

Sygn. akt XXV C 11188/16

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 marca 2017 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXV Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSR (del.) Paweł Duda

Protokolant: sekretarz sądowy Arkadiusz Połaniecki

po rozpoznaniu w dniu 21 marca 2017 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) S.A. z siedzibą w M. (*Hiszpania*)

przeciwko *Skarbowi Państwa – Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad*

o zapłatę

I. zasądza od Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad na rzecz (...) S.A. z siedzibą w M. kwotę 250.000 zł (dwieście pięćdziesiąt tysięcy złotych) wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 21 sierpnia 2016 r. do dnia zapłaty;

II. oddala powództwo w pozostałej części;

III. zasądza od Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad na rzecz (...) S.A. z siedzibą w M. kwotę 26.917 zł (dwadzieścia sześć tysięcy dziewięćset siedemnaście złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania, w tym kwotę 14.400 zł (czternaście tysięcy czterysta złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego;

IV. nakazuje pobrać od Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Warszawie kwotę 316,98 zł (trzysta szesnaście złotych dziewięćdziesiąt osiem groszy) tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych.

Sygn. akt XXV C 1188/16

## UZASADNIENIE

**wyroku z dnia 30 marca 2017 r.**

(...) Spółka Akcyjna z siedzibą w M. pozwem z dnia 29 lipca 2016 r. wniosła o zasądzenie od Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad kwoty 250.000 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 12 lutego 2015 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. oraz odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty, tytułem zwrotu wadium złożonego przez powoda w związku z udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego przez pozwanego.

W uzasadnieniu pozwu powód wskazał, że w dniu 17 października 2014 r. pozwany wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. (...) kontraktem

w zakresie: budowa drugiej jezdni drogi ekspresowej (...) na odcinku S. – N. – od km 272+650 do km 286+043 w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót”. W dniu 28 listopada 2014 r. powód złożył ofertę w ramach tego postępowania oraz wniósł wadium w wysokości 250.000 zł w formie gwarancji bankowej wystawionej przez (...) Bank (...) S.A. Zwrot kwoty gwarancji na rzecz (...) Bank (...) S.A. zabezpieczony był regwarancją (...) Bank S.A. w Hiszpanii. W toku postępowania pozwany zwrócił się do powoda w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz.U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej równie „p.z.p.”, o przedłożenie dodatkowych oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie przez powoda warunków udziału w postępowaniu oraz w trybie art. 26 ust. 4 p.z.p. o udzielenie dodatkowych wyjaśnień. Wezwania te zostały wysłane wyłącznie faksem na nieużywany numer, wskazany w treści oferty powoda. Powód dowiedział się o tych wezwaniach dopiero z rozmowy telefonicznej z przedstawicielem pozwanego, dzień po upływie terminu na udzielenie odpowiedzi. Pozwany wybrał ostatecznie ofertę wykonawcy, który za wykonanie zamówienia zaoferował niższą cenę niż powód i poinformował powoda o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 p.z.p. W dniu 18 lutego 2015 r. pozwany wystąpił do (...) Bank S.A. z żądaniem zapłaty wadium w wysokości 250.000 zł z tytułu gwarancji wadialnej a gwarant powyższe żądanie zrealizował wypłacając pozwanemu równowartość sumy gwarancyjnej. (...) Bank (...) S.A. wystąpił do (...) Bank S.A. w Hiszpanii o zwrot sumy gwarancji wadialnej a (...) Bank S.A. w Hiszpanii wystąpił do powoda o zwrot sumy gwarancyjnej. Ostatecznie w dniu 17 marca 2015 r. na mocy porozumienia zawartego pomiędzy powodem a jego spółką zależną (...) S.A., powód za pośrednictwem tej spółki zależnej zwrócił na rzecz (...) Bank S.A. kwotę 60.928,95 Euro stanowiącą równowartość sumy gwarancyjnej. Jednocześnie doszło do potrącenia wzajemnych wierzytelności, tj. wierzytelności (...) S.A. wobec powoda o zwrot kwoty 60.928,95 Euro zatrzymanej przez bank i wierzytelności powoda wobec (...) S.A. o zapłatę należności wynikającej z faktury wystawionej z tytułu świadczenia na rzecz powoda usług, wskutek czego wysokość wynagrodzenia należnego powodowi została pomniejszona o 60.928,95 Euro. W ocenie powoda nie zachodziły przesłanki uzasadniające zatrzymanie przez pozwanego wadium na podstawie art. 46 ust. 4a p.z.p., ponieważ niezłożenie przez powoda na wezwanie pozwanego dokumentów i wyjaśnień nie było zawinione przez powoda, nie miało charakteru umyślnego i celowego niepodporządkowania się wezwaniom pozwanego oraz nie miało wpływu na wynik postępowania przetargowego. Zatrzymanie przez pozwanego wadium bez podstawy prawnej doprowadziło do uzyskania przez niego korzyści majątkowej przy jednoczesnym zubożeniu majątku powoda, co wypełnia przesłanki z art. 405 w zw. z art. 410 k.c. i czego konsekwencją jest obowiązek zwrotu niesłusznie zatrzymanego wadium przez pozwanego.

W odpowiedzi na pozew Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad wniósł o oddalenie powództwa.

Na uzasadnienie pozwany podał, że pismo wzywające powoda do uzupełnienia dokumentów zostało przesłane na numer faksu wskazany w ofercie powoda, a wynik transmisji faksowej był pozytywny. Powód nie złożył wymaganych dokumentów a po upływie terminu poinformował pozwanego, że w związku z błędami organizacyjnymi i systemowymi u wykonawcy nie był w stanie uzupełnić dokumentów i że ze względu na niedotrzymanie obowiązujących terminów nie widzi potrzeby ich uzupełnienia. Powód wpisując do oferty określony numer faksu przy dopuszczonej w SIWZ formie kontaktów faksowych w toku postępowania, godził się na możliwość kontaktu z nim za pośrednictwem faksu o określonym numerze. Jeśli powód podał numer faksu nieużywany, to ponosi oczywistą winę w tym, że nie złożył odpowiedzi na wezwanie pozwanego w terminie.

W ocenie pozwanego niezłożenie przez powoda w terminie określonym w wezwaniu dokumentów i oświadczeń spowodowane było przekonaniem powoda o braku szans na wybranie jego oferty i o braku obowiązku reakcji na wezwanie, a nie okolicznościami od niego niezależnymi. Powód nigdy nie złożył wymaganych przez pozwanego dokumentów, dlatego uprawnione jest przypisanie mu złej woli i celowego działania. W tej sytuacji pozwany miał prawo, a nawet obowiązek, zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a p.z.p. Tym samym nie zostały spełnione przesłanki z art. 405 k.c. a przysporzenie miało podstawę prawną. Pozwany podniósł również, że wątpliwości budzi kwestia zubożenia powoda. Zubożenie nastąpiło z woli powoda w wyniku zawartego porozumienia ze spółką (...) S.A. i dokonanych wzajemnych między tymi podmiotami rozliczeń. Szczególne wątpliwości wywołuje fakt, że podstawą

porozumienia i potrąceń z dnia 17 marca 2015 r. pomiędzy powodem a wskazaną wyżej spółką była faktura z 30 września 2012 r. Świadome działania powoda wywołujące po jego stronie niepowiększenie majątku nie mogą być podstawą roszczeń względem pozwanego opartych na art. 405 i 410 k.c.

### **Sąd ustalił następujący stan faktyczny:**

Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w dniu 17 października 2015 r. ogłosił w trybie zamówienia publicznego przetarg nieograniczony pn. (...) kontraktem w zakresie: budowa drugiej jezdni drogi ekspresowej (...) na odcinku S. – N. – od km 272+650 do km 286+043 w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót” (zwany dalej również „zamówieniem”) W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający postanowił, że wykonawca jest zobowiązany do wniesienia wadium w wysokości 250.000 zł w jednej z kilku form wskazanych w SIWZ,

w tym m.in. w formie gwarancji bankowej, które powinno obejmować cały okres związania ofertą. Termin składania ofert wyznaczono do dnia 28 listopada 2014 r. do godz. 10:30

a termin związania ofertą na 60 dni, przy czym bieg tego terminu rozpoczynał się wraz

z upływem terminu składania ofert. Przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty wyłącznym kryterium była cena. W treści SIWZ zastrzeżono również, że wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz inne informacje Zamawiający oraz wykonawcy będą przekazywać pisemnie na adres (...) Oddział w Z., faksem na wskazany w SIWZ numer lub drogą elektroniczną na wskazany adres mailowy (...), przy czym każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt otrzymania informacji w innej formie niż pisemna. Forma pisemna zastrzeżona została dla złożenia oferty, w tym oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału

w postępowaniu oraz oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowany przedmiot zamówienia wymagań określonych przez Zamawiającego, a także zmiany i wycofania oferty. (pismo GDDKiA z 21.07.2015 r. – k. 46, ogłoszenie o zamówieniu – k. 48-63, Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia – k. 65-88).

W dniu 25 listopada 2014 r. (...) S.A. z siedzibą w M. złożyła ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia za cenę 10.999.982,25 zł brutto. W treści oferty powodowa spółka wskazała, że wszelką korespondencję w sprawie postępowania należy kierować na adres: P. L., (...) S.A., ul. (...), (...)-(…) R., fax (...) e-mail (...) Wraz z ofertą (...) S.A. złożyła Zamawiającemu gwarancję wadialną wystawioną dnia 21 listopada 2014 r. przez (...) Bank (...) S.A., w której, w związku z ofertą na wykonanie przedmiotowego zamówienia złożonego przez (...) S.A., Bank nieodwołalnie i bezwarunkowo zagwarantował zapłacić każdą kwotę do łącznej wysokości nieprzekraczającej 250.000 zł na pierwsze pisemne żądanie Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad stwierdzające zaistnienie jakiegokolwiek przesłanki przewidzianej w art. 46 ust. 4a lub 5 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r., uzasadniającej zatrzymanie wadium, wraz ze wskazaniem tej przesłanki oraz podaniem podstawy prawnej zatrzymania wadium.

W dokumencie gwarancji wskazano, że gwarancja wygasa, nawet jeśli dokument nie zostanie zwrócony, w dniu 28 lutego 2015 r., o ile przed upływem tego terminu Gwarant nie otrzyma od Zamawiającego pisemnego zawiadomienia o wystąpieniu roszczenia. ( oferta (...) S.A. wraz z załącznikami – k. 91-93 i 265-397, gwarancja wadialna nr (...) z 21.11.2014 r. – k. 95).

Otwarcie ofert Wykonawców miało miejsce w dniu 28 listopada 2014 r. Najniższą cenę ofertową w kwocie 10.992.465,72 zł zaproponowało konsorcjum firm (...) Sp. z o.o. i (...) Sp. z o.o. Drugą w kolejności była cena zaproponowana w ofercie (...) S.A. (wykaz wykonawców, którzy złożyli oferty wraz z ceną złożonych ofert – k. 125-127).

Pismem z dnia 14 stycznia 2015 r. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad wezwała (...) S.A., na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p., do złożenia w terminie do dnia 21 stycznia 2015 r. następujących dokumentów: 1) oświadczeń i dokumentów wskazanych

w SIWZ pkt. 8.2.3. w zakresie warunku udziału w postępowaniu, którego opis został umieszczony w SIWZ, pkt. 7.2.3. b) – Potencjał kadrowy – osoby zdolne do wykonania zamówienia (co do doświadczenia zawodowego osoby wskazanej na stanowisko Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej), 2) oświadczeń i dokumentów

wskazanych w SIWZ pkt. 8.2.2. w zakresie udziału w postępowaniu, którego opis został umieszczony w SIWZ pkt. 7.2.2. – Posiadanie wiedzy i doświadczenia oraz w celu zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia,

w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności

i doświadczenia (usługi wskazane w ofercie nie potwierdzały spełnienia warunku udziału

w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia), 3) dokumentów wskazanych w SIWZ, pkt. 9.6.2.

w zakresie pełnomocnictwa do podpisania oferty (oryginał lub kopia potwierdzona za zgodność z oryginałem przez notariusza), względnie do podpisania innych dokumentów związanych z ofertą (jedno z pełnomocnictw zostało przedstawione

w nieodpowiedniej formie i jego tłumaczenie było niepełne). Kolejnym pismem z tej samej daty 14 stycznia 2005 r.) Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad wezwała (...) S.A., na podstawie art. 26 ust. 4 p.z.p., do złożenia w terminie do dnia

21 stycznia 2015 r. wyjaśnień – szczegółowo opisanych w piśmie – w celu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia w zakresie następujących dokumentów: 1) oświadczeń

i dokumentów wskazanych w SIWZ pkt. 8.2.3. w zakresie warunku udziału w postępowaniu, którego opis został umieszczony w SIWZ, pkt. 7.2.3. b) – Potencjał kadrowy – osoby zdolne do wykonania zamówienia, 2) oświadczeń i dokumentów wskazanych w SIWZ, pkt. 8.2.4.

w zakresie warunku udziału w postępowaniu, którego opis został umieszczony w SIWZ, pkt. 7.2.4. b) – Potencjał finansowy, 3) oświadczeń i dokumentów wskazanych w SIWZ, pkt. 8.1.4, a w przypadku Wykonawcy mającego siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej pkt. 8.3.1) lit. b) w zakresie wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt. 3 p.z.p., 4) oświadczeń i dokumentów wskazanych w SIWZ pkt. 8.1.5. i 8.1.6., a w przypadku wykonawcy mającego siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej pkt. 8.3.2) w zakresie wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania

w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt. 4)-8) oraz pkt. 10) i 11) p.z.p.

W obydwu tych pismach Zamawiający poprosił o niezwłoczne potwierdzenie faktu otrzymania wezwań. Wezwania te zostały wysłane do powodowej spółki w dniu 14 stycznia 2015 r. faksem na numer wskazany w ofercie i wynik transmisji był pozytywny. (dwa pisma (...) z 14.01.2015 r. – k. 97-100 i 102-104, raport transmisji faksowej – k. 401).

Numer faksu podany w ofercie złożonej przez (...) S.A. należał do firmy (...) „Laboratorium Drogowe W. B.”, z którym (...) S.A. współpracowała w tamtym czasie, gdyż nie miała siedziby w Polsce. W. B. prywatnie jest szwagrem P. L., który został wskazany w ofercie (...) S.A. jako osoba, do której należy kierować korespondencję. W. B. nie przekazał P. L. wyżej wymienionych pism (...) z 14 stycznia 2015 r. Po wysłaniu wezwań (...) nie kontaktowała się już z przedstawicielem (...) S.A. w celu potwierdzenia, czy wezwania dotarły. Powodowa spółka nie przesłała do (...) w

w określonym terminie dokumentów i oświadczeń określonych w wezwaniach. W dniu

22 stycznia 2015 r. z P. L. skontaktowała się telefonicznie M. G. – pracownik (...) Oddział w Z., w celu ustalenia, czy spółka (...) wysłała Zamawiającemu dokumenty związane z wezwaniem. Po tej rozmowie P. L. skontaktował się z W. B., który przesłał mu skany wezwań. Następnie P. L. skontaktował się z dyrektorem (...) S.A. Przedstawiciele spółki (...) S.A. podjęli decyzję, że w związku z upływem terminu powodowa spółka nie będzie uzupełniać dokumentów.

Pismem z dnia 22 stycznia 2015 r. (...) S.A. poinformowała (...), że w związku z błędami organizacyjnymi

i systemowymi u wykonawcy, dopiero w dniu dzisiejszym spółka otrzymała wiadomość

w sprawie wezwań (...) do uzupełnienia dokumentów i że w związku z upływem wyznaczonych terminów wykonawca nie widzi potrzeby uzupełniania brakujących dokumentów. (zeznania świadków P. L. – k. 437v.-438v. i M. G. – k. 438v.-439v., pismo (...) S.A. z 22.01.2015 r. – k. 106).

Pismem z dnia 22 stycznia 2015 r. (...) zwróciła się do wykonawców

o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni, tj. do dnia 27 marca 2015 r. W odpowiedzi (...) S.A. poinformowała (...), że nie wyraża zgody na przedłużenie wartości oferty i prosi o zwrot gwarancji wadialnej.

(pismo (...))

z 22.01.2015 r. – k. 108, pismo (...) S.A. z 22.01.2015 r. – k. 110).

W wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego (...) wybrała, jako najkorzystniejszą, ofertę złożoną przez konsorcjum firm (...) Sp. z o.o. i (...) Sp. z o.o., opiewającą na cenę brutto 10.992.465,72 zł, o czym wykonawcy zostali poinformowani pismem z dnia 6 lutego 2015 r. (...) S.A. została wykluczona z postępowania o udzielenie zamówienia, ponieważ nie wykazała spełniania warunków w zakresie dysponowania wymaganym potencjałem kadrowym oraz posiadania wiedzy i doświadczenia. Jednocześnie w piśmie poinformowano, że Zamawiający zgodnie z art. 46 ust. 4a p.z.p. zatrzyma wadium spółce (...) z uwagi na fakt, że powodowa spółka w odpowiedzi na wezwanie w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego nie złożyła wymaganych dokumentów i nie udowodniła, że wynika to z przyczyn nieleżących po jej stronie. (pismo (...) z 06.02.2015 r. – k. 112-123).

W dniu 9 lutego 2015 r. Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad wystąpił do (...) Bank (...) S.A. z żądaniem wypłacenia kwoty 250.000 zł na podstawie gwarancji wadialnej z dnia 21 listopada 2014 r. zabezpieczającej ofertę (...) S.A. oświadczając, że wystąpiła przesłanka zatrzymania wadium uregulowana w art. 46 ust. 4a p.z.p., ponieważ wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 p.z.p., w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego nie złożył wymaganych dokumentów i nie udowodnił, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. (pismo (...) z 09.02.2015 r. – k. 404-405).

(...) S.A. pismem z dnia 12 lutego 2015 r. poinformowała (...), że brak jest podstaw prawnych do zatrzymania wadium spółce (...), a tym samym działania zapowiedziane przez Zamawiającego będą miały charakter bezprawny. W odpowiedzi (...) w piśmie z dnia 12 marca (...). podtrzymała swoje wcześniejsze stanowisko w tym przedmiocie. (pismo (...) S.A. z 12.02.2015 r. – k. 129-134, pismo (...) z 12.03.2015 r. – k. 136).

W następstwie żądania (...) Bank (...) S.A. zapłacił na podstawie przedmiotowej gwarancji wadialnej na rzecz Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad kwotę 250.000 zł. (okoliczność ustalona na podstawie art. 230 k.p.c. – podana przez powoda w pozwie i niekwestionowana przez pozwanego).

(...) Bank (...) S.A. wystąpił do (...) Bank S.A. w Hiszpanii o zwrot sumy 250.000 zł wraz z kosztami operacyjnymi w kwocie 418 zł (łącznie 250.418 zł) wypłaconej na podstawie przedmiotowej gwarancji wadialnej, zabezpieczonej regwarancją wystawioną przez (...) Bank S.A. w Hiszpanii. (komunikat S. przesłany do (...) Bank (...) S.A. przez (...) Bank S.A. w Hiszpanii wraz z tłumaczeniem na język polski – k. 138-139).

Po dokonanej zapłacie kwoty regwarancji, (...) Bank S.A. w Hiszpanii wystąpił do powoda o zwrot zapłaconej kwoty w wysokości 60.928,95 Euro. Kwota ta w dniu 17 marca 2015 r. została zapłacona na rzecz (...) Bank S.A. w Hiszpanii przez (...) S.A., na mocy porozumienia z dnia 17 marca 2015 r. zawartego ze spółką (...) S.A. Spółki (...) S.A. i (...) S.A. należały do skonsolidowanej grupy firmy (...) oraz związane były ze sobą umową o świadczenie usług zawartą 1 stycznia 2011 r., na podstawie której (...) S.A. świadczyła na rzecz (...) S.A. usługi z zakresu zarządzania i administracji. Za wykonane na podstawie tej umowy prace spółka (...) S.A. wystawiła spółce (...) S.A. w dniu 30 września 2012 r. fakturę na kwotę 239.920, 18 Euro. W wyniku wymienionego wyżej porozumienia z dnia 17 marca 2015 r. dokonano potrącenia zapłaconej przez (...) S.A. w imieniu (...) S.A. kwoty 250.000 zł (60.928,95 Euro) z należnością (...) S.A. wynikającej z powyższej faktury z dnia 30 września 2012 r. (potwierdzenie obciążenia rachunku (...) S.A. z 17.03.2015 r. – k. 141-142, porozumienie pomiędzy przedsiębiorcami z 17.03.2015 r. – k. 150-151, umowa o świadczenie usług pomiędzy (...) S.A. i (...) S.A. – k. 145-149, faktura nr (...) z 30.09.2012 r. – k. 167-168).

Sąd ustalił powyższy stan faktyczny na podstawie powołanych dowodów.

Sąd uznał za wiarygodne obiektywne dowody z dokumentów, jako że nie budziły one wątpliwości co do ich autentyczności.

Sąd dał wiarę w całości zeznaniom świadków P. L. i M. G., ponieważ korespondowały one z dowodami z dokumentów, składając się wraz z nimi na spójną logiczną całość, obrazującą opisany wyżej stan faktyczny sprawy.

### **Sąd zważył, co następuje:**

Spór pomiędzy stronami dotyczył dopuszczalności zastosowania przez pozwanego sankcji w postaci zatrzymania wadium wniesionego przez powoda w związku z udziałem

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. (...) kontraktem

w zakresie: budowa drugiej jezdni drogi ekspresowej (...) na odcinku S. – N. – od km 272+650 do km 286+043 w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót”, z tytułu niezastosowania się przez powoda do wezwań do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. Rozstrzygnięcie tego sporu sprowadza się do wykładni przepisu art. 46 ust. 4a p.z.p.

w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (17 października 2014 r.), w myśl którego 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 nie leżących po jego stronie.

Z kolei przepis art. 26 ust. 3 p.z.p. w ówczesnym brzmieniu stanowił, 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.

Celem wprowadzenia art. 46 ust. 4a do Prawa zamówień publicznych na mocy ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 171, poz. 1058) było przeciwdziałanie znikom przetargowym, przejawiającym się w składaniu niekompletnych ofert przez kilku wykonawców, działających w porozumieniu, i ich nieuzupełnianiu bądź uzupełnianiu tylko przez tego wykonawcę, który – w świetle znanych już wówczas ofert konkurentów – przedstawił zazwyczaj najwyższą cenę, a pozostali uczestnicy zromy mogli wówczas bez negatywnych konsekwencji wycofać się z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co prowadziło do udzielenia zamówienia temu, kto zaoferował najwyższą cenę. (zob. druk sejmowy nr 471 Sejmu VI kadencji).

W orzecznictwie sądowym podkreśla się, że wykładania przepisu art. 46 ust. 4a p.z.p. – ze względu na jego wysoką sankcyjność i restrykcyjność – wymaga uwzględnienia celu jego wprowadzenia do systemu prawnego. Konsekwencją tego jest konieczność ścisłej jego interpretacji oraz oceny istnienia przesłanek zatrzymania wadium, przy uwzględnieniu konkretnych okoliczności danej sprawy. Obowiązek zatrzymania wadium przez zamawiającego 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 p.z.p., gdy to zaniechanie wykonawcy zmierza do obejścia prawa, w szczególności przez stworzenie warunków ku temu, by zamówienie udzielone zostało temu, kto zaoferuje najwyższą cenę. Nie bez znaczenia dla oceny, czy zamawiający może zatrzymać wadium jest wpływ uchybienia wykonawcy na przebieg postępowania przetargowego. ( vide orz. SN

z 07.07.2011r, II CSK 675/10, Legalis nr 496829; z 22.11.2012 r., II CSK 448/12, MoP 2013/24, s. 1324; z 10.05.2013 r., I CSK 422/12, Legalis nr 648963; z 14.03.2013 r., I CSK 444/12, Legalis nr 726319, orz. Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 18.06.2013 r., V ACa 261/13, LEX nr 1363243, orz. Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 17.01.2014 r., I ACa 1356/13, LEX nr 1422483, orz. Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 27.10.2016 r., III Ca 1230/16, Legalis nr 1537319). W kwestii wykładni art. 46 ust. 4a wypowiedział się również Trybunał Konstytucyjny w postanowieniu z dnia 9 maja 2012 r. sygn. P 47/11 (OTK-A 2012/5/57) wskazując, że: „Z punktu widzenia potrzeby ochrony konstytucyjnych praw i wolności, w szczególności – wolności działalności gospodarczej – dokonując wykładni art. 46 ust. 4a p.z.p., nie można tracić z pola widzenia celu tego przepisu, polegającego na sankcjonowaniu nieuczciwych zachowań przedsiębiorców w toku postępowania przetargowego. Niedopuszczalna jest taka interpretacja, która z instytucji zatrzymania wadium czyniłaby źródło dodatkowych dochodów zamawiających. (...) Nawet jeśli spełnione są przesłanki zatrzymania wadium, zachowanie wykonawcy i zamawiającego podlega kontroli także z punktu widzenia określonej w art. 5 k.c. konstrukcji nadużycia prawa podmiotowego. (...) Ocenie tej powinno zostać poddane wykonanie przez zamawiającego przysługującego mu prawa zatrzymania wadium.”

W niniejszej sprawie powód nie odpowiedział na wezwania pozwanego do uzupełnienia oferty. Podnoszone przez powoda okoliczności związane z nieprzekazaniem przedstawicielowi powoda przez współpracującą z nim firmę (która udostępniła powodowi swój numer faksu do korzystania) przedmiotowych pism z wezwaniami, przesłanych faksem przez pozwanego, nie stanowią usprawiedliwienia bierności powoda. Skoro taka forma komunikacji została w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego dopuszczona

i wezwania zostały wysłane na numer faksu wskazany w ofercie powoda, to brak niezwłocznego odebrania tych wezwań i zapoznania się z nimi przez przedstawiciela powoda muszą być traktowane jako okoliczności leżące po stronie powoda i przez niego zawinione. Powód nie uzupełnił oferty o żądane dokumenty i wyjaśnienia również po faktycznym odebraniu przedmiotowych wezwań (co nastąpiło już po wyznaczonym przez pozwanego terminie). Zasadności i celowości tych wezwań w niniejszej sprawie powód nie kwestionował.

W świetle materiału dowodowego sprawy brak było jednak podstaw do przyjęcia, żeby powyższe zaniechanie powoda zmierzało do obejścia prawa, w szczególności przez stworzenie warunków ku temu, by zamówienie udzielone zostało temu wykonawcy, który zaoferuje cenę wyższą niż cena najkorzystniejszej oferty. Jedynym kryterium wyboru ofert w niniejszym postępowaniu było kryterium ceny a oferta powoda nie była pod tym względem najkorzystniejsza. W wyniku przetargu wybrana została oferta podmiotu, który zaoferował niższą niż powód cenę (10.992.465,72 zł) i która uzyskała maksymalną liczbę punktów. Cena zaoferowana przez powoda (10.999.982,25 zł) była drugą w kolejności pod względem wysokości, zatem oferta powoda, nawet gdyby powód ją uzupełnił zgodnie z wezwaniami pozwanego, nie zostałaby wybrana. Pozwany nie podnosił przeciwnych twierdzeń w toku niniejszego procesu. Nie twierdził też, że podejrzewa znowę uczestników przetargu, a swoje prawo do zatrzymania wadium wywodził z literalnej wykładni art. 46 ust. 4a p.z.p.

Mając jednak na uwadze zaprezentowaną wyżej właściwą – celowościową – wykładnię wskazanego przepisu oraz brak podstaw do przyjęcia, że przystąpienie powoda do przetargu nosiło cechy pozorności i że nieuzupełnienie przez niego braków oferty zmierzało do stworzenia warunków ku temu, by zamówienie zostało udzielone zostało wykonawcy, który zaoferował wyższą niż powód cenę, a także faktyczny brak wpływu nieuzupełnienia braków oferty powoda na wynik postępowania przetargowego, stwierdzić należało, że nie zostały spełnione przesłanki uzasadniające zatrzymanie wadium wniesionego przez powoda. W konsekwencji zachowanie pozwanego polegające na ściągnięciu kwoty 250.000 zł

z bankowej gwarancji wadialnej złożonej przez powoda naruszało regulację art. 46 ust. 4a p.z.p. Na marginesie tylko wskazać należy, że nawet gdyby przepis ten wyłożyć literalnie, to opisane zachowanie pozwanego należałoby potraktować jako nadużycie prawa, nie zasługujące na ochronę w kontekście art. 5 k.c., gdyż pozwany uzyskałby kosztem powoda przysporzenie pomimo nieponiesienia szkody na skutek nieuzupełnienia oferty przez pozwanego, co należałoby ocenić negatywnie w kontekście zasad uczciwości i wzajemnej lojalności uczestników obrotu gospodarczego.

Nie miał racji pozwany zgłaszając zastrzeżenia co do faktu zubożenia powoda na skutek działania pozwanego polegającego na realizacji gwarancji wadialnej. Ze złożonych do akt przez powoda dokumentów wynikało, że w wyniku porozumienia zawartego w dniu

17 marca 2015 r. przez powodową spółkę ze spółką (...) S.A., która zwróciła za powoda sumę 60.928,95 Euro wypłaconą przez (...) Bank S.A. w Hiszpanii na rzecz (...) Bank (...) S.A. z tytułu regwarancji, doszło – na skutek potrącenia – do umorzenia wierzytelności (...) S.A. przeciwko powodowej spółce o zwrot tej kwoty z wierzytelnością powodowej spółki przeciwko (...) S.A. z tytułu wynagrodzenia za świadczone usługi co do kwoty 60.928,95 Euro, objętej wystawioną przez powoda fakturą z dnia 30 września 2012 r. W konsekwencji realizacji przez pozwanego przedmiotowej gwarancji wadialnej doszło zatem do uszczerbku majątkowego po stronie powoda w postaci zmniejszenia aktywów (umorzenia w części przysługującej powodowi wierzytelności). Akcentowany przez pozwanego fakt, że potrąceniem z dnia 17 marca 2015 r. objęta została należność z faktury wystawionej znacznie wcześniej niż data zawarcia tego porozumienia, sam w sobie nie podważa wiarygodności oświadczeń o potrąceniu wzajemnych wierzytelności, w szczególności nie prowadzi do wniosku, że oświadczenia te były pozorne. Pozwany, poza sformułowaniem ogólnych wątpliwości, nie podjął żadnej inicjatywy dowodowej celem podważenia skuteczności owego potrącenia.

Sąd nie podzielił z kolei zarzutu powoda dotyczącego kwestii terminu realizacji gwarancji wadialnej przez pozwanego. Fakt, że powód związany był złożoną ofertą do dnia 27 stycznia 2015 r. nie oznacza, że pozwany nie mógł w ogóle żądać wypłaty sumy gwarancji wadialnej po upływie tego terminu. Jeśli zostałyby spełnione przesłanki zatrzymania wadium, to upływ terminu związania ofertą nie stanowiłby przeszkody do wystąpienia z takim żądaniem. Jedynym ograniczeniem dla zamawiającego w tym zakresie jest konieczność wystąpienia z żądaniem zapłaty w terminie ważności gwarancji wadialnej, który w niniejszej sprawie został dochowany przez pozwanego.

Jednakże wobec nieziszczenia się przesłanek z art. 46 ust. 4a p.z.p. stwierdzić należało, że wadium wniesione przez powoda (wypłacone pozwanemu przez gwaranta

z gwarancji bankowej) powinno ulec zwrotowi. W ocenie Sądu podstawą tego zwrotu winien być art. 46 ust. 1 p.z.p. a nie – jak wskazywał powód – art. 405 w zw. z art. 410 k.c. Zgodnie z art. 46 ust. 1 p.z.p. zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a. Przepis ten jest przepisem szczególnym wyłączającym regulacje Kodeksu cywilnego. Z treści art. 14 p.z.p. wynika, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego tylko wtedy, gdy przepisy Prawa zamówień publicznych nie stanowią inaczej. Skoro art. 46 ust. 1 p.z.p. reguluje sytuację zwrotu wadium, to wyłączone jest stosowanie przepisów ogólnych wynikających z Kodeksu cywilnego, w tym przepisów regulujących instytucję bezpodstawnego wzbogacenia. (tak również Sąd Apelacyjny w Gdańsku w orz.

z 18.06.2013 r., V ACa 261/13, LEX nr 1363243 i Sąd Apelacyjny w Łodzi w orz.

z 27.10.2016 r., III Ca 1230/16, Legalis nr 1537319, taką samą podstawę rozstrzygnięcia

o zwrocie wadium przyjął także Sąd Apelacyjny w Warszawie w orz. z 17.01.2014 r., I ACa 1356/13, LEX nr 1422483).

Wobec tego Sąd uznał żądanie powoda o zasądzenie od pozwanego kwoty 250.000 zł za zasadne, na gruncie art. 46 ust. 1 p.z.p.

Powodowi należą się również odsetki ustawowe od wskazanej wyżej kwoty z tytułu opóźnienia w jej zapłacie przez pozwanego. Stosownie do art. 481 § 1 i 2 k.c., jeżeli dłużnik opóźnia się ze spełnieniem świadczenia pieniężnego wierzyciel może żądać odsetek za czas opóźnienia, chociażby nie poniósł żadnej szkody i chociażby opóźnienie było następstwem okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności, a jeżeli stopa odsetek za opóźnienie nie była oznaczona, należą się odsetki ustawowe za opóźnienie w wysokości równej sumie stopy referencyjnej Narodowego Banku Polskiego i 5,5 punktów procentowych. Termin zapłaty wskazanej sumy nie był oznaczony, ani nie wynikał z właściwości zobowiązania, zatem świadczenie to powinno być spełnione niezwłocznie po wezwaniu pozwanego do zapłaty (art. 455 k.c.). Przed wszczęciem niniejszego procesu powód nie wzywał pozwanego do zwrotu wadium, ściągniętego z bankowej gwarancji wadialnej. Jako pierwsze takie wezwanie należało potraktować



doręczenie pozwanemu odpisu pozwu, co nastąpiło 19 sierpnia 2016 r. Jako że kwestia zatrzymania wadium znana była pozwanemu

z wcześniejszej korespondencji powoda, który w piśmie kwestionował uprawnienie pozwanego do realizacji gwarancji bankowej, to po doręczeniu odpisu pozwu pozwany powinien niezwłocznie spełnić sformułowane w pozwie żądanie. W tej sytuacji należało uznać, że zapłata powinna nastąpić do dnia 20 sierpnia 2016 r., zatem pozwany znalazł się w opóźnieniu w dniu 21 sierpnia 2016 r., co uzasadniało zasądzenie odsetek od tej daty. Dalej idące żądanie w zakresie odsetek nie zasługiwało natomiast na uwzględnienie i podlegało oddaleniu.

Z opisanych przyczyn Sąd orzekł jak w pkt. I i II sentencji wyroku, na podstawie powołanych przepisów.

Orzekając o kosztach postępowania w pkt. III sentencji wyroku Sąd kierował się zasadą odpowiedzialności za wynik procesu wyrażoną w art. 98 § 1 k.p.c. Pozwany jako przegrywający sprawę obowiązany jest zwrócić powodowi koszty postępowania niezbędne do celowego dochodzenia praw. Na koszty te składa się uiszczona przez powoda opłata od pozwu w kwocie 12.500 zł, wynagrodzenie pełnomocnika procesowego powoda w wysokości 14.400 zł ustalone stosownie do § 2 pkt. 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia

22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców, w brzmieniu obowiązującym

w dacie wniesienia pozwu (tekst jedn.: Dz.U. z 2015 r., poz. 1804) oraz opłata skarbową od pełnomocnictwa procesowego w wysokości 17 zł, tj. łącznie 26.917 zł.

Nieuiszczone przez strony i wyłożone tymczasowo przez Skarb Państwa – Sąd Okręgowy w Warszawie koszty sądowe z tytułu należności tłumacza i świadka wyniosły łącznie 316,98 zł (39,09 zł + 277,89 zł). Mając na uwadze wynik sprawy, Sąd w pkt. IV sentencji wyroku na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 623) nakazał pobrać tę kwotę od pozwanego.