o niekaralności dla firm nie zawiera stwierdzenia, że wobec danej firmy orzeczono (lub nie) zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia”.

W dalszej korespondencji strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska.

Dochodzone pozwem roszczenie Sąd Okręgowy ocenił na tle art.46 ust. 4 „a” ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., nr 113, poz. 759 ze zm.; dalej- p.z.p.), który 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 przyczyn niezależnych po jego stronie. Sąd I-instancji podkreślił, że przepis ten, sankcjonujący obowiązek zatrzymania przez zamawiającego wadium każdego wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu przetargowym, który nie uzupełnił dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, ma charakter wyjątkowy i szczególnie restrykcyjny. Wprowadzony został do p.z.p. nowelizacją z 4 września 2008 r.(Dz. U. nr 171, poz. 1058) celem przeciwdziałania procederowi umyślnego i celowego nieuzupełniania dokumentacji na wezwanie zamawiającego. W ocenie Sądu Okręgowego interpretacja art. 46 ust. 4 „a” p.z.p. powinna być dokonana z uwzględnieniem reguł wykładni celowościowej, czemu dał wyraz Sąd Najwyższy w wyroku z 7 lipca 2011 r. (sygn. II CSK 675/10, Lex nr 951295). Te zaś pozwalają na zatrzymanie wadium w sytuacji, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie złoży wymaganych dokumentów lub oświadczeń. W konkretnym przypadku dokumentem tym było zaświadczenie organu właściwego dla kraju pochodzenia wykonawcy (...)potwierdzającego brak orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne, a w dalszej kolejności- gdyby zaświadczenia w tym zakresie nie były wydawane-, zaświadczenia właściwego organu sądowego potwierdzającego tę okoliczność i wreszcie oświadczenie notarialne. Z tej ostatniej możliwości wykonawca skorzystał już w ofercie posiadając wiedzę o

tym, że (...) dokument pn. (...) nie stwierdza zakazu (lub jego braku) ubiegania się o zamówienie publiczne na mocy orzeczenia sądu, a następnie- w odpowiedzi na wezwanie (...), ponownie informację tę przekazał.

W tej sytuacji, w ocenie Sądu Okręgowego nie można czynić wykonawcy zarzutu, że celowo zaniechał przedstawienia (...) żądanego przez nią i wymaganego dokumentu w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt. 1 p.z.p., skoro w istocie dokument ten nie stwierdzał okoliczności stanowiącej warunek udziału w postępowaniu, a więc nie stanowił "dokumentu niezbędnego do przeprowadzenia postępowania". Sąd wskazał przy tym, że sam zamawiający miał wątpliwości co do rodzaju dokumentu właściwego dla siedziby wykonawcy, potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu o czym świadczy fakt, że jednocześnie wezwał wykonawcę zarówno do złożenia oświadczenia, jak i do przedłożenia określonego dokumentu. W ocenie Sądu Okręgowego wyjaśnienie tych wątpliwości dokonane przez wykonawcę w odpowiedzi na to wezwanie, w wystarczającym stopniu stanowiło zadość wymogowi stawianemu mu przez przepis art. 46 ust. 4 „a” z punktu widzenia przesłanek do zatrzymania wadium. Zatrzymanie wadium, w okolicznościach niniejszej sprawy, nie znajduje uzasadnienia i dlatego na podstawie art. 405 k.c. w zw. z art. 410 § 1 k.c. Sąd I instancji uznał powództwo za uzasadnione.

O odsetkach orzeczono na podstawie art.455 k.c. w zw. z art. 481 § 1 k.c. od daty wezwania do zapłaty.

O kosztach procesu orzeczono na podstawie art. 98 § 1 i 3 oraz 99 k.p.c.

We wniesionej apelacji pozwana (...) T. zaskarżyła wyrok Sądu Okręgowego w całości domagając się jego zmiany poprzez oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów procesu, ewentualnie uchylenia tego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I-instancji.

Skarżąca zarzuciła:

1) naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.

a) art. 46 ust. 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych poprzez niewłaściwą wykładnię i oparcie się przez Sąd I-instancji jedynie na wykładni celowościowej z całkowitym pominięciem wykładni literalnej, która zgodnie z dyrektywami wykładni prawa również winna zostać wzięta pod uwagę przez Sąd;

b) art. 24 ust. 1 pkt 9 oraz art. 25 ust. 1 pkt. 1 Pzp poprzez błędną wykładnię i w efekcie nieuzasadnione przyjęcie, że dokument, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp nie stanowi dokumentu potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a co za tym idzie dokument ten nie należy do kategorii dokumentów niezbędnych do prowadzenia postępowania.

2) naruszenie przepisów postępowania mające istotny wpływ na wynik sprawy, tj.

a) art. 233 § 1 kpc poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów polegające na:

- nieuzasadnionym przyjęciu za udowodniony fakt zubożenia powodów, w sytuacji gdy powodowie nie udowodnili tej okoliczności, a wadium, którego zwrotu się domagali zostało wniesione w formie gwarancji bankowej, przez co Sąd naruszył również art. 231 kpc, przyjmując w sposób nieuprawniony, że powodowie zubożeli się z tego powodu, że pozwany zatrzymał wadium. Sąd pominął, że wadium wniesione w formie gwarancji bankowej zostało faktycznie wpłacone przez podmiot wystawiający tę gwarancję, tj.(...)
- na nieuzasadnionym pominięciu przez Sąd I-instancji istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy faktów i dowodów, tj.:

. faksu z ambasady (...) z dnia 1 lipca 2010 r., potwierdzającego, że w (...) możliwe jest uzyskanie dokumentu – zaświadczenia o niekaralności dla osoby prawnej;

. faktu wskazanego przez pozwaną wydrukiem z elektronicznego systemu (...), potwierdzającego, że podmiot (...) ubiegający się o udzielenie zamówienia w Polsce obowiązany jest przedłożyć dokument o nazwie (...),

. faktu wskazanego przez pozwaną dokumentu z dnia 24.05.2010 r., że powodowie w odpowiedzi na wezwanie pozwanej skierowane w trybie art. 26 ust. 3 Pzp nie tylko nie przedłożyli wymaganego dokumentu (...)

potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia z prowadzonego przez pozwaną przetargu, ale w odpowiedzi na to wezwanie nie przedłożyli fizycznie żadnego dokumentu na potwierdzenie okoliczności niepodlegania wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 9 Pzp;

. błędne ustalenie podstaw do liczenia terminu wymagalności odsetek od roszczenia głównego na podstawie art. 455 kc.

b) art. 227 kpc, art. 231 kpc w zw. z art. 232 kpc poprzez ich niewłaściwe zastosowanie w ten sposób, że wbrew ciężącemu na powodzie obowiązkowi przytoczenia faktów mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy powód nie przytoczył tych faktów, ani nie przywołał w pozwie dowodów na ich poparcie w zakresie okoliczności, „zubożenia” jako przesłanki dochodzenia roszczeń na podstawie art. 405 kc.

c) art. 328 § 2 kpc poprzez niezawarcie w treści uzasadnienia wyroku ustaleń w zakresie faktów, które Sąd I-instancji uznał za udowodnione, dowodów na których się oparł i przyczyn dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej.

W odpowiedzi na apelację powodowie domagali się jej oddalenia oraz zasądzenia kosztów postępowania apelacyjnego. Wnieśli nadto o przeprowadzenie dowodu z dokumentu – wyciągu z rachunku powodowej spółki na okoliczność, że powód zwrócił wypłacone przez gwaranta środki finansowe na pokrycie wadium zatrzymanego przez pozwaną.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Rozpoczynając ocenę apelacji pozwanej od zarzutów dotyczących naruszenia prawa procesowego, stwierdzić przede wszystkim należy, iż oczekiwanego przez skarżącą skutku nie może odnieść zarzut naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 328 § 2 kpc. Naruszenie wskazanego przepisu, określającego wymagania, jakim powinno odpowiadać uzasadnienie wyroku, może być ocenione jako mające wpływ na wynik sprawy w sytuacjach wyjątkowych, do których można zaliczyć takie, w których braki uzasadnienia w zakresie poczynionych ustaleń faktycznych i oceny prawnej są tak znaczne, że sfera motywacyjna orzeczenia pozostaje nieujawniona bądź ujawniona w sposób uniemożliwiający poddanie jej ocenie instancyjnej. Taka sytuacja w niniejszej sprawie nie zachodzi. Uzasadnienie zaskarżonego wyroku spełnia wszystkie wymagania konstrukcyjne. Natomiast, dla wypełnienia przez Sąd obowiązku wynikającego z art. 328 § 2 kpc bez znaczenia pozostaje, czy wskazana przez ten Sąd podstawa faktyczna i prawna rozstrzygnięcia oraz ocena stanowisk stron są prawidłowe. Dokonanie wadliwych bądź niepełnych ustaleń faktycznych oraz ocen prawnych uzasadnia bowiem podniesienie zarzutów naruszenia właściwych przepisów prawa procesowego lub materialnego.

W tym kontekście należy zgodzić się ze skarżącą, że Sąd I-instancji konstruując podstawę faktyczną rozstrzygnięcia pominął powoływane przez powódkę dowody w postaci faksu z (...)z dnia 1 lipca 2010 r. oraz narzędzia w postaci (...), które to dowody – w ocenie skarżącej - wskazują, że w (...), tj. kraju, w którym ma siedzibę powodowa spółka (...) (...) możliwe jest uzyskanie zaświadczenia o niekaralności osoby prawnej o nazwie (...). Sąd Okręgowy pominął przy tym także dowód powoływany przez stronę powodową na okoliczność treści jaką zawiera wskazany dokument tj. e’mail (...)adresowany do pełnomocnika powoda z dnia 20.07.2010 r. Nadto błędnie ustalił, w oparciu o niewłaściwy środek dowodowy, treść oświadczenia złożonego przed notariuszem (...) stanowiącym załącznik do oferty w postępowaniu przetargowym.

Jednakże uchybienia w tym zakresie nie miały istotnego wpływu na ostateczny wynik sprawy, o czym będzie mowa w dalszej części rozważań Sądu odwoławczego.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 46 ust. 4a ustawy z dnia 29.01.2004 r. – prawo zamówień publicznych (dalej p.z.p.) poprzez jego niewłaściwą wykładnię.

Sposoby wykładni powołanego przepisu zaprezentował Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu postanowienia z dnia 9 maja 2012 r. w sprawie (...) powołując przy tym liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych (dalej (...)) Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych. Trybunał wskazał, że w

orzecznictwie (...) dominuje pogląd, że art. 46 ust. 4a p.z.p. ma charakter restrykcyjny i wyjątkowy ze względu na zawartą w nim dolegliwą sankcję finansową dla wykonawcy biorącego udział w postępowaniu przetargowym. Z tego względu podlega ścisłej literalnej wykładni, co nie pozwala na wykładnię rozszerzającą przesłanek zatrzymania wadium.

Zgodnie z najbardziej rygorystycznym poglądem wyrażonym w orzecznictwie (...), zastosowanie wykładni literalnej wskazuje, że przesłanką zatrzymania wadium stanowi wyłącznie niezłożenie wymaganych dokumentów, rozumiane jako bierność wykonawcy, który nie reaguje na wezwanie zamawiającego. Przyjmuje się też, że złożenie – na żądanie zamawiającego – dokumentów, które nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu, lub zawierają błędy nie wyczerpuje ustawowej przesłanki zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a p.z.p. Jeżeli wykonawca składa dokumenty, które w jego ocenie potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu, to zatrzymanie wadium przez zamawiającego nie odpowiada przepisom p.z.p. (por. wyroki: (...) z 27.04.2009 r, sygn. akt KIO/UZP 488/09, LEX nr 497525, z 21.05.2009 r, sygn. akt KIO/UZP 590/09, LEX nr 508259, z 31.03.2010 r, sygn. akt KIO/UZP 309/10, LEX nr 575344 i dalsze orzeczenia (...) powołane w uzasadnieniu postanowienia Trybunału Konstytucyjnego). Ten kierunek wykładni został też zaprezentowany przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 7.07.2011 r, sygn. akt CSK 675/10/LEX nr 951295) oraz w orzecznictwie niektórych Sądów apelacyjnych.

Trybunał Konstytucyjny wskazał jednak, że w nowszym orzecznictwie (...) zarysowuje się inne stanowisko, uznające zatrzymanie wadium za uzasadnione również w sytuacji złożenia na wezwanie zamawiającego dokumentów nieprawidłowych. Według tego poglądu ograniczenie stosowania art. 46 ust. 4a p.z.p. wyłącznie do sytuacji fizycznego niezłożenia dokumentów byłoby niezgodne z intencjami ustawodawcy i regułami wykładni celowościowej, gdyż nie zapobiegłoby możliwości niedozwolonych porozumień przetargowych pomiędzy wykonawcami. Jednak także w takim przypadku (...) podkreśla, że należy badać charakter przyczyn, jakie legły u podstaw nieuzupełnienia wymaganych dokumentów, wpływu braku uzupełnienia dokumentów na postępowanie o udzielenie zamówienia, w tym również możliwość istnienia zмовы przetargowej. Wskazuje się, że zatrzymanie wadium nie jest dopuszczalne, np. jeżeli wykonawca miał uzasadnione trudności z ustaleniem, jakie dokumenty powinny zostać złożone na wezwanie zamawiającego albo uzyskanie określonych dokumentów zależało od zachowania osób trzecich. (por. wyroki (...) z 25.05.2011 r., sygn. akt KIO 1002/11, LEX nr 841118, z 20.07.2011 r. sygn. akt KIO 1444/10, LEX nr 896100). Ze względu na wysoką sankcyjność i restrykcyjność art. 46 ust. 4a p.z.p. jego ścisła interpretacja w przypadku uzupełnienia dokumentu w sposób nieprawidłowy powinna brać pod uwagę okoliczności, które na to nieprawidłowe uzupełnienie wpłynęły, takie jak nieprawidłowe lub niejasne wezwanie, niemożność zdobycia dokumentu, niespełnianie przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, źle zrozumiany warunek, które to okoliczności uznaje się za przyczyny tego, że wykonawca nie mógł dokumentu uzupełnić prawidłowo (por. wyroki (...) z 24.08.2011 r. sygn. akt KIO 1712/11, KIO 1714/11, KIO 1718/11 LEX nr 951203 i dalsze powołane w uzasadnieniu omawianego postanowienia Trybunału Konstytucyjnego).

Wskazując na te kierunki wykładni art. 46 ust. 4a p.z.p. Trybunał Konstytucyjny nie rozstrzygnął, która z nich jest prawidłowa. Stwierdził bowiem, że wybór właściwej interpretacji tego przepisu należy do Sądu rozstrzygającego spór pomiędzy wykonawcą a zamawiającym o zwrot zatrzymanego wadium, przy czym Sąd ten powinien uwzględnić potrzebę ochrony konstytucyjnych praw i wolności. Trybunał zwrócił jednak uwagę, że na tle każdej z proponowanych wykładni art. 46 ust. 4a p.z.p., złożenie przez wykonawcę (wezwanego w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p.) dokumentów niespełniających oczekiwań zamawiającego nie stanowi wystarczającej przesłanki zatrzymania wadium. Wskazał jednocześnie, że z punktu widzenia potrzeby ochrony konstytucyjnych praw, i wolności, w szczególności – wolności działalności gospodarczej – dokonując wykładni art. 46 ust. 4a p.z.p. – nie można tracić z pola widzenia celu tego przepisu polegającego na sankcjonowaniu nieuczciwych zachowań przedsiębiorców w toku postępowania przetargowego. Niedopuszczalna jest też taka interpretacja, która z instytucji zatrzymania wadium czyniłaby źródło dodatkowych dochodów zamawiających.

Wreszcie Trybunał Konstytucyjny zwrócił uwagę, że nawet w sytuacji, gdy spełnione są przesłanki zatrzymania wadium, zachowanie wykonawcy i zamawiającego podlega kontroli także z punktu widzenia określonej w art. 5 kc konstrukcji nadużycia prawa podmiotowego.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, w pierwszej kolejności stwierdzić należy, iż dla jej rozstrzygnięcia nie ma istotnego znaczenia czy stosowany sposób wykładni art. 46 ust. 4a p.z.p. winien mieć charakter literalny, oparty na dyrektywach językowych, czy też uzasadnione jest sięganie do racji celowościowych i utylitarnych. W jednym i drugim przypadku konieczne jest bowiem zbadanie charakteru przyczyn, jakie legły u podstaw nieuzupełnienia wymaganych dokumentów. Nawet stosując ścisłą wykładnię tego przepisu należy brać pod uwagę okoliczności, które na to nieprawidłowe uzupełnienie wpłynęły. Z treści omawianego wyżej uzasadnienia orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego wynika jednak, że nie można tracić z pola widzenia reguł wykładni celowościowej poprzez dopuszczanie do nieuczciwych zachowań przedsiębiorców polegających na zmowie przetargowej z jednej strony, z drugiej zaś stwarzanie pola do nadużyć ze strony zamawiającego, który z instytucji zatrzymania wadium czyniłby źródło dodatkowych dochodów.

Z ustalonych okoliczności niniejszej sprawy wynika, że w ogłoszeniu o zamówieniu publicznym wśród warunków udziału w postępowaniu wskazano konieczność złożenia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 9 p.z.p. wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem składania ofert. (sekcja III.2.1. pkt.4). Natomiast według przepisu art. 24 ust. 1 pkt. 9 p.z.p. z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się podmioty zbiorowe, wobec których Sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienie na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Oznacza to, że celem złożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego było wykazanie, że wobec podmiotu zbiorowego nie został orzeczony zakaz ubiegania się o zamówienie.

Z dalszych warunków udziału w postępowaniu przetargowym zawartych w ogłoszeniu wynika, że w przypadku, gdy wykonawca, ma siedzibę poza terytorium RP, zamiast tego dokumentu składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę potwierdzające, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie. Natomiast jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę nie wydaje się takiego dokumentu, zastępuje się go dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego kraju, w którym wykonawca ma siedzibę (sekcja III.2.1.pkt 7.c. i przedostatni akapit punktu B – 103 verte).

Do złożonej oferty w postępowaniu przetargowym powód (...) z siedzibą w L. załączył dokument zawierający oświadczenie z dnia 29.04.2010 r. złożone przed notariuszem (...), z którego wynika między innymi, że nie zapadł wobec niego żaden wyrok zabraniający mu uczestnictwa w przetargach. Nie jest to przy tym dokument powołany przez Sąd Okręgowy w poczynionych ustaleniach faktycznych znajdujący się na k: 58-59 (wersja oryginalna k: 61-62) akt, który stanowi w istocie opinię prawną sporządzoną przez Doktora Profesora (...)w dniu 8.07.2010 r., a więc już po ogłoszeniu przez pozwaną wyników przetargu i zawiadomienia powodów o zatrzymaniu wadium, co nastąpiło w dniu 30.06.2010 r. Nie zmienia to jednak faktu złożenia przez powoda, będącego podmiotem zagranicznym dokumentu zawierającego oświadczenie złożone przed notariuszem, z którego wynika, że nie zapadł wobec niego żaden wyrok zabraniający mu uczestnictwa w przetargu.

Dwoma odrębnymi pismami z dnia 11.06.2010 r. pozwana wezwała powoda (...) do złożenia różnego rodzaju informacji. W pierwszym z tych pism zobowiązała powoda do wyjaśnienia czy w kraju w którym powód ma siedzibę wydaje się dokumenty potwierdzające, że wobec wykonawcy nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie oraz, że nie otwarto likwidacji wykonawcy (k: 34-35). W drugim ze wskazanych pism pozwana wezwała powoda do złożenia dokumentu (...) potwierdzającego, że wobec wykonawcy (...) nie orzeczono zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia (k: 36-38).

W odpowiedzi na te wezwania powód wyjaśnił, iż w (...) nie wydaje się dokumentów potwierdzających, że wobec wykonawcy nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie. Nadto wskazał, że dokument (...) wydawany jest tylko wobec osób fizycznych a nie prawnych (k: 39,40 akt).

Pozwana dążąc do weryfikacji prawdziwości informacji podanych w w/w pismach powoda zwróciła się do(...) w W., gdzie w dniu 1.07.2010 r. poinformowano ją, że (...) rejestr karny obejmuje osoby prawne i podmioty stawiane na równi z osobami prawnymi gromadząc dane dotyczące sankcji zarejestrowanych od września 2007 r. Wskazano przy tym, że zaświadczenie o niekaralności osoby prawnej jest wydawane na wniosek osoby zainteresowanej (k: 181). Jednocześnie w e-mailu z dnia 20.07.2010 r. adresowanym do pełnomocnika powoda (...) wyjaśniła, że (...) zaświadczenie o niekaralności dla firm nie zawiera stwierdzenia, że wobec danej firmy orzeczono lub nie zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia. W zaświadczeniu tym zawarte są jedynie informacje o prawomocnych sankcjach wobec danej firmy (k: 56).

Z powyższych ustaleń wynika, co obecnie nie jest kwestionowane przez stronę powodową, że w (...), a więc w kraju w którym powód (...) ma siedzibę, wystawione jest zaświadczenie o niekaralności osoby prawnej, jakim jest dokument (...). Dokument ten zawiera informacje o prawomocnych sankcjach wobec danej osoby prawnej, jednak nie zawiera stwierdzenia, że wobec danej osoby orzeczono (lub nie orzeczono) zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Stąd też wezwanie wystosowane przez pozwaną (...) do powoda w piśmie z dnia 11.06.2010 r. z którym zobowiązano go do złożenia dokumentu (...) potwierdzającego, że wobec wykonawcy nie orzeczono zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia mogło wprowadzić powoda w błąd. Skoro bowiem treść żądanego dokumentu nie zawiera stwierdzenia, że wobec powoda nie orzeczono zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia, to uzasadnione były jego wątpliwości co do celowości składania, na żądanie pozwanej przedmiotowego dokumentu. Słusznie argumentowali powodowie, że żądany przez pozwaną dokument nie mógł stanowić potwierdzenia wskazanych w wezwaniu okoliczności, albowiem zakresem jakim obejmuje informacje dotyczące danej osoby prawnej nie są objęte informacje, których pozwana oczekiwała. Stąd też w odpowiedzi na wezwanie pozwanej, powodowa spółka (...) wyjaśniła, że w (...) nie wydaje się dokumentów potwierdzających, że wobec wykonawcy nie orzeczono zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, a na potwierdzenie okoliczności nie orzeczenia takiego zakazu powołała się na załączony już do oferty dokument zawierający oświadczenie złożone przed notariuszem urzędującym w kraju, w którym powód ma siedzibę, co było zgodne z treścią warunków zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu publicznym odpowiadającym regulacji obowiązującego wówczas § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2009 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz formy, w jakich te dokumenty mogą być składane. (Dz.U.Nr 226, poz. 1817) Uwzględniając zatem okoliczności, które wpłynęły na niezłożenie przez powodową spółkę żądanego dokumentu (...) w tym niejednoznaczność i niejasność wezwania, przyjęć należy, iż powód miał podstawy uznać, że złożone już przez niego notarialne oświadczenie jest dokumentem odpowiednim i zakomunikował to pozwanej.

Wbrew podniesionemu w apelacji zarzutowi, nie ma istotnego znaczenia okoliczność, że ogólnodostępny (...) zawiera informację iż podmiot (...) ubiegający się o udzielenie zamówienia w Polsce obowiązany jest przedłożyć dokument o nazwie (...). Pomijając to, że wskazane narzędzie informacyjne nie było dostępne w okresie prowadzenia postępowania przetargowego w niniejszej sprawie (jego uruchomienie nastąpiło w październiku 2010 r. k:331), to z punktu widzenia prawidłowości złożonych przez powodów dokumentów istotne znaczenie ma treść wezwania do złożenia dokumentu (...) potwierdzającego, że wobec wykonawcy (...) nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie. Jak już wyżej wskazano żądany dokument nie zawierał treści potwierdzającej taką okoliczność, a to usprawiedliwiało wątpliwości wykonawcy co do celowości jego składania. W tych warunkach zdaniem Sądu Apelacyjnego – nie ma podstaw do przyjęcia, że zostały spełnione przesłanki zatrzymania wadium, na podstawie art. 46 ust. 4a p.z.p. Sankcja zatrzymania wadium nie może być bowiem stosowana wobec wykonawcy, który w dobrej wierze doręczył zamawiającemu dokumenty, niepotwierdzające jednak – w ocenie zamawiającego – spełnienie wymagań dotyczących uczestnictwa w przetargu. W okolicznościach niniejszej sprawy nie ma też żadnych podstaw do zarzucania powodowym spółkom, które utworzyły konsorcjum w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia, aby działały nieuczciwie, w tym aby doszło do zмовy z innymi wykonawcami, a niezłożenie żądanego przez pozwaną dokumentu było działaniem

celowym obliczonym na z góry założony efekt. W takiej sytuacji jednostronna czynność pozwanej polegająca na zatrzymaniu wadium musi być oceniona jako nadużycie prawa podmiotowego, nie zasługująca na ochronę prawną (art. 5 kc) nawet gdyby przyjąć, że przesłanki zatrzymania wadium zostały spełnione.

W świetle powyższych rozważań przyjąć należało, że roszczenie dochodzone przez powodowe spółki jest uzasadnione.

Wątpliwości Sądu Apelacyjnego wywołuje jednak wskazywana przez powoda i przyjęta przez Sąd Okręgowy podstawa prawna dochodzonego roszczenia, tj. przepisy art. 410 § 2 kc w zw. z art. 405 kc. Sąd I - instancji nie umotywował bliżej swego stanowiska w tym zakresie, zaś powoływany przez powoda w uzasadnieniu pozwu wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12.05.2005r. w sprawie III CK 577/04 (Lex nr 277131) nie może stanowić poparcia prezentowanego przez niego poglądu, bowiem został wydany w innym stanie faktycznym i prawnym, gdzie nie znajdowały zastosowania przepisy p.z.p. Jednocześnie stwierdzić należy, iż w innych wyrokach Sądu Najwyższego wydanych w sprawach o zwrot zatrzymanego wadium na podstawie przepisów p.z.p. istotnie wskazano, że podstawą prawną tego roszczenia jest art. 410 § 2 kc. Dotyczy to w szczególności wyroków SN z dnia 11.05.2012r. w sprawie II CSK 491/11 (Lex nr 1238084) i powoływanego już wyroku z dnia 7.07.2011r. w sprawie (...). Jednak także uzasadnienie tych wyroków nie zawiera szerszego umotywowania prezentowanego stanowiska w szczególności nie odnosi się do relacji wskazanych przepisów z przepisem art. 46 ust. 1 p.z.p. wg. którego 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.

W ocenie Sądu Apelacyjnego przytoczony przepis art. 46 ust. 1 p.z.p. stanowi podstawę prawną roszczenia wykonawcy o zwrot wadium zatrzymanego na podstawie przepisów prawa o zamówieniach publicznych. Jest to przepis szczególny wyłączający regulacje kodeksu cywilnego. Z treści art. 14 p.z.p. jednoznacznie wynika, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy kodeksu cywilnego tylko wtedy, gdy przepisy ustawy p.z.p. nie stanowią inaczej. Skoro zatem przepis art. 46 ust. 1 p.z.p. szczegółowo reguluje sytuację zwrotu wadium, to wyłączone jest stosowanie przepisów ogólnych wynikających z kodeksu cywilnego, w tym przepisów regulujących instytucję bezpodstawnego wzbogacenia, czy szczególnego jego przypadku, jakim jest nienależne świadczenie.

Według omawianej regulacji zamawiający ma obowiązek niezwłocznie zwrócić wadium wszystkim wykonawcom (z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza) niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej, chyba że zachodzi sytuacja, o której mowa w art. 46 ust. 4a. Skoro – jak wynika już z poczynionych wyżej rozważań - sytuacja taka nie zachodziła, to pozwana obowiązana była zwrócić powodom wadium niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej, a więc niezwłocznie po dniu 30.06.2010r. W omawianym przypadku nie ma więc zastosowania także przepis art. 455kc, bowiem termin spełnienia świadczenia przez pozwaną był oznaczony treścią przepisu prawa. Powodowie nie mieli więc obowiązku dodatkowego wzywania pozwanej, do zwrotu wadium. Interpretacji może co najwyżej podlegać pojęcie „niezwłocznie”, użyte zresztą również w treści art. 455 kc. Przyjmuje się, że terminu tego nie należy utożsamiać z terminem natychmiastowym, oznacza on bowiem termin realny, mający na względzie okoliczności czasu i miejsca umożliwiające dłużnikowi spełnienie świadczenia. W niniejszej sprawie powodowe spółki złożyły wadium w formie gwarancji bankowej. Po ogłoszeniu wyników przetargu pozwana, dążąc do zatrzymania wadium zrealizowała swoje uprawnienia wynikające z gwarancji i udzielający bank wypłacił środki na pokrycie wadium na rzecz pozwanej. Następnie powód (...) zwrócił te środki gwarantowi (d:wyciąg z rachunku k: 389-391). Nie ulega więc wątpliwości, że „niezwłoczny” termin do zwrotu wadium upłynął już w dniu 22.07.2010r., od której to daty powodowie żądają odsetek za opóźnienie w spełnieniu świadczenia na podstawie art. 481 § 1 kpc. Od daty wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. od dnia 30.06.2010r. upłynęło już bowiem ponad trzy tygodnie i był to termin wystarczający dla spełnienia świadczenia przez pozwaną.

W tych warunkach podnoszone w apelacji zarzuty naruszenia art. 405 kc, 410 § 2 kc, 455 kc i 481 § 1 kc należało uznać za nieuzasadnione.

Mając powyższe względy na uwadze, Sąd Apelacyjny, na mocy art. 385 kpc orzekł jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 98 § 1 i 3 kpc, art. 99 kpc w zw. z art. 391 § 1 kpc oraz § 12 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 6 pkt. 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.09.2001 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (...) (Dz.U. Nr 163, poz. 1349 ze zm.).