

Sygn. akt I ACa 899/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 22 września 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący :	SSA Małgorzata Wołczańska (spr.)
Sędziowie :	SA Elżbieta Karpeta SO del. Lucyna Morys-Magiera
Protokolant :	Agnieszka Szymocha

po rozpoznaniu w dniu 8 września 2017 r. w Katowicach

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K.

przeciwko Gminie Ś.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach

z dnia 3 sierpnia 2016 r., sygn. akt II C 198/16

1) zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

a) oddala powództwo;

b) zasądza od powódki na rzecz pozwanej 7 200 (siedem tysięcy dwieście) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu;

2) zasądza od powódki na rzecz pozwanej 10 400 (dziesięć tysięcy czterysta) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

SSO del. Lucyna Morys-Magiera SSA Małgorzata Wołczańska SSA Elżbieta Karpeta

Sygn. akt I ACa 899/16

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy w Katowicach zasądził od pozwanej Gminy Ś. na rzecz powódki (...) Spółki ograniczoną odpowiedzialnością w K. 100 000 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 9 listopada 2013 r. oraz 13 217 zł tytułem kosztów procesu.

Sąd I instancji ustalił, iż w dniu 31 sierpnia 2013 r. Gmina Ś. wszczęła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pt. „Zaprojektowanie i wykonanie stałej ekspozycji (...) (...) (...) w Ś.”. Warunkiem przystąpienia do postępowania było wniesienie wadium w wysokości 100 000 zł. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierała - między innymi - szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz określała, że warunkiem koniecznym do udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia było wykazanie przez wykonawcę (oferenta), że wykonał, w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej dwie (2) usługi polegające na wykonaniu/wykonywaniu usług związanych z:

1) wykonaniem multimedialnej ekspozycji muzealnej w skład, której wchodziło : opracowanie scenariuszy i projektów, produkcja filmów i prezentacji, montaż urządzeń projekcyjnych, nagłaśniających i ekranów dotykowych w ilości co najmniej 15 samodzielnych punktów multimedialnych o łącznej wartości nie mniejszej niż 2 000 000 zł brutto (pkt 1.2.1. specyfikacji)

2) opracowaniem dokumentacji projektowej ekspozycji muzealnej o wartości nie mniejszej niż 170 000 zł brutto (pkt 1.2.2. specyfikacji).

Powódka złożyła ofertę w tym postępowaniu, składając wadium w kwocie 100 000 zł. Oświadczyła, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, określone w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych, a spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oparła na wiedzy i doświadczeniu udostępnionej przez podmiot trzeci na podstawie przepisu art. 26 ust. 2 b ustawy prawo zamówień publicznych. Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 10 października 2013 r., w czasie którego ujawniono dwie oferty: 1) powódki w kwocie 4 329 600,00 zł brutto i 2) Konsorcjum: (...) S.A. z siedzibą w W., M. P. z siedzibą w K., (...) S.A. z siedzibą we W. w kwocie 4 335 652,83 zł. Pozwana pismem z dnia 24 października 2013 r., działając w trybie przepisu art. 25, art. 26 ust. 3, art. 44 ustawy prawo zamówień publicznych wezwała powódkę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia. W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów powódka w dniu 30 października 2013 r. uzupełniła dokumenty, przedkładając nowy wykaz wykonanych usług wraz z referencjami. W tym referencjami od (...) (...) im. L. W. w B. dla (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w L.. W odpowiedzi na pismo pozwanej (...) (...) w B. poinformowało, że Spółka (...) nie opracowała scenariusza wystawy oraz nie wyprodukowała filmów i prezentacji multimedialnych, a jedynie zrealizowała scenariusz techniczny oraz zamontowała i uruchomiła filmy i prezentacje multimedialne wykorzystując specjalny program zarządzający wystawą, a nadto dokonała montażu urządzeń projekcyjnych, nagłaśniających i ekranów dotykowych. Po otrzymaniu tej informacji pozwana Gmina wykluczyła powódkę, jako wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w uzasadnieniu podając, iż powódka nie potwierdziła posiadania wiedzy i doświadczenia związanego z realizacją co najmniej dwóch multimedialnych ekspozycji muzealnych. Odwołanie powódki od podjętej przez pozwaną Gminę czynności wykluczenia z przetargu Krajowa Izba Odwoławcza w W. wyrokiem z dnia 3 grudnia 2013 r. oddaliła.

W tak ustalonym stanie Sąd Okręgowy uznał powództwo za uzasadnione. Wskazał, że zasadą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest, że wykonawca ma złożyć ofertę zgodną z warunkami przetargu, w tym również określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 j.t.) w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawców oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. W wypadku, gdy wykonawca w ofercie nie złożył wymaganych przez zamawiającego dokumentów lub oświadczeń, wzywa on wykonawcę do ich złożenia w wyznaczonym terminie chyba, że mimo ich złożenia oferta podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania, w myśl art. 26 ust. 3 ustawy. Z kolei na mocy art. 46 powołanej ustawy (w brzmieniu z obowiązującym w dacie wszczęcia postępowania tj. 31 sierpnia 2013 r.) 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. 4 a (ust. 1). Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie (ust. 4 a).

Uznał Sąd Okręgowy, że pozwana nie była uprawniona do zatrzymania wadium w oparciu o powołany art. 46 ust. 4 a, skoro powódka fizycznie złożyła dokumenty mające za zadanie potwierdzić posiadanie wymaganej wiedzy i doświadczenia. Zdaniem Sądu braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu, który odkryty został na etapie weryfikacji dokumentów i oświadczeń złożonych przez powódkę, nie można utożsamiać z faktycznym, celowym nieprzedłożeniem dokumentów czy biernym zachowaniem, które to zachowania pozwalałyby na zatrzymanie wadium. W tym zakresie Sąd I instancji powołał się na wyrażane w orzecznictwie Sądu Najwyższego oraz Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych stanowisko, że zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a może mieć miejsce wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, fizycznie nie złożył dokumentów lub oświadczeń określonych w art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictw (fizyczny brak dokumentów lub oświadczeń wskazanych w art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictw) oraz nie udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Stanowisko to zakłada, że chodzi o brak fizyczny dokumentu lub oświadczenia, natomiast przepis nie znajduje zastosowania, jeżeli zostanie złożony dokument lub oświadczenie, które nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Sąd Okręgowy uznał, że dokument zawierający niepełne czy lakoniczne informacje nie można uznawać za dokument nieprawdziwy. Natomiast złożone przez powódkę referencje były sporządzone przez uprawniony podmiot, a powódka przedłożyła je w dobrej wierze, nie przypuszczając, że ich treść może budzić wątpliwości co przedmiotowi zamówienia. Poza tym Sąd I instancji zauważył, iż wykładnia art. 46 ust. 4 a ustawy prawo zamówień publicznych wymaga uwzględnienia celu jego wprowadzenia do systemu prawnego. Celem tym zaś było ograniczenie możliwości dokonywania zmów przetargowych polegających na porozumieniu wykonawców prowadzącym do udzielenia zamówienia temu, kto zaoferuje najwyższą cenę. Takiego celu postępowania nie dopatrzył się Sąd w działaniu powódki podkreślając, iż złożyła ona najkorzystniejszą ofertę, a jej celem była wygrana w postępowaniu przetargowym. Omówione względy legły u podstaw wniosku, że pozwana nie była uprawniona do zatrzymania wadium i zaważyły na uwzględnieniu powództwa.

W apelacji pozwana domagała się zmiany zaskarżonego wyroku przez oddalenie powództwa ewentualnie uchylenia orzeczenia i przekazania sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania. Skarżąca zarzuciła naruszenie:

- przepisów postępowania mających wpływ na wynik sprawy, a to art. 233 § 1 kpc przez błędne przyjęcie, że powód uzupełnił dokumenty, art. 328 § 2 kpc przez brak wyjaśnienia podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa, art. 316 § 1 kpc oraz art. 325 kpc w zw. z art. 328 § 2 kpc przez nierozpoznanie istoty sprawy, niezbadanie materialnej podstawy żądania pozwu i pominięcie merytorycznych zarzutów zgłoszonych w odpowiedzi na pozew;

- naruszenie przepisów prawa materialnego, a to art. 6 kc przez błędne przyjęcie, że powódka uzupełniła dokumenty, art. 46 ust. 4 b ustawy prawo zamówień publicznych przez błędne jego zastosowanie mimo braku takiego przepisu oraz art. 46 ust. 4 a tejże ustawy przez „niewłaściwe jego zastosowanie przez uznanie, że tylko fizyczna bezczynność powoduje możliwość zatrzymania wadium”. Zdaniem pozwanej ograniczenie zastosowania powołanego przepisu jedynie do sytuacji fizycznego braku dokumentów jest błędne, nadto nie jest ono jedynym poglądem wyrażanym w orzecznictwie. Wedle apelującej za właściwe należy uznać stanowisko zgodnie, z którym zatrzymanie wadium jest uzasadnione także w wypadku złożenia, na wezwanie zamawiającego, nieprawidłowych dokumentów. Nadto skarżąca zarzucała, iż powódka w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie dochowała należytej staranności wymaganej od profesjonalisty w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia. Brak weryfikacji informacji co do zakresu realizowanego zamówienia przez podmiot trzeci, z którego wiedzy i doświadczenia zamierzała powódka skorzystać, stanowi też o jej winie w zakresie niezłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie przez wykonawcę warunków i wymagań udziału w postępowaniu.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja zasługiwała na uwzględnienie, mimo iż nie wszystkie zawarte w niej zarzuty były trafne. W pierwszej kolejności odnieść się należy do zarzutów naruszenia przepisów postępowania, w tym do najdalej idącego zarzutu nierozpoznania istoty sprawy przez Sąd Okręgowy. Stwierdzić też należy, iż zarzut ten przynależy do grupy niezasadnych zarzutów apelacyjnych.

Pojęcie nierozpoznania istoty sprawy na gruncie art. 386 § 4 kpc interpretowane jest w orzecznictwie Sądu Najwyższego jako wadliwość postępowania polegająca na zaniechaniu przez sąd I instancji rozpoznania materialnej podstawy żądania pozwu, mające wpływ na istnienie prawa powoda lub kwalifikację całego stosunku prawnego albo też na zaniechaniu zbadania materialnej podstawy żądania albo merytorycznych zarzutów strony z powodu bezpodstawnego przyjęcia, że istnieje przesłanka materialnoprawna lub procesowa unicestwiająca roszczenie. Ponadto sąd I instancji nie rozpoznaje istoty sprawy, gdy pomija merytoryczne zarzuty pozwanego mogące doprowadzić do unicestwienia roszczenia (por. np. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2012 r., V CSK 371/11; z dnia 12 stycznia 2012 r., II CSK 274/11; z dnia 6 września 2011 r., I UK 70/11; z dnia 13 stycznia 2010 r., II CSK 239/09; z dnia 27 marca 2008 r., III UK 86/07; z dnia 12 lutego 2002 r., I CKN 486/00; z dnia 12 września 2002 r., IV CKN 1298/00; z dnia 5 lutego 2002 r., I PKN 845/00; z dnia 9 stycznia 2001 r., I PKN 642/00; z dnia 25 listopada 2003 r., II CK 293/02; z dnia 14 maja 2002 r., V CKN 357/00; z dnia 24 marca 2004 r., I CK 505/03; z dnia 20 stycznia 2005 r., I UK 137/04; z dnia 21 października 2005 r., III CK 161/05; oraz postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 10 grudnia 2014 r., II PZ 26/14; z dnia 23 października 2014 r., I CZ 63/14;; z dnia 2 października 2014 r., IV CZ 54/14; z dnia 4 września 2014 r., II CZ 41/14;; z dnia 21 marca 2014 r., IV CZ 7/14; z dnia 12 grudnia 2013 r., V CZ 75/13; z dnia 26 listopada 2012 r., III SZ 3/12; z dnia 9 listopada 2012 r., IV CZ 156/12). Wbrew stanowisku apelującej w niniejszej sprawie nie doszło do nierozpoznania sprawy w wyżej opisanym znaczeniu. Przedmiotem żądania był zwrot wadium uiszczonego przez powódkę, z tym uzasadnieniem że nie zachodziły podstawy do jego zatrzymania przez pozwaną. O tym żądaniu Sąd Okręgowy zaś orzekł, nie dzieląc przy tym poglądu skarżącej, że zachodziły podstawy do zatrzymania przez nią wadium przewidziane w art. 46 ust. 4 a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 j.t., dalej: p.z.p.). W sprawie nie zostały zgłoszone zarzuty, które mogłyby zniweczyć roszczenie powoda (np. zarzut przedawnienia roszczenia), które wymagałyby analizy Sądu, a której ten bezpodstawnie by zaniechał. Natomiast okoliczność, że nie zostały podzielone merytoryczne wywody apelującego, w tym że dokonana została odmienna wykładnia przepisów mających zastosowanie w sprawie (a tak właśnie było w tym wypadku) nie uzasadnia stwierdzenia, że doszło do nierozpoznania istoty sprawy.

Nie jest również słuszny zarzut naruszenia art. 328 § 2 kpc. Uzasadnienie zaskarżonego wyroku sporządzone jest już po wydaniu orzeczenia, co w istocie wyłącza możliwość wpływu tego rodzaju naruszenia na treść orzeczenia. Nadmienić też wypada, iż zarzut naruszenia omawianego przepisu może być uznany za trafny tylko wówczas, gdy wady konstrukcyjne uzasadnienia zaskarżonego wyroku mają charakter kardynalnych mankamentów, które uniemożliwiają kontrolę wydanego orzeczenia (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z 15 lipca 2011r., I UK 325/10, z 5 września 2001r., I PKN 615/00 i 7 lutego 2001r., V CKN 606/00). Taka sytuacja nie dotyczy zaś uzasadnienia sporządzonego w niniejszej sprawie, mimo pewnych uchybień (np. przywołania, zapewne na skutek oczywistej omyłki pisarskiej nieistniejącego przepisu art. 46 ust. 4 b p.z.p., czy też nieadekwatności uzasadnienia do rozstrzygnięcia o odsetkach ustawowych).

Za chybiony uznać również trzeba zarzut naruszenia art. 233 § 1 kpc. Wskazać należy, iż powołany przepis wyraża jedną z podstawowych zasad postępowania cywilnego, czyli zasadę swobodnej oceny dowodów. Stanowi on, że sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego. Do skutecznego postawienia zarzutu naruszenia tego przepisu nie wystarczy zaprezentowanie przez skarżącego stanu faktycznego przyjętego przez niego na podstawie własnej oceny dowodów; skarżący musi wykazać, posługując się wyłącznie argumentami jurydycznymi, że sąd rażąco naruszył ustanowione w wymienionym przepisie zasady oceny wiarygodności i mocy dowodów i że naruszenie to miało wpływ na wynik sprawy (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2000 r., I CKN 1169/99, OSNC 2000/78/139, Biul. SN 2000/5/11 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 stycznia 2005 r., IV CK 387/04, Lex nr 1771263). Tymczasem skarżąca temu zadaniu nie

sprostą, nadto wadliwie zostały skonstruowane zarzuty naruszenia przepisów procesowych w sytuacji, gdy apelująca w istocie zmierzała do podważenia wniosków prawnych, które na gruncie art. 46 ust. 4 a p.z.p. wysnuł Sąd Okręgowy. Tak postawiony zarzut uzasadnia natomiast sformułowanie zarzutu naruszenia przepisów prawa materialnego, który zresztą również został wyartykułowany w apelacji.

Reasumując dotychczasowe rozważania stwierdzić trzeba, że zawarte w apelacji zarzuty naruszenia przepisów postępowania okazały się nieuzasadnione. Podkreślić również należy, iż istotne dla rozstrzygnięcia sprawy ustalenia faktyczne zostały przez Sąd Okręgowy ustalone niewadliwie, jako wynik właściwej w świetle art. 233 § 1 kpc oceny zgromadzonego materiału dowodowego. Z tej przyczyny ustalenia te Sąd Apelacyjny przyjmuje za własne. Uzupełnić jedynie należy ustalony stan faktyczny o ustalenie, że toczące się dochodzenie w sprawie mającego miejsce w dniu 13 października 2013 r. w Ś. przedłożenia, w celu uzyskania dla (...) Spółki z o.o. w K. zamówienia publicznego udzielonego przez Gminę Ś. zamówienia publicznego "Zaprojektowanie i wykonanie stałej ekspozycji (...) (...) (...) w Ś." udzielanego przez Gminę w trybie przetargu nieograniczonego, oferty przetargowej zawierającej poświadczające nieprawdę dokumenty w postaci referencji w zakresie posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia oraz nierzetelnego pisemnego oświadczenia dotyczącego istotnych okoliczności dla uzyskania tego zamówienia tj. o przestępstwo z art. 297 § 1 kk zostało umorzone wobec znikomej szkodliwości społecznej czynu -art. 17 § 1 pkt 3 kpk (por. postanowienie o umorzeniu dochodzenia z dnia 21 października 2016 r. - k.227). Przeprowadzenie uzupełniającego postępowania dowodowego we wskazanym zakresie było uzasadnione wobec treści art. 381 kpc i wydania postępowania kończącego postępowanie karne już po wydaniu zaskarżonego orzeczenia.

Przechodząc do oceny prawnej ustalonego stanu faktycznego w kontekście zawartych w apelacji zarzutów naruszenia prawa materialnego wskazać należy, że stosownie do treści art. 46 ust. 1 p.z.p. zamawiający zwraca wadium wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem art. 4 a p.z.p. W okolicznościach sprawy podstawą prawną żądania zwrotu wpłaconego przez powódkę wadium stanowił powołany przepis. Kluczowe znacznie, wobec zatrzymania przez pozwaną Gminę wadium z powołaniem na zaistnienie sytuacji objętej art. 46 ust. 4 a p.z.p., miała wykładnia tego przepisu. Przepis ten zawiera szczególne przesłanki zatrzymania wadium przez zamawiającego, przy czym obecnie po nowelizacjach przepis ten ma odmienną treść. Natomiast w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia postępowania o udzieleniu zamówienia publicznego przez pozwaną (tj. 31 sierpnia 2013 r. czyli w brzmieniu mającym zastosowanie w sprawie) przepis ten przewidywał, iż: zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn niezależnych po jego stronie. Na tle tej regulacji wykształciły się dwa przeciwstawne nurty orzecznicze, obejmujące także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. W orzeczeniach należących do pierwszego z nich przyjmowało się, że uprawnienie do zatrzymania wadium powstaje jedynie w przypadku całkowitej bierności wykonawcy, który w reakcji na wezwanie zamawiającego nie składa żadnego dokumentu czy oświadczenia. Natomiast w orzeczeniach drugiego nurtu zakładało się, że uprawnienie do zatrzymania wadium powstaje również w sytuacji, gdy wykonawca składa dokument (oświadczenie), z którego nie wynika jednak spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub spełnienia przez oferowane przez niego dostawy (usługi lub roboty budowlane) wymagań określonych przez zamawiającego .

Poza sporem jest, że powódka w odpowiedzi na wezwanie pozwanej Gminy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, uzupełniła dokumenty, jednakże nie potwierdziły one posiadania wymaganej przez zamawiającą wiedzy i doświadczenia. Sąd Okręgowy uwzględniając powództwo odpowiedział się za tym nurtem orzeczniczym, który przyjmował, że uprawnienie zamawiającego do zatrzymania wadium powstaje tylko w wypadku, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, fizycznie nie złoży dokumentów lub oświadczeń, zachowując całkowitą bierność. Tym samym, zdaniem Sądu I instancji, uprawnienie takie nie powstaje, gdy wykonawca złoży dokument lub oświadczenie, które jednak nie potwierdza warunków udziału w postępowaniu. Pozwana Gmina odwołała się natomiast do przeciwstawnego nurtu orzeczniczego, opierając na takiej wykładni omawianego przepisu, apelację. Zważając na

argumenty przemawiające na rzecz każdego ze wskazanych nurtów orzeczniczych Sąd Apelacyjny, przy rozpoznaniu apelacji, powziął poważne wątpliwości, które dały asumpt do przedstawienia Sądowi Najwyższemu w trybie art. 390 § 1 kpc zagadnienia prawnego o treści: czy niezłożenie dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw na wezwanie zamawiającego w rozumieniu art. 46 ust. 4 a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (t.j. DZ.U. 2010r., Nr 1183, poz. 759) oznacza tylko przypadek całkowitej bierności wezwanego wykonawcy czy także obejmuje sytuację, w której wykonawca składa dokument lub oświadczenie, z którego jednak nie wynika potwierdzenie spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub spełnienia przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań przez zamawiającego.

Udzielając odpowiedzi Sąd Najwyższy podjął w dniu 22 czerwca 2017 r. uchwałę, stwierdzając iż: wadium podlegało zatrzymaniu na podstawie art. 46 ust. 4 a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym do dnia 18 października 2014 r. (t.j. DZ.U. z 2013 r., poz. 307) także wtedy, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie złożył dokumenty lub oświadczenia, ale z ich treści nie wynikało potwierdzenie okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 tej ustawy(k.216-22). Zgodnie z art. 390 § 2 kpc uchwała Sądu Najwyższego rozstrzygająca zagadnienie prawne wiąże w danej sprawie. Tym samym zarzut apelującej naruszenia prawa materialnego, a to art. 46 ust. 4 a p.z.p. przez jego błędną wykładnię okazał się uzasadniony. Wbrew zatem odmiennemu stanowisku Sądu I instancji przyjąć należało, że wobec uzupełnienia przez powódkę – w odpowiedzi na wezwanie zamawiającej Gminy – dokumentów (przez złożenie nowego wykazu wykonanych usług wraz z referencjami) niepotwierdzających jednak posiadania wymaganej przez pozwaną wiedzy i doświadczenia do wykonania przedmiotu zamówienia, pozwana była uprawniona do zatrzymania wadium. Uwzględnić nadto bowiem należy, że nie zachodziły podstawy do uznania, że brak złożenia wymaganych dokumentów jest spowodowany przyczynami nieleżącymi po stronie powódki.

Jak stwierdził m.in. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały z dnia 22 czerwca 2017 r. „wykonawca, który zamierza uczestniczyć w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zapoznaje się z warunkami uczestnictwa i powinien dokładać należytej staranności na wszystkich etapach postępowania oraz adekwatnie reagować na kolejno ujawniające się okoliczności, które mogą stanąć na przeszkodzie uzyskaniu zamówienia. Oferent przystępując do przetargu o zamówienie publiczne, akceptuje nie tylko obowiązek wniesienia wadium, ale również ustawowe warunki utraty prawa do żądania jego zwrotu”. Zdaniem Sądu Apelacyjnego powódka należytej staranności, wymaganej od profesjonalisty, co do wykazania – na wezwanie zamawiającej – spełnienia warunku udziału w postępowaniu przetargowym w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia nie dochowała. Powódka zachowała się nierzetelnie i niełojalnie, złożone – na wezwanie do uzupełnienia braków – dokumenty poświadczały nieprawdę w postaci referencji w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia. Od strony prawnokarnej działania prezesa zarządu powodowej spółki wyczerpywały znamiona przestępstwa określonego art. 297 § 1 kk. Postępowania powódki, w zakresie stwierdzonych uchybień w spełnieniu warunku udziału w postępowaniu przetargowym odnośnie do posiadanej wiedzy i doświadczenia, nie usprawiedliwiają wskazane przez powódkę okoliczności. Przeciwnie brak weryfikacji przez nią informacji co do zrealizowanego zamówienia przez podmiot trzeci, z którego wiedzy i doświadczenia zamierzała ona skorzystać świadczy o rażącym niedbalstwie powódki. Powoływana przez powódkę renoma owej firmy od takich działań jej nie zwalniała. Nie tłumaczy także powódki brak własnego doświadczenia na rynku, a także eksponowana „chęć wygrania przetargu”. Nie da się nadto przyjąć, że to zamawiający w jakikolwiek sposób przyczynił się do tego, że uzupełnienie, zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji zamówienia, nie było możliwe. W szczególności nie można twierdzić, że określone w specyfikacji zamówienia wymogi były sformułowane w sposób niejasny, zawiły bądź wieloznaczny. Z uwagi na przedmiot zamówienia obejmujący wykonanie prestiżowej dla pozwanej Gminy inwestycji(stałej ekspozycji (...)(...) (...) w Ś.) uzasadnione i racjonalne było wymaganie, aby wykonawca posiadał znaczną wiedzę i doświadczenie w realizacji tego typu inwestycji.

Uznać również trzeba, że w okolicznościach sprawy brak jest podstaw do przyjęcia, że pozwana zatrzymując wadium korzysta z tego uprawnienia w sposób sprzeczny z jego społeczno – gospodarczym przeznaczeniem (art. 5 kc). W tym kontekście powódka wskazuje, że celem omawianej regulacji było przeciwdziałanie znikomemu przetargowemu, jej

postępowanie takiego celu zaś nie miało, gdyż „chciała tylko wygrać przetarg”. Jakkolwiek istotnie podstawowym celem art. 46 ust. 4 a p.z.p. od chwili jego wprowadzenia do prawa zamówień publicznych było zapobieganie znikom przetargowym to nie był to cel jedyny. Także z treści uchwały Sądu Najwyższego (w tym fragmencie, w którym odwołuje się Sąd do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 listopada 2008 r., TK 62/06, OTK – A 2008/9/155) wynika, że tradycyjne funkcje wadium (zabezpieczająca, kompensacyjna) zostały w prawie zamówień publicznych rozszerzone. Ma ono bowiem zabezpieczać prawidłowy przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dyscyplinować oferentów, zapewniać ich lojalne współdziałanie z zamawiającym i przeciwdziałać wypaczaniu wyniku procedury zamówieniowej. Do takiej sytuacji (czyli wypaczenia wyniku przetargu) może natomiast dojść nie tylko na skutek zmyślenia przetargowego, gdyż będzie tak również w sytuacji (nierzetelnego czy wręcz nieprawdziwego) przedłożenia wymaganych przez zamawiającego dokumentów lub oświadczeń potwierdzających posiadanie wiedzy i doświadczenia do wykazania przedmiotu zamówienia, które było niezbędne w świetle wymogów określonych przez zamawiającego, a w istocie których wykonawca nie posiadał. Tak też było w niniejszej sprawie. Powódka złożyła oświadczenie, iż niezbędną wiedzę i doświadczenie posiada oraz dołączyła wykaz wykonanych usług i referencji, jednakże podjęte przez pozwaną Gminę czynności weryfikujące (przez zwrócenie się do podmiotów na rzecz, których wykonywane były usługi objęte wykazem) wykazały, że usługi te nie odpowiadają wymogom określonym w zamówieniu. Tym samym powódka nie potwierdziła posiadania wiedzy i doświadczenia, których wymagał zamawiający. Gdyby pozwana owych działań sprawdzających nie podjęła to powódka wygrałaby przetarg, co oznaczałoby, że ostateczny wynik postępowania przetargowego zostałby wypaczony, skoro powódka nie spełniała warunków udziału w tym postępowaniu. Marginalnie tylko można zauważyć, że zaistniała sytuacja jest objęta dyspozycją obecnie obowiązującego art. 46 ust. 4 a p.z.p., który uprawnia zamawiającego do zatrzymania wadium. Opisane względem, jak już zaznaczono, nie pozwalają na przyjęcie, że pozwana zatrzymując wadium uczyniła to w okolicznościach przewidzianych art. 5 kc.

Z uwagi zatem na ostateczne uznanie, że pozwana, w oparciu o art. 46 ust. 4 a p.z.p., była uprawniona do zatrzymania wadium, niezasadne okazało się żądanie jego zwrotu. Dodać należy, w odniesieniu do zarzutów apelacji, iż to właśnie przepis art. 46 ust. 1 p.z.p. nakazujący zwrot wadium (za wyjątkiem sytuacji z art. 46 ust. 4 a) przez zamawiającego był podstawą prawną żądania powódki. Podstawa ta przywołana zaś została w uzasadnieniu Sądu Okręgowego. W świetle poczynionych rozważań chybione było również powołanie się skarżącej na naruszenie art. 6 kc.

Z przedstawionych przyczyn zaskarżony wyrok należało zmienić przez oddalenie powództwa i stosowne rozstrzygnięcie o kosztach procesu w myśl art. 98 kpc (art. 386 § 1 kpc). O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono zgodnie z wynikiem tego etapu postępowania (art. 98 kpc w zw. z art. 108 § 1 kpc i art. 391 § 1 kpc), na które to koszty złożyły się opłata od apelacji oraz wynagrodzenie pełnomocnika – radcy prawnego ustalone zgodnie z treścią § 2 pkt 6) w zw. z § 10 ust. 2) rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych, w brzmieniu sprzed nowelizacji z dnia 3 października 2016 r. (DZ.U. z 2015 r., poz. 1804).

SSO del. Lucyna Morys-Magiera SSA Małgorzata Wołczańska SSA Elżbieta Karpeta