

Sygn. akt I ACa 1356/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 stycznia 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SA Ewa Kaniok (spr.)

Sędzia SA Katarzyna Polańska - Farion

Sędzia SA Marzanna Góral

Protokolant – st. sekr. sąd. Ewelina Borowska

po rozpoznaniu w dniu 17 stycznia 2014 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w W.

przeciwko Skarbowi Państwa - Ministrowi Finansów

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 4 lipca 2013 r., sygn. akt I C 1078/12

1. zmienia zaskarżony wyrok w części w ten sposób, że:

a) **zasądza od Skarbu Państwa – Ministra Finansów na rzecz (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w W. kwotę 112.000 zł (sto dwanaście tysięcy złotych) wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 28 października 2012 r. do dnia zapłaty a w pozostałej części powództwo oddala;**

b) **zasądza od Skarbu Państwa – Ministra Finansów na rzecz (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w W. kwotę 5.600 zł (pięć tysięcy sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu;**

2. oddala apelację w pozostałej części;

3. zasądza od Skarbu Państwa – Ministra Finansów na rzecz (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w W. kwotę 9.217 zł (dziewięć tysięcy dwieście siedemnaście złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

I ACa 1356/13

UZASADNIENIE

(...) S.A. z siedzibą w W. w pozwie z dnia 14.11.2012 r. wniosła o zasądzenie od Skarbu Państwa - Ministra Finansów kwoty 112.000 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 13.09.2012 r. do dnia zapłaty, tytułem zwrotu bezpodstawnego wzbogacenia, na skutek zatrzymania wpłaconego przy przystąpieniu do przetargu publicznego wadium. Powód sposób

wskazał, iż żąda zasądzenia od pozwanego odsetek od zaległych odsetek od dnia wytoczenia powództwa do dnia zapłaty. W pkt 3 pozwu zawarł żądanie zasądzenia od pozwanego kosztów procesu.

Pozwany w odpowiedzi na pozew z dnia 04.03.2013 r. wniósł o oddalenie powództwa.

Wyrokiem z dnia 04.07.2013 r. Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił powództwo, w pkt II. zasądził od powoda (...) S.A. z siedzibą w W. na rzecz Skarbu Państwa – Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa kwotę 3.600 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu tego wyroku Sąd Okręgowy wskazał:

pozwany przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na „Zakup usługi migracji systemu (...) działającego w oprogramowaniu H. (...) do (...) wraz z licencjami użytkowników dla usługi zarządzania wnioskami i bazą wiedzy oraz zakup usługi asysty wsparcia technicznego” (k.12-22).

W dniu 6 lipca 2012 r. powód złożył ofertę (k.145-175). W ramach analizowanego postępowania zostały złożone w sumie 4 oferty. Powód obowiązek wniesienia należnego wadium wykonał poprzez załączenie do oferty dokumentu gwarancji bankowej udzielonej przez (...) Bank (...) S.A. z siedzibą w W. (k. 23).

W związku z brakami w złożonej przez powoda ofercie, pozwany działając w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych, wezwał powoda do uzupełnienia oferty poprzez m.in. dołączenie do niej – „Aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 Ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert – potwierdzającej spełnienie warunku udziału w postępowaniu, w sposób określony w Rozdziale VIII ust. 6 SIWZ” (pismo z dnia 25.07.2012 r. zawierające wezwanie k.25), albowiem dokument taki nie został dołączony do oferty.

W odpowiedzi na wezwanie pozwany złożył dokument zatytułowany „Uzupełnienie oferty na Zakup usługi migracji systemu (...) działającego w oprogramowaniu H. (...) do(...) wraz z licencjami użytkowników dla usługi zarządzania wnioskami i bazą wiedzy oraz zakup usługi asysty wsparcia technicznego”. Dokument ten jednak nie zawierał w/w informacji z KRK do złożenia, której powód był wzywany przez pozwanego. Powód natomiast załączył zaświadczenie o braku karalności wystawione dla byłego Prezesa Zarządu powoda J. R..

W związku z tym pozwany wykluczył powoda z postępowania, a następnie złożoną przez niego ofertę odrzucił, o czym poinformował go pismem z dnia 16.08.2012 r.

Pozwany pismem z dnia 22.08.2012 r. wezwał powoda do udzielenia wyjaśnień dlaczego nie zastosował się do wezwania zawartego w piśmie z dnia 25.07.2012 r. z jednoczesnym zastrzeżeniem, że w przypadku braku udowodnienia, że wynika to z przyczyn nieleżących po stronie powoda obowiązany będzie zatrzymać wadium wraz z odsetkami (pismo k.59).

W odpowiedzi, powód w piśmie z dnia 23.08.2012 r. wskazał, iż do stwierdzonego uchybienia w postaci braku stosownego dokumentu doszło – „na skutek oczywistej pomyłki kancelaryjnej/sekretarskiej” (pismo k.61). Pozwany pismem z dnia 31.08.2012 r. poinformował powoda od faksie zatrzymania wadium wraz z odsetkami poprzez wezwanie gwaranta do realizacji praw z gwarancji (pismo k.60).

Strony postępowania różniły się w ocenie dopuszczalności zastosowania przez pozwanego sankcji w postaci zatrzymania wpłaconego przez powoda wadium z tytułu niezastosowania się do bezwzględnie obowiązujących na gruncie tzw. „prawa zamówień publicznych” wymogów wynikających z postanowień ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r., nr 113, poz. 759 z póź. zm.).

Rozstrzygnięcie sporu sprowadza się do wykładni art. 46 ust. 4a tej ustawy. Zgodnie z powołanym przepisem – „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.”.

Z dyspozycji art. 25 ust. 1 ustawy wynika wprost, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Niewątpliwie do tej kategorii dokumentów należą dokumenty, które stanowią dowód przeczący istnieniu jednej z przesłanek skutkujących wykluczeniem wykonawcy z przetargu, w tym tej zawartej w hipotezie normy art. 24 ust 1 pkt 9 ustawy czyli – faktu orzeczenia przez Sąd w stosunku do podmiotu zbiorowego zakazu ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Takim dokumentem na gruncie tej konkretnej przesłanki stanowiącej o wykluczeniu z przetargu podmiotu zbiorowego jest aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego potwierdzająca fakt braku w/w orzeczenia sądowego.

Pozwany, zawarł w „Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia” zwanych dalej w skrócie „SIWZ” stosowne żądanie złożenia takiego dokumentu. Uczynił to w Rozdziale IX ust. 9 SIWZ. Do tego wymogu powód winien zastosować się już w dacie składania oferty; po stwierdzonym zaś przez pozwanego braku złożenia przez powoda w/w dokumentu i jego prawidłowym wezwaniu do usunięcia przedmiotowego uchybienia tylko złożenie tego dokumentu czyniło zadość powyższemu wymogowi. Pozwany w wezwaniu z dnia 25 lipca 2012 r. w sposób precyzyjny sformułował żądanie dołączenia do oferty Aktualnej Informacji z Krajowego Rejestru Karnego, albowiem jej zakres odniósł do postanowienia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy.

Redakcja przepisu art. 46 ust. 4a jest jednoznaczna i wskazuje wprost, iż ciężar wykazania okoliczności, iż zaniechanie złożenia stosownego dokumentu wynika z przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy na nim właśnie spoczywa.

Podawana przez powoda w korespondencji kierowanej do pozwanego w toku trwającej procedury przetargowej oraz w toku niniejszego postępowania przyczyna w postaci – „oczywistej omyłki kancelaryjnej/sekretarskiej” takiej przesłanki egzoneracyjnej nie stanowi; wręcz przeciwnie stanowi swoiste przyznanie się powoda albowiem stanowi jednoznaczne wskazanie, iż przyczyna tego zaniechania leży wyłącznie po jego stronie.

W tym kontekście realizuje się dyspozycja art. 46 ust. 4a ustawy, która upoważniała pozwanego do zatrzymania wpłaconego przez powoda wadium.

Powód w toku niniejszego postępowania podnosił, iż przy wykładni wskazanego przepisu Sąd winien kierować się wykładnią celowościową, a nie literalną, co oznacza, iż winien zbadać, czy faktycznie istnieje w danym przypadku ryzyko zmywy wykonawców, czemu przeciwdziałać ma omawiana regulacja, bo tylko w takim przypadku możliwe jest uznanie, iż w sprawie zastosowanie ma sankcja wskazana w tym przepisie.

Sąd Okręgowy przyjął, iż przywołany przepis należy „czytać” (wykładać) dosłownie, zgodnie z jego brzmieniem literalnym, albowiem jego treść nie nasuwa żadnych wątpliwości. Za błędne należy uznać formułowanie postulatu, aby przy wykładni tego przepisu w akcie subsumcji sądowej dokonywać ustaleń co do okoliczności, które nie są objęte hipotezą tej normy. Do tego zaś sprowadza się postulat analizowania, czy konkretne działanie zamawiającego może świadczyć o ryzyku zakazanej „zmywy wykonawców”.

Nalożenie na sąd obowiązku badania ex post, czyli już po przeprowadzeniu postępowania przetargowego, czy w sprawie wystąpiła zmywa wykonawców w istocie czyniłoby w/w normę prawną martwą. Ani strony postępowania sądowego, ani same sądy nie posiadają sił i środków umożliwiających dokonywanie tego typu ustaleń na tym etapie.

Złożenie, tak jak uczynił to powód, zaświadczenia o niekaralności Prezesa Zarządu powoda J. R. nie stanowi, ani wykonania, ani częściowego wykonania obowiązku określonego w Rozdziale IX ust. 9 SIWZ. Sytuacja ta w sensie logicznym nie może być kwalifikowana inaczej jak potwierdzenie faktu niezłożenia przez powoda dokumentu, do którego złożenia był zobowiązany.

W tym stanie brak jest podstaw do przyjęcia, iż po stronie pozwanego doszło do bezpodstawnego wzbogacenia, które czyniłoby zasadnym żądanie zwrotu nienależnego świadczenia. W szczególności nie zaistniała żadna z okoliczności wymienionych w § 2 art. 410 k.c., których wystąpienie zgodnie z ogólnym ciężarem dowodu wyrażonym w przepisie art. 6 k.c. winien udowodnić powód.

Apelację od powyższego wyroku złożył (...) S.A. z siedzibą w W. zaskarżając go w całości, zarzucając:

naruszenie art. 46 ust. 4 a ustawy, z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., nr 223, ze zm.) poprzez błędną wykładnię polegającą na pominięciu wyników wykładni celowościowej, zgodnie z którą przepis ten winien być interpretowany w sposób zawężający, nakazujący zatrzymanie wadium złożonego jedynie przez tego wykonawcę, który celowo nie uzupełnia dokumentacji na wezwanie zamawiającego, albowiem jego przystąpienie do przetargu nosi cechy pozorności;

naruszenie art. 46 ust. 4 a ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych, w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 2 i ust. 4 tejże ustawy poprzez ich błędną wykładnię, sprzeczną z ratio legis normy i w konsekwencji niewłaściwe zastosowanie wyrażające się w przyjęciu, że zamawiający jest uprawniony do zatrzymania wadium w każdym przypadku zaistnienia przesłanek określonych w art. 46 ust. 4 a ustawy Prawo zamówień publicznych.

(...) S.A. wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zasądzenie od pozwanego kwoty 112.000,00 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 13.09.2012 r. do dnia zapłaty i kosztami procesu za obie instancje oraz kosztami zastępstwa adwokackiego w postępowaniu odwoławczym, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi I Instancji do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny zważył:

Apelacja podlega uwzględnieniu.

Ustalenia faktyczne poczynione przez sąd I instancji nie są sporne, zatem Sąd Apelacyjny przyjmuje je za własne.

Trafny jest zarzut naruszenia art. 46 ust. 4 a ustawy, z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., nr 223, ze zm.) poprzez błędną wykładnię polegającą na pominięciu wyników wykładni celowościowej zgodnie, z którą przepis ten winien być interpretowany w sposób zawężający, nakazujący zatrzymanie wadium złożonego jedynie przez tego wykonawcę, który celowo nie uzupełnia dokumentacji na wezwanie zamawiającego, albowiem jego przystąpienie do przetargu nosi cechy pozorności.

W motywach wyroku z 22 listopada 2012 r., II CSK 448/12, Sąd Najwyższy wyjaśnił, że przepis art. 46 ust. 4 a ustawy Prawo zamówień publicznych został wprowadzony do prawa zamówień publicznych w celu ograniczenia możliwości dokonywania zmów przetargowych polegających na porozumieniu wykonawców prowadzącym do udzielenia zamówienia temu, kto zaoferuje najwyższą cenę. W doktrynie i orzecznictwie podkreśla się, że uprawnienie do zatrzymania wadium przez zamawiającego ma charakter zarówno sankcyjny i dyscyplinujący, jak i restrykcyjny. Konsekwencją jest konieczność ścisłej jego interpretacji oraz oceny zaistnienia przesłanek zatrzymania wadium przy uwzględnieniu konkretnych okoliczności danej sprawy.

W orzecznictwie zgodnie przyjmuje się, że art. 46 ust. 4a p.z.p. ma zastosowanie w przypadku fizycznego niezłożenia żądanego przez zamawiającego dokumentu lub oświadczenia, natomiast nie znajduje zastosowania, jeżeli wykonawca złoży dokument lub oświadczenie, które nie potwierdza, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu przetargowym.

W nawiązaniu do argumentacji przytoczonej w powołanym wyżej wyroku Sądu Najwyższego z 22 listopada 2012 r., II CSK 448/12, Sąd Najwyższy w wyrokach z dnia 10.05.2013r. sygn.. I CSK 422/12 i z dnia 14.03.2013r. I CSK 444/12 stwierdził, że wykładnia art. 46 ust. 4a p.z.p. wymaga uwzględnienia celu jego wprowadzenia do systemu prawnego. Przepis ten z uwagi na wysoką sankcyjność i restrykcyjność powinien być stosowany wyłącznie dla zapobiegania

zmowom wykonawców. Obowiązek zatrzymania wadium powstaje zatem tylko w przypadku zawinionego działania wykonawcy, polegającego na niezuzupełnieniu 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. 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 zatem jego całkowita bierność, umyślność i celowość oraz nasilenie złej woli w nie podporządkowaniu się wezwaniu zamawiającego.

W wyroku z 7 lipca 2011 r., II CSK 675/10, Sąd Najwyższy wskazał, że przyjęcie odmiennego stanowiska i uznanie, że do zatrzymania wadium może dojść w każdej sytuacji, gdy wykonawca nie wypełni należycie wezwania zamawiającego, stwarza pole do nadużyć ze strony zamawiającego. Możliwe wówczas staje się wykorzystanie instytucji wadium, jako sposobu nienależytego przysporzenia. W konsekwencji należy uznać, że zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a u.z.p. będzie uzasadniało tylko zawinione działanie wykonawcy polegające na celowym i umyślnym niewykonaniu wezwania zamawiającego do złożenia dokumentów i oświadczeń. Nie bez znaczenia dla oceny, czy zamawiający może zatrzymać wadium jest wpływ uchybienia wykonawcy na przebieg postępowania przetargowego (tak też Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 27 września 2010 r.,(...),(...), s. 43 oraz w wyroku z 24 sierpnia 2011 r.(...)).

W sprawie niniejszej bezsporne jest, że powód po otrzymaniu wezwania zamawiającego do uzupełnienia oferty poprzez m.in. dołączenie do niej – „Aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 Ustawy - potwierdzającej spełnienie warunku udziału w postępowaniu, nie pozostał bierny. W odpowiedzi na wezwanie przedstawił dokument zatytułowany „Uzupełnienie oferty...”, z tym że zamiast żądanej informacji z KRK załączył do niego zaświadczenie o braku karalności wystawione dla byłego Prezesa Zarządu powoda J. R., przy czym załączenie innego dokumentu, niż żądany nastąpiło li tylko wskutek omyłki pracownika sekretariatu powodowej spółki.

W tej sytuacji nie sposób przyjąć, że postępowanie powoda miało charakter umyślny i celowy, oraz że było przejawem złej woli w nie podporządkowaniu się wezwaniu zamawiającego.

W świetle zgromadzonego materiału dowodowego brak jest podstaw do przyjęcia, że zaniechanie wykonawcy zmierzało do obejścia prawa, w szczególności przez stworzenie warunków ku temu, by zamówienie udzielone zostało temu wykonawcy, który zaoferuje najwyższą cenę.

Powód twierdzi, że złożona przez niego oferta nie była ofertą najkorzystniejszą między innymi z uwagi na wysoką cenę. W wyniku przetargu wybrana została oferta podmiotu, który zaoferował niższą cenę i która uzyskała maximum punktów (k. 233v i wywody zgodnie, z którymi najniższą cenę zaoferowało (...). i (...) sp. z o.o.; cena zaoferowana przez powoda wynosiła 6.039.047 zł., zatem oferta powoda byłaby po dokonaniu oceny przez pozwanego, ostatnią ofertą spośród wszystkich złożonych w postępowaniu przetargowym).

Te twierdzenia powoda nie zostały przez pozwanego zaprzeczone, zatem w świetle art. 230 k.p.c. Sąd Apelacyjny uznał je za przyznane zwłaszcza, iż na pytanie sądu w toku postępowania apelacyjnego pozwany oświadczył, iż nie jest w stanie wypowiedzieć się odnośnie twierdzeń powoda co do konkurencyjności jego oferty oraz, że nie zgłasza wniosków dowodowych (k.362). Kwestia oceny atrakcyjności zgłoszonych ofert należy do zamawiającego. Zamawiający w toku postępowania przed sądem nie twierdził, że wybrałby ofertę powoda, gdyby jej braki zostały uzupełnione, nie twierdził też, iż podejrzewa zмовę uczestników przetargu.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, nie ma podstaw do przyjęcia, że nie uzupełnienie braków oferty przez powoda zmierzało do stworzenia warunków ku temu, by zamówienie udzielone zostało temu wykonawcy, który zaoferuje najwyższą cenę. Uwzględniając zatem cel wprowadzenia do systemu prawnego art. 46 ust. 4a ustawy o zamówieniach publicznych, brak jest podstaw do przyjęcia, że przystąpienie powoda do przetargu nosi cechy pozorności i że spełnione zostały

przesłanki uzasadniające zatrzymanie wniesionego przez niego wadium. Nie bez znaczenia dla oceny, czy zamawiający może zatrzymać wadium jest również okoliczność, że uchybienie wykonawcy nie wpłynęło znacząco na przebieg postępowania przetargowego, które zakończyło się wyborem najkorzystniejszej oferty i zawarciem umowy z tak wybranym oferentem.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Apelacyjny przyjął, że wadium wpłacone przez powoda winno ulec zwrotowi zgodnie z art. 46 ust. 1 ustawy o zamówieniach publicznych albowiem nie ma podstaw do jego zatrzymania na podstawie art. 46 ust. 4 a w/w ustawy i z mocy art. 386 par. 1 k.p.c. zmienił zaskarżony wyrok zasądzając na rzecz powoda kwotę 112.000 zł. wraz z ustawowymi odsetkami od 28.10.2012r. tj. od daty wskazanej w wezwaniu do zapłaty (k.107).

Skoro powód wezwał pozwaną do zapłaty wyznaczając jej w tym celu termin trzech dni tj. do 28.10.2012r., nie sposób przyjąć, że pozwana przed tą datą pozostawała w opóźnieniu i że odsetki, o których mowa w art. 481 par. 1 k.c. należą się od 13.09.2012r. W części dotyczącej zasądzenia odsetek ustawowych za okres od 13.09.2012r. do 27.10.2012r., apelacja jako bezzasadna uległa oddaleniu w oparciu o art. 385 k.p.c.

O kosztach procesu Sąd Apelacyjny orzekł w oparciu o art. 100 k.p.c. uznając, że pozwany uległ tylko co do nieznaczącej części swego roszczenia.