

*Sygn. akt X Ga 101/14*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 13 czerwca 2014 r.*

*Sąd Okręgowy w Gliwicach, X Wydział Gospodarczy*

*w składzie*

*Przewodniczący Sędzia SO Leszek Guza*

*Sędzia SO Iwona Wańczura – spr.*

*Sędzia SO Małgorzata Korfanty*

Protokolant *Aleksandra Ciesińska*

po rozpoznaniu w dniu **13 czerwca 2014 roku** w Gliwicach

na rozprawie

sprawy z powództwa: **A. K.**

przeciwko: **Gminie G.**

**o zapłatę**

**na skutek apelacji wniesionej przez powoda**

**od wyroku Sądu Rejonowego w Rybniku**

**z dnia 16 sierpnia 2013 roku**

***sygn. akt VI GC 607/12***

1 zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że zasądza od pozwanej na rzecz powoda kwotę 20.000 (dwadzieścia tysięcy 00/100) zł z ustawowymi odsetkami od 1 stycznia 2012 roku oraz koszty procesu w kwocie 3.417,00 (trzy tysiące czterysta siedemnaście 00/100) zł;

2 zasądza od pozwanej na rzecz powoda kwotę 2.200,00 (dwa tysiące dwieście 00/100) złotych tytułem zwrotu kosztów w postępowaniu odwoławczym.

SSO Małgorzata Korfanty SSO Leszek Guza SSO Iwona Wańczura

Sygn. akt X Ga 101/14

## UZASADNIENIE

Powód A. K. wniósł o zasądzenie od pozwanej Gminy G. kwoty 20.000 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 1 stycznia 2012 r. oraz kosztów postępowania.

W uzasadnieniu podał, że dochodzi zwrotu wadium wpłaconego

w związku z organizowanym przez pozwaną postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, które to wadium zostało przez nią zatrzymane.

W odpowiedzi na pozew pozwana wniosła o odrzucenie pozwu, ewentualnie o oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów postępowania.

Wskazała, iż była uprawniona do zatrzymania wadium, gdyż powód nie uzupełnił dokumentacji wymaganej zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Postanowieniem z dnia 23 listopada 2012 r. Sąd Rejonowy oddalił zarzut niedopuszczalności drogi sądowej podniesiony przez pozwaną. Zażalenie na powyższe orzeczenie zostało oddalone postanowieniem Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 26 marca 2013 r.

W dniu 16 sierpnia 2013 r. Sąd Rejonowy w Rybniku wydał wyrok, mocą którego oddalił powództwo oraz zasądził od powoda na rzecz pozwanej kwotę 2.400 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania.

Sąd Rejonowy ustalił, iż powód złożył ofertę w przetargu na przebudowę budynku użyteczności publicznej w S. organizowanym przez pozwaną. W dniu 28 listopada 2011 r. powód wpłacił wadium w wysokości 20.000 zł.

Pismem z dnia 6 grudnia 2011 r., wysłanym drogą mailową w dniu 7 grudnia 2011 r., pozwana wezwała pozwanego do uzupełnienia złożonej oferty, m.in. poprzez uzupełnienie w wykazie osób lub podmiotów przewidzianych do realizacji przedmiotu zamówienia informacji o posiadaniu uprawnień do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, przedłożenie pisemnego zobowiązania proponowanego przez pozwanego na kierownika robót M. S. do pełnienia tej funkcji w okresie realizacji zamówienia oraz pisemnych zobowiązań podmiotów współpracujących z powodem do oddania jego dyspozycji niezbędnych zasobów w okresie wykonania zamówienia. Powoda wezwano również do złożenia potwierdzeń zamawiających, że roboty ujęte w złożonym przez niego wykazie robót zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Pozwana określiła powodowi termin usunięcia braków do dnia 13 grudnia 2011 r. do godz. 15.00. Poprosiła jednocześnie o potwierdzenie otrzymania wiadomości.

Powód potwierdził odebranie wskazanego wezwania w dniu 12 grudnia 2011 r., wysyłając wiadomość również z poczty elektronicznej. Powód nie uzupełnił oferty w terminie. W dniach od 13 do 16 grudnia 2011 r. powód był chory, jednak do lekarza udał się dopiero w dniu 16 grudnia 2011 r.

Pozwana rozstrzygnęła przetarg w dniu 15 grudnia 2011 r. Oferta powoda została wykluczona, gdyż nie została uzupełniona. Zarazem pozwana zatrzymała wpłacone przez powoda wadium. Informacja o wyniku postępowania została tego samego dnia przesłana powodowi za pośrednictwem poczty elektronicznej, a następnie przesłana listownie.

Pismem z dnia 20 grudnia 2011 r. powód zwrócił się o przedłużenie okresu na złożenie dokumentów dotyczących przetargu, uzasadniając prośbę swoją chorobą. Zarazem załączył do pisma część wymaganych dokumentów, zgromadzonych w dniu 12 grudnia 2012 r. Jednocześnie powód wniósł o zwrot wpłaconego wadium, powołując się na brak fizycznej możliwości dokonania uzupełnień w wyznaczonym terminie. W kolejnym piśmie z dnia 23 grudnia 2011 r. powód przyznał fakt niezłożenia wymaganych dokumentów. Żądanie zwrotu wadium uzasadniał tym, że nie wykazał spełnienia warunków udziału w przetargu z przyczyn nieleżących po swojej stronie. W odpowiedzi na powyższe pozwana wskazała podstawę zatrzymania wadium oraz powtórzyła wcześniejsze uzasadnienie tej decyzji.

Wobec tak ustalonego stanu faktycznego Sąd Rejonowy zważył, że powód, od chwili złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, był obowiązany, zgodnie z art. 701 § 4 k.c., postępować według specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Podobnie pozwana od chwili udostępnienia warunków była nimi związana. W

pkt 6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia określono warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Warunek wskazany w pkt 6.2 – tj. posiadania wiedzy i doświadczenia, miał zostać spełniony poprzez złożenie wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich

5 lat przy upływie terminu składania ofert, z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Natomiast warunek opisany w pkt 6.3 – dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w tym dysponowania co najmniej 1 osobą z uprawnieniami budowlanymi do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń

w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, miał zostać wykazany poprzez złożenie wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia oraz informacją

o podstawie dysponowania tymi osobami, a także poprzez złożenie oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia.

Trafnie zatem powód kwestionował zgodność wezwania do przedstawienia dokumentacji potwierdzającej wykonanie robót przez zamawiającego. W specyfikacji nie wskazano bowiem podmiotu, który uprawniony był do wystawienia referencji uczestnikowi przetargu. Niemniej powód nie wykazał spełnienia warunku dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, do czego pozwana go wezwała i co wynikało wprost ze specyfikacji ogólnych warunków zamówienia. Powód nie powinien więc być zaskoczony otrzymanym wezwaniem.

Z treści art. 46 ust. 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych wynika, że to na powodzie ciążył obowiązek wykazania przesłanki ekskulacyjnej. Powód okoliczności tej nie wykazał.

Z przedstawionego przez niego zaświadczenia lekarskiego nie wynika, iż był on niezdolny do jakiegokolwiek formy komunikacji z pozwaną. Sąd Rejonowy zaakcentował, że powód nie był chory przez cały okres wyznaczony na usunięcie braków złożonej oferty. Poza tym nawet przyjmując, iż powód zapoznał się z wezwaniem dopiero w dniu 12 grudnia 2011 r., zdołał on jeszcze w tymże dniu zgromadzić znaczną część wymaganych dokumentów, co poddaje w wątpliwość podnoszoną przez powoda fizyczną niemożność uczynienia zadość wezwaniu. Nadto, powód mógł zlecić innej osobie wykonanie dalszych czynności.

Odnosząc się do zarzutu powoda, iż wezwanie z dnia 6 grudnia 2011 r. zostało mu nieprawidłowo doręczone, Sąd Rejonowy wskazał, że

pkt 11 specyfikacji, przewiduje sposób porozumiewania się pozwanej

z wykonawcami za pomocą poczty elektronicznej. W związku z tym, na podstawie art. 61 § 2 kc uznano, że wezwanie zostało powodowi doręczone

w dniu 7 grudnia 2011 r., w tym bowiem dniu wezwanie zostało wprowadzone do środka komunikacji elektronicznej, w taki sposób, że powód mógł się z nim zapoznać.

W świetle powyższego, Sąd Rejonowy oddalił powództwo na podstawie art. 46 ust. 4a prawa zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono w oparciu o przepis art. 98 kpc.

Powód w apelacji od powyższego wyroku wniósł o jego zmianę

i uwzględnienie powództwa w całości zgodnie z żądaniem pozwu, a także zasądzenie od pozwanej na jego rzecz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego za obie instancje według norm przepisanych.

Zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na wynik sprawy, a w szczególności art. 233 kpc poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów przeprowadzonych w sprawie, dokonanej wybiórczo wbrew zasadom doświadczenia życiowego, polegającej na uznaniu, że powód nie wykazał przesłanek ekskulacyjnych, podczas gdy powód przedstawił wszystkie okoliczności świadczące o braku możliwości złożenia dokumentów w terminie, w tym także wskazał wpływ działań

i zaniechań pozwanej na uchybienie terminu.

Dodatkowo skarżący zarzucił naruszenie prawa materialnego, a w szczególności:

- art. 46 ust. 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych przez jego błędną wykładnię polegającą na interpretacji tego przepisu z pominięciem wykładni funkcjonalnej, tj. nie biorąc pod uwagę celu wprowadzenia tego przepisu czyli zapobieganie znikom wykonawców, a nie sankcjonowanie każdego nieuzupełnienia braków formalnych przez wykonawcę;

- art. 27 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych przez błędną jego wykładnię poprzez uznanie, że zamawiający może wysyłać wezwania do uzupełnienia dokumentów wyłącznie drogą elektroniczną z pominięciem dokonania wezwania w drodze pisemnej.

Pozwana w odpowiedzi na apelację wniosła o jej oddalenie oraz zasądzenie od powoda na jej rzecz kosztów postępowania sądowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Pozwana podniosła w szczególności, że powód nie przeczy zarzutowi, że nie przedłożył wymaganych wezwaniem z dnia 6 grudnia 2011 r. dokumentów. Pozwana podziela zaś stanowisko Sądu I instancji zakładające, że powód miał obiektywną możliwość zadość uczynienia wezwaniu z dnia 6 grudnia 2011 r. Powód nie wykazał natomiast okoliczności, że nie przedstawienie żądanych dokumentów jest efektem przyczyn niezależnych od wykonawcy.

Zakładając natomiast (czemu pozwana się sprzeciwia), że ratio legis art. 46 ust. 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych miało być przeciwdziałanie znikom przetargowym, to ten argument działa na korzyść pozwanej, bo przejawem zromy przetargowej jest m.in. niezłożenie wymaganych dokumentów w trybie art. 25 ust. 1 pzp.

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

Apelacja powoda zasługiwała na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy podziela i przyjmuje za własne ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Rejonowy, jednakże w oparciu o powyższe ustalenia Sąd II instancji, jako sąd meriti dokonał odmiennej wykładni przesłanek uprawniających zamawiającego do zatrzymania wadium.

Mianowicie, Sąd Okręgowy zważył, że spór między stronami dotyczył interpretacji art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych (dalej: pzp).

Sąd Okręgowy przychyła się do przyjęcia językowej wykładni treści art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych, która powinna być jednak stosowana przy uwzględnieniu również wykładni celowościowej tego przepisu na tle całokształtu przepisów Prawa zamówień publicznych.

Art. 26 ust. 3 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. 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.

Zgodnie natomiast z art. 25 ust. 1 pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

1) warunków udziału w postępowaniu,

2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego

- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Zgodnie z art. 46 ust. 4a pzp, który dodany został do ustawy z dniem

24 października 2008r., a stanowiącym przepis szczególny do art. 46 ust. 1

i 2 pzp przewidującego obowiązek zwrotu wadium, 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.

Obowiązkiem wykonawcy jest zatem złożenie dokumentów, których rodzaj i treść (określona nadto przepisami rozporządzenia, a więc wynikająca ze źródła prawa przewidzianego w Konstytucji), pozwoli przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z jego udziałem. W świetle art. 46 ust. 4a pzp przez niezłożenie dokumentów (lub oświadczeń) należy zrozumieć nie tylko bierność wezwanego wykonawcy czyli sytuację, w której wykonawca w ogóle nie składa żadnego dokumentu, ale również sytuację,

w której wykonawca składa dokument (oświadczenie), z którego jednak nie wynika potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub spełnienia przez oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego (tak też Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 11 lipca 2012 r., sygn. akt IV CSK 121/12, opubl. LEX nr 1274997).

W rozpatrywanej sprawie powód został wezwany do uzupełnienia oferty pismem z dnia 6 grudnia 2011 r., wysłanym drogą mailową w dniu 7 grudnia 2011 r., m.in. poprzez uzupełnienie w wykazie osób lub podmiotów przewidzianych do realizacji przedmiotu zamówienia informacji o posiadaniu uprawnień do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, przedłożenie pisemnego zobowiązania proponowanego przez pozwanego na kierownika robót M. S. do pełnienia tej funkcji w okresie realizacji zamówienia oraz pisemnych zobowiązań podmiotów współpracujących z powodem do oddania jego dyspozycji niezbędnych zasobów w okresie wykonania zamówienia. Powoda wezwano również do złożenia potwierdzeń zamawiających, że roboty ujęte w złożonym przez niego wykazie robót zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Pozwana zakreśliła powodowi termin usunięcia braków do dnia 13 grudnia 2011 r. do godz. 15.00.

Sąd Okręgowy podziela stanowisko Sądu I instancji w przedmiocie dopuszczalności doręczenia powyższego wezwania drogą elektroniczną. Ponowne przytaczanie argumentów przedstawionych przez Sąd Rejonowy, które Sąd II instancji podziela i przyjmuje za własne jest zbędne i niecelowe.

Sąd Okręgowy zważył dalej, iż niewątpliwie powód nie uzupełnił oferty w terminie, dlatego też pozwana rozstrzygnęła przetarg w dniu 15 grudnia

2011 r. Oferta powoda została wykluczona, zaś pozwana zatrzymała wpłacone przez powoda wadium.

Istotnym jest jednakże, na co słusznie zwrócił uwagę Sąd Rejonowy, że powód trafnie kwestionował zgodność wezwania do przedstawienia dokumentacji potwierdzającej wykonanie robót przez zamawiającego.

W specyfikacji nie wskazano bowiem podmiotu, który uprawniony był do wystawienia referencji uczestnikowi przetargu.

Odnosnie zaś do niewykazania przez powoda spełnienia warunku dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, do czego pozwana go wezwała i co wynikało wprost ze specyfikacji ogólnych warunków zamówienia w pierwszej wskazać należy, że pismem z dnia 20 grudnia 2011 r. powód zwrócił się o przedłużenie okresu na złożenie dokumentów dotyczących przetargu, uzasadniając prośbę swoją chorobą. Jednocześnie załączył do pisma część wymaganych dokumentów, zgromadzonych w dniu 12 grudnia 2012 r.

Sąd Okręgowy wbrew stanowisku Sądu I instancji nie znalazł podstaw do kwestionowania treści przedłożonego przez powoda zaświadczenia lekarskiego.

W świetle wykazanej przez powoda choroby oraz treści jego pisma z dnia 20 grudnia 2011 r., w którym zwrócił się o przedłużenie okresu na złożenie dokumentów dotyczących przetargu Sąd Okręgowy uznał, że zachowaniu powoda nie można przypisać umyślności w działaniu i braku dobrej woli w podporządkowaniu się wezwaniu zamawiającego.

Sąd Okręgowy zważył natomiast, że obowiązek zatrzymania wadium powstaje tylko w przypadku zawinonego działania wykonawcy polegającego na nieuzupełnieniu dokumentów i oświadczeń, o złożenie których wykonawca został zasadnie wezwany przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 pzp, 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. 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 jego całkowita bierność, umyślność i celowość oraz nasilenie złej woli w niepodporządkowaniu się wezwaniu zamawiającego (tak też Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 10 maja 2013 r., sygn. akt I CSK 422/12, opubl. LEX nr 1331255).

Z powyższego wynika, że istotna jest motywacja wykonawcy oraz aby zaniechanie wykonawcy było zawinione i zmierzało do obejścia prawa.

Podkreślić przy tym należy, że niedopuszczalna jest interpretacja art. 46 ust. 4a pzp prowadząca do sytuacji, w której każde uchybienie wykonawcy w realizacji wezwania do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp skutkowało powstaniem po stronie zamawiającego prawa do zatrzymania wadium. Zamawiający nie może nadużywać swojego prawa, czyniąc z praktyki zatrzymania wadium wykonawców niejako dodatkowe źródło dochodu (tak też Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 20 maja 2010 r., sygn. akt I ACa 357/10, opubl. LEX nr 756566).

Z powyższych względów Sąd Okręgowy uznał, że zatrzymanie wadium przez pozwaną w okolicznościach rozpatrywanej sprawy nie było zasadne.

Dlatego też Sąd Okręgowy, na podstawie art. 386 § 1 kpc w zw. z art. 46 ust. 4a pzp zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że zasądził od pozwanej na rzecz powoda kwotę 20.000 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 1 stycznia 2012 r. oraz kwotę 3.417 zł tytułem kosztów procesu.

O odsetkach orzeczono po myśli art. 481 § 1 kc w zw. z art. 455 kc, zasądzając je zgodnie z żądaniem powoda od dnia 1 stycznia 2012 r., tj. niezwłocznie po poinformowaniu pozwanej o przyczynach niezłożenia dokumentów przez powoda oraz złożeniu wniosku o zwrot wadium, co nastąpiło w dniu 20 grudnia 2011 r.

O kosztach postępowania przed Sądem I instancji orzeczono po myśli art. 98 kpc.

Na zasądzoną kwotę złożyła się opłata stosunkowa od pozwu w kwocie 1.000 zł, opłata skarbową od pełnomocnictwa w kwocie 17 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 2.400 zł, stosownie do § 6 pkt 5 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. nr 163, poz. 1349 z późn. zm.).

Orzeczenie o kosztach postępowania odwoławczego oparto na przepisie art. 98 kpc oraz art. 391 § 1 kpc.

Na zasądzoną kwotę 2.200 zł złożyła się opłata od apelacji w kwocie 1.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 1.200 zł, stosownie do § 6 pkt 5 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 1 przywołanego powyżej rozporządzenia.

SSO Małgorzata Korfanty SSO Leszek Guza SSO Iwona Wańczura