

*Sygn. akt VI Ca 991/13*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 10 września 2013 r.*

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

*Przewodniczący – Sędzia SA – Ewa Śniegocka (spr.)*

*Sędzia SA – Krzysztof Tucharz*

*Sędzia SO (del.) – Beata Waś*

*Protokolant – sekr. sąd. Agnieszka Janik*

*po rozpoznaniu w dniu 10 września 2013 r. w Warszawie*

*na rozprawie*

*sprawy z powództwa (...) Sp. z o.o. w C.*

*przeciwko miastu (...) W.*

*o zapłatę*

*na skutek apelacji powódki*

*od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie*

*z dnia 29 marca 2011 r.*

*sygn. akt IV C 842/10*

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

Sygn. akt VI A Ca 991/13

## UZASADNIENIE

Powód (...) Sp. z o.o. w C. wniósł o zasądzenie na jego rzecz od pozwanego Miasta (...) W. Burmistrza Dzielnicy W. kwoty 130.000 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 4 czerwca 2009r. oraz kosztami procesu, tytułem zwrotu bezpodstawnego wzbogacenia (art. 405 kc).

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy w Warszawie powództwo oddalił i zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 3.600 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Okręgowy ustalił, że powód wziął udział w nieograniczonym przetargu na budowę przychodni przy ulicy (...) w W., zorganizowanym przez pozwane Miasto (...) W. Dzielnice W.. Zgodnie z art. 45 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych powód wniósł wadium w kwocie 130.000zł. Pismem z dnia 21 maja 2009 r. powód został wezwany na podstawie art. 26 ust. 4 i 3 Prawa zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów oraz do złożenia oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Warunkiem postawionym przez zamawiającego było posiadanie przez wykonawcę niezbędnej

wiedzy i doświadczenia w wykonaniu, co najmniej jednego zamówienia obejmującego budowę obiektu użyteczności publicznej (w zakresie obiektów służby zdrowia) o kubaturze nie mniejszej niż 5.000 m<sup>(3)</sup>. Powód natomiast wskazał, że prowadził modernizację istniejących budynków, dlatego został wezwany do podania zakresu prac zgodnie z definicjami użytymi w ustawie Prawo budowlane i wyjaśnienia słowa „modernizacja”. Ponadto zarzucono powodowi, że w wykazie nie podał kubatury wykonywanych prac i w tym zakresie wezwano go do uzupełnienia oferty. Wskazano również, że zamówienie opisane w wykazie, jak i dołączone referencje, nie obejmują obiektów użyteczności publicznej w zakresie służby zdrowia, a tym samym nie potwierdzają spełnienia wymogu posiadania doświadczenia. Powód wezwany został również do złożenia wyciągu z KRK członka zarządu G. W.. Termin na wyjaśnienia i uzupełnienie dokumentów został określony do dnia 3 czerwca 2009r. Pismo powyższe powód otrzymał 29 maja 2009r.

Z uwagi na zbliżający się termin związania ofertą, pozwany zwrócił się do wykonawców – w tym do powoda – z prośbą o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 60 dni, wyznaczając jednocześnie termin na decyzję w przedmiotowej kwestii nie później niż do upływu związania ofertą tj. do dnia 3 czerwca 2009r. Również to pismo wpłynęło do powoda w dniu 29 maja 2009r.

W terminie wyznaczonym przez pozwanego do dnia 3 czerwca 2009 r. do godz. 12:00 powód nie wyjaśnił ani nie uzupełnił dokumentów, przesłał natomiast faksem pismo datowane na 1 czerwca 2009 r., w którym wskazał, iż „nie wyraża zgody na przedłużenie ważności wadium na okres niezbędny, a tym samym nie wyraża zgody na przedłużenie okresu związania ofertą”. Pozwany działając na podstawie art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych, zawiadomił go o zatrzymaniu wadium wraz z odsetkami.

W oparciu o powyższe ustalenia, Sąd Okręgowy uznał, że powództwo nie zasługiwało na uwzględnienie, ponieważ powód oparł swoje żądanie o treść przepisów dotyczących bezpodstawnego wzbogacenia (art. 405 kc), a decyzja pozwanego była uzasadniona, podjęta na podstawie i w granicach obowiązującego prawa. Podstawą prawną do zatrzymania wadium był przepis art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 tej ustawy, lub pełnomocnictw, chyba, że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Przepis ten daje podstawę materialno - prawną do zatrzymania wadium przez zamawiającego w przypadku zaistnienia sytuacji opisanej w tym przepisie. Stanowi on bezwzględną sankcję utraty wadium przez wykonawcę, który nie czyni zadość wezwaniu z art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, chyba, że udowodni on, iż wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Jedyną okolicznością, która obligowałaby zamawiającego do zwrotu wadium, byłoby wykazanie przez wykonawcę, że nie złożenie żądanych dokumentów i oświadczeń nie wynikało z przyczyn leżących po jego stronie. Sąd Okręgowy uznał, że okoliczność ta w niniejszej sprawie nie została wykazana. Powód wskazywał jedynie, że uzupełnienie braków w tak krótkim terminie nie byłoby możliwe. W ocenie Sądu I instancji umknęło jednak uwadze powoda, że dokumenty, do których uzupełnienia został wezwany, powinny zostać złożone wraz z innymi dokumentami z upływem terminu składania ofert, czyli do 5 maja 2009r.

Art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych stanowi szczególny przypadek zatrzymania wadium, stanowiący w praktyce karę dla wykonawcy, który nie dostarczył na wezwanie potrzebnych dokumentów. Nowelizacja tego przepisu miała na celu uregulowanie sytuacji, kiedy to grupa wykonawców działająca w porozumieniu mogła spowodować, że zamówienie zostało udzielone jednemu spośród nich – temu, który zaoferował najniższą cenę. W praktyce przed zmianą tego przepisu zdarzało się, iż wykonawcy składali oferty bez wymaganych dokumentów, a następnie po zapoznaniu się z innymi ofertami, bez skutków negatywnych dla siebie, wycofywali się z udziału w dalszym postępowaniu. Nowelizacja przepisów pozwoliła na zrównanie sytuacji wykonawcy, który nie przedstawił dokumentów z sytuacją wykonawcy, który uchyla się od zawarcia umowy. Wobec tych okoliczności bezzasadny jest zarzut powoda, iż zatrzymanie wadium jest sprzeczne ze społeczno gospodarczym przeznaczeniem tej instytucji oraz z zasadami współżycia społecznego. Ponadto powódka nie wskazała, jakie ewentualnie zasady współżycia społecznego mogły zostać naruszone.

Wobec powyższego uregulowania, bez znaczenia dla obowiązku powoda do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawa zamówień publicznych pozostawał fakt, iż powód nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Wskazując, że kwestia szczegółowego określenia godziny składania dokumentów ma drugorzędne znaczenie w niniejszej sprawie, Sąd Okręgowy stwierdził, że to zamawiający w każdym przypadku decyduje o długości i oznaczeniu terminu na uzupełnienie dokumentów czy złożenia wyjaśnień, a przepis art. 26 ust. 3 nie zabrania tak szczegółowego określenia wskazanego terminu.

Apelację od powyższego wyroku złożył powód, zaskarżając go w całości. Skarżący zarzucił:

1. naruszenie art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych poprzez jego błędną wykładnię i zastosowanie oraz art. 5 kc poprzez jego pominięcie w toku orzekania i rozstrzygnięcie, iż w ustalonym w sprawie stanie faktycznym pozwanemu przysługiwało uprawnienie do zatrzymania kwoty wadium, pomimo braku faktycznych elementów wypełniających społeczno – gospodarczy cel normy zawartej w art. 46 ust. 4 a Prawa zamówień publicznych;

2. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt. 4 oraz art. art. 24 ust. 4, w związku z art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez ich pominięcie w toku orzekania i nieuwzględnienie okoliczności, iż na skutek braku zgody powoda na przedłużenie terminu ważności oferty i kwoty wadium oferta ta podlegała odrzuceniu z innych przyczyn niż niezłożenie dokumentów będących przedmiotem wezwania, a w tych warunkach kwota wadium winna być przez zamawiającego zwrócona powodowi;

3. naruszenie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 14 tejże ustawy i art. 110 kc poprzez ich błędne zastosowanie i rozstrzygnięcie, że pozwanemu przysługiwało uprawnienie do skutecznego zakreszenia powodowi terminu do złożenia dokumentów, o których mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Prawa zamówień publicznych, określonego w godzinach.

W konkluzji powód wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia i zasądzenie zgodnie z żądaniem pozwu, ewentualnie o uchylenie wyroku i zwrot sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Pozwany wniósł o oddalenie apelacji i zasądzenie na jego rzecz od powoda kosztów procesu za II instancję, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny uznał apelację za bezzasadną. Stwierdził, że zaskarżony wyrok jest prawidłowy i trafny, a Sąd Okręgowy dokonał prawidłowej wykładni art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych. Zgodnie z tym 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.

W niniejszej sprawie bezspornym było, że w określonym przez pozwanego terminie powód nie złożył żądanych oświadczeń i dokumentów. Powód sam przyznał powyższe w uzasadnieniu apelacji argumentując, że złożenie tych dokumentów było niecelowe, ponieważ w tym samym dniu upływał nie tylko termin na ich złożenie, ale również termin związania ofertą, wobec czego, nawet przy uznaniu uprawnienia zamawiającego do wyznaczenia terminu do uzupełnienia oferty z dokładnością co do godziny, udział powoda w postępowaniu przetargowym trwałby jedynie dalszych 12 godzin.

Odnosząc się do powyższego Sąd Apelacyjny stwierdził, że Sąd Okręgowy prawidłowo przyjął, iż termin do uzupełnienia oferty upłynął w dniu 3 czerwca 2009r. o godz. 12.00, a nie dopiero z końcem tego dnia. Zamawiający wyznaczył bowiem termin do złożenia wymaganych dokumentów i oświadczeń nie ogólnie do 3 czerwca 2009r. (wówczas należałoby uznać, że powód mógłby dokonać uzupełnienia aż do godz. 24.00), a do konkretnej godziny, z której upływem termin ten zakończył swój bieg. Art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych 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. Ustawa nie precyzuje zatem, w jaki sposób powyższy termin miałby zostać wyznaczony, co pozostawia zamawiającemu swobodę w zakresie określenia terminu na uzupełnienie złożonych ofert. Brak jest zatem podstaw do pozbawienia organizatora przetargu możliwości zakreślenia uczestnikom przetargu terminu poprzez oznaczenie jego daty końcowej ze wskazaniem godziny. Wbrew twierdzeniom skarżącego, zastosowania nie znajdują tu art. 110 i n. kc. Doktryna podkreśla, że termin może być oznaczony nie tylko w dniach, ale także w godzinach, przy czym wówczas termin ten upływa o wskazanej godzinie (tak K. Piasecki w Komentarzu do art. 111 Kodeksu cywilnego, LEX).

Konsekwencją uznania, iż termin do uzupełnienia braków oferty upłynął dla powoda w dniu 3 czerwca 2009r. o godz. 12.00 było zaś prawidłowe przyjęcie przez Sąd Okręgowy, iż pozwany był uprawniony do zatrzymania wpłaconego wadium.

Skoro bowiem termin związania ofertą upłynął dopiero 12 godzin później, to tym samym w chwili upływu terminu wyznaczonego na jej uzupełnienie, powód nadal był uczestnikiem przedmiotowego przetargu. Brak złożenia w wyznaczonym terminie żądanych dokumentów, przy jednoczesnym braku wykazania, iż niewykonanie wezwania wynikało z przyczyn nieleżących po jego stronie, uzasadniał bowiem zatrzymanie wpłaconego wadium wraz z odsetkami – zgodnie z art. 46 ust. 4 a Prawa zamówień publicznych, jak trafnie uznał Sąd I instancji, oddalając w oparciu o powyższe powództwo o zwrot wpłaconej tytułem wadium kwoty.

Wbrew twierdzeniom skarżącego, brak zgody powoda na przedłużenie terminu związania ofertą, stanowiący przyczynę wykluczenia z udziału w przetargu, nie wyłączał zatrzymania przez zamawiającego wadium w oparciu o art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych.

Zgodnie z powołanym przez skarżącego art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, w brzmieniu obowiązującym w czasie trwania przedmiotowego przetargu, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wnieśli wadium, w tym również na przedłużony okres związania ofertą, lub nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

W niniejszej sprawie powód wprawdzie uiścił wadium w kwocie 130.000 zł, zarazem jednak nie wyraził zgody na przedłużenie okresu związania ofertą, co, zgodnie z powołanym wyżej przepisem, uzasadniało wykluczenie go z przetargu.

Powyższe jednak nie stanowi podstawy do skutecznego żądania zwrotu wadium. Wbrew stanowisku skarżącego, art. 46 ust. 4 a Prawa zamówień publicznych ma bowiem charakter szczególny. Przepis ten wiąże zatrzymanie wadium z samym niewykonaniem wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, bez znaczenia zatem pozostają tu kwestie takie jak to, czy powód powinien z innych względów zostać wykluczony z udziału w przetargu przez zamawiającego, czy też nie. Brak wykonania wezwania do uzupełnienia braków oferty w sytuacji, kiedy powód był nią nadal związany skutkuje zatem koniecznością zatrzymania przez zamawiającego kwoty wpłaconej tytułem wadium.

Jak przy tym trafnie wskazał Sąd Okręgowy w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, konstrukcja przepisu art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych nadaje zawartej w nim sankcji w postaci utraty wadium charakter bezwzględny.

W ocenie Sądu Apelacyjnego na uwzględnienie nie zasługiwał również zarzut naruszenia art. 5 kc. Skarżący nie wskazał, nadużycia jakiego konkretnie prawa podmiotowego pozwany miał się dopuścić, ani na czym konkretnie miałyby polegać to nadużycie. Poza tym instytucja z art. 5 kc w procesie realizowana jest w formie zarzutu, którego podniesienie stanowi formę obrony przed roszczeniem drugiej strony, natomiast z założenia nie może stanowić podstawy uwzględnienia powództwa i zasądzenia żądanej przez powoda kwoty. Od wielu lat ugruntowany w orzecznictwie i powszechnie aprobowany przez doktrynę jest pogląd, iż przepis ten nie może bowiem stanowić podstawy dla skonstruowania prawa podmiotowego, w oparciu o które dochodzone jest powództwo, może natomiast uzasadniać oddalenie powództwa sprzecznego z zasadami współzycia społecznego albo sprzecznego ze społeczno-

gospodarczym przeznaczeniem prawa, na podstawie którego roszczenie jest dochodzone przez powoda (tak SN w uzasadnieniu wyroku z 1 kwietnia 2011r., III CSK 181/10, LEX nr 864003).

Od tego wyroku powód wniósł skargę kasacyjną.

W skardze tej powód zarzucił, że orzeczenie to zapadło z naruszeniem prawa materialnego, to jest: - art. 46 ust. 4a p.z.p. poprzez pominięcie wyników jego wykładni celowościowej, wymagającej przyjęcia, że zamawiający może zatrzymać jedynie wadium złożone przez tego wykonawcę, który celowo nie uzupełnia dokumentacji na jego wezwanie i przystępuje do przetargu bez zamiaru zawarcia umowy; - art. 46 ust. 4 a p.z.p. w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 i ust. 4 p.z.p. poprzez ich 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. 4a p.z.p., w tym również wadium złożonego przez tego wykonawcę, którego oferta i tak podlega odrzuceniu z przyczyn niezależnych od wcześniejszego wezwania do uzupełnienia złożonych dokumentów.

Powód wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i jego zmianę poprzez zasądzenie na jego rzecz od pozwanego kwoty 130.000 zł z ustawowymi odsetkami od 4 czerwca 2009 r. i kosztami procesu za obie instancje, a ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania.

Pozwany wniósł o oddalenie skargi kasacyjnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Powód złożył pozwanemu ofertę w przetargu nieograniczonym prowadzonym na podstawie art. 39 p.z.p., a termin związania go złożoną pozwanemu ofertą mijał 3 czerwca 2009 r. W związku z niewyrażeniem przez powoda zgody na przedłużenie okresu związania ofertą, powód zażądał zwrócenia mu wadium, które wpłacił przystępując do przetargu. Zachowanie pozwanego polegające na zatrzymaniu wadium w związku z zaniechaniem uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie przez powoda warunków uczestniczenia w przetargu podlega ocenie na podstawie przepisów prawa zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym w czerwcu 2009 r. W stosunkach regulowanych prawem zamówień publicznych zasadą powinno być, że przystępujący do przetargu składa ofertę zgodną z warunkami przetargu określonymi w s.i.w.z. Zamawiający może żądać od wykonawców oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że spełniają warunki udziału w postępowaniu przetargowym, a oferowane przez nich roboty budowlane spełniają określone przez niego wymagania. W świetle art. 26 ust. 3 p.z.p. zamawiający ma obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, jeżeli te w ogóle nie zostały złożone albo te, które zostały złożone wraz z ofertą nie potwierdzają, że spełnia on warunki do udziału w przetargu, lecz brak ten może zostać uzupełniony. Jeżeli natomiast dokumentacja złożona przez wykonawcę wskazuje, że nie spełnia on warunków ustalonych przez zamawiającego w sposób nieusuwalny, to wówczas brak jest podstaw do wszczęcia procedury naprawczej, a wykonawca powinien zostać wykluczony od udziału w przetargu bez podejmowania próby usunięcia braków oferty, którą złożył. Zamawiający nie wzywa wykonawcy o uzupełnienie oferty, jeżeli oferta ta podlegałaby odrzuceniu, nawet gdyby wykonawca złożył wymagane oświadczenia i dokumenty.

Okoliczności uzasadniające wykluczenie wykonawcy od udziału w przetargu wymienione zostały w art. 24 ust. 1 i 2 p.z.p. Taką przesłanką jest m.in. zaniechanie wniesienia wadium albo niewyrażenie zgody na przedłużenie związania ofertą oraz niewykazanie przez wykonawcę, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Jeżeli wykonawca zostanie wykluczony z postępowania, to jego ofertę uznaje się za odrzuconą.

Z ustaleń poczynionych w sprawie wynika, że w dacie upływu terminu związania ofertą w stosunku do powoda spełnione były obie powyższe przesłanki. Powód nie wyraził bowiem zgody na przedłużenie związania ofertą oraz nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu przetargowym. Okoliczności te uzasadniałyby wykluczenie powoda z postępowania przetargowego i przyjęcie, że jego oferta została odrzucona, gdyby nie to, że pozwany podjął działania w celu spowodowania jej uzupełnienia.

Sytuacje, w których zamawiający miał obowiązek zwrotu wadium wniesionego przez przystępującego do przetargu określone zostały w art. 46 ust. 1 i 2 p.z.p. Z przepisów tych wynikało, że zamawiający ma obowiązek niezwłocznego zwrotu wadium, jeżeli: 1) upłynął termin związania ofertą; 2) zawarto umowę w sprawie zamówienia publicznego i wniesiono zabezpieczenie należytego wykonania tej umowy; 3) unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia, a protesty zostały ostatecznie rozstrzygnięte lub upłynął termin do ich wnoszenia. Na wniosek wykonawcy, z zastrzeżeniem ust. 4a, zamawiający zwracał niezwłocznie wadium, jeżeli wykonawca: 1) wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert, 2) został wykluczony z postępowania, 3) jego oferta została odrzucona.

Powód nie wycofał swojej oferty przed upływem terminu składania ofert ani nie został wykluczony z postępowania, bądź jego oferta została odrzucona zanim doszło do jego wezwania do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń przedstawionych przy złożonej pozwanemu ofercie i w okresie, w którym był związany złożoną ofertą. Powód tłumaczył, że dążył do takiego skutku przez złożenie oświadczenia o odmowie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o dalsze 60 dni.

Brak jest podstaw do zwrotu wadium wpłaconego przez przystępującego do przetargu w sytuacji unormowanej w art. 46 ust. 4 p.z.p. W świetle tego przepisu, skutkiem niewykonania wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 p.z.p., jest zatrzymanie przez zamawiającego wadium wraz z odsetkami, chyba że wykonawca udowodni, iż niewykonanie wezwania wynika z przyczyn nieleżących po jego stronie. Uprawnienie do zatrzymania wadium powstaje po stronie zamawiającego w następstwie bezskutecznego upływu terminu do uzupełnienia oferty o oświadczenia i dokumenty wykazujące spełnienie przez wykonawcę warunków określonych w art. 24 ust. 1 p.z.p., wyznaczonego w wezwaniu do uzupełnienia oferty. Warunkiem powstania tego uprawnienia jest jednak stwierdzenie, że w okolicznościach rozważanego przypadku wezwanie wykonawcy o brakujące oświadczenia i dokumentację było prawidłowe.

Wyżej wskazano, że zamawiający nie wzywa wykonawcy o uzupełnienie oferty, jeżeli oferta ta podlegałaby odrzuceniu, nawet gdyby wykonawca złożył wymagane oświadczenia i dokumenty. Trudno zaakceptować sytuację, w których zamawiający miałby zatrzymywać wadia składane przez wykonawców zgłaszających się w organizowanych przez niego przetargach tylko z tego powodu, że wykonawcy ci nie spełniają oczekiwań, które przedstawił w s.i.w.z. Skoro samo niewykonanie wezwania ma powodować powstanie uprawnienia zamawiającego do zatrzymania wadium złożonego przez wykonawcę wraz z odsetkami, a wykluczenie wykonawcy i odrzucenie jego oferty wiązałoby się z koniecznością natychmiastowego zwrócenia mu wadium, to zaakceptowanie postępowania zamawiającego polegającego na wezwaniu wykonawcy o uzupełnienie oświadczeń i dokumentów złożonych wraz z ofertą jest możliwe po stwierdzeniu, że oferta mogła być uzupełniona. Celem działania zamawiającego podjętego na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p. nie może być bowiem tworzenie warunków dla późniejszego zatrzymania wadium złożonego przez wykonawcę na podstawie art. 46 ust. 4a p.z.p.

Z ustaleń Sądów obu instancji wynika, że pozwany w s.i.w.z. określił swoje oczekiwania wobec wykonawców zamierzających przystąpić do przetargu. Oferta powoda tych wymagań nie spełniała. Powstaje jednak potrzeba oceny, czy braki oferty powoda mogły podlegać uzupełnieniu, przy uwzględnieniu, że wykonawca, którego nie wezwano o uzupełnienie oferty może to zamawiającemu poczytać za uchybienie procedurze przetargowej i protestować przeciwko takiemu działaniu. Na temat właściwej wykładni art. 46 ust. 4a p.z.p. Sąd Najwyższy wypowiedział się szerzej w wyrokach z 7 lipca 2011 r., II CSK 675/10 i z 22 listopada 2012 r., II CSK 448/12. Zagadnienie to było rozważane także w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W motywach wyroku z 22 listopada 2012 r., II CSK 448/12, Sąd Najwyższy wyjaśnił, że przepis ten, o charakterze bezwzględnie obowiązującym, 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. Zanim wszedł on w życie 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 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. Przepis

ten nie został bowiem pomyślany jako sankcja dla wykonawców, którzy zgłaszają swój udział w przetargu, chociaż nie spełniają merytorycznych oczekiwań zamawiającego. Takich wykonawców zamawiający powinien wykluczyć od udziału w przetargu. Nie ma też dostatecznych racji ku temu, by zamawiający zatrzymywał złożone przez nich wadium. W niniejszej sprawie powód nie zareagował na wezwanie zamawiającego zmierzające do uzupełnienia dokumentacji, którą przedstawił wraz z ofertą. Swoje postępowanie tłumaczył tym, że nie był w stanie w wyznaczonym mu terminie wywiązać się z nałożonych na niego obowiązków dotyczących przedstawienia oświadczeń i dokumentów wskazujących na to, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a tego samego dnia mijał termin związania ofertą, którego nie chciał przedłużyć, co stanowiło dostateczną manifestację jego woli wycofania się z postępowania przetargowego. Takie zachowanie powoda jako wykonawcy może podlegać ocenie w kontekście przesłanek decydujących o możliwości zatrzymania wadium przez wykonawcę w związku z niewykonaniem zobowiązania do uzupełnienia oferty o oczekiwane przez zamawiającego dokumenty. Ocena powinna zmierzać do określenia celu zachowania się powoda, a zatem do stwierdzenia, czy dążył on do obejścia prawa, w szczególności przez znowę z innymi wykonawcami prowadzącą do uzyskania zamówienia przez wykonawcę, który złożył ofertę z wyższą ceną.

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 znowom wykonawców. Obowiązek zatrzymania wadium powstaje zatem tylko w przypadku zawinionego działania wykonawcy polegającego na nieuzupełnieniu dokumentów i oświadczeń, o złożenie których wykonawca został zasadnie wezwany przez zamawiającego, gdy to zaniechanie wykonawcy zmierza do obejścia prawa, w szczególności przez stworzenie warunków ku temu, by zamówienie udzielone zostało temu wykonawcy, który 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.

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., KIO/UZP 1990/10, Wspólnota 2010, nr 45, s. 43 oraz w wyroku z 24 sierpnia 2011 r., KIO 1712/11).

Wbrew stanowisku Sądu Apelacyjnego, z orzecznictwa Sądu Najwyższego wynika zatem, że nie każde uchybienie wykonawcy w realizacji wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 p.z.p. uzasadnia zastosowanie art. 46 ust. 4a u.z.p.. Ocenie w kontekście zawinienia muszą podlegać wszystkie okoliczności, którymi wykonawca tłumaczy niewykonanie wezwania o uzupełnienie oświadczeń i dokumentów.

Z tych względów Sąd Najwyższy na podstawie art. 398<sup>15</sup> § 1 k.p.c. oraz art. 108 § 2 k.p.c. w związku z art. 398<sup>21</sup> k.p.c. uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania kasacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

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

Na wstępie zaznaczyć należy, iż Sąd Okręgowy poczynił słuszne ustalenia faktyczne, które zresztą nie były kwestionowane przez żadną ze stron i które Sąd Apelacyjny przyjmuje za własne. Ustalenia faktyczne nie były przedmiotem sporu między stronami - różniła je przede wszystkim ocena prawna ustalonego stanu faktycznego.

Sąd Najwyższy powołał się w uzasadnieniu swego orzeczenia na wyroki w sprawach II CSK 675/10 i II CSK 448/12. Wraz z orzeczeniem w sprawie I CSK 444/12 tworzą one jednolitą linię orzeczniczą, zgodnie z którą prawidłowa wykładnia art. 46 ust 4a pzp wymaga każdorazowej oceny okoliczności faktycznych mających miejsce w danej sprawie pod kątem wymogów stawianych przez ten przepis.

W ocenie Sądu Apelacyjnego obecnie rozpoznającego sprawę Sąd Okręgowy nie rozpoznał istoty sprawy, bowiem nie ocenił, czy w okolicznościach rozważanego przypadku wezwanie wykonawcy do złożenia brakującego oświadczenia i dokumentacji było prawidłowe, a więc czy braki oferty powoda mogły podlegać uzupełnieniu, czy zostały zachowane przesłanki decydujące o możliwości zatrzymania wadium w związku z niewykonaniem zobowiązania do uzupełnienia oferty, czy powód nie wykonując tego zobowiązania nie dążył do obejścia prawa oraz czy zatrzymanie wadium przez zamawiającego miało wpływ na przebieg postępowania przetargowego. Wprawdzie Sąd Najwyższy w postanowieniu z 25.10.2012r I CZ 139/12 stwierdził, że: „Zakwestionowanie przez sąd odwoławczy poglądu prawnego sądu pierwszej instancji co do zasady prawnej rozpoznawanego roszczenia nie oznacza, że sąd ten nie rozpoznał istoty sprawy. Z reguły bowiem sprawa została przez ten sąd rozpoznana merytorycznie i rozstrzygnięta co do jej istoty, tyle tylko, że - w ocenie sądu odwoławczego - było to rozstrzygnięcie błędne.” nie zmienia to jednak poglądu Sądu Apelacyjnego w konkretnej sprawie, który uważa, że ocena postępowania powoda pod kątem zaistnienia przesłanek z należycie rozumianego art. 46 ust 4a pzp należy do Sądu I instancji.

Sąd Okręgowy dokonał błędnej wykładni art. 46 ust 4a pzp i przy zastosowaniu tejże wykładni oddalił powództwo. W tym miejscu przypomnieć należy, że z mocy art. 398<sup>20</sup> kpc Sąd Apelacyjny obecnie rozpoznający sprawę jest związany wykładnią prawa, w tym przypadku art. 46 ust 4a Prawa zamówień publicznych, dokonaną w tej sprawie przez Sąd Najwyższy. Trzeba więc uznać, że Sąd Okręgowy orzekając w niniejszej sprawie wziął wprawdzie pod uwagę art. 46 ust 4a pzp, ale nie rozważył wszystkich jego niezbędnych elementów wynikających z właściwej interpretacji tego przepisu. Nie odniósł się bowiem do kwestii prawidłowości zastosowania przez zamawiającego postępowania naprawczego - czy wezwanie powoda do uzupełnienia braków było w ogóle zasadne oraz jakie były przyczyny niewykonania przez powoda wezwania ze strony zamawiającego. Rozważenia zaś w pierwszej kolejności wymagało, czy strona pozwana miała podstawy określone w art. 26 ust. 3 p.z.p. do wezwania powoda do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów oraz do złożenia oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Przy założeniu, że nie byłoby uzasadnienia do wdrażania procedury naprawczej przewidzianej w art. 26 ust. 3 p.z.p., istniałyby podstawy do wykluczenia z przetargu i zwrotu wadium. Kwestia ta nie była jednak przedmiotem rozważań ani oceny Sądów, choć ma istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy.

Orzekanie przez Sąd Apelacyjny poprzez zasądzenie (bądź nie) od pozwanego na rzecz powoda dochodzonej przez niego kwoty 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.”, zaś 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 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 w Katowicach w wyroku III AUa 153/1 z 12 października 2010r stwierdził, że: „Nierozpoznanie istoty sprawy przez sąd pierwszej instancji, o jakim mowa w art. 386 § 4 k.p.c. oznacza bezpodstawne uznanie przez sąd, że istnieje przesłanka materialnoprawna lub procesowa unicestwiająca roszczenie.”, zaś Sąd Najwyższy w wyroku UK 70/11 z 6 września 2012r uznał, że: „Do nierozpoznania istoty sprawy dochodzi wówczas, gdy rozstrzygnięcie sądu pierwszej instancji nie odnosi się do tego, co było przedmiotem sprawy, gdy zaniechał on zbadania materialnej podstawy żądania albo merytorycznych zarzutów strony, bezpodstawnie przyjmując, że istnieje przesłanka materialnoprawna lub procesowa unicestwiająca roszczenie.”, 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.”, a w wyroku II PK 291/07 z 17 kwietnia 2008r uznał, że: „Nierozpoznanie istoty sprawy w rozumieniu art. 386 § 4 k.p.c. zachodzi wówczas, gdy rozstrzygnięcie sądu pierwszej instancji nie odnosi się do tego, co było przedmiotem sprawy, gdy zaniechał on zbadania materialnej podstawy żądania albo merytorycznych zarzutów strony, bezpodstawnie przyjmując, że istnieje przesłanka materialnoprawna lub procesowa unicestwiająca roszczenie.” W postanowieniu I CZ 12/13 z 14.03.2013r Sąd Najwyższy uznał, że : „1. Oceny, czy sąd pierwszej instancji rozpoznał istotę sprawy, dokonuje się na podstawie analizy żądań pozwu i przepisów prawa materialnego stanowiących podstawę rozstrzygnięcia, nie zaś na podstawie ewentualnych wad postępowania prowadzącego do wydania zaskarżonego apelacją orzeczenia. Niewyjaśnienie okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, niewłaściwa ocena dowodów czy ewentualna błędna subsumcja nie są równoznaczne z nierozpoznaniem istoty sprawy.2. Pojęcie nierozpoznania istoty sprawy odnosi się do niezbadania podstawy merytorycznej dochodzonego roszczenia, a nie do niekompletności orzeczenia, czyli braku rozstrzygnięcia przewidzianego w art. 496 k.p.c.”, zaś Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyrokach I A Ca 815/12 z 7.02.2013r i I A Ca 774/12 z 20.12.2012r. stwierdził, że: „Nierozpoznanie istoty sprawy oznacza zaniechanie przez sąd pierwszej instancji zbadania podstawy żądania pozwu albo pominięcie zwalczających je zarzutów pozwanego.”

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.

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Okręgowy zbada przede wszystkim, czy braki oferty powoda mogły podlegać uzupełnieniu, przy uwzględnieniu, że wykonawca, którego nie wezwano o uzupełnienie oferty może to zamawiającemu poczytać za uchybienie procedurze przetargowej i protestować przeciwko takiemu działaniu. Sąd Okręgowy będzie miał przy tym na względzie celowościową wykładnię art. 46 ust 4a pzp uwzględniającą cel wprowadzenia powołanego przepisu do ustawy Prawo zamówień publicznych. Badaniu Sądu I instancji powinny podlegać także przyczyny niewykonania wezwania przez powoda - czy były to przyczyny zawinione przez niego i czy w związku z tym można mu przypisać całkowitą bierność, umyślność i celowość jego działań. Interpretacja przepisu art. 46 ust 4a zaprezentowana przez Sąd Okręgowy w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku stwarza pole do nadużyć ze strony pozwanego, który może wykorzystywać instytucję wadium jako sposób na uzyskanie nienależytego przysporzenia. Sąd Okręgowy winien też jednoznacznie ustalić, czy powód został wykluczony od udziału w przetargu, co sugeruje apelacja i pismo z 5 września 2013r.

Trzeba też zwrócić uwagę na to, że nie mogą być prawdziwe twierdzenia powoda o tym, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów wpłynęło do niego w piątek 29 maja, zaś termin upływał w poniedziałek 3 czerwca. W 2009 roku 29 maja przypadał rzeczywiście w piątek, natomiast 3 czerwca wypadał w środę, a nie w poniedziałek.

Dodatkowo należy wskazać, że art. 398<sup>15</sup> kpc, na podstawie którego Sąd Najwyższy wydał wyrok, przewiduje jedynie uchylenie zaskarżonego orzeczenia.

Wobec konieczności zbadania wskazanych okoliczności i rozważenia wszelkich przesłanek wymienionych w przepisie art. 46 ust 4a pzp Sąd Apelacyjny uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Warszawie na mocy art. 386 § 4 kpc. O kosztach orzeczono na podstawie art. 108 § 2 kpc.