

Sygn. akt VI A Ca 55/14

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 19 grudnia 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SA Ewa Klimowicz - Przygódzka

Sędziowie: SA Jacek Sadowski (spr.)

SO (del.) Aleksandra Kempczyńska

Protokolant: sekr. sądowy Agnieszka Pawłowska

po rozpoznaniu w dniu 19 grudnia 2014 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Spółki z o.o. w W. i (...) S.A. w L.

przeciwko Skarbowi Państwa - (...)

o zapłatę

na skutek apelacji powodów

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 11 października 2013 r.

sygn. akt XXV C 1741/12

- 1. prostuje oczywistą omyłkę w zaskarżonym wyroku w oznaczeniu strony powodowej w ten sposób, że w miejsce słowa: (...) wpisuje słowo: (...);*
- 2. oddala apelację;*
- 3. zasądza od (...) Spółki z o.o. w W. i (...) S.A. w L. na rzecz Skarbu Państwa – Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa kwoty po 1350 (jeden tysiąc trzysta pięćdziesiąt) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.*

Sygn. akt VI A Ca 55/14

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 11 października 2013 roku Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił powództwo (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. oraz (...) S.A. z siedzibą w L. przeciwko Skarbowi Państwa - (...) o zapłatę kwoty tytułem 120.000 zł tytułem zwrotu wadium, złożonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i zatrzymanego przez pozwanego na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (dalej również jako: PZP).

Podstawą wydanego rozstrzygnięcia były następujące ustalenia faktyczne sądu pierwszej instancji.

Pozwany prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia usługi nadzoru budowlanego na zarządzanie kontraktem „Budowa obwodnicy miasta P. w rezerwowanym korytarzu drogi krajowej nr (...) na odcinku K. D.”, w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót. W ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) szczegółowo wskazano dokumenty, które ma założyć wykonawca, z wyodrębnieniem dokumentów, które winien złożyć wykonawca mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej. Zamawiający wskazał również formę, w jakiej winny być składane dokumenty – oświadczenie, wnioski i zawiadomienia oraz inne informacje zamawiający i wykonawca mieli przekazywać pisemnie lub faksem, przy czym forma pisemna zastrzeżona została dla złożenia oferty wraz z załącznikami, w tym oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowany przedmiot zamówienia wymagań określonych przez zamawiającego. Powodowie zawarli umowę konsorcjum celem wspólnego uczestniczenia w przetargu oraz realizacji umowy na zarządzanie kontraktem „Budowa obwodnicy miasta P. w rezerwowanym korytarzu drogi krajowej nr (...) na odcinku K. – D.” wraz z pełnieniem nadzoru nad realizacją robót. Konsorcjum złożyło swoją ofertę m.in. wraz z oświadczeniem o braku podstaw do wykluczenia z postępowania z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 PZP, oświadczeniem o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, oświadczeniem o potencjale kadrowym, w którym w odniesieniu do R. L., mającego pełnić funkcję inspektora nadzoru robót drogowych, jako doświadczenie wskazano okresy od 03.2008 do 03.2010 i od 10.2003 do 09.2004, a w odniesieniu do A. I. okresy od 03.2005-05.2009 i od 05.2005 do 12.2008, przy czym w samym formularzu wskazano, że pełnienie wskazanej funkcji wymaga co najmniej 5 letniego doświadczenia zawodowego z zakresu kierowania/nadzorowania nad robotami drogowymi. Konsorcjum wniosło również wadium w formie gwarancji bankowej udzielonej przez (...) S.A. Pozwany pismem z dnia 20 maja 2010 roku skierowanym do konsorcjum (wysłanym do lidera konsorcjum) powołując się na art. 26 ust. 3 i 4 PZP wezwał do złożenia wyjaśnień i załączenia wskazanych w tym piśmie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z treścią wezwania, z powołaniem się na art. 26 ust. 3 PZP dokumenty składane w wyniku uzupełnienia powinny potwierdzać spełnianie warunków postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert oraz spełniać pozostałe wymagania stawiane składanym dokumentom określone w ogłoszeniu o przetargu i SIWZ. Zamawiający dopuścił możliwość składania wyjaśnień w formie faksowej natomiast dokumenty, w formie oryginału lub kopii poświadczonej przez wykonawcę (osobę należycie umocowaną) za zgodność z oryginałem, należało złożyć zamawiającemu na adres: (...) Oddział w Ł., ul. (...), (...)-(…) Ł., pok. (...) (Sekretariat) w nieprzekraczalnym terminie do dnia 25 maja 2010 roku, do godz. 15:30. Wezwanie zamawiającego wpłynęło do lidera konsorcjum faksem w dniu 20 maja 2010 roku o godz. 11:22. Zostało również wysłane listem poleconym nadanym w dniu 21 maja 2010 roku i odebrany w dniu 24 maja 2010 roku przez wykonawcę. Po otrzymaniu faksu wykonawca celem wykonania wezwania zwrócił się m.in. do R. L. i A. I. o przedstawienie dodatkowych inwestycji, na których kierowali/nadzorowali realizację robót drogowych, wskazane informacje wykonawca otrzymał dopiero w dniu 25 maja 2010 roku po godz. 12:00. W dniu 25 maja 2010 roku lider konsorcjum bezskutecznie próbował wysłać pismo stanowiące odpowiedź na wezwanie zamawiającego z dnia 20 maja 2010 roku. Faks ten wpłynął do zamawiającego dopiero w dniu 26 maja 2010 roku o godz. 12:53. Natomiast wymagane w wezwaniu dokumenty zostały złożone zamawiającemu dopiero w dniu 31 maja 2010 r. Zamawiający pismem z dnia 1 czerwca 2010 roku poinformował wykonawców, w tym również powodów o wyborze najkorzystniejszej oferty i o wykluczeniu powodowego konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca nie wykazał, aby R. L. i A. I. pełnili funkcje wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu przez co najmniej 5 lat, nie wskazano klasy dróg przywołanych w formularzu 3.2 doświadczenia na stronach 81-82 zadania, nadto wykonawca nie załączył części sprawozdania finansowego za 2009 rok w zakresie wymaganym przez zamawiającego. Jednocześnie zamawiający wskazał, że z uwagi na zaistnienie przesłanek z art. 46 ust. 4a PZP zatrzymuje wadium. Powodowie konsorcjum pismem z dnia 11 czerwca 2010 roku skierowanym do pozwanego zakwestionowało podstawę zatrzymania wadium wskazując, że uchybienie wyznaczonemu terminowi na udzielenie wyjaśnień i uzupełnienie dokumentów stanowiło efekt okoliczności nie leżących po stronie wykonawcy – wymagało czasu potrzebnego na uzyskanie informacji w zakresie potencjału kadrowego oraz bezskutecznych prób wysłania faksu na numer zamawiającego podany w ogłoszeniu o zamówieniu. Dodatkowo wyjaśniło, że nie złożyło sprawozdania finansowego za 2009 rok, gdyż jeszcze nie upłynął termin jego zatwierdzenia. Uznając zatrzymanie wadium za bezpodstawne wniosło o zwrot gwarancji bankowej. Pozwany pismem

z dnia 22 czerwca 2010 roku skierowanym do konsorcjum stwierdzając, że wbrew twierdzeniom zawartym w piśmie wykonawcy z dnia 11 czerwca 2010 roku wykonawca nie wykazał, aby brak złożenia dokumentów w zakresie potencjału kadrowego zgodnie z wezwaniem stanowił wynik przyczyn nieleżących po jego stronie, tym samym wyczerpana została dyspozycja art. 46 ust. 4a PZP w zw. z art. 26 ust. 3 i 25 PZP.

Mając powyższe ustalenia na uwadze sąd okręgowy uznał wniesione powództwo za niezasadne. W ocenie sądu okręgowego pozwany miał prawo na podstawie art. 46 ust. 4a PZP zatrzymać wpłacone przez powodów wadium. Odwołując się do językowej wykładni art. 46 ust. 4a PZP sąd pierwszej instancji uznał, że w wypadku, gdy wykonawca prawidłowo wezwany do uzupełnienia dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw przez zamawiającego, działającego na podstawie art. 26 ust. 3 PZP, nie uzupełni żądanych dokumentów, wypełniona jest przesłanka zatrzymania wadium wpłaconego przez takiego wykonawcę. Wyjątkiem jest sytuacja, gdy nieuzupełnienie oświadczeń, dokumentów lub pełnomocnictw nastąpi z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy, a więc od niego niezależnych. Zamawiający już w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ w części obejmującej Instrukcję dla Wykonawców szczegółowo wskazał, jakie dokumenty i na jakie okoliczności powinien złożyć wykonawca oraz w jakiej formie, wskazując również wymagania co do osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia – inspektor nadzoru drogowego winien posiadać wykształcenie wyższe techniczne i posiadać co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe z zakresu kierowania/nadzorowania nad robotami drogowymi, min. 3-letnie doświadczenie w kierowaniu/nadzorowaniu na kontraktach realizowanych wg warunków (...), w tym co najmniej na 2 zadaniach o wartości 30 000 000 złotych (brutto) każda. W złożonym przez wykonawcę wraz z ofertą formularzu 3.3 dotyczącym potencjału kadrowego dane w zakresie osób mających pełnić funkcję inspektora nadzoru robót drogowych – R. L. i A. I. nie pozwalały na uznanie, że spełniają oni określone przez zamawiającego wymogi w zakresie doświadczenia zawodowego, co do posiadania co najmniej 5 letniego doświadczenia w kierowaniu/nadzorowaniu nad robotami drogowymi. Zamawiający wskazując m.in. swoje zastrzeżenia co do dokumentu formularz 3.3 potencjał kadrowy w zakresie doświadczenia zawodowego R. L. i A. I., na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 wezwał wykonawcę pismem z dnia 20 maja 2010 roku m.in. do „uzupełnienia dokumentu formularz 3.3 potencjał kadrowy we wskazanym zakresie doświadczenia zawodowego, a jeżeli powyższy warunek nie został spełniony przez w/w osoby, wezwał do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku w całości przez inną osobę” oraz do wyjaśnienia innych kwestii. Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia mogą zostać złożone w formie faksowej, natomiast dokumenty w formie oryginału lub kopii poświadczonych przez wykonawcę (osobę należycie umocowaną) za zgodność z oryginałem wskazując termin i miejsce złożenia wyjaśnień i dokumentów. Wezwanie z dnia 20 maja 2010 roku było jasno sformułowane – zamawiający wskazał, jakie okoliczności powinny zostać wyjaśnione oraz jakie dokumenty złożone. Ponadto również treść pisma wykonawcy z dnia 25 maja 2010 roku w części, w której informował on zamawiającego, że „w dniu dzisiejszym zostanie wysłany do Państwa oryginał” potwierdza jego świadomość co do wymaganej formy, w jakiej powinny zostać złożone wymagane dokumenty. Sąd okręgowy nie podzielił przy tym zarzutu powodów co do zbyt krótkiego czasu na wykonania wezwania – lider konsorcjum otrzymał wezwanie faksem o godz. 11:22 w dniu 20 maja 2010 roku, czyli miał pełne 5 dni na jego wykonanie. Ponadto powodowie już na etapie składania oferty znali wymogi w zakresie potencjału kadrowego wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w Instrukcji dla Wykonawców. Jak wskazał sąd okręgowy, czas na wykonanie wezwania zamawiającego nie służy zbieraniu informacji, którymi wykonawca powinien dysponować już wcześniej. Ponadto powodowie w dniu 25 maja 2010 roku dysponowali już informacjami umożliwiającymi udzielenie żądanych wyjaśnień oraz danymi w zakresie potencjału kadrowego umożliwiającymi prawidłowe wypełnienie formularza 3.3. Próby przesłania tych wyjaśnień i dokumentu faksem w terminie wyznaczonym wezwaniem tj. do godz. 15:30 25 maja 2010 roku nie powiodły się z uwagi na brak odpowiedzi ze strony faksu zamawiającego. Strona pozwana w tym zakresie opóźnienia powodów uznała za usprawiedliwione. Jednakże, jak podkreślił sąd okręgowy, powodowie nie wykazali okoliczności, które usprawiedliwiłyby opóźnienie w złożeniu oryginału dokumentu formularz 3.3 potencjał kadrowy, który wpłynął do zamawiającego dopiero w dniu 31 maja 2010 roku. Okoliczność, że wykonawca dopiero na skutek wezwania z dnia 20 maja 2010 roku zebrał konieczne informacje co do doświadczenia osób, z pomocą których miał wykonać zamówienie, sama w sobie świadczy już o niedbalstwie wykonawcy, skoro dokumentami tymi prawidłowo wypełnionymi powinien on dysponować już wcześniej. Brak tych dokumentów stanowił okoliczność zależną od wykonawcy. Ponadto strona powodowa w żaden sposób nie wyjaśniła przyczyn, dla których dokumenty te złożone zostały zamawiającemu dopiero w dniu 31 maja

2010 roku. Nie tłumaczą tak znacznego opóźnienia trudności komunikacyjne związane z dostaniem się z W. do Ł.. Powodowie nie wykazali, aby w dniu 25 maja 2010 roku na trasie W. – Ł. doszło do jakiegoś wyjątkowego zdarzenia, które czyniłoby trudności komunikacyjne nadzwyczajnymi. Jednakże, jak podkreślił sąd okręgowy, o ile trudności komunikacyjne w dotarciu w dniu 25 maja 2010 roku do godz. 15:30 do siedziby zamawiającego w Ł. (ok. 130 km od W.) mogłyby tłumaczyć złożenie tych dokumentów w kolejnym dniu tj. 26 maja 2010 roku, o tyle nie tłumaczą złożenia tych dokumentów dopiero w dniu 31 maja 2010 roku. Nie bez znaczenia dla oceny zachowania wykonawcy jest w ocenie sądu okręgowego również to, że dopiero na skutek poinformowania go o wyborze najkorzystniejszej oferty i wykluczeniu go z postępowania oraz zatrzymaniu wadium, wyjaśnił on przyczyny uchybienia wyznaczonemu terminowi na wykonanie wezwania. Również ta okoliczność świadczy o niedbalstwie wykonawcy. W efekcie sąd okręgowy stwierdził, że powodowie nie obalili domniemania wynikającego z art. 46 ust. 4a PZP – złożenie prawidłowo uzupełnionego dokumentu formularz 3.3 z uchybieniem wyznaczonego terminu było efektem okoliczności leżących po jego stronie i wynikało z niedołożenia należytej staranności wymaganej od profesjonalisty. Ponadto fakt, że w dniu 26 maja 2010 roku zamawiający dysponował formularzem 3.3 w formie faksu nie świadczy o prawidłowym wykonaniu wezwania, skoro wezwanie wprost przewidywało dla dokumentów wyłącznie formę pisemną. Dokumenty w zakresie doświadczenia osób z pomocą których wykonawca chce wykonać przedmiot zamówienia zaliczają się do dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu (art. 25 PZP), które z kolei stanowią element składowy oferty, która zgodnie z art. 82 ust. 2 PZP wymaga formy pisemnej pod rygorem nieważności. Sąd okręgowy odniósł się również do argumentów strony powodowej nawiązujących do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2011 roku, II CSK 675/10 oraz z dnia 22 listopada 2012 roku, II CSK 448/12. Jak wskazał, stany faktyczne orzeczeń Sądu Najwyższego dotyczyły sytuacji, gdy wykonawca złożył żądane przez zamawiającego informacje w terminie, lecz w nieodpowiedniej formie i po nieznacznym upływie wyznaczonego terminu doręczył oryginał dokumentu. W rozpoznawanej sprawie 6 dniowe opóźnienie w złożeniu wymaganych dokumentów nie może być uznane za nieznaczące opóźnienie, uzasadniające odstąpienie do sankcji przewidzianej w art. 46 ust. 4a PZP. Uznając tym samym, że zatrzymanie wadium nastąpiło w oparciu o art. 46 ust. 4a PZP, sąd okręgowy oddalił powództwo wywodzone z bezpodstawnego wzbogacenia się pozwanego kosztem powodów.

Apelację od wydanego wyroku wniosła strona powodowa zaskarżając go w całości i wnosząc o jego zmianę poprzez uwzględnienie powództwa w całości, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania. W apelacji zawarte zostały następujące zarzuty:

I. naruszenie przepisów prawa materialnego:

1. art. 46 ust. 4a PZP poprzez jego błędną wykładnię i w efekcie nieuzasadnione oparcie się przez sąd I instancji na etapie orzekania wyłącznie na wykładni literalnej tegoż przepisu z całkowitym pominięciem jego wykładni celowościowej, która zgodnie z dyrektywami stosowania wykładni prawa winna również zostać wzięta pod uwagę przez sąd podczas orzekania oraz jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że w okolicznościach niniejszej sprawy zaszyły przesłanki uzasadniające zatrzymanie wadium;

2. art. 5 k.c. poprzez jego niezastosowanie w sytuacji gdy jednostronna czynność prawna pozwanego polegająca na zatrzymaniu wadium stanowiła nadużycie prawa podmiotowego, nie zasługujące na ochronę prawną.

II. naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów polegające na bezpodstawnym uznaniu, że w niniejszej sprawie opóźnienie w złożeniu dokumentów w oryginale z opóźnieniem, mimo przesłania ich uprzednio faksem w wyznaczonym terminie, nastąpiło z przyczyn leżących po stronie powodów.

Rozpoznając sprawę w granicach zaskarżenia sąd apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja jest niezasadna.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. wskazać należy, że skuteczne postawienie tego zarzutu wymaga wykazania, że sąd pierwszej instancji uchybił zasadom logicznego rozumowania, lub doświadczenia życiowego i tym samym naruszył reguły swobodnej oceny dowodów. Nie jest natomiast wystarczające

samo przekonanie skarżącego o innej, niż przyjął to sąd pierwszej instancji, ocenie przeprowadzonych dowodów, ich doniosłości i wiarygodności (zob. m.in. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 1998 r., II CKN 4/98; oraz z dnia 10 kwietnia 2000 r., V CKN 17/2000). W ocenie sądu apelacyjnego dokonana przez sąd okręgowy ocena zgromadzonych w tej sprawie dowodów mieści się w graniach wynikających z art. 233 k.p.c. W efekcie dokonane przez sąd okręgowy, na podstawie przeprowadzonej oceny dowodów, ustalenia faktyczne uznać należy za prawidłowe. Co więcej nie zostały one w istocie zakwestionowane w apelacji, której wywody koncentrują się na wykładni art. 46 ust. 4a PZP i dokonanej przez sąd okręgowy oceny zachowania strony powodowej w kontekście wzorca wymaganej staranności. Natomiast fakty stanowiące podstawę tych ocen, a w efekcie wykładni art. 46 ust. 4a PZP są w tej sprawie w istocie pomiędzy stronami niesporne. W szczególności nie jest kwestionowany fakt, że skarżący wymagany przez zamawiającego dokument złożył dopiero w dniu 31 maja 2010 r., a więc po upływie 6 dni od wyznaczonego w tym celu terminu. W efekcie sąd apelacyjny ustalenia poczynione w tej sprawie przez sąd okręgowy przyjmuje za własne i czyni podstawą dalszych ustaleń w tej sprawie.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 PZP w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawców oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. W wypadku, gdy wykonawca w ofercie nie złożył wymaganych przez zamawiającego dokumentów lub oświadczeń, wzywa on wykonawcę do ich złożenia w wyznaczonym terminie chyba, że mimo ich złożenia oferta podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania (art. 26 ust. 3 PZP). Bezpośrednim skutkiem niewykonania wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy, jest zatrzymanie przez zamawiającego wadium wraz z odsetkami chyba, że wykonawca udowodni, iż wynika to z przyczyn nie leżących po jego stronie (art. 46 ust. 4a PZP). Wskazać należy również, że przepis art. 46 ust. 4a PZP zmieniony został z dniem 19 października 2014 r. ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2014, poz. 1232). Zważywszy jednak, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w wyniku którego zostało zatrzymane sporne wadium toczyło się w roku 2010 i również w roku 2010 wadium zostało zatrzymane przez pozwanego, zgodnie z ogólnymi zasadami prawa intertemporalnego (zasada tempus regit actum) w sprawie tej zastosowanie znajduje przepis art. 46 ust. 4a PZP w poprzednim brzmieniu. Wniosek ten znajduje potwierdzenie w art. 3 ustawy nowelizującej z dnia 29 sierpnia 2014 r., zgodnie z którym do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i konkursów wszczętych przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizującej oraz do odwołań i skarg dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe, z wyjątkiem art. 24 ust. 1 pkt 1 i 1a PZP.

Zgodnie z art. 46 ust. 4a PZP, w brzmieniu mającym zastosowanie w tej sprawie, 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. Trafnie skarżący wskazuje, że przepis ten był przedmiotem kilku orzeczeń Sądu Najwyższego, zaś jego wykładnia nie może ograniczać się jedynie do jego literalnego odczytania. Nie można jednak podzielić zasadniczego zarzutu skarżącego co do błędnej wykładni i niewłaściwego zastosowania tego przepisu przez sąd pierwszej instancji w kontekście stanowiska prezentowanego w tym zakresie w orzecznictwie Sądu Najwyższego.

W wyroku z dnia 7 lipca 2011 r., II CSK 675/10 Sąd Najwyższy wskazał, że przepis art. 46 ust. 4a PZP należy interpretować z uwzględnieniem reguł wykładni celowościowej. Zamawiający ma prawo zatrzymać wadium wraz z odsetkami, gdy wykonawca nie składa wymaganych dokumentów lub oświadczeń, nie zaś w przypadku, gdy przekazuje informacje w niewłaściwej formie (faksem, zamiast w formie pisemnej), a po nieznacznym upływie wyznaczonego terminu doręczony zostaje oryginał dokumentu. Natomiast o istnieniu ryzyka zmowy wykonawców można byłoby mówić w przypadku całkowitej bierności wykonawcy, gdyby umyślnie i celowo nie podporządkował 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. Odmiennej wykładni nie dałoby się pogodzić z dyrektywą zacieśniającego tłumaczenia regulacji wyjątkowych o szczególnie restrykcyjnym charakterze, do których należy zaliczyć art. 46 ust. 4a u.p.z.p. Natomiast w wyroku z dnia 22 listopada 2012 r, II CSK 448/12 Sąd Najwyższy podkreślił, że celem tego przepisu było ograniczenie możliwości dokonywania zmów przetargowych polegających na porozumieniu wykonawców prowadzącym do udzielenia zamówienia temu, kto zaoferuje najwyższą cenę. Wykonawcy mogli celowo składać

oferty bez wymaganych dokumentów lub oświadczeń i po zapoznaniu się z ofertami konkurentów, wycofać się z postępowania przetargowego bez żadnych konsekwencji. Zwrócił przy tym uwagę zarówno na sankcyjny, jak i dyscyplinujący wykonawców charakter tego przepisu. Podkreślił również, że przepis ten opiera się na zasadzie winy wykonawcy - obowiązek zatrzymania wadium powstaje tylko w przypadku zawinionej działalności. W każdym wypadku podlegają zatem badaniu przyczyny niewykonania wezwania, bowiem obowiązek zatrzymania wadium przez zamawiającego nie zachodzi w przypadku, gdy niewykonanie wezwania było następstwem okoliczności, na które wykonawca nie miał i nie mógł mieć wpływu. Interpretacja tego przepisu wymaga uwzględnienia jego celu, a zatem powinien być stosowany wyłącznie w celu zapobiegania znikom wykonawców. Do przyjęcia zawinienia wykonawcy konieczna jest zatem jego całkowita bierność, umyślność i celowość oraz nasilenie złej woli w nie podporządkowaniu się wezwaniu zamawiającego. Analogiczny pogląd wypowiedziany został w wyroku z dnia 10 maja 2013 r., I CSK 422/12 oraz wyroku z dnia 7 listopada 2013 r., V CSK 531/12. W pierwszym z tych orzeczeń Sąd Najwyższy dodatkowo podkreślił, że nie każde uchybienie wykonawcy w realizacji wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 PZP 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 oraz związane z czasem opóźnienia i wpływem na przebieg postępowania przetargowego.

Skarżący w niniejszej sprawie przywołując powyższe judykaty Sądu Najwyższego i wywodząc z nich wnioski co do wykładni art. 46 ust. 4a PZP pomija jednak całkowicie okoliczności faktyczne stanowiące podstawę tych rozstrzygnięć. Zważyć natomiast należy, że każde orzeczenie sądowe stanowi akt decyzyjny podjęty w zakresie przedmiotu rozstrzygnięcia w odniesieniu do konkretnego ustalonego w danej sprawie stanu faktycznego. Rozstrzygnięcie to konkretyzuje obowiązującą normę prawną regulującą określony, jednostkowy stosunek prawny zachodzący w konkretnym wypadku. Zważyć więc należy, że w okolicznościach faktycznych stanowiących podstawę wyroku z dnia 7 lipca 2011 r. wymagane dokumenty zostały złożone w niewłaściwej formie (faks zamiast formy pisemnej). Jednocześnie jednak uczestnik przetargu wymagane dokumenty przesłał pocztą i dotarły one do zamawiającego po nieznacznym upływie wyznaczonego terminu. Podobnie w stanie faktycznym stanowiącym podstawę rozstrzygnięcia z dnia 22 listopada 2012 r. opóźnienie uczestnika przetargu było nieznaczne i wynosiło zaledwie 3 i pół godziny. Z kolei w sprawie zakończonej wyrokiem z dnia 7 listopada 2013 r. uchybienie uczestnika polegało na złożeniu w wyniku wezwania zamawiającego dokumentu z Krajowego Rejestru Karnego z datą jego wystawienia, to jest z datą 20 grudnia 2010 r., który w ocenie zamawiającego nie potwierdzał niekaralności uczestnika na dzień składania ofert, to jest na dzień 7 grudnia 2010 r. W tym stanie faktycznym Sąd Najwyższy uznał, pomijając nawet fakt, że nie było możliwe złożenie dokumentu z (...) z datą wsteczną, że dokument wystawiony w dniu 20 grudnia 2010 r. potwierdza również istotne dla postępowania przetargowego okoliczności na dzień 7 grudnia 2010 r. Tym samym brak było ogóle podstaw do zastosowania sankcji z art. 46 ust.4a PZP.

W świetle powyższych okoliczności nie można uznać, że opóźnienie występujące w tej sprawie – 6 dniowe przekroczenie terminu do złożenia wymaganych terminów miało charakter opóźnienia nieznacznego. Co więcej zauważyć należy, że skarżący w żaden sposób nie tylko nie wykazali, ale nawet nie wyjaśnili w sposób przekonujących powodów tak znacznego opóźnienia. Złożone w sprawie dowodowy i wyjaśnienia strony powodowej trafnie zostały zakwestionowane przez sąd pierwszej instancji. Nawet bowiem przyjmując wyjaśnienia strony powodowej co do niespodziewanych trudności komunikacyjnych na trasie W. – Ł., nie można przyjąć (pozostaje to sprzeczne zarówno z zasadami logiki, jak i doświadczenia życiowego), że trudności te skutkowały opóźnieniem wynoszącym 6 dni. W efekcie podzielić należy ocenę prawną sądu pierwszej instancji, że strona powodowa, pomimo nałożonego na nią w tym zakresie obowiązku wynikającego z art. 46 ust.4a PZP, nie wykazała, że niezłożenie wymaganego dokumentu w terminie nastąpiło z przyczyn nieleżących po jej stronie, a więc z innych przyczyn, od strony niezależnych. Co więcej twierdzenia strony powodowej co do przyczyn powstałej zwłoki (trudności komunikacyjne na drodze W. –Ł.) i przeprowadzone w tym zakresie dowody świadczą co najmniej o rażącym niedbalstwie po stronie powodowej. Tak bowiem ocenić należy 6 dniowe opóźnienie, mając na uwadze istniejące i dostępne środki komunikacji, w dostarczeniu wymaganego dokumentu na trasie W. – Ł.. W efekcie podzielić należy stanowisko strony pozwanej, że okoliczności faktyczne ustalone w tej sprawie, nie były podobne do okoliczności faktycznych stanowiących podstawę wskazanych powyżej judykatów Sądu Najwyższego. Zawiniona zaś w znacznym

stopniu zwłoka po stronie powodów w wykonaniu obowiązków, o którym mowa w art. 26 ust. 3 PZP skutkowałą powstaniem po stronie pozwanego obowiązku zatrzymania wadium, zgodnie z dyspozycją art. 46 ust. 4a PZP. Trafnie Sąd Najwyższy wskazuje w przywołanych powyżej orzeczeniach, że norma z art. 46 ust. 4a PZP powinna być wykładana z uwzględnieniem jej celu oraz mając na uwadze fakt, że stwarza ona mechanizm o charakterze wyjątkowym i restrykcyjnym zarazem. W efekcie nie każde uchybienie po stronie wykonawcy w realizacji wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 PZP, uzasadnia w świetle art. 46 ust. 4a u.z.p. zatrzymanie wadium. Jak wskazują na to okoliczności faktyczne w przywołanych powyżej orzeczeniach Sądu Najwyższego, niezasadne byłoby nazbyt formalistyczne, do czego mogłoby skłaniać jego literalne brzmienie, ujmowanie tego przepisu. Jednakże z drugiej strony celem zawartej w art. 46 ust. 4a PZP regulacji jest dyscyplinowanie uczestników postępowania przetargowego. Istotna jest więc również funkcja prewencyjna tego przepisu. Z tych względów w ocenie sądu apelacyjnego zachowanie strony powodowej, która w sposób oczywisty zlekceważyła ciężące na niej jako na uczestniku przetargu obowiązki – tak należy ocenić niczym nieuzasadnioną blisko tygodniową zwłokę w ich wykonaniu – stanowiło podstawę do zastosowania instrumentu prawnego przewidzianego w art. 46 ust. 4a PZP. Z tych względów zarzuty skarżącego zarówno w płaszczyźnie błędnej wykładni tego przepisu, jak i jego niewłaściwego zastosowania uznać należy za niezasadne. Zarazem brak jest w tej sprawie szczególnych okoliczności, które z przyczyn pozaprawnych, uzasadniałyby odstępianie od realizacji przez zamawiającego z obowiązku przewidzianego w art. 46 ust. 4a PZP. Tym samym brak podstaw do zastosowania w tej sprawie klauzuli generalnej z art. 5 k.c. Również ten zarzut skarżącego uznać należy za bezzasadny.

Mając powyższe na uwadze zasadne jest ostateczne stanowisko sądu pierwszej instancji, który uznając istnienie podstawy prawnej do zatrzymania wpłaconego przez powodów wadium, oddalił powództwo oparte na kondykcji bezpodstawnego wzbogacenia. Z tych względów apelacja strony powodowej jako bezzasadna podlegała oddaleniu na podstawie art. 385 k.p.c. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu (art. 98 § 1 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c.). Koszty te ustalone zostało w oparciu o stawki minimalne określone w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (§ 6 pkt 6 w zw. z § 13 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia). Zgodnie z art. 11 ust. 3 ustawy z dnia 8 lipca 2005 r. o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa, koszty zastępstwa procesowego za postępowanie apelacyjne zasądzone zostały na rzecz Skarbu Państwa - Prokuraturii Generalnej. Nakazany zwrot w częściach równych znajduje podstawę w art. 105 § 1 k.p.c.