

Sygn. akt VI A Ca 977/13

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 marca 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA – Ewa Zalewska

Sędzia SA – Ewa Śniegocka (spr.)

Sędzia SA – Teresa Mróz

Protokolant: sekr. sądowy Katarzyna Kędzierska

po rozpoznaniu w dniu 14 marca 2014r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa Przedsiębiorstwa (...) Spółka z o.o. we W.

przeciwko Samodzielnemu Publicznemu Zakładowi Opieki Zdrowotnej (...) w W.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 13 lutego 2013 r., sygn. akt XXV C 1587/12

uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje Sądowi Okręgowemu w Warszawie do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt VI A Ca 977/13

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił powództwo i zasądził od Przedsiębiorstwa (...) Spółki z o. o. we W. na rzecz Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej (...) w W. kwotę 7.217 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Powód Przedsiębiorstwo (...) Spółka z o. o. we W. wniósł o zasądzenie od pozwanego Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej (...) w W. kwoty 450.000 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 28 stycznia 2012 roku do dnia zapłaty oraz kosztów procesu.

W uzasadnieniu powód podniósł, iż domaga się tej kwoty z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia, albowiem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powód zgłosił swoją ofertę i uiścił wadium w łącznej kwocie 450.000 zł, które na podstawie art. 46 ust. 4 a ustawy prawo zamówień publicznych zatrzymała pozwana. Powód zakwestionował prawidłowość tej decyzji pozwanego i złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Wyrokiem z dnia 30 września 2011 r. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie powoda uznając zatrzymanie wadium za uzasadnione. W ocenie powoda jest on uprawniony do dochodzenia zwrotu kwoty stanowiącej przedmiot

wadium na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu niezależnie od trybu odwoławczego przewidzianego w ustawie prawo zamówień publicznych.

Pozwany Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej (...) w W. wniósł o odrzucenie pozwu, ewentualnie o oddalenie powództwa oraz o zasądzenie kosztów procesu od powoda.

Pozwany twierdził, iż w tej sprawie niedopuszczalna jest droga sądowa, albowiem wyłączny tryb dochodzenia roszczeń z tytułu wadium złożonego w ramach procedury zamówienia publicznego określają przepisy art. 180 - 198 ustawy prawo zamówień publicznych. Pozwany zaznaczył, iż powód częściowo skorzystał z tego trybu, uzyskując prawomocne rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej i nie jest uprawniony do dochodzenia roszczenia przed sądem w powszechnym w odrębnym procesie cywilnym. Ponadto zdaniem pozwanego zatrzymanie przedmiotowego wadium było czynnością zgodną z prawem i dlatego też nie doszło do bezpodstawnego wzbogacenia pozwanego kosztem powoda.

Sąd odrzucił pozew, uznał bowiem, iż w niniejszej sprawie zaistniała negatywna przesłanka procesowa w postaci niedopuszczalności drogi sądowej określona w art. 199 § 1 pkt 1 kpc, albowiem wyłączny tryb dochodzenia roszczeń z tytułu wadium złożonego w ramach procedury zamówienia publicznego określają przepisy art. 180 - 198 a i nast. ustawy prawo zamówień publicznych. Wyłączność tego trybu oznacza, iż nie jest dopuszczalne dochodzenie roszczeń związanych z czynnościami podejmowanymi w ramach procedury zamówienia publicznego w innym trybie, w tym przed sądem powszechnym.

Na skutek zażalenia powoda Sąd Apelacyjny w Warszawie zmienił zaskarżone postanowienie w ten sposób, iż odmówił odrzucenia pozwu, uznał bowiem, iż przedmiotowe roszczenie podlega merytorycznemu rozpoznaniu przed sądem powszechnym.

Sąd Okręgowy ustalił i zważył, co następuje:

Powództwo nie zasługuje na uwzględnienie i podlega oddaleniu.

W niniejszej sprawie powód wystąpił z roszczeniem o zapłatę kwoty pieniężnej z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia pozwanego kosztem powoda. W sprawie sporna była zasada odpowiedzialności strony pozwanej, natomiast okoliczności faktyczne istotne dla rozstrzygnięcia sporu miały w istocie charakter bezsporny.

Takie sformułowanie żądania pozwu obligowało do przeprowadzenia analizy zaistniałego stanu faktycznego pod kątem spełnienia przesłanek odpowiedzialności określonych w art. 405 kc.

Zgodnie z przepisem art. 405 kc, kto bez podstawy prawnej uzyskał korzyść majątkową kosztem innej osoby zobowiązany jest do wydania tej korzyści. Z przepisu tego wynika, iż zasadniczą przesłanką odpowiedzialności z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia jest uzyskanie korzyści majątkowej przez jeden podmiot kosztem innego podmiotu i co istotne bez podstawy prawnej.

Zdaniem Sądu jest bezsporne, iż pozwany uzyskał kosztem powoda korzyść majątkową w kwocie 450.000 złotych. Jednakże w ocenie Sądu owo przesunięcie majątkowe posiada podstawę prawną. Zasadnicze znaczenie dla wyrażenia powyższego stanowiska ma okoliczność, iż roszczenie powoda o zwrot kwoty wadium w wysokości 450.000 zł na podstawie art. 405 kc pozostaje w bezpośrednim związku z czynnościami podjętymi przez strony w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego w rozumieniu ustawy prawo zamówień publicznych.

Jest w sprawie bezsporne, iż ogłoszeniem z dnia 15 czerwca 2011 r. strona pozwana wszczęła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie robót budowlanych w nieruchomościach pozostających w dyspozycji pozwanego. Strona powodowa przystąpiła do przedmiotowego postępowania poprzez złożenie ofert wnosząc zarazem wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej na łączną kwotę 450.000 złotych. Pismem z dnia 26.08.2011 r. pozwany na podstawie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy prawo zamówień publicznych wezwał powoda do uzupełnienia braków złożonych ofert wskazując szczegółowo, w

jakim zakresie nie spełniają one wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wyznaczając jednocześnie powodowi ostateczny termin na uzupełnienie tych braków do dnia 5 września 2011 r. i pouczając, iż jeśli braki te nie zostaną usunięte w terminie, to strona pozwana zatrzyma wadium na podstawie art. 46 ust. 4 a ustawy prawo zamówień publicznych. Powód ustosunkował się do pisma pozwanego. Następnie w dniu 9 września 2011 r. strona pozwana zawiadomiła powoda o wyniku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także o fakcie wykluczenia strony powodowej z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy prawo zamówień publicznych ze względu na niewskazanie, iż spełnia ona warunki udziału w postępowaniu. W piśmie tym pozwany wskazał, iż powód nie usunął braków złożonych ofert poprzez nieprzedstawienie dokumentu, iż robota budowlana pn. „Budowa topialni żeliwiakowej w (...) S.A.” została wykonana zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończona, niepodanie informacji o powierzchni budynków w zakresie zadania 1, 2, 4, 5 i 6, niewykazanie, iż powód dysponuje osobą posiadającą doświadczenie przy budowie co najmniej jednej stacji paliw, gdyż udzielone wyjaśnienia nie dowodziły, że wykonana robota pn. (...) - wymiana zbiorników paliwowych. Modernizacja peronów i zadaszienia" była budową w rozumieniu art. 3 ustawy prawo budowlane. Jednocześnie pozwany powołując się na przepis art. 46 ust. 4 a ustawy prawo zamówień publicznych zatrzymał wadium, zaś oferty w zakresie zadań nr 1, 2, 4, 5 i 6 odrzucił. Powód zakwestionował prawidłowość tej decyzji pozwanego i złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Wyrokiem z dnia 30 września 2011 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2018/11 Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie powoda uznając zatrzymanie wadium za uzasadnione, albowiem powód nie uzupełnił braków złożonych ofert wskazanych w wezwaniu pozwanego z dnia 26 sierpnia 2011 r. Od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej strona powodowa nie wniosła skargi do sądu powszechnego.

W tym stanie rzeczy, zdaniem Sądu, należało uznać, iż w niniejszej sprawie kwestia legalności zatrzymania wadium przez pozwanego została już przesądzona wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 września 2011 roku. Przedmiotem oceny Krajowej Izby Odwoławczej była bowiem prawidłowość czynności pozwanego polegającej na zatrzymaniu wadium, a mianowicie czy zamawiający postąpił zgodnie z przepisami art. 46 ust. 4a w zw. z art. 26 ust. 3 i 25 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych. W konkluzji należy stwierdzić, iż wskazany wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przesądził, iż zatrzymanie przez pozwanego wadium nastąpiło zgodnie z przepisami ustawy prawo zamówień publicznych (tak Sąd Apelacyjny w Warszawie w uzasadnieniu do postanowienia z dnia 4.10.2012 r., VI ACz 1550/12). Wyrok ten stał się orzeczeniem prawomocnym, albowiem powód nie wystąpił w trybie art. 198 a ustawy prawo zamówień publicznych ze skargą do sądu powszechnego na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej.

W tym miejscu należy zaznaczyć, iż zgodnie z przepisem art. 197 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej ma moc prawną na równi z wyrokiem sądu powszechnego. Przepis ten stanowi przepis szczególny wobec przepisu art. 1212 kpc, co wyłącza obowiązek ubiegania się przed sądem powszechnym o stwierdzenie skuteczności wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, które jest konieczne w odniesieniu do wyroków sądów polubownych. W rezultacie orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z mocy ustawy automatycznie wywołuje skutki prawne. Zgodnie z przepisem ust. 3 art. 197 ustawy prawo zamówień publicznych stwierdzenie wykonalności orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej przez sąd powszechny jest konieczne tylko w przypadku orzeczenia tejże Izby nadającego się do wykonania w drodze egzekucji. Należy wskazać, iż zasada ta nie ma zastosowania w niniejszej sprawie, ponieważ przedmiotowy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 września 2011 r. z uwagi na brzmienie sentencji nie podlega wykonaniu w drodze egzekucji, można mówić jedynie o jego skuteczności.

W rezultacie skoro orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej ma moc prawną taką samą, jak wyrok sądu powszechnego, to orzeczenie to stosownie do treści przepisu art. 365 § 1 kpc wiąże Sąd rozpoznający niniejszy spór. Stan tego związania jest niezależny od tego czy Krajowa Izba Odwoławcza dokonała trafnej lub błędnej oceny zaistniałego stanu rzeczy. W tym zakresie istotne jest to, iż KIO rozpoznając odwołanie powoda wyrokiem z dnia 30 września 2011 r. dokonała merytorycznej oceny zgodności z prawem zatrzymania przedmiotowego wadium przez pozwanego. Wynika to wprost z uzasadnienia tego organu. W tym miejscu należy podnieść, iż moc wiążąca prawomocnego orzeczenia zapadłego między tymi samymi stronami w innej sprawie polega na zakazie dokonywania ustaleń i ocen prawnych sprzecznych z ustaleniami i ocenami dokonanyymi w sprawie już osądzonej (tak Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 28.03.2012 r., II UK 327/11, Lex nr 1214585, w wyroku z dnia 20.09.2011 r., I BU 2/11, Lex nr 1101320), przy czym w przypadku, gdy

sentencja orzeczenia ma charakter oddalający powództwo (w niniejszej sprawie odwołanie) to przy ustalaniu zakresu mocy wiążącej orzeczenia znaczenie mają motywy uzasadnienia (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 29.09.2011 r., IV CSK 652/10, Lex nr 1129162, w wyroku z dnia 22.06.2011 r., II PK 4/11, Lex nr 1044011).

Krajowa Izba Odwoławcza jest szczególnym organem państwowym rozpoznającym sprawy w kontradiktoryjnym procesie, przy czym nie ulega wątpliwości, iż nie pełni funkcji sądu (ani polubownego ani powszechnego). Powyższe nie oznacza jednak, iż orzeczenia Izby nie mają znaczenia dla rozstrzygnięć wydawanych przez sądy powszechne, albowiem na moc wiążącą tych orzeczeń na równi z wyrokami sądów wskazuje wprost cytowany uprzednio przepis art. 197 ustawy prawo zamówień publicznych. Skoro zgodnie z przepisem art. 197 ust. 1 tej ustawy wyrok KIO ma skutek w postaci wykonalności, to tym samym (tym bardziej) jest on wyposażony w skutek w postaci prawomocności, albowiem nie każde prawomocne orzeczenie jest wykonalne, ale każde wykonalne jest prawomocne. W sytuacji, gdy norma prawna wyrażona w ust. 1 art. 197 wprost wyposaża orzeczenie KIO w moc prawną równą wyrokowi sądu powszechnego wskazując na jego wykonalność to tym bardziej należy uznać, iż moc taką posiadają orzeczenia KIO, które są jedynie prawomocne, a nie podlegają wykonaniu. Wykonalność orzeczeń jest konsekwencją ich prawomocności, a nie odwrotnie. W ocenie Sądu przyjęcie odmiennego poglądu pozostawałoby w sprzeczności z podstawową zasadą logicznego rozumowania, a mianowicie skoro ustawodawca zezwala na więcej (wykonalność) to tym bardziej zezwala na mniej (prawomocność). Niezależnie od powyższego stanu związania wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 września 2011 r., tylko dodatkowo, należy podnieść, iż Sąd rozpoznający niniejszy spór podziela w całości ustalenia faktyczne i ocenę prawną dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą.

W tym zakresie należy podnieść, iż zgodnie z przepisem art. 46 ust. 4a ustawy prawo zamówień publicznych zamawiający ma prawo do zatrzymania wadium jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 tej ustawy nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.

W ocenie Sądu taka sytuacja uprawniająca pozwanego do zatrzymania wadium wystąpiła właśnie w realiach niniejszej sprawy.

Otóż zamawiający w dniu 26 sierpnia 2011 r, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych wezwał powoda jako wykonawcę do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że robota budowlana pn. „Budowa topialni żeliwiakowej w (...) SA" została wykonana zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończona. W odpowiedzi na powyższe wezwanie odwołujący złożył pismo z dnia 2 września 2011 r. zawierające wyjaśnienia, w których potwierdził, iż „faktycznie prace trwały do dnia 26.11.2009 r., referencje zostały wystawione wcześniej niż zakończenie prac budowlanych. Wynika to z faktu, że po zakończeniu budowy trwały prace dodatkowe - mechaniczne związane ze zwiększeniem możliwości załadowniczych rynien wsadu do pieca topialniczego.

W tym miejscu należy podkreślić, iż sam powód wyjaśnił na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą, że nie złożył wraz z tym pismem żadnego dokumentu, w tym w szczególności nie złożył listu referencyjnego z dnia 20 czerwca 2011 r. potwierdzającego prawidłowe wykonanie i zakończenie tych robót, bowiem przez niedopatrzenie pracownika powoda do oferty załączony został dokument z dnia 17 czerwca 2009 r., podczas gdy odwołujący był przekonany, że złożył w ofercie dokument z dnia 20 czerwca 2011 r.

W tym stanie rzeczy należało uznać, że powód nie złożył dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy prawo zamówień publicznych, ciężar udowodnienia, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu leży po stronie wykonawcy. Zamawiający nie może w toku oceny składanych dokumentów domniemywać jakichkolwiek okoliczności. Uzupełnienie dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 wskazanej ustawy może odbywać się wyłącznie w trybie art. 26 ust. 3 tej ustawy. Wezwanie takie może być jednokrotne, a złożone przez wykonawcę wyjaśnienie w piśmie z dnia 2 września 2011 r. nie może zastępować dokumentu pochodzącego od podmiotu trzeciego, który był wymagany w warunkach opisanych w specyfikacji. Brak złożenia wymaganego dokumentu w zakreślonym w wezwaniu terminie wywołuje skutek w postaci wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy prawo zamówień publicznych, niezależnie

od faktycznych przyczyn, które dodatkowo leżały po stronie samego wykonawcy. Dokument z dnia 20 czerwca 2011 r. nie został bowiem złożony na skutek braku zachowania należytej staranności przez pracownika powoda, czyli z winy nieumyślnej.

Mając na uwadze powyższe Sąd uznał, że powód nie uzupełnił na wezwanie zamawiającego z dnia 26 sierpnia 2011 r. wymaganego dokumentu potwierdzającego, że wyżej wymienione zadanie zostało przez powoda wykonane w sposób należyty.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego braku wskazania w „Wykazach osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia” powierzchni budynków w m², Sąd ustalił, że zamawiający w § 9 pkt 1 lit c siwz opisał warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania osób zdolnych do wykonania zamówienia dla każdego z zadań. Zamawiający wymagał przy tym wskazania wykonanych przy udziale danej osoby robót budowlanych, obejmujących budowę budynków o danej powierzchni, określonej przez zamawiającego jako minimalna.

W złożonym w ofercie „Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia” odwołujący nie podał informacji odnośnie powierzchni wykonanych budynków. Z tego względu zamawiający w wezwaniu z dnia 26 sierpnia 2011 r. zażądał uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku, tj. wykazu osób zawierającego wymagane informacje.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie odwołujący złożył wyjaśnienie w piśmie z dnia 2 września 2011 r., w którym podał zamiast powierzchni budynków w jednostkach „m²” - kubaturę budynków w „m³”.

W tym stanie rzeczy Sąd uznał, że powód jako odwołujący nie uzupełnił wykazu w wymaganym zakresie. Nie można zgodzić się z twierdzeniem powoda, iż to zamawiający miał obowiązek w ramach dokonywanej oceny wyjaśnień samodzielnie przeliczyć kubaturę budynków na powierzchnię, przyjmując średnią lub nawet najwyższą dopuszczalną w przepisach prawa, wysokość kondygnacji dla każdego z wymienionych rodzajów obiektów. Zamawiający nie ma obowiązku ani uprawnienia do samodzielnej zmiany treści oświadczenia wykonawcy, składanego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, przyjmując np. uśrednione dopuszczalne wysokości kondygnacji. Wiedza zamawiającego nie może zastępować oświadczenia wykonawcy ani też zwalniać wykonawcy ze złożenia wymaganego od niego oświadczenia. Stanowiłoby to bowiem naruszenie podstawowych zasad w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W konsekwencji Sąd uznał, że powód jako odwołujący nie uzupełnił wykazu o wymagane informacje dotyczące powierzchni budynków, które potwierdzałyby, że osoby wskazane przez odwołującego spełniają warunki określone przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Sąd podzielił także pogląd wyrażony w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 30 września 2011 r., że zarzuty, iż zamawiający nie określił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób precyzyjny pojęcia powierzchni budynków, w szczególności, że nie podał jednoznaczne, czy żąda wykazania się realizacją obiektów o danej „powierzchni całkowitej”, „powierzchni wewnętrznej budynku”, „powierzchni użytkowej” czy też „powierzchni zabudowy” należy uznać za spóźnione. Termin na zakwestionowanie treści opisu warunków udziału w postępowaniu już upłynął, a wobec tego treść warunków jest wiążąca zarówno dla wykonawców jak i dla zamawiającego. Odwołujący nie podał na żądanie zamawiającego żadnej z wymienionych powyżej przez siebie rodzajów powierzchni budynków - podał jedynie kubaturę budynków, więc nie sposób uznać, że brak określenia w siwz rodzaju powierzchni mogło stanowić jakąkolwiek przeszkodę w złożeniu wymaganych informacji.

Odnosząc się do trzeciego zarzutu, dotyczącego również braku uzupełnienia przez odwołującego dokumentu na wezwanie zamawiającego Sąd uznał, że powód nie złożył na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych wymaganego dokumentu potwierdzającego, że osoba wskazana przez odwołującego w pozycji 3. w „Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia” dla zadania nr 2 posiada wymagane

doświadczenie jako Kierownik Budowy lub Kierownik Robót lub Inspektor Nadzoru lub technolog przy budowie co najmniej 1 stacji paliw. Jak wynika z treści opisu warunków udziału w postępowaniu (§9 ust. 1 pkt 1 lit. c tiret trzecie siwz), wymaganą informację należało złożyć w formie oświadczenia wykonawcy zawartego w „Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia”.

Odwołujący w złożonym wykazie zawarł informację wskazującą, że opisane w pozycji 3 zadanie polegało na modernizacji stacji paliw. Na wezwanie zamawiającego, odwołujący wyjaśnił, iż wyżej wymieniona robota polegała na: wymianie zbiorników paliwowych, modernizacji peronów z dystrybutorami i konstrukcją zadaszenia, a zakres prac obejmował: demontaż istniejących zbiorników paliwowych, montaż nowych zbiorników paliwowych, całkowitą wymianę instalacji technologicznej przesyłu paliwa, całkowitą wymianę peronów z zadaszeniem. Odwołujący podnosił, że przedstawiony przez niego zakres prac wskazuje, iż robota wykonana w (...) to robota polegająca na odbudowie stacji paliw, zaś w świetle ustawy prawo budowlane, pojęcie „odbudowa” mieści się w pojęciu „budowa” - a zatem, należy przez to rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. Odwołujący przedstawił ponadto na rozprawie przed KIO kopię umowy z dnia 15 grudnia 2004 r. potwierdzającą, że pan Z. D. nadzorował budowę stacji paliw, a nie modernizację.

Termin do uzupełnienia dokumentów nie podlega przywróceniu. Zamawiający może dokonać oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu wyłącznie na podstawie dokumentów złożonych w ofercie lub uzupełnionych przez wykonawcę w wyznaczonym terminie. W tym przypadku należało uznać, że wykonawca składając oświadczenie niepotwierdzające jednoznacznie, iż wykonana robota stanowiła budowę stacji paliw w rozumieniu art. 3 ustawy Prawo budowlane, nie uzupełnił wykazu w wymaganym zakresie, a tym samym nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Przepisy ustawy prawo zamówień publicznych nie przewidują żadnych odstępstw od zasady, że to wykonawca musi wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu, musi zatem, dochować przede wszystkim należytej staranności w przygotowaniu i przedłożeniu wymaganych oświadczeń i dokumentów, a w przypadku braku złożenia takich dokumentów wraz z ofertą ma prawo do ich uzupełnienia na wezwanie zamawiającego. W przypadku jednak, gdy wykonawca nie uzupełni dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych w trybie wezwania z art. 26 ust. 3 tej ustawy, to zamawiający ma prawo zatrzymania wadium wraz z odsetkami.

Przepis art. 46 ust 4a ustawy prawo zamówień publicznych, określający ustawową przesłankę zatrzymania wadium jako nie złożenie przez wykonawcę dokumentów, o których mowa w art. 25 ust 1 cytowanej uprzednio ustawy na wezwanie zamawiającego dokonane w trybie art. 26 ust 3 tej ustawy, ma zastosowanie wówczas, gdy wykonawca nie przedstawi dokumentów lub oświadczeń, do uzupełnienia których został wezwany. Sąd Okręgowy uznał, że skoro odwołujący nie złożył oświadczeń i dokumentów na wezwanie zamawiającego, to zatrzymanie wadium wraz z odsetkami należy uznać za odpowiadające przepisom ustawy prawo zamówień publicznych.

Konkludując Sąd nie znalazł podstaw do stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego w toku postępowania przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 7 ust. 1 oraz w konsekwencji przepisu art. 46 ust. 4a ustawy prawo zamówień publicznych.

Powyższe oznacza, iż powód nie jest uprawniony do domagania się od pozwanego zwrotu wartości wadium na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, albowiem nie została zrealizowana zasadnicza przesłanka tej odpowiedzialności z uwagi na brak bezprawności działania strony pozwanej.

Sąd oddalił wnioski dowodowe stron o przeprowadzenie dowodów z zeznań świadków, uznał bowiem, iż przeprowadzenie tych dowodów było bezprzedmiotowe i w nieuzasadniony sposób spowodowałoby jedynie przedłużenie postępowania, albowiem okoliczności faktyczne istotne dla rozstrzygnięcia sprawy miały charakter bezsporny, ponadto wynikały z przedstawionych w sprawie dokumentów. Jednocześnie dodatkowo należy zaznaczyć, iż za niedopuszczalne należało uznać przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków celem wykazania bezprawnego

zachowania strony pozwanej w toku czynności objętych regulacją ustawy prawo zamówień publicznych, skoro kwestia ta została już prawomocnie przesądzona wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej.

Sąd oddalił także wniosek strony powodowej o dopuszczenie dowodu z dokumentu w postaci opinii prawnej stanowiącej załącznik do pisma powoda z dnia 11 stycznia 2013 r. Zgodnie z przepisem art. 227 kpc przedmiotem ustaleń w toku postępowania dowodowego są jedynie fakty, a nie poglądy prawne. Mając to na uwadze Sąd potraktował załącznik do pisma powoda z dnia 11 stycznia 2013 r. jako pogląd prawny zaprezentowany przez stronę powodową, którego Sąd nie podzielił.

Mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy powództwo oddalił.

Od tego wyroku apelację złożył powód.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił naruszenie przepisów prawa procesowego, tj.:

a) art. 365 § 1 k.p.c. poprzez przyjęcie, iż wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 30 września 2011 r. wydany w sprawie o sygnaturze KIO 2018/11 przesądził, że strona pozwana w sposób zgodny z prawem zatrzymała wadium wpłacone przez stronę powodową

b) art. 227 k.p.c. w zw. z art. 232 k.p.c. poprzez oddalenie wniosków strony powodowej o dopuszczenie dowodów z zeznań świadków, na okoliczności mające istotne znaczenie dla sprawy.

Wskazał, że zaskarżony wyrok narusza również przepisy prawa materialnego, tj. przepis art. 46 ust. 4a p.z.p., albowiem ustalony stan faktyczny nie pozwala na uznanie, iż strona pozwana miała prawo zatrzymać wadium wpłacone przez stronę powodową w związku z ubieganiem się o udzielenie zamówienia publicznego.

W konkluzji powód wniósł o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kwoty 450.000 zł wraz z odsetkami ustawowymi liczonymi od dn. 28 stycznia 2012 r. do dnia zapłaty;
2. dopuszczenie na rozprawie apelacyjnej dowodów z zeznań świadków powołanych w uzasadnieniu pozwu, na okoliczności tamże wskazane;
3. zasądzenie od strony pozwanej na rzecz strony powodowej kosztów postępowania apelacyjnego według norm przepisanych

ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja jest zasadna, o ile zmierza do uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny borykał się z potężnymi trudnościami przy rozstrzygnięciu niniejszej sprawy i doszedł do wniosku, że przyczyną tych trudności jest postępowanie Sądu Okręgowego, który skupił się na mocy obowiązującej orzeczeń KIO i spełnieniu przez zamawiającego przesłanek z art. 46 ust. 4a ustawy prawo zamówień publicznych, nie zaś na przyczynach niewykonania wezwania, do czego zobowiązywała go wykładnia celowościowa przepisu art. 46 ust. 4a ustawy prawo zamówień publicznych.

Strona odwołująca się nie złożyła skargi do Sądu Okręgowego w trybie art. 198. Na możliwość taką wskazuje art. 197 pzp. Od wyroku KIO nie przysługuje żaden inny środek zaskarżenia, co jednak nie powoduje prawomocności tego wyroku, gdyż termin ten jest zarezerwowany wyłącznie dla orzeczeń sądowych. Zastrzeżenia Sądu Apelacyjnego rodzi głoszone przez Sąd Okręgowy związanie sądu powszechnego wyrokami KIO. Analiza przeprowadzona przez Sąd

Okręgowy jest dalece niewystarczająca. Poważne wątpliwości budzi fakt umieszczenia przepisu art. 197 ustawy prawo zamówień publicznych (w ustawie prawo zamówień publicznych, a nie np. w kpc) jak i jego treść - przepis mówi jedynie o wykonalności orzeczeń KIO, nie zaś o jego prawomocności. Są to jednak wyłącznie luźne dywagacje i przypuszczenia Sądu Apelacyjnego nie oparte na przeprowadzonych dowodach i rzeczowej analizie.

Zgodnie z art. 185 ust 7 „Do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o sędzie polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa nie stanowi inaczej.” Jednak postępowanie odwoławcze to postępowanie uregulowane w ustawie w art. 180, zgodnie z którym „Odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.”

Zgodnie z art. 198a ust 2 prawa zamówień publicznych „W postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy niniejszego rozdziału nie stanowią inaczej.” Świadczy to tylko o tym, że zastosowanie przepisów kpc jest w ustawie prawo zamówień publicznych każdorazowo nakazywane.

Przepis art.46 ust.4a ustawy prawo zamówień publicznych został dodany przez art. 1 pkt 16 lit. b) ustawy z dnia 4 września 2008 r. zmieniającej nin. ustawę z dniem 24 października 2008 r., obowiązywał zatem w dacie wszczęcia postępowania, jak i przez cały jego tok. Art. 46 ust 4a został wprowadzony w celu przeciwdziałania znikom cenowym, dlatego jest istotne, z jakich przyczyn powód nie uzupełnił braków wniosku, gdyż obowiązek zatrzymania wadium nie powstaje w sytuacji, gdy wezwany nie uczynił zadość swemu zobowiązaniu wskutek okoliczności, na które nie miał i nie mógł mieć wpływu. „Do przyjęcia zawinienia wykonawcy konieczna jest jego całkowita bierność, umyślność i celowość oraz nasilenie złej woli w niepodporządkowaniu się wezwaniu zamawiającego.” jak stwierdził Sąd Najwyższy.

W uzasadnieniu wniosku o zmianę ustawy prawo zamówień publicznych (druk sejmowy nr 471) czytamy: „Istotna z punktu widzenia ochrony interesów zamawiającego jest propozycja zawarta w art. 46 ust. 4a. Wprowadza ona sankcję utraty wadium dla wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie przedstawił dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Obecna regulacja sprzyja sytuacji, w której grupa będących w porozumieniu wykonawców może powodować, że zamówienie jest udzielane temu spośród nich, który zaoferował najwyższą cenę. Wykonawcy ci mogą celowo składać oferty bez wymaganych dokumentów lub oświadczeń, a następnie, już po zapoznaniu się z ofertami konkurentów, bez negatywnych konsekwencji wycofać się z udziału w postępowaniu, podlegając jedynie wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3.

Mając to na uwadze, celowe jest zrównanie sytuacji wykonawcy, który nie przedstawił dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3, z sytuacją wykonawcy, który uchyła się od zawarcia umowy lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Przyczyni się to do zracjonalizowania wydatkowania środków publicznych.”

Wynika z tego, że powyższa zmiana została wprowadzona z myślą o grupie wykonawców pozostających w zmoście cenowej. Sąd Okręgowy nie zbadał, czy z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie.

W wyroku I CSK 422/12 z dnia 10 maja 2013 r. Sąd Najwyższy uznał, że: „1. Celem działania zamawiającego podjętego na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p. nie może być tworzenie warunków dla późniejszego zatrzymania wadium złożonego przez wykonawcę na podstawie art. 46 ust. 4a p.z.p.

2. Obowiązek zatrzymania wadium powstaje tylko 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., gdy to zaniechanie wykonawcy zmierza do obejścia prawa, w szczególności przez stworzenie warunków ku temu, by zamówienie udzielone zostało temu wykonawcy, kto zaoferuje najwyższą cenę. W każdym wypadku odmowy zwrotu wadium zatrzymanego w związku z niewywiązaniem się przez wykonawcę z obowiązku uzupełnienia dokumentów i oświadczeń badaniu podlegają także przyczyny niewykonania wezwania, bowiem obowiązek zatrzymania wadium przez zamawiającego nie powstaje wówczas, gdy niewykonanie

wezwania było następstwem okoliczności, na które wykonawca nie miał i nie mógł mieć wpływu. Do przyjęcia zawinienia wykonawcy konieczna jest jego całkowita bierność, umyślność i celowość oraz nasilenie złej woli w niepodporządkowaniu się wezwaniu zamawiającego.”

Sąd Apelacyjny zauważa, że to stanowisko Sądu Najwyższego zostało wyrażone na tle konkretnej sprawy i ustalonego w niej stanu faktycznego - odmiennego od tego, który został ustalony w sprawie niniejszej i choć nie wiąże ono Sądu Apelacyjnego przy rozpoznawaniu obecnej sprawy, to warto zwrócić uwagę na słowo „w szczególności” oznaczające, że są też inne przypadki, przepis nie został dodany wyłącznie w celu wyeliminowania przypadków wykonawców działających w warunkach zmywy cenowej, ale też dla sytuacji, gdy wykonawca ze swej winy nie składa dokumentów potwierdzających spełnianie przez niego warunków udziału w postępowaniu przetargowym.

Powód, jak sam twierdzi - nie złożył wymaganych przez pozwanego dokumentów w wyniku zaniedbania pracownika powoda (co jego obciąża) oraz wskutek błędnego przekonania, że żądane informacje wynikają wprost ze złożonych przez niego wcześniej dokumentów. Tych okoliczności jednak Sąd Okręgowy nie zbadał.

Sąd Apelacyjny w Poznaniu w sprawie I ACa 97/13 (wyrok z dnia 15.03.2013) stwierdził, że: „Fakt nieudokumentowania spełnienia warunków w postępowaniu skutkuje jedynie wykluczeniem wykonawcy z postępowania, a nie daje podstaw do zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a p.z.p.” W wyroku I CSK 444/12 z dnia 14.03.2013r Sąd Najwyższy zauważył, że : „Przepis art. 46 ust. 4a p.z.p. ma zastosowanie do sytuacji, w której występuje brak fizyczny dokumentu lub oświadczenia, natomiast nie ma on zastosowania, jeżeli zostanie złożony dokument lub oświadczenie, także takie, które nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu przetargowym...” W glosie do tego orzeczenia M. S. napisała: „W glosowanym orzeczeniu SN wypowiedział się na temat podstaw zatrzymania wadium w oparciu o art. 46 ust. 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Problem poruszony w glosowanym wyroku ma istotny wymiar praktyczny z uwagi na istniejące w orzecznictwie i doktrynie rozbieżności w zakresie wykładni przepisu art. 46 ust. 4a p.z.p. Sąd Najwyższy przychylił się do poglądu dominującego w orzecznictwie sądowym, zgodnie z którym sankcja zatrzymania wadium, określona w art. 46 ust. 4a p.z.p. znajduje zastosowanie jedynie wtedy, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 p.z.p. nie złożył w ogóle żadnych dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 tej ustawy. Stanowisko SN znajduje uzasadnienie w przesłankach wprowadzenia powołanego przepisu do ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w wykładni zawężającej przepisu art. 46 ust. 4a p.z.p.2.” Sąd Najwyższy w wyroku II CSK 448/12 z dnia 22 listopada 2012 r. wyjaśnił, że: „Przepis ten[art. 46ust 4a ustawy prawo zamówień publicznych] o charakterze bezwzględnie obowiązującym, został wprowadzony ustawą nowelizującą, zaś celem było ograniczenie możliwości dokonywania zmyw przetargowych polegających na porozumieniu wykonawców prowadzącym do udzielenia zamówienia temu, kto zaoferuje najwyższą cenę. Wykonawcy mogli celowo składać oferty bez wymaganych dokumentów lub oświadczeń i po zapoznaniu się z ofertami konkurentów, wycofać się z postępowania przetargowego bez żadnych konsekwencji. W doktrynie i orzecznictwie podkreśla się zarówno sankcyjny i dyscyplinujący wykonawców charakter instytucji zatrzymania wadium przez zamawiającego, jak i restrykcyjny charakter omawianego przepisu. Konsekwencją jest konieczność ścisłej interpretacji oraz oceny zaistnienia przesłanek zatrzymania wadium przy uwzględnieniu konkretnych okoliczności danej sprawy.”, zaś Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 1211/13 z dnia 5.06.2013r stwierdziła, że „1. Przepis art. 65 k.c. ma zastosowanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jednak w zakresie, w jakim p.z.p. nie stanowi inaczej. Przepisy p.z.p. w zakresie formy i treści wymaganych od wykonawców oświadczeń i dokumentów zawierają w zasadzie kompletne i sformalizowane przepisy.

2. Jeżeli wykonawca złożył w swoim mniemaniu wymagane dokumenty, to nie można mu przypisać zawinionego i świadomego zaniechania odpowiedzi na wezwanie, co oznacza, że nie wystąpiły przesłanki zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a p.z.p.”, natomiast w wyroku KIO 1149/13 z dnia 27.05.2013r - „1. Na etapie rozstrzygnięcia wyniku postępowania, wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy, który złożył ofertę najtańszą, w sytuacji gdy wykonawca ten nie podlega wykluczeniu, prowadzi do powstania szkody po jego stronie w postaci poniesionych kosztów związanych z przygotowaniem oferty i udziałem w postępowaniu, a także utratą korzyści, z jakimi wiązało

się uzyskanie zamówienia. Ponadto odwołujący w wyniku decyzji zamawiającego o zatrzymaniu wadium doznaje uszczerbku majątkowego.

2. Zatrzymanie wadium jest czynnością, jakiej zamawiający dokonuje w postępowaniu, o której mowa w art. 180 ust. 1 p.z.p., a więc przysługują wobec niej środki prawne określone w p.z.p. Nie pozostaje w sprzeczności z powyższym stanowisko, które uznaje za właściwe sądy powszechne w przedmiocie rozstrzygnięcia o roszczeniu wykonawcy o zwrot niezasadnie zatrzymanego wadium na podstawie przepisów prawa cywilnego o bezpodstawnym wzbogaceniu. Złożenie odwołania jest uprawnieniem wykonawcy i niewykorzystanie drogi przewidzianej w p.z.p. nie przesądza o istnieniu lub braku tej przesłanki zgłoszonego roszczenia w zakresie bezpodstawnego wzbogacenia.”

Wymagana jest całkowita bierność po stronie wykonawcy, tj. sytuacja, w której świadomie nie składa on żądanych dokumentów. Tymczasem w niniejszej sprawie powód wystosował pismo do pozwanego, w którym wyjaśniał, że informacje żądane przez pozwanego wynikają z innych dokumentów już złożonych przez powoda.

W wyroku IO/UZP 488/09 z dnia 27.04.2009r Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „Artykuł 46 ust. 4a p.z.p. dotyczy wyłącznie niezłożenia dokumentów, a nie dokumentów, które zawierają błędy. Nie można rozszerzająco uznać, że sankcja zatrzymania wadium dotyczy także sytuacji, w której wykonawca przedłożył dokument zawierający błąd. Dopiero w przypadku, gdy wykonawca zachowuje się w sposób niedbały, tj. mimo wezwania nie składa dokumentów, oświadczeń, pełnomocnictw, ustawodawca przewidział dodatkową dolegliwość w postaci zatrzymania wadium.”

Także szereg innych orzeczeń kładzie nacisk na przyczyny, z jakich nie doszło do złożenia wymaganych dokumentów.

W ocenie Sądu Apelacyjnego Sąd Okręgowy nie rozpoznał istoty sprawy. Orzekanie przez Sąd Apelacyjny poprzez zasądzenie (bądź nie) żądanej kwoty od pozwanego na rzecz powoda byłoby w istocie pozbawieniem stron jednej instancji, podczas, gdy konstytucyjnie zagwarantowana została zasada dwuinstancyjności. W orzeczeniu III AUa 1153/12 z 24 października 2012r Sąd Apelacyjny w Łodzi stwierdził, że: „Chociaż w myśl art. 382 k.p.c. postępowanie apelacyjne ma charakter merytoryczny i w tym znaczeniu jest przedłużeniem postępowania przeprowadzonego przed sądem pierwszej instancji, jednakże z pola widzenia nie może schodzić wymóg zachowania instancyjności, o której stanowi art. 176 ust. 1 Konstytucji RP. Oznacza to, że sąd drugiej instancji nie może zastępować własnym orzeczeniem orzeczenia sądu pierwszej instancji, gdyż mogłoby to doprowadzać do sytuacji, w których sąd odwoławczy orzekałby jako jedna i ostateczna instancja.”

Sąd Okręgowy nie zbadał materialnoprawnej podstawy powództwa i nie odniósł się do poszczególnych zarzutów merytorycznych pozwanego uznając, że jest to nieistotne z uwagi na nieistnienie przesłanek dochodzonego roszczenia.

Z tych wszystkich względów w ocenie Sądu Apelacyjnego, Sąd Okręgowy nie rozpoznał istoty sprawy. W wyroku I ACa 578/12 z 6 września 2012r Sąd Apelacyjny w Poznaniu stwierdził, że: „Nierozpoznanie sprawy w rozumieniu art. 386 § 4 k.p.c. zachodzi wskutek niewyjaśnienia i pozostawienia poza oceną okoliczności faktycznych, stanowiących przesłanki zastosowania normy prawa materialnego, będącego podstawą roszczenia.”, Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku I ACa 1344/11 z 1 lutego 2012r stwierdził, że: „Nierozpoznanie istoty sprawy w rozumieniu art. 386 § 4 k.p.c., polega na pominięciu przez Sąd pierwszej instancji podstawy roszczenia, tj. przesłanek stanowiących o jego istnieniu. Wyrok oddalający powództwo dotknięty jest takim uchybieniem w razie błędnego stwierdzenia pozytywnej, albo istnienia negatywnej przesłanki jurysdykcyjnej. Do sytuacji takiej dojdzie przykładowo, jeżeli Sąd a quo nie wniknął w ogóle w całokształt okoliczności sprawy...”, Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku I ACa 1124/11 z 20 listopada 2011r stwierdził, że: „Nierozpoznanie istoty sprawy w rozumieniu art. 386 § 1 k.p.c. odnosi się do roszczenia będącego podstawą powództwa i zachodzi, gdy Sąd I instancji nie orzekł w ogóle merytorycznie o żądaniach stron, zaniechał zbadania materialnej podstawy żądania pozwu albo pominął merytoryczne zarzuty pozwanego.” w wyroku III CK 255/05 z 29 listopada 2005r Sąd Najwyższy uznał, że: „Uchylenie wyroku (postanowienia) na podstawie art. 386 § 4 k.p.c. nie ma charakteru obligatoryjnego. Jednak w odniesieniu do sytuacji nierozpoznania istoty, uznanie przez sąd drugiej instancji za zasadne zarzutów odnoszących się do nierozpoznania istoty sprawy, sąd ten musi uchylić zaskarżony wyrok i przekazać sprawę do ponownego rozpoznania, gdyż w przeciwnym razie strona byłaby pozbawiona jednej merytorycznej instancji.”, w wyroku V CSK 140/06 z 20 lipca 2006r uznał, że: „Nierozpoznanie istoty sprawy”

zachodzi wówczas, gdy sąd meriti nie wyjaśnił i pozostawił poza oceną okoliczności faktyczne, stanowiące przesłanki zastosowania prawa materialnego, będącej podstawą roszczenia. Nierozpoznanie istoty sprawy jedynie uprawnia sąd odwoławczy do uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania, co oznacza, że ustawodawca traktuje to jako wyjątek od zasady, że na tym sądzie, jako drugiej instancji merytorycznej, generalnie spoczywa obowiązek udzielenia bądź odmowy udzielenia ochrony prawnej żądaniu powoda i rozstrzygnięcia o zgłaszanych przez niego roszczeniach” Z powyższego przeglądu bieżącego orzecznictwa sądów powszechnych wynika, że sytuacja, która zaistniała w niniejszej sprawie uzasadnia uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Sąd Okręgowy nie rozpoznał istoty sprawy, gdyż nie zbadał przyczyn niewykonania wezwania, które są niezwykle istotne z punktu widzenia celu, dla którego przepis, na który powołuje się zamawiający, znalazł się w ustawie.

Należy przesłuchać świadków na wskazane przez powoda okoliczności. Treść tych zeznań będzie świadczyła o tym, jakie były przyczyny niezłożenia przez powoda wymaganych przez pozwanego dokumentów. Przeprowadzenie tych dowodów oraz ponowna analiza przepisu art. 46 ust 4a ustawy prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem celu, dla którego go dodano i wskazanie przyczyn, dla których powód nie uzupełnił braków złożonej przez siebie dokumentacji powinno być wystarczające do wydania prawidłowego wyroku w niniejszej sprawie. Nie można oczywiście wykluczyć sytuacji, gdy Sąd Okręgowy będzie musiał dopuścić dowody zgłaszane przez strony.

Z tych wszystkich względów Sąd Apelacyjny uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Warszawie na mocy art. 386 § 4 kpc pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach procesu na podstawie art. 108 § 2 kpc.