

Sygn. akt V ACa 579/12

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 grudnia 2012r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach V Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Tomasz Pidzik
Sędziowie:	SA Anna Tabak (spr.) SA Jadwiga Galas
Protokolant:	Barbara Knop

po rozpoznaniu w dniu 29 listopada 2012r. w Katowicach

na rozprawie

sprawy z powództwa M. S.

przeciwko Gminie Ś.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach

z dnia 28 czerwca 2012r., sygn. akt XIII GC 92/12

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

- zasądza od pozwanej na rzecz powoda kwotę 200.000 (dwieście tysięcy) złotych z ustawowymi odsetkami od 9 marca 2012r.,

- w pozostałej części oddala powództwo,

- zasądza od pozwanej na rzecz powoda kwotę 13.617 (trzynaście tysięcy sześćset siedemnaście) złotych tytułem kosztów procesu;

2. zasądza od pozwanej na rzecz powoda kwotę 12.700 (dwanaście tysięcy siedemset) złotych tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt V ACa 579/12

## UZASADNIENIE

Powód M. S. w pozwie przeciwko pozwanej Gminie Ś. domagał się zasądzenia na jego rzecz kwoty 200 000 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 10 sierpnia 2011 r. oraz kosztów procesu tytułem zwrotu niesłusznie zatrzymanego mu wadium.

Pozwana wniosła o oddalenie powództwa i zasądzenie na jej rzecz kosztów postępowania powołując się na zaistnienie przesłanek ustawowych do zatrzymania wadium.

Wyrokiem z dnia 28 czerwca 2012 r. Sąd Okręgowy w Katowicach oddalił powództwo i zasądził od powoda na rzecz pozwanej kwotę 3 617 zł tytułem kosztów procesu, ustalając następujące okoliczności faktyczne:

Pozwana w dniu 18 marca 2011 r. wszczęła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę linii do segregacji odpadów komunalnych wraz z infrastrukturą towarzyszącą na składowisku odpadów komunalnych w Ś..

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w rozdziale 5) podała, że wykonawca musi wykazać m.in., że w okresie pięciu ostatnich lat przed upływem do składania ofert, wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył roboty budowlane:

- a) co najmniej 1 robotę konstrukcyjno – budowlaną polegającą na budowie hali o powierzchni co najmniej 1 000 m<sup>2</sup> i kubaturze co najmniej 10 000 m<sup>3</sup> o wartości robót nie niższej niż 3,5 mln zł brutto,
- b) co najmniej 2 roboty budowlane polegające na budowie zakładów zagospodarowania odpadów, w tym co najmniej 1 robotę budowlaną w zakresie montażu i rozruchu linii sortowniczej zmieszanych odpadów komunalnych o wydajności nie mniejszej niż 25 000 ton/rok na jedną zmianę.

Nadto w rozdziale 8, dotyczącym wadium pozwana wskazała, że zatrzyma wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych, nie złoży dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nie leżących po jego stronie.

W załączniku nr (...) złożonym przez powoda wraz z ofertą powód wskazał w pozycji 1, że wykonał zamówienie obejmujące swoim zakresem zaprojektowanie i wykonanie sali gimnastycznej wraz z zapleczem i zagospodarowaniem terenu przy Zespole Szkół w N., którego wartość całkowita brutto wynosiła 3 600 000 zł. W zakres inwestycji wchodziły także roboty budowlane instalacyjne, mała architektura (drogi, chodniki, zieleń), dostawa i montaż sprzętu sportowego, wykonanie zaplecza wraz z łącznikiem o pow. 350 m<sup>2</sup>. W pozycji 2 powód podał, że wykonał dostawę oraz montaż linii do sortowania odpadów komunalnych w ramach inwestycji „Rozbudowa Zakładu (...) dla miasta R. i gmin ościennych”, zaś w pozycji 3 wskazał budowę hali sortowni wraz z wyposażeniem w linię technologiczną do sortowania odpadów, w zmieszanych w miejscowości B. gmina S., w kolumnie „termin realizacji zadania” wskazano na okres wykonania robót od 14 do 17 września 2006 r.

Pismem z dnia 26 kwietnia 2011 r. pozwana wezwała powoda do złożenia w terminie do 29 kwietnia 2011 r. do godziny 14<sup>00</sup> wyjaśnień dotyczących treści złożonego kosztorysu ofertowego. Powód złożył wyjaśnienia faksem w dniu 29 kwietnia 2011 r. oraz pisemnie w dniu 4 maja 2011 r., które zostały przez pozwaną uwzględnione.

Pismem z 5 maja 2011 r. pozwana zwróciła się z wnioskiem do wszystkich uczestników postępowania o przedłużenie terminu związania ofertą, powód wyraził zgodę na przedłużanie terminu i przedstawił aneks do gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium.

Wezwaniem z dnia 16 maja 2011 r. pozwana w trybie art. 26 ust. 4 ustawy prawo zamówień publicznych (p.z.p.) wezwała powoda do złożenia w terminie do 19 maja 2011 r. do godz. 14<sup>00</sup> wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Wyjaśnienia miały dotyczyć przedstawionej w wykazie robót budowlanych inwestycji dotyczącej zadania na zaprojektowanie i wykonanie sali gimnastycznej wraz z zapleczem i zagospodarowaniem terenu przy Zespole Szkół w N., w szczególności wskazania

(określenia) kwoty brutto robót dotyczących budowy hali sportowej oraz wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, zobowiązania innego podmiotu firmy (...) S.A. do udostępnienia zasobów kadrowych w osobie R. M., pełnomocnictwa innego podmiotu – (...) S.A.

W odpowiedzi na wezwanie powód wyjaśnił, iż złożył prawidłową referencję na 1 robotę konstrukcyjno–budowlaną o wartości brutto nie mniejszej niż 3,5 mln zł, gdyż prawo budowlane przewiduje, że przez robotę/obiekt budowlany należy rozumieć budynek wraz z instalacjami i urządzeniami technicznym, budowlę stanowiącą całość techniczno – użytkową wraz z instalacjami i urządzeniami oraz obiekt małej architektury. Powód złożył także wyjaśnienia dotyczące udokumentowania doświadczenia kierownika budowy, zobowiązania innego podmiotu do udostępnienia zasobów kadrowych oraz dołączył poprawione pełnomocnictwo (...) S.A.

Kolejnym pismem z 26 maja 2011 r. pozwana wezwała powoda na mocy art. 25 i 26 ust. 3 p.z.p. do uzupełnienia w terminie do dnia 31 maja 2011 r. dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a mianowicie:

- wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania, w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia;
- dokumentów potwierdzających, że roboty wskazane w wykazie zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone;
- pełnomocnictwa innego podmiotu – (...) S.A.

Pozwana wyjaśniła, iż przedmiotem zamówienia jest wykonanie, a nie zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, tymczasem powód wskazał w pozycji 1 zaprojektowanie i wykonanie sali gimnastycznej za kwotę brutto 3 600 000 zł. W zakres tej inwestycji, oprócz wykonania wychodziły dodatkowo roboty instalacyjne, mała architektura, dostawa i montaż sprzętu sportowego. Nadto pozwana wyjaśniła, że tylko jedna ze wskazanych przez powoda 2 robót dotyczących budowy zakładów zagospodarowania odpadów obejmowała swym zakresem dostawę, montaż, rozruch linii sortowniczej zmieszanych odpadów komunalnych o wydajności nie mniejszej niż 25 000 ton/rok na jedną zmianę. Pozwana podniosła również, iż przepis art. 26 ust. 3 p.z.p. pozwala na uzupełnienie brakujących dokumentów lub dokumentów zawierających błędy i następuje wyłącznie na wezwanie zamawiającego.

Powód w odpowiedzi na to wezwanie nie uzupełnił żadnych dokumentów żądanych przez pozwaną, nie przedstawił nowego wykazu robót oraz dokumentów potwierdzających prawidłowość wykonanych prac, w piśmie z 31 maja 2011 r. stwierdził natomiast, że złożone przez niego do oferty dokumenty były prawidłowe i potwierdzały spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Pismem z dnia 6 czerwca 2011 r. pozwana, działając w trybie art. 24 ust. 2 pkt 4 p.z.p., wykluczyła powoda z postępowania, albowiem nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Powód miał prawo do dnia 12 czerwca 2011 r. wnieść odwołanie od decyzji pozwanej, z którego nie skorzystał i decyzja się uprawomocniła.

W dniu 9 czerwca 2011 r. pozwana wystąpiła do (...) z wnioskiem o zapłatę wadium z tytułu udzielonej gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium. Na skutek podjęcia przez pozwaną czynności dotyczących zatrzymania wadium, powód w dniu 10 czerwca 2011 r. złożył wykaz robót budowlanych dla potwierdzenia spełnienia postawionego warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia wraz referencjami potwierdzającymi należyte wykonanie robót. W piśmie tym powód wyjaśnił, że na skutek niedopatrzenia wykaz robót z referencjami nie został dołączony, a owo niedopatrzenie wynikało ze złej interpretacji i zrozumienia pisma zamawiającego. W wykazie w pozycji pierwszej powód wskazał wartość robót polegających na budowie hali sportowej na kwotę 3 500 000 zł.

Pismem z 4 lipca 2011 r. pozwana wezwała powoda do złożenia w terminie do 8 lipca 2011 r. wyjaśnień dotyczących niezłożenia w wyznaczonym terminie, tj. do dnia 31 maja 2011 r. żądanych dokumentów. Pełnomocnik powoda w

piśmie z 6 lipca 2011 r. wyjaśnił, że wykonał wszelkie zobowiązania wynikające z wezwania z dnia 26 maja 2011 r. oraz że wymagane dokumenty były przelozzone z pismem przewodnim.

(...)S.A. w dniu 9 sierpnia 2011 r. podjęło decyzje o wypłacie kwoty 200 000 zł z tytułu zabezpieczenia zapłaty wadium na żądanie pozwanej zgłoszone w dniu 9 czerwca 2011 r. Wezwaniem z dnia 10 sierpnia 2011 r. (...) wezwała powoda do zapłaty kwoty 200 000 zł z tytułu roszczenia regresowego. Powód w dniu 25 stycznia 2012 r. dokonał na rzecz (...) S.A. wpłaty kwoty 200 000 zł.

W dniu 24 lutego 2012 r. powód wezwał pozwaną do zapłaty kwoty 200 000 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 10 sierpnia 2011 r.

Przedstawiony wyżej stan faktyczny był w zasadzie niesporny, a wynikał z dowodów z dokumentów.

Oceniając dowody osobowe Sąd Okręgowy dał wiarę zeznaniom świadka J. Ł., natomiast nie dał wiary zeznaniom powoda w części dotyczącej przyjęcia za skuteczne doręczenia referencji w zakresie pkt 4 (wykazu złożonego przy piśmie powoda z 10 czerwca 2011 r.) na spotkaniu z pracownikiem gminy i pozostawanie w przekonaniu o przedłożeniu właściwych referencji w odpowiedzi na wezwanie z 26 maja 2011 r. jako sprzecznym z dowodem z dokumentu i zeznaniami wskazanego świadka.

Sąd pierwszoinstancyjny wskazał, że zasadnicze znaczenie w sprawie miała ocena czy powód spełnił wymagania przetargowe i uczynił zadość wezwaniu pozwanej do złożenia żądanych dokumentów i oświadczeń.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 prawa zamówień publicznych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, a które potwierdzają warunki udziału w postępowaniu, przez oferowanie robót budowlanych wymagań określonych przez zamawiającego. Warunki te zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Według art. 26 ust. 3 i 4 p.z.p. zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymagalnych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów wskazanych w art. 25 ust. 1 p.z.p. lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu.

Pozwana w SIWZ podała, jakie warunki winien spełniać wykonawca oraz jakie dokumenty i oświadczenia mają złożyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Wskazano, że wykonawca musi wykazać m.in., że w okresie pięciu ostatnich lat przed upływem do składania ofert, wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył roboty budowlane:

- a) co najmniej 1 robotę konstrukcyjno – budowlaną polegającą na budowie hali o powierzchni co najmniej 1 000 m<sup>2</sup> i kubaturze co najmniej 10 000 m<sup>3</sup> o wartości robót nie niższej niż 3,5 mln zł brutto,
- b) co najmniej 2 roboty budowlane polegające na budowie zakładów zagospodarowania odpadów, w tym co najmniej 1 robotę budowlaną w zakresie montażu i rozruchu linii sortowniczej zmieszanych odpadów komunalnych o wydajności nie mniejszej niż 25 000 ton/rok na jedną zmianę.

W złożonej ofercie w pozycji 1 powód wskazał wykonanie zamówienia obejmującego zaprojektowanie i wykonanie sali gimnastycznej wraz z zapleczem i zagospodarowaniem terenu przy Zespole Szkół w N. o wartości całkowitej 3 600 000 zł brutto. W zakres inwestycji wchodziły także roboty projektowe, roboty budowlane instalacyjne, mała architektura, dostawa i montaż sprzętu sportowego, wykonanie zaplecza wraz z łącznikiem o pow. 350 m<sup>2</sup>.

W pozycji 2 powód natomiast podał wykonanie dostawy i montażu linii do sortowania odpadów komunalnych w ramach inwestycji „Rozbudowa Zakładu (...) dla miasta R. i gmin ościennych”, zaś w pozycji 3 budowę hali sortowni

wraz z wyposażeniem w linię technologiczną do sortowania odpadów zmieszanych w miejscowości B. gmina S. w okresie od 14 do 17 września 2006 r.

W pkt 1 powód nie wykazał warunków wymaganych SIWZ, gdyż wskazał ogólną wartość robót łącznie z projektem, a nie wartość robót budowlano-konstrukcyjnych, a w pkt 2 wskazał budowę zakładu gospodarowania odpadów, a nie tylko dostawę, montaż i rozruch linii sortowniczej.

Dodał Sąd wezwanie powoda w trybie art. 26 ust. 4 p.z.p. do złożenia wyjaśnień odnośnie złożonych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, który odpowiedział, że złożył prawidłową referencję na 1 pozycję robót konstrukcyjno-budowlanych o wartości nie mniej niż 3,5 mln zł brutto. Następnie pozwana po raz kolejny wezwała powoda w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. do uzupełnienia w terminie do 31 maja 2011 r. dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a powód nie uzupełnił dokumentów, zaś w piśmie z 31 maja 2011 r. stwierdził złożenie prawidłowych dokumentów.

Sąd Okręgowy stanął na stanowisku o prawidłowym wezwaniu w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. powoda przez pozwaną do uzupełnienia złożonych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu o zamówienia publiczne. Uznał, że wymieniony przepis dotyczy sytuacji, gdy wykonawca nie złoży wymaganych oświadczeń lub dokumentów, jak i złożonych nieprawidłowo, a więc innych niżeli wymagał zamawiający. Koniecznym przy tym jest uzupełnienie o dokumenty aktualne na dzień upływu terminu do składania ofert bez względu na to, czy ten był przesuwany przez zamawiającego.

Podkreślił Sąd pierwszoinstancyjny brak kwestionowania przez powoda co do zasadności otrzymanego wezwania do usunięcia braków, a także nie odwoływanie się od decyzji wykluczającej go od udziału w postępowaniu.

W dalszej kolejności Sąd Okręgowy odwołał się do przepisu art. 46 ust. 4a p.z.p., zgodnie z którym zamawiający zatrzymuje wadium, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust 3 nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których stanowi art. 25 ust. 1 p.z.p.

Wymieniony przepis odnosi się do instytucji zatrzymania wadium, zawarty jest w nim zamknięty katalog okoliczności, w których pozostaje obowiązek zamawiającego zatrzymania wadium. Wspólną cechą przesłanek wymienionych w art. 46 ust. 5 jest wybór oferty złożonej przez danego wykonawcę jako najkorzystniejszej. Przesłanka zatrzymania wadium zawarta w art. 46 ust. 4a dodana nowelizacją z dnia 4 września 2008 r. stanowi podstawę zatrzymania wadium wykonawcy w sytuacjach niezwiązanych bezpośrednio z wyborem oferty najkorzystniejszej. Dotyczy on wykonawców prawidłowo wezwanych do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p., którzy braków tych nie uzupełnią. Przepis ten odnosi się także do wykonawców, których oferty zostały zakwalifikowane na dalszych pozycjach. Jedynie wówczas, gdy nieuzupełnienie dokumentów lub oświadczeń nastąpiło z przyczyn niezależnych od wykonawcy (a więc zewnętrznych), to zamawiający nie zatrzymuje kaucji.

Sąd Okręgowy stwierdził brak uzupełnienia przez powoda dokumentów i oświadczeń, mimo wezwania go przez zamawiającego w tym zakresie, również brak wykazania przez powoda – chociaż obowiązywał go do tego art. 6 k.c. – by uzupełnienie takiego nie mógł dokonać bez swojej winy. Wręcz przeciwnie, zeznania świadka J. Ł. potwierdzają winę powoda, co najmniej niedbalstwa w uzupełnieniu dokumentów po terminie.

Mając to na uwadze uznał niezasadność żądania powoda w zakresie zarzutu zatrzymanego mu przez pozwaną wadium, które to żądanie oparte było na przepisie art. 410 k.c.

Wyrok Sądu Okręgowego w całości został zaskarżony apelacją powoda domagającego się jego zmiany poprzez uwzględnienie w całości żądania pozwu i zasądzenia na jego rzecz kosztów postępowania za obie instancje.

#### ***Apelujący zarzucił Sądowi pierwszej instancji:***

1. naruszenie przepisów prawa materialnego – art. 46 ust. 4a w zw. z art. 26 ust. 3 p.z.p. poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie przez przyjęcie, że pozwana miała uprawnienie do zatrzymania wadium, gdy tymczasem

takie uprawnienie by jej przysługiwało, gdyby nastąpiło zupełne zaniedbanie wykonania przez powoda poprzez niezłożenie „fizycznie” dokumentów;

2. naruszenie przepisów postępowania:

- art. 233 § 1 k.p.c. przez dowolną ocenę zebranych dowodów przejawiającą się w przyjęciu, że powód nie uzupełnił braków formalnych oferty jak również nie wywiązał się z obowiązków wynikających z p.z.p. z przyczyn leżących po jego stronie, a po stronie pozwanej nie nastąpiło bezpodstawne wzbogacenie w wyniku zatrzymania wadium;

- art. 328 § 2 k.p.c. przez brak wskazania w uzasadnieniu faktów uznanych za udowodnione i dowodów na których się oparto oraz przyczyn, dla których innym dowodom nie dano wiarygodności.

Pozwana Gmina wniosła o oddalenie apelacji i zasądzenie na jej rzecz kosztów postępowania apelacyjnego.

### **Sąd Apelacyjny zważył:**

- apelacja powoda jest uzasadniona, chociaż nie wszystkie podniesione w niej zarzuty są trafne.

Ustalony przez Sąd pierwszej instancji stan faktyczny w sprawie jest prawidłowy, znajduje oparcie w zebranych dowodach i ustalenia te Sąd Apelacyjny potwierdza uznając je za własne.

Podkreślenia wymaga, że okoliczności faktyczne w sprawie wynikały z dokumentów nie zakwestionowanych przez strony oraz ich faktycznej bezsporności między stronami. Spór między stronami sprowadzał się do oceny prawnej okoliczności faktycznych, a w szczególności czy zaistniały przesłanki do zatrzymania przez pozwaną Gminę wadium w świetle art. 46 ust. 4a prawa zamówień publicznych.

Nieuzasadniony jest zarzut skarżącego w przedmiocie naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. Naruszenie przez Sąd wskazanego przepisu ma miejsce wówczas, gdy z uzasadnienia wyroku nie można wywnioskować, jakimi motywami kierował się Sąd podejmując decyzję rozstrzygającą spór w sprawie, zaś taka sytuacja nie ma miejsca w rozpoznawanej sprawie. Z uzasadnienia wyroku pierwszoinstancyjnego ewidentnie wynika, na jakim stanie faktycznym i prawnym oparto się wydając zaskarżone rozstrzygnięcie.

Również za nietrafny należy uznać zarzut apelującego o naruszeniu przez Sąd pierwszoinstancyjny art. 233 § 1 k.p.c. Do naruszenia wskazanego przepisu dochodzi wówczas, gdy Sąd oceni przedłożony przez stronę dowód niezgodnie z treścią zeń wynikającą lub zasadami logiki myślenia bądź doświadczeniem życiowym. Taka zaś sytuacja nie miała miejsca w niniejszej sprawie. Zdaniem Sądu Apelacyjnego poprzez złożenie zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. apelujący w istocie zmierza do zanegowania wyciągniętych przez Sąd Okręgowy wniosków prawnych.

Za trafny należy natomiast uznać zarzut skarżącego w przedmiocie błędnych wniosków prawnych wyciągniętych z niespornych okoliczności faktycznych: naruszenia przepisów prawa materialnego – art. 46 ust. 4a w zw. z art. 26 ust. 3 prawa zamówień publicznych i art. 410 k.c.

Nie ulega wątpliwości, że w przetargu nieograniczonym zorganizowanym przez pozwaną Gminę na budowę linii do segregacji odpadów komunalnych wraz z infrastrukturą towarzyszącą na składowisku odpadów komunalnych w Ś. – zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zawinięcia (SIWZ) – swoją ofertę mógł złożyć wykonawca, spełniający m.in. następujące warunki:

- który w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo wykonał następujące roboty budowlane: co najmniej 1 robotę konstrukcyjno-budowlaną polegającą na budowie hali o powierzchni co najmniej 1 000 m<sup>2</sup> i kubaturze co najmniej 10 000 m<sup>3</sup> o wartości robót nie mniejszej niż 3,5 mln zł brutto i co najmniej 2 roboty budowlane polegające na budowie zakładów zagospodarowania odpadów, w tym co najmniej 1 robotę budowlaną w zakresie dostawy, montażu i rozruchu linii sortowniczej zmieszanych odpadów komunalnych o wydajności nie mniejszej niż 25 000 ton/rok na jedną zmianę.

Dla wykazania spełnienia przez wykonawcę wskazanych wyżej warunków miał on dostarczyć zamawiającemu wykaz robót wykonanych w podanym w SIWZ terminie i odpowiadających charakterze oraz złożenia dokumentów potwierdzających, że wskazane w wykazie roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Podkreślenia wymaga, że przystępujący do przetargu – zgodnie z p.z.p. dla wykazania warunków swojego udziału w postępowaniu mógł się posłużyć potencjałem, wiedzą, doświadczeniem, potencjałem technicznym, osób zdolnych do wykonywania zamówienia innych podmiotów, z którymi miał zamiar wykonywać zamówienie. Wykazywanie przez wykonawcę poprzednio wykonanych robót budowlanych zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończonych następuje poprzez złożenie referencji wystawionych przez inwestorów.

Jako wykonane roboty w okresie ostatnich 5 lat pozwany – zgłaszając swoją ofertę udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne – w załączniku nr(...) (karta 108 akt) podał m.in.:

poz. 1. zaprojektowanie i wykonanie sali gimnastycznej wraz z zapleczem i zagospodarowaniem terenu przy Zespole Szkół w N. o wartości brutto 3 600 000 zł;

poz. 2. realizacja i montaż linii sortowni odpadów komunalnych zmieszanych oraz ze zbiórki selektywnej w ramach inwestycji pn. Rozbudowa Zakładu (...) miasta R. o wartości 4 733 600 zł brutto;

poz. 3. budowa hali sortowni wraz z wyprażeniem w linię technologiczną do sortowania odpadów zmieszanych w miejscowości B. gmina S. o wartości 10 503 806,95 zł brutto.

Dla wykazania prawidłowości wykonania wyżej wymienionych robót powód przedłożył referencje:

- do pozycji 1 Wójta Gminy Ś., z których wynikało, że zakres robót obejmował zaprojektowanie i wykonanie budowy hali sportowej o całkowitej powierzchni 1 753,60 m<sup>2</sup> i kubaturze 16 574,20 m<sup>3</sup> o wartości 3 600 00 zł brutto, a roboty zostały wykonane z należytą starannością;

- do pozycji 2 Przedsiębiorstwa (...) sp. z o.o. w R., z którego wynika, że firma (...) S.A. z Z. (przyszły podwykonawca powoda) zrealizowała dostawę oraz montaż linii do sortowania odpadów komunalnych zmieszanych oraz ze zbiórki selektywnej w ramach inwestycji pn. „Rozbiórka Zakładu (...) dla miasta R.” i (...) ościennych w J. gm. R. – etap II” a zakres prac obejmował dostawę, montaż rozruch, szkolenie obsługi oraz ruch próbny urządzeń, zaś wykonane linia ma wydajność 35 tys. Hg/rok i został wykonany należycie.

W piśmie z 16 maja 2011 r. pozwana Gmina – na podstawie art. 26 ust. 4 p.z.p. wezwała powoda do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu – zakreślając termin do 19 maja 2011 r., m.in. przez wykazanie samej wartości robót budowlanych (bez projektu) wskazanych w pkt 1 załącznika nr (...) do oferty. Nie wzywano natomiast powoda do uzupełnienia dokumentów odnośnie 2 pozycji wykazu robót (inwestycja w R.).

W określonym terminie (data wpływu do Urzędu Miejskiego w Ś. k. 23 akt) powód podał, że wartość samych robót budowlanych z 1 pozycji załącznika wynosi co najmniej 3,5 mln zł brutto, chociaż nie złożył nowego załącznika nr (...) do oferty wraz z referencjami.

Mimo wyjaśnienia przez powoda pismem z 19 maja 2011 r. wartości robót budowlanych pozycji 1 załącznika (wykazu robót) pozwana ponownie wezwała go pismem z 26 maja 2011 r. – zakreślając termin do 31 maja 2011 r. – do podania wartości samych robót budowlanych z załącznika pozycja 1 oraz dodatkowo do wykazania wykonania jednej roboty budowlanej w zakresie budowy zagospodarowania odpadów obejmującej swoim zakresem dostawę, montaż i rozruch linii sortowniczej zmieszanych odpadów komunalnych o wydajności nie mniejszej niż 25 000 ton/rok na jedną zmianę. Jako podstawę wezwania do uzupełnienia braków formalnych oferty zamawiający wskazał przepis art. 25, art. 26 ust. 3 p.z.p.

Nie ulega wątpliwości brak złożenia przez powoda na wezwanie z 26 maja 2011 r. w zakreślonym terminie wyjaśnień i dokumentów, co było podstawą wykluczenia go przez pozwaną Gminę z postępowania o zamówienie publiczne, a następnie zatrzymanie przedmiotowego wadium.

Postępowanie przetargowe dotyczące zamówień publicznych – dotyczące m.in. składania przez wykonawców ofert – w oparciu o przepisy prawa zamówień publicznych jest sformalizowane i w formie pisemnej.

Zamawiający – organizując przetarg na podstawie przepisów p.z.p. określa warunki, które winni spełnić wykonawcy chcący wziąć udział w przetargu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tak też postąpiła pozwana Gmina domagając się m.in. wykazania wykonania obiektu budowlano-konstrukcyjnego typu hala o określonych parametrach i określonej wartości brutto, wykazania wykonania dwóch obiektów zakładów gospodarowania odpadami, w tym co najmniej 1 w zakresie dostawy, montażu i rozruchu linii sortowniczej zmieszanych odpadów komunalnych o określonej wydajności oraz złożenia referencji odnośnie wykonania wskazanych robót.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 p.z.p. zamawiający wzywa wykonawcę, który nie złożył wymaganych przez zamawiającego dokumentów lub oświadczeń wymienionych w SIWZ do ich złożenia w wyznaczonym terminie.

Pismem z 16 maja 2011 r. Gmina wezwała powoda do podania wartości budowy samej hali sortowej wymienionej pod pozycją 1 wykazu robót – nie wzywając do ponownego złożenia referencji ani nie wezwano go do wykazania, by roboty z pozycji 2 wykazu obejmowały montaż (nie wskazano w ogóle do uzupełnienia braków formalnych z pozycji 2 wykazu). Powód uczynił w zakreślonym terminie zadość temu wezwaniu, podając w piśmie (nie sporządzając odrębnego załącznika) wartość samych robót budowlano-konstrukcyjnych robót z pozycji 1 wykazu na 35 000 zł brutto.

Zważyć należy na brak obowiązku złożenia przez powoda po raz drugi referencji na wykonanie tychże robót, skoro już je złożył przy ofercie oraz niemożność złożenia ich o innej treści, gdy dokument taki sporządza osoba trzecia – inwestor. Podkreślić także należy, iż wymieniony brak formalny oferty powód uzupełnił pisemnie (pismo powoda z 19 maja 2011 r.), a ustawodawca nie wymaga, by zobligowany był do złożenia ponownego wykazu robót, co zostało przyznane przez pełnomocnika pozwanej na rozprawie apelacyjnej.

Zwrócić także należy uwagę na brak podstaw wezwania przez pozwaną Gminę pismem z 26 maja 2011 r. do uzupełnienia braków formalnych przez podanie warunków robót budowlanych wymienionych pod pozycją 1 załącznika, gdy powód uzupełnił ten brak pismem z 19 maja 2011 r. Brak było także – zdaniem Sądu Apelacyjnego – podstaw do wezwania pismem z 26 maja 2011 r. (karta 27 akt) do uzupełnienia braków odnośnie pozycji 2 wykazu robót. Po pierwsze w piśmie z 16 maja 2011 r. nie wezwano do usunięcia braków odnośnie tej pozycji, po drugie w dołączonej do oferty referencji wyraźnie wynika zakres uprzednio wykonanych robót na rzecz innego inwestora tj. dostawa, montaż i rozruch linii sortowej zmieszanych odpadów komunalnych o określonej wydajności.

W rezultacie – zdaniem Sądu Apelacyjnego – brak było podstaw z art. 46 ust. 4a p.z.p. do zastosowania wobec powoda konsekwencji prawnych w postaci zatrzymania wadium wpłaconego przez skarżącego w formie gwarancji ubezpieczeniowej.

Zwrócić należy uwagę na to, że skoro oferta powoda nie odpowiadała Gminie, bądź uznałaby, że powód nie spełnił merytorycznych przesłanek do udziału w przetargu, to zostałby wykluczony z postępowania bez konsekwencji w postaci zatrzymania wpłaconego wadium.

Wykonawcy uczestniczący w przetargu organizowanym na podstawie prawa zamówień publicznych mają obowiązek wniesienia wadium. Powód również takie wadium wniósł w formie gwarancji ubezpieczeniowej.

Do żądania zwrotu niesłusznie zatrzymanego wadium przez zamawiającego stosuje się przepisy o nienależnym świadczeniu, które jest odmianą bezpodstawnego wzbogacenia.

Według § 2 art. 410 k.c. świadczenie jest nienależne, jeżeli ten, który je spełnił, nie był w ogóle zobowiązany lub nie był zobowiązany względem osoby, której świadczył, albo jeśli podstawa świadczenia odpadła lub zamierzony cel świadczenia nie został osiągnięty, albo jeżeli czynność prawna zobowiązująca do świadczenia była nieważna i nie stała się ważna po spełnieniu świadczenia.

W rozpoznawanej sprawie mamy do czynienia z sytuacją, gdy odpadła przyczyna świadczenia, gdyż jak już podano wyżej każdy z uczestników postępowania przetargowego z prawa zamówień publicznych obowiązany jest do wniesienia określonego wadium, które następnie podlega zwrotowi, z wyjątkiem przypadków o których stanowi art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p.

Skoro powód w zakreślonym mu terminie wykonał wezwanie Gminy do wyjaśnienia złożonej oferty w części dotyczącej robót wykonanych w okresie ostatnich 5 lat, jak podano już wyżej, Gmina nie była uprawniona do zatrzymania wpłaconego wadium, a ciążył na niej obowiązek jego zwrotu.

Konkludując, skoro tego nie uczyniła, roszczenie powoda znajduje oparcie w przepisie art. 410 § 2 k.c. w zw. z art. 405 k.c. i art. 46 ust. 2 2a p.z.p., co prowadzi do uwzględnienia roszczenia głównego.

Nie znajduje natomiast podstaw prawnych żądanie powoda zasądzenia odsetek ustawowych od należności głównych od 10 sierpnia 2011 r. tj. pisma wzywającego go przez gwaranta do zapłaty sumy regresowej.

Świadczenie z tytułu nienależnego świadczenia jest bezterminowe, tak więc zastosowanie ma przepis art. 455 k.c. Winno być ono spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do wykonania.

Powód wezwał Gminę do zwrotu niesłusznie zatrzymanego wadium pismem z 24 lutego 2012 r. (karta 61 akt) zakreślając 3-dniowy termin od otrzymania wezwania. Nie wykazał kiedy pozwanej doręczono wskazane pismo, jednakże Gmina nie zaprzeczyła otrzymania wezwania.

Biorąc pod uwagę czasokres dla doręczenia pozwanej korespondencji przez operatora publicznego i zakreślony w wezwaniu termin do zapłaty, zdaniem Sądu Apelacyjnego, pozwana jest w opóźnieniu ze spełnieniem świadczenia od 9 marca 2012 r. i od tej daty na podstawie ar. 481 § 1 k.c. powodowi należą się odsetki.

Z powyżej podanych względów zaskarżony wyrok nie mógł się ostać i podlegał zmianie w oparciu o art. 386 § 1 k.p.c.

O kosztach postępowania pierwszoinstancyjnego rozstrzygnięto w oparciu o art. 98 i 99 k.p.c. w zw. z ustawą o kosztach sądowych w sprawach cywilnych i rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności adwokackie.

Na zasądzone na rzecz powoda koszty składa się zwrot poniesionych przez niego wydatków: 10 000 zł opłata sądowa od pozwu, 17 zł opłata skarbową od pełnomocnictwa i 3 600 zł wynagrodzenia pełnomocnika powoda.

Podstawą rozstrzygnięcia o kosztach postępowania apelacyjnego były wskazane wyżej przepisy. Zasądzone powodowi koszty apelacyjne obejmują zwrot opłaty od apelacji w wysokości 10 000 zł i 2 700 zł wynagrodzenia pełnomocnika procesowego.

(...)

(...)

(...)

(...)