

Sygn. akt VI ACa 1977/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 kwietnia 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA – Ewa Stefańska (spr.)

Sędzia SA – Małgorzata Borkowska

Sędzia SO del. – Tomasz Szanciło

Protokolant: – sekretarz sądowy Paulina Czajka

po rozpoznaniu w dniu 22 marca 2017 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy z powództwa (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w M. i (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.

przeciwko (...) w W.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 7 października 2015 r.

sygn. akt XXV C 214/15

I. oddala apelację;

II. zasądza od (...) w W. solidarnie na rzecz (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w M. i (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. kwotę 2 700 zł (dwa tysiące siedemset złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Sygn. akt VI ACa 1977/15

UZASADNIENIE

Powodowie (...) S.A. z siedzibą w M. i (...) spółka z o.o. z siedzibą w W. wnosili o zasądzenie od pozwanego (...) w W. na ich rzecz kwoty 195.000 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 15 marca 2010 r. do dnia zapłaty. Jako podstawę faktyczną roszczenia powodowie wskazali okoliczność, że jako konsorcjum wzięli udział w przetargu nieograniczonym na wykonanie robót budowlanych i wpłacili wadium w wysokości 195.000 zł, które zostało przez zamawiającego bezprawnie zatrzymane. Zdaniem powodów wycofali oni zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą, a ponadto z treści złożonej przez nich oferty wprost wynikało, że nie mają wymaganego przez zamawiającego doświadczenia w realizacji tego rodzaju robót. Powodowie podnieśli też zarzut nadużycia przez pozwanego prawa podmiotowego, odwołując się do treści art. 5 k.c.

Pozwany (...) w W. wnosił o oddalenie powództwa w całości, podnosząc, że pomimo wezwania powodowie w wyznaczonym terminie nie uzupełnili braków oferty, co uzasadniało zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Wyrokiem z dnia 7 października 2015 r. Sąd Okręgowy w Warszawie zasądził od (...) w W. na rzecz (...) S.A. z siedzibą w M. i (...) spółka z o.o. z siedzibą w W. solidarnie kwotę 195.000 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 15 czerwca 2010 r. do dnia zapłaty, zaś w pozostałym zakresie oddalił powództwo.

Wyrok Sądu Okręgowego został wydany w oparciu o poniższe ustalenia faktyczne i rozważania prawne.

W dniu 21 grudnia 2009 r. (...) w W. ogłosił zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego na budowę budynku wirówki przeciążeniowej - symulatora szkoleniowego wraz z infrastrukturą towarzyszącą. O udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniali warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, a także posiadali niezbędną wiedzę i doświadczenie, dysponowali potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, lub przedstawili pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia. Wykonawca musiał spełniać łącznie następujące warunki:

(a) musiał wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności był krótszy, to w tym okresie, należycie wykonał roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. wykonał co najmniej 2 zadania polegające na budowie lub rozbudowie, lub przebudowie, lub odbudowie jednego lub większej ilości budynków użyteczności publicznej lub biurowych, o wartości robót budowlanych minimum 30.000.000 zł brutto, przy czym jedno z wykonanych zadań miało mieć następujące cechy: wartość robót budowlanych minimum 10.000.000 zł brutto i powierzchnia budynku minimum 2.000 m², oraz wykonał na przynajmniej jednym obiekcie użyteczności publicznej, biurowym bądź przemysłowym ustroje budowlane (płyty lub ściany) żelbetowe o przekroju minimum 70 cm na powierzchni co najmniej 120 m² i ogólnej kubaturze betonu nie mniejszej niż 500 m³ dla jednego ustroju,

(b) musiał mieć do dyspozycji osoby legitymujące się doświadczeniem i kwalifikacjami odpowiednimi do stanowisk, jakie zostaną im powierzone, w szczególności określonymi przepisami ustawy - Prawo budowlane, lub przedstawić pisemne zobowiązanie innych podmiotów do ich udostępnienia,

(c) musiał wykazać, że wysokość przychodów ze sprzedaży za ostatnie 3 lata łącznie była nie mniejsza niż 60.000.000 zł.

W zamówieniu określono też oświadczenia i dokumenty, jakie miały być dostarczone przez wykonawców, a ponadto warunkiem wzięcia udziału konsorcjum w postępowaniu przetargowym było wpłacenie wadium w wysokości 195.000 zł. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) zastrzeżono, że zamawiający porozumiewa się z wykonawcami pisemnie lub za pomocą faksu. Pisma przekazane za pomocą faksu uważano za złożone w terminie, jeżeli ich treść dotarła do adresata przed upływem terminu i została niezwłocznie potwierdzona pisemnie.

Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 26 stycznia 2010 r. Udział w przetargu zgłosiło m. in. konsorcjum (...) S.A. z siedzibą w M. i (...) spółka z o.o. z siedzibą w W.. (...) spółka z o.o. wpłaciła na rachunek bankowy zamawiającego wadium w wysokości 195.000 zł. Konsorcjum zaoferowało wykonanie robót za kwotę 7.827.857,61 zł powiększoną o podatek od towarów i usług w kwocie 1.722.128,67 zł. W punkcie 8 oferty konsorcjum nie określiło, przez skreślenie odpowiedniej treści, czy wykonawca wykona zamówienie sam w całości, czy częściowo przez podwykonawców. Natomiast w załączniku SIWZ wskazało instalacje sanitarne i elektryczne jako elementy prac, które będą wykonane przez podwykonawców.

W wykazie zadań, które konsorcjum załączyło do oferty dla potrzeb potwierdzenia posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, zostały wymienione następujące inwestycje: budowa 48 domów jednorodzinnych w gminie Y.

(prowincja G.), budowa 127 domów jednorodzinnych w gminie P. (prowincja G.), ratusz w F., budowa centrum usługowego 300 lokali w A..

Początkowo termin związania ofertą wynosił 30 dni. Pismem z dnia 19 lutego 2010 r., doręczonym konsorcjum za pomocą faksu w tym samym dniu, a na piśmie w dniu 22 lutego 2010 r., pozwany wezwał konsorcjum do udzielenia zgody na przedłużenie związania ofertą o 60 dni. Zgodnie z treścią pisma konsorcjum było zobowiązane do wypowiedzenia się co do udzielenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 23 lutego 2010 r. godz. 15:00. Pismem z dnia 23 lutego 2010 r., wysłanym do powoda faksem o godz. 14:25, konsorcjum udzieliło zgody na przedłużenie związania ofertą o 60 dni.

Pismem z dnia 2 marca 2010 r., doręczonym konsorcjum za pomocą faksu w tym samym dniu, a na piśmie w dniu 4 marca 2010 r., pozwany wezwał konsorcjum do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu przetargowym, złożenia wyjaśnień dotyczących tych dokumentów i wyjaśnienia treści oferty we wskazanym zakresie, w terminie do dnia 9 marca 2010 r. godz. 12:00. Konsorcjum nie udzieliło odpowiedzi na powyższe pismo.

Następnie pismem z dnia 5 marca 2010 r., doręczonym konsorcjum za pomocą faksu w tym samym dniu, a na piśmie w dniu 8 marca 2010 r., pozwany zawiadomił konsorcjum o poprawieniu, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, omyłek w kosztorysach ofertowych stanowiących integralną część złożonej przez konsorcjum oferty, a w konsekwencji poprawieniu omyłki w zakresie wartości (ceny) tej oferty. Konsorcjum zostało zobowiązane do zajęcia stanowiska co do wyrażenia zgody na poprawienie powyższych omyłek w terminie 3 dni od dnia otrzymania pisma, pod rygorem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Pismem z dnia 8 marca 2010 r., doręczonym pozwanemu na piśmie i faksem w dniu 11 marca 2010 r., konsorcjum zwróciło się do zamawiającego o potraktowanie jako niewiążącego jego stanowiska o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni, a także wezwało pozwanego do zwrotu wadium.

Po rozstrzygnięciu przetargu zamawiający pismem z dnia 15 marca 2010 r., doręczonym konsorcjum za pomocą faksu w tym samym dniu, a na piśmie w dniu 17 marca 2010 r., zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty. Z pisma tego wynika, że konsorcjum zostało wykluczone z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, a ponadto oferta konsorcjum została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 tej ustawy.

Jako uzasadnienie wykluczenia z udziału w postępowaniu zamawiający podał, że konsorcjum nie spełniło następujących warunków udziału w postępowaniu: (1) dysponowanie osobą na stanowisku kierownika robót elektrycznych posiadającą uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, oraz aktualne zaświadczenie o przynależności do właściwej izby inżynierów budownictwa, (2) posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia, tj. wykazanie się wykonaniem w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom stanowiącym przedmiot zamówienia, czyli wykonanie co najmniej 2 zadań polegających na budowie lub rozbudowie lub przebudowie lub odbudowie jednego lub większej ilości budynków użyteczności publicznej lub biurowych o wartości robót budowlanych minimum 30.000.000 zł brutto, przy czym jedno z wykonanych zadań miało posiadać następujące cechy: wartość robót budowlanych minimum 10.000.000 zł brutto, powierzchnia budynku minimum 2.000 m², oraz wykonanie na przynajmniej jednym obiekcie użyteczności publicznej, biurowym bądź przemysłowym ustrojów budowlanych (płyt lub ścian) żelbetowych o przekroju minimum 70 cm na powierzchni co najmniej 120 m² i ogólnej kubaturze betonu nie mniejszej niż 500 m³ dla jednego ustroju, (3) wykazanie, że wykonawca nie podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ustawy, albowiem wykonawca w stosunku do (...) S.A. nie przedstawił prawidłowych dokumentów wystawionych przez Urząd Skarbowy Oddział Specjalny w M. i dokumentu wystawionego przez Główny Urząd Zakładu Ubezpieczeń Społecznych.

W piśmie tym zamawiający wskazał również, że konsorcjum nie spełniło warunków wskazanych w piśmie z dnia 2 marca 2010 r., albowiem nie uzupełniło wymaganych dokumentów i nie złożyło żądanych wyjaśnień w nieprzekraczalnym terminie do dnia 9 marca 2010 r. Wobec nieprzedłożenia powyższych dokumentów zamawiający uznał, że konsorcjum nie spełniło warunków udziału w postępowaniu. Natomiast uzasadniając odrzucenie oferty, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, zamawiający wskazał, że konsorcjum złożyło wraz z ofertą jedynie tłumaczenie dokumentów, nie załączając dokumentów sporządzonych w języku obcym, oraz zmodyfikowało treść załącznika nr 7 do SIWZ, zawierającego zestawienie przychodów ze sprzedaży za lata 2007-2009.

W piśmie z dnia 29 marca 2010 r., doręczonym konsorcjum za pomocą faksu w tym samym dniu, a na piśmie w dniu 31 marca 2010 r., zamawiający zawiadomił konsorcjum o zatrzymaniu wadium, na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy - Prawo zamówień publicznych. Pozwany wskazał, że konsorcjum nie uzupełniło dokumentów zgodnie z wezwaniem z dnia 2 marca 2010 r., nie zawiadomiło, że termin wyznaczony na uzupełnienie dokumentów był zbyt krótki, ani nie wniosło o jego przedłużenie. Wyjaśnił również, że skutki odwołania przez konsorcjum oferty nastąpiły dopiero w dniu otrzymania pisma z tą informacją przez zamawiającego, tj. 11 marca 2010 r., a więc już po dniu 9 marca 2010 r., kiedy pozwany zatrzymał wpłacone przez konsorcjum wadium.

Pismem z dnia 2 kwietnia 2010 r. konsorcjum wniosło do zamawiającego środek prawny przewidziany w art. 181 ustawy - Prawo zamówień publicznych, tj. informację dla zamawiającego o czynności niezgodnej z przepisami ustawy, w którym powołał okoliczności mające świadczyć o niezgodności z prawem zatrzymania wadium. Wskazał na złą jakość faksu, która spowodowała, że z treścią wezwania do uzupełnienia dokumentów przetargowych konsorcjum zapoznało się dopiero z dniem wpływu pisma pocztą, tj. w dniu 4 marca 2010 r. Ponieważ na uzupełnienie dokumentów pozostało tylko 5 dni (w tym weekend), a większość żądanych dokumentów dotyczyła (...) S.A. i wymagała tłumaczenia, konsorcjum uznało, że niemożliwe jest dostarczenie dokumentów w nieprzekraczalnym terminie do dnia 9 marca 2010 godz. 12:00 i zaniechało próby uzupełnienia oferty, jednocześnie podejmując decyzję o jej wycofaniu. Ponadto konsorcjum wskazało na istotne braki w ofercie, która w związku z tym powinna zostać odrzucona, bez wzywania do jej uzupełnienia. Stwierdziło również, że od dnia 11 marca 2010 r. konsorcjum nie było związane ofertą, więc zamawiający nie mógł w dniu 29 marca 2010 r. zatrzymać wadium. Co więcej, konsorcjum wyrażając zgodę na przedłużenie okresu związania ofertą nie wydało zgody na przedłużenie okresu ważności wadium.

W piśmie z dnia 7 kwietnia 2010 r. zamawiający wskazał, że ogłoszone przez niego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego było prowadzone na podstawie przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych sprzed nowelizacji z dnia 2 grudnia 2009 r., w związku z czym powołany art. 181 ustawy nie miał zastosowania, a jedynym środkiem odwoławczym był protest uregulowany w art. 180 ustawy (sprzed nowelizacji). Nie podzielił poglądu konsorcjum o bezprawnym zatrzymaniu wadium, zaś wniesione przez nie pismo potraktował jako protest, który został oddalony.

Pismem z dnia 31 maja 2010 r. (...) spółka z o.o. wezwała (...) do zapłaty kwoty 195.000 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 7 kwietnia 2010 r. do dnia zapłaty. Pismem z dnia 15 czerwca 2010 r. pozwany odmówił zapłaty powyższej kwoty. W dniu 8 marca 2013 r. (...) spółka z o.o. zawiadomiła pozwanego do próby ugodowej w sprawie o zapłatę zatrzymanego wadium, lecz do zawarcia ugody nie doszło.

Zdaniem Sądu Okręgowego powództwo zasługiwało na uwzględnienie.

Dokonując oceny legitymacji procesowej czynnej powodów Sąd pierwszej instancji odwołał się do poglądu judykatury, że porozumienie konsorcyjne nie wygasa z chwilą prawomocnego wykluczenia wykonawców z postępowania, zaś wspólnicy tworzący konsorcjum mają legitymację grupową łączną zarówno w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak i w postępowaniu sądowym o zwrot wadium (por. uzasadnienia wyroków Sądu Najwyższego z dnia 13 października 2011 r., sygn. akt V CSK 475/10, Lex nr 1108492 i z dnia 11 maja 2012 r., sygn. akt II CSK 491/11, Lex nr 1238084).

Sąd Okręgowy wskazał, że okoliczności faktyczne sprawy były między stronami niesporne, zaś ich ocena prawna wymagała dokonania wykładni przepisu art. 46 ust. 4a ustawy - Prawo zamówień publicznych, w brzmieniu obowiązującym w okresie po nowelizacji z dnia 29 stycznia 2010 r. i przed nowelizacją z dnia 19 października 2014 r.

Sąd pierwszej instancji wyjaśnił, że zgodnie z treścią art. 25 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz spełnienie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) lub zaproszeniu do składania ofert. Oznacza to, że oferta wykonawcy złożona w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinna spełniać warunki określone w SIWZ.

Natomiast art. 26 ust. 3 i 4 ustawy - Prawo 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 ustawy, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy.

Według Sądu Okręgowego, co do zasady zamawiający ma obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów, jeżeli złożona w ofercie dokumentacja nie potwierdza spełnienia warunków przetargu, zawiera błędy lub określone dokumenty w ogóle nie zostały złożone, ale braki lub uchybienia mogą być uzupełnione. Jednakże zamawiający nie wzywa wykonawcy do uzupełnienia oferty, jeżeli oferta ta podlegałaby odrzuceniu, nawet gdyby wykonawca złożył wymagane oświadczenia i dokumenty. Pogląd ten został podzielony w orzecznictwie, albowiem zdaniem Sądu Najwyższego jeżeli oferta złożona przez wykonawcę wskazuje, że nie spełnia on warunków ustalonych przez zamawiającego w sposób nieusuwalny, to wówczas brak jest podstaw do wszczęcia procedury naprawczej, tj. wezwania do uzupełnienia dokumentacji, a wykonawca powinien zostać wykluczony od udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego bez podejmowania próby usunięcia braków oferty, którą złożył, a wadium powinno mu być zwrócone (por. uzasadnienia wyroków Sądu Najwyższego z dnia 10 maja 2013 r., sygn. akt I CSK 422/12, Lex nr 1331255 i z dnia 14 marca 2013 r., sygn. akt I CSK 444/12, Lex nr 1318297).

Zdaniem Sądu pierwszej instancji istotne braki oferty konsorcjum utworzonego przez powodów były dostrzegalne już na etapie jej złożenia. Dotyczyły one niespełnienia warunku posiadania przez wykonawców niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz kwestii ewentualnego wykorzystania podwykonawców. W piśmie z dnia 2 marca 2010 r. zamawiający wskazał, że konsorcjum nie potwierdziło spełnienia warunków do udziału w postępowaniu w zakresie legitymowania się dwoma zadaniami o parametrach określonych w SIWZ. Sama więc treść wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdza, że już na tym etapie zamawiający zdawał sobie sprawę, bądź mógł z dużym prawdopodobieństwem przypuszczać, iż konsorcjum nie spełnia wynikającego z SIWZ wymogu posiadania niezbędnego doświadczenia.

Sąd Okręgowy ocenił jako wiarygodne i logiczne twierdzenia powodów, że konsorcjum nie miało możliwości wykazania spełnienia warunków określonych w SIWZ poprzez dołączenie wykazu innych wykonanych zadań, ponieważ takim doświadczeniem nie dysponowało. Gdyby tworzące konsorcjum spółki posiadały większe doświadczenie, to wskazałyby na jego istnienie już na etapie składania oferty. Dlatego uznał, że pozwany nie powinien wzywać konsorcjum, w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych, do uzupełnienia dokumentów

w zakresie dołączenia wykazu wykonanych dotychczas prac, skoro już z wykazu dołączonego do oferty wynikało, że konsorcjum takich zadań nie wykonało.

W ocenie Sądu pierwszej instancji również braki dotyczące (...) S.A. nie były możliwe do uzupełnienia w terminie wskazanym przez zamawiającego. Ponadto konsorcjum nie udzieliło wyjaśnień co do tego, że w formularzu ofertowym nie dokonało skreślenia tekstu „zamówienie wykonam w całości sam”, a jednocześnie został wypełniony i załączony do oferty załącznik nr 6, który określał, jaką część przedmiotu zamówienia konsorcjum zamierza powierzyć podwykonawcy. Wobec tej sprzeczności oferta konsorcjum była niezgodna z SIWZ.

Zdaniem Sądu Okręgowego nieuzupełnienie braków w ofercie było niezależne od woli spółek tworzących konsorcjum, a więc nie było podstaw do wszczęcia procedury naprawczej i wzywania konsorcjum do złożenia wyjaśnień oraz dostarczenia brakującej dokumentacji. Zamiast tego zamawiający powinien wykluczyć konsorcjum z przetargu i w konsekwencji odrzucić jego ofertę.

Sąd pierwszej instancji wyjaśnił, że procedura wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego została uregulowana w art. 24 ust. 1 i 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się m.in. wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3 ustawy, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą, a także złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania lub nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z treści art. 24 ust. 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych wynika zaś, że ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Sąd Okręgowy wskazał, że konsorcjum doręczyło zamawiającemu faksem pismo cofające zgodę na przedłużenie związania ofertą w dniu 11 marca 2010 r., a więc przed rozstrzygnięciem przetargu, co miało miejsce w dniu 15 marca 2010 r. Z całokształtu zachowań konsorcjum i treści jego oferty wynikało więc, że nie spełnia ono warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Okoliczności te uzasadniały wykluczenie konsorcjum z postępowania przetargowego i odrzucenie jego oferty. Pomimo tego zamawiający podjął działania w celu spowodowania uzupełnienia oferty konsorcjum, a w konsekwencji zatrzymał wpłacone wadium.

Roszczenie powodów opiera się na zarzucie naruszenia przez pozwanego przepisu art. 46 ust. 4a ustawy - Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Jednakże zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Ponadto zamawiający zwraca niezwłocznie wadium na wniosek wykonawcy, który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert.

Sąd Okręgowy stwierdził, że zamawiający jest uprawniony do zatrzymania wadium tylko wówczas, gdy wezwanie do uzupełnienia dokumentacji, oświadczeń i złożenia wyjaśnień zostało wystosowane do wykonawcy w sposób prawidłowy i zgodny z przepisami. Tymczasem w niniejszej sprawie procedura wezwania konsorcjum do uzupełnienia braków oferty nie powinna być wszczęta, skoro oferta ta podlegałaby odrzuceniu nawet w przypadku jej uzupełnienia.

Sąd pierwszej instancji wyjaśnił, że 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, albowiem 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 zawinięcia wykonawcy konieczna jest zatem jego całkowita bierność, umyślność i celowość oraz nasilenie złej woli w niepodporządkowaniu się wezwaniu zamawiającego (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 marca 2013 r., sygn. akt I CSK 444/12, Lex nr 1318297). Natomiast podstawą zatrzymania wadium nie może być niespełnianie przez wykonawcę wszystkich warunków określonych przez zamawiającego

w SIWZ, gdyż celem działania zamawiającego podjętego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, nie może być tworzenie warunków do późniejszego zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 maja 2013 r., sygn. akt I CSK 422/12, Lex nr 1331255).

Zatrzymanie wadium, na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy - Prawo zamówień publicznych, uzasadnia tylko zawinione działanie wykonawcy polegające na celowym i umyślnym niewykonaniu wezwania zamawiającego do złożenia dokumentów i oświadczeń. Przy tym, nie bez znaczenia jest też wpływ uchybienia wykonawcy na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie każde zatem uchybienie wykonawcy w realizacji wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy, będzie uzasadniało zastosowanie tego przepisu (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 listopada 2012 r., sygn. akt II CSK 448/12, Lex nr 1314392).

Sąd pierwszej instancji podzielił wyrażony w orzecznictwie pogląd, że powołany przepis nie stanowi sankcji dla wykonawców, którzy zgłaszają swój udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, 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 wadia. Obowiązek zatrzymania wadium nie dotyczy także tych wypadków, gdy wykonawca złoży kompletną ofertę, pomimo że faktycznie nie spełniał warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Sądu Okręgowego złożona przez konsorcjum oferta nie spełniała wszystkich warunków określonych przez pozwanego w SIWZ. Z korespondencji prowadzonej pomiędzy stronami wynika, że konsorcjum nie wykonało zaleceń wynikających z pisma zamawiającego z dnia 2 marca 2010 r., ponieważ nie było w stanie w wyznaczonym terminie dostarczyć wymaganych dokumentów, oświadczeń i wyjaśnień, mających potwierdzać spełnienie wszystkich wymagań określonych w SIWZ. W szczególności konsorcjum nie miało możliwości wykazania wymaganego doświadczenia w realizacji robót, zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego.

Sąd pierwszej instancji podkreślił, że przepis art. 46 ust. 4a ustawy - Prawo zamówień publicznych został dodany, aby uniknąć niezgodnych z prawem zachowań niektórych wykonawców zmierzających do obejścia prawa, w tym do wzięcia udziału w znowie cenowej. Wobec tego w orzecznictwie i doktrynie wyrażony jest pogląd, że przepis ten powinien być stosowany wyłącznie w celu zapobiegania znowom wykonawców. Obowiązek zatrzymania wadium powstaje zatem tylko w przypadku zawinionego działania wykonawcy polegającego na nieuzupełnieniu dokumentów i oświadczeń, do złożenia których wykonawca został zasadnie wezwany przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, gdy to zaniechanie wykonawcy zmierza do obejścia prawa, w szczególności przez stworzenie warunków ku temu, by zamówienie udzielone zostało temu wykonawcy, kto zaferuje najwyższą cenę (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 maja 2013 r., sygn. I akt CSK 422/12, Lex nr 1331255). Tymczasem w niniejszej sprawie taka sytuacja nie miała miejsca.

Zdaniem Sądu Okręgowego 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 (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2011 r., sygn. akt II CSK 675/10, Lex nr 951295). Ponadto przedmiotem badania sądu nie powinno być to, czy uczestnik postępowania mógł złożyć prawidłową pod względem formalnym ofertę w dacie jej pierwotnego złożenia, ale czy mógł to uczynić w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 11 maja 2012 r., sygn. akt II CSK 491/11, Lex nr 1238084).

Sąd pierwszej instancji zwrócił uwagę na okoliczność, że podejmując decyzję o zatrzymaniu wadium pozwany nie podjął żadnych działań zmierzających do stwierdzenia, czy pomiędzy konsorcjum a innymi wykonawcami istniała znowa cenowa, której istnienie mogłoby uzasadniać zatrzymanie wpłaconego przez konsorcjum wadium. Jednocześnie postawa konsorcjum w kwestii nieuzupełnienia dokumentacji została wyjaśniona w zgodny z zasadami logicznego rozumowania. Zanim zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, wiedział już, że konsorcjum

nie jest zainteresowane dalszym udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia, albowiem przez rozstrzygnięciem przetargu konsorcjum wycofało swoją zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą.

Sąd pierwszej instancji podkreślił, że ewentualne uzupełnienie oferty przez konsorcjum nie wpłynęłoby na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, albowiem wybrana została oferta (...) S.A., która była korzystniejsza cenowo od oferty złożonej przez konsorcjum. Cena w wybranej ofercie wynosiła 7.631.184,80 zł brutto, zaś oferowana cena konsorcjum to 9.549.986,28 zł brutto, a po skorygowaniu przez zamawiającego - 9.718.470,44 zł brutto.

Zdaniem Sądu Okręgowego oferta konsorcjum kwalifikowała się do odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Ponadto, według art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Natomiast art. 87 ust. 2 ustawy stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. W niniejszej sprawie zachodzą przesłanki określone w powołanych wyżej przepisach, gdyż złożona przez konsorcjum oferta nie spełniała warunków określonych w SIWZ. Przy tym, brak zgody konsorcjum na dokonanie poprawy omyłek w jego ofercie, również implikowało jej odrzucenie.

Sąd pierwszej instancji oddalił powództwo w części obejmującej żądanie zasądzenia ustawowych odsetek od kwoty głównej za okres od 15 marca do 14 czerwca 2010 r., albowiem w wezwaniu do zapłaty z dnia 31 maja 2010 r. został wyznaczony pozwanemu termin zapłaty na dzień 15 czerwca 2010 r. Natomiast w pozostałym zakresie powództwo zostało uwzględnione.

Od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie apelację wniósł pozwany (...) w W..

Apelacją pozwany zaskarżył wyrok w części uwzględniającej powództwo, wnosząc o jego zmianę i oddalenie powództwa w całości. Pozwany zarzucił wyrokowi Sądu Okręgowego:

1) naruszenie prawa procesowego mające wpływ na wynik postępowania, tj. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez:

a) dokonanie oceny dowodu z dokumentu, tj. informacji dla zamawiającego o czynności niezgodnej z przepisami ustawy (pismo powodów z dnia 2 kwietnia 2010 r.) i danie wiary twierdzeniom powodów o zbyt krótkim czasie na uzupełnienie dokumentów oraz niemożności zapoznania się przez powodów z treścią faksu pozwanego z uwagi na jego złą jakość, co stoi w sprzeczności z zebrany w sprawie materiałem dowodowym oraz z zasadami doświadczenia życiowego, zgodnie z którymi podmiot składający ofertę o wartości blisko 8 mln zł, tego typu istotne okoliczności uniemożliwiające mu dalszy udział w postępowaniu przetargowym podniosłby niezwłocznie po otrzymaniu nieczytelnej korespondencji;

b) dokonanie oceny dowodów w sposób nasuwający zastrzeżenia z punktu widzenia zasad logicznego rozumowania, w świetle których nie można zaakceptować i uznać za wiarygodne jednocześnie twierdzeń zawartych w piśmie powodów z dnia 2 kwietnia 2010 r. o niemożności uzupełniania dokumentów oraz oświadczeń przedstawianych w toku postępowania o niemożności uzupełnienia dokumentów z powodu faktycznego braku doświadczenia w żądanym zakresie, z uwagi na wewnętrzną sprzeczność obu twierdzeń;

c) dokonanie ustalenia, że nieuzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych odbyło się bez przyczyn leżących po stronie powodów, a w szczególności, iż powodowie nie posiadali w swym portfolio doświadczenia zgodnego z treścią warunków udziału w postępowaniu, pomimo nieprzedstawienia przez nich jakiegokolwiek dowodu potwierdzającego tę tezę;

2) naruszenie prawa materialnego, tj.:

a) art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych (w brzmieniu z dnia 21 grudnia 2009 r.) poprzez jego wadliwą wykładnię i uznanie, że pozwany nie miał obowiązku wezwania powodów do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, pomimo jednoznacznie wynikającego z przepisu obowiązku w tym zakresie;

b) art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy - Prawo zamówień publicznych poprzez wadliwą jego wykładnię i uznanie, że wykonawca jest zobligowany do aktywnego wyrażenia zgody na poprawienie omyłek na zasadzie art. 87 ust. 2 ustawy, podczas gdy z przepisu jednoznacznie wynika zasada milczącej zgody i brak obowiązku składania wyraźnego oświadczenia woli w tym zakresie;

c) art. 46 ust. 4a ustawy - Prawo zamówień publicznych poprzez wadliwą jego wykładnię i uznanie, że zatrzymanie wadium na podstawie tego przepisu uzasadniało tylko zawinione działanie wykonawcy polegające na celowym i umyślnym niewykonaniu wezwania zamawiającego do złożenia dokumentów i oświadczeń, podczas gdy jest to sprzeczne z wnioskami płynącymi z literalnej wykładni przepisu.

Powodowie (...) S.A. z siedzibą w M. i (...) spółka z o.o. z siedzibą w W. wnosili o oddalenie apelacji i zasądzenie od pozwanego na ich rzecz kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył:

Apelacja nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych i Sąd Apelacyjny przyjmuje je za własne. Również rozważania prawne Sądu pierwszej instancji są trafne.

Nie zasługuje na uwzględnienie podniesiony przez pozwanego w apelacji zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. Zdaniem sądu odwoławczego dokonana przez Sąd Okręgowy ocena dowodów, która znalazła odzwierciedlenie w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, jest niewadliwa, jako zgodna z zasadami doświadczenia życiowego i logicznego rozumowania. Natomiast pozwany w apelacji nie wskazał okoliczności, które pozwalałyby Sądowi drugiej instancji na dokonanie oceny dowodów odmiennej niż zawarta w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Tymczasem zarzucenie naruszenia zasady swobodnej oceny dowodów nie może polegać na przedstawieniu przez stronę alternatywnego stanu faktycznego, a tylko na podważeniu podstaw tej oceny z wykazaniem, że jest ona rażąco wadliwa lub oczywiście błędna (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 kwietnia 2004 r., sygn. akt IV CK 274/03, Lex nr 164852).

Nie ma racji pozwany zarzucając Sądowi pierwszej instancji wadliwe ustalenie stanu faktycznego na podstawie dowodu w postaci pisma konsorcjum z dnia 2 kwietnia 2010 r., w którym powodowie powołali się na złą jakość wydruku faksu, mającą spowodować, że z treścią wezwania do uzupełnienia dokumentów przetargowych konsorcjum zapoznało się dopiero z dniem wpływu pisma pocztą, tj. w dniu 4 marca 2010 r. Zdaniem Sądu Apelacyjnego: po pierwsze - brak jest podstaw do negowania twierdzenia, że z różnych przyczyn faks powodów w danym dniu mógł działać wadliwie i jeżeli wydruk był nieczytelny, adresat mógł nie wiedzieć nawet, kto jest jego nadawcą, zaś po drugie - okoliczność, czy powodowie otrzymali czytelny wydruk faksu w dniu 2 marca 2010 r., czy o treści wezwania dowiedzieli się dopiero z pisma doręczonego im w dniu 4 marca 2010 r., nie miała istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Podstawą uwzględnienia powództwa była bowiem ocena prawna Sądu Okręgowego, że pozwany nie powinien wzywać powodów, na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych, do uzupełnienia dokumentów w zakresie dołączenia wykazu wykonanych dotychczas prac, skoro już z wykazu dołączonego do oferty wynikało, że konsorcjum takich zadań nie wykonało.

Nietrafny jest również pogląd pozwanego o wewnętrznej sprzeczności twierdzeń powodów o niemożności uzupełniania dokumentów i oświadczeń z uwagi na problemy techniczne i jednocześnie z powodu faktycznego braku doświadczenia wykonawcy w żądanym zakresie. Twierdzenie to nie jest bowiem wewnętrznie sprzeczne, skoro

problemy techniczne odnosiły się do uzyskania dokumentów i ich tłumaczeń dotyczących (...) S.A., natomiast niemożność uzupełniania dokumentów z powodu faktycznego braku doświadczenia wykonawcy dotyczyła dołączenia dalszego wykazu wykonanych dotychczas robót, o cechach wymaganych przez zamawiającego.

Pozwany nie ma też racji twierdząc, że powodowie nie udowodnili, iż „nie posiadali w swym portfolio” doświadczenia zgodnego z treścią warunków udziału w zainicjowanym przez zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia. W ocenie Sądu Apelacyjnego okoliczność ta wynika z dowodów z dokumentów w postaci SIWZ oraz oferty konsorcjum wraz z załącznikami. Zamawiający zastrzegł bowiem, że oferent powinien udokumentować, iż wykonał co najmniej 2 zadania polegające na budowie lub rozbudowie, lub przebudowie, lub odbudowie jednego lub większej ilości budynków użyteczności publicznej lub biurowych, o wartości robót budowlanych minimum 30.000.000 zł brutto, przy czym jedno z wykonanych zadań miało mieć następujące cechy: wartość robót budowlanych minimum 10.000.000 zł brutto i powierzchnia budynku minimum 2.000 m², oraz wykonał na przynajmniej jednym obiekcie użyteczności publicznej, biurowym bądź przemysłowym ustroje budowlane (płyty lub ściany) żelbetowe o przekroju minimum 70 cm na powierzchni co najmniej 120 m² i ogólnej kubaturze betonu nie mniejszej niż 500 m³ dla jednego ustroju.

Tymczasem w wykazie zadań, które konsorcjum załączyło do oferty dla potrzeb potwierdzenia posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, zostały wymienione następujące inwestycje: budowa 48 domów jednorodzinnych w gminie Y. (prowincja G.), budowa 127 domów jednorodzinnych w gminie P. (prowincja G.), ratusz w F., budowa centrum usługowego 300 lokali w A.. Ponieważ w załączniku nr 6 do oferty konsorcjum zadeklarowało, iż przez podwykonawców będą wykonane jedynie instalacje sanitarne i elektryczne, brak było podstaw do przypuszczeń, że doświadczenie w realizacji robót będzie mogło zostać wykazane przez powodów poprzez udokumentowanie inwestycji zrealizowanych przez podwykonawców. Zaś z zasad logiki i doświadczenia życiowego wynika, że gdyby powodowie „posiadali w swym portfolio” także inne inwestycje, to wskazałoby je od razu w ofercie. Jeżeli tego nie uczynili, oznaczało to, że nie spełniali warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i brak ten nie mógł być uzupełniony.

W konsekwencji trafnie uznał Sąd pierwszej instancji, że zamawiający nie powinien wzywać konsorcjum do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych (w brzmieniu wynikającym z ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, Dz. U. Nr 206, poz. 1591), lecz należało na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy (w powołanym wyżej brzmieniu) wykluczyć wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Konsekwencją wykluczenia wykonawcy powinno być uznanie jego oferty za odrzuconą, zgodnie z treścią art. 24 ust. 4 ustawy (w powołanym wyżej brzmieniu).

Nie ma racji również pozwany twierdząc, że Sąd Okręgowy naruszył art. 46 ust. 4a ustawy - Prawo zamówień publicznych (w powołanym wyżej brzmieniu) poprzez uznanie, że zatrzymanie wadium na podstawie tego przepisu uzasadniało tylko zawinione działanie wykonawcy polegające na celowym i umyślnym niewykonaniu wezwania zamawiającego do złożenia dokumentów i oświadczeń, podczas gdy jest to sprzeczne z wnioskami płynącymi z literalnej wykładni przepisu. Sąd pierwszej instancji w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku przytoczył obszerną argumentację, popartą poglądami wyrażanymi w piśmiennictwie i judykaturze, przemawiającą za prawidłowością przyjętej przez niego wykładni tego przepisu, zaś Sąd Apelacyjny w pełni podziela te poglądy.

W szczególności w orzecznictwie trafnie zauważono, że nie każde uchybienie wykonawcy w realizacji wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy, uzasadnia zastosowanie art. 46 ust. 4a ustawy i zatrzymanie wadium, ponieważ ocenie w kontekście zawinienia wykonawcy muszą podlegać wszystkie okoliczności niewykonania w sposób ścisły wezwania o uzupełnienie m.in. dokumentów i wpływu tego uchybienia na przebieg postępowania przetargowego (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2013 r., sygn. akt V CSK 531/12, Lex nr 1424860).

Przy tym Sąd Najwyższy wyjaśnił, że wykładnia art. 46 ust. 4a ustawy wymaga uwzględnienia celu jego wprowadzenia do systemu prawnego. Przepis ten, z uwagi na wysoką sankcyjność i restrykcyjność, powinien być stosowany wyłącznie dla zapobiegania znikom 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 na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, gdy to zaniechanie wykonawcy zmierza do obejścia prawa, w szczególności przez stworzenie warunków ku temu, by zamówienie udzielone zostało temu wykonawcy, kto zaoferuje najwyższą cenę.

Sąd pierwszej instancji uwzględnił powództwo w niniejszej sprawie, mając na uwadze okoliczności faktyczne sprawy oraz treść i wykładnię powołanych wyżej przepisów prawa, natomiast do treści art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy - Prawo zamówień publicznych odwołał się jedynie ubocznie. Pozwany w apelacji podniósł zarzut naruszenia powyższego przepisu poprzez uznanie, że wykonawca jest zobligowany do aktywnego wyrażenia zgody na poprawienie omyłek na zasadzie art. 87 ust. 2 ustawy, twierdząc, iż z przepisu tego wynika zasada milczącej zgody. W piśmiennictwie rzeczywiście przyjmuje się, że milczenie wykonawcy oznacza zgodę na dokonanie powyższych poprawek, a brak zgody musi być objęty wyraźnym oświadczeniem i tylko wyraźny brak zgody powoduje sankcję odrzucenia oferty (por. S. Babiarsz, Art. 89. w: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. III. Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis 2013). Jednakże wykładnia powyższego przepisu nie ma wpływu na treść rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

Podstawą orzeczenia Sądu Apelacyjnego był art. 385 k.p.c. O kosztach procesu orzeczono na zasadzie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c.