

Sygn. akt VI A Ca 1053/12

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 stycznia 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA – Małgorzata Manowska

Sędzia SA – Teresa Mróz (spr.)

Sędzia SA – Małgorzata Kuracka

Protokolant: sekr. sądowy Katarzyna Kędzierska

po rozpoznaniu w dniu 10 stycznia 2013 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Sp. z o.o. z siedzibą w P., (...) Sp. z o.o. z siedzibą w E. i (...) Sp. z o.o. z siedzibą w S.

przeciwko Skarbowi Państwa - Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad zastępowanemu przez Prokuratorię Generalną Skarbu Państwa

o zapłatę

na skutek apelacji powodów

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 31 maja 2012 r., sygn. akt XXV C 1509/11

I. oddala apelację;

II. zasądza od (...) Sp. z o.o. z siedzibą w P., (...) Sp. z o.o. z siedzibą w E. i (...) Sp. z o.o. z siedzibą w S. solidarnie na rzecz Skarbu Państwa Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa kwotę 2.700 (dwa tysiące siedemset) zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt VI A Ca 1053/12

UZASADNIENIE

W ostatecznie sprecyzowanym powództwie powódki (...) Spółka z o. o w P., (...) Spółka z o. o. w E. oraz (...) Spółka z o. o. w S. wniosły o zasądzenie od Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w W. kwot po 43.666,66 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia wniesienia pozwu dla każdej z powódek tytułem zatrzymanego wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy prawo zamówień publicznych.

Pozwany wniósł o oddalenie powództwa.

Wyrokiem z dnia 31 maja 2012 r. Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił powództwo i rozstrzygnął o kosztach procesu.

Orzeczenie powyższe zapadło na podstawie następujących ustaleń faktycznych i rozważań prawnych Sądu Okręgowego:

Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad przeprowadził w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na sporządzenie map akustycznych dla dróg krajowych o ruchu powyżej 3.000.000 pojazdów – 9 zadań o łącznej długości 7.709,814 km. W ramach tego postępowania powódki działający jako konsorcjum złożyły ofertę i wniosły wadium w wysokości 196.000 zł. W dniu 25 lipca 2011 r. pozwany poinformował powódki o wynikach postępowania, tj. o wyborze najkorzystniejszych ofert w ramach poszczególnych 9 zadań oraz o wykluczeniu powódek z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych, wskutek nie wykazania dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w odniesieniu do zadań 3 i od 5 do 9. Pismem z dnia 29 lipca 2011 r. pozwany poinformował powódki, że na podstawie art. 46 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych pozwany zobowiązany jest zwrócić im wadium za zadania 1, 2 i 4 w wysokości 65.000 zł, natomiast w treści tego pisma brakowało informacji o zatrzymaniu wadium w kwocie 131.000 zł. W piśmie z dnia 2 sierpnia 2011 r. skierowanym przez powódki do pozwanego stwierdziły one, że niezłożenie dokumentów żądanych przez pozwanego nie wynikało z przyczyn leżących po stronie konsorcjum, ponadto w piśmie tym zawarte było żądanie zwrotu wadium.

Sąd wskazał też, że pozwany w trakcie trwania postępowania o zamówienie publiczne pismami z 1, 12 lipca 2011 r. działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy prawo zamówień publicznych wezwał powódki do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń – dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w szczególności warunku 7.2.3 b Rozdział I SIWZ, w którym zamawiający wymagał, aby wykonawca wskazał osoby biorące udział w wykonaniu zamówienia legitymujące się doświadczeniem i wykształceniem odpowiednim do funkcji, jakie zostaną im powierzone. Wykonawca miał wskazać osoby spełniające następujące wymagania: jedna osoba nie może być wskazana dla potwierdzenia spełnienia warunków dla więcej niż trzech zadań, natomiast z oferty nie wynika, czy wskazano jedną osobę dla potwierdzenia spełnienia warunku dla więcej niż trzech zadań. Pozwany wezwał również powódki do wyjaśnienia w zakresie warunku zawartego w punkcie 7.2.3.b Rozdziału I SIWZ, zgodnie którym osoba zaproponowana do pełnienia funkcji kierownika zadania posiadała wykształcenie wyższe oraz brała udział w wykonaniu obliczeń akustycznych lub kierowała zespołem wykonującym obliczeń akustycznych – dla potrzeb opracowania co najmniej trzech analiz akustycznych dla inwestycji liniowych lub brała udział w wykonywaniu obliczeń akustycznych lub kierowaniu zespołem wykonującym obliczenia akustyczne – dla potrzeb opracowania co najmniej 1 mapy akustycznej. Z wykazu złożonego przez powódki nie wynika natomiast, by J. C. wskazany jako kierownik zadania brał udział w wykonywaniu obliczeń akustycznych, czy też kierował zespołem w rozumieniu SIWZ. W stosunku do D. B. wskazanego również jako kierownik zadania, z wykazu nie wynika, by brał on udział w wykonywaniu obliczeń akustycznych.

Z oferty powódek nie wynika również, by K. C., A. K., K. N., J. G., B. W. i R. T. wskazani jako akustycy brali udział w wykonaniu obliczeń akustycznych, zgodnie z wymogami SIWZ, dla potrzeb opracowania co najmniej trzech analiz dla inwestycji liniowych. Ponadto powódki nie wykazały, by osoba zaproponowana do pełnienia funkcji Technika (...) posiadała staż pracy w zakresie technika GIS minimum trzy lata. W powyższych zakresach pozwany zobowiązał powódki do udzielenia odpowiedzi i wyjaśnień. W odpowiedzi na powyższe powódki pismem z dnia 4 lipca 2011 r. wskazały, co do warunku określonego w punkcie 7.2.3 b/1, konkretne osoby, które będą wykonywały poszczególne zadania 1, 2 i 4, 3, 5 i 6 oraz zadanie 7, 8 i 9. Powódki wskazały trzy osoby jako kierowników zadania wskazując również ich dotychczasowy udział w zadaniach akustycznych. Podobne wyjaśnienia udzielone zostały co do kandydatów na akustyków i techników GIS. Pozwany pismem z dnia 12 lipca 2011 r. ponownie zażądał złożenia wyjaśnień i dokumentów dotyczących D. B. wskazanego jako kierownika zadania oraz czterech osób wskazanych jako akustyków. Pozwany zażądał od powódek złożenia dokumentów potwierdzających, że D. B. brał udział w wykonywaniu obliczeń akustycznych lub też kierował stosownym zespołem przez wymagany w SIWZ okres oraz zażądał potwierdzenia wymagania wobec osób mających pełnić funkcję akustyków zaznaczając, że analizę akustyczną należy rozumieć zgodnie z definicją przywołaną na stronie 7 Rozdziału I SIWZ. Pismem z dnia 14 lipca 2011 r. strona powodowa uzupełniła swoje oświadczenie poprzez uzupełnienie wykazu osób dla zadania 3, 5 i 6 z potwierdzeniem doświadczenia

dla osób wskazanych dla wykonania tego zadania oraz dla zadania 7, 8 i 9 również z potwierdzeniem doświadczenia osób wskazanych tam osób.

Ostatecznie jednak pozwany uznał, że powódki nie dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Powódki na dzień złożenia ofert nie dysponowały osobami wykonującymi analizy akustyczne w rozumieniu przyjętym przez pozwanego. Na potwierdzenie doświadczenia wskazanych osób powódki wskazały inne prace, aniżeli wymagane przez pozwanego.

Sąd Okręgowy powołując się na specyfikację istotnych warunków zamówienia wskazał, że zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia obejmującego 9 zadań. Zamawiający wskazał w punkcie 7.2.3 b 1-3 specyfikacji, że wykonawca musi wskazać osoby, które będą uczestniczyły w wykonaniu zamówienia i będą to osoby legitymujące się doświadczeniem, wykształceniem odpowiednim do funkcji, jakie zostaną im powierzone. Pozwany wskazał, że funkcję kierownika zadania może spełniać osoba, która ma wykształcenie wyższe oraz brała udział w wykonywaniu obliczeń akustycznych lub kierowała zespołem wykonującym obliczenia akustyczne dla potrzeb opracowania co najmniej 3 analiz akustycznych lub udział w wykonaniu obliczeń akustycznych lub kierowała zespołem wykonującym obliczenia akustyczne dla potrzeb opracowania co najmniej 1 mapy akustycznej. Podobnie wskazano także wymagania dla osób proponowanych do pełnienia funkcji akustyka, w tym przypadku wymagana liczba osób została określona na dwie także z wykształceniem wyższym akustycznym, stażem pracy w zawodzie akustyka minimum trzy lata i udziałem w wykonywaniu obliczeń akustycznych dla potrzeb opracowania co najmniej 3 analiz akustycznych dla inwestycji liniowych. Dla osób proponowanych do pełnienia funkcji technika GIS (wymagana liczba 3 osób według SIWZ) wymagano doświadczenia i stażu pracy w zakresie technik GIS minimum 3 lata. Zamawiający zastrzegł sobie, że jedna osoba nie może być wskazana dla potwierdzenia spełnienia warunku dla więcej niż trzech zadań. W treści SIWZ określono rodzaj dokumentów i oświadczeń, które winni dostarczyć potencjalni wykonawcy ze wskazaniem, że wśród tych dokumentów będzie wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich doświadczenia i wykształcenia. W SIWZ określono również definicję analizy akustycznej, mapy akustycznej i pojęcia stażu pracy w zakresie technika GIS, przy czym zamawiający zastrzegł sobie, że dokona oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.1.1 IDW. Zamawiający zdefiniował analizę akustyczną jako identyfikację i lokalizację hałasu, określenie ich przestrzenno-czasowo-częstotliwościowych charakterystyk hałasu, wpływu różnego rodzaju oddziaływań na drodze rozchodzenia się hałasu, porównania wartości poziomów hałasu z określonymi wartościami kryterialnymi, propozycji, metod i środków obniżenia oddziaływania hałasu na środowisko, prognozowania skutków zabezpieczeń akustycznych – wykonywanych w ramach raportów oddziaływania na środowisko, analiz porealizacyjnych oraz przeglądów ekologicznych. Według SIWZ przez mapę akustyczną należało rozumieć mapę, o której mowa w art. 179 ustawy Prawo ochrony środowiska, natomiast przez staż pracy w zakresie technik GIS – wykonywanie zadań związanych z pozyskiwaniem, przetwarzaniem, analizowaniem i prezentacją danych przestrzennych z wykorzystaniem specjalistycznych narzędzi programowych.

W tych okolicznościach Sąd Okręgowy uznał, że powództwo nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy podkreślił, że stosownie do treści art. 46 ust. 4a, przesłanka zatrzymania wadium występuje wówczas, gdy wykonawca został prawidłowo wezwany do uzupełnienia dokumentów, czy oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy tj. dokumentów mających na celu potwierdzenie braku przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 14 oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu. O ile wykonawca nie złoży takich dokumentów i jednocześnie nie udowodni, że brak uzupełnienia wynikał z okoliczności od niego niezależnych, spełniona zostaje przesłanka zatrzymania wadium. Sąd wskazał, że na tym tle powstaje pytanie, czy zatrzymanie wadium jest możliwe jedynie w sytuacji, gdy potencjalny wykonawca w ogóle nie złoży żadnych dokumentów, czy też wyjaśnień na wezwanie, czy też formalnie złoży takie dokumenty i wyjaśnienia, lecz nie spełniają one wszystkich wymagań np. daty ważności, formy, treści.

W tym kontekście Sąd Okręgowy stwierdził, że zgodnie ze stanowiskiem wyrażanym przez Urząd Zamówień Publicznych praktycznie w każdej z wyżej opisanych sytuacji wadium powinno zostać zwrócone, ponieważ celem

wprowadzenia przepisu art. 46 ust. 4a było zapobieżenie znikom potencjalnych wykonawców. Oznacza to, że jedynie w sytuacji, gdy potencjalny wykonawca fizycznie nie złoży dokumentów ani wyjaśnień, możliwe jest zatrzymanie wadium. Sąd zwrócił również uwagę na podnoszony w orzecznictwie pogląd o wyjątkowości ust. 4a art. 46 w kontekście ust. 1 tego artykułu, który nakazuje zwrot wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej. Sąd Okręgowy nie podzielił powyższego stanowiska, a co za tym idzie również stanowiska powódek. Zdaniem Sądu złożenie dokumentów czy wyjaśnień nie spełniających co do ich treści wymagań stawianych przez zamawiającego, nie może być ocenione jako spełnienie wymogu złożenia dokumentów czy wyjaśnień na żądanie. Odmienne interpretacja prowadziłaby do wniosku, że nie ma wskazanej wyżej normy. W stanie faktycznym niniejszej sprawy, tj. wobec twierdzeń powodów wynikających już z treści pozwu, że od początku nie spełniali wymogów uczestnictwa w postępowaniu, zdaniem Sądu nie jest wystarczające do zwrotu wadium wyjaśnienie, że art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych wprowadzony został jedynie w celu uniknięcia zμών cenowych wykonawców.

W ocenie Sądu pierwszej instancji nieznanomość warunków przetargu bądź też nie zrozumienie treści SIWZ oznacza faktycznie niedbałość po stronie powodów, co należy oceniać negatywnie w przypadku profesjonalisty. Sąd wskazał, że przyczyny nie leżące po stronie wykonawcy mogłyby zaistnieć w przypadku utraty przez stawających do przetargu w trakcie trwającego postępowania osób spełniających żądane wymagania, niemożność dostarczenia przez powódki dokumentów bądź wyjaśnień w terminie wobec nadzwyczajnych okoliczności faktycznych np. niemożność dotarcia do siedziby zamawiającego, czy też awaria urządzenia służącego do przesyłania dokumentów drogą elektroniczną. Z pewnością do takich przyczyn nie należy uprzedni brak osób posiadających stosowne kwalifikacje do wykonania zamówienia. Sąd przyznał rację pozwanemu, że powódki, jeszcze na etapie udzielania odpowiedzi, mogły wskazać takie osoby, zwłaszcza w kontekście faktu, że pozwany w piśmie z dnia 1 lipca 2011 r. wyraźnie podkreślił, że zadania wykonane przez wskazane przez powódki osoby muszą spełniać definicje zawarte na stronie 7 Rozdziału SIWZ. Pozwanemu nie można zarzucić, by w niejasny sposób określił swoje wymagania w SIWZ, czy też w sposób niejasny lub niepełny dokonał wezwania powódek do złożenia wyjaśnień. Wobec tego powódki nie mogą tłumaczyć swojego zgłoszenia do postępowania innym rozumieniem wymagań stawianych przez pozwanego.

Sąd zwrócił uwagę, że powódki w pozwie wyjaśniają przyczyny, dla których nie złożyły odwołań do kio twierdząc, że czynności wykluczenia powódek i zatrzymanie wadium nie miały i nie mogły mieć żadnego wpływu na wynik przetargu ze względu na odległe miejsce jakie zajęłyby w rankingu ofert. Nie kwestionując wyjaśnień powódek, sąd zauważył, że przyczyną wykluczenia powódek z przetargu, zgodnie z decyzją pozwanego było nie przedłożenie stosownych dokumentów potwierdzających spełnienie wymaganych warunków. W toku procesu powódki nie obaliły twierdzenia, że takie dokumenty faktycznie złożyły, ewentualnie, że ich nie złożenie nie było wynikiem przyczyn leżących po ich stronie. Ponadto powódki takim stwierdzeniem dały sobie prawo do oceny swoich szans w postępowaniu przetargowym usprawiedliwiając tym bezpośrednio wystąpienie do sądu o zwrot wadium. W ocenie Sądu Okręgowego same powódki, o ile były przekonane o niesłusznym wykluczeniu ich z przetargu z powodu nie złożenia dokumentów, skutkujących jednocześnie zatrzymaniem wadium, powinny złożyć sprzeciw od takiej decyzji, nie do powódek bowiem należała w takiej sytuacji ocena ich szans w postępowaniu przetargowym.

Sąd Okręgowy powołując się dodatkowo na wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 24 marca 2011 r. (I A CA 7/11) uznał, że powódki zostały wykluczone z postępowania na skutek nie uzupełnienia dokumentów zrównanego w skutkach z ich nie złożeniem stosownie do art. 46 ust. 4a, czego konsekwencją było zatrzymanie wadium, a co z kolei skutkuje oddaleniem powództwa o jego zasądzenie.

O kosztach procesu Sąd Okręgowy orzekł zgodnie z art. 98 k.p.c. w zw. z art. 105 § 1 k.p.c.

Apelację od powyższego wyroku wywiodły powódki. Zaskarżając wyrok w całości zarzuciły Sądowi Okręgowemu:

- pominięcie w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia dowodu z dokumentu – Zestawu nr 2 pytań oraz zmiany nr 1 treści SIWZ z dnia 7 czerwca 2011 r. w części zawierającej pytanie nr 7 wraz z odpowiedzią, jak również błędne przyjęcie, że powódki nie znały SIWZ,

- błędną wykładnię art. 46 ust. 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych przez przyjęcie w szczególności, że skuteczność składanych przez powódki wyjaśnień w rozumieniu art. 46 ust. 4a może zostać oceniona w ramach rozważań prawnych przy uwzględnieniu faktu, że nie złożenie odwołania od zawiadomienia o wykluczeniu powódek jako potencjalnych wykonawców zamówienia oznacza akceptację powódek co do tej decyzji w zakresie merytorycznym, że art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych pozwala na zatrzymanie wadium w przypadku, gdy wykonawca został wykluczony z postępowania na skutek nie uzupełnienia dokumentów zrównanego w skutkach z ich nie złożeniem, albowiem samo formalne fizyczne złożenie wyjaśnień czy też dokumentów na żądanie zamawiającego w sytuacji, gdy te wyjaśnienia czy też dokumenty nie spełniają wymagań co do ich treści nie może zostać ocenione jako spełnienie wymogu złożenia dokumentów lub wyjaśnień na żądanie zamawiającego.

W konkluzji apelacji powódki wniosły o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i uwzględnienie powództwa.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powódek pozbawiona jest uzasadnionych podstaw prawnych i jako taka podlega oddaleniu.

Z dniem 24 października 2008 r. wprowadzony został ustęp 4a art. 46 ustawy Prawo zamówień publicznych o treści „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”.

Przepis ten nastęrcza trudności interpretacyjne, czego dowodem są rozbieżne stanowiska zarówno doktryny jak i orzecznictwa. Przepis ten wskazuje, że w przypadku gdy wykonawca prawidłowo wezwany do uzupełniania dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw przez zamawiającego działającego na podstawie art. 26 ust. 3 nie uzupełni żądanych dokumentów, to wypełniona jest przesłanka zatrzymania wadium wpłaconego przez takiego wykonawcę. Wyjątkiem od tej zasady jest sytuacja, kiedy nieuzupełnienie oświadczeń, dokumentów lub pełnomocnictw wynika z przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy, a więc od niego niezależnych, zewnętrznych. Przepis art. 46 ust. 4a jest więc pochodną przepisu dotyczącego uzupełnienia dokumentów - art. 26 ust. 3.

Urząd Zamówień Publicznych prezentuje stanowisko, zgodnie z którym pomimo nie przedłożenia wymaganych dokumentów, wadium nie powinno być zatrzymane. Do takich sytuacji Urząd zalicza między innymi fakt nie spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Argumentacja powyższa opiera się na uzasadnieniu do projektu ustawy nowelizującej, wprowadzającej ten przepis, gdzie wskazywano na zapobieganie znowom wykonawców jako uzasadnienie wprowadzenia nowelizacji.

W piśmiennictwie prezentowany jest pogląd, że tylko fizyczne nie złożenie dokumentu na wezwanie daje prawo do zatrzymania wadium - przepis art. 46 ust. 4a prawa zamówień publicznych dotyczy sytuacji, gdy dokument (oświadczenie, pełnomocnictwo) w ogóle nie został złożony, natomiast nie może mieć zastosowania, gdy został złożony, ale nie potwierdza spełnienia warunków ustalonych przez zamawiającego. Między innymi I. K. uznała, że w przepisie art. 46 ust. 4a p.z.p. chodzi o brak "fizyczny" dokumentu lub oświadczenia, a zatem znajduje on zastosowanie w sytuacji, gdy wezwany do uzupełnienia dokumentu Wykonawca w ogóle nie przedłoży go Zamawiającemu. Dyspozycja tego przepisu nie zostaje zaś wypełniona w przypadku, gdy w wyniku wezwania zostanie złożony dokument, który jednak nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu (Zam.Pub.Dor.2009.8.52: Wezwanie do uzupełnienia dokumentów, przesłanki zatrzymania wadium. Teza nr 3). Podobnie wypowiada się D. S.: "Zamawiający ma możliwość zatrzymania wadium tylko wówczas, gdy Wykonawca na wezwanie Zamawiającego w ogóle nie uzupełni dokumentu. Natomiast formalne uzupełnienie dokumentu, pomimo, iż może on nie potwierdzać spełniania warunku udziału w postępowaniu, nie daje zamawiającemu prawnej możliwości zatrzymania wadium wraz z odsetkami na podstawie art. 46 ust. 4a prawa zamówień publicznych" (Zam.Pub.Dor.2008.12.28 Możliwość "anektowania" umowy. Teza nr 1). Podobne stanowisko prezentuje M. W. (patrz artykuł Zam.Pub.Dor.2011/7/50-57).

Przedstawiciele doktryny wskazują, że taki wniosek wypływa z wykładni językowej art. 46 ust 4a prawa zamówień publicznych. W przepisie tym mowa o nie złożeniu dokumentów lub oświadczeń. Podkreślają, że istotą wykładni nie jest modyfikowanie treści obowiązujących przepisów, a jedynie ustalenie ich znaczenia, co wynika między innymi z wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 czerwca 2000 r., K 25/99, OTK 2000, nr 5, poz. 141: "Jeżeli językowe znaczenie tekstu jest jasne, wówczas - zgodnie z zasadą clara non sunt interpretanda - nie ma potrzeby sięgania po inne, pozajęzykowe metody wykładni".

Stanowisko takie prezentuje również część orzecznictwa, i tak w wyroku z dnia 20 maja 2010 r. (sygn. akt I A Ca 357/10) Sąd Apelacyjny w Poznaniu wskazał, że z wypełnieniem dyspozycji art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych mamy do czynienia wyłącznie w przypadku, gdy wykonawca faktycznie (fizycznie) nie uzupełnił dokumentów (oświadczeń, pełnomocnictw).

Odmienne do powyższego stanowisko wskazuje, że uznając nawet, że przepis art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych należy czytać literalnie, a jego znaczenie jest jasne i wystarczy do interpretacji posłużyć się wykładnią językową, nie sposób jednak zatrzymać się na samym ustawowym określeniu "nie złożył dokumentów lub oświadczeń" po to, by stwierdzić, że tylko fizyczne nie złożenie dokumentu stwarza możliwość zatrzymania wadium. Jeśli wykonawca nie złoży wcale dokumentów lub złoży dokumenty, ale z ich treści wynikać będzie, że nie potwierdzają one spełnienia warunków udziału w postępowaniu, musi zostać wykluczony z postępowania, a wadium zostanie zatrzymane, z wyjątkiem sytuacji gdy wykonawca udowodni, że nie uzupełnienie wynika z przyczyn nieleżących po jego stronie. Złożenie przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych dokumentu, który nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, powinno być uznane za równoznaczne z nie złożeniem tego dokumentu i tym samym sankcjonowane utratą wadium, chyba że wykonawcy uda się udowodnić, że nie złożył dokumentu lub oświadczenia z przyczyn nieleżących po jego stronie (patrz Piotr Wiśniewski, artykuł M.Zam.Pub. 2010/1/20-22). W doktrynie podnoszona jest również, jako kontrargument do bardzo wąskiego ujmowania przesłanek zatrzymania wadium, okoliczność, że przepis art. 46 ust. 4a posługuje się identycznym pojęciem jak przepis art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, 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.

Nie ma więc podstaw do interpretowania użytego przez ustawodawcę zwrotu "nie złożył oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1" inaczej, niż w obu wskazanych przypadkach. Tezę taką potwierdza również orzecznictwo - w wyroku z dnia 16 lipca 2009 r., XIX Ga 268/09 (niepubl.), Sąd Okręgowy w Gliwicach zauważył: "Nawet jeśli u podstaw zmiany przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych leżała potrzeba przeciwdziałania procederowi umyślnego i celowego nieuzupełniania dokumentacji na wezwanie zamawiającego dla uzyskania zamówienia za cenę wyższą niż faktycznie umożliwiająca jego wykonanie, to z treści wskazanego przepisu nie wynika takie zawężenie jego zastosowania, tj. aby jedynie w takim przypadku miał on zastosowanie. Wręcz przeciwnie, przepis ten jest sformułowany szeroko i powinien mieć zastosowanie do każdej sytuacji, gdy wykonawca nie wypełni należycie wezwania zamawiającego, bowiem przedłożenie na wezwanie dokumentu innego niż żądał zamawiający de facto oznacza fizyczny brak prawidłowego dokumentu". W ocenie Sądu Apelacyjnego dotyczy to również sytuacji złożenia przez wykonawcę na żądanie zamawiającego dokumentów lub oświadczeń, które nie potwierdzają istnienia kryteriów uprawniających wykonawcę do uczestniczenia w postępowaniu.

Należy pamiętać ponadto, że zatrzymanie wadium nie stanowi zabezpieczenia oferty lecz jest swego rodzaju karą za niezłożenie dokumentów lub oświadczeń zgodnych z żądaniem zamawiającego, dlatego też nie można uzasadniać wyłączenia możliwości zatrzymania wadium tym, że zamawiający nie może zostać wzbogacony kosztem wykonawcy.

Należy w tym miejscu przywołać również orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2011 r. (sygn. akt KIO 2805/10 i KIO 2810/10), w którym Krajowa Izba Odwoławcza dokonała niejako podsumowania dotychczasowego orzecznictwa w zakresie możliwości zatrzymania wadium w ramach postępowania o zamówienie publiczne i odchodząc od dotychczasowego poglądu o zawężającej interpretacji art. 46 ust. 4a ustawy prawo zamówień publicznych do przypadków fizycznego nie złożenia dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw, stwierdziła, że w świetle regulacji ustawowych, nie sposób w oderwaniu od stanu faktycznego i specyficznych okoliczności konkretnej sprawy, doktrynalnie przesądzić o sposobie zastosowania art. 46 ust. 4a p.z.p. oraz generalnie określić sposób, czy zakres stosownych uzupełnień (ich wad), które warunkują zatrzymanie wadium wniesionego przez wezwanego wykonawcę. Ocenę danego przypadku należy przeprowadzić z uwzględnieniem wszystkich okoliczności sprawy, a także mając na uwadze zapewnienie realizacji celu regulacji dotyczących zatrzymywania wadium w przypadku opisanym w art. 46 ust. 4a p.z.p., który najogólniej można określić, jako dyscyplinowanie wykonawców do odpowiedzialnej i uczciwej partycypacji w przetargach publicznych, a także jednoczesną ochronę wykonawców w dobrej wierze składających swoje oferty przed niejasnymi postanowieniami SIWZ i nadmiernym "fiskalizmem" zamawiających w tym zakresie.

Na gruncie abstrakcyjnej i oderwanej od rzeczywistości danej sprawy interpretacji przepisu trudno jest określić, jakiego typu dokumenty należy uznać za uzupełnione/nieuzupełnione w sposób odpowiadający hipotezie art. 46 ust. 4a p.z.p. Należy w szczególności unikać popadania w obustronne skrajności przekreślające sens i cel przepisu - np. z jednej strony przyjmowanie, iż formalnie przeprowadzone, uzupełnienie jakichkolwiek dokumentów przesądza o niemożliwości zatrzymania wadium na podstawie ww. przepisu (a contrario: tylko "fizyczny" brak uzupełnienia uprawnia do zatrzymania wadium), a z drugiej strony przyjęcie stanowiska, że tylko w pełni odpowiadające, w tym również materialnym, wymaganiom zamawiającego w przedmiocie potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu, uzupełnienie dokumentów zapobiega zatrzymaniu wadium.

Zwłaszcza generalna kategoria "przyczyn leżących po stronie wykonawcy", które mogą przesądzić o braku zatrzymania wadium, pozwala na znaczny margines ocenności przy określeniu zastosowania przepisu, czyli przeprowadzenia subsumcji rzeczywistości do zrekonstruowanej normy prawnej. Ocena konkretnych okoliczności sprawy warunkowała więc będzie np. uznanie wystąpienia przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy uniemożliwiających uzupełnienie dokumentów w pełni odpowiadających wymaganiom zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, za niezasadny należy uznać zarzut powódek zawarty w punkcie 2.2. błędnej wykładni art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych polegającej na przyjęciu przez sąd, że możliwe jest zatrzymanie wadium w sytuacji, gdy wykonawca formalnie fizycznie złożył wyjaśnienia czy dokumenty, które jednak nie spełniają wymagań co do ich treści.

Nie jest również zasadny zarzut sformułowany w punkcie 2.1. apelacji. Wbrew twierdzeniom zawartym w apelacji, Sąd Okręgowy nie dokonał konstatacji, że nie złożenie przez powódki odwołania do KIO od decyzji o wykluczeniu oznacza jej akceptację w zakresie merytorycznym.

Rozszerzając nieco rozważania w tej kwestii poczynione przez Sąd Okręgowy, a to głównie wobec stanowiska pozwanego zawartego w odpowiedzi na apelację, należy wskazać, że w postanowieniu z dnia 7 maja 2010 r. (V CSK 456/09) Sąd Najwyższy uznał, że wniesienie wadium stanowi element postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, umożliwia ono branie udziału w takim postępowaniu, stanowi zatem niewątpliwie instytucję właściwą dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji należy przyjąć, że wykonawcy, którego wadium zatrzymano przysługują środki prawne określone w ustawie Prawo zamówień publicznych tj. odwołanie do KIO. Co do zasady zatem powódkom przysługiwało prawo skorzystania ze środków określonych w art. 180 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie oznacza to jednak, że prawo wniesienia odwołania na decyzję o zatrzymaniu wadium

wyłącza drogę sądową o zwrot wadium, czy też, by możliwe było wystąpienie na drogę sądową konieczne jest w pierwszym rzędzie wniesienie i rozstrzygnięcie przez KIO odwołania.

Należy wskazać na stanowisko zaprezentowane przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 11 maja 2012 r. (sygn. akt II CSK 491/11), zgodnie z którym dopuszczalna jest droga sądowa o zwrot zatrzymanego wadium wprost, bez potrzeby wykorzystywania środków ochrony prawnej przewidzianych w p.z.p. Środki te stanowią jeden z rodzajów postępowań przedsądowych, ale w sprawach o zwrot bezpodstawnie zatrzymanego świadczenia - fakultatywnym. Konsekwentnie ich niewyczerpanie nie może być kwalifikowane jako bezwzględna ujemna przesłanka procesowa.

W uzasadnieniu wyroku Sąd Najwyższy wskazał, że w dotychczasowych stanowiskach piśmiennictwa jak i orzecznictwa głównie KIO przeważa zapatrywanie, że zatrzymanie wadium, jakkolwiek związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia, jest czynnością o samodzielnym charakterze i wynikające stąd roszczenia mogą być dochodzone w drodze sądowej. Stanowisko opowiadające się za dopuszczalnością tej drogi zawarto w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2011 r., II CSK 675/10, (wydanym na skutek wniesienia powództwa po oddaleniu protestu odnoszącego się tylko do zatrzymania wadium). Jednocześnie Sąd Najwyższy wskazał, że właściwą podstawą prawną roszczenia o zwrot bezpodstawnie zatrzymanego przez zamawiającego wadium jest przepis art. 410 § 2 k.c. regulujący kwestię zwrotu nienależnego świadczenia. Również Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 7 lipca 2011 r., II CSK 675/10, wyraził pogląd, że roszczenie o zwrot zatrzymanego wadium wynika z art. 405 k.c. w zw. z art. 410 k.c.

Odnosząc się natomiast do zarzutu zawartego w punkcie 1 apelacji, tj. pominięcia w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia dowodu z dokumentu – zestawu nr 2 pytań oraz zmiany nr 1 treści SIWZ z dnia 7 czerwca 2011 r. w części zawierającej pytanie nr 7 wraz z odpowiedzią, jak również błędne przyjęcie, że powódki nie znały SIWZ, stwierdzić należy, że nie jest ona zasadny. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia przygotowana przez pozwanego zawiera szczegółowe i nie budzące wątpliwości określenie kryteriów, jakim powinny odpowiadać wskazane przez wykonawcę osoby wskazane jako bezpośredni wykonawcy poszczególnych zadań.

Dokonana pismem pozwanego z dnia 7 czerwca 2011 r. zmiana nr 1 treści SIWZ nie dotyczyła zmiany w zakresie kryteriów, jakie powinny spełniać wskazane przez wykonawcę osoby. Zatem pytanie nr 7, na które powołuje się strona apelująca i udzielona na nie przez pozwanego odpowiedź, nie mogły „sugerować” powódkom, że dysponują potencjałem kadrowym zdolnym do wykonania poszczególnych zadań. Tym bardziej, że powódki już w pozwie wskazały, że w momencie składania oferty w ogóle nie spełniały warunku udziału w postępowaniu. Sąd rozpoznający niniejszą sprawę nie podziela stanowiska prezentowanego przez powódki, a opartego na poglądzie wyrażonym przez KIO, że choć nie spełnienia warunku uczestnictwa w postępowaniu jest w pewnym sensie przyczyną leżącą po stronie wykonawcy, jednak w rozumieniu art. 46 ust. 4a przyczyna ta ma mieć charakter obiektywny. Zdaniem Sądu Apelacyjnego przystąpienie przez profesjonalistę do postępowania o zamówienie publiczne po zapoznaniu się z warunkami SIWZ ze świadomością, że wykonawca nie spełnia warunków uczestnictwa w postępowaniu jest przyczyną obiektywną w rozumieniu art. 46 ust. 4 a ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie zmieniają tego późniejsze działania wykonawcy w ramach kierowanych do zamawiającego pytań dotyczących kryteriów, jakie mają spełniać osoby wskazane przez wykonawcę.

W tych okolicznościach należało uznać, że podniesione przez powódki w apelacji zarzuty nie są zasadne.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 385 k.p.c., Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji wyroku. O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd rozstrzygnął po myśli art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 98 k.p.c. mając na uwadze wynik tego postępowania.