

Sygn. akt I Ca 474/13

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 16 stycznia 2014 r.

Sąd Okręgowy w Tarnowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>SSO Wiesław Zachara</b>
<b>Sędziowie:</b>	<b>SSO Andrzej Bosak (spr.)</b> <b>SSO Edward Panek</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>sekretarz sądowy Paweł Chrabąszcz</b>

po rozpoznaniu w dniu 16 stycznia 2014 r. w Tarnowie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Spółki z o.o. z siedzibą w E., Przedsiębiorstwa (...) S.A. w K.

i (...) z siedzibą w W.

przeciwko Gminie M.(...)

o zapłatę

na skutek apelacji stron powodowych

od wyroku Sądu Rejonowego w Tarnowie

z dnia 24 lipca 2013 r., sygn. akt I C 1482/12

**1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że zasądza od strony pozwanej Gminy M. (...) na rzecz strony powodowej (...) Spółki z o.o. z siedzibą w E. kwotę 20.000 zł (dwadzieścia tysięcy złotych) z ustawowymi odsetkami od dnia 13 października 2011 r. do dnia zapłaty oraz zasądza od strony pozwanej na rzecz strony powodowej (...) Spółki z o.o. z siedzibą w E. kwotę 3.417 zł tytułem kosztów postępowania;**

**2. zasądza od strony pozwanej na rzecz strony powodowej (...) Spółki z o.o. z siedzibą w E. kwotę 2.200 zł tytułem kosztów postępowania odwoławczego.**

I Ca 474/13

## UZASADNIENIE

Powodowie: (...) Przedsiębiorstwo (...) s-ka z o.o. z siedzibą w E., Przedsiębiorstwo (...) SA z siedzibą w K. i (...) z siedzibą w W. wystąpili z zasądzeniem od Gminy M.(...)na rzecz (...) przedsiębiorstwa (...) kwoty 20 tys. zł z ustawowymi odsetkami od 13. 10. 2011r. do dnia zapłaty. W uzasadnieniu podali, że działając jako konsorcjum firm przystąpili do przetargu organizowanego przez stronę pozwaną jako zamawiającego na realizację określonego w zamówieniu zadania, złożyli przy tym wadium, które w całości pokryło przedsiębiorstwo (...) jako lider konsorcjum. Wskazali, że ich oferta została odrzucona, a wadium zatrzymane, przy czym zaznaczyli, że ze strony zamawiającego nie wskazano tego przyczyn przy samym zatrzymaniu, lecz dopiero podczas późniejszej korespondencji (stanowiącej odpowiedź na wezwanie o zapłatę kwoty 20 tys. zł jako wyłożonego wadium) powołano się na art. 46 ust. 4a ustawy o zamówieniach publicznych jako podstawę zatrzymania. Podali, że po złożeniu oferty byli wzywani, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, do jej uzupełnienia poprzez przedłożenie próbki w postaci nagrania na płycie CD prezentującego wszystkie funkcjonalności i cechy oferowanego systemu określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Podali dalej, że

w odpowiedzi na wezwanie wyjaśnili, iż przedłożona pierwotnie próbka odpowiada wymogom SIWZ, natomiast nie ma możliwości stworzenia prezentacji zgodnie z wymaganiami z uwagi na charakter oferowanego systemu. Oceniając działanie zamawiającego wyrazili pogląd, że błędnie utożsamia on nieuzupełnienie braków oferty (tylko to stanowi podstawę zatrzymania wadium) z jej uzupełnieniem, lecz w taki sposób, że w dalszym ciągu nie spełnia ona wymagań co do przedmiotu zamówienia. Zaakcentowali, że charakter oferowanego przez nich systemu nie pozwalał na jego prezentację w sposób oczekiwany przez zamawiającego, tym samym brak po ich stronie zawinienia.

W odpowiedzi na pozew pozwana Gmina M. (...) wniosła

o oddalenie powództwa. Podniosła, że w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia określone zostały wymagania zamawianego systemu, m. in.

w załączniku nr 7 zawarto opis cech i funkcjonalności systemu, a w celu potwierdzenia, że system odpowiada tym wymaganiom, do oferty oferent zobowiązany był załączyć próbkę zawierającą film prezentujący funkcjonalność systemu w zakresie podanym w załączniku nr 7 (nagrana miała być akcja z ekranu komputera podczas użytkowania systemu wraz

z komentarzem co do jego obsługi). Wskazała, że dołączona do oferty powodów próbka nie prezentowała w ten sposób wszystkich wymaganych funkcjonalności, wobec czego wezwano oferenta do jej uzupełnienia, jednakże powodowie nie przedłożyli nagrania odpowiadającego warunkom SIWZ, lecz złożyli jedynie wyjaśnienia opisujące cechy i funkcjonalność systemu. Strona pozwana podkreśliła, że taki sposób prezentacji oferowanego systemu nie pozwalał na kontrolę, czy system rzeczywiście spełniał wymagania. Dodała, że w piśmie uzupełniającym stanowiącym odpowiedź na wezwanie do uzupełnienia oferty powodowie deklarowali, że oferowany system spełnia wszystkie wymagania SIWZ, a obecnie przyznaje, że mógł tych wymagań nie spełniać.

Wyrokiem z dnia 24 lipca 2013r Sąd Rejonowy w Tarnowie , Wydział I Cywilny powództwo oddalił.

Dokonując ustaleń faktycznych sąd rejonowy podał ,że powodowie działając w ramach konsorcjum uczestniczyli w organizowanym przez Gminę M. (...)przetargu w trybie ustawy

o zamówieniach publicznych. Przedmiotem zamówienia strony pozwanej była usługa pod nazwą „(...)”. Liderem konsorcjum było (...) Przedsiębiorstwo (...) s-ka z o.o. z siedzibą w E.. Przystępując do przetargu lider konsorcjum złożył wadium w wysokości 20 tys. zł. Wadium nie zostało przez stronę pozwaną zwrócone. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia przewidywała, że na potwierdzenie, że oferowana usługa jest zgodna z wymaganiami zamawiającego, wykonawca dołącza próbkę w postaci płyty CD/DVD zawierającą nagranie (film) prezentujące funkcjonalność proponowanego systemu w zakresie podanym w załączniku nr 7, nagranie to ma być wykonane jako rejestracja przechwyconej akcji z ekranu komputera podczas działania użytkownika, ma być też zaopatrzone w polskojęzyczny komentarz dźwiękowy lub w postaci napisów (rozdział XI SIWZ). Strona pozwana po złożeniu ofert przez podmioty, które przystąpiły do przetargu, wydała opinię o prezentacji oferentów. W odniesieniu do strony powodowej wskazano w opinii, że nie przedłożono prezentacji w odniesieniu do udokumentowania, że system spełnia niektóre z cech przewidzianych w SIWZ. Strona powodowa pismem z dnia 29. 09. 2011r. została wezwana do uzupełnienia złożonej próbki w postaci płyty CD ze wskazaniem, że nie zawiera ona wszystkich kluczowych cech

i funkcjonalności systemu bądź zawiera je w niepełnym zakresie, wezwanie wymieniało poszczególne cechy, których demonstracji wykonawca nie przedstawił bądź takich, których prezentacja nie była pełna. W odpowiedzi na wezwanie strona powodowa, poprzez lidera konsorcjum, m. in. wyjaśniła – w odpowiedzi na stwierdzenie zamawiającego, że wykonawca nie przedstawił demonstracji cechy – że założyła, iż opis tekstowy cechy przedstawiony w prezentacji na płycie jest wystarczający do przedstawienia spełnienia wymagania, co do innych cech wyjaśniła, że przedstawiona prezentacja jest według jej założeń wystarczająca. Strona pozwana w odniesieniu do wyjaśnień oferenta wydała opinię, że nie dostarczono uzupełnienia próbki zawierającej nagranie prezentujące funkcjonalność systemu. Strona pozwana jako zamawiający odrzuciła ofertę powodów. Jako podstawę odrzucenia wskazano m. in. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o zamówieniach publicznych podając, że treść oferty nie odpowiada SIWZ, tj. że próbka w postaci płyty CD/DVD nie zawierała wymaganych kluczowych cech i funkcjonalności systemu bądź zawierała je w niepełnym zakresie, a na wezwanie próbka nie została uzupełniona. Strona pozwana zawiadomiła powodów o zatrzymaniu wadium po otrzymaniu wezwania do zapłaty kwoty 20 tys. zł, jako podstawę zatrzymania wskazała art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przy tak dokonanych ustaleniach faktycznych sąd przedstawiając argumenty prawne przemawiające za wydanym wyrokiem podał, że powództwo jest nieuprawnione, gdyż po stronie pozwanej Gminy brak jest obowiązku zwrotu zatrzymanego wadium. Powodowie działając jako konsorcjum uczestniczyli w organizowanym przez stronę pozwaną przetargu, do którego zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 29. 01. 2004r. Prawo zamówień publicznych. Co do zasady zamawiający zwraca wpłacone wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej (art. 46 ust. 1). Odstępstwo przewidziane jest w ust. 4a tego artykułu, który nakazuje zamawiającemu zatrzymać wadium, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia oferty nie złożył dokumentów, o jakich mowa w art. 25 ust. 1, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nie leżących po jego stronie. Dokumenty, o jakich mowa w art. 25 ust. 1 to m. in. takie, które potwierdzają spełnianie przez oferowaną usługę wymagań określonych przez zamawiającego. Zgodnie z rozporządzeniem Prezesa rady Ministrów z 30. 12. 2009r., wydanym na podstawie delegacji z art. 25 ust. 2 ustawy, dla potwierdzenia, że oferowana usługa odpowiada wymaganiom przewidzianym przez zamawiającego, może on żądać np. próbki.

Opracowana przez stronę pozwaną w związku z zaproszeniem do składania ofert Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia przewidywała obowiązek dołączenia przez wykonawcę (właśnie dla potwierdzenia, że oferowana usługa spełnia wymagania) próbki w postaci płyty CD/DVD zawierającej nagranie (film) prezentujące funkcjonalność proponowanego systemu (nagranie to miało być wykonane jako rejestracja przechwyconej akcji z ekranu komputera podczas działania użytkownika, miało być też opatrzone w polskojęzyczny komentarz dźwiękowy lub w postaci napisów).

Z ustaleń wynika, że oferta (w tym próbka) przedstawiona przez powodów została uznana przez zamawiającego za niespełniającą wymagań określonych w SIWZ, co skutkowało wezwaniem do jej uzupełnienia. Analizując zarówno treść wezwania do uzupełnienia oferty, jak i udzieloną przez stronę powodową odpowiedź należy dojść do wniosku, że stanowiące próbkę nagranie mające prezentować funkcjonalność systemu nie spełniało warunków postawionych przez zamawiającego, tj. nie prezentowało systemu w sposób przez niego oczekiwany oraz że oferta nie została uzupełniona zgodnie z wezwaniem. Przykładowo w odpowiedzi na stwierdzenie zamawiającego, że wykonawca nie przedstawił demonstracji danej cechy (poprzez rejestrację przechwyconej akcji z ekranu komputera podczas działania użytkownika), składający ofertę powodowie podali, że założyli, iż opis tekstowy konkretnej cechy systemu jest wystarczający dla spełnienia wykazania spełnienia wymagania (uwaga nr 1). Innym przykładem jest stwierdzenie, w odpowiedzi na uwagę, że w prezentacji nie przedstawiono spełniania przez system danej funkcjonalności, że wykonawca informuje, iż system posiada tę funkcjonalność (uwaga nr 11). Uznał sąd, że przedstawiony sposób działania powodów jako wykonawcy biorącego udział w przetargu oznacza, że nie przedstawił on na wezwanie próbki, jakiej zamawiający oczekiwał (a której cechy zostały opisane w SIWZ). Przypomnieć trzeba w tym miejscu uczynione przez zamawiającego w ust. 1 rozdziału XI SIWZ zastrzeżenie, że oczekuje dostarczenia rozwiązania z potwierdzeniem jego funkcjonalności poprzez próbkę z uwagi na specjalistyczny charakter systemu. Innymi słowy zamawiający chciał mieć możliwość sprawdzenia, właśnie poprzez przedstawioną próbkę, czy oferowana usługa jest zgodna z jego wymaganiami, w tym też celu dokładnie opisał, co ta próbka ma zawierać. Niewątpliwie próbka przedstawiona przez

powodów, choć mogła – jak ci twierdzą – prezentować wymagane przez SIWZ cechy systemu, to nie prezentowała ich w sposób, jaki zamawiający sobie zażyczył. Wyraźnie

w SIWZ postawiono warunek demonstracji cechy i funkcjonalności poprzez nagranie przechwyconej akcji z ekranu komputera. W tej sytuacji zastosowanie innego sposobu prezentacji cechy systemu (tj. takiego, jaki sobie założył wykonawca – w tym wypadku np. opisu tekstowego) oznaczało, że próbka nie spełnia wymagań zamawiającego. Wykonawca nie zastosował się do tych wymagań również na wezwanie, oświadczając jedynie, że oferowany system spełnia wymagania. Poprzez takie działanie spowodował, że oferowany system nie mógł być sprawdzony, pod kątem spełniania wymaganych cech i funkcjonalności, w sposób, jaki przewidywał zamawiający. Wskazano, że tego rodzaju działanie jest równoznaczne z nieprzedstawieniem dokumentu (próbki), którego zamawiający może zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy żądać. Jednocześnie nie sposób przyjąć, by nastąpiło to z przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy. Powyższe przesądza zdaniem sądu rejonowego, że zatrzymanie wadium przez zamawiającego pozostawało w zgodzie z normą z art. 46 ust. 4a ustawy. Dodać trzeba, że tego rodzaju sankcja z jednej strony ma służyć wyeliminowaniu sytuacji, w której w przetargu staje podmiot nie mogący spełnić wymagań dla uzyskania zamówienia na określoną usługę, z drugiej może być traktowana jako forma wynagrodzenia dla podmiotu organizującego przetarg za czynności związane z oceną oferty nie spełniającej wymagań i która mimo wezwania uzupełniona nie została. W rozpatrywanej sprawie niewątpliwie ocena oferty powodów wymagała znacznego nakładu pracy (co finansowane jest z pieniędzy podatników), tym bardziej więc strona pozwana pozostawała w obowiązku zatrzymać wadium.

Orzeczenie to zaskarżyli apelacją powodowie wnosząc o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i uwzględnienie żądania pozwu w całości poprzez zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda ad. 1 kwoty 20.000 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy 00/100) wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 13 października 2011 r. do dnia zapłaty;

Ewentualnie o uchylenie wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu sądowi rozstrzygnięcie w przedmiocie kosztów procesu za obie instancje.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucili naruszenie przepisów prawa materialnego w zakresie art. 46 ust, 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych /Dz.U. 2013 poz. 907 / - dalej zwana ustawą Pzp - poprzez jego nie zastosowanie i błędne uznanie, że pozwana nie miała obowiązku zwrotu wadium Wykonawcy -stronie powodowej, zgodnie z treścią literalna tego przepisu;

naruszenie przepisów prawa materialnego w zakresie art. 46 ust. 4 a oraz art. 25 ustawy Pzp poprzez wadliwą wykładnię i zastosowanie tych przepisów, błędnie uznając, że przedstawienie przez Wykonawcę próbki - płyta CD (dokumentu w rozumieniu art. 26 ust.3) podlegającego uzupełnieniu w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy, która w ocenie zamawiającego-pozwanej nie prezentowała cech przedmiotowego oferowanego systemu i jego funkcjonalności w określony sposób, który zakładał zamawiający-pozwana, może stanowić w świetle przepisów art. 46 ust. 4 a ustawy podstawę do zatrzymania wadium Wykonawcy;

naruszenie przepisów prawa procesowego w zakresie art. 233 § 1 kpc, art. 232 kpc oraz 227 kpc poprzez oddalenie wszystkich wniosków dowodowych strony powodowej w skutek czego sąd nie rozstrzygnął sprawy, co do istoty oraz nie dokonał istotnych ustaleń faktycznych pomijając fakty mające znaczenie prawne i faktyczne dla sprawy odnośnie kwestii możliwości na etapie badania i oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu przetargowym zaprezentowania przez Wykonawcę cech i funkcjonalności systemu w sposób jaki oczekiwał Zamawiający oraz na ile ewentualnie odmienny sposób prezentowania cech i funkcjonalności samego systemu w próbce, uwzględniając uzupełnienie złożonej próbki poprzez nadesłanie obszernego opisu cech i funkcjonalności systemu w piśmie z dnia 03.10.2011 roku, nie powodowały, iż przedłożona próbka systemu oferowanego przez Wykonawcę odpowiadała wymogom formalnym SIWZ tj. prezentowania wymaganych cechy i funkcjonalności oferowanego systemu, pozwalając na ocenę merytoryczną jej zawartości; wadliwe ustalenie stanu faktycznego poprzez uznanie, że powodowie na wezwanie Zamawiającego nie uzupełnili żądanych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp pomimo, iż w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 uzupełnili załączoną do oferty przedmiotową próbkę systemu poprzez obszerne zaprezentowanie cech i funkcji tego systemu w piśmie z dnia 03.10.2011 r.

Sąd rozważył :

Apelacja zasługuje na uwzględnienie i winna odnieść spodziewany przez powodów skutek.

Aby w sposób właściwy odnieść się do zarzutów środka odwoławczego należy podkreślić ,że ustalenia faktyczne sądu nie zostały poczynione prawidłowo aczkolwiek nie w takim zakresie jakim zostało to objęte zarzutami apelacyjnymi.

Dokonując uzupełniających ustaleń faktycznych sąd okręgowy ustalił , że brak przedstawienia uzupełniającej próbki w postaci płyty DVD był jedną z dwóch przyczyn z powodu, których odrzucono ofertę powodów. Strona pozwana zawiadamiając o wyborze oferty w piśmie z dnia 11 października 2011r podała ,że wykonawca został wykluczony, stąd stosownie do art. 24 ust 4 pzp jego ofertę należy uznać za odrzuconą. Uzasadniając wykluczenie powodów podano , że zdaniem zamawiającego nie posiadali oni aktualnego certyfikatu usług lotniczych dla lotów fotogrametrycznych. Stwierdzono ,że uznany certyfikat austriackiego uczestnika konsorcjum nie stanowi zatem odpowiednika polskiego certyfikatu i nie jest mu równoznaczny , a takiego właśnie równoznacznego dokumentu żądał zamawiający w SIWZ

- Dowód ; pismo strony pozwanej z dnia 11 października 2011r k 42-47 akt.

W pozostałym zakresie ustalenia sądu rejonowego były prawidłowe i zostały przyjęte przez sąd okręgowy za własne. Nie mógł w konsekwencji ostać się zarzut powodów co do braku kolejnych ustaleń faktycznych co do prawidłowości załączonej wraz z ofertą przetargową prezentacji na nośniku DVD wraz z wyjaśnieniami na piśmie , albowiem nie było to przedmiotem rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie . Będzie o tym mowa poniżej , lecz obecnie trzeba podkreślić , iż w sytuacji gdy nie zostały spełnione inne wymogi ustawowe od których zależy zatrzymanie wadium w myśl art. 46 ust 4a pzp stwierdzenie czy prezentacja odpowiadała SIWZ jawi się jako nieistotne.

Ustalenia sądu rejonowego nie zawierają przy tym konstatacji , że powodowie nie uzupełnili zgodnie z wezwaniem braków wymaganej prezentacji. Ustalenia faktyczne sądu w tej części obiektywnie oddają przebieg poczynionych przez strony działań w związku z wezwaniem do uzupełnienia braków prezentacji. Sąd czyniąc w tym przedmiocie ustalenia faktyczne zasadnie nie przesądził czy wyjaśnienia powodów w odpowiedzi na wezwanie strony pozwanej czyniły zadość SIWZ. Przytoczono jedynie stanowisko zamawiającego , który stwierdził ,że tak się nie stało.

Apelacja zasługuje na uwzględnienie w takim zakresie jakim zarzuca naruszenie art. 46 ust 4a pzp. Nie ulega wątpliwości , że przepis ten budzi uzasadnione wątpliwości w praktyce i jego wykładnia nie może polegać wyłącznie na jego logicznej i gramatycznej interpretacji .

Trzeba zgodzić się z poglądem ,że obowiązek zatrzymania wadium powstaje 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 p.z.p., 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 ( por. wyrok SN z dnia 2013-05-10 CSK 422/12 LEX nr 1331255). W motywach wyroku z 22 listopada 2012 r., II CSK 448/12, Sąd Najwyższy wyjaśnił, że przepis ten, o charakterze bezwzględnie obowiązującym, został wprowadzony do prawa zamówień publicznych w celu ograniczenia możliwości dokonywania zmów przetargowych polegających na porozumieniu wykonawców prowadzącym do udzielenia zamówienia temu, kto zaoferuje najwyższą cenę. Zanim wszedł on w życie wykonawcy mogli celowo składać oferty bez wymaganych dokumentów lub oświadczeń i po zapoznaniu się z ofertami konkurentów, wycofać się z postępowania przetargowego bez żadnych konsekwencji. W doktrynie i orzecznictwie podkreśla się, że uprawnienie do zatrzymania wadium przez zamawiającego ma charakter zarówno sankcyjny i

dyscyplinujący, jak i restrykcyjny. Konsekwencją jest konieczność ścisłej jego interpretacji oraz oceny zaistnienia przesłanek zatrzymania wadium przy uwzględnieniu konkretnych okoliczności danej sprawy.

W orzecznictwie zgodnie przyjmuje się, że art. 46 ust. 4a p.z.p. ma zastosowanie w przypadku fizycznego niezłożenia żądanego przez zamawiającego dokumentu lub oświadczenia, natomiast nie znajduje zastosowania, jeżeli wykonawca złoży dokument lub oświadczenie, które nie potwierdza, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu przetargowym. Przepis ten nie został bowiem pomyślany jako sankcja dla wykonawców, którzy zgłaszają swój udział w przetargu chociaż nie spełniają merytorycznych oczekiwań zamawiającego. Takich wykonawców zamawiający powinien wykluczyć od udziału w przetargu. Nie ma też dostatecznych racji ku temu, by zamawiający zatrzymywał złożone przez nich wadia. Obowiązek zatrzymania wadium nie dotyczy także tych wypadków, gdy wykonawca złoży kompletną ofertę mimo, że faktycznie nie spełniał warunków udziału w postępowaniu przetargowym.

W nawiązaniu do argumentacji przytoczonej w powołanym wyżej wyroku Sądu Najwyższego z 22 listopada 2012 r., II CSK 448/12, należy stwierdzić, że wykładnia art. 46 ust. 4a p.z.p. wymaga uwzględnienia celu jego wprowadzenia do systemu prawnego. Przepis ten z uwagi na wysoką sankcyjność i restrykcyjność powinien być stosowany wyłącznie dla zapobiegania znikom wykonawców. Obowiązek zatrzymania wadium powstaje zatem 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 p.z.p., gdy to zaniechanie wykonawcy zmierza do obejścia prawa, w szczególności przez stworzenie warunków ku temu, by zamówienie udzielone zostało temu wykonawcy, który zaferuje najwyższą cenę. W każdym wypadku odmowy zwrotu wadium zatrzymanego w związku z niewywiązaniem się przez wykonawcę z obowiązku uzupełnienia dokumentów i oświadczeń badaniu podlegają także przyczyny niewykonania wezwania, bowiem obowiązek zatrzymania wadium przez zamawiającego nie powstaje wówczas, gdy niewykonanie wezwania było następstwem okoliczności, na które wykonawca nie miał i nie mógł mieć wpływu. Do przyjęcia zawinienia wykonawcy konieczna jest zatem jego całkowita bierność, umyślność i celowość oraz nasilenie złej woli w nie podporządkowaniu się wezwaniu zamawiającego.

W wyroku z 7 lipca 2011 r., II CSK 675/10, Sąd Najwyższy wskazał, że przyjęcie odmiennego stanowiska i uznanie, że do zatrzymania wadium może dojść w każdej sytuacji, gdy wykonawca nie wypełni należycie wezwania zamawiającego, stwarza pole do nadużyć ze strony zamawiającego. Możliwe wówczas staje się wykorzystanie instytucji wadium, jako sposobu nienależytego przysporzenia. W konsekwencji należy uznać, że zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a p.z.p. będzie uzasadniało tylko zawinione działanie wykonawcy polegające na celowym i umyślnym niewykonaniu wezwania zamawiającego do złożenia dokumentów i oświadczeń. Nie bez znaczenia dla oceny, czy zamawiający może zatrzymać wadium jest wpływ uchybienia wykonawcy na przebieg postępowania przetargowego (tak też Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 27 września 2010 r., KIO/UZP 1990/10, Wspólnota 2010, nr 45, s. 43 oraz w wyroku z 24 sierpnia 2011 r., KIO 1712/11).

W niniejszej sprawie nie ulega wątpliwości, powodowie odpowiadając na wezwanie skierowane do nich w trybie art. 26 ust. 3 pzp uzupełnili braki poprzez wyjaśnienia na piśmie do prezentacji na nośniku DVD. Do oceny zamawiającego należała interpretacja, czy prezentacja spełnia po uzupełnieniu warunki określone w SIWZ, czy też zawartość merytoryczna tych materiałów wykluczała możliwość przyjęcia oferty konsorcjum powodów. Postępowanie dowodowe nie wykazało, tego o czym powyżej wspomniano, czyli, że powodowie nie uzupełnili przedmiotowego braku działając świadomie i celowo.

Jak wynika z poczynionych w postępowaniu apelacyjnym ustaleń zawiadomienie o wyniku postępowania przetargowego na plan pierwszy wysuwa inną przyczynę wykluczenia powodów - to jest brak zdaniem zamawiającego posiadania aktualnych certyfikatów na świadczenie usług lotniczych. W aktach brak dokumentów aby stwierdzić, na jakimkolwiek innym etapie postępowania przetargowego kwestia ta została wyjaśniona, a zatem analiza wyników przetargu nie może nastąpić w oderwaniu od tej okoliczności. Skoro pozwana Gmina (...) w odpowiedzi na pozew stwierdziła, że zatrzymano wadium wyłącznie z tej przyczyny, że nie uzupełniono zgodnie z jej oczekiwaniami braków prezentacji to nie został spełniony cel jakiego ma służyć instytucja zatrzymania wadium wynikająca z treści art. 46 ust. 4a pzp. Regulacja ta ma służyć wyłącznie przeciwdziałaniu znikom przetargowym, w których

grupa wykonawców działających w porozumieniu może spowodować poprzez nie dostarczenie dokumentów, iż zamówienie udzielane jest wykonawcy, który zaoferował najwyższą cenę. Strona pozwana nie wykazała, że istniały jakiegokolwiek przesłanki mogące świadczyć o zмовie oferentów. Nie wiadomo jaka oferta była najwyższa i czy można ją identyfikować z wygrywającym przetarg. Nie można też przesądzić, że prezentacja i wyjaśnieniami na piśmie nie mogła spowodować, że powodowie spełnili warunki udziału w postępowaniu w rozumieniu art. 25 ust 1 pzp. Sama odmienna interpretacja treści dokumentów złożonych w trybie ustawy o zamówieniach publicznych nie upoważnia zamawiającego do skorzystania z uprawnień do zatrzymania uiszczonego wadium.

Oczywiście w świetle powyższych rozważań trudno zgodzić się z sądem rejonowym, że instytucja opisana w art. 46 ust 4a ma służyć jako forma wynagrodzenia dla podmiotu organizującego przetarg za czynności związane z oceną oferty nie spełniającej wymagań. Skoro przedstawiona interpretacja tego zapisu ustawy ma służyć wyłącznie osiągnięciu jednego celu to jest zapobieżeniu zмовom przetargowym, trudno aby niejako „przy okazji” pełniła rolę kompensacji kosztów związanych z takim postępowaniem. Pomijając kwestię na jakiej podstawie przeliczano by te koszty wedle wysokości zatrzymanego wadium, to dodatkowo należałoby przyjąć, że instytucji ten przydano by raczej funkcję o charakterze odszkodowawczym co nie mieści się w uregulowaniach ustawy o zamówieniach publicznych.

Z tych też przyczyn na podstawie art. 386 § 1 wyrok należało zmienić i zasądzić dochodzoną w pozwie kwotę z odsetkami od daty, w której po stronie zamawiającego powstał obowiązek zwrotu uiszczonego wadium.

O kosztach postępowania orzeczono w myśl art. 108 kpc w związku z art. 391 § 1 kpc zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu wyrażaną w przepisie art. 98 kpc. Na zasądzone koszty postępowania za obie instancje składają się uiszczone opłaty sądowe, opłata od pełnomocnictwa, oraz taryfowe wynagrodzenie pełnomocnika obliczone wedle § 6 pkt 5, § 13 ust 1 pkt 1 Rozporządzenia Min Spr z dnia 28 września 2002 r w sprawie opłat za czynności adwokackie... – DzU z 2013r poz 461.