

Sygn. akt XXV C 1741/12

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 października 2013 roku

Sąd Okręgowy w Warszawie XXV Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący SSO Danuta Kowalik

Protokolant: sekretarz sądowy Katarzyna Borowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 września 2013 roku w Warszawie sprawy z powództwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., (...) S.A. z siedzibą w L.

przeciwko Skarbowi Państwa – Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad

o zapłatę

1. oddała powództwo;
2. zasądza od (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.i (...) S.A. z siedzibą w L. solidarnie na rzecz Skarbu Państwa – Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa kwotę 3 600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Sygn. akt XXV C 1741/12

UZASADNIENIE

(...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.i (...) S.A. z siedzibą w L. w Portugalii pozwem wniesionym przeciwko Skarbowi Państwa – Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad wnieśli o:

1. zasądzenie od pozwanego na rzecz powodów solidarnie kwoty 120 000 złotych wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 16 lipca 2010 roku do dnia zapłaty tytułem zwrotu bezpodstawnego wzbogacenia,
2. zasądzenie od pozwanego na rzecz powodów kosztów postępowania z wyodrębnieniem kosztów zastępstwa procesowego w wysokości podwójnego stawki minimalnej wraz z kosztami opłat skarbowych od pełnomocnictwa.

W uzasadnieniu powodowie wskazali, że jako konsorcjum złożyli ofertę wraz z wymaganymi dokumentami oraz wadium w kwocie 120 000 złotych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr ref. (...) prowadzonym przez pozwanego. Następnie pozwany poinformował powodów o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz wykluczeniu konsorcjum z powołaniem się na art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp) z uwagi na nie wykazanie przez powodów spełnienia warunków udziału w postępowaniu – nie wykonali w wyznaczonym terminie wezwania z dnia 20 maja 2010 roku do złożenia wyjaśnień i dokumentów i na podstawie art. 46 ust. 4a ww. ustawy zatrzymał wniesione wadium. W ocenie powodów zatrzymanie wadium winno nastąpić w sytuacji gdy nie został złożony żaden dokument, a nie gdy został złożony w nieodpowiedniej formie i z opóźnieniem wynikającym z przyczyn niezależnych od powodów (k. 2-18).

Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w odpowiedzi na pozew podniósł zarzut niewłaściwości miejscowej wnosząc o przekazanie sprawy sądowi właściwemu, wniósł o oddalenie powództwa i

zasądzenie od powodów na rzecz pozwanego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu pozwany podniósł następujące zarzuty przeciwko żądaniu pozwu: 1) powodowie nie kwestionowali w drodze środków ochrony prawnej czynności obejmującej wezwanie do uzupełnienia dokumentów oraz złożenia wyjaśnień, w tym również jasności wezwania oraz długości wyznaczonego terminu, tym samym zaakceptowali wezwanie, 2) powodowie składając ofertę oświadczyli, że są zdolni do wykonania zamówienia zgodnie z określonymi przez zamawiającego wymaganiami, tym samym już na etapie przygotowania oferty, a nie dopiero po wezwaniu do ich uzupełnienia winni dysponować dokumentami potwierdzającymi spełnienie warunku udziału w postępowaniu, 3) niedostarczenie przez zleceniobiorcę dokumentów do siedziby pozwanego w wyznaczonym czasie stanowiło efekt „zupełnej beztroski i brak zdolności przewidywania” skoro przekazanie dokumentów kierowcy miało miejsce dopiero po godz. 12:30, a miał on pokonać odległość ponad 130 km, nadto nawet wskazane okoliczności nie tłumaczą czemu przedmiotowe dokumenty wpłynęły do zamawiającego dopiero w dniu 31 maja 2010 roku, a nie 26 maja 2010 roku, 4) wobec jednoznacznego brzmienia art. 46 ust. 4a Pzp brak jest podstaw do ograniczania sankcji zatrzymania wadium jedynie do sytuacji zupełnego braku wykonania wezwania z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, 5) zatrzymanie wadium nastąpiło na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp tym samym nie zostały spełnione przesłanki z art. 405 k.c. – przysporzenie miało podstawę prawną (k. 178-191).

Powodowie w piśmie procesowym z dnia 5 kwietnia 2013 roku podtrzymując swoje dotychczasowe stanowisko w sprawie podnieśli również, że działanie pozwanego polegające na zatrzymaniu wadium jest sprzeczne ze społeczno – gospodarczym przeznaczeniem tego prawa i zasadami współżycia społecznego wywołując istotny uszczerbek w majątku powodowych spółek (k. 221-225).

Na rozprawie w dniu 27 września 2013 roku pozwany podniósł dodatkowo zarzut braku solidarności po stronie powodów (k. 270)

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia (...), w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót.

W ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) szczegółowo wskazano dokumenty, które ma założyć wykonawca, z wyodrębnieniem dokumentów, które winien złożyć wykonawca mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej. Zamawiający wskazał również formę, w jakiej winny być składane dokumenty – oświadczenie, wnioski i zawiadomienia oraz inne informacje zamawiający i wykonawca mieli przekazywać pisemnie lub faxem, przy czym forma pisemna zastrzeżona została dla złożenia oferty wraz z załącznikami, w tym oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowany przedmiot zamówienia wymagań określonych przez zamawiającego. Zamawiający podał nr faxu: (...) (ogłoszenie o zamówieniu – k. 61-66, SIWZ, Instrukcja dla wykonawców – k. 69-78).

(...)S.A. z siedzibą w L.i (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.zawarły umowę konsorcjum celem wspólnego uczestniczenia w przetargu oraz realizacji umowy na zarządzanie kontraktem „(...)” wraz z pełnieniem nadzoru nad realizacją robót (umowa konsorcjum – k. 107-108).

Konsorcjum złożyło swoją ofertę m.in. wraz z oświadczeniem o braku podstaw do wykluczenia z postępowania z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp (formularz (...)– k. 192), oświadczeniem o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (formularz (...)– k. 193), oświadczeniem o (...), w którym w odniesieniu do R. L.mającego pełnić funkcję inspektora nadzoru robót drogowych jako doświadczenie wskazano okresy od 03.2008 do 03.2010 i od 10.2003 do 09.2004, a w odniesieniu do A. I.okresy od 03.2005-05.2009 i od 05.2005 do 12.2008, przy czym w samym formularzu wskazano, że pełnienie wskazanej funkcji wymaga co najmniej 5

letniego doświadczenia zawodowego z zakresu kierowania/nadzorowania nad robotami drogowymi (formularz (...)-k. 195-201).

Konsorcjum wniosło również wadium w formie gwarancji bankowej udzielonej przez (...) S.A. (gwarancja bankowa wraz z tłumaczeniem – k. 109-110).

GDDKiA pismem z dnia 20 maja 2010 roku skierowanym do konsorcjum (wysłanym do lidera konsorcjum) powołując się na art. 26 ust. 3 i 4 Pzp wezwała do złożenia/wyjaśnienia wskazanych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu:

I. Na stronach 16 - 20 oferty załączono dokument nazwany Deklaracja, stanowiący oświadczenie prawnego przedstawiciela Wykonawcy (...) w zakresie m.in. nie znajdowania się w stanie likwidacji i upadłości, nie podleganiu zakazowi, aby zgłaszać kandydaturę firmy do przetargów.

- wezwał do wyjaśnienia, których dwóch dyrektorów może reprezentować spółkę

i czy niezbędna jest reprezentacja łączna,

- wezwał do wyjaśnienia powodów, dla których pod oświadczeniem złożonym przez prawnego przedstawiciela firmy Pana J. C., jak napisano na wstępie, podpis złożył Pan V. F. (Dyrektor) oraz czy tak złożone oświadczenie, zgodnie z prawem kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę, zachowuje swą moc prawną,

- wezwał do wyjaśnienia, czy zgodnie z prawem kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę Oświadczenie złożone przed „Asystentką prawnie delegowaną” (jak ma to miejsce w tym przypadku) jest równoważne złożeniu oświadczenia przed notariuszem, wskazując, że dla uznania oświadczenia za złożone przed notariuszem muszą zostać zachowane poniższe przesłanki:

- osoby umocowane do reprezentacji Spółki muszą stawić się osobiście przed notariuszem,
- notariusz musi dokonać identyfikacji osób i ich zdolności do działania w imieniu spółki,
- treść oświadczenia musi zostać odczytana i zrozumiana przez notariusza,
- notariusz musi poświadczyć złożenie oświadczenia i podpisów osób reprezentujących Spółkę.

II. W zakresie dokumentów składanych w celu potwierdzenia, że wobec Wykonawcy (...)nie otwarto likwidacji - na str. 40 oferty znajduje się Zaświadczenie (tłumaczenie str. (...))wystawione przez Sąd (...) w L.potwierdzający m.in., iż w odniesieniu do (...)nie stwierdzono istnienia danych dotyczących jakiegokolwiek postępowania upadłościowego w związku z niewypłacalnością Przedsiębiorstwa, ani postępowania naprawczego. Ponieważ w powyższym dokumencie nie wyjaśniono czy wobec Wykonawcy nie otwarto likwidacji Zamawiający wezwał do:

- wyjaśnienia czy w kraju, w którym Spółka ma siedzibę wystawiany jest dokument potwierdzający, że nie otwarto likwidacji wykonawcy,

- w przypadku, gdyby w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę w/w dokumenty były wydawane, wzywamy do ich złożenia,

- w przypadku, jeżeli takie dokumenty nie są wydawane, a załączone na stronie (...)oferty oświadczenie - Deklaracja nie spełniało określonych powyżej wymogów, wezwał do złożenia oświadczenia zgodnego z zapisami (...) ogłoszenia, potwierdzającego iż wobec Wykonawcy nie otwarto likwidacji,

III. Do złożonej oferty załączona została kopia dokumentu poświadczającego, że płatnik (...)ma uregulowaną sytuacją podatkową wobec Z. U. S.(str. 53-54 oferty) zwracając się o wyjaśnienie czy w kraju pochodzenia wykonawcy zarówno składki na ubezpieczenie społeczne jak i zdrowotne są odprowadzane do Z. U. S., czy też wydaje się inny dokument

potwierdzający, iż przedsiębiorca nie zalega z uiszczaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne. W przypadku, gdyby załączony do wniosku dokument nie potwierdzał nie zalegania z płatnością składek na ubezpieczenie zdrowotne, wezwał do złożenia stosownego dokumentu zgodnie z postanowieniami pkt (...)ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt (...)i (...)SIWZ,

IV. Zgodnie z zapisami ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie Potencjału ekonomiczno - finansowego winien załączyć do oferty część sprawozdania finansowego: rachunek zysków i strat za ostatni(e) rok (3 lata) obrotowy(e), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres, z oznaczeniem podmiotu, na rzecz którego został sporządzony, a jeżeli sprawozdanie finansowe podlega badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości, również opinię o badanym(ch) sprawozdaniu(ach) w części dotyczącej rachunku zysków i strat. Do oferty załączono część sprawozdania finansowego: rachunek zysków i strat za lata (...)firmy (...)Sp. z o.o. dlatego zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie czy sprawozdania finansowe wykonawcy załączone do oferty podległy badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości. W przypadku, gdy sprawozdania te podległy badaniu przez biegłego rewidenta wezwał do złożenia opinii o badanych sprawozdaniach w części dotyczącej założonych rachunków zysków i strat.

- wezwał do wyjaśnienia czy sprawozdanie finansowe wykonawcy za rok 2009 podlega badaniu przez biegłego rewidenta oraz do kiedy wykonawca zobowiązany jest zatwierdzić zobowiązanie za rok obrotowy 2009,

- jeżeli wykonawca posiada sprawozdanie finansowe za rok obrotowy 2009 wezwał do złożenia jego części wskazanej w ogłoszeniu i SIWZ, w celu spełnienia w/w wymagań zamawiającego, ewentualnie złożenie odnośnych dokumentów Partnera konsorcjum.

V. Na stronach (...) oferty załączono dokument nazwany Deklaracja, stanowiący oświadczenie prawnego przedstawiciela Wykonawcy (...), m.in. w zakresie że Wykonawca „nie podlega jakimkolwiek zakazowi na podstawie wyroku sądowego, aby zgłaszać swą kandydaturę do przetargów publicznych" wezwał do wyjaśnienia, czy w kraju pochodzenia wykonawcy wydaje się dokumenty potwierdzające, iż wobec wykonawcy - nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie.

a. w przypadku, gdyby w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę w/w dokumenty były wydawane wezwał do ich złożenia.

b. w przypadku, jeżeli takie dokumenty nie są wydawane, wezwał wyjaśnienia, czy przywołane oświadczenie, było złożone przed notariuszem.

c. w przypadku, gdyby powyższe wymogi nie zostały zachowane wezwał do złożenia oświadczenia w formie aktu notarialnego.

VI. W zakresie potencjału kadrowego do wyjaśnienia:

a. czy wskazany na stronie (...) wniosku Pan L.R. pełnił funkcje wymienione w ogłoszeniu w okresie krótszym niż 5 lat, tj. na stanowisku Inspektora Nadzoru (...)w okresach 03.2008 do 03.2010 oraz 10.2003 do 09.2004, tym samym wskazany kandydat nie spełnia warunku co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego z zakresu kierowania / nadzorowania nad robotami drogowymi.

Wezwał do uzupełnienia dokumentu Formularz (...) we wskazanym zakresie doświadczenia zawodowego.

Jeżeli powyższy warunek nie został spełniony przez w/w osobę, wezwał do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku w całości przez inną osobę.

b. czy wskazany na stronie (...) wniosku Pan I.A. pełnił funkcje wymienione w ogłoszeniu w okresie krótszym niż 5 lat, tj. na stanowisku Inspektora Nadzoru (...)w okresie 03.2005 do 05.2009.

Zadanie drugie swym czasem trwania zawiera się w zadaniu pierwszym, tym samym wskazany kandydat nie spełnia warunku co najmniej 5 lat doświadczenia

zawodowego z zakresu kierowania / nadzorowania nad robotami drogowymi.

Wezwał do uzupełnienia dokumentu Formularz (...) we

wskazanym zakresie doświadczenia zawodowego.

Jeżeli powyższy warunek nie został spełniony przez w/w osobę, wezwał do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku w całości przez inną osobę.

VII. W zakresie doświadczenia zawodowego Wykonawcy.

a. wezwał do wyjaśnienia klas dróg wskazanych w Formularzu (...)Doświadczenie na stronach (...)zadanie (...),

b. do oferty nie załączono dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia - zadanie (...)(dla drogi regionalnej (...)). Wezwał do złożenia dokumentów określonych w punkcie (...)potwierdzających spełnienie warunku, o którym mowa w pkt (...).

Zamawiający zaznaczył, że zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumenty składane w wyniku uzupełnienia powinny potwierdzać spełnianie warunków postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert oraz spełniać pozostałe wymagania stawiane składanym dokumentom określone w ogłoszeniu o przetargu i SIWZ.

Zamawiający dopuścił możliwość składania wyjaśnień w formie faxy natomiast dokumenty, w formie oryginału lub kopii poświadczonych przez wykonawcę (osobę należycie umocowaną) za zgodność z oryginałem, należy złożyć zamawiającemu na adres: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Ł., ul. (...), (...)-(...) Ł., pok. (...) (Sekretariat) w nieprzekraczalnym terminie do dnia 25 maja 2010 roku, do godz. 15:30 (k. 111-112).

Powyższe wezwanie wpłynęło do lidera konsorcjum faxem w dniu 20 maja 2010 roku o godz. 11:22 (dziennik faxów – k. 206). Zostało również wysłane listem poleconym nadanym w dniu 21 maja 2010 roku i odebrany w dniu 24 maja 2010 roku przez wykonawcę (k. 207).

Po otrzymaniu faxu wykonawca celem wykonania wezwania zwrócił się m.in. do R. L. i A. I. o przedstawienie dodatkowych inwestycji, na których kierowali/nadzorowali realizację robót drogowych, wskazane informacje wykonawca otrzymał dopiero w dniu 25 maja 2010 roku po godz. 12:00 (pismo – k. 121, 137).

W dniu 25 maja 2010 roku lider konsorcjum bezskutecznie próbował wysłać pismo stanowiące odpowiedź na wezwanie zamawiającego z dnia 20 maja 2010 roku (k. 117).

W odpowiedzi na wezwanie z dnia 20 maja 2010 roku pismem datowanym na dzień 25 maja 2010 roku, które zostało faxem wysłane do zamawiającego dopiero w dniu 26 maja 2010 roku i wpłynęło do zamawiającego o godz. 12:53 wyjaśnił, że:

- deklaracja zawarta na stronach 16-20 oferty jest zgodna z prawem kraju w którym wykonawca (dot. (...)) ma siedzibę. Oświadczenie zostało złożone przed notariuszem,

- w kraju wykonawcy (dot. (...)) nie jest wystawiany dokument potwierdzający, że nie otwarto likwidacji wykonawcy,

- w kraju wykonawcy (dot. (...)) obowiązek odprowadzenia składki na

ubezpieczenie zdrowotnie nie ciąży na pracodawcy tylko na pracowniku,

- Rachunki Zysków i Strat firmy (...) Sp. z o.o.za lata(...)nie podlegały, zgodnie z przepisami o rachunkowości, badaniu przez biegłego rewidenta. Spółka nie jest zobowiązana do przeprowadzenia badania sprawozdania finansowego,
- według wiedzy wykonawcy, w kraju wykonawcy (dot. (...)) nie jest wystawiany dokument potwierdzający, że nie orzeczono wobec wykonawcy zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne. Deklaracja zawarta na stronach (...)oferty zawiera niniejsze oświadczenie,
- w załączeniu przedłożył uzupełniony formularz „(...) dla p. I.A.i p. L.R.,
- wszystkie zadania wyszczególnione na stronach (...)oferty dotyczyły dróg o klasie powyżej (...).

Referencje wraz z tłumaczeniem dot. zadania (...) (droga regionalna (...)) znajdują się na stronach (...). Wykonawca wskazał, że jeszcze tego samego dnia wysłał do zamawiającego oryginał (k. 113-116, 118).

Dopiero w dniu 31 maja 2010 roku do zamawiającego wpłynął na piśmie formularz (...) (k. 123v, 208). Konsorcjum w żaden sposób nie wytłumaczyło opóźnienia w złożeniu ww. dokumentu (zeznania świadków: A. P.– k. 269, J. O.– k. 270).

Zamawiający pismem z dnia 1 czerwca 2010 roku poinformował wykonawców, w tym również powodów o wyborze najkorzystniejszej oferty i o wykluczeniu powodowego konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp – nie wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Do zamawiającego z uchybieniem wyznaczonego terminu wpłynęły faxem wyjaśnienia wykonawcy. Wykonawca nie wykazał, aby R. L. i A. I. pełnili funkcje wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu przez co najmniej 5 lat, nie wskazano klasy dróg przywołanych w formularzu 3.2 doświadczenia na stronach 81-82 zadania, nadto wykonawca nie załączył części sprawozdania finansowego za 2009 rok w zakresie wymaganym przez zamawiającego. Jednocześnie zamawiający wskazał, że z uwagi na zaistnienie przesłanek z art. 46 ust. 4a Pzp zatrzymuje wadium (k. 119-120).

Powodowe konsorcjum pismem z dnia 11 czerwca 2010 roku skierowanym do (...) zakwestionował podstawę zatrzymania wadium wskazując, że uchybienie wyznaczonemu terminowi na udzielenie wyjaśnień i uzupełnienie dokumentów stanowiło efekt okoliczności nie leżących po stronie wykonawcy – czasu potrzebnego na uzyskanie informacji w zakresie potencjału kadrowego oraz bezskutecznych prób wysłania faxu na numer zamawiającego podany w ogłoszeniu o zamówieniu. Dodatkowo wyjaśniło, że nie złożyło sprawozdania finansowego za 2009 rok, gdyż jeszcze nie upłynął termin jego zatwierdzenia. Uznając zatrzymanie wadium za bezpodstawne wniósł o zwrot gwarancji bankowej (k. 121-122).

GDDKiA pismem z dnia 22 czerwca 2010 roku skierowanym do konsorcjum stwierdzając, że wbrew twierdzeniom zawartym w piśmie wykonawcy z dnia 11 czerwca 2010 roku wykonawca nie wykazał, aby brak złożenia dokumentów w zakresie potencjału kadrowego zgodnie z wezwaniem stanowił wynik przyczyn nieleżących po jego stronie, tym samym wyczerpana została dyspozycja art. 46 ust. 4a Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 i 25 Pzp (k. 123-124).

Konsorcjum pismem z dnia 29 czerwca 2010 roku kolejny raz wniósł o zwrot wadium wskazując, że mimo dochowania należytej staranności nie było możliwe dostarczenie na czas dokumentów dotyczących potencjału kadrowego na piśmie z uwagi na „utrudnienia występujące na odcinku drogi pomiędzy W. a Ł.”, a nadto dostarczenie owych dokumentów powód zlecił J. S., nie będącemu jego pracownikiem (k. 125-127).

Konsorcjum pismem z dnia 12 lipca 2010 roku zwróciło się do GDDKiA o ponowne rozpatrzenie podstaw zatrzymania wadium (k. 130-132).

Konsorcjum pismem z dnia 15 lipca 2010 roku wezwało GDDKiA do zwrotu wadium (k. 133-135).

GDDKiA po ponownym rozpatrzeniu sprawy uznał zatrzymanie wadium za działanie znajdujące uzasadnienie i odmówił zwrotu wadium (k. 136-138).

Konsorejum pismem z dnia 23 kwietnia 2013 roku wezwało GDDKiA do zapłaty kwoty 120 000 złotych w terminie 14 dni od otrzymania niniejszego wezwania wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 16 lipca 2010 roku do dnia zapłaty tytułem bezpodstawnego zatrzymania wadium (pismo – k. 139, potwierdzenie nadania wraz z potwierdzeniem odbioru – k. 140).

GDDKiA w odpowiedzi na powyższe wezwanie podtrzymała swoje dotychczasowe stanowisko (k. 141).

W dniu 17 czerwca 2011 roku podjęta została uchwała o zmianie umowy spółki (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością m.in. w zakresie zmiany firmy spółki na (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (postanowienie – k. 27).

Sąd ustalił powyższy stan faktyczny na podstawie powołanych dowodów – z dokumentów oraz zeznań świadków; przytoczone okoliczności faktyczne nie były sporne.

Wśród dokumentów zastrzeżenia Sądu budziła umowa zlecenia nr (...) pomiędzy (...) Sp. z o.o. (jako zleceniodawcą) i J. S. (jako zleceniobiorcom) dostarczenia przesyłki w dniu 25 maja 2010 roku (k. 127) z uwagi na opatrzenie tej umowy datą „(...)”, czyli miesiąc później niż miało nastąpić dostarczenie przesyłki co rodzi przypuszczenie, że umowa taka została spisana wyłącznie dla wykazania braku odpowiedzialności powodów za niedostarczenie żądanych dokumentów w wyznaczonym terminie. Jednakże nawet uznając, że powodowie zlecili osobie trzeciej dostarczenie tej przesyłki to nie zwalnia ich to z odpowiedzialności za uchybienie wyznaczonego terminu, gdyż zaniedbania osoby za pomocą której miał wykonać wezwanie nie są okolicznościami niezależnymi od wykonawcy.

Nadto oświadczenie J. S. (k. 128) jest niewiarygodne w zakresie trudności w pokonaniu trasy (...) skutkujących wpłynięciem spornego dokumentu sześć dni po wyznaczonym terminie. Gdyby kierowca faktycznie dotarł do zamawiającego jeszcze w dniu 25 maja 2010 roku, lecz już po wyznaczonej godz. 15:30 to zasadnie można przyjąć, że złożyłby to pismo u zamawiającego wcześniej niż 31 maja 2010 roku. Sąd podziela spostrzeżenia pozwanego, że ewentualne trudności w pokonaniu ponad 130 km mogły uzasadniać co najwyżej złożenie dokumentów jeden dzień później, ale w żadnym wypadku nie tłumaczą złożenia tych dokumentów sześć dni później.

Również oświadczenie R. L. (k. 129) potwierdzające, że przekazał on wykonawcy żądane informacje dopiero w dniu 25 maja 2010 roku o godz. 12:00-13:00, nie tłumaczy z jakich to przyczyn dokumenty dotyczące potencjału kadrowego dotarły do zamawiającego dopiero 31 maja 2010 roku.

Sąd zważył, co następuje:

Skoro powodowie wywodzą swoje roszczenie z bezpodstawnego zatrzymania wadium dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy koniecznym było ustalenie, czy zatrzymanie przez pozwaną wadium miało podstawę prawną, tym samym czy spełniona jest dyspozycja przepisu art. 46 ust. 4a Pzp, który stanowi „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 niezależnych po jego stronie”. Językowa wykładnia art. 46 ust. 4a Pzp prowadzi do następujących wniosków – w przypadku gdy wykonawca prawidłowo wezwany do uzupełnienia dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw przez zamawiającego działającego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp nie uzupełni żądanych dokumentów, to wypełniona jest przesłanka zatrzymania wadium wpłaconego przez takiego wykonawcę, wyjątkiem od tej zasady stanowi nieuzupełnienie oświadczeń, dokumentów lub pełnomocnictw z przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy, a więc od niego niezależnych. Sąd orzekający w niniejszej sprawie podziela pogląd Sądu Apelacyjnego sformułowany w wyroku z dnia 10 stycznia 2013 roku w sprawie VI ACa 1053/12 (LEX nr 1314920) zgodnie z którym art. 46 ust. 4a jest sformułowany szeroko i powinien mieć zastosowanie do każdej sytuacji, gdy wykonawca nie wypełni należycie wezwania zamawiającego, w niniejszej sprawie doszło właśnie do takiej sytuacji – wykonawca nie wykonał prawidłowo wezwania zamawiającego z dnia 20 maja 2010 roku.

Zamawiający już w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ w części obejmującej Instrukcję dla Wykonawców szczegółowo wskazał, jakie dokumenty i na jaką okoliczność winien złożyć wykonawca oraz w jakiej formie, wskazując również wymagania co do osób które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia – inspektor nadzoru drogowego winien posiadać wykształcenie wyższe techniczne i posiadać co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe z zakresu kierowania/nadzorowania nad robotami drogowymi, min. 3-letnie doświadczenie w kierowaniu/nadzorowaniu na kontraktach realizowanych wg warunków (...), w tym co najmniej na 2 zadaniach o wartości 30 000 000 złotych (brutto) każda (k. 61-66, 69-78).

W złożonym przez wykonawcę wraz z ofertą formularzu (...)dotyczącym potencjału kadrowego dane w zakresie osób mających pełnić funkcję inspektora nadzoru robót drogowych – R. L.i A. I.nie pozwalały na uznanie, że spełniają oni określone przez zamawiającego wymogi w zakresie doświadczenia zawodowego, co do posiadania co najmniej 5 letniego doświadczenia w kierowaniu/nadzorowaniu nad robotami drogowymi (k. 198-199).

Zamawiający wskazując m.in. swoje zastrzeżenia co do dokumentu formularz (...)w zakresie doświadczenia zawodowego R. L.i A. I.na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 wezwał wykonawcę pismem z dnia 20 maja 2010 roku m.in. do „uzupełnienia dokumentu formularz (...)we wskazanym zakresie doświadczenia zawodowego, a jeżeli powyższy warunek nie został spełniony przez w/w osoby, wezwał do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku w całości przez inną osobę” oraz do wyjaśnienia innych kwestii. Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia mogą zostać złożone w formie faxy, natomiast dokumenty w formie oryginału lub kopii poświadczonych przez wykonawcę (osobę należycie umocowaną) za zgodność z oryginałem wskazując termin i miejsce złożenia wyjaśnień i dokumentów (k. 111-113).

W ocenie Sądu wezwanie z dnia 20 maja 2010 roku było jasno sformułowane – zamawiający wskazał wyjaśnienia, jakich okoliczności wymaga i złożenia, jakich dokumentów oczekuje, jednoznacznie wskazał formę w jakiej mogły zostać złożone wyjaśnienia, a w jakiej winny zostać złożone dokumenty. Nadto również treści pisma wykonawcy z dnia 25 maja 2010 roku w części „Informuję ponadto, że w dniu dzisiejszym zostanie wysłany do Państwa oryginał” potwierdza jego świadomość co do wymaganej formy w jakiej winny zostać złożone dokumenty.

Sąd nie podzielił również twierdzeń powodów co do zbyt krótkiego czasu na wykonania wezwanie – lider konsorcjum otrzymał faxem wezwanie o godz. 11:22 we dniu 20 maja 2010 roku, czyli miał pełne 5 dni na jego wykonanie. W tym miejscu zaznaczyć należy, że wykonawca już na etapie składania oferty znając wymogi w zakresie potencjału kadrowego wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w Instrukcji dla Wykonawców winien dysponować wymaganymi informacjami co do doświadczenia osób, z pomocą których chce wykonać przedmiot zamówienia. Czas na wykonanie wezwania zamawiającego nie służy zbieraniu informacji, którymi wykonawca winien dysponować już wcześniej. Z tych samych przyczyn Sąd nie podzielił twierdzeń powodów co do trudności w uzyskaniu tych informacji z uwagi na fakt, że R. L. i A. I. nie byli pracownikami wykonawcy.

Wykonawca, jak sam wskazał w dniu 25 maja 2010 roku dysponował już informacjami umożliwiającymi udzielenie żądanych wyjaśnień oraz danymi w zakresie (...) umożliwiającymi prawidłowe wypełnienie formularza (...). Próby przesłania tych wyjaśnień i dokumentu faxem w terminie wyznaczonym wezwaniem tj. do godz. 15:30 25 maja 2010 roku nie powiodły się z uwagi na brak odpowiedzi ze strony faxu zamawiającego. Wykonawca podjął działania, które w normalnym toku czynności winny pozwolić na dotrzymanie terminu wynikającego z wezwania z dnia 20 maja 2010 roku, jednakże z uwagi okoliczność niezależną od wykonawcy – działanie faxu zamawiającego, wyjaśnienia wraz z dokumentami w formie faxu dotarły dopiero kolejnego dnia tj. 26 maja 2010 roku. Pozwany uznając opóźnienie w dostarczeniu wyjaśnień za uzasadnione trudnościami z wysłaniem faxu zaakceptował je. Sąd również uznając brak odpowiedzi faxu zamawiającego za okoliczność nieależącą po stronie wykonawcy uznał opóźnienie wykonawcy w dostarczeniu wyjaśnień za usprawiedliwione.

Jednakże w ocenie Sądu powodowie nie wskazali okoliczności, które usprawiedliwiłyby wpłynięcie oryginału dokumentu formularz (...)do zamawiającego dopiero w dniu 31 maja 2010 roku. Okoliczność, że wykonawca dopiero na skutek wezwania z dnia 20 maja 2010 roku zebrał konieczne informacje co do doświadczenia osób z pomocą

których miał wykonać zamówienie sama przez się świadczy już o niedbalstwie wykonawcy, skoro dokumentami tymi prawidłowo wypełnionymi winien dysponować już wcześniej, brak tych dokumentów stanowił okoliczność zależną od wykonawcy i fakt, że osoby których te dane miały dotyczyć nic tutaj nie zmienia. Jednakże nawet to niedbalstwo wykonawcy nie tłumaczy czemu dysponując w dniu 25 maja 2010 roku żądanymi danymi zamawiający otrzymał je dopiero w dniu 31 maja 2010 roku. Nawet jeśli, jak twierdzą powodowie dopiero ok. godz. 12:00-13:00 wykonawca dysponował wymaganymi dokumentami to i tak możliwe było ich złożenie zamawiającemu jeśli nawet nie do godz. 15:30 tego dnia, to kolejnego dnia. Trudności komunikacyjne dotyczące wyjazdu z albo dotarcia do centrum miasta stanowią powszechnie znaną dolegliwość większych ośrodków miejskich, a nie nadzwyczajną okoliczność. Wykonawca nie wskazał, aby w dniu 25 maja 2010 roku na trasie (...)doszło do jakiegoś wyjątkowego zdarzenia, które czyniłoby trudności komunikacyjne nadzwyczajnymi. Jednakże o ile trudności komunikacyjne w dotarciu w dniu 25 maja 2010 roku do godz. 15:30 do siedziby zamawiającego w Ł.(ok. (...) km) mogłyby tłumaczyć złożenie tych dokumentów w kolejnym dniu tj. 26 maja 2010 roku, o tyle w żadnym wypadku nie tłumaczą złożenia tych dokumentów dopiero w dniu 31 maja 2010 roku. Nie bez znaczenia dla oceny zachowania wykonawcy jest również i to, że dopiero na skutek poinformowania go o wyborze najkorzystniejszej oferty i wykluczeniu go z postępowania oraz zatrzymaniu wadium wyjaśnił przyczyny z powodu których uchybił wyznaczonemu terminowi na wykonanie wezwania, co również świadczy o jego niedbalstwie.

W świetle powyższych okoliczności Sąd uznał, że wykonawca nie obalił domniemania wynikającego z art. 46 ust. 4a Pzp – złożenie prawidłowo uzupełnionego dokumentu formularz (...) z uchybieniem wyznaczonego terminu było efektem okoliczności leżących po jego stronie – niedołożenia należytej staranności przez profesjonalistę.

Fakt, że w dniu 26 maja 2010 roku zamawiający dysponował formularzem (...) w formie faxu nie świadczy o prawidłowym wykonaniu wezwania, skoro wezwanie wprost przewidywało dla dokumentów wyłącznie formę pisemną. Zresztą dokumenty w zakresie doświadczenia osób z pomocą których wykonawca chce wykonać przedmiot zamówienia zaliczają się do dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu (art. 25 Pzp), które z kolei stanowią element składowy oferty, która zgodnie z art. 82 ust. 2 Pzp wymaga formy pisemnej pod rygorem nieważności.

Powodowie powoływali, że zatrzymanie wadium w ich wypadku jest sprzeczne z celem jakiego miało służyć wprowadzenie art. 46 ust. 4a Pzp tj. przeciwdziałaniem znikomym wykonawców, jednakże literalne brzmienie art. 46 ust. 4a nie wskazuje, aby jego stosowanie warunkowane było właśnie tym celem.

Dodatkowo należy pamiętać, że zatrzymanie wadium nie stanowi zabezpieczenia oferty, lecz jest swego rodzaju karą za niezłożenie dokumentów lub oświadczeń zgodnych z żądaniem zamawiającego, dlatego też nie można uzasadniać wyłączenia możliwości zatrzymania wadium tym, że zamawiający nie może zostać wzbogacony kosztem wykonawcy (tak: Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 10 stycznia 2013 roku w sprawie VI ACa 1053/12, LEX nr 1314920).

W ocenie Sądu wbrew stanowisku powodów okoliczności faktyczne niniejszej sprawy nie uzasadniają powołania się na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2011 roku w sprawie II CSK 675/10, LEX nr 951295 który dotyczył sytuacji gdzie wykonawca złożył żądane przez zamawiającego informacje w terminie, lecz w nieodpowiedniej formie i po nieznacznym upływie wyznaczonego terminu doręczył oryginał dokumentu, skoro powodowie oryginał dokumentu złożyli szóstego dnia od upływu wyznaczonego terminu. Określenie „nieznacznie” nie może być oceniane abstrakcyjnie, lecz w odniesieniu do konkretnych okoliczności, w tym do relacji wyznaczonego terminu na wykonanie wezwania do rozmiaru uchybienia – pozwany pismem z dnia 20 maja 2010 roku wyznaczył 5-dniowy termin na złożenie wskazanych wyjaśnień i dokumentów, tymczasem wykonawca złożył te dokumenty 11-tego dnia tj. 6 dni po upływie wyznaczonego terminu. Nadto skoro wykonawca w dniu 25 maja 2010 roku dysponował już kompletnym dokumentem formularz(...), tym samym doręczenie go zamawiającemu 6 dni później nie stanowiło nieznacznego uchybienia wyznaczonemu terminowi. Sześciodniowe opóźnienie wykonawcy w złożeniu dokumentu formularz (...) nie uzasadniało również powołania się powoda na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 listopada 2012 roku w sprawie II CSK 448/12, który dotyczył trzy i pół-godzinne opóźnienia. Również wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 20 maja 2010 roku w sprawie I ACa 357/10 wbrew stanowisku powodów nie przystawał do okoliczności niniejszej

sprawy skoro dotyczył nieprecyzyjnego wezwania do uzupełnienia dokumentów, a wezwanie pozwanego z dnia 20 maja 2010 roku było precyzyjne.

W ocenie Sądu w realiach niniejszej sprawy zatrzymanie wadium nie było sprzeczne ani z zasadami współzycia społecznego ani ze społeczno – gospodarczym przeznaczeniem tego prawa. Zamawiający najpierw wzywając do złożenia wyjaśnień i dokumentów, a potem wykluczając z postępowania i zatrzymując wadium wniesione przez powodowe konsorcjum działał w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych – art. 46 ust. 4a Pzp wprost stanowi „zamawiający zatrzymuje wadium”, czyli jeśli wykonawca nie obalił domniemania z art. 46 ust. 4a co do niewykonania wezwania z przyczyn leżących po jego stronie to zamawiający (a nie ma możliwość) zatrzymuje wadium.

Wobec oddalenia powództwa o zwrot wadium z uwagi na ziszczenie się okoliczności z art. 46 ust. 4a Pzp jedynie dodatkowo wskazać należy, że zarzut pozwanego odnośnie braku po stronie powodów solidarności w sprawie o zwrot wadium jest nieskuteczny wobec utrwalonego stanowiska orzecznictwa zgodnie z którym, porozumienie konsorcyjne nie wygasa z chwilą prawomocnego wykluczenia wykonawców z postępowania oraz że podmioty tworzące konsorcjum mają legitymację grupową łączną zarówno w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym co do środków ochrony prawnej, jak i w postępowaniu sądowym o zwrot wadium. Wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegali się udzielenie im zamówienia i okoliczność, który z nich i w jakiej części opłacił wadium pozbawiona jest znaczenia (tak: Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 11 maja 2011 roku w sprawie II CSK 491/11, LEX nr 1350061, Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 października 2011 roku w sprawie V CSK 475/10).

Uznając, że zatrzymanie wadium nastąpiło w oparciu o art. 46 ust. 4a Pzp, czyli wzbogacenie pozwanego miało podstawę prawną Sąd oddalił powództwo wywodzone z bezpodstawnego wzbogacenia się pozwanego kosztem powodów.

Jednocześnie mając na uwadze wynik procesu Sąd rozstrzygnął o kosztach postępowania na podstawie art. 98 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c.