

Sygn. akt V ACa 188/12

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 26 października 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach V Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Barbara Kurzeja
Sędziowie:	SA Grzegorz Stojek (spr.) SA Iwona Wilk
Protokolant:	Barbara Knop

po rozpoznaniu w dniu 12 października 2012 r. w Katowicach

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Spółki Akcyjnej w P.

przeciwko Gminie G.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach

z dnia 6 grudnia 2011 r., sygn. akt I C 381/10

1. oddala apelację;
2. zasądza od pozwanej na rzecz powódki kwotę 5.400 (pięć tysięcy czterysta 00/100) złotych tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt V ACa 188/12

## UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy w Gliwicach zasądził od pozwanej Gminy G. na rzecz powoda (...) Spółki Akcyjnej w P. kwotę 1.500.000 zł z ustawowymi odsetkami od 612.000 zł od 26 lipca 2010 r., 700.000 zł od 28 lipca 2010 r. i 188.000 zł od 30 lipca 2010 r., oddalił powództwo w pozostałej części i orzekł o kosztach procesu.

Rozstrzygnięcie oparł o następujące ustalenia i oceny prawne.

W dniu 13 kwietnia 2005r. (...) Sp. z o.o. zawarła z Towarzystwem Ubezpieczeniowym i Reasekuracji (...)S.A. umowę o udzielanie gwarancji kontraktowych w ramach limitu odnawialnego Nr (...).

Prezydent Miasta G. w dniu 19 marca 2010r. ogłosił postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „(...) w G.” o wartości szacunkowej równej lub przekraczającej 4.845.000 euro.

Na mocy aneksu nr (...) z dnia 19 kwietnia 2010r. do umowy o udzielenie gwarancji gwarant zobowiązał się w okresie od dnia 14 kwietnia 2005r. do dnia 31 sierpnia 2010r., na wniosek (...) Sp. z o.o., do wydawania gwarancji także (...) S.A. Nadto aneksem nr (...), w § 1, TUiR(...) zobowiązał się wydać (...) S.A., na wniosek (...) Sp. z o.o., gwarancję nr (...) na rzecz Gminy G.. Suma gwarancyjna została określona na 1.500.000 zł, z terminem jej obowiązywania od dnia 29 kwietnia 2010 r. do dnia 28 czerwca 2010 r.

W dniu 19 kwietnia 2010r. TUiR (...) S.A. udzieliła gwarancji przetargowej, w której beneficjentem była Gmina G., a zobowiązanym powód (...) S.A.

Powód (...) S.A., (...)Sp. z o.o. oraz (...) Sp. z o.o., jako konsorcjum, wystąpiły z ofertą z dnia 28 kwietnia 2010r. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, organizowanym przez Gminę G. pod nazwą „(...) w G.”, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego i w celu realizacji zamówienia.

W oświadczeniu z dnia 20 kwietnia 2010r., wyznaczającym jako lidera konsorcjum (...) Sp. z o.o., wskazano, że Spółka ta została wyznaczona na lidera konsorcjum przez powoda (...) S.A. oraz (...) (...) Sp. z o.o. W zakresie zawartego w tym dokumencie pełnomocnictwa wskazano, że lider konsorcjum upoważniony jest do:

1. reprezentowania konsorcjum w postępowaniu,
2. reprezentowania konsorcjum podczas realizacji przedmiotu zamówienia,
3. zaciągania zobowiązań wobec zamawiającego, w sprawach bezpośrednio związanych z postępowaniem przetargowym lub realizacją przedmiotu zamówienia,
4. przyjmowania oświadczeń, instrukcji i poleceń dla oraz w imieniu partnerów konsorcjum,
5. wystawiania faktur i przyjmowania płatności od zamawiającego,
6. podpisywania i złożenia oferty w postępowaniu oraz podpisywania i składania wszelkich innych dokumentów niezbędnych do uzyskania zamówienia,
7. potwierdzania za zgodność z oryginałem wszystkich dokumentów składanych w postępowaniu,
8. prowadzenia negocjacji i korespondencji z zamawiającym,
9. zawarcia z zamawiającym umowy w sprawie zamówienia,
10. składania zamawiającemu wszelkich oświadczeń woli i wiedzy dotyczących złożonej oferty oraz umowy w sprawie zamówienia, w tym oświadczeń woli w przedmiocie zmian tej umowy oraz jej wypowiedzenia, rozwiązania lub odstąpienia,
11. wnoszenia środków ochrony prawnej przewidzianych przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (aktualnie tekst jednolity w Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.; dalej: pzp) i występowania we wszystkich postępowaniach prowadzonych na skutek wniesienia tych środków,
12. dochodzenia roszczeń od zamawiającego związanych z realizacją zamówienia,

13. zawierania umów niezbędnych do terminowego i należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia zawartego z zamawiającym.

W dniu 21 kwietnia 2010r. lider konsorcjum, (...) Sp. z o.o. udzielił pełnomocnictwa T. P., będącemu zastępcą (...) Sp. z o.o., do samodzielnego reprezentowania konsorcjum składającego się z (...) S.A., (...) Sp. z o.o. oraz (...) Sp. z o.o. w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.

W dniu 28 kwietnia 2010r. konsorcjum – (...) Sp. z o.o., (...) S.A. i (...) Sp. z o.o. – zgłosiło ofertę w w/w postępowaniu organizowanym przez pozwaną. Oferta ta podpisana została przez D.H. oraz T. P.. Załączono do niej:

1. pełnomocnictwo spółek dla lidera konsorcjum,
2. pełnomocnictwo dla T. P.,
3. dokument gwarancji przetargowej,
4. wykaz osób zdolnych do wykonania zamówienia,
5. CV R. B.,
6. oświadczenie P.U.P. (...) Sp. z o.o. o zobowiązaniu do udostępnienia (...) Sp. z o.o. pracownika M. C.,
7. oświadczenie (...) Sp. z o.o. o zobowiązaniu się do udostępnienia (...) Sp. z o.o., w przypadku wygranej przetargu, pracownika P. G.,
8. zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego (KRK) o niekaralności P. D. (...), R. H. (...), D. (...) H.(...).

W piśmie z dnia 26 maja 2010r. zamawiający wezwał lidera konsorcjum, (...) Sp. z o.o., do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, które obejmowało:

1. obowiązek przedstawienia dokumentów potwierdzających, że (...) Sp. z o.o. z siedzibą w K. nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pzp w postaci:
  - oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pzp o treści ZAŁĄCZNIKA NR 2 do SIWZ,
  - aktualnego odpisu z właściwego rejestru, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 pzp, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania oferty, a w stosunku do osób fizycznych oświadczenia w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 2 pzp o treści ZAŁĄCZNIKA NR 2,
  - aktualnej informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust 1 pkt 4-8 i 9 pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert,
  - aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków lub potwierdzającego, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu-wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert,
  - aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie

zdrowotne i społeczne bądź potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert,

2. obowiązek przedstawienia dokumentów potwierdzających, że (...) Sp. z o.o. w P. oraz P.U.P. (...) Sp. z o.o. w K. nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pzp w postaci:

- oryginału oświadczenia (...) Sp. z o.o. o braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pzp o treści ZAŁĄCZNIKA NR 2 do SWIZ,
- oryginału oświadczenia P.U.P. (...) Sp. z o.o. w K. o braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pzp o treści ZAŁĄCZNIKA NR 2 do SIWZ,

3. obowiązek przedłożenia wykazu osób potwierdzającego, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, określone w ust. 8 pkt 4 SIWZ,

4. obowiązek przedłożenia zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania członków zarządu (...) Sp. z o.o.: H. R. i D. P. w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 pzp, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert,

5. obowiązek przedłożenia dokumentu potwierdzającego, że roboty budowlane wykazane pod Lp. 3 „Wykazu robót budowlanych” zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki i prawidłowo ukończone.

Lider konsorcjum w dniu 26 maja 2010r. skierował do pozwanej pismo „wyjaśnienia dotyczące złożonych dokumentów”, w którym podał, iż prowadzące przedsiębiorstwa (...) Sp. z o.o., P.U.P (...) Sp. z o.o. i P.U.P. (...) Sp. z o.o., udostępniające osoby wykazane pod liczbami porządkowymi 3,4,5 „wykazu osób”, będą brały udział w realizacji zamówienia, jeżeli ich oferta ostateczna na wykonanie przewidywanego dla nich zakresu robót będzie konkurencyjna w stosunku do innych otrzymanych przez generalnego wykonawcę ofert, gdyż przeciwnym razie tylko udostępnią wymienione osoby wykonawcy zamówienia. Nadto wskazał, iż załączone do oferty protokoły odbioru są dokumentami potwierdzającymi wykonanie całości zleconych prac, zgodnie z dokumentacją i sztuką budowlaną.

W piśmie z dnia 7 czerwca 2010r. lider konsorcjum odpowiedział na wezwanie zamawiającego i załączył do niego:

1. oryginał zaświadczeń z KRK o niekaralności wszystkich trzech członków zarządu (...) Sp. z o.o., tj. D. H., R. H. i P.D.,
2. oryginał oświadczenia P.U.P. (...) Sp. z o.o. o udostępnieniu pracownika P. G., mającego uprawnienia do kierowania robotami w branży telekomunikacyjnej,
3. oryginały oświadczeń P.U.P. (...) Sp. z o.o. oraz (...) Sp. z o.o. o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu oraz o braku podstaw do wykluczenia o treści ZAŁĄCZNIKA NR 2 do SIWZ,
4. uzupełnione oświadczenie pracownika (...) Sp. z o.o., mianowicie R. B., mającego uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, potwierdzające wymagane 5-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika budowy,
5. tłumaczenie poświadczonych dokumentu załączonego do oferty w języku angielskim, dotyczącego protokołu przyjęcia obiektu (...) z dnia 1 grudnia 2009r.

W piśmie tym lider konsorcjum wyjaśnił, iż wymienione w punkcie 4 wezwania zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania członków zarządu (...) Sp. z o.o. (H. R. i D. P.) o niekaralności nie było wymagane w SIWZ, zostały przedłożone zaświadczenia z polskiego KRK. Wskazał, iż członkowie zarządu,

o których była mowa, są obywatelami b. i zamieszkują na stałe w B.. Zobowiązał się, w razie konieczności, do przedłożenia takich dokumentów po otrzymaniu potwierdzenia od zamawiającego.

W piśmie z dnia 15 czerwca 2010r. pozwana zawiadomiła lidera konsorcjum o wynikach postępowania. W piśmie tym zawarto informację, iż na podstawie art. 24 ust. 3 pzp oraz 92 ust. 1 pkt 3 pzp, w następstwie nieuzupełnienia dokumentów (nieprzedłożenia dokumentów potwierdzających, że (...) Sp. z o.o. w K. nie podlega wykluczeniu, nieprzedłożenia dokumentów potwierdzających, że osoba wskazana do wykonywania czynności kierownika budowy posiada 5-letnie doświadczenie zawodowe oraz nieprzedłożenie zaświadczeń właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania członków zarządu (...) Sp. z o.o.: H. R. i D.P. w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 pzp, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert) wykluczono z postępowania konsorcjum, do którego należał powód. Nadto w związku z tym na podstawie art. 46 ust. 4a pzp zatrzymano wadium. Oferta konsorcjum znajdowała się na 11 miejscu pod względem ceny.

W piśmie z dnia 21 czerwca 2010r. pozwana wystąpiła do TUiR(...)S.A. z żądaniem zapłaty wadium w kwocie 1.500.000 zł.

W dniu 7 lipca 2010r. gwarant wypłacił pozwanej sumę gwarancyjną.

W piśmie z dnia 9 lipca 2010r. powód wezwał pozwaną do zapłaty 1.500.000 zł tytułem zwrotu wadium.

W dniu 20 lipca 2010r. pomiędzy gwarantem a (...) Sp. z o.o. oraz powodem zawarta została ugoda, na mocy której powód przystąpił do długu. (...) Sp. z o.o. zobowiązał się zapłacić A. kwotę 1.500.000 zł powiększoną o wysokość wyliczonych odsetek od zaległości podatkowych. W porozumieniu z dnia 26 lipca 2010r. zawartym pomiędzy (...) Sp. z o.o. a (...) S.A., powód zobowiązał się do pokrycia wszelkich kosztów związanych z wypłatą należności z tytułu zwrotu kwoty wadium.

Powód (...) S.A zgodnie z porozumieniem wpłacił na konto (...) Sp. z o.o. kolejno kwoty:

- 612.000 zł – w dniu 26 lipca 2010r.,
- 700.000 zł – w dniu 28 lipca 2010r.,
- 188.000 zł – w dniu 30 lipca 2010r.

(...) Sp. z o.o. zmieniła swą firmę na (...) Sp. z o.o.

Sąd Okręgowy stwierdził, że dochodzone roszczenie ma podstawę prawną w przepisach o bezpodstawnym wzbogaceniu, gdyż nie podzielił stanowiska pozwanej, że podstawą roszczenia o zwrot zatrzymanego wadium stanowiąc winien wyłącznie art. 46 ust 1 pzp, jaki reguluje sytuację, w których powstaje po stronie zamawiającego obowiązek zwrotu wadium. Pozwana zatrzymanie wadium opierała jednak na art.46 ust 4a pzp. Przedmiotem sporu w toku procesu była więc przede wszystkim ocena zasadności zatrzymania wadium, zgodności z prawem takiego zachowania. W razie niezasadności zatrzymania wadium zachodzi bezpodstawne przysporzenie środków pieniężnych, co oznacza bezpodstawność wzbogacenia pozwanej kosztem powoda. Przepis art. 405 kc stanowi, iż kto bez podstawy prawnej uzyskał korzyść majątkową kosztem innej osoby, obowiązany jest do wydania korzyści w naturze, a gdyby to nie było możliwe, do zwrotu jej wartości. Wynika z tego, iż dla przyjęcia zasadności roszczenia z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia się muszą wystąpić przesłanki w postaci: wzbogacenia się jednego podmiotu, zubożenia drugiego podmiotu, związku pomiędzy wzbogaceniem a zubożeniem oraz braku podstawy prawnej dla wzbogacenia. Niewątpliwie fakt zatrzymania przez pozwaną wadium w sytuacji, gdy to nie oferta konsorcjum, którego członkiem był powód została wybrana jako najkorzystniejsza stanowił wzbogacenie pozwanej.

Powód udowodnił, że to on, w związku ze spłatą wypłaconej pozwanej przez gwaranta kwoty wadium, doznał uszczerbku w swoim majątku. Doszło więc do jego zubożenia o zapłaconą sumę pieniężną, odpowiadającą wysokości zatrzymanego wadium. Pomiedzy wzbogaceniem pozwanej a zubożeniem powoda zatem zachodzi związek.

Przesłanką roszczenia – do której sprowadzała się istota sporu w niniejszej sprawie – było to, czy wzbogacenie pozwanej kosztem powoda nastąpiło bez podstawy prawnej. Jej brak postrzegany jest zarówno w judykaturze jak i w doktrynie, w sposób zobiektywizowany, jako brak tytułu prawnego, legitymizującego przesunięcie korzyści majątkowej do majątku wzbogaconego (przysporzenie majątkowe dokonywane jest bez prawnego uzasadnienia). Brak podstawy prawnej oznacza brak (lub odpadnięcie) „celu prawnego”, czyli *causa świadczenia*. W orzecznictwie ugruntowane zostało stanowisko, iż tytułem prawnym, wyłączającym bezpodstawność wzbogacenia jest czynność prawna, przepis ustawy, orzeczenie sądu lub decyzja administracyjna.

Pozwana nie udowodniła, aby zachodziły ustawowe podstawy do zatrzymania wadium.

Sąd Okręgowy podzielił stanowisko powoda o konieczności odrzucenia oferty przez pozwaną bez wzywania do usunięcia braków, gdyż oferta złożona przez konsorcjum była sprzeczna z ustawą i jako taka powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 pzp, jeszcze na wstępnym etapie postępowania. Lider konsorcjum (...) Sp. z o.o. nie miał bowiem pełnomocnictwa od (...) Sp. z o.o. i nie był umocowany do udzielania kolejnych pełnomocnictw do reprezentowania konsorcjum.

Problem, kto wchodził w skład konsorcjum i zakresu umocowania do reprezentacji nie sprowadza się wyłącznie do tego, że w ofercie znalazł się podmiot, od którego lider konsorcjum nie miał pełnomocnictwa. Jego istota polega na tym, że z dołączonego do oferty upoważnienia ustanawiającego lidera konsorcjum oraz upoważnienia do reprezentowania lidera do podpisywania ofert przetargowych wynikało, że w skład konsorcjum wchodzi (...) (...) Spółka z o.o., jaka nie była wskazana jako członek konsorcjum składającego ofertę, ponieważ w ofercie wskazana była (...) sp. z o.o., która jest innym podmiotem niż (...) (...) Spółka z o.o., co jednoznacznie wynika z przedłożonych odpisów z rejestru przedsiębiorców prowadzonego przez Krajowy Rejestr Sądowy. Problem zatem sprowadzał się nie tylko do braku pełnomocnictwa od jednego z członków konsorcjum, ale przede wszystkim polegał na tym, że w porównaniu ze złożonym upoważnieniem ustanawiającym lidera konsorcjum – utworzonego w celu wspólnego występowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego organizowanego przez powódkę – oferta złożona została nie przez wszystkich członków konsorcjum wynikających ze złożonych dokumentów. W tej sytuacji należało odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 pzp złożoną przez (...) sp. z o.o., jako lidera konsorcjum, w którego skład wchodziły ponadto (...) S.A. i (...) spółka z o.o., bez wzywania do usunięcia braków, ponieważ z dołączonych dokumentów – wyznaczenia lidera i udzielenia mu pełnomocnictwa – wynikało, że lider upoważniony jest do reprezentacji konsorcjum o innym składzie osobowym, to jest innego konsorcjum niż to, które zgłosiło ofertę. O ile dopuszczalnym jest wzywanie do przedłożenia pełnomocnictw od podmiotów wskazanych w ofercie jako członkowie konsorcjum, to brak podstaw do wzywania do oświadczenia, czy działający jako lider konsorcjum, którego skład osobowy jednoznacznie jest określony w ofercie, na pewno prawidłowo określił ten skład w ofercie (tym samym, czy nie zgłasza innego konsorcjum, o innym składzie), chociażby ze względu na termin zgłaszania ofert. Ponieważ ustalenie prawidłowej reprezentacji i kręgu członków konsorcjum jest kwestią zasadniczą również w toku postępowania przetargowego, Sąd Okręgowy nie podzielił stanowiska pozwanej, że usuwanie wątpliwości w tym zakresie może nastąpić na dowolnym etapie postępowania przetargowego. Pozwana nie kwestionowała w sprawie, że zagadnienia tego nie wyjaśniała, natomiast zarzucała, że można było tego dokonać na dalszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Za zasadne Sąd Okręgowy uznał zastrzeżenia powoda dotyczące pełnomocnictwa udzielonego T. P.. Zgodnie bowiem z art. 106 kc pełnomocnik może ustanowić dla mocodawcy innych pełnomocników tylko wtedy, gdy umocowanie takie wynika z treści pełnomocnictwa, z ustawy lub ze stosunku prawnego będącego podstawą pełnomocnictwa. W niniejszej sprawie takie podstawy umocowania nie zachodziły. Pełnomocnictwo dla T. P. udzielone zostało przez (...) sp. z o.o. do reprezentowania konsorcjum z udziałem (...) spółka z o.o., podczas gdy pełnomocnictwo główne udzielone przez powoda dotyczyło konsorcjum z udziałem (...) (...) Spółka z o.o. (...) zatem podstaw do twierdzenia, że osoba ta była uprawniona do reprezentowania konsorcjum, którego powód był członkiem, co również czyniło zatrzymanie przez pozwaną wadium bezpodstawnym.

Niezależnie od tego Sąd Okręgowy stwierdził, że zatrzymanie wadium było bezpodstawne również i z tej przyczyny, iż konsorcjum w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego złożyło dokumenty, a jedynie nie zostały one uznane przez powódkę za odpowiadające jej wezwaniu.

Przepis art. 46 ust. 4a pzp, stanowiący podstawę zatrzymania wadium, stanowi, iż zamawiający zatrzymuje wadium z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 pzp, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Co do zasady, biorąc pod uwagę cel wprowadzenia tej regulacji, powoływany również przez powoda, tj. że miała służyć zapobieganiu nieuczciwym zmwom wykonawców skutkującym zmianą wyników przetargów, a nadto mając na uwadze fakt, że taka sytuacja nie zachodziła w rozpoznawanej sprawie, tym bardziej, że oferta konsorcjum, w którego skład wchodził powód była dopiero jedenasta w kolejności, w ocenie Sądu Okręgowego pozwana w sposób zbyt rygorystyczny zinterpretowała w/w przepisy. Konsorcjum w niezbędnym zakresie odpowiedziało na wezwanie pozwanej, a tym samym nie zachodziła sytuacja „niezłożenia dokumentów lub oświadczeń”, która uzasadniałaby zatrzymanie wadium. Skoro wpłata wadium ma jedynie zabezpieczać interesy zamawiającego przed nieuczciwymi praktykami wykonawców, to niezasadnym jest rozszerzająca interpretacja w/w przepisów. W konsekwencji „niezłożenie” dokumentów należy rozumieć jako ich fizyczne nieprzedłożenie, a nie również nienależyte wykonanie tej czynności. Sąd Okręgowy uznał jednak, wbrew ocenie pozwanej, że powód przedłożył w niezbędnym zakresie dokumenty, do złożenia których był zasadnie wezwany. Tym samym nie zachodziły podstawy do zatrzymania wadium. Przede wszystkim za niezasadne uznał zobowiązanie konsorcjum przez pozwaną do przedkładania dokumentacji dotyczącej P.U.P (...)sp. z o.o. Co prawda z pisma konsorcjum wynikało, że spółka ta będzie brała udział w realizacji zamówienia, ale nie było to oświadczenie jednoznaczne i ostateczne, ponieważ udział ten uzależniony został od warunku – jeżeli oferta ostateczna na wykonanie przewidywanego dla nich zakresu robót będzie konkurencyjna w stosunku do innych otrzymanych przez generalnego wykonawcę ofert, a w przeciwnym wypadku tylko udostępnią wymienione osoby wykonawcy zamówienia. Podkreślił dodatkowo, że udział w/w spółki miał związek ze złożonym oświadczeniem o udostępnieniu jej pracownika P. G. i w wykazie osób wskazano, że zostanie udostępniony ten pracownik P.U.P. (...) sp. z o.o., a nadto, że po wezwaniu konsorcjum przedłożyło oświadczenie wskazanego w wykazie pracodawcy P. G. (P.U.P. (...) sp. z o.o.). W takiej sytuacji nieuprawnione było stanowisko, że P.U.P (...)sp. z o.o. weźmie udział w realizacji części zamówienia. Tym samym niezasadnym było zatrzymanie na tej podstawie wadium. Również przedłożone dokumenty – zresztą w oparciu o druki przygotowane przez pozwaną – potwierdzające, że osoba wskazana do wykonywania czynności kierownika budowy spełnia wymagania, w tym w zakresie 5-letniego doświadczenia, nie uzasadniały przyjęcia, że nie przedłożono w tym zakresie dokumentów i oświadczeń uzasadniających zatrzymanie wadium, podobnie jak przedłożenie przez konsorcjum dokumentów dotyczących niekaralności członków zarządu lidera konsorcjum. Sąd Okręgowy za zasadne uznał twierdzenie powoda o bezzasadności zatrzymania wadium ze względu na nieprzedłożenie dokumentów, które nie były wymagane w SIWZ.

Sąd Okręgowy za niezasadne uznał stanowisko powódki, że zatrzymanie wadium było bezzasadne, gdyż z gwarancji przetargowej wynikało udzielenie jej jedynie (...) S.A., a nie całemu konsorcjum. Z samej możliwości wspólnego ubiegania się o zlecenie wynika wspólna odpowiedzialność członków konsorcjum. Sąd Okręgowy podzielił tezę orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 lipca 2009r., sygn. KIO/UZP 903/09, że za wystarczające dla skuteczności złożenia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie wadium w postępowaniu w postaci dokumentu gwarancji jest, aby gwarancja wystawiona była wyłącznie na jednego z uczestników konsorcjum. Z istoty wspólnego występowania w postępowaniu przetargowym wynika, iż podmioty wspólnie ubiegające się o zamówienie, odpowiedzialne są za działanie każdego z nich. Zatem gwarancja udzielona (...) S.A. obejmowała uchybienia wszystkich członków konsorcjum, czego z resztą nie zakwestionował sam gwarant - dokonując wypłaty kwoty wadium na rzecz pozwanej.

Rozstrzygnięcie o odsetkach za opóźnienie w zapłacie sumy pieniężnej umotywowane treścią art. 481 § 1 i 2 kc. Zasadzając je, Sąd Okręgowy miał na uwadze, że powód doznał uszczerbku majątkowego uzasadniającego dochodzenie roszczenia dopiero w chwili spłaty, a nie już w chwili powstania zobowiązania do ich zapłaty.

Orzeczenie o kosztach procesu umotywował treścią przepisów art. 100 zdanie 2 w związku z art. 99 kpc, jak też § 6 pkt 7 i § 12 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. Nr 163, poz.1349 ze zm.).

W apelacji pozwana wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku w części uwzględniającej powództwo przez jego oddalenie oraz zasądzenie kosztów postępowania za obie instancje.

Zarzuciła naruszenie prawa materialnego, mianowicie:

- art. 23 pzp przez przyjęcie legitymacji czynnej powoda,
- art. 46 ust. 4a pzp oraz § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy, w jakich dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) w związku z art. 26 ust. 2b, art. 22 ust. 1, art. 24 ust. 1, art. 25 ust. 1 pzp, jak też § 1 ust. 1 pkt 6 i § 2 ust. 2 wskazanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. przez przyjęcie, że nie zachodziła sytuacja „niezłożenia dokumentów lub oświadczeń”, która uzasadniałaby zatrzymanie wadium,
- art. 89 ust. 1 pkt 1 pzp i art. 26 ust. 3 pzp przez przyjęcie konieczności odrzucenia oferty bez wzywania do usunięcia braków w zakresie pełnomocnictwa dla lidera konsorcjum,
- art. 106 kc przez przyjęcie, że udzielenie T. P. pełnomocnictwa przez (...) Sp. z o.o. było objęte regulacją tego przepisu,
- art. 405 kc przez jego zastosowanie do roszczenia o zwrot wadium opartego o art. 46 ust. 1 pzp,
- art. 481 § 1 i 2 kc przez zasądzenie ustawowych odsetek za opóźnienie w zapłacie sumy pieniężnej przy jednoczesnym przyjęciu, że możliwość dochodzenia roszczenia powstała dopiero od chwili spłaty.

W odpowiedzi na apelację powód wniósł o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja nie zasługuje na uwzględnienie.

Wbrew wywodom pozwanej, powód jest czynnie legitymowany.

Sąd Apelacyjny w niniejszym składzie nie podziela stanowiska pozwanej, że w okolicznościach rozpoznawanej sprawy ma zastosowanie pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w wyroku z 13 października 2011 r., sygn. akt V CSK 475/10, iż wykonawcy, podmioty tworzące konsorcjum, których łącznym uprawnieniem jest korzystanie ze środków ochrony prawnej, ze środków tych muszą korzystać łącznie, niezależnie od wewnętrznych stosunków między nimi. Konsorcjum jest umową zawartą w celu realizacji wspólnego przedsięwzięcia gospodarczego, co upodabnia je do umowy spółki cywilnej, którą jednak nie jest. Członkowie konsorcjum nie mają majątku wspólnego, w przeciwieństwie do wspólników spółki cywilnej. Z ustaleń Sądu Okręgowego, których strony nie zakwestionowały, wynika jednoznacznie, że wadium (zapłacone przez gwaranta) ostatecznie obciążało powoda w sposób wyłączny. Nie doszło więc do przesunięcia majątkowego z tego tytułu między majątkami uczestnikami konsorcjum innymi niż powód a majątkiem pozwanej. Dodać należy, że wchodzące w grę świadczenie (pieniężne) jest podzielne w rozumieniu art. 379 § 2 kc. A zatem wierzytelność dzieliłaby się na tyle niezależnych od siebie części, ilu jest wierzycieli, przy czym części te byłyby równe, gdyby nic innego nie wynikało z okoliczności, to jest w razie nieobjęcia tej kwestii postanowieniami umowy konsorcjum (art. 379 § 1 kc). Nie łączy zaś członków konsorcjum żaden wewnętrzny stosunek prawny dotyczący zwrotu środków wypłaconych przez gwaranta tytułem wadium. Pozwana nie przeczy bowiem twierdzeniu powoda, że stosunek wewnętrzny konsorcjum tak został ułożony, że wierzycielem z tytułu zwrotu



wadium jest jedynie powód i tylko z jego środków nastąpiła zapłata na rzecz gwaranta. Pozwana wywodzi natomiast, że niezależnie od tego, jak ukształtowany jest stosunek wewnętrzny konsorcjum, zawsze wszyscy jego członkowie są czynnie legitymowani do dochodzenia zwrotu wadium, gdyż członkowie konsorcjum powinni łącznie korzystać z przysługujących im środków ochrony, nawet wtedy, gdy nie dochodziliby ochrony swego prawa, lecz cudzego. Oznaczałoby to, że po wykazaniu zasadności powództwa tylko przez jednego z powodów, tego, który udowodniłby, iż to jemu wyłącznie służy dochodzona wierzytelność względem pozwanego, zachodzi konieczność uwzględnienia powództwa również na rzecz tych powodów, którzy nie wykazali żadnego prawa podlegającego ochronie na drodze cywilnoprawnej, to jest jakiegokolwiek wierzytelności o zwrot wadium względem strony pozwanej w procesie, czego nie sposób wywieść z obowiązującego prawa.

Sąd Apelacyjny o tyle bowiem nie podziela zarzutu naruszenia art. 405 kc przez jego zastosowanie do roszczenia o zwrot wadium i art. 46 ust. 1 pzp przez jego niezastosowanie, że ostatnio wskazany przepis („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.”) reguluje jedynie obowiązek określonego zachowania podmiotu zamawiającego w odniesieniu do wadium. Nie reguluje natomiast stosunku prawnego, jaki powstaje w razie zachowania odmiennego, sprzecznego z obowiązkiem wynikającym z art. 46 ust. 1 pzp. W takiej sytuacji dochodzi zaś albo do świadczenia nienależnego w rozumieniu art. 410 § 2 kc, gdy zamawiający, mając obowiązek zwrotu wpłaconego wadium, zatrzymuje je bez podstawy prawnej i uzyskuje w ten sposób świadczenie nienależne, jakim staje się wpłacone wadium po odpadnięciu podstawy prawnej świadczenia (art. 410 § 1 w związku z art. 405 kc), albo do bezpodstawnego wzbogacenia w rozumieniu art. 405 kc, kiedy zamawiający korzysta z gwarancji mimo braku podstaw do zatrzymania wadium i otrzymuje z tego tytułu zapłatę, która w takich okolicznościach stanowi korzyść majątkową bezpodstawnie uzyskaną kosztem innej osoby (art. 405 kc). Stosownie do art. 405 kc bezpodstawnie wzbogacony ma obowiązek zwrócić tę korzyść zubożonemu, podobnie jak uzyskujący świadczenie nienależne ma obowiązek jego zwrotu (art. 410 § 1 w związku z art. 405 kc).

W sprawie zachodzi tego rodzaju sytuacja, że w razie nietrafności zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 pzp i art. 26 ust. 3 pzp oraz art. 106 kc do rozważenia pozostałoby tylko zarzut naruszenia art. 481 § 1 i 2 kc. Odnoszenie się do pozostałych zarzutów byłoby zbędne, gdyż analiza pozostałych przepisów prawa wskazanych w apelacji, jako naruszone, pozostałaby bez wpływu na wynik sprawy.

Sąd Apelacyjny nie podziela zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 pzp, zgodnie z którym zamawiający wzywa wykonawców, którzy nie złożyli pełnomocnictw lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu, podobnie jak art. 89 ust. 1 pkt 1 pzp, w myśl którego zamawiający odrzuca ofertę sprzeczną z ustawą.

Trafnie Sąd Okręgowy zauważył, że problematyka składu konsorcjum i zakresu umocowania do reprezentacji nie sprowadza się wyłącznie do tego, że w ofercie znalazł się podmiot, od którego lider konsorcjum nie miał pełnomocnictwa. Sąd Apelacyjny podziela pogląd Sądu Okręgowego, że istota zagadnienia polega na tym, że z dołączonego do oferty upoważnienia ustanawiającego lidera konsorcjum oraz upoważnienia do reprezentowania lidera do podpisywania ofert przetargowych wynikało, że w skład konsorcjum wchodzi (...) ((...)) Spółka z o.o., choć nie wskazano jej jako członka konsorcjum składającego ofertę, wskazano natomiast w ofercie inną spółkę, mianowicie (...) sp. z o.o. Zagadnienie sprowadzało się więc nie tylko do braku pełnomocnictwa od jednego z członków konsorcjum, ale przede wszystkim do tego, że w porównaniu ze złożonym upoważnieniem ustanawiającym lidera konsorcjum, które utworzone zostało w celu wspólnego występowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego organizowanego przez powódkę, oferta złożona została nie przez wszystkich członków konsorcjum określonych w złożonych dokumentach. W tej sytuacji, jak prawidłowo stwierdził Sąd Okręgowy, należało odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 pzp złożoną przez (...) sp. z o.o., jako lidera konsorcjum, w którego skład wchodziły ponadto (...) S.A. i (...) spółka z o.o., bez wzywania do usunięcia braków na podstawie art. 26 ust. 3 pzp. Z dołączonych dokumentów w przedmiocie wyznaczenia lidera i udzielenia mu pełnomocnictwa wynikało przecież, że lider upoważniony jest do reprezentacji konsorcjum o innym składzie osobowym, to jest innego konsorcjum niż to, które zgłosiło ofertę. Inaczej mówiąc, że oferta została złożona przez podmiot nieuprawniony, przez co była

sprzeczna z ustawą. Sąd Okręgowy prawidłowo stwierdził, że dopuszczalne jest wzywianie do złożenia pełnomocnictw od podmiotów wskazanych w ofercie jako członkowie konsorcjum, ale jednocześnie brak jest podstaw do wzywania do oświadczenia, czy podmiot działający jako lider konsorcjum, którego skład osobowy jednoznacznie określił w ofercie, prawidłowo w niej wskazał członków konsorcjum zgłaszających się jako wykonawcy, to jest czy zgłasza inne konsorcjum wykonawców, o innym składzie. Sprzeciwia się temu też wzgląd na termin zgłaszania ofert. Usunięcie wątpliwości w przedmiocie prawidłowej reprezentacji i kręgu członków konsorcjum nie może więc nastąpić na dowolnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wbrew wywiodom pozwanej, (...) Sp. z o.o., działając jako lider konsorcjum, działała jako pełnomocnik podmiotów, które mu w tym celu udzieliły pełnomocnictwa w myśl art. 23 ust. 2 pzp. Jeśli więc Spółka ta miała działać jako pełnomocnik pozostałych członków konsorcjum, nie zaś wyłącznie we własnym, jak chce tego apelująca, musiała być przez nich umocowana do udzielania dalszych pełnomocnictw w razie ustanowienia dalszego pełnomocnika, jak stanowi art. 106 kc, który ma zastosowanie z uwagi na treść art. 14 pzp. Dodatkowo pełnomocnictwo dla T. P. udzielone zostało przez (...) sp. z o.o. do reprezentowania konsorcjum z udziałem (...) spółki z o.o., podczas gdy pełnomocnictwo główne, udzielone przez powoda, dotyczyło konsorcjum z udziałem (...) ((...)) Spółka z o.o. (...) jest zatem wywód, że T. P. był uprawniony do reprezentowania konsorcjum, którego członkiem był powód i zarzut apelacji, że art. 106 kc nie ma zastosowania w sprawie.

Prawidłowe jest rozstrzygnięcie o odsetkach ustawowych za opóźnienie w spełnieniu świadczenia pieniężnego. Skoro pasywa powoda powstały jeszcze przed zapłatą na rzecz (...) S.A. i przed nią wezwał pozwaną do zapłaty, to już w chwili spłaty gwarancji przez powoda pozwana pozostawała w opóźnieniu w spełnieniu świadczenia pieniężnego (art. 455 kc). Trafnie zatem zastosowano art. 481 § 1 i 2 kc.

W przedstawionych już okolicznościach zbędne było dokonywanie w sprawie ustaleń dotyczących zasadności wezwania przez powódkę wykonawców do uzupełnienia dokumentów i prawidłowości wykonania tego wezwania, skoro oferta i tak podlegała odrzuceniu, jako niezgodna z ustawą. Pozostałe ustalenia poczynione przez Sąd Okręgowy, jako istotne dla rozstrzygnięcia i prawidłowe, Sąd Apelacyjny podziela.

Reasumując, ponieważ we wskazanym wcześniej zakresie zarzuty apelacji okazały się chybione, zaś odnoszenie się do pozostałych jest zbędne, o czym była już mowa, stwierdzić należy, że zaskarżony wyrok odpowiada prawu.

Apelacja, jako bezzasadna, podlega zatem oddaleniu (art. 385 kpc).

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik sprawy oraz stosownie do wartości przedmiotu zaskarżenia, na podstawie art. 98 § 1 i 3 oraz art. 99 kpc, jak też § 6 pkt 7 i § 12 ust. 1 pkt 2 wcześniej powołanego rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r.