

*Sygn. akt VI A Ca 636/13*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 18 grudnia 2013 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:*

*Przewodniczący - Sędzia SA – Małgorzata Manowska*

*Sędzia SA – Agata Zajac*

*Sędzia SO del. – Joanna Wiśniewska-Sadowska (spr.)*

*Protokolant: sekr. sądowy Katarzyna Kędzierska*

*po rozpoznaniu w dniu 18 grudnia 2013 r. w Warszawie*

*na rozprawie*

*sprawy z powództwa Zakładu (...) S.A. we W.*

*przeciwko Skarbowi Państwa - Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad*

*o zapłatę*

*na skutek apelacji pozwanego*

*od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie*

*z dnia 21 grudnia 2012 r., sygn. akt XXV C 131/11*

**I. oddala apelację;**

**II. zasądza od Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad na rzecz Zakładu (...) S.A. we W. kwotę 5.400 (pięć tysięcy czterysta) zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w instancji odwoławczej.**

Sygn. akt VI ACa 636/13

## UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 12 lipca 2010 r. Zakład (...) S.A. we W. wniósł o zasądzenie od Skarbu Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Z. kwoty 650.000 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 9 lutego 2010 r.

W odpowiedzi na pozew pozwany wniósł o oddalenie powództwa podnosząc, iż zostały spełnione przesłanki do zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych (p.z.p.).

Wyrokiem z dnia 21 grudnia 2012 r. (sygn. akt XXV C 131/11) Sąd Okręgowy w Warszawie zasądził od Skarbu Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad na rzecz Zakładu (...) S.A. we W. kwotę 650.000 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 9 lutego 2010 r. do dnia zapłaty oraz kwotę 42.237 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Powyższy wyrok zapadł w oparciu o następujące ustalenia i rozważania:

Od października 2008 r. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Z. (zamawiający) prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Bieżące utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Z.". Zamówienie podzielone zostało na trzy zadania: nr (...) - Rejon N.; droga krajowa nr (...); nr (...) - Rejon S.; droga krajowa nr (...); nr (...) - Rejon Ż.; droga krajowa nr (...).

Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ):

- dla potwierdzenia spełnienia warunków ogólnych (pkt 7.2.2 rozdział I „Instrukcji dla Wykonawców”) wykonawcy winni przedłożyć bliżej wskazane dokumenty (oryginały lub kserokopie poświadczone przez wykonawcę za zgodność z oryginałem), w tym koncesje, zezwolenia i licencje, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania koncesji, zezwolenia lub licencji na podjęcie działalności gospodarczej w zakresie objętym zamówieniem publicznym (pkt 8.1.2 SIWZ),
- zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych (pkt 9.2 SIWZ).

Do udziału w postępowaniu (zadania nr 2, 3 i 5) przystąpiły - jako wykonawca - trzy podmioty działające wspólnie i tworzące konsorcjum: powód Zakład (...) S.A. we W. jako lider konsorcjum oraz (...) sp. z o.o. w O. i (...) sp. z o.o. w P. jako „partnerzy” (uczestnicy) konsorcjum. „Partnerzy” (uczestnicy) konsorcjum udzieliли powodowi, jako liderowi konsorcjum, pełnomocnictw do dokonywania wszelkich czynności wynikających z realizacji przedmiotu zamówienia publicznego w zakresie określonym przez zamawiającego w SIWZ i przepisach ustawy p.z.p., w tym w szczególności do 1. skompletowania, podpisania i złożenia zamawiającemu oferty przetargowej, 2. potwierdzania za zgodność z oryginałem dokumentów oferty stanowiących kserokopie, 3. wniesienia wadium, 4. składania protestów, odwołań, występowania przed Krajową Izbą Odwoławczą składania skarg do Sądu, przystępowania do postępowań wszczętych na skutek działań innych uczestników postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, 5. podpisania „w imieniu konsorcjum” umowy z zamawiającym na realizację zamówienia oraz wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, 6. reprezentowania interesów konsorcjum i jego partnerów przed zamawiającym oraz innymi instytucjami i osobami trzecimi.

Konsorcjum przedstawiło udzielone w dniu 4 sierpnia 2008 r. przez (...) S.A. w S. trzy gwarancje ubezpieczeniowe zapłaty wadium ważne do 9 marca 2009 r.:

- co do roszczeń dotyczących zadania nr 2 – w kwocie 200.000 zł,
- co do roszczeń dotyczących zadania nr 3 - w kwocie 250.000 zł,
- co do roszczeń dotyczących zadania nr 5 - w kwocie 200.000 zł

Pismem z dnia 18 grudnia 2008 r., doręczonym w dniu 22 grudnia 2008 r., GDDKiA wezwała powoda jako lidera konsorcjum do podania i uzasadnienia stawek VAT zastosowanych do każdej pozycji w kosztorysach ofertowych dotyczących zadań nr 2, 3 i 5 oraz na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p. wezwała do uzupełnienia dokumentów potwierdzających:

1) spełnienie warunków udziału w postępowaniu, to jest posiadanie uprawnień do wykonywania działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień koncesje, zezwolenia lub licencje, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania koncesji, a mianowicie do przedstawienia następujących zezwoleń lub licencji na podjęcie działalności gospodarczej w zakresie objętym zamówieniem, których to dokumentów zamawiający wymagał w pkt 8.1.2. SIWZ:

a) w zakresie zadania nr 2: certyfikatu kompetencji zawodowych w krajowym transporcie drogowym rzeczy, licencji na wykonywanie krajowego transportu drogowego rzeczy, pozwoleń na prowadzenie działalności w zakresie zbierania, transportu odpadów, obowiązujących w powiatach: (...), (...), (...), (...);

b) w zakresie zadania nr 3: certyfikatu kompetencji zawodowych w krajowym transporcie drogowym rzeczy, licencji na wykonywanie krajowego transportu drogowego rzeczy, pozwoleń na prowadzenie działalności w zakresie zbierania, transportu odpadów, obowiązujących w powiatach: (...), (...), (...), (...);

c) w zakresie zadania nr 5: certyfikatu kompetencji zawodowych w krajowym transporcie drogowym rzeczy, licencji na wykonywanie krajowego transportu drogowego rzeczy, pozwoleń na prowadzenie działalności w zakresie zbierania, transportu odpadów, obowiązujących w powiatach: (...), (...), (...);

2) dysponowanie potencjałem technicznym: przedstawienie (pkt 7.2.1 ppkt 2 SIWZ) pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego na następujący sprzęt: walec stalowy i ogumiony (6 szt.) - (...) (właśc. (...)-przyp. SO) lit, ogumiony + (...) stalowy-tandem 8,5 t; (...), 8-10 t, (...), ogumione: (...); rozkładarkę mas bitumicznych (2 szt.) - (...) z ławą hydrauliczną, (...); frezarkę do nawierzchni (2 szt.) - (...) (...); ładowarkę (4 szt.) - (...); dodatkowo w zakresie zadania nr 2: nośniki pod solarki i pługi - samochody skrzyniowe M., V., S. -ładowność 10 Mg - 9 szt., ładowność 14 Mg - 2 szt.; nośniki pod piaskarki i pługi - samochód skrzyniowy K., ładowność 10 Mg -1 szt.; nośniki pod pługi - samochody skrzyniowy M. (...) szt.; równiarki z lemieszem gumowym - (...) 3 szt.; ponadto w zakresie zadania nr (...): nośniki pod solarki i pługi - samochody skrzyniowe M., V., S. -ładowność 9 Mg - 6 szt., ładowność 12 Mg - 4 szt.; nośniki pod piaskarki i pługi - samochód skrzyniowy K., ładowność 10 Mg -1 szt.; nośniki pod pługi - samochody skrzyniowe M. (...) szt., -równiarki z lemieszem gumowym - (...) 3 szt.;

3) dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia:

- przedstawienie na Formularzu 1.2 „Potencjał kadrowy” informacji o osobach, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, potwierdzającej posiadanie przez dwóch pracowników do kierowania ruchem minimalnego dwuletniego doświadczenia, gdy z dokumentu załączonego do oferty wynika iż osoby wyznaczone przez wykonawcę na pracowników do kierowania ruchem: S. Ł., W. W., posiadają mniejsze doświadczenie niż wymagał zamawiający w pkt 7.2.2.2 SIWZ;
- złożenie załącznika do Formularza 1.2 - Informacji o doświadczeniu osób wskazanych w Formularzu 1.2;

4) znajdowanie się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia:

- informacja banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzająca wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy nie mniejszą niż 2.750.000 zł (po sumowaniu zadań, w których wykonawca uczestniczył: zadanie nr 2: 850.000 zł, zadanie nr 3: 1.000.000 zł, zadanie nr 5: 900.000 zł).

Pismo z dnia 18 grudnia 2008 r. zawierało nadto informację, że wyjaśnienia dotyczące stawek VAT zastosowanych w ofercie oraz wymienione w piśmie dokumenty należy dostarczyć do siedziby zamawiającego do dnia 8 stycznia 2009 r. do godziny 15:00; że złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, tzn. w dniu 8 grudnia 2008 r. oraz że zamawiający zatrzyma wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na niniejsze wezwanie nie złoży wymaganych dokumentów i oświadczeń, chyba, że udowodni, iż wynika to z przyczyn niezależnych po jego stronie.

W odpowiedzi (wpłynęła do pozwanego w dniu 8 stycznia 2009 r.) powód oświadczył, że przekazuje:

1) zestawienie stawek podatku VAT dla pozycji cenowych - zgodnie z wymaganymi kosztorysami ofertowymi dla zadań nr 2, 3 i 5; równocześnie powód uzasadnił swoje stanowisko co do przyjętych stawek;

2) zaświadczenie nr (...) na przewozy drogowe na potrzeby własne, towarzyszące prowadzonej działalności; równocześnie powód wyjaśnił, że nie prowadzi zarobkowej działalności polegającej na transporcie drogowym rzeczy, a także zajął stanowisko, że pozostałe dokumenty wymienione przez zamawiającego w piśmie, w tym certyfikat

kompetencji zawodowych w krajowym transporcie drogowym, licencja na wykonywanie krajowego transportu drogowego rzeczy oraz pozwolenie na prowadzenie działalności w zakresie zbierania i transportu odpadów „nie mogą stanowić bezwzględnego żądania” zamawiającego w stosunku do wykonawcy - stanowisko to zostało przez powoda uzasadnione;

3) pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego; równocześnie powód poinformował, że w poz. 6 formularza 1.3 w kol. 4, na 4 szt. wymienionych ładowarek, 2 sztuki ładowarki stanowią własność powoda, a 2 sztuki są dzierżawione;

4) uzupełnienie formularza 1.2 w zakresie spełnienia warunku posiadania osób do kierowania ruchem oraz załącznik do formularza 1.2;

5) uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie wymagania w zakresie wysokości dysponowania środkami finansowymi.

Trzema pismami z dnia 19 stycznia 2009 r., doręczonymi powodowi w dniu 21 stycznia 2009 r. GDDKiA poinformowała powoda, jako lidera konsorcjum, o wynikach postępowania odnośnie każdego z zadań:

- że unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie zadania nr 2, z powodu niezłożenia żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu;
- w wyniku postępowań o zamówienie publiczne w zakresie zadań nr 3 i 5 wybrano, jako najkorzystniejsze, oferty bliżej wskazanych podmiotów, innych niż konsorcjum powoda,
- wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w zakresie zadań nr 2, 3 i 5, konsorcjum którego liderem jest powód, ze względu na niespełnienie następujących warunków udziału w postępowaniu:

1) niezłożenie, wbrew wezwaniu zawartemu w piśmie zamawiającego z dnia 18 grudnia 2008 r. w wymaganym przez zamawiającego terminie, certyfikatu kompetencji zawodowych w krajowym transporcie drogowym rzeczy, licencji na wykonywanie krajowego transportu drogowego rzeczy i pozwoleń na prowadzenie działalności z zakresu zbierania, transportu odpadów, obowiązujących w powiatach: dla zadania nr 2 - (...), (...), (...) i (...), dla zadania nr 3 - (...), (...), (...) i (...), a dla zadania nr 5 - (...), (...) i (...); powołano się na pkt.8.1.2. (...),

2) nieuzupełnienie pisemnego zobowiązania innego podmiotu do udostępnienia frezarki do nawierzchni (...); ponadto w oświadczeniu Przedsiębiorstwa (...) dotyczącego udostępnienia sprzętu brakuje daty, co zdaniem zamawiającego, uniemożliwia potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, tzn. w dniu 8 grudnia 2008 r. -(powyższe braki dotyczą każdego z zadań),

3) niezłożenie przez wykonawcę, wbrew żądaniu zamawiającego, dokumentów potwierdzających dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a mianowicie: w zakresie zadania nr 2 i 5 brak dokumentu - załącznika do formularza 1.2 dotyczącego operatora ładowarki J. S., wymienionego w stanowiącym załącznik do oferty formularzu 1.2. oraz niepodpisanie przez J. B., E. Ś. i T. S. dotyczących tych osób załączników do formularza 1.2. oraz odnośnie każdego z trzech zadań - brak minimalnego, wymaganego w pkt 7.2.2.2. SIWZ, doświadczenia pracowników przeznaczonych do kierowania ruchem: J. G. i P. S. ( (...) wymagał doświadczenia dwóch lat, a z załączników do formularzy 1.2 wynikało, iż doświadczenie w/w pracowników jest krótsze).

Ponadto, zamawiający oświadczył, że oferty wykluczonego wykonawcy (konsorcjum, którego liderem jest powód) zostały odrzucone art. 24 ust.4 p.z.p.

Odnośnie frezarek to wykonawca w ofertach do każdego z trzech zadań podał 2 frezarki do nawierzchni o nazwie (...) i (...), następnie w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego odnośnie przedstawienia zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia tego sprzętu - przedstawił zobowiązania innych firm o udostępnieniu dwóch frezarek o nazwie V.,

jednakże w piśmie wyjaśniającym do zamawiającego, wykonawca nie poinformował, iż w miejsce frezarki C. jest druga frezarka V., uważając, że zamawiający jako profesjonalista zidentyfikuje, że są to dwie wymagane frezarki.

W dniu 30 stycznia 2009 r., powód, działając w imieniu konsorcjum, złożył protesty dotyczące czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie zadań nr 2, 3 i 5. W protestach kwestionowano wykluczenie na podstawie nieuzupełnienia dokumentów certyfikatu kompetencji zawodowych w krajowym transporcie drogowym rzeczy, licencji na wykonywanie krajowego transportu drogowego rzeczy oraz pozwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania, transportu odpadów, nie kwestionowano zaś pozostałych przyczyn wykluczenia. W protestach tych powód wniósł, w szczególności, o unieważnienie czynności oceny ofert i odrzucenia oferty konsorcjum z udziałem powoda a także o unieważnienie czynności wykluczenia konsorcjum z udziałem powoda z postępowania.

W dniu 10 lutego 2009 r., Dyrektor Oddziału GDDKiA w Z. oddalił protesty wykonawcy. Powód wniósł odwołania.

Wyrokiem z dnia 6 marca 2009 r. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołania. W uzasadnieniu tego wyroku (...) wskazała, że SIWZ nie zawierała warunku przedłożenia dokumentów certyfikatu kompetencji zawodowych w krajowym transporcie drogowym rzeczy, licencji na wykonywanie krajowego transportu drogowego rzeczy oraz pozwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania, transportu odpadów, zatem żądanie tych trzech rodzajów dokumentów przez zamawiającego było nieuprawnione; (...) nie badała natomiast zasadności pozostałych, powołanych w pismach GDDKiA z dnia 19 stycznia 2009 r., przyczyn wykluczenia, przyjmując, iż nie zostały one zakwestionowane w protestach wykonawcy na czynności wykluczenia i uznania jego oferty za odrzuconą i skutkiem braku zarzutów co do pozostałych przesłanek wykluczenia stały się one skuteczne i wiążące.

Przed wydaniem powyższego wyroku GDDKiA zwróciła się do gwaranta (...) S.A.:

- pismem z dnia 27 lutego 2009 r. - o wypłacenie kwoty 250.000 zł z tytułu gwarancji ubezpieczeniowej co do roszczeń dotyczących zadania nr 3,
- pismem z dnia 27 lutego 2009 r. - o wypłacenie kwoty 200.000 zł z tytułu gwarancji ubezpieczeniowej co do roszczeń dotyczących zadania nr 5,
- pismem z dnia 2 marca 2009 r. - o wypłacenie kwoty 200.000 zł z tytułu gwarancji ubezpieczeniowej co do roszczeń dotyczących zadania nr 2.

W pismach powołano się na zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4 a p.z.p..

Ubezpieczyciel (...) nie dokonał wypłaty kwot objętych gwarancją.

Powód dobrowolnie w dniu 27 kwietnia 2009 r. wpłacił na rachunek bankowy pozwanego jako kwoty zatrzymanych wadium określonych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie zadań: nr 2 kwotę 200 000 zł, nr 3 kwotę 250 000 zł i nr 5 kwotę 200 000 zł, z zastrzeżeniem ich zwrotu. Powód dokonał tych wpłat „aby nie zamykać sobie drogi współpracy” z ubezpieczycielem.

W dniu 9 marca 2009 r., wykonawca złożył protesty dotyczące czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie zadań nr 2, 3 i 5, w postaci złożenia wniosków do (...) S.A. o wypłatę łącznej kwoty 650.000 zł na podstawie gwarancji ubezpieczeniowych, a następnie złożył trzy odwołania, kwestionując ważność pełnomocnictwa udzielonego osobie podpisanej pod tymi wezwaniami.

Wyrokiem z dnia 16 kwietnia 2009 r. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołania stwierdzając, że konsorcjum firm, którego powód jest liderem nie ma interesu prawnego we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 p.z.p.. Od powyższego wyroku wykonawca wniósł skargę.

Wyrokiem z dnia 15 października 2009 r., Sąd Okręgowy w Zielone Górze (sygn. akt V Gaz 48/09) oddalił skargę. W uzasadnieniu tego wyroku Sąd Okręgowy stwierdził, iż słuszna jest ocena (...) co do tego, że skarżący wykonawca nie ma interesu prawnego we wniesieniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 p.z.p..

Wezwaniem do zapłaty z dnia 19 stycznia 2010 r. powód wezwał pozwanego do zwrotu jako świadczenia nienależnego uiszczonych przez niego kwot w łącznej kwocie 650 000 zł w terminie 7 dni od doręczenia wezwania podnosząc, iż czynność „zatrzymania wadium” była bezprawna i nieważna.

Sąd Okręgowy wskazał, iż powyższe okoliczności faktyczne nie były sporne między stronami.

W ocenie Sądu Okręgowego powództwo zasługuje na uwzględnienie. W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie: 1) warunków udziału w postępowaniu, 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego -zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert (art. 25 ust. 1 p.z.p.). Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p. lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p., zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert (art. 26 ust. 3 p.z.p.).

W wypadku, gdy wykonawca wniósł wadium w trybie art. 45 p.z.p., zamawiający zatrzymuje to wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 p.z.p., nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p., lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn niezależnych po jego stronie (art. 46 ust. 4a p.z.p.).

Jeśli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kilku wykonawców jest reprezentowanych przez pełnomocnika, który uprawniony jest do podejmowania wszelkich czynności w toku tego postępowania to uzasadnionym jest przyjęcie, iż jest on także uprawniony do żądania od zamawiającego zwrotu wadium wpłaconego przez wykonawcę wielopodmiotowego (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach dnia 29 lipca 2010 r., V ACa 161/10).

W ocenie Sądu Okręgowego, nie jest natomiast słuszny pogląd przeciwny, wyrażony w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 13 października 2011 r., V CSK 475/10. W uzasadnieniu tego wyroku, SN powołał się na orzecznictwo Zespołu Arbitrów oraz orzecznictwo ETS, które „wskazują na niedopuszczalność korzystania ze środków ochrony prawnej przez pojedynczych członków konsorcjum, jeśli taka jest wola ustawodawcy krajowego”. Wyrazem przedmiotowej woli ustawodawcy jest zaś, w ocenie SN, art. 46 ust. 1 i 2 w zw. z art. 23 p.z.p..

Ta ostatnia ocena nie jest w ocenie Sądu Okręgowego przekonującą. Sąd I instancji zauważył, że sam SN, w uzasadnieniu przytoczonego wyroku, zaznaczył, że prezentuje jedynie poglądy Sądu w składzie, który wyrok ten wydał. Nie sposób więc mówić tu o utrwalonej linii orzecznictwa SN. Ponadto art. 46 ust. 1 i 2 w zw. z art. 23 p.z.p. nie kreuje regulacji, wykluczającej dopuszczalność dochodzenia zwrotu wadium przez jednego tylko członka konsorcjum, a zwłaszcza lidera konsorcjum, umocowanego przez pozostałych członków konsorcjum do wszelkich czynności wynikających z realizacji przedmiotu zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 23 ust. 1 i 2 p.z.p. wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia, a w takim przypadku ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W art. 46 ust. 1 i 2 p.z.p. mowa jest o zwrocie wadium - w przypadkach tam wskazanych - wykonawcy lub „wszystkim wykonawcom”, lecz w znaczeniu wszystkich wykonawców, którzy przystąpili do postępowania, tj. którzy złożyli konkurencyjne oferty - nie chodzi tu natomiast o obligatoryjne zwrócenie wadium do rąk wszystkich wykonawców, którzy o udzielenie zamówienia ubiegają się wspólnie.

Funkcją art. 46 ust. 1 i 2 p.z.p. jest przedmiotowa regulacja przypadków, gdy wadium podlega zwrotowi, a nie formułowanie podmiotowych ograniczeń co do sposobu zwrotu wadium kilku wykonawcom, wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia.

Przepisy art. 46 ust.1 i 2 w zw. z art. 23 p.z.p. nie mogą być natomiast w ocenie Sądu odwoławczego interpretowane jako zakaz poczynienia między członkami konsorcjum, w ramach ogólnej zasady swobody umów (art. 353<sup>1</sup> k.c.), ustaleń że lider konsorcjum - działający we własnym imieniu - będzie uprawniony do dokonywania wszelkich czynności wynikających z realizacji przedmiotu zamówienia publicznego, a zwłaszcza do odebrania od zamawiającego świadczeń pieniężnych, w tym z tytułu zwrotu wadium.

Skoro czynienia takich ustaleń ustawodawca nie zabronił (zatem z mocy art. 353<sup>1</sup> k.c. można je uznać za dozwolone), a zgodnie z przytoczonym przez SN orzecznictwem Zespołu Arbitrów i ETS niedopuszczalność korzystania ze środków ochrony prawnej przez pojedynczych członków konsorcjum istnieje wtedy, gdy taka jest wola ustawodawcy krajowego, to niedopuszczalności tej nie sposób stwierdzić w obowiązującym systemie prawa polskiego. Konsekwentnie, brak dostatecznych argumentów na rzecz tezy, że czynną legitymacją procesową do dochodzenia zwrotu wadium dysponują jedynie wszyscy członkowie konsorcjum (wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego) działający łącznie, a legitymacji takiej nie posiada jeden tylko z wykonawców, w tym lider konsorcjum.

W warunkach więc, gdy „partnerzy” (uczestnicy) konsorcjum - (...) sp. z o.o. i (...) sp. z o.o. upoważnili powoda, jako lidera konsorcjum, do dokonywania wszelkich czynności wynikających z realizacji przedmiotu zamówienia publicznego w zakresie określonym przez zamawiającego w SIWZ i przepisach p.z.p. (a zatem również do odbioru wadium w trybie art. 46 p.z.p.), to powód, nawet działający samodzielnie, dysponuje legitymacją czynną do dochodzenia zapłaty wadium nienależnie zatrzymanego - i to w całości -zwłaszcza, że należności z tytułu wadium zostały w całości zapłacone przez samego powoda.

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. Przesądza to o tym, że musi on być interpretowany w sposób ścisły, co nie pozwala na wykładnię rozszerzającą przesłanek zatrzymania wadium. (...) stoi przy tym konsekwentnie na stanowisku, że z wykluczenia wykonawcy nie można wywodzić automatycznego obowiązku zatrzymania wadium (wyrok (...) z 20 lipca 2011 r. sygn. akt KIO 1444/11).

Wezwanie do uzupełnienia złożonej oferty może dotyczyć oświadczeń lub dokumentów. Precyzyjne określenie żądania obciąża przy tym zamawiającego, zaś brak precyzji po jego stronie nie może powodować negatywnych skutków prawnych dla nieprecyzyjnie wezwanego wnioskodawcy, a w konsekwencji nie może stanowić braku podstawy do zatrzymania wadium. Podstawa do zatrzymania wadium zachodzi wyłącznie w przypadku zawinionego zaniechania złożenia żądanych dokumentów przez wezwanego wykonawcę (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 20 maja 2010 r., I ACa 357/10).

Sankcja zatrzymania wadium z pewnością nie dotyczy sytuacji, w której wykonawca odpowiada na wezwania bez zbędnej zwłoki i przedkłada wymagane dokumenty z nieznacznym, usprawiedliwionym obiektywnymi okolicznościami, opóźnieniem. Przedmiotowa sankcja nie dotyczy również sytuacji, w której sama czynność uzupełnienia dokumentów dotknięta jest dalszymi brakami formalnymi. Niedopuszczalna jest bowiem interpretacja prowadząca do sytuacji, w której każde uchybienie wykonawcy w realizacji wezwania do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. powstaniem po stronie zamawiającego prawa do zatrzymania wadium. Zamawiający nie

czyniąc z praktyki zatrzymania wadium wykonawców niejako dodatkowe źródło dochodu (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 20 maja 2010 r., I ACa 357/10).

Odnosząc powyższe poglądy na grunt niniejszej sprawy Sąd Okręgowy stwierdził, iż w ustalonych okolicznościach faktycznych, zatrzymanie wadium przez pozwanego uznać należy za pozbawione dostatecznych podstaw prawnych. Wykonawca odpowiedział bowiem na wezwanie zamawiającego składając uzupełniające dokumenty w zakresie każdej oferty, jednakże dokumenty te częściowo nie potwierdzały spełnienia warunku w postępowaniu:

- i tak odnośnie zadania nr 2 i 5: załączniki do formularza 1.2 odnośnie 3 osób nie zostały przez nich podpisane (a jedynie przez wykonawcę), nadto wykonawca nie dołączył załącznika do formularza 1.2 J. S. zgłoszonego jako operatora ładowarki, przy czym uzupełniając braki w ofertach wykonawca złożył po ok. 50 załączników do formularza 1.2 do każdego zadania.
- odnośnie każdego z trzech zadań: z załączników do formularza 1.2 odnośnie dwóch osób, wynikało, iż nie posiadają odpowiedniego doświadczenia oraz oświadczenie Przedsiębiorstwa (...) o udostępnieniu sprzętu nie zawierało daty,
- odnośnie każdego z trzech zadań wykonawca nie przedłożył pisemnego zobowiązania innego podmiotu do udostępnienia frezarki do nawierzchni C. - w zamian za to przedłożył zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia tego typu frezarki o nazwie V. - jednak nie udzielił w tej kwestii o zamianie sprzętu stosownych wyjaśnień zamawiającemu. Mając na uwadze rodzaj przytoczonych uchybień w uzupełnieniu dokumentacji ofert, należy uznać, iż same czynności uzupełnienia dokumentów przez wykonawcę dotknięte były dalszymi brakami formalnymi, a więc powinny być przedmiotem kolejnego wezwania.

Nadto zdaniem Sądu Okręgowego negatywna ocena zamawiającego przedłożonych przez wykonawcę w/w dokumentów pod kątem opisanego w SIWZ warunku udziału w postępowaniu, nie powinna w okolicznościach niniejszej sprawy prowadzić do podjęcia przez zamawiającego decyzji o zatrzymaniu wadium, skoro również czynność zamawiającego polegająca na żądaniu dokumentów nie wskazanych w postanowieniach SIWZ (certyfikatu kompetencji zawodowych w krajowym transporcie drogowym rzeczy, licencji na wykonywanie krajowego transportu drogowego rzeczy, pozwolenia na prowadzeniu działalności w zakresie zbierania, transportu odpadów) stanowiły naruszenie przepisów ustawy p.z.p.. Należy też mieć na uwadze, iż celem wprowadzenia art. 46 ust. 4a p.z.p. na mocy ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw było przeciwdziałanie znikom wykonawców. Strona pozwana nie kwestionowała twierdzenia powoda, iż w żadnym z postępowań w zakresie zadania nr 2, nr 3 i nr 5 nie zachodziła przesłanka do zatrzymania wadium z powodu nieuzupełnienia dokumentów w związku ze złą wyceną wykonawców.

Wobec powyższego żądanie powoda podlegało uwzględnieniu na podstawie art. 405 k.c. - z uwagi na brak podstawy prawnej z art. 46 ust. 4a p.z.p. do zatrzymania wadium.

Odsetki zasądzono stosownie do art. 455 k.c. - powód wezwał pozwanego do zwrotu nienależnie spełnionego świadczenia w dniu 1 lutego 2010 roku, tj. z dniem, w którym pozwany odebrał wezwanie powoda do zapłaty, wyznaczony termin zapłaty upłynął w dniu 8 lutego 2010 r., zatem strona powodowa trafnie wskazała datę początkową należnych odsetek tj. 9 lutego 2010 r.

Orzekając o kosztach, Sąd Okręgowy wskazał, iż pozwany, jako strona przegrywająca, obowiązany jest zwrócić powodowi, na jego żądanie, poniesione przez powoda koszty procesu. Koszty te wynoszą łącznie 42.237 zł i obejmują (art. 98 § 3 w zw. z art. 99 k.p.c.): opłatę od pozwu - 32.500 zł, wynagrodzenie radcy prawnego, będącego pełnomocnikiem powoda zgodnie z wnioskiem powoda w stawce minimalnej - 7.200 zł (§ 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu), wydatek radcy prawnego w postaci opłaty skarbowej od pełnomocnictwa - 17 zł, wydatki na koszty dojazdu na rozprawę - 2.520 zł, zgodnie ze złożonym spisem kosztów, przy czym znaczyć należy, że pełnomocnik strony nie ma obowiązku



wykazywania wysokości poszczególnych składników kosztów objętych spisem kosztów (postanowienie SN z dnia 5 września 2012 r., IV CZ 47/12).

Apelację od powyższego wyroku wniósł Skarb Państwa reprezentowany przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad zastępowany przez Prokuratorię Generalną Skarbu Państwa, skarżąc orzeczenie w całości i zarzucając mu naruszenie przepisów prawa materialnego, w szczególności:

- art. 23 ust. 1 i 2 p.z.p. poprzez przyjęcie, że po stronie konsorcjantów nie zachodzi legitymacja czynna łączna,

- art. 405 k.c. w zw. z art. 46 ust. 4a p.z.p. poprzez przyjęcie, że zatrzymanie przez pozwanego wadium w realiach niniejszej sprawy nie znajdowało podstawy w przywołanym wyżej przepisie p.z.p., co uzasadniało ocenę, iż strona pozwana została bezpodstawnie wzbogacona.

Skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów postępowania za obie instancje według norm przepisanych, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

### ***Rozpoznając sprawę w granicach zaskarżenia, Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.***

W ocenie Sądu Apelacyjnego apelacja pozwanego jest niezasadna. Sąd odwoławczy w pełni podziela ustalenia faktyczne przyjęte przez Sąd pierwszej instancji za podstawę rozstrzygnięcia w tej sprawie i przyjmuje je za własne, zwłaszcza, iż w niniejszej sprawie nie było zarzutów co do nieprawidłowości ustalenia stanu faktycznego. Sąd Apelacyjny podziela również ocenę prawną dokonaną przez Sąd Okręgowy, choć wymaga ona pewnego uzupełnienia.

Podstawowym problemem, jaki w tej sprawie pojawił się w toku postępowania sądowego i stanowi jednocześnie główny zarzut apelacyjny, to kwestia legitymacji procesowej czynnej, wymagająca odpowiedzi na pytanie, czy powód - lider konsorcjum, będący jednocześnie podmiotem, który wpłacił faktycznie wadium ma prawo występować samodzielnie w postępowaniu sądowym o zwrot wpłaconego wadium, czy też istnieje wymóg legitymacji łącznej, co oznaczałoby, iż po stronie powodowej winni występować wszyscy członkowie konsorcjum.

Sąd Apelacyjny w składzie tu obecnym nie podziela poglądu Sądu Najwyższego przedstawionego w wyroku z dnia 13 października 2011 r. (V CSK 475/10), zgodnie z którym „1. art. 23 p.z.p. statuuje łączny udział wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, a także w sądowym postępowaniu o zwrot wadium; 2. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego są łącznie legitymowani w postępowaniu sądowym o zwrot wadium. Nie ma natomiast takiego uprawnienia jedynie jeden z wykonawców, w tym lider konsorcjum”. W uzasadnieniu powyższego wyroku Sąd Najwyższy wskazał, iż legitymacja łączna wszystkich członków konsorcjum wynika z art. 23 ust. 1 i 2 p.z.p., który „przewiduje wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia oraz obowiązek ustanowienia pełnomocnika do ich reprezentacji, a także z systemowego ukształtowania w p.z.p. wspólnego ubiegania się przez kilku wykonawców o zamówienie publiczne. To nie wspólnik (konsorcjant), lecz wykonawcy tworzący spółkę cywilną (konsorcjum), stanowią właściwy podmiot praw i obowiązków wynikających z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego kwestią fundamentalną dla ustalenia legitymacji czynnej powoda jest przybliżenie istoty konsorcjum i w tej części wymagają uzupełnienia rozważania prawne poczynione przez sąd pierwszej instancji. Przypomnieć należy, iż konsorcjum stanowi rodzaj umowy nienazwanej, dopuszczalnej w świetle obowiązującej zasady swobody umów, ale nieuregulowanej w kodeksie cywilnym, który nie wyróżnia odrębnego typu takiej umowy.

W judykaturze i doktrynie przyjmuje się, iż konsorcjum stanowi rodzaj porozumienia, które zostało zawarte pomiędzy spółkami, a jego celem jest osiągnięcie wspólnego celu gospodarczego. Istota konsorcjum sprowadza się zatem do zobowiązania jego członków do współdziałania dla osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego poprzez podejmowanie oznaczonych w umowie działań, w niniejszym wypadku będzie to wspólne ubieganie się o zamówienie publiczne (art. 23 ust. 1 p.z.p.), sprowadzające się do brania udziału w przetargu, podpisania umowy i realizacji zawartej umowy.

Wprawdzie konsorcjum jest porównywane do spółki cywilnej z uwagi na pewne podobieństwa konstrukcyjne, ale istnieją dość znaczne różnice, które mają w ocenie Sądu Apelacyjnego istotne znaczenie.

Po pierwsze konsorcjum w przeciwieństwie do spółki cywilnej co do zasady nie ma wspólnego majątku, konsorcjanci nie wnoszą bowiem wkładów w celu osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego. Z chwilą, gdy konsorcjum przestaje istnieć, nie ma wspólnego majątku, który powinien podlegać podziałowi.

Po drugie czas trwania umowy konsorcjum jest ograniczony wspólnym celem gospodarczym – umowa ta zakłada zatem a priori pewną czasowość, okresowość, konsorcjantów łączy osiągnięcie wspólnego celu gospodarczego, a gdy ten cel odpada, ustaje także przyczyna dalszego funkcjonowania konsorcjum. Konsorcjum nie ma zatem trwałości spółki cywilnej, która przynajmniej teoretycznie zawierana jest na czas nieokreślony. Szczególnie widoczne jest to w przypadku konsorcjów zawieranych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Celem powstania konsorcjum jest ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego (art. 23 ust. 1 p.z.p.), działa ono poprzez ustanowienie pełnomocnika do reprezentowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zdaniem Sądu Apelacyjnego konsorcjum powstałe w oparciu o te przepisy obowiązuje i trwa tylko i wyłącznie w czasie trwania postępowania przetargowego, wspólny cel (ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego) odpada z chwilą, gdy postępowanie przetargowe zostaje zakończone. Porozumienie konsorcyjne wygasa zatem nie tyle z chwilą wykluczenia wykonawców z postępowania, ale w momencie, gdy doszło do skutecznego i ostatecznego wyboru oferty, co skutkowało definitywnym odpadnięciem wspólnego celu, który od tego momentu nie ma szans na realizację. Co istotne, jest to także moment wspólny dla wszystkich uczestników postępowania.

Bezsporne jest w realiach niniejszej sprawy, iż ten wspólny cel, który konstytuował istniejące pomiędzy powodem a pozostałymi konsorcjantami porozumienie, odpadł z chwilą, gdy konsorcjum zostało skutecznie wykluczone z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a postępowanie przetargowe zakończyło się wyborem konkurencyjnej oferty. Od tej chwili ani powód, ani zgrupowane wokół niego w formie konsorcjum spółki nie mają żadnych szans na osiągnięcie zamierzonego, wspólnego celu. Oferty złożone przez konsorcjum zostały w sposób skuteczny odrzucone, a próba odwołania okazała się nieudana. Wyrok (...) jest ostateczny, nie wnoszono bowiem skargi do sądu powszechnego.

Podkreślić należy, iż zarówno z punktu gospodarczego, jak i prawnego podmioty tworzące to konsorcjum już nie łączy. Nie ma tej więzi, tego wspólnego celu, który decydował o tym, że konsorcjum zostało związane. Zakończyło się też postępowanie przetargowe.

W ocenie Sądu Apelacyjnego niniejsza sprawa o zwrot zatrzymanego wadium nie stanowi elementu postępowania przetargowego, bo ono de facto zostało zakończone poprzez wybór najkorzystniejszej oferty. Podstawą prawną tego żądania jest zwrot nienależnego świadczenia – i w tym zakresie nie powinno budzić wątpliwości, iż skoro powodowa spółka wpłaciła wadium realizując gwarancje ubezpieczeniowe, to ma także uprawnienie do żądania zwrotu tych kwot, które przelała na rachunek zamawiającego. Natomiast kwestią otwartą pozostają ewentualne regresy pomiędzy konsorcjantami. Wadium wpłacone zostało bowiem przez jednego z konsorcjantów na rzecz i w imieniu pozostałych, ale wzajemne rozliczenia między konsorcjantami wynikające z brzmienia zawartej między nimi umowy i wewnętrznych uregulowań nie mają w niniejszej sprawie znaczenia, a zamawiający nie jest stroną tych ewentualnych sporów. Z chwilą odpadnięcia wspólnego celu gospodarczego konsorcjum upada i powstaje konieczność dokonania wzajemnych rozliczeń, ale dotyczy to tylko i wyłącznie członków konsorcjum.

Powyższe stanowisko nie stoi w sprzeczności z poglądami judykatury, zgodnie z którymi uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub stroną w postępowaniu sądowym związanym z zagrożeniem interesu prawnego wykonawcy nie jest konsorcjum ani lider konsorcjum, lecz podmioty tworzące konsorcjum. Konsorcjum nie posiada bowiem podmiotowości prawnej, a tym samym nie posiada zdolności sądowej. Stroną w znaczeniu procesowym są więc wszystkie podmioty wchodzące w skład konsorcjum (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 maja 2010 r., III CZP 25/10). Zdaniem Sądu Apelacyjnego wymóg łącznego działania wszystkich członków konsorcjum

dotyczy innej sytuacji faktycznej, zasada ta ma zastosowanie wówczas, gdy konsorcjum jeszcze istnieje, tzn. gdy istnieje wspólny cel gospodarczy – trwa postępowanie przetargowe albo doszło do podpisania umowy w wyniku wyboru oferty konsorcjum i pojawiły się spory na etapie jej realizacji. Wówczas korzystanie ze środków ochrony prawnej pozostaje łącznym uprawnieniem wszystkich konsorcjantów. Zasada ta ma także zastosowanie w sytuacjach, gdy członkowie konsorcjum dochodzą zapłaty należności w związku z wykonywaniem umowy. Ponieważ nie ma pomiędzy nimi solidarności (art. 141 p.z.p. przesądza wyłącznie o solidarności biernej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i odnosi się wyłącznie do solidarnej odpowiedzialności za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia), przyjmuje się, iż konsorcjanci powinni wspólnie dopominać się wypłaty wynagrodzenia, ewentualnie wnosić o zasądzenie należności w stosownych częściach. W powyższych sytuacjach łączny udział członków konsorcjum w postępowaniu sądowym wynika z łączącej ich więzi o charakterze prawnym i gospodarczym.

Należy nadto zauważyć, iż powództwo o zwrot wpłaconego wadium można skutecznie wytoczyć do momentu przedawnienia roszczenia. Utrzymywanie, iż do tej chwili trwa postępowanie przetargowe i istnieje konsorcjum jest niewątpliwie konstrukcją sztuczną. Ponadto rygorystycznie stosowany wymóg legitymacji łącznej po stronie powodowej może znacznie utrudnić, albo wręcz uniemożliwić dochodzenie roszczenia. W sytuacji, gdy wadium wpłacił tylko jeden konsorcjant, a taki stan faktyczny zaistniał w niniejszej sprawie, pozostali członkowie nieistniejącego już konsorcjum nie mają żadnego interesu w występowaniu w sprawie o zapłatę i popieraniu pozwu.

Z powyższych względów Sąd Apelacyjny, wbrew zarzutom apelacji, stoi na stanowisku iż podmiotem uprawnionym do wystąpienia ze powództwem mogła być ta spółka, która faktycznie to wadium wpłaciła, a zatem zarzut naruszenia art. 23 ust. 1 i 2 p.z.p. poprzez przyjęcie, że po stronie konsorcjantów nie zachodzi legitymacja czynna łączna, nie zasługuje na uwzględnienie.

Roszczenie o zwrot zatrzymanego wadium nie wymaga uprzedniego wnoszenia odwołania od czynności zamawiającego. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 22 listopada 2012 r. (II CSK 448/12) jednoznacznie stwierdził, iż „w braku orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej lub sądu okręgowego sąd rozpoznający na podstawie art. 405 k.c. roszczenie o zwrot wadium w sprawie cywilnej jest zobowiązany do ustalenia, czy w świetle przepisów p.z.p. istniała podstawa prawna do jego zatrzymania przez zamawiającego”. W uzasadnieniu powyższego orzeczenia Sąd Najwyższy podkreślił, iż ewentualne oddalenie protestu wykonawców przez (...) nie wiąże sądu w sprawie cywilnej i nie przesądza o zaistnieniu podstawy prawnej wzbogacenia. Złożenie odwołania jest uprawnieniem wykonawcy i niewykorzystanie drogi przewidzianej w ustawie nie przesądza o istnieniu lub braku tej przesłanki zgłoszonego roszczenia, tym bardziej, że uwzględnienie odwołania uzależnione jest od istnienia po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wykazania szkody poniesionej (lub która może być poniesiona) w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa zamówień publicznych (art. 179 ust. 1 p.z.p. o obecnie obowiązującym brzmieniu).

Skarżący w swej apelacji zarzuca naruszenie art. 46 ust. 4 a p.z.p., zgodnie z którym zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, 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.

Sąd Apelacyjny zgadza się z przedstawioną przez Sąd Okręgowy argumentacją, iż przepis ten jest bardzo restrykcyjny i nie należy go wyklądać rozszerzająco. W orzecznictwie przyjmuje się, iż prawo zatrzymania wadium powstaje tylko i wyłącznie „w przypadku zawinionego działania wykonawcy polegającego na nieuzupełnieniu dokumentów i oświadczeń, o złożenie których wykonawca został zasadnie wezwany przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p.” (tak przykładowo: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 maja 2013 r., I CSK 422/12). Nieuzupełnienie oznacza brak fizyczny, niezłożenie wymaganego dokumentu lub oświadczenia, nie można natomiast zastosować sankcji zatrzymania wadium, „jeżeli zostanie złożony dokument lub oświadczenie, także takie, które nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu przetargowym” (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 14 marca 2013 r., I CSK 444/12), przy czym zdaniem Sądu Apelacyjnego nie może to oznaczać złożenia innego niż żądany dokumentu, a zatem ocena skuteczności spełnienia tej przesłanki powinna być dokonywana in casu, poprzez analizę treści i

zasadności (prawidłowości) wezwania do uzupełnienia braków oraz sposobu uzupełnienia oferty (złożenie żądanych dokumentów).

W orzecznictwie zwraca się ponadto uwagę na element subiektywny, który dopełnia przesłanki zastosowania art. 46 ust. 4 a p.z.p., przy czym wykładnia sformułowania „przyczyny nieleżące po jego (wykonawcy) stronie” akcentuje ich zewnętrzny, niezależny od woli wykonawcy charakter. Jednocześnie w orzecznictwie Sądu Najwyższego pojawiła się tendencja, aby silniej akcentować element subiektywny, co prowadzi do konstatacji, iż „zatrzymanie wadium może nastąpić jedynie wówczas, gdy niezłożenie dokumentów lub oświadczeń było zawinione przez wykonawcę, przy czym konieczna jest jego całkowita bierność, umyślność i celowość oraz nasilenie złej woli w niezastosowaniu się do wezwania zamawiającego do złożenia dokumentów i oświadczeń” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 marca 2013 r., I CSK 444/12).

W orzecznictwie zwraca się ponadto uwagę na ratio legis tego przepisu, który został wprowadzony, aby zapobiegać znikom wykonawców (uzasadnienie ustawy nowelizującej), akcentując, iż zaniechanie wykonawcy powinno zmierzać do obejścia prawa, w szczególności przez stworzenie warunków ku temu, by zamówienie udzielone zostało temu wykonawcy, kto zaoferuje najwyższą cenę (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 maja 2013 r., I CSK 422/12). Sankcja wynikająca z tego przepisu nie powinna być zatem stosowana, aby represjonować wykonawcę, który uzupełnił braki, ale wykonał to nieprawidłowo z przyczyn niezależnych od niego. Nie powinno stanowić przesłanki z art. 46 ust. 4 a p.z.p. np. nieznaczne uchybienie terminowi, niezachowanie właściwej formy a także sytuacja, gdy sama czynność uzupełnienia dokumentów dotknięta jest dalszymi brakami formalnymi. „O istnieniu ryzyka zromy wykonawców - czemu przeciwdziałać ma omawiana regulacja - można byłoby mówić w przypadku całkowitej bierności wykonawcy, gdyby umyślnie i celowo nie podporządkował się wezwaniu zamawiającego” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2011, II CSK 675/10).

W ocenie Sądu Apelacyjnego interpretacja tego przepisu, zgodnie z którą każde uchybienie wykonawcy w realizacji wezwania do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. skutkuje powstaniem po stronie zamawiającego prawa do zatrzymania wadium, byłaby nadmiernie rygorystyczna, zwłaszcza, dla podmiotów mniej profesjonalnych, co skutkowałoby ograniczeniem ich udziału w postępowaniach przetargowych, eliminując zwłaszcza te firmy, które dysponują mniejszym kapitałem. Ponadto bezpośrednim skutkiem nieprawidłowego uzupełnienia braków jest nieuzyskanie zamówienia, co stanowi w większości sytuacji wystarczającą sankcję. Prawo do zatrzymania wadium nie może też być nadużywane przez zamawiających w celu uzyskania dodatkowych dochodów, zaś uznanie, iż do zatrzymania wadium może dojść w każdej sytuacji, gdy wykonawca nie wypełni należycie wezwania zamawiającego (także przy niejasności lub braku precyzji SIWZ), stwarzałoby bowiem pole do nadużyć ze strony zamawiającego przez wykorzystywanie instytucji wadium jako sposobu na uzyskanie nienależnego przysporzenia (powołany wyżej wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2011 r., wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 1 lutego 2013 r. V ACa 664/12).

W niniejszej sprawie decydujące znaczenie dla oceny spełnienia przesłanek z art. 46 ust. 4 a p.z.p. miały zatem ustalenia faktyczne sądu pierwszej instancji, a zwłaszcza ocena zasadności wezwania do uzupełnienia braków i sposobu jego realizacji. Sąd Okręgowy szczegółowo ustalił, do złożenia jakich dokumentów powód był wzywany, a także, jaką dokumentację złożył. Skarżący nie kwestionował powyższych ustaleń faktycznych. Bezsporne jest, iż powodowa spółka na etapie uzupełniania braków formalnych oferty złożyła obszerną dokumentację, uzupełniając większość braków. Przyczyną odrzucenia ofert było natomiast niezłożenie: 1) certyfikatu kompetencji zawodowych w krajowym transporcie drogowym rzeczy, licencji na wykonywanie krajowego transportu drogowego rzeczy i pozwoleń na prowadzenie działalności w zakresie zbierania, transportu odpadów, 2) pisemnego zobowiązania innego podmiotu do udostępnienia frezarki do nawierzchni (...); ponadto w oświadczeniu Przedsiębiorstwa (...) dotyczącego udostępnienia sprzętu brakuje daty, co uniemożliwia potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, tzn. w dniu 8 grudnia 2008 r., 3) dokumentów potwierdzających dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (brak dokumentu dotyczącego operatora ładowarki J. S. oraz niepodpisanie przez J. B., E. Ś. i T. S. dotyczących tych osób załączników oraz brak minimalnego doświadczenia pracowników przeznaczonych do kierowania ruchem: J. G. i P. S.).

Jednocześnie Sąd Okręgowy wskazał, opierając się w tej części na dowodach zawnioskowanych przez powoda, iż w uzupełnieniu oferty zamiast frezarki C. podano inną frezarkę o tych samych parametrach (V.), a tym samym w tej części braki zostały uzupełnione.

Wątpliwości budzi także zasadność wzywania do przedłożenia dokumentów certyfikatu kompetencji zawodowych w krajowym transporcie drogowym rzeczy, licencji na wykonywanie krajowego transportu drogowego rzeczy oraz pozwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania, transportu odpadów. W kwestii tej wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 6 marca 2009 r., w którym wprawdzie oddaliła odwołania, ale w uzasadnieniu wskazała, że SIWZ nie zawierała takiego warunku, a zatem żądanie tych rodzajów dokumentów przez zamawiającego było nieuprawnione.

Wprawdzie złożone przez konsorcjum dokumenty nie potwierdziły uprawnień wskazanych w nich osób, bądź dotknięte były dalszymi brakami (np. brak podpisu), ale zauważyć należy, iż powyższe braki dotyczy jedynie kilku pracowników.

Niewątpliwie natomiast jest w świetle poczynionych przez Sąd Okręgowy ustaleń, iż konsorcjum podjęło próbę uzupełnienia oferty, pewne czynności zostały podjęte, pewne dokumenty zostały złożone, a jego postępowanie nie cechowała „bierność, umyślność i celowość oraz nasilenie złej woli w niezastosowaniu się do wezwania zamawiającego do złożenia dokumentów i oświadczeń” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 marca 2013 r., I CSK 444/12).

Należy także stanowczo podkreślić, iż bezpośrednią sankcją w związku z nieprawidłowym uzupełnieniem i złożeniem niekompletnej dokumentacji było odrzucenie oferty, co w efekcie eliminowało konsorcjum od udziału w przetargu i uniemożliwiało uzyskanie zamówienia. Bezsporne jest także, iż podjęto próby uzupełnienia tej oferty i spełnienia wymogów przedstawionych w piśmie zamawiającego, a ponadto, co istotne, w znacznej części braki te uzupełniono. Zdaniem Sądu Apelacyjnego przyjęcie, iż w takiej sytuacji zasadne byłoby dodatkowo zatrzymanie wadium, nie zasługuje na uwzględnienie, nie zostały bowiem spełnione przesłanki z art.46 p.z.p., uzasadniające zatrzymanie wadium przez zamawiającego. Zatrzymanie wadium dokonane zostało bez podstawy prawnej, a strona pozwana została bezpodstawnie wzbogacona, co skutkowało uwzględnieniem powództwa.

Z powyższych względów zarzut naruszenia art. 405 k.c. w zw. z art. 46 ust. 4a p.z.p. uznać należy za całkowicie niezasadny.

Z tych wszystkich względów Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. oddalił wniesioną w tej sprawie apelację jako bezzasadną.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 99 i art. 391 § 1 k.p.c. oraz art. 108 § 1 k.p.c. Zważywszy, że apelacja strony pozwanej została w całości oddalona, pozwany zobowiązany został do zwrotu powodowi poniesionych kosztów zastępstwa procesowego przed Sądem Apelacyjnym. Zgodnie bowiem z art. 98 § 1 k.p.c. strona przegrywająca sprawę obowiązana jest zwrócić przeciwnikowi na jego żądanie koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony, czyli koszty procesu. Wysokość kosztów zastępstwa procesowego ustalona została na podstawie § 6 pkt.7 oraz § 12 ust. 1 pkt.2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu.