

*Sygn. akt VI ACa 923/17*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 30 stycznia 2019 r.*

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

*SSA Ksenia Sobolewska-Filcek – przewodnicząca*

*SSA Małgorzata Kuracka*

*SSA Tomasz Pałdyna – sprawozdawca*

*Protokolant: Patryk Pałka*

*po rozpoznaniu w dniu 11 stycznia 2019 r. w Warszawie*

*na rozprawie*

*sprawy z powództwa (...) S.A. w M. (Hiszpania)*

*przeciwko Skarbowi Państwa – (...)*

*o zapłatę*

*na skutek apelacji pozwanego od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie*

*z dnia 30 marca 2017 r., sygn. akt XXV C 1188/16*

I. zmienia zaskarżony wyrok w punktach pierwszym, trzecim i czwartym w ten sposób, że:

- oddała powództwo,

- zasądza od (...) S.A. w M. (Hiszpania) na rzecz Skarbu Państwa – Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej 14.400 (czternaście tysięcy czterysta) złotych tytułem kosztów zastępstwa procesowego,

- nakazuje pobrać od (...) S.A. w M. (Hiszpania) na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w W. 316, 98 zł (trzysta szesnaście złotych i dziewięćdziesiąt osiem groszy) tytułem kosztów sądowych;

II. Zasądza od (...) S.A. w M. (Hiszpania) na rzecz Skarbu Państwa – Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej 10.800 (dziesięć tysięcy osiemset) złotych tytułem kosztów zastępstwa procesowego w instancji odwoławczej;

III. Nakazuje pobrać od (...) S.A. w M. (Hiszpania) na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w W. 12.500 (dwanaście tysięcy pięćset) złotych tytułem kosztów sądowych.

*Sygn. akt VI ACa 923/17*

## UZASADNIENIE

wyroku z 30 stycznia 2019 r.

Zaskarżonym wyrokiem sąd okręgowy zasądził od Skarbu Państwa – (...) na rzecz (...) S.A. w M. 250.000 zł z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od 21 sierpnia 2016 r. do dnia zapłaty, oddalił dalej idące żądanie zapłaty w zakresie odsetek oraz rozstrzygnął o kosztach.

Z ustaleń sądu pierwszej instancji wynika, że powodowa spółka była uczestnikiem przetargu zorganizowanego przez pozwanego w trybie zamówień publicznych. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający zobligował uczestników przetargu do wniesienia wadium w wysokości 250.000 zł w jednej z kilku form, w tym m. in. w formie gwarancji bankowej. Termin składania ofert wyznaczono do 28 listopada 2014 r. do godz. 10:30, a termin związania ofertą na 60 dni, przy czym bieg tego terminu rozpoczynał się wraz z upływem terminu składania ofert. Przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty wyłącznym kryterium była cena. W treści SIWZ zastrzeżono również, że wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz inne informacje zamawiający oraz wykonawcy będą przekazywać pisemnie na adres (...) Oddział w Z., faksem na wskazany w SIWZ numer lub drogą elektroniczną na wskazany adres mailowy (...), przy czym każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt otrzymania informacji w innej formie, niż pisemna. Forma pisemna zastrzeżona została dla złożenia oferty, w tym oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowany przedmiot zamówienia wymagań określonych przez zamawiającego, a także zmiany i wycofania oferty.

Powódka złożyła swą ofertę 25 listopada 2014 r., proponując wykonanie zamówienia za 10.999.982,25 zł brutto. W treści oferty powodowa spółka miała wskazać, że wszelką korespondencję w sprawie postępowania należy kierować na adres: P. L., (...) S.A., ul. (...), (...)-(...) R., fax (...), e-mail (...) Wraz z ofertą powódka złożyła zamawiającemu gwarancję wadialną wystawioną 21 listopada 2014 r. przez (...) Bank (...) S.A., w której w związku z ofertą na wykonanie przedmiotowego zamówienia bank nieodwołalnie i bezwarunkowo zagwarantował zapłacić każdą kwotę do łącznej wysokości nieprzekraczającej 250.000 zł na pierwsze pisemne żądanie Skarbu Państwa – (...), stwierdzające zaistnienie jakiegokolwiek przesłanki przewidzianej w art. 46 ust. 4a lub 5 prawa zamówień publicznych uzasadniającej zatrzymanie wadium wraz ze wskazaniem tej przesłanki oraz podaniem podstawy prawnej zatrzymania wadium. W dokumencie gwarancji wskazano, że gwarancja wygasa, nawet jeśli dokument nie zostanie zwrócony, w dniu 28 lutego 2015 r., o ile przed upływem tego terminu gwarant nie otrzyma od zamawiającego pisemnego zawiadomienia o wystąpieniu roszczenia.

Otwarcie ofert miało miejsce 28 listopada 2014 r. Najniższą cenę ofertową w kwocie 10.992.465,72 zł zaproponowało konsorcjum firm (...) sp. z o.o. i (...) sp. z o.o. Drugą w kolejności była cena zaproponowana w ofercie (...) S.A.

Z dalszych ustaleń sądu wynika, że pismem z 14 stycznia 2015 r. (...) wezwała powodową spółkę na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p. do złożenia – w terminie do 21 stycznia 2015 r. – licznych dokumentów, przewidzianych w SIWZ, dotyczących potencjału kadrowego, wiedzy i doświadczenia oraz do wykazania umocowania osób podpisanych pod ofertą. Kolejnym pismem z tej samej daty (...) wezwała powódkę, na podstawie art. 26 ust. 4 p.z.p., do złożenia – w tym samym terminie – wyjaśnień szczegółowo opisanych w piśmie, w celu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. W obydwu tych pismach – jak się odnotowuje – zamawiający poprosił o niezwłoczne potwierdzenie faktu otrzymania wezwań. Wezwania zostały wysłane do powodowej spółki 14 stycznia 2015 r. faksem na numer wskazany w ofercie i wynik transmisji był pozytywny. Dowodem na to ma być raport transmisji faksowej, załączony do akt. Sąd ustalił przy tym, że numer faksu podany w ofercie powódki należał do firmy W. B. „(...)”, z którym (...) S.A. współpracowała w tamtym czasie, gdyż nie miała siedziby w Polsce. W. B. prywatnie jest szwagrem P. L., który został wskazany w ofercie powódki jako osoba, do której należy kierować korespondencję. W. B. – jak ustalił jeszcze sąd – nie przekazał P. L. pism pozwanego, a po wysłaniu wezwań (...) nie kontaktowała się z przedstawicielem powódki w celu potwierdzenia, czy wezwania dotarły.

Powodowa spółka nie przesłała do (...) w zakreślonym terminie dokumentów i oświadczeń określonych w wezwaniach. Natomiast, 22 stycznia 2015 r. z P. L. skontaktowała się telefonicznie M. G. – pracownik (...) Oddział w Z., w celu ustalenia, czy powódka wysłała zamawiającemu dokumenty związane z wezwaniem. Po tej rozmowie P. L.

skontaktował się z W. B., który przesłał mu skany wezwań. Następnie P. L. skontaktował się z dyrektorem (...) S.A. Przedstawiciele powodowej spółki podjęli decyzję, że w związku z upływem terminu, powódka nie będzie uzupełniać dokumentów. Pismem z 22 stycznia 2015 r. powódka poinformowała (...), że w związku z błędami organizacyjnymi i systemowymi u wykonawcy dopiero w dniu dzisiejszym spółka otrzymała wiadomość w sprawie wezwań (...) do uzupełnienia dokumentów i że w związku z upływem wyznaczonych terminów wykonawca nie widzi potrzeby uzupełniania brakujących dokumentów.

Pismem z 22 stycznia 2015 r. (...) miała zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni, tj. do 27 marca 2015 r. W odpowiedzi na to powódka poinformowała (...), że nie wyraża zgody na przedłużenie wartości oferty i prosi o zwrot gwarancji wadialnej.

Ostatecznie – jak się jeszcze ustala – (...) wybrała jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez konsorcjum firm (...) sp. z o.o. i (...) sp. z o.o., opiewającą na cenę brutto 10.992.465,72 zł, o czym wykonawcy zostali poinformowani pismem z 6 lutego 2015 r. Natomiast powódka została wykluczona z postępowania o udzielenie zamówienia, ponieważ nie wykazała spełniania warunków w zakresie dysponowania wymaganym potencjałem kadrowym oraz posiadania wiedzy i doświadczenia. Poinformowano ją też, że zamawiający zgodnie z art. 46 ust. 4a p.z.p. zatrzyma wadium, z uwagi na fakt, że powodowa spółka w odpowiedzi na wezwanie w terminie wyznaczonym przez zamawiającego nie złożyła wymaganych dokumentów i nie udowodniła, że wynika to z przyczyn nieleżących po jej stronie.

Sąd pierwszej instancji ustalił wreszcie, że 9 lutego 2015 r. Skarb Państwa – (...) wystąpił do (...) Bank (...) S.A. z żądaniem wypłacenia 250.000 zł na podstawie gwarancji wadialnej zabezpieczającej ofertę powódki, oświadczając, że wystąpiła przesłanka zatrzymania wadium uregulowana w art. 46 ust. 4a p.z.p., ponieważ wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 p.z.p., w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, nie złożył wymaganych dokumentów i nie udowodnił, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Bank – jak wynika z ustaleń sądu okręgowego – wypłatę zrealizował, a następnie wystąpił do (...) Bank S.A. w Hiszpanii o zwrot tej sumy wraz z kosztami operacyjnymi w kwocie 418 zł (łącznie 250.418 zł), zabezpieczonej regwarancją wystawioną przez ten ostatni. Ten z kolei, po zapłacie kwoty regwarancji, wystąpił do powoda o zwrot zapłaconej kwoty w wysokości 60.928,95 euro i 17 marca 2015 r. kwota ta została zapłacona na rzecz (...) Bank S.A. w Hiszpanii przez (...) S.A., na mocy porozumienia z tej samej daty zawartego ze spółką (...) S.A. Odnotowuje się przy tym, że obie spółki należały do skonsolidowanej grupy firmy (...) oraz związane były ze sobą umową o świadczenie usług zawartą 1 stycznia 2011 r., na podstawie której (...) S.A. świadczyła na rzecz (...) S.A. usługi z zakresu zarządzania i administracji. Za wykonane na podstawie tej umowy prace spółka (...) S.A. wystawiła spółce (...) S.A. w dniu 30 września 2012 r. fakturę na 239.920,18 euro. W wyniku wzmiankowanego porozumienia z 17 marca 2015 r. dokonano potrącenia zapłaconej przez (...) S.A. w imieniu (...) S.A. kwoty 250.000 zł (60.928,95 euro) z należnością (...) S.A. wynikającej z powyższej faktury.

W rozważaniach prawnych sąd okręgowy powołał się na art. 26 ust. 3 i 46 ust. 4a p.z.p. w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli 17 października 2014 r., wyjaśniając, że celem tego ostatniego przepisu było przeciwdziałanie znikom przetargowym, przejawiającym się w składaniu niekompletnych ofert przez kilku wykonawców, działających w porozumieniu, i ich nieuzupełnianiu bądź uzupełnianiu tylko przez tego wykonawcę, który – w świetle znanych już wówczas ofert konkurentów – przedstawił zazwyczaj najwyższą cenę, a pozostali uczestnicy zмовy mogli wówczas bez negatywnych konsekwencji wycofać się z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co prowadziło do udzielenia zamówienia temu, kto zaoferował najwyższą cenę. Sąd powołał się przy tym na druk sejmowy Nr (...) Sejmu VI kadencji oraz na wypowiedzi judykatury, która zaleca ścisłą wykładnię tego przepisu ze względu na jego wysoką sankcyjność i restrykcyjność. Zdaniem sądu okręgowego obowiązek zatrzymania wadium przez zamawiającego powstaje tylko w przypadku zawinonego 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, kto zaoferuje najwyższą cenę. Nie bez znaczenia dla oceny, czy zamawiający może zatrzymać wadium, ma być wpływ uchybienia wykonawcy na przebieg postępowania przetargowego.

W niniejszej sprawie – jak się wywodzi – powódka nie odpowiedziała na wezwania pozwanego do uzupełnienia oferty. Podnoszone przez nią okoliczności związane z nieprzekazaniem jej przedstawicielowi przez współpracującą z nią firmę (która udostępniła jej swój numer faksu do korzystania) przedmiotowych pism z wezwaniem, przesłanych faksem przez pozwanego, nie stanowią – zdaniem sądu – usprawiedliwienia jej bierności. Skoro taka forma komunikacji – jak naprowadza sąd – została dopuszczona i wezwania zostały wysłane na numer faksu wskazany w ofercie powódki, to brak niezwłocznego odebrania tych wezwań i zapoznania się z nimi przez jej przedstawiciela muszą być traktowane jako okoliczności leżące po stronie powódki i przez nią zawinione. Powódka – jak się zauważa – nie uzupełniła oferty o żądane dokumenty i wyjaśnienia również po faktycznym odebraniu wezwań (co nastąpiło już po wyznaczonym przez pozwanego terminie). Sąd zauważył przy tym, że zasadności i celowości tych wezwań powódka nie kwestionowała.

Zdaniem sądu pierwszej instancji w świetle materiału dowodowego sprawy brak było jednak podstaw do przyjęcia, żeby to zaniechanie zmierzało do obejścia prawa, w szczególności przez stworzenie warunków ku temu, by zamówienie udzielone zostało temu wykonawcy, który zaoferuje cenę wyższą, niż cena najkorzystniejszej oferty. Jedynym kryterium wyboru ofert w niniejszym postępowaniu miało być kryterium ceny a oferta powódki nie była pod tym względem najkorzystniejsza. Sąd zauważył, że w wyniku przetargu wybrana została oferta podmiotu, który zaoferował niższą niż powódka cenę (10.992.465,72 zł) i która uzyskała maksymalną liczbę punktów. Cena zaoferowana przez powódkę (10.999.982,25 zł) była drugą w kolejności pod względem wysokości, zatem jej oferta, nawet gdyby ją uzupełniła zgodnie z wezwaniem pozwanego, nie zostałaby wybrana. Pozwany – jak się zauważa – nie podnosił przeciwnych twierdzeń w toku niniejszego procesu. Nie twierdził też, że podejrzewa zмовę uczestników przetargu, a swoje prawo do zatrzymania wadium wywodził z literalnej wykładni art. 46 ust. 4a p.z.p.

Zdaniem sądu okręgowego właściwą jest tu wykładnia celowościowa. W rachubę ma wchodzić zatem brak podstaw do przyjęcia, że przystąpienie powódki do przetargu nosiło cechy pozorności i że nieuzupełnienie przez nią braków oferty zmierzało do stworzenia warunków ku temu, by zamówienie udzielone zostało wykonawcy, który zaoferował wyższą cenę, a także faktyczny brak wpływu nieuzupełnienia braków oferty powódki na wynik postępowania przetargowego. Dlatego sąd okręgowy uznał, że nie zostały spełnione przesłanki uzasadniające zatrzymanie wadium wniesionego przez powódkę. W konsekwencji – jak się przyjmuje – zachowanie pozwanego polegające na ściągnięciu kwoty 250.000 zł z bankowej gwarancji wadialnej naruszało art. 46 ust. 4a p.z.p.

Nawet gdyby przepis ten wyłożyć literalnie – jak zaznacza na marginesie sąd – to opisane zachowanie pozwanego należałoby potraktować jako nadużycie prawa, nie zasługujące na ochronę w kontekście art. 5 k.c., gdyż pozwany uzyskałby kosztem powódki przysporzenie pomimo nieponiesienia szkody na skutek nieuzupełnienia oferty, co należałoby ocenić negatywnie w kontekście zasad uczciwości i wzajemnej lojalności uczestników obrotu gospodarczego.

Zdaniem sądu okręgowego nie ma racji pozwany zgłaszając zastrzeżenia co do faktu zubożenia powódki na skutek jego działania polegającego na realizacji gwarancji wadialnej. Sąd przypomina, że na skutek kolejnych rozliczeń doszło do potrącenia i – tym samym – umorzenia wierzytelności powódki, a zatem do uszczerbku majątkowego po jej stronie w postaci zmniejszenia aktywów. Zdaniem sądu sam fakt objęcia potrąceniem należności z faktury wystawionej znacznie wcześniej, niż data zawarcia porozumienia, nie podważa wiarygodności oświadczeń o potrąceniu wzajemnych wierzytelności, w szczególności nie prowadzi do wniosku, że oświadczenia te były pozorne. Pozwany – jak się zauważa – poza sformułowaniem ogólnych wątpliwości nie podjął żadnej inicjatywy dowodowej celem podważenia skuteczności owego potrącenia.

Sąd nie podzielił z kolei zarzutu powódki dotyczącego kwestii terminu realizacji gwarancji przez pozwanego. Fakt, że powódka była związana złożoną ofertą do 27 stycznia 2015 r. nie oznacza – zdaniem sądu – że pozwany nie mógł w ogóle żądać wypłaty sumy gwarancji wadialnej po upływie tego terminu. W ocenie sądu okręgowego jeśli zostałyby spełnione przesłanki zatrzymania wadium, to upływ terminu związania ofertą nie stanowiłby przeszkody do wystąpienia z takim żądaniem. Jedynym ograniczeniem dla zamawiającego w tym zakresie miała być konieczność

wystąpienia z żądaniem zapłaty w terminie ważności gwarancji wadialnej, który w niniejszej sprawie został dochowany.

Zdaniem sądu okręgowego podstawą zwrotu pobranej gwarancji powinien być art. 46 ust. 1 p.z.p., a nie art. 405 w zw. z art. 410 k.c. Przepis ten – jak się przyjmuje – jest przepisem szczególnym wyłączającym regulacje kodeksu cywilnego, co ma wynikać także z art. 14 p.z.p.

***W apelacji od tego wyroku pozwany – zaskarżając go w części uwzględniającej powództwo i w zakresie rozstrzygnięć o kosztach procesu – zarzucił sądowi pierwszej instancji:***

- sprzeczność ustaleń faktycznych ze zgromadzonych w sprawie materiałem dowodowym, polegającą na ustaleniu, że:

- zaniechanie powódki polegające na braku odpowiedzi na wezwania pozwanego do uzupełnienia oferty nie stworzyło warunków ku temu, by zamówienie udzielone zostało temu wykonawcy, który zaoferuje cenę wyższą, niż cena najkorzystniejszej oferty, podczas gdy w sytuacji gdyby również oferta podmiotu, który zaoferował cenę niższą niż powódka z jakichś względów nie mogła zostać wybrana, wyborowi podlegałyby oferta złożona przez (...) S.A. w T., która była ofertą dopiero czwartą w kolejności pod względem wysokości zaproponowanej ceny i byłaby ofertą wyższą o 1.844.046,75 złotych tj. wyższą o ok. 17% od oferty powódki,

- wezwanie dłużnika do zwrotu wadium (taki skutek został przypisany doręczeniu odpisu pozwu) zostało doręczone pozwanemu 19 sierpnia 2016 r., podczas gdy odpis pozwu został doręczony Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa – ustawowemu zastępcy procesowemu dłużnika (pозwanego), a sąd nie ustalił daty faktycznego doręczenia (przekazania) dłużnikowi, czyli Skarbowi Państwa – (...) odpisu pozwu, traktowanego jako pierwsze wezwanie dłużnika do zwrotu wadium.

- naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. przez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego oraz dowolną, nie zaś swobodną ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności błędną ocenę dokumentów w postaci zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z 6 lutego 2015 r. oraz wykazu wykonawców, którzy złożyli oferty, wraz z ceną złożonych ofert (informacja o cenach ofert złożonych w postępowaniu), przez uznanie, że z dokumentów tych nie wynikało, że zaniechanie powódki polegające na braku odpowiedzi na wezwania pozwanego do uzupełnienia oferty stworzyło warunki ku temu, by zamówienie udzielone zostało temu wykonawcy, który zaoferuje cenę wyższą, niż cena najkorzystniejszej oferty, podczas gdy – jak ocenia apelujący – z dokumentów tych wynika, że zaniechanie powódki mogło spowodować, że wyborowi podlegałyby oferta złożona przez (...) S.A. w T., która była ofertą dopiero czwartą w kolejności pod względem wysokości zaproponowanej ceny i byłaby ofertą wyższą o 1.844.046,75 zł, tj. wyższą o ok. 17% od oferty powódki,

- naruszenie art. 46 ust. 1 p.z.p. przez niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że zamawiający (pozwany) zobowiązany był zwrócić wykonawcy (powodowi) wadium,

- naruszenie art. 46 ust. 4a w zw. z art. 26 ust. 3 i art. 25 ust. 1 p.z.p. w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia postępowania przetargowego przez błędną wykładnię i uznanie, że nie zostały spełnione przesłanki uzasadniające zatrzymanie wadium wniesionego przez powódkę oraz uznanie, że ściągnięcie kwoty 250.000 zł z bankowej gwarancji wadialnej złożonej przez powódkę było bezpodstawne,

- naruszenie art. 46 ust. 4a p.z.p. w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia postępowania przetargowego w zw. z art. 5 k.c. przez uznanie, że zachowanie pozwanego polegające na ściągnięciu kwoty 250.000 zł z bankowej gwarancji wadialnej złożonej przez powódkę oraz zatrzymanie wadium należałoby potraktować jako nadużycie prawa, nie zasługujące na ochronę, gdyż pozwany uzyskałby kosztem powódki przysporzenie pomimo nieponiesienia szkody na skutek niezuzupełnienia oferty, co byłoby sprzeczne z zasadami uczciwości i wzajemnej lojalności uczestników obrotu gospodarczego,

- naruszenie art. 481 § 1 i 2 w zw. z art. 455 k.c. przez niewłaściwe zastosowanie.

Apelujący wniósł przy tym o zmianę zaskarżonego wyroku przez oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powódki na rzecz Skarbu Państwa – (...) kosztów postępowania oraz na rzecz Skarbu Państwa – Prokuraturii Generalnej kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, jak też przez nakazanie pobrania od powódki nieuiszczonych kosztów sądowych, ewentualnie – o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Warszawie.

W odpowiedzi na apelację powódka wniosła o jej oddalenie na koszt przeciwnika.

### **Sąd apelacyjny zważył, co następuje:**

Sąd drugiej instancji w pełni podziela ustalenia faktyczne sądu okręgowego i w dużej części przeprowadzoną przezeń ocenę prawną. W szczególności, trafnie przyjęto w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, że zastosowanie w sprawie niniejszej znajdzie stan prawny obowiązujący w dacie wszczęcia postępowania przetargowego. Postępowanie to – jak wynika z art. 40 ust. 1 ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907, dalej jako p.z.p.) – inicjowane jest ogłoszeniem o zamówieniu, które w sprawie niniejszej opublikowane zostało 17 października 2014 r. (ogłoszenie o zamówieniu – k. 48, 196), a zatem na dzień przed wejściem w życie nowelizacji. O tym, że w tej sytuacji do zamówienia znajdzie zastosowanie dotychczasowy stan prawny, rozstrzyga art. 3 ustawy nowelizującej, tj. ustawy z 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2014 r. poz. 1232). Zgodnie z treścią tego przepisu do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i konkursów wszczętych przed dniem wejścia w życie ustawy oraz do odwołań i skarg dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe, z wyjątkiem, który w sprawie niniejszej nie ma zastosowania.

Stosując właściwy przepis sąd okręgowy – jak się zdaje – antycypował nowe rozwiązanie legislacyjne, uzależniając zastosowanie imperatywnej regulacji ustawowej od warunku, którego ustawodawca nie przewidział. Warunek ten sąd wyprowadził z uzasadnienia projektu ustawy. Dopuszczalność takiego zabiegu jest wątpliwa, bo wola ustawodawcy winna wynikać z tekstu ustawy. To tekst ustawy jest nośnikiem intencji ustawodawcy (art. 87 Konstytucji RP; por. T. Stawecki, P. Winczorek, Wstęp do prawoznawstwa, Warszawa 1999, s. 123 i nast.). Tym niemniej, orzecznictwo dosyć często sięga do uzasadnienia projektu ustawy w celu rozwikłania wątpliwości, na jakie napotka się w procesie wykładni przepisu. Czyni się tak wówczas, gdy zawiodą inne metody wykładni, w szczególności zaś wykładnia językowa i systemowa. Wówczas poszukuje się sensu rozwiązania legislacyjnego (aksjologii przepisu) w uzasadnieniu projektu ustawy. W tym przypadku potrzeba taka nie istnieje, bo przepis jest jasny: zamawiający ma prawo (dosłownie „zatrzymuje”) zatrzymać wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 p.z.p., nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.

Nie powinno być wątpliwości co do tego, że celem tego przepisu jest zapobieganie znikom cenowym, ale udział w takiej znowie nie jest elementem hipotezy tego przepisu. W art. 46 ust. 4a p.z.p. ustawodawca nie sankcjonował udziału w znowie cenowej, ale stworzenie warunków jej istnienia. Dzieje się tak nie bez powodu. Chodzi przecież o tajne działania uczestników przetargu, zachowania penalizowane (vide: art. 305 k.k.), których ujawnienie może przysparzać poważnych trudności. Dlatego właśnie przedmiotem oceny są czyny (działania), które sprzyjają powstaniu znowy cenowej i to bez względu na to, czy faktycznie mogły mieć wpływ na wynik konkursu (w tym duchu w uzasadnieniu uchwały Sądu Najwyższego z 22 czerwca 2017 r., III CZP 27/17). Aktualnie rozwiązanie to zostało „zmiękczone” przez ustawodawcę, bo odpowiedzialność uczestnika konkursu uzależnia się od braku możliwości wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Zmiana ta jest jednak pośrednio dowodem na to, że wcześniej zbliżony warunek nie był elementem hipotezy normy prawnej zakodowanej w treści art. 46 ust. 4a p.z.p.: w przeciwnym razie nowelizacja byłaby zbyteczna.

Patrząc na sprawę z tej perspektywy uznać należy, że pozwany miał prawo zatrzymać uzyskane od powódki wadium. Jednocześnie ocenić trzeba, że działanie Skarbu Państwa – (...) nie może uchodzić za nadużycie prawa podmiotowego z przyczyn, na które powołał się sąd okręgowy. Ustawodawca liczy się z tym, że zamawiający – zatrzymując wadium – uzyska korzyść majątkową kosztem wykonawcy i będzie mógł zatrzymać wadium nawet wtedy, gdy nie poniósł

żadnej szkody. Nie można zatem stosować art. 5 k.c. wyłącznie w oparciu o te podstawy, bo byłoby to jednoznaczne z uznaniem, że to przepis ustawy jest sprzeczny z zasadami współzycia społecznego. Jednocześnie sąd apelacyjny nie dostrzegł żadnych innych momentów, które pozwoliłyby na negatywną ocenę zachowania pozwanego i na uznanie, że nie powinno ono korzystać z ochrony, pomijając już fakt, że do przypadku wadium doszło z mocy samego prawa. Na żadną z takich okoliczności powodowa spółka się zresztą nie powołuje. Co więcej, cała sytuacja jest wynikiem wyjątkowej niefrasobliwości powódki. Przypomnieć trzeba, że powódka nie tylko nie zareagowała na wezwanie do usunięcia braków oferty, ale nie uzupełniła ich nawet po terminie – nie dając dowodu tego, że w ogóle spełniała warunki udziału w przetargu. W żadnym stopniu wina co do tego, że wezwanie pozwanego nie zostało zrealizowane, nie może obciążać strony bierniej. To powódka nie zadbała o to, by wskazać pozwanemu skuteczne kanały komunikacyjne.

Wadium nie przepada, jeżeli wykonawca udowodni, że choć nie złożył dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw, albo złożył je po terminie, to wynikało to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Powódka nie wykazała takich okoliczności, a to na niej – jak wynika z art. 46 ust. 4a p.z.p. in fine – spoczywał w tym zakresie ciężar dowodu. Nie tylko nie wykazano okoliczności tego rodzaju, ale jest oczywistym, że to powódka – wskazując numer faksu, do którego nie miała dostępu – pozbawiła się możliwości wykonania polecenia zamawiającego. Jej zachowanie było dalece nieprofesjonalne.

Na marginesie jedynie warto zauważyć, że ocena sądu pierwszej instancji co do ryzyka naruszenia interesów organizatora przetargu nosi znamiona dowolności. Zgodzić się trzeba z apelującym, że wyeliminowanie z przetargu jego zwycięzcy mogłoby doprowadzić do skutku, przed którym chroni art. 46 ust. 4a p.z.p. Tym bardziej, że – jak już nadmieniono – powódka nawet nie próbowała wykazać, że spełniała warunki udziału w przetargu. Nie podjęła żadnych czynności – ani w toku postępowania przetargowego, ani przed sądem, by wykazać, że przystąpiła do przetargu w dobrej wierze. Całkowita bierność uczestnika przetargu jest kwalifikowana jako podstawa przypadku wadium nawet w tych judykatach, w których zajęto stanowisko zbliżone do stanowiska sądu okręgowego (zob. uzasadnienia wyroków: Sądu Najwyższego z 22 listopada 2012 roku, II CSK 448/12 i Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 17 stycznia 2014 r., I ACa 1356/13).

W tych okolicznościach sąd apelacyjny – uwzględniając podniesione w apelacji zarzuty naruszenia art. 46 ust. 1 p.z.p. przez jego niezastosowanie i art. 46 ust. 4a przez niewłaściwą wykładnię – zmienił zaskarżony wyrok i oddalił powództwo, kierując się w tej mierze treścią art. 386 § 1 k.p.c. Jednocześnie sąd odwoławczy czuje się zwolniony z oceny pozostałych zarzutów apelacji, w szczególności zaś z oceny zarzutu błędnych ustaleń faktycznych gdy chodzi o datę doręczenia odpisu pozwu oraz zarzut naruszenia art. 481 § 1 i 2 w zw. z art. 455 k.c. Z uwagi na zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa w całości, zarzuty te straciły na aktualności. To samo do pewnego stopnia dotyczy zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. Zarzut ten zresztą nawiązuje raczej do oceny prawnej, a nie do oceny materiału dowodowego. Tymczasem, norma zakodowana w treści tego przepisu ma na względzie warstwę faktologiczną orzeczenia, a ściślej – proces myślowy skoncentrowany na interpretacji dowodów zgromadzonych w sprawie, ocenie ich przydatności i doniosłości w procesie ustaleń faktycznych, jak też ich wiarygodności. Przepis ten nie dotyczy oceny prawnej ustalonych faktów.

Zmieniając zaskarżony wyrok i uwzględniając w całości żądanie pozwu sąd apelacyjny znalazł podstawy do obciążenia strony powodowej kosztami procesu. Podstawą normatywną orzeczenia w tym przedmiocie był art. 98 § 1 k.p.c. Koszty pozwanego ograniczyły się do wynagrodzenia pełnomocnika, a ich wysokość ustalono w oparciu o § 2 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 roku w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz. U. z 2015 roku, poz. 1800, ze zm.). Należało też pobrać od powódki – przegrywającej spór – poniesione przez Skarb Państwa w toku procesu wydatki, w postaci kosztów podróży świadka (277,89 zł) i wynagrodzenia tłumacza (39,09 zł), na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy z 28 lipca 2005 roku o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2019 r., poz. 785).

Na tej samej podstawie normatywnej pobrano od powódki nieuiszczoną opłatę od apelacji w kwocie 12.500 zł, a na podstawie art. 98 § 1 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. obciążono ją kosztami zastępstwa procesowego w instancji odwoławczej, w zw. z § 2 pkt 7 i § 10 ust. 1 pkt 2 przywołanego wyżej rozporządzenia.